

**CONSUMO DE LA DOSIS PERSONAL EN VIAS PUBLICAS Y PARQUES –
Competencia de las Asambleas Departamentales para su prohibición**

Debe la Sala resaltar que el consumo permitido de la dosis personal de estupefacientes, no es un derecho fundamental, como lo considera el actor, sino el reconocimiento de una situación personal, en respeto precisamente del precepto Constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad, el cual, tiene las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Así las cosas, como lo explicó el a quo, la prohibición consagrada en el artículo 186, numeral 3.6, de la Ordenanza 021 de 2003, es desarrollo de la norma superior: Decreto Reglamentario 1108 de 31 de mayo de 1994, que no obstante estar demandado parcialmente ante esta Corporación, no ha sido anulado o suspendido, por lo que goza de presunción de legalidad. A juicio de la Sala, prohibir el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques no resulta desproporcionado. Se trata de medidas preventivas que contribuyen al bienestar y seguridad general, al orden público, la salud y a la protección de los derechos y libertades de las personas. Si bien es cierto que la despenalización de consumir o portar dosis personal de drogas fue inspirada en el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, este derecho también lo tienen las demás personas no consumidoras que buscan los parques para recrearse y respirar aire puro y las vías públicas para transitar con un mínimo de tranquilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1355 DE 1970 – ARTICULO 7 / DECRETO 1108 DE 1994 – ARTICULO 7

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 021 DE 2003 (19 de junio) ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA – Parcial (No anulada).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00122-01

Actor: EDGAR ALAN OLAYA DIAZ

Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD

Procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de

abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

El señor **EDGAR ALAN OLAYA DÍAZ**, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, tendiente a obtener la siguiente declaración:

- Es nula parcialmente la Ordenanza núm. 021 de 19 de junio de 2003, *“Por medio del cual se expide EL CÓDIGO DE POLICÍA, MANUAL DE CONVIVENCIA CIUDADANA DEL TOLIMA”*, en el aparte que dice *“estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas”* y todo el *“TÍTULO OCTAVO – PARA LA MOVILIDAD, EL TRÁNSITO Y EL TRANSPORTE”* en sus CAPÍTULOS del I al IV, artículos 357 al 367.

LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Ellos son, en resumen, los siguientes:

El 4 de septiembre de 1970, entró a regir el Código Nacional de Policía – Decreto Ley 1355, en el cual no se reguló nada relacionado con el consumo de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes, ni su forma, modo, lugar, tiempo y características.

El 31 de enero de 1986, se expidió la Ley 30, *“Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”*, cuyo artículo 2° definió la dosis personal como la cantidad de estupefacientes que una persona

porta o conserva para su propio consumo; y fijó las cantidades para la marihuana, la marihuana hachis, la cocaína o sustancia que la contenga, y la metacualona.

El 4 de julio de 1991, fue promulgada la nueva Carta Política en cuyo artículo 16 dispuso que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden público.

El 5 de mayo de 1994, la Sala Plena de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz, mediante la sentencia C-221 de 1994, en la cual se declara la exequibilidad del literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986, legitimó el uso de la dosis mínima presuntiva de estupefacientes; sin embargo, dicha Corporación advierte que la adopción de algunas limitantes al consumo sería materia del reglamento respectivo, no siendo otro que aquel emanado del poder de policía.

El 19 de noviembre de 2003, la Asamblea Departamental del Tolima expide la Ordenanza parcialmente acusada núm. 021, reglamento que dispuso los lugares y sitios (todos públicos) prohibidos para el consumo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o tóxicas (artículo 186, numerales 3.1 al 3.7), e igualmente prohibió a los peatones circular o transitar sobre las vías públicas bajo los efectos de dichas sustancias (artículos 358, numeral 9, parte final).

En el año 2012 la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado doctor Luis Ernesto Vargas Silva, vuelve a reiterar la existencia, vigencia y práctica de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes, según sentencia C-491 de 28 de junio de 2012.

LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Consideró que el acto acusado incurre en violación de los artículos 13, 16, 28 y 150, numerales 23 y 25 de la Constitución Política; 2º, literal j) de la Ley 30 de 31 de enero de 1986; y el artículo 59, incisos 1 y 3 de la Ley 769 de 6 de julio de 2002 – Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Explicó el alcance del concepto de la violación con base en los siguientes argumentos¹:

- Las libertades públicas y el reglamento de policía. En un Estado de Derecho, social y democrático que inspiró la Constitución Política de 1991, las libertades para un real y verdadero ejercicio requieren el establecimiento de linderos necesarios para no caer en la anarquía y el desorden social; sin embargo, dichas limitantes no pueden llegar a absorber la esencia de la libertad y hacerla nugatoria.

En materia de comportamiento ciudadano, o sea, en actividades que trascienden de lo privado y se enmarcan en el comportamiento público de las personas del conglomerado social, es el reglamento de policía el que contempla mandatos, pero éste no puede llegar a la exigencia total de limitantes o condicionamientos a las libertades públicas, que trunquen su ejercicio y las hagan nulas.

Trajo a colación sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los años 1982 y 1977², relacionadas con el derecho de Policía, y la sentencia de la Corte Constitucional C-024 de 27 de enero de 1994, Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero, en la cual la Corporación manifestó, entre otras, que

¹ Folios 83 a 105 cuad. ppal.

² Sentencias de 21 de abril de 1982, expediente núm. 893, Magistrado ponente doctor Manuel Gaona Cruz y de 27 de enero de 1977, Magistrado ponente doctor Luis Sarmiento Buitrago.

la Policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público, y en general está regida por el principio de necesidad y sus medidas deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y el fin perseguido; que el poder de policía se ejerce para preservar el orden público en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos, luego no puede traducirse en una supresión absoluta de libertades, ni en discriminaciones injustificadas.

- Violación al derecho del libre desarrollo de la personalidad. Que teniendo en cuenta lo anterior, las disposiciones acusadas transgreden las normas Constitucionales señaladas, porque violan el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Que en desarrollo del precepto Constitucional el Legislador natural, el Congreso Nacional, expidió el Estatuto Nacional de Estupeficientes que, aunque es anterior a la Carta Política de 1991, estimó la libertad pública de optar por el consumo de estupeficientes, y para ello señaló algunos topes o cantidades presuntivas para el consumo personal de tales sustancias y dejó en manos de los destinatarios la opción o elección del consumo, según lo dispone la Ley 30 de 31 de enero de 1986, artículo 2°, literal j), lo que implica que el consumidor no ha de ser visto ni tratado como un criminal, ya que al optar por el consumo de la dosis personal no interfiere en derechos ajenos, sino hace uso de real autonomía.

Sostuvo que el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de enero 31 de 1986 es amplio y no se detuvo en condicionamientos de modo, tiempo y lugar, para el ejercicio del consumo, de suerte que cualquier sitio, momento y modalidad de consumo quedó abiertamente elegible para el consumidor; que hasta la fecha no se ha promulgado ningún texto legal que prodigue condicionamientos a la mencionada disposición,

así como tampoco, al respecto, se han efectuado modificaciones legales al texto del Código Nacional de Policía – Decreto Ley 1355 de 1970.

Que el artículo 29 de la Carta prevé el derecho fundamental a la libertad, lo que indica también la libertad para el libre consumo de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes, y por ello sólo el Congreso puede poner fronteras a su ejercicio, para morigerarlo.

Para respaldar su argumento, el actor trajo a colación la sentencia C-790 de 24 de septiembre de 2002, Magistrada ponente doctora CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, mediante la cual la Corte Constitucional, entre otras, expresó “... desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se consideró que la reserva de ley, en virtud de la cual los derechos y libertades ciudadanas sólo pueden ser restringidos por la ley en cuanto expresión legítima de la voluntad popular En efecto, el artículo 4° de dicha Declaración dispone que ‘La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser fijados por ley’. Desde esta perspectiva **no es admisible que los derechos fundamentales puedan ser restringidos por autoridades distintas al poder legislativo**, pues ello no sólo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino que se estaría desconociendo el claro mandato del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Resalta la Sala)

El actor dedujo de lo anterior, que no es permitido para las Asambleas Departamentales entrar a dar regulación alguna en materia del consumo de

sustancias estupefacientes, y que si por alguna razón fuera ello factible, de conformidad con el artículo 300, numeral 8°, de la Constitución Política, en ausencia o vacío de la Ley, tales medidas deben ser razonables, proporcionales y justas para que no se invada el núcleo esencial de la garantía o libertad pública.

Señaló que el artículo 186, numeral 3°, de la Ordenanza acusada, se refiere al factor espacial, de sitios prohibidos para el consumo de sustancias estupefacientes, a saber, hospitales o centros de salud, locales comerciales o establecimientos educativos de acuerdo con lo reglamentado por la autoridad competente, zonas comunes de edificios o unidades residenciales con excepción de salones comunales, estadios, coliseos y centros deportivos, vehículos de transporte terrestre, público o privado, vías públicas y parques, y en cualquier sistema de transporte masivo.

Que lo señalado indica que el consumidor **sólo y exclusivamente** puede hacer uso o ejercicio de la libertad pública de consumo de estupefacientes en **áreas privadas**, es decir, en **domicilios**; que por su parte el artículo 358, numeral 9 ibídem, prohíbe transitar bajo el efecto de sustancias estupefacientes, lo que refuerza la limitación de consumo sobre vías públicas.

Advierte que el grueso de la población consumidora se contrae a los habitantes de la calle, siendo las vías, calles, plazas y parques su lugar de ubicación por excelencia, lo que indica que no podrían tener un sitio para el ejercicio de su dosis personal.

Consideró que los bienes de uso público son de dominio público, tanto para quienes son consumidores de dichas sustancias como para quienes no lo son, y que coartar el uso de tales bienes perpetúa una odiosa discriminación entre unos y

otros, lo cual viola el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Advirtió que en cumplimiento de dar aplicación a los actos acusados, las autoridades policiales interfieren a los consumidores que ejercitan la dosis personal en las vías y espacios públicos, haciendo retenciones, confiscaciones o decomisos de las sustancias estupefacientes y cuando no, realizando empadronamientos o reseñas a dichas personas, es decir, pseudo criminalizando la actividad de consumo de sustancias estupefacientes, cuando el consumidor no es un criminal, ni delincuente, pues con su actividad no contraviene el derecho punitivo penal ni el contravencional, como lo ha afirmado la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994.

Reconoció que es notable que la Ordenanza demandada parcialmente, limita el consumo de estupefacientes, en hospitales, coliseos deportivos, áreas comunes de edificaciones, locales comerciales, escuelas, colegios y otros lugares, pero peca de exceso al prohibir su consumo en vías públicas y parques, hasta tanto no se regulen lugares apropiados para ello, como sucede en Bogotá D.C., al regular Centros de Consumo Ambulatorios.

Estimó que, por otra parte, la Ordenanza Departamental parcialmente demandada, reafirma la imposibilidad para los peatones de transitar por las vías públicas, bajo los efectos de sustancias estupefacientes, cuando lo cierto es que ni el Código Nacional de Tránsito Terrestre así lo consagra, y lo que impone en su artículo 59 es un deber de “colaboración” al peatón que bajo los influjos de aquellas sustancias, vaya a atravesar las vías públicas, caso en el cual deberán ser acompañados por personas mayores de 16 años, lo cual implícitamente indica la inexistencia de la prohibición contenida en la disposición acusada.

Que lo anterior demuestra que se deben retirar del ordenamiento jurídico las expresiones “vías públicas y parques” del artículo 186, numeral 3.6 y “estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas” del artículo 358, numeral 9, contenidas en la Ordenanza núm. 021 de 2003.

- Violación de lo dispuesto en el artículo 150 numerales 23 y 25 de la Constitución Política, que consagran entre las funciones del Congreso de la República expedir las Leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos y la de unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República, de lo cual se deduce la incompetencia material de la Asamblea Departamental para regular la actividad de tránsito en el territorio Departamental del Tolima y la regulación del servicio público de transporte.

Concluyó que en cuanto concierne a normas sobre policía de tránsito, el Constituyente de 1991 restringió tal competencia de poder de policía, sólo y exclusivamente al Congreso, para que, mediante Ley, regulara el asunto, pues el artículo 25 de la Carta excluyó cualquier competencia residual o supletoria de otros órganos, lo cual indica que en el país no pueden existir normas de policía de tránsito locales, sino sólo nacionales, y en cuanto concierne a la regulación del servicio público de transporte, el asunto también es de reserva legal.

Que lo explicado impone el retiro del ordenamiento jurídico de todo el Título Octavo, Capítulos I al IV, artículos 357 a 367 de la Ordenanza parcialmente acusada.

I.2. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, se opuso a las pretensiones de la demanda³.

Argumentó que las pretensiones planteadas carecen de fundamento dado que no se ha desconocido ni vulnerado derecho alguno, porque en cumplimiento de su función Constitucional, consagrada en el artículo 300, numeral 8, dictó normas de policía en aquello que no era materia de disposición legal, y lo que ha hecho es reglamentar asuntos de su competencia, en lo relacionado con la movilidad y los estupefacientes en el Departamento del Tolima; anotó que la Ordenanza parcialmente acusada se ajusta a los mandatos legales, en especial de la Ley 599 de 2000 – Código Penal, en sus artículos 376 y siguientes.

Considera que la apreciación del actor es subjetiva, porque las Asambleas Departamentales tienen la obligación Constitucional de darle poderes a la policía regional para que asuman la función de control policivo en concordancia con el Código de Policía Nacional; que pedir la nulidad de las disposiciones acusadas implica dejar a la sociedad Tolimense a riesgo permanente de los consumidores de droga que tanto daño ha hecho al país, y por ello las normas acusadas son de orden preventivo y no sancionatorio para quienes las violen.

Transcribió los artículos acusados de la Ordenanza núm. 21 de 2003, sobre los cuales observó que lo que ha aprobado la Asamblea Departamental es reglamentar el consumo de alucinógenos dentro del Departamento del Tolima, para que en ningún caso se utilicen vías públicas u otros establecimientos para la comercialización o consumo no autorizado de estupefacientes o bebidas que

³ Folios 129 a 130 ibídem.

produzcan dependencia y para no poner en riesgo a las personas que transitan por dichos lugares.

Explicó que, de otro lado, lo que ha reglamentado la Corporación es un manual de convivencia en el ejercicio de la movilidad, tanto de personas como de vehículos, por tanto, no se está violando ningún derecho fundamental.

Que se dispuso de una herramienta legal para que la Policía Departamental pueda controlar, tanto a la comunidad como a quienes de manera ilegal son consumidores por fuera de las dosis permitidas por la normatividad.

Propuso como excepciones:

- Inexistencia de motivos para solicitar que se declare la nulidad de las disposiciones demandadas, porque éstas se ajustan a los parámetros legales y no se ha violado derecho concreto alguno, luego no procede restablecimiento de derecho.

- Legalidad de las disposiciones demandadas, que gozan de presunción de legalidad, porque no se demostró violación de las normas en las cuales debió fundarse, ni violación de normas superiores.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO.

El Tribunal Administrativo del Tolima, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011⁴, en Audiencia Inicial que consta en Acta núm. 007 de 30 de abril, profirió sentencia por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda.

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Sobre las excepciones consideró que no son procedentes, porque se está frente al medio de control cuya única finalidad es la conservación del ordenamiento legal, y que la excepción de legalidad de las disposiciones demandadas, por ser el asunto de fondo, se decide en la sentencia.

Precisó que si bien el actor solicita que se declare la nulidad de todo el Título Octavo de la Ordenanza núm. 021 de 2003, **sus argumentos se centran únicamente en debatir lo contemplado en los artículos 186, numeral 3, ítem 3.6 y 359 numeral 9, relacionados con el comportamiento que deben guardar las personas y peatones consumidores de estupefacientes dentro del territorio Tolimense**, sin hacer alusión a los motivos por los cuales considera que las demás disposiciones del Título Octavo transgreden el ordenamiento legal. **Dejó constancia de que las partes manifiestan estar de acuerdo con la fijación del litigio.**

Señaló que por tratarse de un medio de control que tiene como finalidad dilucidar la legalidad o no de un acto administrativo de carácter general, no procede la conciliación, en el entendido de que dicha legalidad no es negociable.

Consideró que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las disposiciones atacadas del Código de Policía, contrarían los mandatos Constitucionales, y los artículos 2°, literal j), de la Ley 30 de 1986 y 59, incisos 1° y 3° de la Ley 769 de 2002 – Código Nacional de Tránsito Terrestre, señalados por el actor.

Estimó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, porque el actor sostiene que la prohibición de consumir, vender o anunciar

estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas en vías públicas y parques, es una potestad única y exclusiva del Congreso de la República, porque es quien está autorizado para establecer límites o restricciones a las libertades y derechos ciudadanos dentro del marco de los principios y valores consagrados por la Constitución, y que a la fecha no se ha promulgado ningún texto legal que prodigue condicionamientos al literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 ni tampoco al texto del Código Nacional de Policía – Decreto Ley 1355 de 1970.

Explicó que la Corte Constitucional en la sentencia C-024/94 en la cual se refirió extensamente a la Policía dentro de nuestro régimen Constitucional, precisó que una de las formas de la actividad del Estado está ligada a la preservación y el establecimiento del orden público, esto es, con el mantenimiento de condiciones mínimas de tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad públicas que hagan posible la convivencia pacífica y el desarrollo de actividades sociales.

Que en la mencionada sentencia se advierte que la Constitución no establece reserva legislativa frente a todos los derechos Constitucionales ni a todos los aspectos relacionados con la regulación de los derechos, lo que significa que existen ámbitos de los derechos Constitucionales en los cuales algunas autoridades pueden ejercer un poder de policía subsidiario; pero precisa, que en atención a que dicho poder implica la restricción de derechos y libertades de las personas, el ejercicio subsidiario de policía, verbigracia por Asambleas, Concejos Municipales, Presidente de la República, requiere de una habilitación Constitucional expresa, porque, en principio, es potestad del Congreso.

Que conforme a lo expuesto, por regla general, corresponde al Congreso de la República expedir normas restrictivas limitativas de las libertades y derechos ciudadanos con base en los hechos o circunstancias que constituyen lo que se

denomina motivo de policía, que son todos aquellos hechos o circunstancias que en cualquier forma atentan contra el orden público, bien sea en forma directa o como resultado del abuso en el ejercicio de la correspondiente libertad; que las restricciones, en consecuencia, no buscan impedir el goce de los derechos y libertades, sino regular y permitir su cabal ejercicio acorde con las necesidades de la convivencia social y el respeto por los derechos de todas las personas que integran el conglomerado social, *“de ahí que sólo sean admisibles aquellas restricciones mínimas, necesarias e indispensables, que obedezcan a finalidades constitucionalmente legítimas, dentro del sistema democrático que nos rige, que tiendan a prevenir infracciones penales o a proteger o a asegurar la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”*.

Argumentó el Tribunal que es indiscutible que el Decreto Ley 1355 de 1970 fue expedido por el Legislador Extraordinario, Presidente de la República, en virtud de las facultades conferidas por la Ley 16 de 1968 y goza de presunción de legalidad; que en esta norma se establecieron las disposiciones sobre policía, las cuales tienen como fin principal mantener el orden público y proteger los derechos y garantías de las personas que habitan en el territorio nacional; que su artículo 7° dispuso que podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda lo privado.

Que en desarrollo de lo anterior, el ejecutivo expidió el Decreto 1108 de 1994, por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en cuyo artículo 16 se dispuso la prohibición del uso y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público, entre otros, los parques, plazas y vías públicas.

Aclaró que la misma norma superior invocada por el actor como vulnerada, artículo 16, señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad va hasta cuando entren en juego los derechos de los demás, y en este caso, si bien el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 permite el porte de una dosis mínima de estupefacientes, ello no significa que su consumo esté autorizado para realizarse en cualquier sitio, ya que existen valores jurídicos superiores que se deben proteger, tales como los derechos de los menores, la salud y moral pública, entre otros, por lo que la medida acusada detenta la calidad de ser proporcional, razonable y justa respecto de los bienes jurídicos tutelados.

Concluyó que la prohibición consagrada en el numeral 3.6 del artículo 186 del Código de Policía del Tolima, no es producto de la usurpación de funciones de la Asamblea Departamental al órgano superior, sino el desarrollo de la norma superior que puso límites a la libertad de sus asociados.

Que en el mismo sentido se debe entender que la implementación de pautas para la protección de peatones y conductores que consagra la Ordenanza acusada en el numeral 9° del artículo 358, responde a la necesidad de mantener el orden justo dentro de la sociedad, y en ningún caso nos ubica dentro de la restricción de la libertad, sino, por el contrario, dispone reglas de comportamiento de carácter preventivo que resultan apenas lógicas frente a personas que se encuentran bajo la influencia de estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas teniendo en cuenta la alteración del sistema nervioso que éstas generan a quienes las consumen.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

En memorial que obra a folios 240 a 262 del cuaderno núm. 1, la parte demandante solicitó que se revoque el fallo apelado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, de declarar la nulidad de los actos acusados, precisando que éstas **se contraen a lo prescrito en el artículo 186, numeral 3°, ítem 3.6 y 358, numeral 9 de la Ordenanza Departamental núm. 021 de 19 de junio de 2003.**

Una vez resume la sentencia y hace una breve reseña histórica del trato que en Colombia y en los Convenios Internacionales ha tenido el consumo de la dosis personal de estupefacientes, señala que ésta conducta no puede confundirse como narcotráfico que sí se reprime penalmente; anota que el Legislador mediante la Ley 17 de 21 de noviembre de 1973, por primera vez consagra en el derecho interno el término de la dosis personal presuntiva que se tipifica como delito sancionado con arresto y multa y facultó al Ejecutivo para elaborar un Estatuto Nacional de Estupefacientes y así nació a la vida jurídica el Decreto Ley 1188 de 25 de junio de 1974, manteniendo el consumo de estupefacientes en dosis personal como delito, pero establece la dosis terapéutica y regula también el tratamiento y rehabilitación para los farmacodependientes; que este Estatuto fue reglamentado mediante el Decreto Nacional 701 de 9 de abril de 1976.

Indicó que en vista de la creciente problemática del narcotráfico, el Decreto Ley 1188 de 1974 fue insuficiente, lo cual motivó una reforma que se convirtió en la Ley 30 de 1986, en la cual el consumo de la dosis mínima se mantuvo penalizado pero en la categoría de contravención con sanción de arresto transitorio, multa e internamiento facultativo en centro psiquiátrico, tratamiento médico rehabilitativo o guarda familiar del drogadicto.

Explicó que como resultado de la “despenalización” del consumo de estupefacientes en la modalidad de “dosis personal máxima”, producto de la sentencia C-221 de 1994, que declaró inexequibles los artículos 51 y 87 de la Ley 30 de 1986, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1108 de 31 de mayo de 1994, que “pseudo penaliza” de nuevo la dosis personal para no solo recortar su alcance sino en la práctica prohibirla, en ámbitos tales como: consumo en relación con los menores de edad, planteles de educación, área de trabajo, deporte, establecimientos penitenciarios o carcelarios, manejo o porte de armas, tránsito y transportes, y en lugares o espacios públicos, argumentando la reglamentación del Código Nacional de Policía; considera que, en otras palabras, por vía administrativa se le hace esguince a lo determinado por el máximo operador jurídico Constitucional.

Que en el año 2003, la Asamblea Departamental del Tolima adopta el “Código de Policía – Manual de Convivencia Ciudadana del Tolima” en el que se evidencia nuevamente la “pseudo penalización” de la dosis por vía administrativa, y se consagran como medidas correctivas las prohibiciones en relación con las bebidas embriagantes, los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas o tóxicas.

Anota que el Acto Legislativo núm. 2 de 21 de diciembre de 2009, ordenamiento con fines eminentemente terapéuticos, no erradicó la dosis personal máxima presuntiva de estupefacientes, con lo cual se demuestra la naturaleza “supra legal” de las dosis personal en la realidad jurídica de nuestro sistema, la cual es inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política.

Señala que con base en el Acto Legislativo mencionado el Congreso Nacional expidió la Ley 1566 de 31 de julio de 2012, con intenciones exclusivamente terapéuticas, y que la Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se reformó el

Código Penal guardó silencio en torno a la salvedad punitiva de la dosis personal de estupefacientes; que lo cierto es que la realidad sociológica impuesta frente al consumo y posesión de estupefacientes tiende, en buena medida, a su libertad total y despenalización.

Trae nuevamente a colación la sentencia de la Corte Constitucional C-221 de 1994, que se refirió a la despenalización del consumo de estupefacientes en dosis máxima presuntiva, teniendo en cuenta que la Ley 30 de 1986 violaba el libre desarrollo de la personalidad, luego lo que antes de la sentencia de inexequibilidad era delito, después de ella se elevó a la categoría de derecho o libertad pública y quedaron derogadas las normas anteriores prohibitivas del consumo, y hacia futuro solo la Ley podría entrar a regular las dosis en sus características de modo, tiempo y lugar; dicha sentencia señaló que sólo el Legislador puede “válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco.

Recalca que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-491 de 2012, reafirma la existencia de la “dosis personal máxima presuntiva de estupefacientes”, al desatar la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 1453 de 2001, y que el mismo Tribunal Administrativo del Tolima, al abordar la acción de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2º, literal j), de la Ley 30 de 1986, que él mismo propuso, pese a denegar la petición, dio importancia y fuerza vinculante a dicha libertad pública.

Entendió que su tesis en el sentido de la incompetencia material de la Asamblea Departamental del Tolima para restringir la libertad pública del uso de dosis personal máxima presuntiva de estupefacientes, está respaldada en el concepto de 20 de mayo de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, referencia “medidas correctivas de policía en normas distritales y departamentales”, expediente núm. 2010-00044-00 (1999), Consejero ponente doctor William Zambrano Cetina, en el cual se dijo “ ... Así que, de acuerdo con la Corte Constitucional⁵, sólo ejercen poder de policía el Congreso de la República y excepcionalmente las Asambleas Departamentales de conformidad con el artículo 300-8 de la Constitución, aunque éstas últimas con las limitaciones que revisa la Sala más adelante sobre la imposibilidad de que por esa vía se invadan materias Constitucionalmente reservadas a la ley. En vigencia de la Constitución anterior se consideró con base en el numeral 9 del artículo 187 de la Constitución Política de 1986, según el cual correspondía a las Asambleas Departamentales “reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal, que el poder de policía, esto es, la potestad de restringir y limitar las libertades públicas, lo compartían el Congreso de la República y las Asambleas Departamentales. Sin embargo, en relación con los llamados reglamentos autónomos y en general respecto de la posibilidad de que las autoridades administrativas establecieran directamente limitaciones y restricciones a las libertades públicas a través de un poder normativo de policía paralelo al del Congreso de la República, la situación cambió radicalmente con la Constitución Política de 1991, a partir de una nueva lectura de la facultad de las Asambleas Departamentales para dictar normas de policía, conforme al artículo 300-8 Superior”, que dispone que corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de Ordenanzas, dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal. “Por tanto, las materias que conforme a la

⁵ Sentencias C-352 de 2009 y C-1008 de 2008.

Constitución deben ser normadas exclusivamente por el legislador (como lo atinente al establecimiento de sanciones y medidas correctivas de policía), no pueden ser objeto de regulación autónoma por las entidades territoriales, ni siquiera por parte de las Asambleas Departamentales”

Que el a quo justifica la vigencia y existencia de las medidas impugnadas, bajo el criterio de tener sustento en lo prescrito en el artículo 7° del Código Nacional de Policía – Ley 1355 de 1970, por el cual se confieren facultades de reglamentación del régimen de libertades públicas cuando éstas se desarrollen en lugar público o abierto al público y trasciendan de lo privado, y lo normado en el Decreto Nacional Reglamentario núm. 1108 de 1994, en particular en su artículo 16, que dice reglamentar el Código Nacional de Policía, norma ésta que cuando se expidió no se tenía configurado normativamente lo que hoy se entiende como dosis personal, lo cual sólo se estableció mediante la Ley 17 de 1973.

Que la alusión que el Tribunal hace del artículo 16 del Decreto 1108 de 1994, es desatinada como base jurídica de las disposiciones demandadas de la Ordenanza núm. 021 de 2003, porque aquel es un acto administrativo de carácter nacional que no constituye reserva legal, el cual también demandó en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, por lo que no puede considerarse como norma habilitante para la Asamblea Departamental.

Considera que, además de la incompetencia de la Asamblea Departamental para expedir las disposiciones acusadas, éstas son desproporcionadas, de conformidad con la sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, en que basa su demanda y en la cual se sustenta el Tribunal en el fallo apelado; que las medidas legislativas concernientes a la restricción y/o limitación de los derechos fundamentales o libertades públicas han de contener razonabilidad,

proporcionalidad y justicia, y las medidas acusadas, si bien no regulan los aspectos de modo y tiempo, en cuanto al lugar sí cierra todos los espacios materiales posibles para el consumo, es decir, erradica la libertad pública, dando como resultado que el consumidor de la dosis personal puede hacerlo sólo en su domicilio, con el agravante de que ello tampoco es viable, según lo prohíbe el párrafo del artículo 1° de la Ley 745 de 2002, lo cual unido al Decreto Nacional Reglamentario núm. 1108 de 1994, acaba dicha libertad.

Finalmente, solicita que como medida “justa y razonable” el ad quem por vía de sentencia adecue como espacio o lugar para el consumo de estupefacientes el de “LAS VÍAS PÚBLICAS y PARQUES”, hasta tanto la autoridades nacionales y locales no determinen la ubicación de lugares especiales para el consumo.

IV. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, en esta etapa procesal, guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala dilucidar la legalidad de los **artículos 186, numeral 3°, ítem 3.6 y 358, numeral 9°, de la Ordenanza Departamental núm. 021 de 19 de junio de 2003**, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, a los cuales según la sentencia apelada se circunscribió el litigio, en razón a que los argumentos de la demanda se centraron en debatir lo contemplado en ellos, lo cual fue aceptado por las partes.

Las disposiciones acusadas de la Ordenanza núm. 021 de 19 de junio de 2003, “Por medio de la cual se expide el Código de Policía, Manual de Convivencia Ciudadana del Tolima”, disponen:

“ LA ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
en uso de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial
la que le otorga el artículo 300 de la Constitución Nacional numeral 8°
que establece: “Corresponde a las Asambleas dictar normas de Policía
en todo aquello que no sea materia de disposición legal”

... .

TITULO CUARTO

Para la conservación de la Salud pública

... .

ARTÍCULO 186. Comportamientos en relación con las bebidas embriagantes, los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas o tóxicas. Se deben observar los siguientes comportamientos que favorecen la preservación de la salud en relación con las bebidas embriagantes, los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas o tóxicas:

1.

2.

3. En ningún caso **consumir**, vender o anunciar bebidas embriagantes, **estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas**, en los siguientes lugares:

3.1 Hospitales o centros de salud;

3.2 Locales comerciales o establecimientos educativos, de acuerdo a lo reglado por la autoridad competente;

3.3 Zonas comunes de edificios o unidades residenciales, con excepción de los salones comunales;

3.4 Estadios, coliseos y centros deportivos;

3.5 Vehículos de transporte terrestre, público o privado;

3.6 Vías públicas y parques, y

3.7 En cualquier sistema de transporte masivo;

4.

5.

Parágrafo: La inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a medidas correctivas.

TÍTULO OCTAVO

Para la movilidad, el tránsito y el transporte

... .

ARTÍCULO 358.

Capítulo I

De los peatones

Artículo 358. Comportamiento de los peatones: Se deberán observar los siguientes comportamientos que favorecen la protección de los peatones y la seguridad de los conductores.

1.

... .

9. En ningún caso poner en riesgo la integridad física y la de las demás personas al transitar bajo la influencia de bebidas embriagantes, estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas.

Parágrafo: La inobservancia de los anteriores comportamientos dará lugar a medidas correctivas, sin perjuicio de las sanciones previstas en el Código Nacional de Tránsito. (La Sala resalta fuera de texto las disposiciones acusadas)

El actor considera que la Asamblea Departamental no tenía competencia para expedir disposiciones que son objeto de reserva legal, porque establecen prohibiciones, y solicita que, suponiendo que no tienen reserva legal, por tratarse de medidas desproporcionadas, debe declararse su nulidad.

Lo primero que advierte la Sala es que las normas acusadas no prohíben la dosis personal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas, **sino su consumo en los lugares que señala el artículo 186, numeral 3°, de la Ordenanza núm. 021 de 2003, entre ellos, las vías públicas y parques.**

En relación con la inconstitucionalidad planteada por el recurrente, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

Según el actor, existe falta de competencia de la Asamblea Departamental del Tolima para expedir la prohibición contemplada en el artículo 186, numeral 3.6, en cuanto prohíbe el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques, porque dicha prohibición es reserva de Ley, y no se ha expedido ningún texto legal que condicione el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 ni el texto del Decreto Ley 1355 de 1970.

Debe la Sala resaltar que el consumo permitido de la dosis personal de estupefacientes, no es un derecho fundamental, como lo considera el actor, sino el reconocimiento de una situación personal, en respeto precisamente del precepto

Constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad, el cual, tiene las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico⁶.

La Ley 16 de 1968, confirió facultades al Presidente de la República, entre otras, para expedir normas sobre policía que determinen y reglamenten las materias de su competencia y las contravenciones que sean de conocimiento de los funcionarios de policía en primera y segunda instancia, así como la competencia para conocer de los negocios que se relacionen con los inadaptados a la vida social.

En ejercicio de dichas facultades se expidió el Decreto Ley 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía, en el cual se establecieron las normas sobre policía, que tienen como fin principal mantener el orden público y proteger los derechos y garantías de las personas que habitan el territorio nacional, cuyo artículo 7° dispuso:

“Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda lo privado”.

En desarrollo del mencionado artículo 7° del Código Nacional de Policía, el Presidente de la República expidió el Decreto 1108 de 1994, *Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, cuyo Capítulo IV, artículo 16, dispone:

“CAPITULO IV

EN RELACION CON EL CODIGO NACIONAL DE POLICIA

⁶ Constitución Política, Artículo 16: Libre desarrollo de la personalidad. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Artículo 16. Se prohíbe el uso y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público, de conformidad con el Decreto 1355 de 1970, "por el cual se dictan normas sobre policía" y demás normas que lo complementan.

Para los efectos del presente artículo se entiende por lugar público o abierto al público, entre otros, los centros educativos, asistenciales, culturales, recreativos, vacacionales, deportivos, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares, las naves, aeronaves y cualquier vehículo de transporte público, las oficinas públicas, los restaurantes, bares, tabernas, discotecas, hoteles, **parques, plazas y vías públicas.** (Resalta la Sala)

Parágrafo. En todo caso y con independencia del lugar donde se realice la conducta, se prohíbe el consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuando dicha actividad se realice en presencia de menores, mujeres embarazadas o en período de lactancia, o cuando se afecten derechos de terceros".

Así las cosas, como lo explicó el a quo, la prohibición consagrada en el artículo 186, numeral 3.6, de la Ordenanza 021 de 2003, es desarrollo de la norma superior: Decreto Reglamentario 1108 de 31 de mayo de 1994, que no obstante estar demandado parcialmente ante esta Corporación⁷, no ha sido anulado o suspendido, por lo que goza de presunción de legalidad.

Como bien lo expresó el a quo, la Ordenanza acusada responde a la necesidad de mantener el orden justo dentro de la sociedad, y no a una restricción de la libertad. Establece reglas de comportamiento de carácter preventivo, que resultan lógicas frente a personas que en determinado momento pueden constituirse en riesgo para otras, al encontrarse bajo la influencia de sustancias que alteran el sistema nervioso y la conciencia.

A juicio de la Sala, prohibir el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques no resulta desproporcionado. Se trata de medidas preventivas que

⁷ Expediente núm. 2012 00333 00, Actor Edgar Alan Olaya Díaz, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

contribuyen al bienestar y seguridad general, al orden público, la salud y a la protección de los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto que la despenalización de consumir o portar dosis personal de drogas fue inspirada en el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, este derecho también lo tienen las demás personas no consumidoras que buscan los parques para recrearse y respirar aire puro y las vías públicas para transitar con un mínimo de tranquilidad.

Y tan cierto es que resulta lógica la medida controvertida en los parques y vías públicas, que la Corte Constitucional en sentencia de 28 de junio de 2012 (Expediente núm. D-8842), salvaguarda las medidas penales para garantizar la **SEGURIDAD CIUDADANA** al precisar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética **aún en la categoría de dosis personal no destinada al propio consumo**, sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita y, precisamente, el consumo en parques y vías públicas facilita la comercialización y el tráfico, y tiene la potencialidad de afectar la seguridad ciudadana.

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo apelado, que negó las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A :

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia de 30 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 13 de marzo de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ** **Presidente**
Salva voto

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO**

EXCESO EN LA POTESTAD REGLAMENTARIA – Libre desarrollo de la personalidad

En tal orden, el consumo de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes es materia de regulación exclusiva del Congreso pues se trata de desarrollar un precepto constitucional que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad. Visto ello, se advierte que no es permitido para las Asambleas Departamentales regular materias relacionadas con el consumo de sustancias estupefacientes, so pena de desconocer el artículo 150 Constitucional en sus numerales 23 y 25. Tales disposiciones prevén que el Congreso de la República deberá expedir las Leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos y la de unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República, de lo cual se deduce la incompetencia material de la Asamblea Departamental para regular la actividad de tránsito en el territorio Departamental del Tolima. Así las cosas, es notable que la Ordenanza demandada parcialmente, limita el consumo de estupefacientes en hospitales, coliseos deportivos, áreas comunes de edificaciones, locales comerciales, escuelas, colegios y otros lugares, excediéndose al prohibir su consumo en vías públicas y parques; adicionalmente, desborda el límite no sólo de su competencia sino de la noción misma de consumo al prohibir a los peatones de transitar por las vías públicas, bajo los efectos de sustancias estupefacientes. Es evidente que la Corte lo que quiso fue siempre dejar a salvo la opción que desde 1994 dio esa

misma Corporación a los ciudadanos, de regular lo pertinente al consumo de dosis mínima de estupefacientes, para decir que no podría ese hecho considerarse en modo alguno un hecho capaz de quebrantar el bien jurídico relacionado con la seguridad ciudadana pues, en palabras de la Corte, no se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo y por ende carece de la potencialidad de interferir derechos ajenos o bienes jurídicos valiosos para la comunidad.

NOTA DE RELATORIA: Consumidor no es un criminal ni delincuente, Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1994; Dosis personal máxima presuntiva d estupefacientes, Corte Constitucional, sentencia C-491 de 2012.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 25 /LEY 30 DE 1986 – ARTICULO 2 LITERAL J

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALVAMENTO DE VOTO DE GUILLERMO VARGAS AYALA

Radicación número: 11001-03-24-000-2012-00122-01

Actor: EDGAR ALAN OLAYA DIAZ

Demandado: ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD

De manera respetuosa me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala por las siguientes razones:

1.- El fundamento de la decisión de la Sala

La mayoría de la Sala confirmó el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima que negó las pretensiones del actor, decisión que se sustentó en el siguiente argumento:

“Así las cosas, como lo explicó el a quo, la prohibición consagrada en el artículo 186, numeral 3.6, de la Ordenanza 021 de 2003, es desarrollo de la norma superior: Decreto Reglamentario 1108 de 31 de mayo de 1994, que no obstante estar demandado parcialmente ante esta Corporación⁸, no ha sido anulado o suspendido, por lo que goza de presunción de legalidad.

Como bien lo expresó el a quo, la Ordenanza acusada responde a la necesidad de mantener el orden justo dentro de la sociedad, y no a una restricción de la libertad. Establece reglas de comportamiento de carácter preventivo, que resultan lógicas frente a personas que en determinado momento pueden constituirse en riesgo para otras, al encontrarse bajo la influencia de sustancias que alteran el sistema nervioso y la conciencia.

A juicio de la Sala, prohibir el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques no resulta desproporcionado. Se trata de medidas preventivas que contribuyen al bienestar y seguridad general, al orden público, la salud y a la protección de los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto que la despenalización de consumir o portar dosis personal de drogas fue inspirada en el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, este derecho también lo tienen las demás personas no consumidoras que buscan los parques para recrearse y respirar aire puro y las vías públicas para transitar con un mínimo de tranquilidad.

*Y tan cierto es que resulta lógica la medida controvertida en los parques y vías públicas, que la Corte Constitucional en sentencia de 28 de junio de 2012 (Expediente núm. D-8842), salvaguarda las medidas penales para garantizar la **SEGURIDAD CIUDADANA** al precisar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética **aún en la categoría de dosis personal no destinada al propio consumo**, sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita y, precisamente, el consumo en parques y vías públicas facilita la comercialización y el tráfico, y tiene la potencialidad de afectar la seguridad ciudadana.*

Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo apelado, que negó las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.⁹

2.- Regulación del consumo de dosis personal

⁸ Expediente núm. 2012 00333 00, Actor Edgar Alan Olaya Díaz, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

⁹ Folios 34 a 36 de la Providencia.

2.1.- El 4 de septiembre de 1970, entró a regir el Código Nacional de Policía – Decreto Ley 1355, en el cual no se reguló nada relacionado con el consumo de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes, ni su forma, modo, lugar, tiempo y características.

2.2.- El 31 de enero de 1986, se expidió la Ley 30, “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones”, cuyo artículo 2º definió la dosis personal como la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo y fijó las cantidades para la marihuana, la marihuana hachis, la cocaína o sustancia que la contenga, y la metacualona.

2.3.- El 4 de julio de 1991, fue promulgada la nueva Carta Política cuyo artículo 16 dispuso que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden público.

2.4.- El 5 de mayo de 1994, la Sala Plena de la Corte Constitucional¹⁰, mediante la sentencia C-221 de 1994, declaró la exequibilidad del literal j) del artículo 2º de la Ley 30 de 1986, que legitimó el uso de la dosis mínima presuntiva de estupefacientes; sin embargo, dicha Corporación advierte que la adopción de algunas limitantes al consumo sería materia del reglamento respectivo.

2.5.- El 19 de noviembre de 2003, la Asamblea Departamental del Tolima expide la Ordenanza parcialmente acusada núm. 021, reglamento que dispuso los lugares y sitios prohibidos para el consumo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o tóxicas (artículo 186, numerales 3.1 al 3.7), e igualmente prohibió a los peatones circular o transitar sobre las vías públicas bajo los efectos de dichas sustancias (artículos 358, numeral 9, parte final).

2.6.- En el año 2012 la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado doctor Luis Ernesto Vargas Silva, vuelve a reiterar la existencia, vigencia y práctica de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes, según sentencia C-491 de 28 de junio de 2012.

3.- El caso concreto

¹⁰ Con ponencia del Magistrado doctor Carlos Gaviria Díaz.

3.1.- Exceso en la potestad reglamentaria

En un Estado de Derecho, social y democrático que inspiró la Constitución Política de 1991, las libertades para un real y verdadero ejercicio requieren el establecimiento de linderos necesarios para no caer en la anarquía y el desorden social; sin embargo, dichas limitantes no pueden llegar a absorber la esencia de la libertad y hacerla nugatoria.

En materia de comportamiento ciudadano, o sea, en actividades que trascienden de lo privado y se enmarcan en el comportamiento público de las personas del conglomerado social, es el reglamento de policía el que contempla esos mandatos, pero éste no puede llegar a la exigencia total de limitantes o condicionamientos a las libertades públicas, que hagan imposible su ejercicio y las hagan nulas.

La Policía sólo debe adoptar las medidas necesarias y eficaces para la conservación y restablecimiento del orden público, como quiera que se encuentra regida por el principio de necesidad y sus medidas deben ser proporcionales y razonables en atención a las circunstancias y el fin perseguido. El poder de policía se ejerce para preservar el orden público en beneficio del libre ejercicio de las libertades y derechos ciudadanos, luego no puede traducirse en una supresión absoluta de libertades, ni en discriminaciones injustificadas¹¹.

Como se vio en el anterior acápite, el Legislador en desarrollo del precepto Constitucional expidió el Estatuto Nacional de Estupefacientes que, aunque es anterior a la Carta Política de 1991, estimó la libertad pública de optar por el consumo de estupefacientes, y para ello señaló algunos topes o cantidades presuntivas para el consumo personal de tales sustancias y dejó en manos de los destinatarios la opción o elección del consumo (Ley 30 de 1986, artículo 2°, literal j)).

¹¹ Sentencias de 21 de abril de 1982, expediente núm. 893, Magistrado ponente doctor Manuel Gaona Cruz y de 27 de enero de 1977, Magistrado ponente doctor Luis Sarmiento Buitrago. Sentencia de la Corte Constitucional C- 024 del 27 de enero de 1994, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Lo anterior implica que el consumidor no ha de ser visto ni tratado como un criminal, ya que al optar por el consumo de la dosis personal no interfiere en derechos ajenos, sino hace uso de real autonomía.

El literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de enero 31 de 1986 es amplio y no se detuvo en condicionamientos de modo, tiempo y lugar para el ejercicio del consumo.

En tal orden, el consumo de la dosis personal mínima presuntiva de estupefacientes es materia de regulación exclusiva del Congreso pues se trata de desarrollar un precepto constitucional que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad.

Visto ello, se advierte que no es permitido para las Asambleas Departamentales regular materias relacionadas con el consumo de sustancias estupefacientes, so pena de desconocer el artículo 150 Constitucional en sus numerales 23 y 25:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

(...)

25. Unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República.

Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

Tales disposiciones prevén que el Congreso de la República deberá expedir las Leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos y la de unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República, de lo cual se deduce la incompetencia material de la Asamblea Departamental para regular la actividad de tránsito en el territorio Departamental del Tolima.

En cuanto concierne a normas sobre policía de tránsito, el Constituyente de 1991 restringió tal competencia de poder de policía, sólo y exclusivamente al Congreso, para que, mediante Ley, regulara el asunto, pues el artículo 25 de la Carta excluyó cualquier competencia residual o supletoria de otros órganos, lo cual indica que en el país no pueden existir normas de policía de tránsito locales, sino sólo nacionales, y en cuanto concierne a la regulación del servicio público de transporte, el asunto también es de reserva legal.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

*“... desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se consideró que la reserva de ley, en virtud de la cual los derechos y libertades ciudadanas sólo pueden ser restringidos por la ley en cuanto expresión legítima de la voluntad popular... En efecto, el artículo 4° de dicha Declaración dispone que ‘La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser fijados por ley’... Desde esta perspectiva **no es admisible que los derechos fundamentales puedan ser restringidos por autoridades distintas al poder legislativo**, pues ello no sólo equivaldría a desconocer los límites que el constitucionalismo democrático ha establecido para la garantía de los derechos fundamentales de la persona, sino que se estaría desconociendo el claro mandato del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”¹² (Negrita fuera de texto).*

3.2.- Desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad

El artículo 186, numeral 3°, de la Ordenanza acusada, se refiere al factor espacial de sitios prohibidos para el consumo de sustancias estupefacientes, a saber: hospitales o centros de salud, locales comerciales o establecimientos educativos de acuerdo con lo reglamentado por la autoridad competente, zonas comunes de edificios o unidades residenciales con excepción de salones comunales, estadios, coliseos y centros deportivos, vehículos de transporte terrestre, público o privado, vías públicas y parques, y en cualquier sistema de transporte masivo.

Lo señalado indica que el consumidor **sólo y exclusivamente** puede hacer uso o ejercicio de la libertad pública de consumo de estupefacientes en **áreas privadas**, es decir, en **domicilios**. Pero en estos espacios, el Legislador ya dispuso una

¹² Sentencia C-790 de 24 de septiembre de 2002, Magistrada ponente doctora Clara Inés Vargas Hernández.

limitación vista en el párrafo del artículo 1º de la Ley 745 de 2002¹³, que hace nugatorio el derecho de consumir sustancia psicoactivas en la dosis permitida por las normas a las que hemos hecho referencia. La disposición anunciada es del siguiente tenor:

“Artículo 1º. El que en presencia de menores de edad consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, incurrirá en las siguientes sanciones:

- 1. Multa entre dos (2) y cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales cuando incurra en la conducta por primera vez.*
- 2. Multa entre cuatro (4) y seis (6) salarios mínimos legales mensuales en caso de reincidencia.*

Parágrafo. En igual sanción incurrirá el que en su domicilio y con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia, consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 358 numeral 9 ibídem, prohíbe transitar bajo el efecto de sustancias estupefacientes, lo que refuerza la limitación de consumo sobre vías públicas, pues el grueso de la población consumidora hace uso de las vías, calles, plazas y parques para ejercer el derecho constitucional que le ha sido reconocido de manifestar su personalidad mediante estos actos de consumo.

Es importante advertir que en cumplimiento de los actos acusados, las autoridades policiales están habilitadas para interferir a los consumidores que ejercitan la dosis personal en las vías y espacios públicos, haciendo retenciones, confiscaciones o decomisos de las sustancias estupefacientes, realizando empadronamientos o reseñas a dichas personas, es decir, una pseudo criminalización de la actividad de consumo de sustancias estupefacientes, cuando el consumidor no es un criminal, ni delincuente, pues con su actividad no contraviene el derecho punitivo penal ni el contravencional, como lo ha afirmado la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994. Dada la importancia de la decisión que se consagró en ésta providencia, se transcribirán algunos apartes:

“La frase “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, merece un examen reflexivo, especialmente en lo que hace relación a la expresión subrayada. Porque si cualquier limitación está convalidada por el solo hecho de

¹³ "Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia".

estar incluida en el orden jurídico, el derecho consagrado en el artículo 16 Superior, se hace nugatorio. En otros términos: el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución.

(...)

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.

Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer. En un hermoso libro "El miedo a la libertad"¹⁴ subraya Erich Fromm como un signo del hombre moderno (a partir de la Reforma) el profundo temor del individuo a ejercer su propia libertad y a que los demás ejerzan las suyas. Es el pánico a asumirse como persona, a decidir y a hacerse cargo de sus propias decisiones, esto es, a ser responsable. Por eso se busca el amparo de la colectividad, en cualquiera de sus modalidades: del partido, si soy un militante político, porque las decisiones que allí se toman no son mías sino del partido; de la iglesia, si soy un creyente de secta, porque allí se me indica qué debo creer y se me libera entonces de esa enorme carga de decidirlo yo mismo; del gremio, porque detrás de la solidaridad gremial se escamotea mi responsabilidad personal, y así en todos los demás casos.

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia.

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".

Y no se diga que todo lo que el legislador hace lo hace en función del interés común, porque, al revés, el interés común resulta de observar rigurosamente las pautas básicas que se han establecido para la prosecución de una sociedad justa. En otros términos: que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.

¹⁴Paidós, Buenos Aires, 1962.

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.” (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, es notable que la Ordenanza demandada parcialmente, limita el consumo de estupefacientes en hospitales, coliseos deportivos, áreas comunes de edificaciones, locales comerciales, escuelas, colegios y otros lugares, excediéndose al prohibir su consumo en vías públicas y parques; adicionalmente, desborda el límite no sólo de su competencia sino de la noción misma de consumo al prohibir a los peatones de transitar por las vías públicas, bajo los efectos de sustancias estupefacientes.

Todo ello invadiendo la órbita de competencia del Congreso de la República, pues como se dejó anotado la limitación de las libertades públicas es del resorte exclusivo de la mencionada Corporación, y hasta la fecha no se ha promulgado ningún texto legal que prodigue esos condicionamientos, así como tampoco, al respecto, se han efectuado modificaciones legales al texto del Código Nacional de Policía – Decreto Ley 1355 de 1970.

3.3.- Sentencia C-491 de 2012

En relación con la supuesta conformidad de la providencia de la cual me aparto con la posición de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-491 de 2012, debo ser categórico en afirmar que de la lectura cuidadosa de ésta última no se desprende la conclusión a la que llega la Sala de la Sección Primera.

Para evidenciar tal contradicción, es pertinente aludir al argumento que tuvo en cuenta ésta Corporación para negar las pretensiones del demandante en el proceso de la referencia, apoyándose en la citada sentencia de la Corte Constitucional para decir que se protegía el bien jurídico relacionado con la seguridad ciudadana cuando quiera que se presentaran conductas como el porte o la conservación de sustancia estupefaciente aún en la categoría de dosis personal:

“Y tan cierto es que resulta lógica la medida controvertida en los parques y vías públicas, que la Corte Constitucional en sentencia de 28 de junio de 2012 (Expediente núm. D-8842), salvaguarda las medidas

penales para garantizar la **SEGURIDAD CIUDADANA** al precisar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética **aún en la categoría de dosis personal no destinada al propio consumo**, sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita y, precisamente, el consumo en parques y vías públicas facilita la comercialización y el tráfico, y tiene la potencialidad de afectar la seguridad ciudadana.”

Pues bien, si observamos ahora el fallo de constitucionalidad, allí lo que se hace precisamente es diferenciar la conducta de narcotráfico de la de consumo de dosis personal, para significar que ésta última no reviste la idoneidad suficiente para afectar el bien jurídico relacionado con la seguridad ciudadana y que interpretar lo contrario sería tanto como desconocer el principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso en materia penal. Éstos son algunos de los apartes del fallo de la Corte que resultan pertinente para entender el alcance de su decisión:

25. La precisión efectuada en los apartes anteriores resultaba necesaria para concluir que la supresión de la expresión “salvo los dispuesto sobre dosis para uso personal” del tipo penal de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, tal como fue descrito por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, no puede interpretarse como una nueva penalización del porte y consumo de sustancias estupefaciente, sicotrópica o droga sintética, en cantidad considerada como “dosis personal” al tenor del artículo 2º literal j) de la Ley 30 de 1986. A esta conclusión se llega con fundamento en que subsisten en el orden constitucional los mandatos (Arts. 1º y 16 C.P.) que condujeron a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 en la sentencia C- 221 de 1994. La introducción de los incisos 6 y 7 del artículo 49 de la C.P. por el Acto Legislativo 02 de 2009, no establece un nuevo parámetro constitucional que permita la penalización del porte y consumo de sustancia prohibida en cantidad considerada como dosis personal, comoquiera que contempla una prohibición seguida de medidas y tratamientos de orden pedagógico, profiláctico y terapéutico para el adicto, estrategias que lejos de amparar una opción represiva para la persona narcodependiente, propenden por su atención, acompañamiento y rehabilitación.

(...)

27. En conclusión, el concepto sobre dosis personal es una categoría vigente en el orden jurídico colombiano (Art. 2 j) Ley 30/86); la prohibición introducida en el artículo 49, inciso 6º y 7º, de la Constitución por el A.L. 02 de 2009, no modifica el parámetro constitucional que llevó a la Corte a declarar inexecutable la penalización del porte de sustancia estupefacientes en cantidad considerada como dosis personal; la interpretación efectuada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo 376 del C.P., luego del A.L. 02 de 2009 y de la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011, específicamente en relación con el porte de dosis personal, resulta razonable y acorde con los mandatos constitucionales, por lo

que esta Corte la prohija a efecto de definir el objeto normativo sobre el cual habrá de pronunciarse.

(...)

Esta última situación se encuentra regida por normatividad que carece de contenido punitivo (Artículo 2º j) Ley 30 de 1986). El porte o conservación de dosis personal de estupefaciente es una conducta que no trasciende el ámbito personal, y en consecuencia no reviste la idoneidad necesaria para afectar el bien jurídico complejo que se protege con el tipo penal de "Tráfico, fabricación y porte de estupefaciente". La jurisprudencia de esta Corte, ha llamado la atención sobre la distinción que se debe establecer entre el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, y el porte de dosis para el consumo personal, en cuanto aquel tiene una intensa capacidad de interferir derechos ajenos, en tanto que el último no trasciende el ámbito personal el individuo. Al respecto señaló en la sentencia C-420 de 2002:

"En cuanto a ello hay que decir que hay una amplia gama de derechos interferidos por el narcotráfico. Inicialmente la tipificación del tráfico de estupefacientes se ligó a la necesidad de proteger un bien jurídico en particular, la salud pública, postura esta que resultaba compatible con el deber que el constituyente impuso a toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunicad -Artículo 49, inciso final, de la Carta- y con el deber que le asiste a la persona y al ciudadano de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas -Artículo 95, numeral 2º-

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

(...)

6. Esta postura es compatible con la línea jurisprudencial trazada por la Corte en la Sentencia C-221-94. En ese pronunciamiento se dejó claro que, para efectos de la despenalización que se dispuso, debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis de uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro

pues los efectos del fallo únicamente se extendían a aquella actividad y no a ésta:

(...)

30. Una interpretación, en el sentido que el tipo penal del 376 incluye la penalización del porte y consumo de dosis de estupefaciente para uso personal, sería contraria al principio de proporcionalidad y prohibición de exceso en materia penal, el cual como lo ha entendido la jurisprudencia de esta corporación “implica un juicio sobre la idoneidad del tipo penal, en el sentido de que este último realmente apunte a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado. Así las cosas, todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipio de aquel de proporcionalidad¹⁵, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen”¹⁶.

Dado que como se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corte (C-420 de 2002), acogida por la Corte Suprema de Justicia¹⁷, el bien jurídico que se protege con la penalización de las conductas constitutivas de narcotráfico está constituido no solamente por la salubridad pública, sino que alcanza otros intereses de la sociedad y el Estado como la seguridad pública y el orden económico y social, el porte o conservación de estupefaciente en dosis considerada para el consumo personal no reviste la idoneidad para afectar este bien jurídico complejo, en la medida que se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo, y por ende carece de la potencialidad de interferir en los derechos ajenos, o en los bienes jurídicos valiosos para la vida en comunidad.

(...)

32. De otra parte, y en lo que tiene que ver con la situación de la persona que ha alcanzado el grado de narcodependiente, tal como lo estableció la Corte en la sentencia C-221 de 1994, y ha sido ratificado en jurisprudencia posterior,¹⁸ el adicto es un enfermo que debe ser objeto de medidas de protección y rehabilitación, ajenas al ámbito punitivo, que además, deben contar con su consentimiento informado. Esta perspectiva tuitiva fue ratificada por el Acto Legislativo 02 de 2009 que no obstante partir de una prohibición general al consumo y porte de sustancias psicoactivas, estableció para su tratamiento una serie de estrategias que se ubican en el ámbito del deber de procurar el cuidado integral de la salud de la persona y de la comunidad, contenido en el inciso quinto del artículo 49 de la Constitución.

¹⁵ González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, Edit. Colex, 1990, p. 159.

¹⁶ Sentencia C-205 de 2003.

¹⁷ Sentencia de casación, radicación No. 29183 de 2008.

¹⁸ Entre otras, en las sentencias T-814 de 2008; T-760 de 2008; T-684 de 2002.

Como se indicó en apartes anteriores, se trata de medidas orientadas a reforzar el mandato de optimización de la atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia, a través del desarrollo permanente de campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes, y a favor de la recuperación de los adictos. (Subrayado fuera de texto).

Es evidente que la Corte lo que quiso fue siempre dejar a salvo la opción que desde 1994 dio esa misma Corporación a los ciudadanos, de regular lo pertinente al consumo de dosis mínima de estupefacientes, para decir que no podría ese hecho considerarse en modo alguno un hecho capaz de quebrantar el bien jurídico relacionado con la seguridad ciudadana pues, en palabras de la Corte, no se trata de un comportamiento que no trasciende la órbita personal del individuo y por ende carece de la potencialidad de interferir derechos ajenos o bienes jurídicos valiosos para la comunidad.

Siendo ello así, mal pueden ahora las autoridades administrativas, y en el caso concreto, la Asamblea Departamental del Tolima, limitar libertades constitucionales a través de la expedición de actos reglamentarios como el que censuró el actor en éste proceso.

3.4.- Excepción de Inconstitucionalidad y de Ilegalidad

Finalmente, en cuanto al argumento según el cual debe declararse la legalidad de la Ordenanza acusada por cuanto se expidió con base en el Decreto 1108 del 31 de mayo de 1994, que se encuentra vigente y por lo tanto goza de presunción de legalidad, es menester aclarar que ello no es óbice para determinar que el acto aquí impugnado no desconozca normas superiores, pues como lo habilita el ordenamiento jurídico cuando el Juez advierta ésta circunstancia puede invocar la excepción de inconstitucionalidad o, de ilegalidad en este caso, para inaplicar el Decreto 1108 de 1994 por desconocer normas constitucionales y legales en el caso de la referencia. De esta manera ha procedido esta Sala en numerosas oportunidades, veamos una reciente:

“De allí que, en sub lite, cuando el Gerente General del ICA adoptó el procedimiento administrativo sancionatorio de dicho Instituto, a través de la Resolución núm. 001292 de 10 de mayo de 2005, incurrió en exceso o usurpación de poder, pues la competencia en este asunto está reservada al Legislador, razón por la cual es evidente que la misma resulta también ser inaplicable por ser violatoria de los principios constitucionales en mención.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a la conclusión de que el Instituto Colombiano Agropecuario no tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados con fundamento en el Decreto Reglamentario núm. 1840 de 3 de agosto de 2005, expedido por el Gobierno Nacional y las Resoluciones núms. 00148 de 18 de enero de 2005 y 001292 de 10 de marzo de 2005, expedidas por el Gerente General del ICA, ya que estas normas son inaplicables en el presente proceso, por ser violatorias de los principios de responsabilidad jurídica y de legalidad, consagrados en los artículos 6º y 29 de la Constitución Política.”¹⁹

En consecuencia, soy partidario de estimar las pretensiones del demandante y en consecuencia, declarar la nulidad de las expresiones “vías públicas y parques” del artículo 186, numeral 3.6 y “estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas” del artículo 358, numeral 9, contenidas en la Ordenanza núm. 021 de 2003.

En esos términos me permito con todo respeto dejar sentado mi salvamento de voto,

GUILLERMO VARGAS AYALA

Fecha *ut supra*.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Proceso número 11001-0324-000-2012-00100-00. M.P. María Elizabeth García González. Ésta misma Sección ha hecho pronunciamientos en este sentido en los procesos números 68001-2315-000-1997-12928-01 (Sentencia del 30 de agosto de 2007), 17001-2331-000-2001-00475-01 (Sentencia del 11 de diciembre de 2006) y 11001-1032-000-2005-00168-01 (Sentencia del 21 de octubre de 2010).