



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 212 60 00206 2012 01996
Imputado	Jhon Walter Arroyave Betancurt
Delito	Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376-2º CP, Art. 11 Ley 1453 de 2011)
Hechos	Marzo 16 de 2012; Hora: 18:30, Diagonal 67 con la avenida 40B, Barrio Niquía Camacol, Bello, Antioquia.
Juzgado <i>a quo</i>	Tercero (3º) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación en contra de sentencia de condena de 18 febrero de 2016 (f. 85-90, co-1)
Consecutivo	SAP-S-2016-43
Aprobado por acta	Nº 303 de septiembre 15 de 2016
Audiencia de lectura	Miércoles 21 de septiembre de 2016; Hora: 8:30 am; S-2
Decisión	Revoca sentencia de condena. Se dicta sentencia absolutoria
Descriptor	Atipicidad en estupefacientes
Restrictor	Cuando se presenta atipicidad en estupefacientes
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO
Salvamento de voto	JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE

Medellín, Antioquia, septiembre veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016)

1.- ASUNTO

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia en el proceso del rubro adelantado en contra del ciudadano JOHN WALTER ARROYAVE BETANCUR, una vez derrotada la ponencia inicial.

2.- IDENTIFICACION DEL ACUSADO (Arts. 128. 288-1º y 337-1 CPP)

Es el ciudadano JOHN WALTER ARROYAVE BETANCUR, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 1.020.458.995 de Bello, Antioquia; hijo de HERNANDO y GLORIA INES; nacido en Medellín en 23 de abril de 1991; residente en la diagonal 61A Nº 45-47 Barrio Niquía, Bello, Antioquia.

3.- HECHOS, ACTUACIÓN PROCESAL, IMPUGNACION

A eso de las 18:30 horas de la tarde de 16 marzo de 2012 en la diagonal 67 con carrera 67 con avenida 40B del Barrio, Niquía Camacol de Bello, Antioquia, agentes del orden someten a requisita personal al ciudadano JOHN WALTER

ARROYAVE BETANCUR, a quien le encuentran en su poder 20 cigarrillos envueltos en papel chicle contentivos de 81.5 gramos de marihuana.

Se dictó sentencia de condena en la fecha de 18 febrero de 2016 (f. 85-90, co-1).

La señora abogada defensora del implicado, doctora SANDRA MILENA BENITEZ GONZALEZ, interpone y sustenta el recurso de apelación (f. 93-96, co-1), aduciendo que no se demostró la antijuridicidad material de la conducta; que existen dudas insalvables respecto de la lesividad de la conducta, del peligro al bien jurídico tutelado con la escasa de droga incautada y del ánimo de venta o comercialización por parte del procesado. Se probó que el señor ARROYAVE BETANCUR no tiene antecedentes penales y tiene un arraigo familiar positivo, razones por la cuales debe revocarse la decisión de primer grado.

4.- ARGUMENTOS DE DECISION DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta los planteamientos de la señora abogada defensora, doctora SANDRA MILENA BENITEZ GONZALEZ.

4.1 EL DELITO TIPO POR EL CUAL SE PROCEDE

El canon 376 del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, expresa:

“Artículo 376. Modificado. L. 1453/2011, art. 11.- **Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro

mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinticuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El delito tipo del Art. 376 del CP es compuesto o alternativo porque prohíbe un número plural de conductas (introducir al país, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar), cada una de las cuales de manera autónoma puede configurar el delito de Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes¹.

En providencia CSJ SP15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se explica que el factor cuantitativo en tema de estupefacientes juega varios roles: 1) Es un elemento determinante de tipicidad, pues sólo un exceso de la dosis personal establecida en el artículo 2, literal j), de la Ley 30 de 1986, permite ubicar el comportamiento en el espectro típico; 2) En consecuencia, la cantidad de droga es uno de los elementos típicos a partir del cual se presume la existencia de riesgo para los bienes jurídicos protegidos; y 3) Es criterio de graduación de la punibilidad, al igual que para las demás conductas prohibidas en el tipo, pues la pena imponible será mayor en la medida en que también lo sea la cantidad de estupefacientes que constituya el objeto material del delito.

4.2 EL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

El problema jurídico que de fondo se plantea en el *sub lite* es: Si hay lugar a la impunidad (por atipicidad, falta de antijuridicidad material o inculpabilidad) cuando se porta dosis de droga en cantidad que supera la establecida como personal en eventos de imputado o acusado considerado o no, al parecer, como drogodependiente.

4.3 ASPECTOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCION DEL PROBLEMA JURIDICO

4.3.1 ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2009

En primer lugar, ha de explicarse que no obstante el acto legislativo 02 de 21 diciembre de 2009 que reformó el canon 49 de la Carta Fundamental, la jurisprudencia ha entendido que no se puede eliminar la cantidad de droga autorizada para consumo personal de conformidad con la Ley 30 de 1986, así se dijo en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 35.978 de 17 agosto de 2011², igualmente, así se colige de la sentencia de la Corte Constitucional por medio de la cual se inhiere de conocer de la inexecutable del AL 02 de 2009, a través de la sentencia C-574 de 22 julio de 2011³.

Con la nueva reforma constitucional existen unos nuevos criterios, así⁴:

¹ CSJ SP15519-2014 (42.617) de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

² Magistrado Ponente, Fernando Alberto Castro Caballero

³ Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez

⁴ CSJ SP15519-2014 (42.617) de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

1. El porte y el consumo de drogas continúan siendo conductas desvaloradas por el ordenamiento jurídico, por lo que se restringen en el grado de prohibición. Ante tal medida, la Corte Constitucional advirtió que prohibir no implicaba penalizar y que la enmienda sólo persiguió lo primero⁵.

2. El ámbito de la prohibición constitucional no cobija el porte y el consumo de drogas cuando el mismo obedece a una prescripción médica. Ello implica que ningún efecto jurídico adverso puede producir la conducta exceptuada.

3. Se determinó que la consecuencia jurídica de incurrir en el comportamiento restringido son medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico que, en todo caso, deben ser consentidas por el consumidor.

4. Se declara al consumidor y en grado sumo al adicto como sujeto de especial atención y protección estatal, lo cual crea en su favor una discriminación positiva orientada a la prevención de comportamientos dañinos para su salud y para la de la comunidad. Esa protección reforzada se funda en que *“la drogadicción crónica es una enfermedad psiquiátrica que requiere tratamiento médico en tanto afecta la autodeterminación y autonomía de quien la padece, dejándola en un estado de debilidad e indefensión que hace necesaria la intervención del Estado en aras de mantener incólumes los derechos fundamentales del afectad”*, tal y como lo había dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-1116 y T-814 de 2008.

5. Se obliga al Estado a adelantar campañas de prevención contra el consumo de drogas y en favor de la recuperación de los adictos.

En síntesis, se dice en la providencia CSJ SP15519-2014 (42.617) de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, que a partir del Acto Legislativo No 02 de 2009 puede concluirse: 1) Que si bien se prohibió a nivel constitucional el porte y el consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, también lo es que se limitó la respuesta estatal ante las conductas que violen la prohibición, a medidas de carácter administrativo; 2) Que la finalidad de la respuesta estatal será siempre pedagógica, profiláctica y terapéutica, nunca la represiva; y, 3) Que el consumidor de drogas y especialmente el adicto o farmacodependiente, fue erigido como sujeto de una protección estatal reforzada.

4.3.2 EL CASO CONCRETO

Es relevante, para la decisión de este asunto, lo siguiente:

Uno: Que el implicado JOHN WALTER ARROYAVE BETANCUR, llevaba consigo una cantidad de 81.5 gramos de marihuana distribuida en 20 cigarrillos.

Dos: No se demostró la afectación al bien jurídico tutelado.

⁵ “5.4.3. En lo que respecta a la definición de “prohibición”, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como “el vedar o impedir el uso o ejecución de algo”. Este concepto de prohibición se diferenciaría del concepto de “penalización” que se define desde el punto de vista jurídico como “el tipificar como delito o falta una determinada conducta” y desde el uso común como “el imponer una sanción o castigo”. Teniendo en cuenta lo anterior, la norma no iría en contra del precedente de la Sentencia C-221 de 1994 y las Sentencias de la Corte Suprema sobre antijuridicidad material en la llamada “dosis de aprovisionamiento”, **ya que no se trataría de penalizar en este caso, sino de prohibir.** (...). (Negritas por fuera del texto original).

Tercero: No hay elementos materiales de prueba que permitan colegir mínimamente que el implicado se dedica al expendio de droga estupefaciente

Cuarto: La Fiscalía no cuenta con más elementos de prueba, salvo las declaraciones de los uniformados que solamente dirán las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la captura en situación de flagrancia.

4.3.3 LA NUEVA LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN TEMA DE PORTE DE DROGAS ESTUPEFACIENTES

En la sentencia de casación CSJ SP11726-2014, Rad. 33.409 de 3 septiembre de 2014, donde se explicó: *“En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; (ii) el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal”*.

La Corte reiteró la posición según la cual la posesión de cantidades ligeramente superiores a la dosis personal legal no alcanza a lesionar los bienes jurídicos tutelados, por lo que no genera responsabilidad penal. Además, de manera expresa se reconoció que tal tesis ya constituía una línea jurisprudencial pacífica.

En la providencia CSJ SP15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se sintetiza la línea jurisprudencia así: *“La posición uniforme de la Corte en relación al porte de estupefacientes destinado al consumo se puede sintetizar así: si la cantidad que se lleva consigo sobrepasa ligeramente la dosis legal de uso personal carecerá de lesividad por su insignificancia. Un exceso superior, aun cuando sea para el propio consumo, siempre será antijurídico porque hace presumir —de derecho— el riesgo para la salud pública, el orden socioeconómico y la seguridad pública, tal y como se afirmó en la decisión proferida el 17 de agosto de 2011, Rad. 35978. En ese orden, se tendría que cuando el exceso es mínimo la presunción de antijuridicidad es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario, como la del fin de consumo, mientras que cuando el exceso es mayor la presunción es *iuris et de iure* porque no admite controversia probatoria alguna”*.

En la misma providencia CSJ SP15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, se dice que la tesis principal que se ha erigido en línea jurisprudencial debe revisarse por cuatro razones fundamentales: 1) Porque en muchas de las decisiones de la Corte ya se contemplan argumentos constitucionales, doctrinales y de derecho comparado, que permiten vislumbrar la falta de lesividad del porte de estupefacientes para el consumo; 2) Porque prohíja una doble naturaleza de la presunción de antijuridicidad en que se fundan los delitos de peligro abstracto: es *iuris tantum* para los eventos de exceso mínimo de la dosis personal y es *iuris et de iure* para las demás hipótesis, sin que exista una razón válida para una tal distinción

generalizada y, además, es inconsecuente con la jurisprudencia que sobre ese punto se ha sostenido; 3) Porque a partir del Acto Legislativo N° 02 de 2009 se erigió al consumidor de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, especialmente al adicto, como sujeto de protección constitucional reforzada, lo cual impide que la misma condición que le hace merecedor de una discriminación positiva, a la vez, pueda constituir el contenido de injusticia de un delito; y, 4) Porque la tendencia contemporánea hacia la despenalización de las conductas de porte y conservación relacionadas con el consumo de drogas, la cual predomina en distintos sectores de los gobiernos locales, de los organismos internacionales, de la academia y de la sociedad en general; obliga a la judicatura a una reflexión permanente, por lo menos, en lo que hace a efectiva antijuridicidad de tales comportamientos.

La nueva línea jurisprudencia queda entonces definida así:

1. Que el consumo de estupefacientes es una conducta que no tiene la potencialidad de afectar bienes jurídicos ajenos (la salud o la seguridad pública, o el orden económico y social).
2. Que la presunción de antijuridicidad para los delitos de peligro abstracto como es el de Fabricación, tráfico y porte de estupefacientes, es *iuris tantum* siempre, y no sólo cuando se trate de excesos ligeros a la dosis de uso personal.
3. Que el drogadicto, incluido su entorno familiar, es sujeto de una especial protección constitucional porque es concebido como una persona enferma. Además, el consumidor en general es también sujeto de una discriminación positiva porque se establecen en su favor medidas curativas y rehabilitadoras en el nivel normativo superior.
4. Que el consumo de drogas no podría ser factor constitucional de discriminación positiva y, al tiempo, una circunstancia antijurídica, mucho menos desde el punto de vista punitivo.

Así las cosas, el porte de estupefacientes en una cantidad superior a la establecida legalmente como dosis de uso personal, es una conducta típica que se presume antijurídica. Sin embargo, como quiera que tal presunción ostenta carácter *iuris tantum*, la prueba de que su destino es el consumo estrictamente personal sin que apareje interferencia en derechos ajenos (orden socio-económico o la seguridad pública), desvirtúa tal suposición legal y, por ende, excluye la responsabilidad penal. En consecuencia, la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino sólo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte.

Esta tesis no implica un cambio rotundo en la línea jurisprudencial que se traía, por cuanto ésta ya había despejado el camino para admitir que el porte para el consumo no vulnera los bienes jurídicos protegidos y que (en algunas ocasiones) la prueba de tal circunstancia excluía la antijuridicidad de la conducta. Por el contrario, al argumento medular que se venía sosteniendo hace casi 10 años (falta de antijuridicidad del porte de estupefacientes en algunos eventos), se le hacen producir todos los efectos que conlleva de manera plena y no parcial, como antes. Además, la tesis se ajusta de mejor manera al espíritu y al tenor del panorama constitucional que en relación al consumidor de drogas rige a partir del año 2009.

5.- NO HAY NOVEDAD EN LA DECISION SOBRE ESTE PROBLEMA JURIDICO

Desde octubre 18 de 2011 la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del doctor SANTIAGO APRAEZ VILLOTA (reiterada en decisión de 5 mayo de 2015), y en otras decisiones del magistrado HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA (como la de 16 abril de 2014 y 19 junio de 2014, entre otras), revisores de esta providencia, han expuesto los siguientes argumentos que llevan a igual conclusión:

Uno, que la Ley 40 de 1986 no anticipó la antijuridicidad material en tema de drogas estupefacientes.

Dos, con la expedición de la Carta de 1991 y la Ley 599 de 2000 se exige que para que una conducta resulte punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado en la ley, como en efecto lo dice el canon 11 del Estatuto Penal (CSJ SP, rad. 18.609 de 8 de agosto de 2005; CSJ SP, rad. 24.612 de 26 abril de 2006).

Tres, quien porte una cantidad de droga lo hace en ejercicio de su derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad.

Cuatro, la sola cantidad de droga no es suficiente para colegir la antijuridicidad material de la conducta humana.

Cinco, en la actualidad impera acreditar en cada caso concreto y particular, en primer lugar, la historia personal del portador de la droga; en segundo lugar, la relación existente entre el consumo y el porte de la sustancia; y, finalmente, la ausencia de prueba sobre distribución a terceros a título gratuito u oneroso.

Seis, con el A.L. 002 de 21 diciembre de 2009 se derogaron implícitamente los topes del portes de estupefacientes *“con lo cual es de entender que, sin importar la cantidad, el tratamiento al adicto o consumidor de estupefacientes dejó de ser un asunto de índole penal para pasar a ser un problema de salud a cargo del Estado, a quien se impuso su atención a través de programas especializados”*, lo cual se puede colegir de la exposición de motivos del citado acto legislativo (Presentación del proyecto de acto legislativo 285 de 2009. Gaceta Legislativa 161 de 2009).

Siete, la cantidad requerida por cada persona para calmar su propia adicción involucra múltiples factores, en el entendido que el efecto estupefaciente no sólo varía en función a la cantidad, naturaleza y pureza de la droga o sustancia, sino también en razón de la constitución y grado de adicción de la persona e incluso de su situación socioeconómica y estado de ánimo, esto es, su historia de vida (sentencia de agosto 3 de 2009, la Sala de este mismo Tribunal presidida por el Magistrado John Jairo Gómez Jiménez).

Ocho, en esas situaciones de vida pueden converger figuras de exoneración de responsabilidad delictiva como la atipicidad (Prieto Rodríguez), estado de necesidad (Antonio Beristaín), causal de inculpabilidad, ya como trastorno mental que implica inimputabilidad o como no exigibilidad de otra conducta por el acoso de la dependencia (Enrique Bacigalupo), como se puede leer en la providencia donde es magistrado ponente Gómez Jiménez.

Nueve, con el salvamento de voto del magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Eugenio Fernández Carlier, se puede llegar, en algunos casos, a pregonar la atipicidad de la conducta (CSJ SP15519-2014, rad. 42.617 de 12 noviembre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández).

En líneas generales, con estos argumentos se debe llegar a igual decisión.

6.- CONCLUSION FINAL

De lo expuesto se puede colegir:

Primero: Que la cantidad de droga incautada en el *sub exámine* no es exagerada, es mínima, lo que permite inferir razonablemente que la sustancia incautada era para su propio consumo, máxime cuando se estipuló su condición de marginalidad

Segundo: Que no hay prueba que la droga tuviese un destino diferente al consumo personal.

Tercero: En esa medida la conducta no debe ser punible.

En consecuencia, se debe revocar la sentencia de condena y proferir una de absolución, como en efecto lo impetra la señora abogada defensora.

7.- DECISION

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) REVOCA** en su integridad la sentencia de condena; **(ii)** en su lugar **SE ABSUELVE** al ciudadano JOHN WALTER ARROYAVE BETANCUR, de condiciones civiles y naturales ya conocidas, por las razones expuestas. En consecuencia, **(iii) SE ORDENA** la cancelación de la orden de captura. **(iv)** contra esta sentencia procede casación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

NELSON SARAY BOTERO

Magistrado

HENDER A. ANDRADE BECERRA

Magistrado

JOSE IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Magistrado
(Salvamento de voto)



SALA DE DECISIÓN PENAL

Radicado: 05-212-60-00201-2012-01996
Procesado: Jhon Walter Arroyave Betancur
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Asunto: Salvamento de voto

De la manera más respetuosa me permito salvar el voto en el proceso de la referencia, pues considero que: *i)* no es procedente la absolución en atención a que no se arrimó a la actuación prueba que dé cuenta que el procesado es consumidor de sustancias estupefacientes; y, *ii)* la carga de la prueba de la Fiscalía es la demostración de los elementos del delito mas no de los elementos que lo desvirtúen, al menos en la sistemática de la Ley 906 de 2004, que no obliga a la Fiscalía la investigación integral, de ahí que no era su carga demostrar que el procesado tuviera la sustancia que incautada para un destino diferente al de su consumo personal.

La Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias CSJ SP, 18 nov.2008, Rad. 29183, CSJ SP, 8 jul. 2009, Rad. 31531, CSJ SP11726-2014, 3 sept.2014, Rad. 33409; CSJ SP15519-2014, 12 nov. 2014, Rad. 42617; CSJ SP2940, 9 mar. 2016, Rad. 41760, ha reiterado **que los consumidores** de sustancias estupefacientes deben recibir un trato diferencial por parte del Estado en tanto no son sujetos del derecho penal, sino por el contrario, destinatarios de medidas profilácticas, propias de un estado social de derecho como el colombiano.

En este sentido, si bien es cierto el legislador ha previsto la cantidad de sustancia estupefaciente permitida para llevar consigo, en el caso de la marihuana 20 gramos, también lo es que cuando se prueba que la cantidad que excede levemente ese tope, es para el consumo, se considerará lo portado, como dosis de aprovisionamiento y que, por el contrario, cuando el verbo rector que se impute suponga el tráfico de la sustancia estupefaciente, no importa si la cantidad supera o no lo permitido, puesto que, estará acreditada la lesión que se pretende evitar por medio de la tipificación penal y es, precisamente, la transgresión del bien jurídico de la salud pública.

Ahora, se ha determinado que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, es un delito de peligro, el cual parte de una presunción de lesividad que admite prueba en contrario, es decir, es una presunción *ius tantum*, y que en todo caso atendiendo la lógica del proceso penal, corresponde a la defensa desvirtuarla, puesto que si bien es cierto a la Fiscalía le corresponde probar todos los elementos del delito, como se vio, en este tipo de estructuras dogmáticas se parte de una presunción que abona terreno a la Fiscalía en cuanto a la demostración de los presupuestos del desvalor de resultado.

Sin embargo, **una vez se ha probado dentro del proceso penal que el encartado es consumidor de sustancias estupefacientes**, debe la Fiscalía en atención a los criterios de diferenciación impuestos a nivel constitucional, solicitar la absolución, o el Juez declararla, como consecuencia de la atipicidad de la conducta por la carencia de resultado de peligro. Claro está, atendiendo a que la cantidad de sustancia supere levemente la respectiva dosis, pues la calidad de consumidor no habilita al agente portar estupefacientes sin ningún límite.

En este caso, si bien es cierto que a al justiciable le fue imputada la conducta de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes bajo la modalidad del verbo rector “llevar consigo” no se arrimó al proceso prueba o evidencia que dé cuenta de la condición de consumidor, de ahí que no se pueda colegir que la cantidad que llevaba consigo la tuviera como dosis de aprovisionamiento para su consumo, lo cual en todo caso debe demostrarse dentro del proceso, para proceder a aplicar los criterios de diferenciación por los cuales, los consumidores deben recibir un trato especial en atención a su calidad de adictos, como se dijo al inicio.

En los anteriores términos, respetuosamente dejo consignado mi disentimiento con la decisión mayoritaria.

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

(Firmado en la fecha *ut supra*)