



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

SP1861-2021
Radicación n° 56087
Acta No 118

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador 87 Judicial II Penal de Villavicencio, contra la sentencia del 13 de junio de 2019, por medio de la cual el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la que dictó el Juzgado Promiscuo Penal del Circuito de Puerto López, que condenó a *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*, como responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

HECHOS

Fueron reseñados en el fallo de segunda instancia, así:

“Los hechos ocurren el 20 de diciembre de 2014, en las instalaciones del batallón de Instrucción Militar ‘Bitter No. 28’, localizado en la vereda Carimagua, jurisdicción de Puerto Gaitán (Meta), cuando dentro del morral de propiedad del soldado Jonathan Andrés Ávila Orjuela fueron halladas dos bolsas plásticas de color negro, contentivas de una sustancia vegetal que en prueba preliminar de P.I.P.H. arrojó positivo para cannabis y sus derivados, en un peso neto de 653 gramos.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 21 de diciembre de 2014, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cabuyaru (Meta), se legalizó la captura de *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*, a quien, seguidamente, se le formuló imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, descrito en el artículo 376, inciso 2, del Código Penal.

2. El 20 de febrero de 2015, la Fiscalía General de la Nación, a través de su Delegada 32 Seccional de Puerto López, presentó escrito de acusación en contra del citado como presunto autor de la conducta referida; el cual fue materializado en diligencia del 26 de mayo siguiente, ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Puerto López.

3. La audiencia preparatoria se cumplió el 8 de septiembre de 2015, y el juicio oral en sesiones del 21 y 22 de

marzo de 2018. El 29 de mayo de ese año, el Juez cognoscente dictó sentencia condenatoria en contra de *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*, a quien sentenció a la pena principal de 64 meses de prisión y multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Asimismo, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, sin conceder ninguno de los mecanismos sustitutivos de la prisión.

4. Interpuesto recurso de apelación por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en fallo del 13 de junio de 2019, lo confirmó.

LA DEMANDA

El Procurador 87 Judicial Penal II de Villavicencio, considerando que le asiste interés para recurrir al estar viciado el proceso de nulidad y, además, constatar una evidente injusticia con el fallo impugnado, postuló dos cargos en contra de la sentencia emitida por el Tribunal, así:

1. Principal.

Al amparo de la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, censuró la actuación «*por desconocimiento de derecho de defensa por incursión en un vicio de garantía derivada en la no convocatoria del justiciable a las distintas audiencias celebradas ante el Juzgado de primera instancia.*»

Sostuvo, que *Jonathan Andrés Ávila Orjuela* no fue convocado en debida forma al trámite y no se consideró que, como soldado profesional tendría dificultades para su efectiva participación, pues su domicilio no sólo podía ser cambiante - bien podría estar en un Batallón o cualquier parte del territorio con dificultades de comunicación- sino por razones del servicio no podía asistir a las convocatorias programadas.

De igual manera, indicó que al interior del procedimiento no se constató tal situación y se atuvo a enterar al implicado a través del Batallón de Instrucción Militar ‘Bitter No. 2’, no obstante que su paso por allí era temporal al deberse a labores de reentrenamiento, pues él era orgánico del Batallón “Bipin 45” de Infantería de la Selva Próspero Pinzón con sede en Puerto Inírida (Guainía) y, se pasaron desapercibidas las manifestaciones de la defensa, según las cuales no logró tener contacto con el acusado, ni siquiera a través de su familia o, la de la propia la Fiscalía que en similar sentido expuso para aplazar la audiencia de juicio oral del 6 de junio de 2017.

Afirmó que no desconoce que tratándose de personas en libertad, bien pueden éstas no acudir al procedimiento, sin embargo, para el caso, las condiciones anotadas claramente pueden traducirse en una indebida citación del implicado.

En ese orden de ideas, solicitó la anulación del trámite desde la audiencia preparatoria -inclusive-, con el fin de permitir que *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*, con apoyo de su defensor, agote las acciones probatorias que le permitan el derecho de defensa efectivo o, la búsqueda de una salida menos severa.

2. Subsidiario.

Por la vía de la causal primera del citado artículo, denunció la «*violación directa de la norma sustancial por interpretación errónea del artículo 376 del Código Penal*»¹.

Con el fin de hacer efectivo el derecho material y reparar los agravios infringidos al procesado, reprobó la decisión condenatoria, en tanto, los juzgadores ningún examen realizaron respecto de la finalidad que tenía el imputado con relación a la tenencia del estupefaciente incautado. Así, les fue suficiente su quantum para declarar la vulneración formal y material del bien jurídico de la salud pública, restándole importancia al precedente actual de la Corte Suprema de Justicia en torno al ingrediente subjetivo que refulge del Acto Legislativo 02 de 2009 que modificó el artículo 49 de la Carta Constitucional y por el cual se establece una especial protección a las personas con problemas de drogadicción al reconocer que se encuentran en un estado de grave enfermedad, cuyo restablecimiento corresponde al Estado.

En ese sentido, destacó las providencias SP732-2018, Rad. 46848, SP025-2019, Rad. 51204 y SP684-2019, Rad. 53157, para sostener que se dio un alcance erróneo a la disposición que establece la conducta punible, pues el hecho de que *Ávila Orjuela*, portara marihuana en cantidad superior a la permitida, no era motivo suficiente para desatender el

¹ Página 26 de la demanda, folio 37 reverso, cuaderno del Tribunal

ingrediente tácito del tipo penal previsto en el artículo 376 del Código Penal.

Conforme con lo anterior, solicitó casar oficiosamente la sentencia acá acusada y, en consecuencia, emitir fallo de sustitución donde se revoque la condena y se absuelva a *Jonathan Andrés Ávila Orjuela* del cargo formulado.

SUSTENTACIÓN

Conforme lo reglado en Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, se allegaron las siguientes intervenciones:

1. Recurrente.

Cargo principal.

La Procuraduría, a través de su Delegada Segunda para la Casación, coadyuvó el reclamo del Procurador 87 Judicial II, al constatar que el Juzgador no desplegó acciones para convocar en debida forma al procesado a las diligencias y, se atuvo simplemente en que, al encontrarse en libertad, no existía obstáculo para el desarrollo de los actos convocados.

Cargo subsidiario.

Señaló que así como se dijera en la demanda, no se probó la finalidad ilícita del porte de la sustancia estupefaciente y ésta, bien pudo ser para el aprovisionamiento del militar en atención a que iba a permanecer un tiempo prolongado, bien

sea en la guarnición militar conocida como Biter No. 28, o en cumplimiento de actividades de reentrenamiento.

En ese sentido, citó el precedente con radicado 44997 del 11 de julio de 2017, que precisó la carga del órgano de persecución penal en dicha tarea.

2. Los no recurrentes.

2.1. Fiscalía

Luego de advertir que al Procurador recurrente sí le asiste interés para demandar, aun cuando no participó en curso del trámite de primer grado, consideró frente a los cargos propuestos lo siguiente:

Cargo principal.

Indicó que, aun cuando pudo haber mayor diligencia tanto de la judicatura como de esa institución para perfeccionar los actos de notificación de las diligencias al procesado *Ávila Orjuela*, ello no se traduce en una violación al debido proceso y menos, a la garantía de la defensa, pues ésta estuvo asegurada con el defensor público que fue designado y que, materialmente intervino y presentó una estrategia jurídica de sus intereses.

Además, como lo deduce el recurrente, la trascendencia del reparo que propone finalmente descende en la débil actividad probatoria del ente acusador y no en un defecto del

cual se deduzca el desprecio por el derecho de defensa, siendo así inconsecuente el yerro propuesto con su justificación.

Por lo anterior, se opuso a su procedencia.

Cargo subsidiario.

Señaló que la censura debe prosperar en la medida que en el proceso no se encuentra demostrado el elemento subjetivo del delito, en tanto no se acreditó la finalidad de distribución o comercialización que demanda el verbo alternativo a «llevar consigo», determinación que sería más favorable a los intereses del acusado que la solicitud de nulidad.

Expresó, que la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala de Casación penal, estableció criterios de interpretación del tipo penal descrito en el artículo 376 del Código Penal, hasta arribar a la tesis, según la cual, para la configuración del tipo penal subjetivo y con independencia de la cantidad portada, es necesario demostrar que el propósito del sujeto agente que lleva el estupefaciente es la venta o comercialización a terceros, porque si el objetivo es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor, la conducta deviene atípica.

En esa medida, refirió que el fundamento probatorio del que se sirvieron las instancias se basó en la cantidad de la sustancia hallada, esto es, 658 gramos de marihuana, cantidad superior a la dosis personal establecida en el numeral j) del artículo 2 de la Ley 30 de 1986, contenida en dos bolsas de color negro de propiedad del acusado, mismo que de acuerdo

con la actual tesis de la Sala no es factor determinante para tener por probada la materialización de la conducta.

Por lo anotado, solicitó casar el fallo objetado.

CONSIDERACIONES

1. Dos motivos de inconformidad reveló el censor. El primero, relativo a la indebida convocatoria del procesado a la actuación, lo que conllevaría a su nulidad y, el segundo, la ausencia de prueba de la finalidad del porte de la sustancia estupefaciente; temáticas que en tal orden deberían ser abordadas por la Corporación, sin embargo, la Sala no lo acogerá en esta oportunidad dicha secuencia y se remitirá directamente al estudio del cargo por violación directa de la ley sustancial, ante la evidente prosperidad de tal reparo y la emisión de fallo de reemplazo de carácter absolutorio, el cual prevalece sobre la nulidad en atención a la mayor cobertura que tendría sobre los derechos y garantías del procesado².

Sobre dicha posibilidad, la Corporación ha explicado:

Al respecto, es necesario advertir, previo al estudio de los reparos ofrecidos por la defensa, que la Corte ha definido de tiempo atrás la relativización del principio de prioridad, a la hora de abordar los cargos de la demanda, en el sentido de que no necesariamente debe prevalecer en su postulación, estudio y efectos los relacionados con la nulidad de la actuación procesal, sobre los que plantean errores in iudicando o de juicio.

² Cfr. CSJ SP4752-2019, Rad. 53595, SP 3963-2017, Rad. 40216, SP3210-2017, Rad. 45814, SP2940-2016, Radicación 41760, SP, oct. 21 de 2013, rad. 32983.)

Lo anterior para precisar que ante la alternativa presentada por el defensor de declarar la nulidad por vicios que afectan los derechos de la procesada, no se hace necesario plantear en primer orden el cargo con el que se aspira a la invalidación de la actuación por el quebrantamiento de los derechos fundamentales, cuando en realidad reviste mayor significación la posibilidad de eximirla de responsabilidad penal, resultando esta opción de mayor significación sustancial, en tanto reivindica el derecho a la absolución como finalidad suprema de la garantía fundamental de defensa y, en consecuencia, como objeto de protección prevalente³.

En este sentido, la Sala ha sostenido la siguiente posición:

Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esa forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En este caso, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado.⁴ (SP9105-2016, Rad. 42227)

2. De igual manera lo hará, a pesar de que el representante del Ministerio Público -recurrente- no propuso la discusión que ahora impetra ante los jueces de instancia pues, dentro de las excepciones que tiene fijada esta Corte para superar tal requisito, está la relacionada con la nulidad de la actuación.

Así lo ha señalado:

La no interposición y sustentación del recurso de apelación respecto de la sentencia de primera instancia, ha sostenido la Sala de modo general, es señal demostrativa de conformidad del sujeto procesal con el contenido de tal providencia, razón por la cual carecerá de

³ CSJ SP, 5 may. 2010, rad. 30948.

⁴ CSJ SP, 10 jun. 2008, rad. 28693. En el mismo sentido, CSJ SP, 17 jun. 2009, rad. 27816; CSJ AP, 31 ago. 2011, rad. 34848; CSJ SP-2940, 9 mar. 2016, rad. 41760.

interés jurídico para impugnar la de segunda instancia que no reforme aquélla en perjuicio de la situación del no recurrente, quien no puede invocar a última hora un agravio, con el fin de legitimarse en casación.

En otras palabras, si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, se ha de entender que se muestra conforme con la decisión proferida y el ad quem no puede, por su iniciativa, entrar a examinar su situación.

La Sala ha precisado que sólo se puede prescindir de tal exigencia, en los siguientes casos:

- Cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se le impidió el ejercicio del recurso de instancia.

- Cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa.

- **Cuando el sujeto procesal proponga nulidad por la vía extraordinaria, siempre que medie una demanda en forma, pues la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de la parte, sólo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y en circunstancias de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez del proceso.**

La falta de interés para recurrir, cuando se ha dejado de apelar la sentencia de primera instancia, con las salvedades planteadas, se predica de todos los sujetos procesales, sin privilegio distinto del que pueda surgir normativamente⁵. (CSJ AP, 11 Mar.2003, Rad. 19126)⁶

En ese contexto, como quiera que en la demanda de casación la parte recurrente postuló un cargo de nulidad y logra evidenciar la violación directa de la ley con efectos trascendentes en la declaratoria de responsabilidad del acusado, es necesario el pronunciamiento de la Corte a través

⁵ Sobre estos temas, auto de 11 de febrero de 1999, rad. 9998, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll; casación de 24 de febrero de 2000, rad. 10.809, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego; casaciones de 13 de febrero de 2001 y 17 de enero de 2002, rads. 14.370 y 12.106, M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla

⁶ Reiterada en CSJ SP-1281-2019, Rad. 52089

de un fallo de casación, en orden a restablecer la presunción de inocencia de *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*.

3. El demandante, al amparo de la causal primera dispuesta en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, reprobó las sentencias de instancia por violación directa del artículo 376 del Código Penal que tipifica el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes atribuido al acusado, por no haberse verificado el ingrediente subjetivo, esto es, la finalidad de distribución o comercialización que demanda el verbo alterativo «llevar consigo».

3.1. Acerca de tal asunto, la jurisprudencia⁷ de la Sala ha transitado diversas etapas en la comprensión del tipo penal en mención y pasó de la interpretación de dicha conducta a partir de los métodos legales tradicionales a la de decantar que el porte de sustancias estupefacientes en cantidad superior a los límites establecidos como dosis para el uso personal, constituía un delito de peligro abstracto que contenía una presunción *iuris tantum* de antijuridicidad, que admitía prueba en contrario, cuando se trataba de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal, y *iuris et de iure*, que impedía su controversia cuando se excedía el límite de la dosis personal por fuera de los criterios de razonabilidad⁸; hasta arribar a la tesis según la cual, para la configuración del tipo penal subjetivo⁹ y con independencia de la cantidad portada,

⁷ Cfr. CSJ. SP. del 3 de septiembre de 2014, Rad. 33409.

⁸ Cfr. CSJ. SP. del 17 agosto del 2011, Rad. 35978.

⁹ La Sala explicó en la SP. del 11 de julio de 2017, Rad. 44997, que se trata «*de ingredientes de carácter intencional distintos del dolo que suelen emplearse para describir los tipos penales y que poseen un componente de carácter anímico relacionado con una peculiar finalidad del sujeto realizador de la conducta descrita y que tiene como función la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva.*»

es necesario demostrar que el propósito del sujeto agente que lleva consigo la sustancia estupefaciente es su venta, distribución o comercialización a terceros, pues si el objetivo es el propio consumo atendiendo la condición de consumidor o de adicto de quien la porta, la conducta deviene en atípica¹⁰.

Así, se tiene definido:

Desde la sentencia SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760; la Sala de Casación Penal considera que el Acto Legislativo 02/2009 y los parámetros interpretativos fijados por la Corte Constitucional en la decisión C-574/2011, entre otras razones, imponen tratar al consumidor de sustancias estupefacientes como un sujeto de especial protección, con mayor razón si es adicto, en favor del cual deben establecerse, por ende, medidas administrativas de orden pedagógico, terapéutico y profiláctico, excluyéndolo así del ámbito de las sanciones jurídico-penales.

En esa perspectiva, se advirtió que la tipicidad de portar o «llevar consigo» estupefacientes estaba supeditada a una finalidad o ánimo especial del agente: la de tráfico o distribución. Por ende, si tal conducta persigue el aprovisionamiento para el consumo personal escapa de la prohibición típica, con independencia de la cantidad de droga que fuese incautada. En la sentencia de casación al inicio citada que, vale advertir, fue reproducida por la SP4131-2016, abr. 6, rad. 43512, y la SP3605-2017, mar 15, rad. 43725, así se explicó:

... a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009 ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad, de ahí que el porte de una cantidad de droga compatible exclusivamente con ese propósito de consumo será una conducta atípica,...

(...).

Si la cantidad de dosis personal puede constituir ilícito cuando no está destinada para el uso personal, mutatis mutandi cuando es palpable esa finalidad no debe entenderse comprendida dentro de la descripción del delito de tráfico,

¹⁰CSJ SP 4752-2019, Rad. 53595

fabricación y porte de estupefacientes sin que dependa de la cantidad de la droga que les sea hallada.

(...).

... para la tipicidad de la conducta del porte de sustancias estupefacientes se debe tener en cuenta el ingrediente subjetivo tácito que plasmó el legislador al excluir de la previsión legal la conducta de quien tenga la finalidad exclusiva de su uso personal por razón de la dependencia como consumidor, adicto o enfermo,...

En la misma línea, se inserta la sentencia de casación SP9916-2017, jul. 11, rad. 44997, que reiteró la anterior postura «en el sentido de considerar el ánimo –de consumo propio o de distribución- del sujeto activo como ingrediente subjetivo o finalidad del porte de sustancias alucinógenas, a efectos de excluir su responsabilidad penal o de estimar realizado el tipo de prohibición». Por ello,

El consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

En punto a la implicación de esa interpretación en las reglas probatorias, se insistió en que «la demostración de los hechos o circunstancias atinentes al ánimo del porte de los estupefacientes, como componentes de los ingredientes subjetivos relativos al tráfico o distribución de las sustancias, incumbe siempre al acusador, quien tiene la carga de probar toda la estructura de la conducta punible».

En la sentencia SP497-2018, feb. 28, rad. 50512, así como en la SP732-2018, mar. 14, rad. 46848, y en la más reciente SP025-2019, ene. 23, rad. 51204, se reiteró que el porte de estupefacientes requiere de un ingrediente subjetivo; por lo que, su tipicidad «no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita». No obstante, se precisó que ese factor cuantitativo no puede menospreciarse, «pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y, por tanto, junto con otros elementos materiales

allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador».

En resumen, según la jurisprudencia de casación establecida desde la SP2940-2016, mar. 9, rad. 41760, y vigente en la actualidad: La tipicidad de la conducta de «llevar consigo» sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas, incluye un elemento subjetivo especial: la finalidad de tráfico o distribución. En consecuencia, la inexistencia de este ánimo, como ocurre cuando se porta droga para el consumo personal, genera atipicidad. Tal postura apareja dos precisiones de orden probatorio:

- La cantidad de alucinógenos no es el factor determinante del juicio de tipicidad de la modalidad conductual «llevar consigo», aunque ese dato sí podrá valorarse como un indicador, junto a los otros que se encuentren demostrados, de la finalidad del agente. Y,

- La carga de la prueba del referido ingrediente subjetivo, al igual que ocurre frente a los demás presupuestos de la tipicidad y de la responsabilidad penal en general, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 7 del C.P.P.”

Así las cosas, es tesis de la Sala que lo determinante en la constatación del delito en mención es la finalidad perseguida por el sujeto agente, y no la simple cantidad de estupefaciente que se lleva consigo.

3.2. Ahora, en el caso bajo estudio, se tiene que en ninguna de las sentencias se exploró en debida forma el ingrediente subjetivo en mención, dado que la condena se soportó en la incautación de la sustancia ilegal en posesión del procesado, sin desarrollo alguno sobre la finalidad que perseguía aquél en procura de determinar si era para el tráfico o su distribución.

Por el contrario, los factores que para los juzgadores fueron determinantes para la atribución de responsabilidad a *Jonathan Andrés Ávila Ospina*, se remitieron a la simple

constatación del tipo de sustancia estupefaciente incautada – marihuana- y la cantidad hallada, 650 gramos, cifra superior a la dosis personal permitida -20 gramos¹¹-.

Así, se consignó en la sentencia de primera instancia:

“Para el efecto, muy pesar de la interesante intervención, bastante explicativa por cierto en la temática abordada por el ilustre defensor, lo acreditado por el ente fiscal permite vislumbrar que efectivamente el día de los hechos, el hoy sentenciado llevaba consigo una sustancia estupefaciente en una cantidad importante, con lo que se vulnera el bien jurídico tutelado por el legislador, pues se trata de un poco más de 650 gramos de marihuana, es decir, que allí se podía abastecer a una cantidad equivalente a 32 personas para que consumieran éste narcótico que tanto daño le ha causado a nuestro país.

La cantidad de sustancia ilegal incautada al enjuiciado, fue corroborada en su testimonio por el S.I. FABIÁN CAMILO DUSSAN CUBILLOS, quien fue el encargado de realizar el pesaje de la sustancia, indicando que luego de inspeccionar la sustancia vegetal, pudo establecer que tras descontar el peso de la envoltura, se obtuvo un peso de 653 gramos; así mismo, fue la persona que realizó la prueba de identificación preliminar homologada que arrojó para cannabis y sus derivados (marihuana).”¹²

Argumentos que fueron avalados por el Tribunal Superior de Villavicencio al desatar la alzada, dado que su análisis se centró en establecer si se acreditó o no el tipo de sustancia incautada ante la ausencia de pericia técnica de confirmación o definitiva que ratificara los resultados de la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H.). Así, de forma puntual contestó a la réplica del apelante sobre dicho aspecto:

“En este caso, no se desconoce la naturaleza de la prueba de identificación preliminar homologada (P.I.P.H.), ni la posibilidad de

¹¹ Literal j. artículo 2, Ley 30 de 1986.

¹² Página 3 de la providencia, folio 63, cuaderno del Juzgado.

confirmación de estos resultados en los laboratorios dispuestos para ello. Sin embargo, esa falta de análisis por parte de un perito químico, no es argumento válido para restar crédito a los resultados de la prueba preliminar de campo realizada por el Perito de la Sijin Fabián Camilo Dussan Cubillos, que unida al recaudo testimonial, conformado por este servidor y los funcionarios del Ejército Nacional Luis Oveimar Figueroa Muñoz y Darío Fernando Victoria López, conduce a determinar que el día de los hechos, efectivamente, ÁVILA ORJUELA llevaba consigo 653 gramos de marihuana.”¹³

En ese orden de ideas, el ingrediente subjetivo especial que demanda la norma penal no se probó en alguna de sus aristas penalizadas: ánimo de comercialización o distribución del estupefaciente, por parte del órgano persecutor y, como se dijera previamente, la sola cantidad de sustancia incautada, en este caso, marihuana en monto superior a dosis personal, no es un factor que permita per se la atribución de responsabilidad, dado que estuvo ausente de cualquier análisis adicional. Por consiguiente, la conducta por la cual fue acusado *Jonathan Andrés Ávila Orjuela* resulta atípica.

4. Por las razones anteriormente expuestas, esta Corporación considera procedente la solicitud de casación por violación directa de la ley sustancial, aun cuando por indebida aplicación del artículo 376 del Código Penal, mas no por su errónea interpretación, dado que el yerro no surge de una norma aplicable al caso y su indebida intelección, sino de su aplicación cuando no acogía los supuestos del tipo penal reprobado.

Por consiguiente, la Sala casará el fallo objetado, para absolver a *Jonathan Andrés Ávila Orjuela* del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

¹³ Página 5 de la providencia. Folio 12, cuaderno del Tribunal

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CASAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 13 de junio de 2019.

SEGUNDO: ABSOLVER, como consecuencia de la anterior determinación, a *Jonathan Andrés Ávila Orjuela*, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes consagrado en el artículo 376 del Código Penal.

TERCERO: DISPONER que el juez de primer grado cancele los registros y anotaciones que se hayan originado en contra del acusado en razón de este proceso.

CUARTO: Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.


GERSON CHAVERRA CASTRO



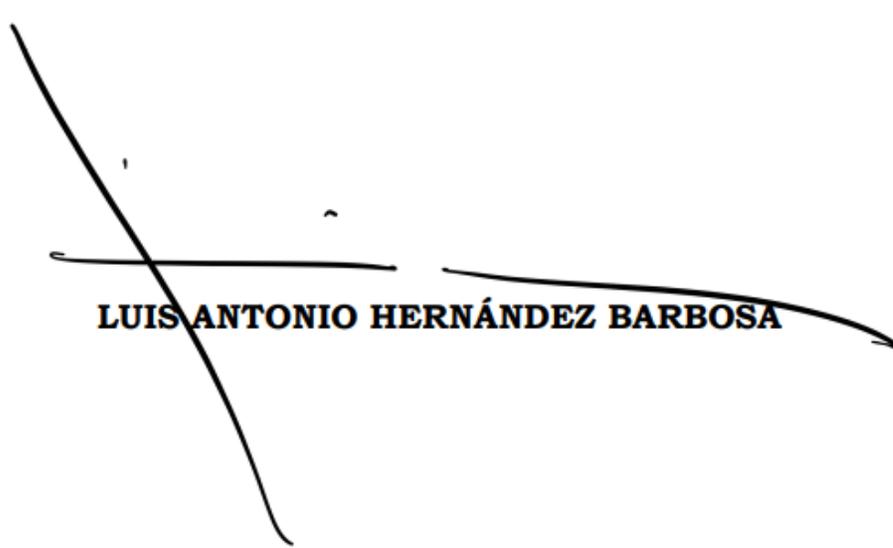
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria