



**SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se reglamenta el Código Nacional de Policía y Convivencia en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas / SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS – Su porte y consumo están prohibidos, salvo prescripción médica / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS – Alcance de su prohibición / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Para reglamentar y sancionar el porte y tenencia de la dosis mínima. Marco normativo / POTESTAD REGLAMENTARIA – Concepto / POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada porque el Presidente de la República si contaba con la competencia para reglamentar y sancionar el porte y tenencia de la dosis mínima**

La parte actora sostiene, en concreto, que mediante el Decreto 1844 de 2018 “el Gobierno excede su competencia de carácter estrictamente reglamentario conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, para abrogarse funciones exclusivas del Legislador, creando de esta manera un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo, función que por principio de reserva de ley”. [...] [E]n esta etapa procesal, el Despacho no encuentra la falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar y sancionar el porte y tenencia de la dosis mínima, al encontrarse que, al momento de su expedición, se contaba con sustento normativo habilitante para dictar del acto acusado. En efecto, el Despacho, en una visión preliminar de la controversia, encuentra que los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso y reserva de la ley, no se encuentran transgredidos, toda vez que previo a la expedición del acto acusado el legislador había definido los elementos de la conducta prohibida regulada en el Decreto 1844 y, por ende, el ejecutivo se encontraba facultado para reglamentar la materia. [...] Por ende, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en relación con la tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas, tales como (i) marihuana, cocaína o sustancias derivadas de la cocaína, heroína o derivados de la amapola, drogas sintéticas; (ii) o cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuran en la listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación, el Presidente de la República contaba con la competencia para reglamentar la ley con miras a darle contenido material y hacer posible su ejecución.

**SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se reglamenta el Código Nacional de Policía y Convivencia en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL – Respecto de las expresiones alcohólicas y psicoactivas contenidas en los artículos 33 literal c, numeral 2 y 140 numeral 7 del Código Nacional de**



**Policía y Convivencia / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO CUYO FUNDAMENTO LEGAL HA SIDO PARCIALMENTE DECLARADO INEJECUTIVO - Procedencia / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Procede respecto del Decreto 1844 de 2018 porque la declaratoria de inejecutividad de algunas disposiciones que le sirvieron de fundamento fue sobreviniente / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Se efectúa con las normas vigentes al momento de su expedición / DECRETO QUE REGULA LO REFERENTE A LA PROHIBICIÓN DE POSEER, TENER, ENTREGAR, DISTRIBUIR O COMERCIALIZAR DROGAS O SUSTANCIAS PROHIBIDAS – Se fundamenta en varias disposiciones aún vigentes / PRINCIPIO GENERAL PARA EL ESTUDIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - A la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

[E]n cuanto atañe al planteamiento esbozado por el Colectivo de Abogados coadyuvante de la parte actora, el Despacho no desconoce que la Corte Constitucional, en sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, declaró la inejecutividad de las expresiones “alcohólicas” y “psicoactivas”, contenidas en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia. No obstante, lo cierto es que al momento de la expedición del acto acusado dichas disposiciones estaban vigentes y, por ende, se encontraban ajustadas al ordenamiento superior. En este sentido, el hecho sobreviniente consistente en la declaratoria de inejecutividad antes referida, por sí mismo, no tiene la virtualidad de afectar la validez del acto acusado. Debe recordarse que es reiterada y pacífica la jurisprudencia de esta Corporación que sostiene que el juicio de legalidad que le corresponde realizar a la autoridad judicial se debe hacer a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición. [...] Nótese, en este mismo sentido, que el decreto acusado no solo se apoyó en los dos preceptos que fueron declarados inejecutivos sino que también se sustentó en 16 disposiciones (constitucionales y legales), aún vigentes, específicamente, en el Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009, en el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y en los artículos 2º, 3º (inciso 4º), 21, 34 (numeral 1º), 38 (numerales 1º, 5º y 6º), 39 (numeral 1º), 59 (numeral 9º), 92 (numerales 8º y 9º), 93 (numeral 1º), 146 (numeral 6º), 159 (numeral 4º), 164, 192 y 222 de Ley 1801 del 29 de julio de 2016. Sumado a lo anterior, también es cierto que el máximo Tribunal constitucional en el mencionado precedente, al declarar la inejecutividad de las expresiones “alcohólicas, psicoactivas o”, no cuestionó la facultad del Estado de limitar los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas para garantizar el goce efectivo de los derechos de otras personas, sino que encontró desproporcionada la prohibición relacionadas con el verbo rector “consumir” contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140



(numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia, luego de considerar que nuestro sistema jurídico contempla otros mecanismos policivos y penales para garantizar el control de los comportamientos nocivos a terceros derivados del acto de consumo.

**SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se reglamenta el Código Nacional de Policía y Convivencia en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas / DOSIS PERSONAL – Concepto / DOSIS PERSONAL – Alcance / DOSIS PERSONAL – Cantidad que la constituye / DOSIS PERSONAL – Diferencia con la conducta ilícita asociada al narcotráfico / CONSUMO DE DROGAS – Es una actividad que atañe a la esfera individual de la persona / GOBIERNO NACIONAL – Le atañe propender por la lucha antidrogas, prevenir su consumo y abogar por su tratamiento / PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS SICOACTIVAS LÍCITAS E ILÍCITAS – Procedimiento de verificación policivo / PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN POLICIVO – Finalidad: establecer quienes son consumidores de sustancias sicoactivas y quienes no lo son / PROHIBICIÓN DE PORTE Y TENENCIA DE SUSTANCIAS SICOACTIVAS ILÍCITAS – Ante su infracción debe aplicarse el Proceso Verbal Inmediato / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Negada porque la norma acusada guarda coherencia con las normas legales y resulta armónica con la interpretación de la Corte Constitucional**

La parte actora señala que el Decreto 1844 de 2018 “pone en evidente peligro el orden constitucional y legal, los derechos fundamentales de los individuos que portan y tienen su dosis personal y de aprovisionamiento [...] Para resolver, el Despacho pone de presente que el artículo 2 de la Ley 30 de 1986 “Estatuto Nacional de Estupefacientes”, en su literal j) definió que se considera “dosis” para uso personal, para cual dispuso que se trata de “la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo”. [...] En este orden de ideas, lo cierto es que el alcance del concepto de “dosis personal”, implica, per se, la imposibilidad del uso de la sustancia sicoactiva para fines de distribución y comercialización; motivo por el cual la presunción prevista en el literal j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, está acompañada de un procedimiento policivo de verificación previsto por la misma norma, en el cual se tiene como premisa que: “no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad”. Nótese, entonces, que el Decreto 1844 de 2018 busca desarrollar tales previsiones constitucionales y legales y, en especial, acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 28 de junio de 2012, en cuanto a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas. De manera que de la revisión en detalle del acto acusado, emerge la conclusión consistente en que el mismo dispone que cuando la autoridad advierta la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de



sustancias psicoactivas ilícitas, ha venido analizando, se aplicará el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016. [...] Así pues, del análisis preliminar de la norma, la misma guarda coherencia con las disposiciones legales antes citadas y resulta armónica con la interpretación que ha venido realizado la Corte Constitucional sobre dicha temática, en tanto se refiere al porte y tenencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas prohibidas cuando tenga como fin su distribución o comercialización, cualquiera que sea su cantidad.

**PROCESO VERBAL INMEDIATO – Trámite / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Objeto / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Garantías / PROCESO VERBAL INMEDIATO – En caso de que no se llegue a un acuerdo con el infractor, se le deberá oír en descargos y posteriormente se le podrá imponer la medida correctiva de destrucción del bien / DECOMISO – Constituye un mecanismo preventivo sujeto a un procedimiento previo / DECOMISO – No constituye una sanción**

[E]l procedimiento de verificación policivo contenido en el Decreto 1844 de 2018 permite diferenciar los escenarios lícitos de aquellos ilícitos, según lo estipulado en su artículo 1º, a través del cual se adiciona el Capítulo 9 del Título 8 de la parte 2ª del Libro 2º del Decreto 1070 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”. En efecto, según los artículos 2.2.8.9.1 y 2.2.8.9.2 del Decreto 1070, cuando en el marco del Proceso Único de Policía, la autoridad advierta que, con ocasión de la tenencia o porte de sustancias psicoactivas, se puede haber incurrido en alguna de las infracciones previstas en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016, resulta necesario aplicar el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, "por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia". Como se observa, se trata un procedimiento policivo que cobija a todos las personas que porten, posean y tengan ese tipo de sustancias y que, en el marco del debido proceso, permite establecer y determinar quiénes son consumidores y quiénes no lo son. [...] Así, del análisis previo se desprende que el objeto del citado procedimiento no es otro que el de asegurar “la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, en el marco del ordenamiento jurídico”. [...] [L]uego de identificar al presunto transgresor, la autoridad de policía abordará a la persona en el sitio donde ocurran los hechos y le informará que su acción configura un acto contrario a la convivencia, para lo cual debe, en primera instancia, efectuar una ponderación de los hechos tendiente a mediar y resolver el conflicto. Tal momento inicial es entendido por la Corte Constitucional como “un canal de comunicación para que los interesados resuelvan directamente sobre sus desacuerdos de forma armónica”. Ahora bien, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso, desde los componentes de defensa, y la contradicción, y en el escenario en que no se llegue a un acuerdo, se deberá oír en descargos al presunto infractor y solo posteriormente se podrá imponer la medida correctiva, en su contra, a



través de una orden de policía frente a la cual procede el recurso de apelación; y resaltando que, en todo caso, se debe aplicar el “Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien” ( artículo 2.2.8.9.4 del acto acusado). [...] De manera que, en esta etapa inicial de la controversia, el Despacho observa que el procedimiento policivo acusado guarda coherencia con la finalidad de la medida, en tanto procede frente a todas las personas que porten y tengan sustancias estupefacientes o sicotrópica prohibidas y, en tanto, a través del mismo, en el marco de los derechos de defensa y contradicción, se busca corroborar la situación descrita en el artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y en la sentencia C-491 de 28 de diciembre de 2009, proferida por la Corte Constitucional.

**DOSIS PERSONAL – No contiene una presunción iuris et de iure que no admita prueba en contrario / DOSIS PERSONAL – La presunción de cantidades de drogas a que alude, requieren demostración / PROCESO VERBAL INMEDIATO – Tratándose del porte de sustancias psicoactivas, contempla una etapa inicial de mediación tendiente a garantizar el derecho de los sujetos consumidores que portan cantidades permitidas**

Por lo último, el Despacho reitera que el concepto de dosis personal previsto en el literal j), no contiene una presunción de derecho iuris et de iure que no admita prueba en contrario. Por el contrario, la presunción de cantidades de drogas a las que alude aquella definición requieren de la demostración, a través del proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNPC, de otros hechos indicadores, asociados: (i) a la afectación de los derechos de terceros prevista en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016 y; (ii) a la valoración de la acreditación de la condición de consumidor (ocasional, terapéutico o recreativo). Es por ello que la autoridad policiva no debe olvidar que, en tratándose del porte de sustancias psicoactivas en cantidades de baja significación, el mencionado proceso policivo contempla una etapa inicial de mediación tendiente a garantizar el derecho de los sujetos consumidores que portan cantidades permitidas de estas sustancias para su uso personal.

**MEDIDAS CAUTELARES - Finalidad / MEDIDAS CAUTELARES - Requisitos de procedencia / MEDIDAS CAUTELARES - Criterios de aplicación / MEDIDAS CAUTELARES - Clasificación / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Análisis inicial no implica prejuzgamiento / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

**NOTA DE RELATORÍA:** Ver providencias Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso administrativo, Secciones Primera y Tercera, de 17 de marzo de 2015, Radicación 11001-03-15-000-2014-03799-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; 27 de agosto de 2015, Radicación 11001-03-24-000-2015-00194-00, C.P. María Elizabeth González; 27 de mayo de 2010, Radicación 25000-23-27-000-2005-01869-01, C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta; 11 de marzo de



2014, Radicación 11001-03-24-000-2013-00503-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala y 13 de mayo de 2015, Radicación 11001-03-26-000-2015-00022-00, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Corte Constitucional, C- 834 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; sentencia C-805 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-253 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera; sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-491 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 9 de marzo de 2016, Radicación 41760(SP2940-2016), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 / CÓDIGO PENAL – ARTÍCULO 376 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 2 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 7 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 8 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 33 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 34 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 59 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 93 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 92 / LEY 1801 DE 2016 – ARTÍCULO 140 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 – ARTÍCULO 33 / LEY 30 DE 1986 – ARTÍCULO 2

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1844 DE 2018 (1 de octubre) GOBIERNO NACIONAL (No suspendido)

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

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

**Actor: LUVI KATHERINE MIRANDA PEÑA y ANDRÉS FELIPE YEPES GUZMÁN**

**Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DEL INTERIOR - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD**

**AUTO QUE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR**



El Despacho procede a resolver la medida cautelar solicitada por el señor **Andrés Felipe Yepes Guzmán** y por el **Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo**, consistente en la suspensión provisional del **Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018**, *“por medio del cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º del Decreto 1070 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”*, acto administrativo suscrito por el Presidente de la República, por la Ministra del Interior, por la Ministra de Justicia y del Derecho y por el Ministro de Defensa Nacional.

## I. ANTECEDENTES

I.1. Este Despacho, mediante auto de 7 de junio de 2019<sup>1</sup>, dispuso acumular el expediente con número de radicación 11001-03-24-000-2018-00399-00 al identificado con el número 11001-03-24-000-2017-00387-00, por considerar que se configuran los supuestos de que trata el artículo 148 del Código General del Proceso – CGP<sup>2</sup> y, en tal sentido, dispuso que las dos actuaciones se deben tramitar en un mismo proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011.

### I.2. Las demandas

---

<sup>1</sup> Folios 84 a 86 del cuaderno principal del expediente 2018-00387.

<sup>2</sup> “Artículo 148. *Procedencia de la acumulación en los procesos declarativos, norma aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA. Para la acumulación de procesos y demandas se aplicarán las siguientes reglas: 1. Acumulación de procesos. De oficio o a petición de parte podrán acumularse dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento, en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda. b) Cuando se trate de pretensiones conexas y las partes sean demandantes y demandados recíprocos. c) Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones de mérito propuestas se fundamenten en los mismos hechos”.*



### **I.2.1- Expediente 11001-03-24-000-2018-00387-00**

La ciudadana Luvi Katherin Miranda Peña, actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, presentó demanda en contra del artículo 1º del Decreto 1844 de 2018 del 1º de octubre de 2018, *“por medio del cual se adiciona el capítulo 9º del título 8º de la parte 2ª del libro 2º del Decreto 1070 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”*, acto administrativo suscrito por el Presidente de la República, por la Ministra del Interior, por la Ministra de Justicia y del Derecho y por el Ministro de Defensa Nacional.

Cabe resaltar que el Despacho, mediante auto de 11 de octubre de 2018<sup>3</sup>, adecuó el trámite del proceso al medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del CPACA, de acuerdo con la facultad establecida en el artículo 171 *ejusdem*<sup>4</sup>.

### **I.2.2- Expediente 11001-03-24-000-2018-00399-00**

El ciudadano **Andrés Felipe Yepes Guzmán**, en ejercicio del medio de control de nulidad establecido por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, también promovió demanda de nulidad en contra del **Decreto 1844 del 1 de octubre de 2018**.

---

<sup>3</sup> Folios 17 a 19 del cuaderno principal del expediente 2018-00387-00.

<sup>4</sup> “Artículo 171. Admisión de la Demanda. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”.





### **I.3.- Solicitud de suspensión provisional.**

Cabe poner de presente que la solicitud de suspensión que se resuelve en el presente asunto es la interpuesta por el señor **Andrés Felipe Yepes Guzmán**, quien actúa en calidad de parte demandante dentro del proceso de nulidad con número de radicación 11001-03-24-000-2018-00399-00, comoquiera que en el proceso de nulidad con número de radicación 11001-03-24-000-2018-00387-00, promovido por la señora **Luvi Katherin Miranda Peña**, no obra solicitud al respecto (fls. 2 a 7). Asimismo, se tiene que el **Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo**, en calidad de coadyuvante de los actores en los procesos acumulados, también solicitó se decretara la medida cautelar del acto acusado.

En los escritos de medida cautelar se solicitó la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 1844 del 1 de octubre de 2018, como medida preventiva para precaver sus presuntos efectos inconstitucionales e ilegales, con base en los siguientes argumentos:

#### **I.3.2.1. Falta de competencia por la transgresión de los artículos 6º, 28, 29 y 150 y 189, numeral 11, de la Constitución Política, así como del literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986 y de la Ley 1801 de 2016.**

El señor Andrés Felipe Yepes Guzmán señaló que *“el Gobierno **excede su competencia** de carácter estrictamente reglamentario para abrogarse funciones exclusivas del Legislador, creando de esta manera un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo función que por principio de reserva de ley”<sup>5</sup>.*

#### **I.3.2.2. Vulneración de los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 12 y 16 de la Constitución Política y del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986, por cuanto se**

---

<sup>5</sup> Folio 6 del Cuaderno de Medida Cautelar



**sanciona el hecho de portar y tener sustancias psicoactivas en una dosis personal, a pesar de que dicha conducta es lícita.**

El actor manifestó que el Gobierno Nacional creó un tipo sancionatorio de carácter administrativo, desconociendo que la tenencia de la dosis personal es una actuación lícita que no logra afectar la esfera de lo público.

Adicionalmente, precisó que la prohibición creada por el Decreto 1844 del 1 de octubre de 2018, desconoce el pronunciamiento de constitucionalidad efectuado por Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, así como lo dicho por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 2940 de 9 de marzo de 2016, en lo concerniente a posibilidad de tener, portar y aprovisionarse de sustancias psicoactivas en una dosis personal; con lo cual se transgreden de manera directa los derechos a la dignidad humana, a la inalienabilidad de las garantías y al libre desarrollo de la personalidad.

### **I.3.2.3. Pérdida de efectos del acto acusado con ocasión de la sentencia C-253 de 6 de junio de 2019, proferida por la Corte Constitucional.**

El Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, en calidad de coadyuvante de los actores en los procesos acumulados, destacó *“la necesidad de decretar la medida cautelar, puesto que las normas que fundamentaban el núcleo esencial de legalidad del Decreto fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional”*.

En efecto, puso de presente que el alto Tribunal declaró inexecutable las expresiones *“alcohólicas, psicoactivas o”* contenidas en el artículo 33 (literal c, numeral 2) del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016) y las expresiones *“bebidas alcohólicas’ y ‘psicoactivas o”* contenidas en el Artículo 140 (numeral 7) *ibídem*, por lo que *“es necesario que el Consejo de Estado actúe*



*suspendiendo de inmediato los efectos de esta norma de manera que se salvaguarde el orden constitucional y legal vigente”.*

#### **I.4.- La réplica de las entidades demandadas**

**I.4.1.-** De la solicitud de suspensión provisional se corrió traslado a las entidades demandadas, para que, dentro del término previsto en el artículo 233 del CPACA, realizaran el respectivo pronunciamiento.

**I.4.2.-** Los apoderados de los Ministerios del Interior, de Justicia y del Derecho, de Salud y Protección Social, de Defensa Nacional y del presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, recorrieron el traslado de la medida cautelar de manera conjunta<sup>6</sup>. En sus diferentes intervenciones confluieron en solicitar que se negara el decreto de la medida cautelar, puesto que no se configuran los requisitos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 para suspender los efectos del acto administrativo acusado.

En ese sentido afirmaron que la solicitud de suspensión provisional resulta improcedente, pues de la revisión de las pruebas allegadas con las demandas y de la confrontación del Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018 con las normas superiores que señalaron como transgredidas, no se logra evidenciar la vulneración directa de las mismas.

Aseveraron que el decreto acusado no creó un tipo sancionatorio de carácter administrativo, ni penal, ni disciplinario o una infracción de policía, en tanto la misma Constitución Política y la legislación, son las que establecieron, como conducta prohibida, la tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas.

---

<sup>6</sup> Folios 16 a 49 y 112 a 141.



Resaltaron que, con anterioridad a la adopción de la norma acusada, el artículo 1º del Acto Legislativo de 2008 y, específicamente, en el Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 29 de julio 2016, previeron una serie de hipótesis fácticas en las cuales el porte y consumo de sustancias ilícitas pueden ser lesivas para los derechos de terceros.

Adujeron que la tenencia y porte de sustancias psicoactivas en el espacio íntimo de la vida privada de las personas no es un derecho absoluto ni ilimitado. En virtud de ello, subrayaron que el ordenamiento jurídico constitucional y legal vigente impone al Estado una serie de obligaciones frente al problema de las drogas ilícitas, entre las que se destacan las siguientes: i) lucha y proscripción del tráfico de drogas; ii) prevención del consumo de drogas y; iii) rehabilitación y acompañamiento de los consumidores de drogas y sus familias; Por este motivo, la disposición cuestionada no tiene el carácter represivo y restrictivo de libertades que pretenden evidenciar los actores, sino que, por el contrario, desarrolla principios constitucionales superiores a toda individualidad.

Por otra parte, precisaron que la decisión de la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad, esto es la sentencia C-253 del 6 de junio de 2019, *“no erosiona la constitucionalidad del Decreto acusado, ni sustenta la solicitud de suspensión provisional”*, en tanto que el acto acusado no se soporta únicamente *“en los artículos que integran las expresiones inexequibles, sino que además lo hace en otras dieciséis (16) disposiciones de la Ley 1801 del 29 de julio de 2016 que están vigentes en el ordenamiento jurídico”*.

Advirtieron que la Corte Constitucional solamente se pronunció respecto de la prohibición general de *“consumir”* bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en espacio público, espacio abierto al público o que siendo privado trascienda a lo público, por lo que la acción específica que se controla es no consumir bebidas



alcohólicas ni sustancias psicoactivas. En este sentido, puso de presente que el Decreto 1844 del 1º de octubre de 2018 *“no regula el consumo de tales sustancias en dosis mínima, sino algo diferente: la acción de porte y tenencia de sustancias psicoactivas ilícitas, conductas no fueron objeto de control constitucional, de modo que las decisiones allí tomadas no tienen la virtualidad de afectar la vigencia en el ordenamiento jurídico del Decreto demandado”*.

Consideraron inexistente la violación de los artículos 4º, 13, 49, 83 y 116 de la Constitución Política, en tanto no se brindan explicaciones y argumentos que evidencien la contradicción de las mismas con el acto acusado.

Aseveraron que el acto administrativo solamente especifica cuál es la sanción y el procedimiento cuando se está frente a las infracciones derivadas del porte y tenencia de sustancias psicoactivas ilícitas en espacio público, sin que se cree alguna medida penal, punitiva ni personal contra el consumidor, diferente a lo contemplada en el ordenamiento jurídico.

Sostuvieron que el decreto acusado, lejos de establecer una medida discriminatoria respecto de un grupo social, constituye una herramienta que permite al Estado y, especialmente, a las autoridades de policía, cumplir con las obligaciones que le fueron asignadas por la Constitución y por la ley en materia de drogas.

Resaltaron que el acto administrativo demandado tampoco desconoce el alcance del artículo 49 superior fijado por la Corte Constitucional y por la Corte Suprema de Justicia en materia de porte y tenencia de dosis mínima y dosis de aprovisionamiento, como quiera, por el contrario, se limitó a dar cumplimiento a lo considerado por esas Corporaciones Judiciales.



Concluyeron que el acto acusado no amplía ni modifica el régimen jurídico previsto en la Ley 1801 de 2016, ni tampoco establecen sanciones adicionales respecto de sustancias prohibidas, por lo que resulta evidente que la reglamentación acusada no tiene contenidos propios de ley estatutaria en relación con los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la dignidad humana y la salud, sin perjuicio de las limitaciones razonables que respecto de algunas de tales garantías pueden surgir, no del contenido del decreto acusado, sino directamente de las medidas sancionatorias previstas en la Ley 1801 de 2016.

**I.4.3.-** El apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>7</sup> solicitó negar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto acusado, en tanto que la argumentación central de la solicitud versa sobre la declaratoria de inexecutable parcial de algunas de las normas en las que se fundamenta, *“sin embargo en el escrito de solicitud de medida reconoce que la sentencia solo refiere a la prohibición general del consumo de sustancias psicoactivas en espacio público, y el acto acusado se refiere al porte, tenencia y distribución de dichas sustancias en cantidades que no superen lo que se considera dosis mínima”*.

Advirtió que los peticionarios desconocieron que lo regulado en el Decreto acusado no tiene relación alguna con los adictos ni consumidores sino con el desestimulo al microtráfico de estupefacientes, al restringir unas conductas de porte, distribución y tenencia de ellas en lugares públicos o en donde haya presencia de niños, niñas y adolescentes, tal como lo establecen los numerales 5º y 6º del artículo 38 del Código Nacional de Policía y Convivencia, preceptos estos que no han sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad y se encuentran plenamente vigentes.

---

<sup>7</sup> Folios 142 y 143.



**I.4.4.-** El director jurídico de la Asociación Colombiana de Ciudades Capitales – Asocapitales<sup>8</sup>, señaló que la petición de medida cautelar de suspensión provisional del decreto acusado debe negarse, toda vez que no desconoce normas constitucionales ni legales y que el Gobierno Nacional tenía competencia para su expedición.

Igualmente, consideró que *“la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no puede ser extendida por el intérprete a otras disposiciones puesto que, el artículo 241 de la Constitución reserva de forma exclusiva a la Corte Constitucional la competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las normas. En ese sentido, los demás artículos Ley 1801 de 2016 que fundamentan la expedición del Decreto 1844 de 2018 continúan vigentes hasta que sean derogados por el legislador o excluidos del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional”*.

**I.4.5.-** El representante del Ministerio Público señaló *“que las acusaciones parten de opiniones personales y no de argumentos jurídicos sólidos que permitan realizar una confrontación entre el decreto sub examine y las normas presuntamente violadas”*.

Sostuvo que en este estado del proceso no es procedente el decreto de la suspensión de los efectos jurídicos de acto administrativo por cuanto de lo señalado en la petición de medida cautelar no se advierte infracción que alude el accionante.

Advirtió que de las afirmaciones contenidas en la petición tampoco se puede inferir una afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, lo cual debe ser un juicio ulterior que dependerá de la forma y alcance

---

<sup>8</sup> Folios 144 a 148.



que la Policía Nacional dé a la aplicación de la norma en cuanto a la retención de las sustancias prohibidas.

## II. CONSIDERACIONES

### II.1. Acto administrativo acusado

El acto acusado es el **Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018**, *“Por medio del cual se adiciona el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1070 de 2015 ‘Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa’, para reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia, en lo referente a la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas”*, acto administrativo suscrito por el Presidente de la República, por la Ministra del Interior, por la Ministra de Justicia y del Derecho y por el Ministro de Defensa Nacional, cuyo tenor es el siguiente:

*“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,*

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

*DECRETA:*

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

### *CAPÍTULO IX*

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

*ARTÍCULO 2.2.8.9.1. Verificación de la infracción. En el marco del Proceso Único de Policía, cuando la autoridad advierta la posible*





*infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas, tales (i) como marihuana, cocaína o sustancias derivadas de la cocaína, heroína o derivados de la amapola, drogas sintéticas; (ii) cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuran en la listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación, celebrada en Ginebra el 25 de marzo de 1972, aprobada por medio de la Ley 13 del 29 de noviembre de 1974; (iii) que se encuentren incorporadas en las listas I, II, III y IV del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas, aprobado por medio de la Ley 43 del 29 de diciembre de 1980; o (iv) así como cualquier otra sustancia que se encuentre legalmente prohibida, se aplicará el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, "por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia".*

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

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

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

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

*ARTÍCULO 2.2.8.9.4. Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien. Para la aplicación del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción de las sustancias de que trata el artículo 2.2.8.9.1 del presente Decreto, el personal uniformado se sujetará al protocolo establecido en los apartes 3.9 y 4. 7 de la Guía de Actuaciones de competencia del personal uniformado de la Policía Nacional, frente al Código Nacional de Policía y Convivencia, identificada con el No.1 CS-*



*GU-0005, expedida el 27 de junio de 2018 por la Dirección General de la Policía Nacional, o el acto administrativo que lo modifique.*

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

## **II.2. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo**

Sobre la finalidad<sup>9</sup> de las medidas cautelares la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”<sup>10</sup>.*

En este sentido, la Constitución Política le reconoce a la jurisdicción contenciosa administrativa la potestad de suspender, provisionalmente, los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por vía judicial, pero “*sólo por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar también la providencia de 13 de mayo de 2015 (Rad.: 2015 – 00022; Consejero Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “*se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón’.*”

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-834/13. Referencia: Expediente D -9509. Demandante: Martín Bermúdez Muñoz. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 613 (parcial) de la Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013).

<sup>11</sup> Constitución Política, artículo 238.



Cabe resaltar que uno de los motivos que inspiraron la expedición del nuevo del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA – Ley 1437 de 2011, está relacionado con el fortalecimiento de los poderes del juez. Fue así como el nuevo Código creó un moderno y amplio régimen de medidas cautelares, adicionales a la suspensión provisional de actos administrativos, y en su artículo 229 le da una amplia facultad al juez para que decrete las medidas cautelares que estime necesarias para “**proteger y garantizar, temporalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia**”.

En esta última disposición (artículo 229) se indica que las medidas cautelares proceden: **i)** en cualquier momento; **ii)** a petición de parte -debidamente sustentada; y **iii)** en todos los procesos declarativos promovidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto al compendio de medidas cautelares que hace en el CPACA en su artículo 230, es importante resaltar su clasificación como: **i) preventivas** (numeral 4º), cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; **ii) conservativas** (numeral 1º primera parte), si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; **iii) anticipativas** (numerales 1º segunda parte, 2º y 3º), de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y **iv) de suspensión** (numerales 2º y 3º), que corresponden a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.<sup>12</sup>

Los artículos 231 a 233 del mencionado estatuto procesal determinan los **requisitos, la caución y el procedimiento** para decretar las medidas cautelares; normas que son aplicables cuando se solicita la adopción de alguna de las cautelas enunciadas en el artículo 230.

---

<sup>12</sup> Artículo 230 del CPACA



En cuanto a los **criterios de aplicación** que debe seguir el juez para la adopción de una medida cautelar, como ya se anunció, éste cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma que señala que “*podrá decretar las que considere necesarias*”<sup>13</sup>. No obstante lo anterior, a voces del artículo 229 antes citado, su decisión estará sujeta a lo regulado en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 *ibídem*, según el cual para que la medida sea procedente el demandante debe presentar “*documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un **juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla*” (resaltado fuera del texto).

Sobre este asunto, en particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Rad.: 2014 – 03799; Consejera Ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*“La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en **el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero**, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho. El segundo**, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de **un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**”<sup>14</sup> (negritas fuera del texto).*

Por su parte, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante auto de 13 de mayo de 2015 (Rad.: 2015 – 00022; Consejero Ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo lo siguiente:

---

<sup>13</sup> Artículo 229 del CPACA

<sup>14</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.



*“Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir, el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad”** <sup>15</sup> (negrillas y subrayado fuera del texto).*

Así pues, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: **(i)**

---

<sup>15</sup> Sobre la aplicación de la **proporcionalidad**, la misma providencia indicó: “(...) *Se ha sostenido en anteriores ocasiones: (...) Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad’* // En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación , en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del CPACA. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: ‘Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.’”



*fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, **(ii)** *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, **(iii)** la ponderación de intereses.

### **II.3. La medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto acusado.**

En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo proceso contencioso administrativo<sup>16</sup>, se encuentra la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Política y desarrollada en los artículos 231<sup>17</sup> y siguientes del CPACA.

Entre sus características principales se destaca su naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que **actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos**, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad, en el proceso ordinario en el que se hubiere

---

<sup>16</sup> El artículo 230 del CPACA. señala que el Juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “*una o varias de las siguientes*” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (numeral 1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (numeral 2); suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (numeral 3); ordenar que se adopte una decisión, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos; (numeral 5) Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

<sup>17</sup> “[...] **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. En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho. 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados. 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla. 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”.



decretado tal medida. Es por ello que su finalidad está dirigida a “evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho”<sup>18</sup>.

De otra parte, es preciso resaltar que el anterior Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984), establecía que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se supeditaba a la “**manifiesta infracción de la norma invocada**”, indicándose que en acciones distintas a la objetiva de legalidad, se requería demostrar, aunque fuera sumariamente, el perjuicio con la ejecución del acto. Por ello, la innovación más relevante de la Ley 1437 de 2011 consiste en referirse expresamente a la **confrontación de legalidad** que debe efectuar el Juez de la medida; es decir, ese **análisis inicial de legalidad** del acto acusado, de cara a las normas que se estiman infringidas<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Providencia citada *ut supra*, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>19</sup> Vale la pena ahondar en el tema de la transición del régimen de las medidas cautelares que tuvo lugar con el nuevo CPACA, asunto explicado en la providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799), en la cual se puntualizó: “*Ahora bien, centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, es notorio para la Sala que la nueva disposición, sin desconocer los rasgos característicos del acto administrativo, amplió, en pro de una **tutela judicial efectiva**, el ámbito de competencia que tiene el Juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma, consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional. Una interpretación del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo teniendo en cuenta solamente la variación literal del enunciado normativo, pudo haber generado en los inicios de su aplicación la idea de que la existencia de una manifiesta infracción, a la que hacía referencia el artículo 152 del anterior Código, fue reemplazada por el surgimiento en el análisis judicial de una oposición entre el acto y las normas superiores, sin que ello comportara una diferencia material en el contenido normativo de ambas disposiciones. Sin embargo, estudiados los antecedentes de la disposición debe arribarse a una conclusión diferente, dado que, se insiste, la medida cautelar en el nuevo escenario judicial de esta Jurisdicción obedece y reclama la tutela judicial efectiva.*” (Resaltado es del texto).



Dicho lo anterior, es menester indicar que esta Corporación, en el auto de 13 de mayo de 2015<sup>20</sup>, citado anteriormente, precisó que *“la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del periculum in mora y del fumus boni iuris, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio”*.

Tal posición ha sido compartida por esta Sección en el auto de 27 de agosto de 2015<sup>21</sup>, en el cual subrayó lo siguiente:

*“En esta providencia no se está adoptando decisión de fondo, pues lo que se resuelve es la solicitud de suspensión provisional, la cual se niega mediante auto interlocutorio, entre otras razones, porque no se configuran los requisitos que la Jurisprudencia y la Doctrina denominan Fumus bonis iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (necesidad de urgencia de la medida cautelar)”*.

Los principios y requisitos enunciados se concretan, a juicio de este Despacho, en las previsiones especiales del inciso 1º del artículo 231 del CPACA para esta modalidad de cautela, sin perjuicio del análisis que para el caso en concreto deba realizar el Juez en relación con la necesidad de la urgencia de la medida cautelar.

Acerca de la forma en la que el Juez debe abordar este *análisis inicial*, la citada providencia de 17 de marzo de 2015 (Rad.: 2014 – 03799), sostuvo:

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00022-00(53057). Actor: CARACOL Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. Demandado: Autoridad Nacional de Televisión – ANTV. Referencia: Medio de control de nulidad simple (Auto medida cautelar de suspensión provisional)

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., 27 de agosto de 2015. Radicación número: 11001-03-24-000-2015-00194-00. Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social.





*“Para el estudio de la procedencia de esta cautela se requiere una **valoración del acto acusado** que comúnmente se ha llamado **valoración inicial**, y que implica **una confrontación de legalidad de aquél con las normas superiores invocadas, o con las pruebas allegadas junto a la solicitud**. Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, **pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa**. Y esa valoración inicial o preliminar, como bien lo contempla el inciso 2º del artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **no constituye prejuzgamiento**, y es evidente que así lo sea, dado que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final” (negrillas y subrayado fuera del texto).*

Como lo refiere la providencia transcrita, es importante la prevención efectuada por el legislador al advertir que, la decisión sobre la medida cautelar, de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la Jurisprudencia de esta Sala, se trata de “*mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.(Negrillas fuera del texto).



## II.4. El caso concreto

En el asunto *sub examine*, el señor **Andrés Felipe Yepes Guzmán** sostiene que el Decreto 1844 de 2018 desconoce, en concreto, los artículos 1<sup>o</sup><sup>23</sup>, 2<sup>o</sup><sup>24</sup>, 5<sup>o</sup><sup>25</sup>, 6<sup>o</sup><sup>26</sup>, 12<sup>27</sup>, 16<sup>28</sup>, 28<sup>29</sup>, 29<sup>30</sup> y 150<sup>31</sup> de la Constitución Política, el artículo 2<sup>o</sup> (literal j) de la Ley 30 de 1986<sup>32</sup> y la Ley 1801 de 1986.

---

<sup>23</sup> Artículo 1<sup>o</sup>. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

<sup>24</sup> Artículo 2<sup>o</sup>. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares

<sup>25</sup> Artículo 5<sup>o</sup>. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

<sup>26</sup> Artículo 6<sup>o</sup>. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

<sup>27</sup> Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>28</sup> Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

<sup>29</sup> Artículo 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

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

<sup>30</sup> Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

<sup>31</sup> ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

<sup>32</sup> ARTÍCULO 2<sup>o</sup>. Para efectos de la presente Ley se adoptarán las siguientes definiciones: j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.



En lo atinente a la transgresión de los artículos 6º, 28, 29 y 150 de la Constitución Política, del artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y de la Ley 1801 de 1986, consideró que *“con el Decreto 1844 se está creando una infracción, sanción y procedimiento policivo administrativo que no se encuentra contemplada en la Ley 1801 de 2016. Contrario a esto el Gobierno Nacional se excede en su competencia”*.

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

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

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



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

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

La parte actora sostiene, en concreto, que mediante el Decreto 1844 de 2018 *“el Gobierno **excede su competencia** de carácter estrictamente reglamentario conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, para abrogarse funciones exclusivas del Legislador, creando de esta manera un tipo sancionatorio administrativo, una sanción y un procedimiento administrativo, función que por principio de reserva de ley”*<sup>33</sup>.

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

De igual manera, el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, señala la prohibición de ***“llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que***

---

<sup>33</sup> Folio 6 del Cuaderno de Medida Cautelar.



*se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas” (negritas fuera de texto).*

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

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

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

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

Es así como el artículo 34 *ejusdem* prohíbe el consumo de bebidas alcohólicas, drogas o sustancias prohibidas dentro de la institución o centro educativo, y los



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

Debe anotarse, igualmente, que como quedó plasmado en el acto acusado, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en su artículo 33 que prescribe que los ***"Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias"*** (negritas fuera de texto).

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

Así pues, en esta etapa procesal, el Despacho no encuentra la falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar y sancionar el porte y



tenencia de la dosis mínima, al encontrarse que, al momento de su expedición, se contaba con sustento normativo habilitante para dictar del acto acusado.

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

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

*“La potestad reglamentaria es “...la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. **Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso.** Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo”<sup>34</sup> (negritas fuera de texto).*

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

---

<sup>34</sup> Al respecto ver sentencia de la Corte Constitucional C-805-01.



constitucionales y legales, sin que se pueda afirmar que se desconoció el principio de reserva de ley.

Por ende, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en relación con la **tenencia o porte de sustancias psicoactivas ilícitas**, tales como (i) marihuana, cocaína o sustancias derivadas de la cocaína, heroína o derivados de la amapola, drogas sintéticas; (ii) o cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuran en la listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y su Protocolo de Modificación<sup>35</sup>, el Presidente de la República contaba con la competencia para reglamentar la ley con miras a darle contenido material y hacer posible su ejecución.

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

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

Debe recordarse que es reiterada y pacífica la jurisprudencia de esta Corporación que sostiene que el juicio de legalidad que le corresponde realizar a la autoridad judicial se debe hacer a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le

---

<sup>35</sup> Celebrada en Ginebra el 25 de marzo de 1972.





sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición. Al respecto esta Sección ha sostenido:

*“Además, se tiene que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos ex nunc y que por lo mismo no afecta la presunción de legalidad de éste, por lo cual aun después de su decaimiento es susceptible de control de legalidad por esta jurisdicción, **toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición,** y en el caso del decaimiento, es sabido que corresponde a situaciones o circunstancias ex post o sobrevivientes, incluso con posterioridad a la firmeza del acto administrativo. La nulidad y el decaimiento del acto administrativo son dos situaciones distintas, para las cuales la primera tiene acciones contenciosas administrativas, mientras que la segunda no tiene una acción en este ámbito, sino la excepción anotada [...]”<sup>36</sup> (negritas y subrayado fuera de texto).*

Nótese, en este mismo sentido, que el decreto acusado no solo se apoyó en los dos preceptos que fueron declarados inexecutable sino que también se sustentó en 16 disposiciones (constitucionales y legales), aún vigentes, específicamente, en el Acto Legislativo 02 del 21 de diciembre de 2009, en el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991 y en los artículos 2°, 3° (inciso 4°), 21, 34 (numeral 1°), 38 (numerales 1°, 5° y 6°), 39 (numeral 1°), 59 (numeral 9°), 92 (numerales 8° y 9°), 93 (numeral 1°), 146 (numeral 6°), 159 (numeral 4°), 164, 192 y 222 de Ley 1801 del 29 de julio de 2016.

Sumado a lo anterior, también es cierto que el máximo Tribunal constitucional en el mencionado precedente, al declarar la inexecutable de las expresiones “*alcohólicas, psicoactivas o*”, **no cuestionó la facultad del Estado de limitar los derechos de los consumidores de sustancias psicoactivas para garantizar el goce efectivo de los derechos de otras personas**, sino que encontró

---

<sup>36</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 27 de mayo de 2010. Rad.: 2005 – 01869; Consejero Ponente: doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.



desproporcionada la prohibición relacionadas con el verbo rector “consumir” contenida en los artículos 33 (literal c, numeral 2º) y 140 (numeral 7º) del Código Nacional de Policía y Convivencia<sup>37</sup>, luego de considerar que nuestro sistema jurídico contempla otros mecanismos policivos y penales para garantizar el control de los comportamientos nocivos a terceros derivados del acto de consumo<sup>38</sup>.

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

---

<sup>37</sup> Al respecto, la Corte Constitucional señaló que: *es claro que Legislador puede establecer prohibiciones generales y amplias de un determinado comportamiento, sin fijar condiciones de modo, tiempo y lugar. Esto ocurre justamente con diversas formulaciones de delitos y normas de carácter penal o sancionatorio. No obstante, en tales casos, existen razones para hacer un juicio de constitucionalidad estricto, que asegure la razonabilidad y ponderación de tales medidas. Este juicio estricto de constitucionalidad se requiere especialmente en casos como el que se analiza, en los que el comportamiento que es objeto de prohibición amplia y general es de aquellos que, en principio, no está excluido del ámbito de protección del libre desarrollo de la personalidad. Es decir, una cosa es analizar la constitucionalidad de una norma que prohíbe sin condiciones de modo, tiempo y lugar realizar un acto que en principio es contrario a derecho, por afectar derechos básicos de las demás personas, como es el caso del homicidio o la violación. Nadie tiene derecho constitucional a matar a los demás, ni nadie tiene derecho constitucional a violar a otras personas; son actos que no están amparados por el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Otra cosa es analizar una norma que se refiere a un acto que las personas sí tienen, en principio, la libertad de realizar, como lo es consumir bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas. Estas no son conductas que se encuentren excluidas en principio del orden constitucional vigente y sí hacen parte de los ámbitos de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, cuando una regla legal invierte el principio de libertad, convirtiéndolo en una excepción, existen buenos motivos para que el juez constitucional haga un juicio de razonabilidad estricto, un juicio que asegure que tal tipo de medida tan radical es razonable bajo el orden constitucional vigente”.*

<sup>38</sup> Es así como la Corte, luego de efectuar un juicio estricto de proporcionalidad de esas normas, advirtió que el legislador incumplió el criterio de necesidad pues “muchos de los peligros y afectaciones que puede sufrir la tranquilidad y las relaciones respetuosas relacionados con el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas, pueden ser enfrentados por medio de otras normas de policía que permiten enfrentar esos eventos”.



*personas que se encuentren en un grado de afectación o alteración que implique medidas de control o medidas de protección”<sup>39</sup>.*

Como puede observarse, la Corte Constitucional reconoció que al Legislador le es dable establecer prohibiciones policivas a las libertades individuales, siempre que exista una clara relación fáctica entre el medio –lo que comporta una afectación al libre desarrollo de la personalidad- y el fin buscado; situación que, en el caso

---

<sup>39</sup> La Corte resaltó que el ordenamiento jurídico ya contemplaba otras medidas policivas, penales y disciplinarias orientadas a controlar acciones relacionadas con el consumo de bebidas y sustancias que sean contrarias a los derechos de los demás y de la sociedad, así: “6.1.4. Ahora bien, es importante que la Corte advierta que estas reglas se refieren a personas mayores de 18 años. Para los niños y las niñas, esto es, toda aquella persona menor de 18 años, las reglas aplicables son diferentes. Como se dijo antes, el primer Capítulo del Título V, dedicado a las relaciones respetuosas con grupos específicos de la sociedad, se ocupa precisamente de las niñas, los niños y las adolescentes. El Artículo 38 del Código Nacional de Policía y Convivencia, por ejemplo, incluye dentro de los comportamientos que afectan la integridad de los niños, niñas y adolescentes y que, por lo tanto “no deben realizarse”: (numeral 5°): “Facilitar, distribuir, ofrecer, comercializar, prestar o alquilar, cualquiera de los siguientes elementos, sustancias o bebidas, a niños, niñas o adolescentes:” (literal b): “Bebidas alcohólicas, cigarrillo, tabaco y sus derivados, sustancias psicoactivas o cualquier sustancia que afecte su salud”. La norma precisa, que su incumplimiento da lugar a medidas correctivas, pero sin perjuicio de lo establecido por la normatividad vigente sobre la materia y de la responsabilidad penal a que haya lugar. A esto se suman otra medida de Policía que se ocupa de proteger el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en entornos educativos. Esta posición legislativa con relación a los niños y las niñas coincide con las Guías Internacionales sobre Derechos Humanos y Políticas de Droga, que también invocan un tratamiento diferenciado a grupos especialmente protegidos, haciendo referencia expresa a niñas y niños; mujeres; personas privadas de la libertad y pueblos indígenas (y grupos étnicos). No obstante, cualquier persona cuya conciencia esté en estado de ‘grave alteración’ por consumir bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas, por su protección y la de los terceros, podrá ser ‘trasladada’ (Artículo 155). En este evento, no obstante, el Código advierte que si un traslado se da por alteración del estado de conciencia, porque la persona se encuentra bajo el efecto del consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas o tóxicas “no podrá ser trasladada por el simple hecho de estar consumiendo sino que deben existir motivos fundados y el agente de Policía con fundamento en el principio de proporcionalidad determinará si existen las razones objetivas previstas en este Código.” El Código contempla medidas de policía especiales para el consumo de alcohol o sustancias psicoactivas en lugares habilitados para aglomeraciones (Artículo 49) y en actividades que involucran aglomeraciones de público no complejas (Artículo 59) o aglomeraciones de público complejas (Artículo 74). También existen disposiciones que se ocupan de regular competencias especiales de los gobernadores y los alcaldes, ante situaciones de emergencia o calamidad, dentro de las cuales se contempla ‘restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas alcohólicas’ (Artículo 202).

*En otras palabras, aparte de las medidas de policía estudiadas en el presente proceso, existen otras medidas, también de Policía, orientadas a lidiar con el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas. Además, hay medidas penales y disciplinarias que funcionan con sus lógicas y reglas propias, también orientadas a controlar acciones relacionadas con el consumo de bebidas y sustancias que sean contrarias a los derechos de los demás y de la sociedad. La regla legal acusada que se estudia en el presente proceso, por tanto, no es la única norma que regula la cuestión, no es la que se ocupa de regular los casos de personas menores de edad ni de lugares tales como los entornos educativos”.*



concreto, debe analizarse a la luz del deber de la autoridad policiva de controlar la distribución y comercialización de drogas, a que se refieren los artículos 49 de la Constitución Política, 376 de la ley 599 de 2000 y 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016.

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

Por último, se resalta que lo expuesto de ningún modo implica **prejuzgamiento**, teniendo en cuenta que, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala, este tipo de pronunciamiento “*en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto*”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Así lo sostuvo la Sala en la providencia de 11 de marzo de 2014 (Expediente núm. 2013 00503. Consejero ponente: doctor Guillermo Vargas Ayala), al expresar que: “Con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los Jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la Jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 del C.P.A.C.A. expresamente dispone que ‘[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es de brindar a los Jueces ‘la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite’ [ ]. Una suerte de presunción iure et de iure, sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. // La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa [ ]. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”.(Negritas fuera del texto).



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

“De modo que el concepto de dosis personal, corresponde a una categoría jurídica que se encuentra vigente y regulada en el orden jurídico colombiano, respecto de la cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha efectuado notables desarrollos en los que ha declarado la no punibilidad del porte de sustancias estupefacientes en cantidades de baja significación. Para el efecto, ha relacionado los principios constitucionales de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad, **con categorías penales como la ausencia de lesividad material de estas conductas, toda vez que se trata de comportamientos que carecen de relevancia**



**para la afectación de los bienes jurídicos que protege el tipo penal del artículo 376, que trascienden la salud pública, alcanzando otros valores como la seguridad pública y el orden económico y social.**

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

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

Por lo anterior, el Despacho comparte las consideraciones esbozadas por las carteras ministeriales demandadas y por la Presidencia de la República, a través





del memorial conjunto de contestación de la primera solicitud cautelar<sup>41</sup>, según las cuales el *“cambio trascendental en la caracterización constitucional del derecho a la dosis personal, que se reflejó y plasmó especialmente en la sentencia C-491 de 2012, tuvo distintas consecuencias jurídicas; entre ellas, el que no se puede interpretar dicho derecho como una prerrogativa absoluta del individuo, sino como una atribución que, si bien puede ejercerse en el ámbito estrictamente privado y personal, incluso en ese ámbito configura un problema objetivo de salud y una condición patológica frente a la cual el Estado no sólo tiene la potestad sino la obligación constitucional de desplegar medidas terapéuticas, educativas y de acompañamiento”*.

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

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

De manera que de la revisión en detalle del acto acusado, emerge la conclusión consistente en que el mismo dispone que cuando la autoridad advierta **la posible infracción de la prohibición de tenencia o porte de sustancias psicoactivas**

---

<sup>41</sup> 41 Folios 16 a 49 del cuaderno de medida cautelar expediente 2018-00399.



**ilícitas**, ha venido analizando, se aplicará el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016.

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

En efecto, según los artículos 2.2.8.9.1 y 2.2.8.9.2 del Decreto 1070, cuando en el marco del Proceso Único de Policía, la autoridad advierta que, con ocasión de la tenencia o porte de sustancias psicoactivas<sup>42</sup>, se puede haber incurrido en alguna de las infracciones previstas en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016, resulta necesario aplicar el procedimiento establecido en el proceso verbal inmediato de que trata el artículo 222 de Ley 1801 de 2016, *“por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”*.

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

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

---

<sup>42</sup> 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



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

3. **El presunto infractor deberá ser oído en descargos.**

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

Así, del análisis previo se desprende que el objeto del citado procedimiento no es otro que el de asegurar “*la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre las personas, con los bienes, y con el ambiente, en el marco del ordenamiento jurídico*”<sup>43</sup>.

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

Como puede observarse, luego de identificar al presunto transgresor, la autoridad de policía abordará a la persona en el sitio donde ocurran los hechos y le informará que su acción configura un acto contrario a la convivencia, para lo cual debe, en primera instancia, efectuar una ponderación de los hechos tendiente a mediar y resolver el conflicto. Tal momento inicial es entendido por la Corte Constitucional como “*un canal de comunicación para que los interesados resuelvan directamente sobre sus desacuerdos de forma armónica*”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> CNPC, art. 5.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-282 de 2017.



Ahora bien, con plenas garantías del derecho fundamental al debido proceso, desde los componentes de defensa, y la contradicción, y en el escenario en que no se llegue a un acuerdo, se deberá oír en descargos al presunto infractor y solo posteriormente se podrá imponer la medida correctiva, en su contra, a través de una orden de policía frente a la cual procede el recurso de apelación; y resaltando que, en todo caso, se debe aplicar el “*Protocolo del medio de policía de incautación y de la medida correctiva de destrucción del bien*” ( artículo 2.2.8.9.4 del acto acusado).

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

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

De manera que, en esta etapa inicial de la controversia, el Despacho observa que el procedimiento policivo acusado guarda coherencia con la finalidad de la medida,



en tanto procede frente a todas las personas que porten y tengan sustancias estupefacientes o sicotrópica prohibidas y, en tanto, a través del mismo, en el marco de los derechos de defensa y contradicción, se busca corroborar la situación descrita en el artículo 2º (literal j) de la Ley 30 de 1986 y en la sentencia C-491 de 28 de diciembre de 2009, proferida por la Corte Constitucional.

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

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

Por lo último, el Despacho reitera que el concepto de dosis personal previsto en el literal j), no contiene una presunción de derecho *iuris et de iure* que no admita prueba en contrario. Por el contrario, la presunción de cantidades de drogas a las que alude aquella definición requieren de la demostración, a través del proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 del CNPC, de otros hechos indicadores, asociados: (i) a la afectación de los derechos de terceros prevista en los artículos 34, 38, 39, 59, 92 y 93 de la Ley 1801 de 2016 y; (ii) a la valoración de la acreditación de la condición de consumidor (ocasional, terapéutico o recreativo).

Es por ello que la autoridad policiva no debe olvidar que, en tratándose del porte de sustancias psicoactivas en cantidades de baja significación, el mencionado



proceso policivo contempla una etapa inicial de mediación tendiente a garantizar el derecho de los sujetos consumidores que portan cantidades permitidas de estas sustancias para su uso personal.

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

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

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

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,**

#### **R E S U E L V E :**

**DENEGAR** la suspensión provisional de los efectos jurídicos de **Decreto 1844 de 1 de octubre de 2018**, expedido por el Presidente de la República, por la Ministra



del Interior, por la Ministra de Justicia y por el Ministro de Defensa Nacional, de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Consejero de Estado