

Problemas constitucionales del Decreto 1844 del 1 de octubre de 2018, que reglamenta la prohibición de poseer, tener, entregar, distribuir o comercializar drogas o sustancias prohibidas.

Manuela Garzón Arroyave y

María Camila Giraldo Zuluaga

POYECTO DE MONOGRAFÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADAS

Asesor:

CRISTIAN ANDRÉS DÍAZ DIEZ

Profesor de la Universidad Eafit.

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. CONTENIDO DEL DECRETO 1844 DE 2018 Y PRONUNCIAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DOSIS MINIMA.....	6
1.1 Alcance del Decreto 1844 de 2018.....	6
1.1.1 Se podrá iniciar de oficio o a petición de quien tenga interés directo o acuda en defensa de las normas de convivencia.....	7
1.1.2 Una vez identificado el presunto infractor, la autoridad de Policía lo abordara en el sitio de los hechos, si ello fuere posible o, en aquel donde lo encuentren, y le informará que su acción u omisión configura un comportamiento contrario a la convivencia.....	8
1.1.3 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.....	9
1.1.4 El presunto infractor deberá ser oído en descargos.....	10
1.2 Construcción jurisprudencial de La Corte Constitucional entre el consumo de dosis mínima y los derechos fundamentales.....	15
1.2.1 Problema jurídico: constitucionalidad de la dosis mínima.....	19
2. NATURALEZA Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA	22
2.1 Naturaleza de la potestad reglamentaria.....	22

2.2 Límites de la potestad reglamentaria.....	29
3. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1844 DE 2018.....	35
3.1 Principio de proporcionalidad como parámetro de control de constitucionalidad.....	35
3.1.1 Adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido.....	38
3.1.2 La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin.....	40
3.1.3 La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin.....	41
4. MECANISMOS JURÍDICOS PROCEDENTES PARA DEMANDAR EL DECRETO 1844 DE 2018.....	44
4.1 Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.....	44
4.2 Medio de control de nulidad simple.....	46
CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA.....	56

**¿CUÁLES SON ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES QUE SE
ADVIERTEN EN LA EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DEL DECRETO 1844 DEL 1 DE
OCTUBRE DE 2018?**

INTRODUCCIÓN

La constitución del 1991 es la “norma de normas” de Colombia. Como logro importante de esta, se consagraron los derechos fundamentales, sociales, económicos y colectivos. Se estableció también, la efectiva protección de los anteriores derechos, por medio de la tutela y las acciones populares.

La Corte Constitucional se creó como “...un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política” (Corte Constitucional, 2015). La corte ha tenido un importante papel respecto al desarrollo de los derechos fundamentales.

Uno de los derechos contenidos en la Carta Política, es el previsto en el artículo 16, el cuál expone que “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”. Lo cuál se traduce en el reconocimiento que hace el Estado de la autonomía que tiene toda persona sobre su propio ser. Esto, siempre y cuando sus conductas no atenten contra los derechos de los terceros.

El artículo 16 ha generado un gran debate desde su promulgación. Esto, porque no se había establecido el alcance que tiene el libre desarrollo de la personalidad, es decir, en dónde comienza

dicho derecho y hasta qué punto llega el mismo. A lo largo de los años la Corte Constitucional ha venido desarrollando dicho artículo, lo cual ha permitido ir estableciendo el alcance de este, en diferentes situaciones que han sido presentadas ante el tribunal supremo.

Por otro lado, la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-221/94, habló sobre la dosis mínima, la cual se había definido por medio de la Ley 30 de 1986 en su artículo 2, como “ La cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo”, y consideró que, en amparo del derecho del libre desarrollo de la personalidad, sería inconstitucional hacer del consumo de drogas un delito.

En el presente trabajo se estudiará la constitucionalidad del Decreto 1844 de 2018, el cual le permite a la Policía Nacional iniciar un proceso verbal inmediato, contenido en el artículo 222 de la ley 1801 de 2016, a las personas que estén portando cualquier tipo de sustancia psicoactiva en espacio público, esto sin importar si la cantidad de droga constituye la dosis mínima.

En caso de que el posible infractor no aporte excusa médica, será acreedor de una multa de carácter pecuniario, lo cual puede llegar a representar una posible contradicción con el artículo 16 de la Constitución Política y también con el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la Corte Constitucional sobre la dosis mínima desde la Sentencia C- 221 de 1994.

Para analizar la problemática presentada, en un primer momento se explicará el Decreto 1844 de 2018, con la intención de ilustrar cual es el contenido del mismo. Posteriormente, se realizará un análisis respecto a cuál ha sido la relación que la Corte Constitucional ha construido entre el consumo de dosis mínima y los derechos fundamentales. Al anterior análisis, se le sumará el

estudio sobre la naturaleza y los límites que tiene el Presidente de la República en Colombia respecto a la potestad reglamentaria.

Por último, y con fundamento en la información anterior, se analizará si efectivamente el Decreto 1844 de 2018 es constitucional y, de no serlo. Se evaluarán cuáles son los mecanismos de protección idóneos que proceden para demandar dicho decreto.

1. CONTENIDO DEL DECRETO 1844 DE 2018 Y PRONUNCIAMIENTO

JURISPRUDENCIAL.

A continuación, se analizará el contenido y alcance del Decreto 1844 de 2018 y se señalarán los pronunciamientos mas importantes de ha tenido la Corte Constitucional con respecto a la dosis mínima en Colombia.

1.1 Alcance del Decreto 1844 de 2018

El Presidente actual, Iván Duque Márquez, firmó el Decreto 1844 de 2018, que, según aquel, busca atacar el consumo de drogas en el país y acabar con el microtráfico de sustancias psicoactivas en espacio público. Además, agrega que por medio de este Decreto se le otorgan las herramientas a la Policía para destruir cualquier dosis de droga que se encuentre en las calles.

Según el Presidente, el Decreto se expide, debido a el deseo de “una continuidad de política de Estado”, ya que tiene fundamento en la ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía y Convivencia), sancionada por el entonces Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón.

El Presidente señala que dicha Ley contiene varios artículos sobre los cuales se fundamenta el Decreto 1844 de 2018, pero señala dos como los mas importantes: el 140, que señala cuáles son

los comportamientos, contrarios al cuidado e integridad del espacio público. Uno de estos comportamientos, dice el Código es “Portar sustancias prohibidas en espacio público”. El segundo artículo es el 92, que ilustra los comportamientos que atentan contra la libertad económica; en su numeral octavo se advierte que uno de ellos es “Almacenar, elaborar, poseer, tener, facilitar, entregar, distribuir o comercializar bienes ilícitos, drogas o sustancias prohibidas por la normatividad vigente o las autoridades competentes”. (Duque, 2019)

El Decreto 1844, en su artículo 1 decreta “Adiciónese el capítulo 9 del título 8 de la parte 2 del del libro 2 del Decreto 1070 de 2015, (Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de defensa”

El Decreto es un cuerpo normativo, en principio de índole administrativa y no penal, ya que las personas encontradas consumiendo o portando estupefacientes que corresponda a la dosis mínima, no serán judicializados, sino que se les impondrá una sanción de naturaleza administrativa, la cual se explicará en el siguiente párrafo. Aun así, el trámite podría tener consecuencias penales, en el caso de que se esté portando una cantidad mayor a la permitida.

Para imponer algún tipo de sanción administrativa, primero se debe verificar la ocurrencia del comportamiento contrario a la convivencia. Para esto, el Decreto 1844, en su artículo 2.2.8.9.1 estableció que se debe llevar a cabo el proceso verbal inmediato consagrado en el artículo 222 de la Ley 1801 de 2016. A continuación, se explicarán las etapas que se deben seguir para cumplir con el debido proceso enunciado en dicho artículo.

1.1.1 Se podrá iniciar de oficio o a petición de quien tenga interés directo o acuda en defensa de las normas de convivencia”

Este primer numeral nos señala que el proceso verbal inmediato podrá iniciarse de oficio por las autoridades competentes, como lo son: el personal uniformado de la Policía Nacional, los comandantes de estación o subestación de Policía y comandantes del Centro de Atención Inmediata de Policía. También podrá promoverse a petición de parte, o por cualquier persona que tenga interés directo o acuda en defensa de las normas de convivencia.

En el último caso, a modo ilustrativo se pone como ejemplo a las personas que se encuentren con sus hijos disfrutando de un parque público y en este haya una persona consumiendo estupefacientes en presencia de ellos. Lo anterior facultará a cualquiera de las personas a llamar a la Policía, para que se inicie un proceso verbal inmediato.

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

¿Qué querrá decir este artículo cuando señala que se abordará al presunto infractor en donde ocurran los hechos? Lo que se piensa que quiso decir este numeral es que al sujeto se le abordará en el sitio en donde se configure la acción, la cual consiste, en el porte o tenencia de estupefacientes. No será necesario que la persona esté consumiendo en el momento la sustancia

prohibida, ya que, de acuerdo con “el artículo 140 #8 de la ley 1801 de 2016”, el porte de dichas sustancias constituye un comportamiento contrario al cuidado e integridad del espacio público.

En caso de que sea imposible abordar al presunto infractor en el lugar de los hechos, este numeral faculta a la autoridad de policía para abordarlo en cualquier otro lugar en donde lo encuentren, siempre y cuando se verifique el porte y se le comunique a la persona que su acción configuró un comportamiento contrario a la convivencia. Cabe resaltar que, cuando se habla de verificar el porte, no necesariamente esto se ciñe a que se encuentre a la persona posteriormente con la sustancia prohibida, sino que anterioridad se haya podido comprobar esta situación. Verbi gracia, cuando un par de jóvenes son sorprendidos a unos metros de distancia portando sustancias prohibidas, se deshacen de las mismas y huyen tratando de evitar la acción administrativa, pero posteriormente la autoridad de policía logra recolectar la sustancia que portaban y los alcanzan unos minutos después en un lugar diferente de donde se cometió la infracción.

Por último, el numeral 2 nos indica que el uniformado le informara al infractor que su acción u omisión configura un comportamiento contrario a la convivencia, lo cual quedara consagrado en el acta que levanta quien imponga la medida. De acuerdo con el artículo 164 de la Ley 1801 de 2016, dicha acta deberá contener el inventario de los bienes que incautaron y por razones de orden legal que fundamenta dicha incautación.

1.1.3 El presunto infractor deberá ser oído en descargos”

En este momento, la persona podrá presentar fórmula médica que justifique el porte de dicha sustancia y en dicho caso no habrá lugar a la imposición de la medida correctiva. De no hacerlo en el momento oportuno puede ser considerado responsable del comportamiento contrario a la

convivencia en la primera instancia, y, si no se prueba lo contrario, en caso de que apele, también lo será en la segunda instancia.

1.1.4 “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”

Este numeral dependerá de las circunstancias, ya que se refiere a cuando se presenta disputas o alegatos entre dos o mas partes; por lo cual la autoridad policiva actúa como mediador con la intención de dirimir el problema. En caso de que no pudiese hacerlo, tendrá que imponer la respectiva medida correctiva.

El párrafo del artículo 222 establece que

En contra de la orden de Policía o la medida correctiva, procederá el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto devolutivo y se remitirá al Inspector de Policía dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes. El recurso de apelación se resolverá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la actuación y será notificado por medio más eficaz y expedito.

Que el recurso proceda en el efecto devolutivo quiere decir que, una vez se halle responsable a la persona a la que se le encuentra la dosis prohibida y esta interponga recurso de apelación, deberá el persona uniformado conceder dicho recurso y proceder a aplicar la medida correctiva de destrucción del bien, consagrado en el artículo 192 de la citada ley. Lo anterior con fundamento en que el efecto devolutivo mencionado en párrafo uno no suspende la actuación.

Lo problemático de lo anterior sucede cuando en segunda instancia la persona presente una formula médica que justifique el porte de dicha sustancia. En este caso no habría lugar a la imposición de

medida correctiva y además, por ser efecto un devolutivo, se le tendría que devolver el bien incautado. Lo anterior con fundamento en el artículo 49 inciso 6 de la Constitución Política de Colombia que establece:

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

Lo problemático en este caso radica en que el bien debió haber sido destruido en primera instancia, por lo cual no habría forma de devolver el mismo.

Respecto a lo anterior, en la Sentencia C-282 de 2017 se resolvió la demanda del artículo 222 de la Ley 1801, ya que el autor consideró que el hecho de que se otorgue “efecto devolutivo” al recurso constituye una vulneración al artículo 29 de la Constitución Política. La Corte Constitucional resolvió declarar exequible la expresión “el cual se concederá en el efecto devolutivo” argumentando lo siguiente:

El efecto devolutivo fue usado por el legislador “con el fin de lograr que cierto tipo de decisiones se ejecuten de manera oportuna con la inmediatez y celeridad que demanda el interés que se encuentra comprometido”. Debido a que se pretende limitar un derecho fundamental la Corte Constitucional dice que, antes de tomar la medida correctiva, se deberá hacer un test intermedio de proporcionalidad en donde se analice “... que el fin sea legítimo e importante, y que el medio

utilizado también sea legítimo, así como adecuado y efectivamente contundente para alcanzar dicho fin”. Argumenta también la Corte que “... pese a la limitación que genera en el alcance de la apelación no solo apunta a la relación de un fin legítimo e importante, sino a la vez imperioso”.

En caso de que con el recurso de apelación se revoque la medida y esta haya producido un daño o antijurídico la Corte dice que:

El ciudadano afectado pueda hacer uso de las herramientas que le otorga el ordenamiento jurídico para obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, o para promover una actuación penal o disciplinaria en contra de la autoridad de policía, si su proceder fue contrario al principio de legalidad.

Al indagar sobre la anterior situación con el abogado Néstor Andrés Posada, quien trabaja como asesor jurídico en la Inspección 5ta de Policía, y al cual se le realizó una entrevista el día 20 de enero de 2019, manifestó que

“Si bien en un principio se puede afectar el debido proceso y la presunción de inocencia cuando se impone la medida correctiva de manera inmediata al ciudadano, también es cierto que los servidores públicos se deben someter al imperio de la ley (Art 230 C.N), que para este caso consagra el efecto devolutivo por razones de celeridad e inmediatez, pues de lo contrario estarían inmersos en el delito de prevaricato. Sin embargo, antes de tomarse cualquier medida correctiva se debe adoptar el test de proporcionalidad, tal y como lo establece la Corte Constitucional en la sentencia C282 de 2017 antes de limitar cualquier derecho fundamental.

Por otro lado, cuando el ciudadano presenta motivos razonables suficientes en el recurso de apelación y que arrojan como resultado la revocatoria de la decisión en segunda instancia. Frente a esto es importante aclarar que no hay forma de devolver el bien, toda vez que fue destruido por la Policía Nacional en primera instancia atendiendo el criterio de inmediatez y el test de proporcionalidad.

Si la persona busca una eventual indemnización, le corresponde entonces demostrar ante la jurisdicción Contencioso Administrativa si la decisión adoptada en primera instancia por el personal uniformado de la Policía Nacional comporta un daño antijurídico que el ciudadano no tenía porque soportar. Caso en el cual el juez administrativo decidirá si procede o no el medio de control de reparación directa”.
(Posada, 2019)

En conclusión, de acuerdo con la sentencia C-282 de 2017, el agente de Policía deberá hacer un test de proporcionalidad en el cual deberá analizar si la medida correctiva es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto. Resulta difícil pensar que el personal uniformado esté capacitado para realizar un test de proporcionalidad, no solo por la complejidad que este exige, sino también, porque este debe ser realizado en el momento en el cual se detenga a la persona, dificultando aún mas la tarea.

En el caso de que al ciudadano le revoquen la media en segunda instancia y que, como consecuencia, se haya causado un daño antijurídico, dice la Corte que este podrá interponer una demanda de reparación directa. También resulta difícil pensar que un ciudadano interponga una demanda de reparación por la causa anteriormente mencionada, o que la misma prospere, máxime si el valor del bien destruido es de poca monta.

Como se mencionó anteriormente, la sanción es de tipo administrativo, pero podría llegar a ser de tipo penal; esto sucede cuando se excede la dosis mínima permitida. Este proceso de verificación se realiza por el personal uniformado de la Policía Nacional, atendiendo los presupuestos enunciados en el artículo 2 de la ley 30 de 1986.

En caso de que la autoridad considere que se está superando la dosis permitida, debe proceder a llevar a la persona a la estación de policía para pesar lo incautado y, en caso de que supere la dosis mínima, capturarla en flagrancia, de acuerdo con el artículo 301 de la ley 906 de 2004. Seguido a esto, la persona se debe remitir a la Fiscalía.

Una vez puesto a disposición de la Fiscalía, el Fiscal cuenta con hasta 36 horas desde su captura para llevarlo a un juez de control de garantías. Antes de ponerlo a disposición del juez, el Fiscal debe identificar si la persona capturada es un adicto o no. En caso de que el sujeto sea un adicto, se debe archivar el proceso y dejarla en libertad; esto, debido a que la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia número 18609, indicó que en estos casos existe una falta de antijuridicidad material. Esto, porque no se afecta ningún bien jurídico sino la propia salud del drogadicto. “la cantidad de droga portada por el consumidor en ese caso, ligeramente superior a la permitida legalmente, no es punible debido a que su carácter insignificante se ofrece inane en el ámbito de la antijuridicidad material” (Galán, 2005).

De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 222 de la ley 1801 de 2016, para realizar la incautación, el personal uniformado adscrito a la Policía Nacional debe elaborar un acta que contenga como mínimo un inventario de los bienes incautados, las razones que fundamentan la

utilización de este medio de policía y las normas que soporten el motivo de la incautación. Además, se le tendrá que entregar copia a la persona a la que le incautaron los bienes y deberá ser suscrita por ambas partes. En caso de que la persona se niegue a firmar el acta, el uniformado debe dejar constancia de esta situación mediante oficio anexo a la orden de comparendo.

En conclusión, el Decreto 1844 de 2018 se adiciona al Decreto 1070 de 2015, con la intención de reglamentar parcialmente el Código Nacional de Policía y Convivencia en lo concerniente al porte o tenencia de estupefacientes. Lo anterior, facultó a la policía a iniciar el proceso verbal inmediato, del artículo 222 de la ley 1801 de 2016, a las personas que estén consumiendo o portando sustancias prohibidas en espacio público, incluso si estas sustancias constituyen la dosis mínima permitida.

1.2 Construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el consumo de dosis personal y los derechos fundamentales

Una vez analizado, el alcance del Decreto 1844 de 2018, es importante revisar cuál ha sido el tratamiento que a este tema le ha dado la Corte Constitucional durante estos años en su jurisprudencia. Al respecto la Sentencia C-221 de 1994 se convirtió en la sentencia Hito, al despenalizar el consumo de la dosis mínima.

En la Sentencia C-221/94, se resolvió la solicitud del ciudadano Alexandre Sochandamandou, el cual pretendía que se declararan inexecutable el literal j) del artículo 2o. y el artículo 51 de la ley 30 de 1986. De acuerdo con el demandante, las normas acusadas violan los artículos 5, 28, 29, 34, 49 y de la Carta Política, con fundamento en que "el Estado no puede sancionar con pena o medida de seguridad el derecho inalienable de las personas a estar psicofisiológicamente enfermas por

cualquier causa, inclusive de drogadicción o toxicomanía.". Además, agrega que, los artículos 28 y 95 numeral 1, también son violados debido a que "no se puede penar a quienes simplemente consumen estupefacientes, porque con su conducta no perjudican a persona diferente a ellos mismos."

Respecto a lo anterior, la Corte examina tres posibilidades hermenéuticas y llega a las siguientes conclusiones:

1. En la primera, la Corte señaló que no puede el sustento de la norma demandada ser la protección de un posible desamparo en el cual podrían quedar los familiares del consumidor, pues esto supondría que "...el tener seres queridos y obligaciones familiares que cumplir, tendría que hacer parte de la conducta típica y, por ende, quienes no se encontraran dentro de esa situación no podrían ser justiciables por el delito en cuestión..."

Dice la Corte que tampoco sería apropiado el argumento que sostiene que las personas que se encuentren bajo la influencia de sustancias prohibidas representan un peligro para la comunidad lo anterior, debido a que esto generaría un trato discriminatorio para las personas que consumen sustancias psicoactivas respecto a otras sustancias que conllevan a efectos similares, tales como el alcohol.

Por último, agrega que dentro de un sistema penal liberal y democrático "...a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace..."

2. La Corte considera que "el Estado colombiano se asume dueño y señor de la vida y del destino de cada persona sujeta a su jurisdicción, y por eso le prescribe

comportamientos que bajo una perspectiva menos absolutista quedarían librados a la decisión suya y no del Estado”. Lo anterior no va acorde con la Constitución Política de 1991, pues esta “... es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria...”

3. Finalmente, la corte llegó a la conclusión que la única posible justificación de dichos artículos radica en

que se trata tan sólo de la expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo.

La Corte también analiza, otros aspectos tales como la obligación que da el artículo al internar al enfermo en un centro psiquiátrico, considerando dicha disposición “... abiertamente inconstitucional, pues cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud...”

Por otro lado, la Corte afirmó que los artículos demandados van en contra del libre desarrollo de la personalidad debido a que

El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen.

Por lo cual, finaliza diciendo que

Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado".

Por último, la Corte Constitucional invito al Estado a crear políticas educativas con miras a acabar con el consumo de narcóticos y estupefacientes. Lo anterior con la siguiente justificación:

No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada. (Gaviria, 1994)

Por las razones anteriores, la Corte Constitucional declara inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, este último por constituir unidad normativa con los acusados.

A partir de la sentencia C- 221 de 1994, la Corte Constitucional fue expidiendo otras decisiones relacionadas con el tema como se observará a continuación:

1.2.1 Problema jurídico: constitucionalidad de la dosis mínima

<p>Solución 1: legalidad total del consumo de sustancias psicoactivas.</p>	<p>●</p> <p>1994: C-221 de 1994 MP: Carlos Gaviria Díaz. Despenalización del Consumo mínimo.</p> <p>●</p> <p>2004: C-101 de 2004 MP: Jaime Córdoba. Sanciona el consumo en presencia de menores.</p> <p>●</p> <p>2008: C-879 de 2008. MP: Manuel José Cepeda. Declaró como inexecutable la “Ley de pequeñas causas” (Ley 1153 de 2007)</p> <p>●</p> <p>2011: C-574 de 2011 MP: Juan Carlos Henao. La persona no puede ir a la cárcel por el Simple hecho de usar sustancias ilícitas.</p> <p>●</p> <p>2012: C-149 de 2012 MP: Luis Ernesto Vargas. La corte realiza una inspección en la evolución legislativa y jurisprudencial sobre el tratamiento político criminal del porte o conservación de sustancia estupefaciente en dosis para uso personal encontrando que en la jurisprudencia de las altas cortes el porte y el consumo de dosis personal no estaba penalizada.</p>	<p>Solución 2: sanciones legales y pecuniarias del consumo de sustancias psicoactivas.</p>
---	---	---

La Sentencia C-221 de 1994 despenalizó el consumo mínimo en Colombia, pues consideró que el Estado no debería interferir en la esfera personal de los individuos, esto debido a que como dicha sentencia lo prescribe “solo las conductas que interfieran con la orbita de la libertad y los intereses ajenos pueden ser jurídicamente exigibles”.

Además de lo anterior, la Sentencia del 94 advirtió que los adictos no deben ser tratados como criminales, pues estos son enfermos. Enfermos a los que no se les puede obligar a rehabilitarse y, mucho menos castigarlos. Por el contrario, invito al Estado a buscar medidas educativas que permitan que las personas elijan su forma de vida de manera responsable.

A partir de la Sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional, siguió emitiendo sentencias en donde se respeto lo preceptuado por dicha sentencia, lo cual se refiere a la despenalización del consumo mínimo. Además en algunas de las sentencias expuestas en el recuadro anterior se continuo reiterando que el Estado deberá imponer medidas administrativas que permitan la rehabilitación y educación de los adictos.

2 NATURALEZA Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN COLOMBIA

En el presente capítulo se elaboró un análisis sobre la potestad reglamentaria del gobierno nacional. Para su desarrollo se tuvo en cuenta los siguientes temas: naturaleza de la potestad reglamentaria y los límites de la esta, tanto desde el punto de vista legal, como jurisprudencial y doctrinal.

2.1 Naturaleza de la potestad reglamentaria

El ordenamiento jurídico colombiano tiene una estructura jerárquica, en el cual la Constitución Política es la norma superior que se encuentra por encima de las demás normas jurídicas. Por lo tanto, el contenido de estas últimas no puede ir en contra de las disposiciones constitucionales, tal y como se expresa en el artículo 4 de nuestra carta magna. En caso de que se genere una antinomia entre una norma constitucional y cualquier otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales atendiendo al principio de la jerarquía normativa, el cual se explica a continuación:

La jerarquía normativa es un principio según el cual las normas de un ordenamiento jurídico se estructuran de forma ordenada de manera que unas tienen primacía sobre las otras. Para atender a esta clasificación se puede acudir a diferentes criterios, como por ejemplo: el de la función normativa, o el del órgano político que expide la norma. Con la jerarquía normativa se organizan las normas de un determinado ordenamiento jurídico, logrando unidad y coherencia dentro del mismo. Además, desde el punto de vista hermenéutico le da solución al problema de las antinomias jurídicas, que no es más que la contradicción entre dos normas jurídicas dentro del mismo ordenamiento.

Ahora respecto a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional esta es limitada por fuentes del derecho de mayor jerarquía como lo son la Constitución Política de Colombia, la cual es norma de normas, en segundo lugar, la ley expedida por el Congreso de la República.

Según Urrego Ortiz (2005), al analizar detenidamente la Constitución Política, se ve claramente la existencia de tres niveles normativos; el primero es el que alude al artículo 4º Superior al señalar que: "la Constitución es norma de normas"; el segundo, concerniente a las regulaciones que aprueba el Congreso de la República mediante las "leyes", y el tercero, a las demás normas que expiden las ramas del poder público así como los órganos autónomos e independientes, que pueden catalogarse como "actos administrativos"(p. 127).

Los decretos son actos administrativos proferidos por el gobierno nacional, y tienen generalmente un contenido normativo reglamentario, por lo que su rango es jerárquicamente inferior al de las leyes y la constitución. El Decreto 1844 de 2018 no es la excepción y su naturaleza es de carácter reglamentario, debido a que su función es desarrollar algunos aspectos contenidos en la Ley 1801 de 2016 (Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia).

La potestad reglamentaria es una facultad que se le otorga al gobierno, y el presidente de la republica la puede ejercer mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes de conformidad de conformidad con el artículo 189 numeral 11 que establece:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Además, Corte Constitucional en la sentencia C-028 definió la potestad reglamentaria como “un derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República como autoridad administrativa, para dictar las normas de carácter general que son necesarias para la correcta ejecución de la ley”. (Martínez, 1997)

Los decretos reglamentarios están sometidos a la Constitución y a la Ley. Además, cuentan con control de legalidad por parte del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 137 del CPACA.

Respecto a lo anterior, Urrego Ortiz (2005) manifiesta que el control jurisdiccional de los decretos de carácter general dictados por el gobierno le corresponde al Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad y de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2 CP); esta última procede respecto de los decretos "cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa." En este mismo sentido, los decretos reglamentarios, que son los que nos conciernen en este caso, deben ser atacados mediante la acción de simple nulidad mientras que aquellos que desarrollan leyes marco o el expedido en desarrollo del artículo 41 transitorio de la Carta Política son controlables mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad (p.63).

En cuanto a los decretos expedidos por el Gobierno colombiano, estos pueden clasificarse en dos grupos, cada uno con diferentes subdivisiones: por un lado los decretos de contenido legislativo y por otro lado los de contenido administrativo. En cuanto a los primeros, en el escrito “los decretos en el sistema normativo colombiano” Urrego-Ortiz y Quinche-Ramírez (2008) sostienen que se trata:

De enunciados normativos expedidos por el Gobierno Nacional, en casos expresamente previstos por la Constitución Política, cuyo alcance es de fuerza

material de ley, hasta el punto de derogarlas o subrogarlas. El sistema constitucional colombiano prevé cinco variedades: los decretos leyes, los decretos legislativos, el decreto del plan nacional de desarrollo, los decretos estatutarios y los reglamentos autónomos. En el caso de los tres primeros su control fue asignado a la Corte Constitucional, de conformidad con los numerales 5 y 7 del artículo 241 de la Carta. (p.63)

Y en cuanto al segundo grupo, es decir, a los de contenido administrativo, que son los que nos competen, se trata de enunciados normativos, que expide el Gobierno Nacional en unos casos que se encuentran previamente señalados dentro de la Constitución. El contenido y alcance material de estos decretos de contenido administrativo están sometidos a las leyes en las cuales encuentran su fundamento y a las demás leyes del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es claro que las leyes tienen mayor fuerza vinculante que los decretos de contenido administrativo. Con respecto a esto Urrego y Quinche (2008) dicen que:

Estos decretos operan bajo tres modalidades básicas: Los decretos reglamentarios, los decretos que desarrollan leyes marco y los decretos ejecutivos. No obstante, la inventiva oficial ha dado lugar a una cuarta clase, a los decretos de enmienda o de corrección de yerros caligráficos o tipográficos”. (p.63)

De igual manera Urrego Ortiz y Quinche Ramírez (2008), sostienen acerca de los decretos reglamentarios y la potestad reglamentaria que:

La potestad reglamentaria es una facultad permanente del Presidente de la República, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, que se ejerce por medio de la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la

cumplida ejecución de las leyes. Si bien a diferencia de lo que ocurre con los decretos legislativos la potestad reglamentaria es permanente, ello no es óbice para que la ley que va a ser reglamentada establezca un término dentro del cual deba expedirse el respectivo reglamento. (p.63)

Por otro lado, Ossa Arbeláez (2000) define la potestad reglamentaria de la ley en relación con la Constitución como:

“Aquella función que le corresponde al Ejecutivo por mandato constitucional del artículo 189 numeral 11, por la cual la administración dicta reglamentos de carácter general e impersonal dirigidos a la ejecución de la ley al adoptar los medios necesarios para hacerla cumplir eficazmente” (p.252)

Lo primero que hay que decir con respecto a lo anterior es que, desde la perspectiva clásica, basada en el principio de separación de poderes, el Legislador creaba el Derecho y el Ejecutivo lo aplicaba. Por lo tanto, la función de los decretos reglamentarios consiste en desarrollar la norma, permitir su ejecución y regulación; es decir en trazar los derroteros que sean necesarios para que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del legislador; por esto sus enunciados tienen una fuerza vinculante inferior a la de la ley.

La potestad reglamentaria es una facultad constitucional que se atribuye a algunas autoridades en el interior del Estado para expedir disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para que la ley sea ejecutada de una manera correcta. Su finalidad, como se dijo anteriormente, es señalar aquellos detalles y pormenores necesarios para una debida aplicación de la ley, sin que, en ningún caso pueden modificar, ampliar o restringir su contenido material o su alcance. Por ello, el acto que resulta no es una nueva ley, sino un acto complementario de esta.

En este caso la potestad reglamentaria tiene como titular al Gobierno Nacional, y su objeto es el de contribuir a una debida “concreción de la ley”. Esta facultad se justifica en la existencia de las tres ramas del poder público: Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Estas deberían ejercer sus funciones de manera armónica para realizar los fines estatales. Es claro que es una función del legislativo dictar normas de “carácter general, impersonal, abstracto, objetivo” y es función del ejecutivo expedir actos administrativos por medio de los cuales se pretende desarrollar y permitir la ejecución de las leyes. Es decir que esta potestad representa un mecanismo de colaboración armónica entre los poderes legislativo y ejecutivo. Esta es una atribución que no requiere de una habilitación específica de la ley, puesto que solo requiere de la existencia de una norma legal que deba ser ejecutada. También vale la pena mencionar, que se trata de una función permanente, de manera que va a subsistir mientras subsista la ley. Por otro lado, en el Derecho colombiano, la facultad reglamentaria es esencialmente administrativa y encuentra su fundamento directo en la Constitución Política en su artículo 189 numeral 11, y se debe ejercer por mandato de la norma fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Por lo tanto, los actos administrativos emitidos en ejercicio de la potestad de la que aquí se habla, únicamente pueden desarrollar el contenido de la ley.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia C-302 del año 1999 menciona unas características propias de la potestad reglamentaria diciendo que:

“se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para la que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. En muchas ocasiones del contenido mismo de la ley se desprende la necesidad del reglamento, pues

aparece claro que algunas materias genéricamente normadas deben ser especificadas por la autoridad administrativa que ha de ejecutarla. Pero en otras el legislador en el mismo ordenamiento le recuerda al Ejecutivo este deber en relación con aspectos puntuales y precisos, lo cual no infringe la Constitución”. (Gaviria, 1999).

2.2 Límites de la potestad reglamentaria:

La jurisprudencia y la doctrina sostienen que el ejercicio de la potestad reglamentaria exige la existencia de la ley objeto de reglamentación y el respeto del marco establecido por la misma ley, las demás leyes y la Constitución. La facultad constitucional expuesta en este segundo capítulo se otorga al Presidente de la República para expedir normas solo de carácter reglamentario, a fin de desarrollar el trámite requerido para el cumplimiento de una ley. En virtud de esto, para entender la potestad reglamentaria se deben tener en cuenta los límites y el alcance planteado de manera previa por la Constitución Política. Tal y como se observa en el artículo 189 de la Constitución, la facultad reglamentaria se predica respecto de todas las leyes, y es sólo para expedir decretos que permitan el desarrollo de la misma ley.

El poder ejecutivo tiene dos límites en cuanto a lo que se refiere a su tarea de reglamentar una ley:

-El primero es que la ley a reglamentar exista previamente, ya que la potestad reglamentaria no da al gobierno nacional el poder de crear, modificar o adicionar la ley, Así lo ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia C-512 de 1997, diciendo que dicha facultad reglamentaria “no es absoluta ya que la misma se ejerce en la medida en que exista la ley”. (Arango 1997)

-El segundo tiene que ver con el contenido de la ley a reglamentar, toda vez que las disposiciones normativas incluidas en el decreto reglamentario no pueden ir en contra de lo establecido por esta

ley, y además por regla debe faltar la regulación de determinada materia, en cuanto a que la ley la contiene más no es clara ni precisa a la hora de desarrollarla, ahí es donde surge la necesidad de reglamentar un asunto determinado, pues de lo contrario si se trata de una ley que incorpora disposiciones precisas y claras, no se requiere de una regulación adicional para su ejecución. Por ello, entre más detallada sea la norma expedida por el legislador, menor será el ámbito de acción de la administración para reglamentarla.

Los decretos reglamentarios gozan de presunción de legalidad según el artículo 88 del CPACA, esto quiere decir que se presumen válidos, mientras su nulidad no haya sido declarada por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por ello, desde que son expedidos por el Gobierno Nacional son de obligatorio cumplimiento, y en el evento en que sobrepasen alguno de los límites mencionados precedentemente, se hace necesario solicitar su nulidad ante el Consejo de Estado.

Respecto a la presunción de legalidad el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) establece:

“ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

Esta suposición, de que el acto fue emitido conforme a derecho resulta de la juridicidad con la que se debe mover la actividad estatal. Con respecto a este tema Santofimio (1994) dice que dicha “presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente

con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo”. (p.111,113)

La presunción de legalidad de los actos administrativos, según el artículo 88 del CPACA tiene como consecuencia que en la medida en que los actos administrativos no estén desvirtuados por la autoridad competente, las obligaciones que éstos impongan estarán vigentes, y por lo tanto, se observa que la legalidad o ilegalidad de ellos corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El artículo 89 del CPACA dice lo siguiente:

ARTÍCULO 89. CARÁCTER EJECUTORIO DE LOS ACTOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

El control jurisdiccional de los decretos reglamentarios de carácter general dictados por el gobierno nacional es realizado por el Consejo de Estado, al conocer del medio de control de nulidad según el artículo 137 de la Ley 1437 y de nulidad por inconstitucionalidad según el artículo 237 de la Constitución Política.

Los decretos reglamentarios deben ser atacados a través del medio de control de simple nulidad.

Esto se sustenta en el siguiente artículo:

ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

La Corte Constitucional, ha dicho en sentencias como la C-228/93, que la potestad reglamentaria del gobierno nacional claramente no le permite legislar, sino regular determinado asunto que ya está contenido de manera previa en la ley, esto es lo que se debe hacer con los decretos reglamentarios. Según la Constitución Política, al gobierno nacional se le pueden conferir facultades para legislar, pero solo en casos excepcionales como lo son:

-Los decretos legislativos que se profieren con ocasión a los estados de excepción, de acuerdo con los artículos 212, 213, 214 y 215 de nuestra carta superior.

-Los decretos ley, que se expiden por motivos de necesidad o conveniencia pública cuando se le confiere facultades extraordinarias al gobierno nacional de conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

La Corte además menciona en la sentencia C-302 del año 1999 que estos límites son los establecidos dentro de la Constitución Política y la ley. Por lo tanto no pueden ampliar, restringir o modificar el contenido legal. Además, en dicha oportunidad, la Corte aclaró que: “las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella”. También manifestó que no se debe olvidar que “cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se convierte en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento”. (Gaviria,1999).

Posteriormente, en la sentencia C-704/10 la Honorable Corte Constitucional alude a los requisitos que se deben cumplir por parte del gobierno nacional para poder ejercer la potestad reglamentaria, y al respecto menciona dos:

1. La existencia previa de un contenido o una materia legal que pueda ser reglamentado, cuya finalidad es garantizar que por esta vía el Presidente de la

república, u otro funcionario de la administración pública, ejerza funciones propias del legislador; y

2. El respeto por parte de la autoridad que expide la reglamentación de tal contenido, de las demás leyes y de la Constitución. (Calle, 2010).

Se puede decir, también, que la Corte Constitucional acierta, al afirmar que el gobierno nacional no puede legislar, mediante los decretos reglamentarios, pero sí tiene campo de acción en el ámbito regulatorio, el cual está marcado por el desarrollo efectivo de las reglas consagradas en la ley, para desarrollar sus contenidos y supuestos. Es decir, mediante un decreto reglamentario, no se puede ampliar o restringir el sentido mismo de la Ley; tampoco suprimir o modificar disposiciones previstas en la legislación, pues en tales casos el gobierno estaría sobrepasando las atribuciones que le fueron conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia.

3 ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1844 DE 2018

Respecto al análisis realizado en los capítulos anteriores, se estudiará a continuación la constitucionalidad del Decreto 1844 de 2018.

De acuerdo con las intervenciones del Presidente Iván Duque (Duque, 2018), el Decreto 1844 de 2018 es respetuoso de los diferentes principios constitucionales y su objetivo principal es atacar el microtráfico y el consumo de drogas. Es así como, según afirma el alto mandatario, a través de esta medida, se busca proteger el interés general, sobre el particular. Sin embargo, resulta importante analizar si efectivamente la medida administrativa es idónea para alcanzar el fin que propone.

3.1 Principio de proporcionalidad como parámetro de control de constitucionalidad

Debido a que el Decreto restringe derechos, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, dignidad y entre otros a se aplicará el test de proporcionalidad para verificar si la medida es justificable. De acuerdo con López Burce (2009), la aplicación del test de proporcionalidad tiene como objetivo “proteger un derecho de limitaciones excesivas y desproporcionadas frente a la finalidad que persigue la norma que lo restringe” (p.153)

Robert Alexy fue uno de los pioneros en desarrollar la ponderación como un procedimiento. En su obra “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, el autor dice al respecto que el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El test de proporcionalidad se ha venido utilizando en las altas cortes colombianas durante años, con la intención de resolver casos en los cuales se presenta una colisión de derechos fundamentales.

De acuerdo con la sentencia C- 022 de 1996

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

La misma sentencia también indica que:

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Gaviria,1996).

A modo de ejemplo, en la sentencia C-144/15, la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los literales “b” y “c” del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, “en razón a que generan una afectación innecesaria en los derechos subjetivos de quienes con su adopción se ven afectados.”

Las medidas cautelares contenidas en el artículo 30 de la ley 1493 de 2011 fueron creadas para que en el momento que se hiciera

necesaria la intervención Estatal a efectos de asegurar la protección de los intereses de los titulares de los derechos de autor, así como el normal ejercicio de sus funciones como director de la economía nacional, tuviera los medios o “las herramientas jurídicas para mitigar el impacto” que pudiera llegarse a generar.

Para resolver el problema jurídico, la Corte utilizó el test de proporcionalidad y concluyó que:

Las medidas cautelares demandadas, en abstracto, no generan una afectación innecesaria a los derechos fundamentales de los trabajadores y directivos de las sociedades de gestión colectiva, por cuanto resultan necesarias para asegurar la efectiva consecución de los fines que con ellas se propone. No se vislumbra la existencia de otros mecanismos que sin generar un menor grado de afectación, permitan la cabal protección de los intereses jurídicos cuya protección ha sido encargada a la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Por lo cual, declaró exequible los literales “b” y “c” del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011.

A continuación, se aplicarán los pasos necesarios que exige el test de proporcionalidad, con el fin de resolver si las medidas impuestas por el decreto 1844 de 2018 son justificables.

3.1.1 Adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido

Como se señaló con anterioridad, el primer elemento del test de proporcionalidad consiste en la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido. Sobre este tema Bernal Pulido (2005) dice que “...el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo y, en segundo término, que se sea idónea para favorecer su obtención. (p.689)

Respecto del primer elemento, el cual consiste en que el fin de la medida sea legítimo, es importante mencionar que de acuerdo con las intervenciones hechas por el presidente Iván Duque, el Decreto 1844 de 2018 tiene como objetivo acabar con el microtráfico y el consumo de drogas, además de proteger el espacio público. Es claro que en este caso la Constitución Política no ha prohibido ninguno de los fines que busca. Por el contrario, en el inciso 6 del artículo 49 de la misma señala que

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

Respecto de la protección al espacio público, el artículo 82 de la Constitución Política establece que “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular...”. Por lo anterior, se puede concluir que el fin del Decreto 1844 de 2018 está protegido constitucionalmente, por lo cual es legítimo.

Debido a que los objetivos que tiene el Decreto encuentran protección en los artículos 49 y 82 de la Constitución Política, se puede concluir que estos fines son constitucionalmente legítimos.

El segundo elemento, se refiere a que la medida sea idónea, es decir que los medios utilizados por el Decreto 1844 de 2018 para proteger los derechos anteriormente mencionados sean los adecuados e idóneos.

Para determinar si la medida efectivamente es idónea, se pone en mención la siguiente investigación realizada por la Corporación Acción Técnica Social, quienes trabajan con los gobiernos para el diseño de políticas públicas.

Un estudio adelantado por dicha entidad mediante un sondeo a 1903 personas que consumen sustancias psicoactivas permite denotar que no ha habido una disminución del consumo de drogas porque “Aunque los consumidores han tomado medidas para evitar la sanción del decreto, este no ha afectado sus prácticas de consumo y está generando corrupción policial y beneficio a los microtraficantes como se anticipó en la críticas previas a su implementación.” (2019)

Según dicha investigación, es importante resaltar que el 93.8% de los consumidores a los cuales se les incautó la dosis mínima, no dejaron de consumirla y, por el contrario, la volvieron a comprar. También, de acuerdo con este estudio “...De las más de 1800 personas que respondieron las preguntas el 55.3% dice que la droga ha subido de precio después de la medida, mientras que el 68.1% dice que la calidad de la droga permanece igual.” (2019).

Finalmente, con dicha investigación se concluyó que los mayores beneficiados con las medidas impuestas por el Decreto 1844 de 2018 son los policías corruptos, quienes reciben dinero con el fin de no imponer comparendos y los narcotraficantes, pues sus ventas se han elevado.

Del estudio hecho por la Corporación Acción Técnica Social se puede deducir que: las medidas utilizadas, lejos de acabar con el microtráfico y proteger el espacio público, han ocasionado efectos adversos tales como corrupción policial y la consolidación de los expendios de droga en distintas zonas del país. Lo anterior, debido a que, cuando estas son incautadas, el consumidor no deja de

consumirlas, si no que, por el contrario, acude a comprar más, generando efectos lucrativos para los vendedores.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que no se cumple con el requisito de idoneidad, ya que el medio que se seleccionó en el Decreto 1844 de 2018 no es adecuado para disminuir el microtráfico, sino que por el contrario, esta generando efectos adversos.

3.1.2 La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin

Respecto al segundo subprincipio, la Corte Constitucional en la sentencia C- 022 de 1996, señaló que esta necesidad se refiere a “...que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios...” (Gaviria, 1996).

De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución Política, el Estado deberá establecer medidas administrativas que conlleven a la prevención del consumo de droga y rehabilitación del adicto. Es aquí, en donde se encuentra una de las razones por las cuales se promulgo el Decreto 1844, pues con este se interpuso una medida administrativa que de acuerdo con el Presidente Iván Duque, uno de sus objetivos es acabar con el consumo de drogas.

Por otro lado, la sentencia C -221 de 1994 despenalizó la dosis mínima, indicando que “Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito son claramente inconstitucionales”, y reiteró que el Estado podrá imponer tratamientos

administrativos. Es por eso que “Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse” (Gaviria, 1994).

El Decreto 1844 de 2018 aunque podría llegar a tener implicaciones de índole penal, es una medida administrativa que, en principio, no es privativa de la libertad. Sin embargo, dicha medida es punitiva, en cuanto a que castiga al consumidor que porte estupefacientes por medio de un comparendo, desconociendo así, la necesidad de que esas medidas sean impuestas con un fin preventivo o de rehabilitación del adicto, mas no punitivo.

Como se dijo en el primer capítulo, cuando una persona porta estupefacientes en espacio público sin prescripción médica, se hace acreedor de una multa tipo 2. Esto, de acuerdo con el artículo 140 de la ley 1801 de 2016. La multa tipo 2 constituye 8 salarios mínimos diarios legales vigentes. Así lo indica el artículo 180 de la mencionada ley. Esta medida administrativa no constituye un método eficaz para rehabilitar al enfermo y, por el contrario, lo único que genera es una forma de lucrar a la administración a costas de la adicción de una persona. También, al ser la medida impuesta una sanción, resulta contraria a lo establecido en la sentencia C- 221 de 1994, que prohíbe castigar al consumidor.

Además de lo anterior, para lograr los objetivos que tiene el Decreto 1844 existen otras medidas más idóneas y respetuosas con los preceptos constitucionales. A continuación enunciaran algunas de las políticas por medio de las cuales el Estado podría atacar el problema del microtráfico en Colombia.

La primera consiste en la prevención, la cual se logra mediante educación a las personas sobre el consumo de droga y sus implicaciones. Esta política debe ser adoptada a nivel en todos los colegios y universidades del país. Además, se deben realizar campañas educativas en zonas que presenten un alto índice de drogadicción. Una vez educados, las personas podrán escoger de una forma responsable si quieren ser consumidores de drogas.

La segunda consiste en la reincorporación de los adictos, lo cual se podría lograr mediante la asignación de empleos remunerados que garanticen la subsistencia de estas personas. También, la creación de talleres familiares en donde los adictos cuenten con el apoyo de el estado y de sus familiares.

Como se demostró se pueden crear políticas diferentes para atacar la venta y el consumo de drogas en el país, no podrá ser nunca la solución correcta castigar al enfermo imponiéndole multas que constituyen elevadas sumas de dinero, que en muchas ocasiones son incapaces de pagar por su situación económica. Además, cuando no se paga la multa quedan inscritos en el Registro Nacional de Medidas Correctivas, dificultando así la obtención de un posible empleo. Lo anterior debido a que los empleadores al momento de contratar pueden solicitar el certificado de medidas correctivas.

Por lo anterior, no se cumple con el subprincipio de necesidad, esto debido a que como se mencionó existen otras medidas que podrían alcanzar el fin propuesto, sin restringir derechos fundamentales o haciéndolo de una forma menos benigna.

3.1.3 La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin

Al respecto, en la sentencia C-584 de 1997, la Corte Constitucional, señaló que “Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional” (Cifuentes, 1997).

Respecto a este punto, lo primero que hay que mencionar es que como se vio con anterioridad el decreto 1844 no esta en capacidad de lograr el objeto del mismo y que además ha generado un incremento tanto en la corrupción policial, como en la venta de drogas.

Las medidas implementadas por el Decreto 1844 de 2018 suponen una limitación a derechos constitucionalmente protegidos por la Constitución Política de Colombia, tales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la libertad, esta ultima entendida como aquella que tienen las personas de elegir lo que es bueno o malo para ellas, así también lo manifiesta la Sentencia 221 de 1994 cuando dice que “..los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deberán ser decididos”

Además, como se analizó anteriormente, existen otras medidas que resultan mas acordes a los mandatos constitucionales y que no generen una reducción tan significativa de los derechos de las personas. Por lo anterior, no resulta entonces proporcional imponer una medida en la cual se menoscaben derechos constitucionales, si esta no esta en capacidad de lograr su objetivo. Las desventajas de esta medida son mayores que las ventajas que podrían existir sobre la misma, por lo cual aquella no cumple con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto.

En conclusión, mediante el test realizado, se puede afirmar que, aunque el fin del Decreto 1844 de 2018 sea legítimo, ya que cuenta con protección constitucional, el mismo no resulta idóneo, ni proporcional; esto en la medida en que se están sacrificando derechos constitucionales tales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la libertad, entre otros.

Además, cuando el decreto sanciona el consumo de la dosis mínima, va en contra de disposiciones de la Corte Constitucional, quien es la encargada de interpretar la Constitución y que desde la Sentencia C-221 de 1994 despenalizó el consumo de dosis mínima en Colombia y ordeno al Estado crear medidas educativas tendientes a la rehabilitación del adicto. También, es importante reiterar que existen otras medidas posiblemente mas eficaces y que resultarían menos dañinas para los derechos de las personas-

4 MECANISMOS JURÍDICOS PROCEDENTES PARA DEMANDAR EL DECRETO

Una vez hecho el estudio para determinar la posible inconstitucionalidad del Decreto 1844 de 2018, a continuación, se determinará cual es el medio de control procedente para demandar dicho decreto por inconstitucional.

Según F. Illanes (2010) “la acción procesal es un poder abstracto que da paso a un derecho completo para reclamar ante un tribunal”.(p.3).

Los medios de control en lo contencioso administrativo son aquellos mecanismos por medio de los cuales, tanto personas naturales como jurídicas, pueden acudir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que esta emita una providencia que resuelva de fondo, si es jurídicamente posible, el asunto puesto a su consideración en forma de pretensión en interés de carácter particular o general, sin importar el sentido de la decisión.

Según el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los medios de control son: nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa, controversias contractuales entre otros. A continuación, se explicarán, algunos de ellos, con el fin de analizar la procedencia de los mismos para el caso en estudio.

4.1 Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad

El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución se refiere a que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones

constitucionales. La Constitución como norma suprema regula las formas y métodos de producción de las normas que integran la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado y por ello es reconocida como la fuente de fuentes.

El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad es un mecanismo que permite un control abstracto de constitucionalidad. En Colombia, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional son revisados por la Corte Constitucional, cuando estos tienen naturaleza de Ley y por el Consejo de Estado en los demás casos. Su origen debe situarse en el artículo 41 del Acto Legislativo 01 de 1945 que repartió dicho control de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Actualmente, el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad se encuentra regulado en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Hay que aclarar entonces que la competencia del Consejo de Estado es residual.

Este medio de control procede ante la infracción directa de la Constitución por parte los decretos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional y consiste en la revisión del presunto “decreto infractor” expedido por el Gobierno Nacional. Por otro lado, también hay que decir que dicho instrumento procesal es público, puesto que cualquier persona puede interponerla, y no es necesario ser abogado, aunque también puede ser presentado por medio de este.

Frente al trámite, lo primero que hay que decir es que la demanda, su trámite y contestación deben sujetarse a lo establecido en los artículos 162 a 175 de la Ley 1437. También es importante que en la demanda se manifiesten las normas constitucionales que se consideran violadas y, por último, que se justifiquen las razones que argumentan la inconstitucionalidad alegada. Después de que sea

presentada la demanda, que esta sea recibida y que se haya hecho el reparto, el magistrado ponente tendrá un término de diez días a partir del día siguiente, para pronunciarse respecto a la admisión de la demanda, en caso de que esta reúna todos los requisitos.

La disposición de la ley 1437 del 1011 que consagra este medio de control establece:

ARTÍCULO 135. NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. Los

ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de

representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

<Inciso **CONDICIONALMENTE** **exequible**> También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional”. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Por último, algunas características de este medio de control son: su naturaleza jurisdiccional, puesto que es un trámite que adelanta un órgano judicial, es decir, el Consejo de Estado, para resolver un conflicto; que se trata de un control por vía de acción, puesto que el Consejo de Estado revisa la constitucionalidad del decreto a partir de una petición; que no es un control integral, ya que se circunscribe a las razones alegadas y que el decreto puede ser objeto de posteriores revisiones, por razones diferentes a las expuestas por el demandante; que se trata de un control posterior a la expedición del decreto por parte del Gobierno Nacional; y que no es un control

definitivo, puesto que una vez el Consejo de Estado se pronuncia, este puede ser demandado por razones diferentes a las analizadas por el Alto Tribunal.

4.2 Medio de control de simple nulidad

Frente al medio de control de nulidad simple, previsto en el artículo 137 de la ley 1437 de 2011, es un mecanismo a través del cual se pretende la declaratoria de nulidad de un acto administrativo para que este pierda su validez y vigencia. Esto con el fin de preservar el principio de legalidad.

En cuanto a su naturaleza, el Consejo de Estado en la sentencia 2013-00149 de 19 de septiembre de 2016, dijo que

....es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de un representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad. (Santofimio, 2016).

El Consejo de Estado expone que es objetiva, en cuanto a través de su ejercicio solo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad. Por ello, implica el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. También, dice el Consejo de Estado, que se trata de una acción de control público y popular, puesto que la guarda y preservación del ordenamiento jurídico no puede ser de interés exclusivo de algunos o una carga funcional privativa de las

autoridades. (Inciso primero del artículo 137 de la ley 1437). Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, es decir una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la demanda de nulidad simple puede ser interpuesta por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y esta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca efectos generales, esto es, erga omnes (inciso 1o del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011). (Santofimio, 2016) y además ex – Tunc (desde el pasado). Frente a este medio de control, la ley 1437 de 2011 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

PARÁGRAFO. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente. (CPACA) ¹

En cuanto a la procedencia del medio de control, el Consejo de Estado ha planteado:

La acción de simple nulidad procede contra los actos de carácter general y particular, caso este último cuando comporte un especial interés para la comunidad y, cuando no se esté en presencia de una pretensión litigiosa. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 37 de 2011 estableció el medio de control de nulidad para los actos administrativos de carácter general y excepcionalmente previó esta misma acción contra actos administrativos de carácter particular, en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere

¹ Corte Constitucional - Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES, por el cargo analizado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-260-15 de 6 de mayo de 2015, Magistrada Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. 4. Cuando la ley lo consagre expresamente (Suaréz, 2017).

Hay que aclarar que, el medio de control de nulidad no tiene un término específico de caducidad, según lo establecido por el artículo 164, num. 1º, literal a) del CPACA. Por lo tanto, la demanda puede interponerse en cualquier momento, a partir de la expedición del acto. También vale la pena mencionar que una vez puesta en marcha la acción, el demandante no podrá desistir, por ser una acción pública que busca satisfacer el orden jurídico y preservar el principio de legalidad. Además el proceso es de interés general y, por lo tanto, no se puede terminar por voluntad simple de un particular o de una entidad pública.

Al ser el Decreto 1844 de 2018, de naturaleza reglamentaria, su revisión ante una posible demanda de simple nulidad, le corresponde al Consejo de Estado; esto de acuerdo con el artículo 149 de la ley 1437. Al ser un decreto viciado de inconstitucionalidad, podrá interponer el medio de control de nulidad simple contenida en el artículo 137 con fundamento en lo siguiente "... Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse...". Esto porque, como se explicó anteriormente, en Colombia existe una jerarquía normativa, en donde la Constitución es norma de normas y todas las demás disposiciones no podrán ir en contra de lo que indica la misma.

¿Si el decreto tiene vicios de inconstitucionalidad por qué no se hace uso de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contenido en el artículo 135 de la ley 1437? Porque de acuerdo con el consejo de Estado en la sentencia 11001-03-24-000-2018-00387-00 de 2018,

En cuanto a los requisitos para la procedencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la jurisprudencia de la Corporación ha decantado los siguientes:

En primer lugar, que la disposición acusada sea un decreto de carácter general, dictado por el Gobierno Nacional o por otra entidad u organismo, en ejercicio de una expresa atribución constitucional.

En segundo lugar, que el juicio de validez se realice mediante la confrontación directa con la Constitución Política, no respecto de la ley. Sobre el particular dice la jurisprudencia que tampoco procede el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad cuando las normas constitucionales son objeto de desarrollo legal, porque en estos casos el análisis de la norma demandada “necesariamente involucrará el análisis de las disposiciones de rango legal...”, además de la Constitución.

En tercer lugar, que la disposición demandada no sea ni un decreto ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias ni un decreto legislativo, ya que estos, conforme a los numerales 5 y 7 del artículo 241 constitucional, son de competencia de la Corte Constitucional.

En cuarto lugar, se ha establecido que el acto acusado debe tratarse de un reglamento constitucional autónomo, es decir, aquel que se expide en ejercicio de atribuciones permanentes o propias que le permiten aplicar o desarrollar de manera directa la Constitución, o sea, sin subordinación a una ley específica. (Cerrato, 2018).

La misma sentencia indica que el Decreto 1844 de 2018 no cumple con los requisitos establecidos

Porque

no se evidencia que exista una atribución expresa constitucional para reglamentar la materia de que trata este Decreto, hallándonos, por el contrario, ante el ejercicio de la facultad reglamentaria general que se le asigna al ejecutivo en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política; (ii) el juicio de validez no se puede realizar solamente confrontando el decreto acusado con disposiciones constitucionales, debido a que el mismo se expidió en desarrollo de la Ley 1801 de 2018 «Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia»; (iii) el acto demandado no es un decreto ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias ni tampoco es un decreto legislativo, y (iv) no nos encontramos ante un reglamento constitucional autónomo o que hubiera sido expedido en ejercicio de atribuciones permanentes o propias derivadas directamente de la Carta Fundamental. (Cerrato, 2018)

Por lo anterior, el medio de control apropiado es el del artículo 149 de la ley 1437, es decir el de nulidad. Esto en virtud de la naturaleza misma del decreto estudiado y con fundamento en su ubicación en la jerarquía de las fuentes del Derecho. La naturaleza del Decreto 1844 de 2018 es reglamentaria, pues fue proferido en ejercicio de la potestad otorgada al Presidente de la República en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política. En este sentido se trata de un decreto de naturaleza administrativa, puesto que la función que se desempeñó fue administrativa y no legislativa. Es por lo anterior que el medio de control no está en cabeza de la Corte Constitucional.

Por otro lado, es un decreto proferido por una autoridad administrativa *secundum legem*, es decir que está supeditado a la ley, por esto es que el medio de control procedente es el de simple nulidad.

CONCLUSIONES

El Decreto 1844 de 2018 es un decreto reglamentario expedido en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 189 #11 de la Constitución Política de Colombia. El mismo fue firmado por el Presidente Iván Duque, con la finalidad de proteger el espacio público, además de acabar con el microtráfico en país.

El Decreto consta de un solo artículo, que se adiciona al Decreto 1070 de 2015, con el propósito de reglamentar parcialmente la ley 1801 de 2016. Básicamente, dicha disposición faculta al agente de policía decomise cualquier cantidad de estupefaciente que una persona esté portando o consumiendo en espacio público. Además, el uniformado deberá iniciarle un proceso verbal inmediato, el cual podrá acarrear sanciones pecuniarias, en caso de que no se presente una fórmula médica que acredite la condición de adicto. Lo anterior significa que dicho decreto cumple una función punitiva, yendo así en contra de lo establecido constitucional y jurisprudencialmente.

Al contravenir estipulaciones constitucionales tales como los artículos 13, 15, 16, 49 y 29, el decreto puede ser demandado. Como el mismo es *secundum legem*, es decir, se encuentra supeditado a la ley, el medio de control procedente es el de nulidad simple, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como se explicó con anterioridad, las medidas impuestas para esta reglamentación no son proporcionales para cumplir la finalidad del decreto. Además, sacrifican derechos constitucionales en vano. Lo anterior, lleva a preguntarse si efectivamente se hizo un estudio serio de las políticas que se deben implementar en un país como Colombia para resolver el problema del microtráfico.

Parecería más que el Decreto fue expedido en busca de satisfacer necesidades políticas. Además, constituye un retroceso en la visión liberal del ejercicio de los derechos porque, el Estado pretende producir en la esfera personal de los seres humanos, tratándoles de imponer lo que moralmente es correcto para el Presidente de turno. Cosa que ya se creía haber superado con la sentencia C-221 de 1994, cuando esta indicó que el Estado no es dueño de la vida de cada individuo y que cada quien es libre de decidir si quiere recuperar su salud.

Se hace necesario recordar que los consumidores de drogas no son criminales; son personas enfermas en busca de satisfacer cierto tipo de necesidades. No puede el gobierno castigarlos imponiéndoles multas, con la excusa de que de esta forma no volverán a consumir en espacios públicos. Primero, porque esto desconoce la realidad de que muchos consumidores son habitantes de calle y no poseen recursos para pagar dicha contravención y, segundo, porque imponer una medida punitiva a un enfermo resulta contradictorio con lo dicho en la sentencia C-221 de 1994, además de poner al individuo en una posición en donde se le trasgrede su dignidad humana.

Por último, al verificar que la medida no es idónea para el fin que persigue, se hace una invitación a que el Estado busque políticas diferentes, en las que no castigue al consumidor y respete los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía; los cuales le permiten al individuo escoger lo que es bueno o malo para él. Medidas especialmente educativas y no punitivas o restrictivas. Políticas en donde se creen métodos de prevención que permitan que la gente se eduque sobre las posibles consecuencias que acarrea el consumo de drogas y que, cuando las conozcan, sean ellos quienes deciden si consumirlas o no.

BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA:

1. LIBROS

Alexy, R. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Recuperado el día 22 de enero de 2019 de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Bernal Pulido, C (2005) El principio de proporcionalidad y de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2da edición, p.689 Madrid.

Bobbio, N. y Fernández Santillán, J. (1989). Liberalismo y democracia. 4ta ed. México: Fondo de Cultura Económica, pp.17 y 40.

Fernández Arbeláez, I. (2015). Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo. Tomo I. Volumen I. 2da ed. Bogotá: Universidad de la Gran Colombia. Seccional Armenia, pp.331, 336, 341.

López Burce, M.A (2009). La aplicación del test de proporcionalidad frente a medidas regresivas de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado del día 22 de enero de 2019 de <http://132.248.9.34/hevila/Universitasestudiantes/2009/no6/10.pdf>. Pp. 153.

Illanes. F. (2010). LA ACCIÓN PROCESAL, recuperado el día 27 de enero de 2019 de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/accpro.pdf>. Pp. 3.

Mejía Azuero. J. (2003). Acción Procesal, un concepto que necesita evolucionar Revista Jurídica Derechos y Valores de la Universidad Militar “Nueva Granada”, Volumen VI, No 12, pp .56 y 57

Ossa Arbeláez, J. (2000). Derecho administrativo sancionador. Segunda ed. Santafé de Bogotá: Legis, pp.251-255.

Restrepo-Pineda, C. (2014). La potestad reglamentaria del ejecutivo de las leyes tributarias vista desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. primera ed. [ebook] Bogotá: Universidad Autónoma Latinoamericana. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v15n38/v15n38a07.pdf> recuperado el 19 de diciembre 2018.

Santofimio, J. (1994). Acto administrativo: procedimiento, eficacia y validez. Segunda ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 111 y 113

Santofimio, J. (1994). Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. 1st ed. Bogotá: Universidad el externado de Colombia, pp.111, 112 y 113.

Urrego-Ortiz, F. and Quinche-Ramírez, M. (2008). Los decretos en el sistema normativo colombiano -Una política estatal de invención normativa. primera ed. Bogotá: Universidad del Rosario, pp.57, 58, 59,60.

Urrego Ortiz, F. (2005). Control de constitucionalidad de los decretos expedidos con fundamento en facultades otorgadas en actos legislativos De cómo se pretendía eludir su revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Primera ed. [ebook] Bogotá: scielo, pp.127,128,129, 140. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v7n2/v7n2a05.pdf> recuperado el 19 enero de 2019.

2. PAGINAS WEB:

Corte Constitucional de Colombia. (2015). Recuperado el día 20 de diciembre de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>

Duque, I. (2019). Presidente Duque en la firma del decreto en lo referente al porte de drogas - recuperado el día el 20 de diciembre de 2018, de <https://www.youtube.com/watch?v=OvyK5jS5ojg&t=319s>

Microtraficantes y policías corruptos, I. (2019). Microtraficantes y policías corruptos, los grandes beneficiados con el decreto de destrucción de dosis personal. Recuperado el día 10 de febrero de 2019, de <https://www.acciontecnicasocial.com/microtraficantes-y-policias-corruptos-los-grandesbeneficiados-con-el-decreto-de-destruccion-de-dosis-personal/>.

3. NORMAS Y JURISPRUDENCIA:

Congreso de la República. Acto Legislativo 01 de 1945. “Por el cual se confieren algunas atribuciones al director de la policía Colombia”.

Congreso de la República. Ley 30 de 1986. “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones.”

Congreso de la República Ley 1801 de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

Congreso de la República. Ley 904 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Constitución política de Colombia 1991

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101 de 2004 (Jaime Córdoba Triviño; 10 de febrero de 2004).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 282 de 2017 (Luis Guillermo Guerrero Pérez; 3 de mayo de 2017).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-879 de 2008 (Manuel José Cepeda Espinosa; 10 de septiembre de 2018).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-574 de 2011 (Juan Carlos Henao Pérez; julio 22 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-491 de 2012 (Luís Ernesto Vargas Silva; 28 de junio de 2012).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-584 de 1997 (Eduardo Cifuentes Muñoz; 13 de noviembre de 1997).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1005 de 08 (Humberto Antonio Sierra Porto; 15 de octubre de 2008).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia 18609 de 2005 (Herman Galán Castellanos; 8 de agosto de 2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 1997 (Alejandro Martínez Caballero; 30 de enero de 1997).

Corte Constitucional, Sentencia C-302 del año 1999 (Carlos Gaviria Díaz; 5 de mayo de 1999).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 512 de 1997. (Jorge Arango Mejía; 9 de octubre 1997).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 1993. (Vladimir Naranjo Mesa; 17 de junio de 1993).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-704 de 2010 (María Victoria Calle Correa; 6 de septiembre de 2010).

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

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-022 de 1996. (Carlos Gaviria Díaz; 23 de enero de 1996).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 221 de 1994 (Carlos Gaviria Díaz; 5 de mayo de 1994).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 144 de 2015 (Martha Victoria Sáchica Méndez; 6 de abril de 2015).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia 2013-00149 (Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19 de septiembre de 2016).

Consejo de Estado de Colombia, Sección segunda. Sentencia 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12) (Rafael Francisco Suarez Vargas; 21 de septiembre de 2017).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Sentencia 2013-00149 (Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19 de septiembre de 2016).

Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda. Sentencia 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12) 21 (Rafael Francisco Suárez Vargas) 21 de septiembre de dos mil diecisiete 2017).

Consejo de Estado de Colombia, Sección segunda. Sentencia 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12) (Rafael Francisco Suarez Vargas; 21 de septiembre de 2017).

Consejo de Estado de Colombia. sala de lo contencioso administrativo sección primera, auto 11001-03-24-000-2018-00387-00 (Roberto Augusto Serrato Valdés; 11 de octubre de 2018).

Decreto 1070 de 2015 “Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”.

5. ENTREVISTA

Posada, N. (febrero 4 de 2019). [En persona]. Medellín.