



TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/... La Sala considera necesario precisar el contenido y el alcance del principio de congruencia, que sirvió de soporte al juez de primera instancia para dictar sentencia de carácter absolutorio, pues la fiscalía no demostró los verbos rectores (distribuir, vender, expender o comercializar) a los que adujo en el escrito de acusación, como bien lo analizó el juez a quo.../ ...”Recuérdese que la congruencia en nuestro actual sistema procesal es fáctica y jurídica, en razón a que los inmodificables comportamientos atribuidos deben corresponder a un tipo penal circunstanciado. Por eso al realizar la inferencia razonable en la imputación¹ soportada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, el legislador exige al fiscal efectuar una *"relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible"*² y en el escrito de acusación sobre la existencia de la conducta delictiva y de autoría o participación con probabilidad de verdad³, se le ordena al fiscal cumplir también con esa exigencia⁴. En conclusión los hechos imputados deben corresponder perfectamente con los acusados, con aquellos por los que se pide condena y por los que se dicta la correspondiente sentencia...”

SENTENCIA 038

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA

¹ Art. 287 del C.P.P.

² Art. 288 del C.P.P.

³ Art. 336 del C.P.P.

⁴ Art 337 No. 2 del C.P.P.

SALA PENAL

Radicación: 2015-0392-01
Procesado: Andrés Ferley Vargas Vargas.
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Magistrado Ponente: **Dr. Edgar Kurmen Gómez**

Aprobado: Acta **064 de mayo 12 de 2016**, Artículo 30, Numeral 4º,
Ley 16 de 1968

Tunja, **veinte (20) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Hora: nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.)**

Conoce la Sala del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 27 seccional de Garagoa, Rafael de Jesús Ferrer Montero, contra la providencia de 12 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Guateque con funciones de conocimiento mediante la cual absolvió a Andrés Ferley Vargas Vargas de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, tomando otras determinaciones.

HECHOS

El 14 de mayo del año 2014 se realizó diligencia de allanamiento y registro al inmueble ubicado en la Calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas del municipio de Garagoa. En dicha vivienda funciona un taller de latonería y pintura de propiedad del señor Gabriel Vargas Jiménez, donde trabaja con su hijo Andrés Ferley Vargas Vargas. En desarrollo de la diligencia, en una de las habitaciones se encontró sobre la cama una bolsa plástica, que contenía 10 papeletas color beige y 27 papeletas color blanco, que luego

de realizar la Prueba de Identificación Preliminar Homologada, arrojó como resultado positivo para cocaína y/o sus derivados.

IDENTIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

Andrés Ferley Vargas Vargas nació el 31 de mayo de 1995 en Garagoa, porta la cédula de ciudadanía 1.048.850.318 de Garagoa, es hijo de Gabriel Vargas Jiménez y Ana Cristina Vargas Cáceres, trabaja en latonería y pintura, vive en unión libre. Mide 1.70 metros de altura, contextura delgada, piel trigueña.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 15 de mayo de 2014 se realizaron ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Garagoa con funciones de control de garantías audiencias preliminares de (i) legalización de diligenciamiento de orden de allanamiento y registro; (ii) legalización de la captura de Andrés Ferley Vargas Vargas; (iii) formulación de imputación contra Andrés Ferley Vargas Vargas, por la conducta contenida en el artículo 376 del Código Penal, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, quien no aceptó los cargos y (iv) de imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, situación que fue objeto de apelación por parte de la defensa y que el 10 de junio de 2014 confirmó en segunda instancia el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa.

El 9 de julio de 2014 la Fiscalía presentó escrito de acusación y ante el Juzgado Penal del Circuito de Guateque con función de conocimiento el 24 de septiembre del mismo año se realizó audiencia de formulación de acusación contra Andrés Ferley Vargas Vargas como presunto autor del

delito previsto en el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011.

El 24 de octubre de 2014 se surtió audiencia preparatoria y los días 23 y 24 de febrero de 2015 se realizó el juicio oral, que culminó con anuncio de fallo absolutorio. El 12 de mayo de 2015 se dio lectura a la sentencia absolutoria, decisión contra la que la Fiscalía 27 seccional de Garagoa interpuso recurso de apelación, que se ocupa de resolver ahora la Sala.

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DEL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN

1.- De la providencia impugnada.

El Juez Penal del Circuito de Guateque absolvió a Andrés Ferley Vargas Vargas de la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contenida en el artículo 376 del Código Penal, pues si bien no existe discrepancia acerca del descubrimiento de la sustancia alucinógena en una de las alcobas de la residencia ubicada en la calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas del municipio de Garagoa, ninguno de los elementos de prueba allegados al juicio revelan que en ese lugar se expendiera, distribuyera o vendiera estupefacientes por parte del acusado. Solamente se demuestra que en esa casa se depositaban, almacenaban o se poseían alucinógenos.

Con la declaración de los investigadores que efectuaron el allanamiento no se demuestran los hechos atribuidos por la fiscalía en la acusación, es decir que Andrés Ferley Vargas Vargas se dedicaba a expender, distribuir o vender alucinógenos. De la misma forma, tampoco se acreditan dichos hechos con la declaración de los investigadores que tomaron las entrevistas a presuntos informantes, pues por tratarse de una prueba indirecta e inidónea para sustentar un juicio de responsabilidad penal, son

inconducentes pues no se demostró que ninguno de los testigos directos tuvieran algún impedimento contemplado en la ley (art. 437 y siguientes del C.P.) para no asistir al juicio y declarar.

Además, dichas entrevistas se constituyen solamente en medios de convicción mínimos para ordenar medidas provisionales como el allanamiento a un inmueble, pero de ellas no se pueden derivar decisiones de carácter definitivo como es el juicio de responsabilidad. Para tales efectos, la Corte Constitucional en sentencia C-637 de 2015 se pronunció respecto de los informes previos que se entregan para realizar un allanamiento, afirmando que la declaración de un testigo o informante (para decretar un registro y allanamiento) solamente sirve como soporte para establecer si existen motivos fundados para decretar dicha medida, pero no constituye prueba respecto de la responsabilidad del imputado.

Seguidamente, la fiscalía interrogó a otros testigos (José Antonio Pulido Vallejo, William Hernando García Martín, José Arturo Vargas Villegas, María Aracely Pulido Martínez), los cuales según el ente acusador contarían que Andrés Ferley se dedicaba desde su casa al expendio o venta de estupefacientes, pero en sus declaraciones nada dijeron al respecto pues manifestaron que escuchaban rumores pero que no les constaba nada, que no habían visto al procesado vendiendo estupefacientes y que trabajaba en el taller de latonería y pintura del papá, arreglando motos.

Por ello, el juez de primera instancia indica que si bien se podría probar que el procesado mantenía o conservaba estupefacientes en su hogar, la fiscalía no logró probar los supuestos fácticos consignados en la acusación, esto es, que Andrés Ferley se dedicaba a vender, distribuir o comercializar estupefacientes y por consiguiente absuelve al procesado.

2.- Del motivo de impugnación.

La Fiscalía pide se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se condene al acusado Andrés Ferley Vargas Vargas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes contenido en el artículo 376 del C.P., exponiendo que en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, la libertad probatoria es uno de los pilares fundamentales, por lo que el a quo no debió desestimar el material probatorio allegado al juicio.

Véase como los investigadores que rindieron testimonio en el juicio dan a conocer el modus operandi empleado por el procesado y el hallazgo de la sustancia estupefaciente al interior de la residencia, desde donde expendía el alucinógeno. Por ello, se deben analizar las pruebas allegadas al juicio en conjunto y en contexto con los hechos y no aisladamente como lo hizo el juez a quo, pues no es imprescindible que solamente las personas conocedoras de los hechos sean las que testifiquen, sino que también se le debe dar credibilidad al dicho de los investigadores que demuestran los hechos inmersos en el escrito de acusación, dando aplicación al principio de libertad probatoria ya mencionado y prevalencia al derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política)

3.- Del traslado a los no recurrentes.

La defensa de Andrés Ferley Vargas Vargas solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia, pues en primer lugar, la apelación presentada por la fiscalía carece de sustento legal y no ataca la providencia de fondo.

En segundo lugar, la Fiscalía señala que los investigadores de la SIJIN corroboraron los hechos del allanamiento y de la acusación, cuando en ningún momento manifiestan que vieron a su prohijado vendiendo estupefacientes. Si bien encontraron unos paquetes con sustancias alucinógenas, no se demostró a quién pertenecían, ni cómo aparecieron allí, ni que se hayan encontrado en poder de su prohijado, situación que fue consignada en la sentencia de primera instancia. Tampoco se

demonstró que Andrés Ferley Vargas Vargas se dedicara a la distribución de estupefacientes, pues no hubo pruebas directas que lo acreditaran.

En tercer lugar, el fallo está sustentado en los medios probatorios pedidos por la fiscalía, por lo que no se puede decir que no se le dio plena credibilidad a las pruebas allegadas al juicio por esa entidad.

ANALISIS Y VALORACION JURIDICA DE LAS PRUEBAS

De las pruebas aportadas por la Fiscalía.

1. Testimoniales.

1.1. Iván Fernando Gutiérrez Rátiva. (Audiencia del 23 de febrero de 2015, audio 1, récord 15:17)

Investigador de la Policía Judicial, adscrito a la Unidad Básica de Investigación Criminal SIJIN Garagoa, donde labora desde hace 4 años. Es bachiller técnico y aprobó y realizó el curso básico de Policía Judicial, el seminario en PIPH (Prueba de Identificación Preliminar Homologada), el seminario en actuaciones de policía judicial y entrevistas avanzadas y el curso de identificación de sustancias controladas.

Recuerda que en el allanamiento donde fue capturado Andrés Ferley Vargas Vargas se realizó la prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia encontrada en la residencia del acusado. Narra que estuvo presente durante el operativo que cumplió una orden de registro y allanamiento impartida por la Fiscalía 27 seccional de Garagoa, cuando personal de la Policía Judicial adscrita a la SIJIN de Garagoa y la personera de Garagoa ingresaron a la vivienda de Andrés Ferley Vargas Vargas. Se registró toda la vivienda compuesta por las habitaciones, la

sala, cocina y demás. En la habitación en la que se encontraba descansando el procesado, sobre la cama fueron encontradas unas sustancias que luego de la PIPH se estableció correspondían a estupefacientes. Se realizaron las actas respectivas, fijación fotográfica del lugar de los hechos y de las sustancias encontradas, además de todo el procedimiento contemplado en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal, diligencias que fueron entregadas al despacho de la fiscalía para la materialización y legalización de las mismas.

Se le ponen de presente una serie de documentos, que reconoce así:

- Formato único de noticia criminal, con el que se abre el proceso contra el acusado, dándole lectura a los hechos plasmados en el documento, información recolectada por la fuente que narra los hechos, que tiene su firma y es del 13 de enero de 2014.
- El oficio en el que se solicita a la fiscalía que con los elementos materiales y evidencia recolectada, se emita orden de registro y allanamiento a la residencia de Andrés Vargas Vargas. Se plasman las diferentes entrevistas y diligencias recolectadas, dándole lectura íntegra al documento que reconoció porque tiene plasmada su firma y fue elaborado por él.
- Álbum fotográfico que identifica mediante fotografía digital el inmueble registrado y allanado, en el que residía Andrés Ferley Vargas Vargas; se describen sus características y la estructura en la que está construido. Tiene fecha 13 de enero de 2014 y lo reconoce porque tiene su nombre y apellidos completos y se encuentra plasmada su firma.
- La orden de allanamiento y registro emitida el 14 de mayo de 2014 por el fiscal 27 seccional de Garagoa Rafael de Jesús Ferrer

Montero, que le fue entregada al testigo para cumplirla como investigador y líder del caso.

- Oficio del 14 de mayo de 2014 dejando a disposición de la Fiscalía 27 Seccional de Garagoa al capturado Andrés Ferley Vargas Vargas, por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a las 11:00 a.m. en la residencia ubicada en la Calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas de Garagoa, que reconoce porque tiene sus nombres y apellidos completos y está firmado por él.
- Informe del registro y allanamiento del 14 de mayo de 2014, describiendo el procedimiento realizado en la vivienda de Andrés Ferley Vargas Vargas. Igualmente da a conocer la relación de los objetos incautados y examinados, junto con el nombre del funcionario que realizó la incautación de los mismos. Reconoce el documento porque en él está plasmada su firma. Leyó el documento respecto del lugar en el que se halló el estupefaciente, esto es en la vivienda ubicada en la calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas del municipio de Garagoa, en la habitación donde duerme el joven Andrés Ferley Vargas Vargas.
- Informe del 14 de mayo de 2014 narrando los pormenores de la diligencia de registro y allanamiento; se recopilan las diferentes actuaciones de policía judicial realizadas en los actos urgentes y está firmado por el testigo.
- Documento del investigador de campo realizado por el testigo el 14 de mayo de 2014 en calidad de perito y firmado por él, donde consta que el personal de policía judicial incautó el material, le solicitó la identificación, peso y la clase de sustancia, basándose en los protocolos estandarizados para los procedimientos de PIPH. Por tratarse de dos sustancias con características distintas, se realizan dos procedimientos diferentes para las sustancias sólidas. Respecto

de la evidencia número uno consistente en diez papeletas de sustancia sólida color beige, se realizó el respectivo pesaje, arrojando un peso neto de 22.87 gramos. La PIPH dio resultado preliminar positivo para cocaína y sus derivados. Se extrajo una muestra de la sustancia con peso de 3 gramos, para ser enviado al laboratorio de grupo de estupefacientes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá, para que se determinen sus componentes y la clase de sustancia.

- Documento de investigador de campo del 14 de mayo de 2014, realizado y firmado por él, donde se practica la segunda prueba para la otra sustancia incautada, sólida, color blanco, que contienen 27 papeletas encontradas en una bolsa plástica transparente. Se realizó el respectivo pesaje, con un peso neto de 43.23 gramos. Al realizar el procedimiento estandarizado para este tipo de sustancias, dio como resultado preliminar positivo para cocaína y sus derivados. De esta sustancia homogeneizada se extraen 3 gramos para enviar al laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, grupo estupefacientes de Bogotá, para que se determinen sus componentes.

Se le pone de presente la cadena de custodia del elemento incautado y el testigo refiere que intervino en la continuidad de la cadena de custodia más no fue quien la realizó.

- Informe de investigador de campo, realizado y signado por el testigo, sobre resultados del programa metodológico impartido por la fiscalía 27 seccional de Garagoa. Se plasman unas labores de vecindario realizadas en los alrededores de la casa de Andrés Ferley Vargas Vargas para ubicar posibles testigos que afirmaran si el procesado era consumidor o expendedor de las sustancias estupefacientes halladas en su vivienda. Se dice que las personas entrevistadas no quisieron aportar mayores datos por temor a involucrarse en

procesos que tengan que ver con la fiscalía, ni menos tener inconvenientes con la familia de Andrés Vargas Vargas. Algunos dieron sus nombres, pero solamente manifestaron que son comentarios que han escuchado, pero no refieren con certeza que hayan visto o presenciado que Andrés Ferley Vargas Vargas sea consumidor o expendedor de sustancias estupefacientes.

- Informe de investigador de campo suscrito por el testigo, certificando el cumplimiento de la orden emanada por la fiscalía 27 seccional de Garagoa, para adelantar diligencia de interrogatorio a Andrés Ferley Vargas Vargas, que se realizó en presencia de su abogado defensor José Diógenes Cubides Cárdenas.
- Diligencia de interrogatorio de indiciado del 9 de julio de 2014, realizado a Andrés Ferley Vargas Vargas, que leyó. Reconoció el documento porque está firmado y fue realizado por él.
- Resultado del laboratorio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, grupo de estupefacientes de Bogotá. Luego del respectivo análisis de sustancias según los protocolos, se dedujo que respecto de la prueba número uno de la sustancia blanca no coincide con patrón de cocaína, heroína o morfina. En la prueba número dos de la sustancia color beige, manifiesta que los iones encontrados corresponden a los descritos como característicos de cocaína. Se concluyó que en la muestra uno analizada se encontró fenacetina y levamisol, mientras que en la muestra dos analizada se encontró cocaína. Explica el testigo que la fenacetina y el levamisol no son sustancias controladas, es decir, no son estupefacientes y son de libre comercio.

Contrainterrogatorio de la defensa: señala que el formato único de noticia criminal está firmado y fue rendido por el testigo. Lo que allí se plasmó fue lo que aportó y manifestó la fuente que dio los datos para iniciar

el proceso contra Andrés Ferley Vargas Vargas. Indica que la noticia criminal tiene fecha 13 de enero de 2014 y la diligencia de allanamiento fue realizada en mayo del mismo año. No se explica cómo el defensor dice que la denuncia tiene como fecha 12 de marzo de 2013.

Una vez realizada la noticia criminal se le recibió entrevista a la fuente que daba a conocer los hechos contra Andrés Ferley Vargas Vargas; posteriormente se identificó al procesado y se fijó el inmueble descrito por la fuente, para realizar diligencia de allanamiento y registro, una vez el fiscal así lo dispusiera.

No proporciona la identidad de la fuente quien manifestó lo plasmado en la denuncia, pues solicitó por seguridad reserva de identidad. El informe enviado a la fiscalía se sustentó únicamente con la entrevista de la fuente, la identificación del inmueble y de Andrés Ferley Vargas Vargas. No se realizaron más labores investigativas para corroborar lo dicho por ésta, como que transportaba el alcaloide en una moto o en el chaleco que le colocaba a un perro de raza pitbull, o cómo los consumidores lo contactaban vía telefónica. Tampoco se verificó quién conducía o a quién pertenecía la motocicleta de placas GEU 27C. Lo anterior porque se pretendía era allanar el inmueble para verificar lo dicho en la entrevista, situación que se dio al encontrar las sustancias estupefacientes en la habitación de Andrés Ferley.

Antes de realizar la diligencia de allanamiento se captó la información que aportó la fuente, que es muy confiable, sin realizar otro tipo de diligencia adicional. La información dada por el procesado en su interrogatorio fue verificada por el conainterrogado, manifestando que las señas e indicaciones dadas no eran muy concretas a diferencia de las que reveló la fuente del presente caso. Por lo anterior, la información no prosperó porque era muy vaga, no mencionó nombres exactos ni nomenclaturas exactas de las viviendas.

Cuando realizaron el allanamiento y registro al inmueble, Andrés Ferley se encontraba acompañado con una muchacha en la habitación donde se encontró la sustancia estupefaciente. Dicha habitación es la primera que se encuentra a mano derecha de la puerta principal, que tiene ventana. Con las labores investigativas y de vecindario se confirmó que Andrés Ferley residía en el inmueble objeto de registro y allanamiento, pues en la misma diligencia manifestó que vivía allí en compañía de su padre.

1.2. José Antonio Pulido Vallejo (Audio 3, récord 3:40)

Distingue a Andrés Ferley Vargas Vargas desde que llegó al barrio porque son vecinos. Sabe que se encuentra detenido porque un agente de policía le hizo unas preguntas en su habitación, que quedaron escritas, aclarando que nada agrega porque eso es lo que le consta. Reitera que nada le consta acerca de los estupefacientes y de la captura de Andrés Ferley Vargas Vargas, pues no vio nada.

Contrainterrogatorio de la defensa: El documento en el que se plasmó su dicho tiene su firma y su huella y se tomó después de detenido Andrés Ferley. Cuando le tomaron la entrevista supo que el joven Andrés estaba detenido, pues hacía días que no lo veía. Como son vecinos, la distancia que los separa es de media cuadra, sin saber si Andrés Ferley se dedica al tráfico de estupefacientes. Dijo que Andrés Ferley trabaja con el papá en un taller de latonería y pintura, en la calle 18, barrio Las Hadas.

Re-directo de la Fiscalía: no le consta que Andrés Ferley sea expendedor de droga, es decir, que no lo ha visto ni ha escuchado comentarios sobre ese tema.

Contra re-directo de la defensa: es correcto afirmar que el policía, al realizarle la entrevista, fue quien le informó que Andrés Ferley Vargas supuestamente expendía estupefacientes, pues a él no le constaba nada.

1.3. William Hernando García Martín. (17:00)

Distingue a Andrés Ferley Vargas Vargas hace diez años aproximadamente pues vive más o menos a 30 metros del lugar donde tiene su taller de latonería y pintura y a diez cuadras de su residencia; de vez en cuando hablan. No presencié la captura de Andrés Ferley pues cuando llegó a trabajar vio que la policía estaba allí pero no se dio cuenta porque estaba en sus labores.

Andrés Ferley antes de la captura trabajaba en un taller de latonería y pintura que tiene el papá, arreglando y pintando motos. Tenía entendido que últimamente se fue a vivir a una finca que tiene el papá, para cuidarla. Ha escuchado comentarios sobre la conducta de Andrés Ferley, ha visto muchachos por el barrio, pero nada le consta, así como se lo manifestó al policial que lo entrevistó. No le presta atención a dichos comentarios porque son para meterse en problemas, además de que se dedica a sus labores únicamente. Escuchó comentar a un muchacho que Andrés Ferley se daba en la cabeza, es decir, que fumaba marihuana, pero no lo vio haciendo eso.

Contrainterrogatorio de la defensa: hasta donde sabe, no le han comentado que Andrés Ferley se dedique a vender estupefacientes. Antes de la captura no fue abordado por ningún agente de policía. Le dijo al agente que lo entrevistó que no le constaba si Andrés Ferley vendía estupefacientes y que no quería problemas. Andrés trabajaba en el taller del papá (que funciona en la misma casa objeto de registro) y luego se iba en una moto a una finca en el campo donde vivía. Hacía tres meses aproximadamente que se había ido de la casa que fue allanada.

Re-directo de la Fiscalía: sabe que Andrés se había ido a vivir a la finca 3 meses antes de que fuera allanada la casa porque Yesid, el hermano de Andrés, le ayudó a trabajar en el taller unos días y le comentó que el papá

de Andrés lo había enviado a vivir al campo. Sabe que Andrés ingresaba a la casa cuando trabajaba en el taller, porque el taller está junto a la casa.

Contra re-directo de la defensa: Sabe de la finca porque en una oportunidad fue con el papá de Andrés a colocar una cerca; queda por el Alto de Santa Bárbara, más o menos a unos 700 metros; por la carretera que va a Macanal hay un desvío y es por ahí.

1.4. Jorge Arturo Vargas Villegas (32:49)

Es técnico en mecánica industrial, pero se dedica a ser entrenador personal y modelo, representando actualmente al departamento de Boyacá. Conoce a Andrés Ferley Vargas Vargas desde pequeños, aproximadamente desde los 9 años. Tienen relación de amistad, pues Andrés le ha prestado dinero para comprar cosas que necesita para el gimnasio que tiene en Garagoa y viceversa para que Andrés compre pintura, pues trabaja con la novia en el taller del papá.

Como estaba viajando su mamá le comentó que habían capturado a Andrés por droga, pero no le consta nada. Señala que Andrés es un muchacho muy trabajador, siempre ha trabajado en el taller del papá, se la pasa en la moto para arriba y para abajo comprando la herramienta para arreglar los carros y las motos. Indica que Andrés tiene una finca en donde vive con la novia, manteniendo los cultivos y solamente baja en la moto a trabajar, información que dio el mismo Andrés Ferley. El padre del interrogado tiene un taller a media cuadra de donde trabaja Andrés, en el barrio Las Hadas.

El único comentario que escuchó fue que lo habían capturado pero nada más. Como el taller donde trabaja Andrés queda en la casa de sus padres, por lo general almuerza y descansa ahí con la novia.

1.5. María Aracely Pulido Martínez (39:30)

Vive en Garagoa en la calle 18 N° 10-57, barrio Las Hadas. Se dedica a los oficios de la casa y de vez en cuando le colabora a un hermano en un expendio de carne. No conoce a Andrés Ferley Vargas Vargas. Desconoce si hay un taller en el sector porque poco transita por allí y no sabe respecto de los hechos del presente caso.

1.6. Segundo Humberto Tunarrosa Ramos (Audiencia del 24 de febrero de 2015, audio 1, récord 3:15)

Investigador desde hace 3 años de la Unidad Básica de Investigación Criminal SIJIN Garagoa. Es bachiller técnico, técnico profesional en servicios de policía, fotógrafo judicial con curso básico de policía judicial.

Para el 14 de mayo de 2014 era el encargado de registrar las habitaciones de la residencia del señor Andrés Ferley donde se efectuó el registro y allanamiento. Al ingresar a la residencia la habitación del procesado es la primera a mano derecha, donde se encontró sobre la cama en las cobijas una envoltura plástica. Al verificar su contenido encontraron 10 bolsas pequeñas plásticas color beige que contenían una sustancia con características similares al bazuco y 27 papeletas en bolsas pequeñas color blanco, con características similares a la base de coca o perico. Al momento de ingresar a la habitación para hacer el registro se encontraba solo el procesado.

En la residencia había más ciudadanos, pero no recuerda cuántos. En la diligencia de registro y allanamiento se realizó el siguiente procedimiento: al ingresar a la residencia se notificó al dueño y se le dio a conocer la orden de la fiscalía para realizar dicho procedimiento. A mano derecha de la residencia hay una habitación seguida de otra, la sala, la cocina, y al fondo un parqueadero o taller. Para registrar las habitaciones se preguntaba quién dormía en dicha habitación, persona que entraba seguida del interrogado y de la personera municipal.

Después del registro se identificó al joven, se efectuó el acta de incautación, el registro decadactilar y la fiscalía le emitió orden de destrucción de los elementos incautados. Se le ponen de presente una serie de documentos, que reconoció porque tienen su nombre y su firma, así:

- De identificación, individualización y arraigo de Andrés Ferley Vargas Vargas, que leyó en su totalidad.
- Tarjeta decadactilar de Andrés Ferley Vargas Vargas, que leyó.
- Acta de incautación de los elementos encontrados en la habitación de Andrés Ferley Vargas Vargas el 14 de mayo de 2014 durante la diligencia de registro y allanamiento, firmado por el testigo y por el hoy procesado.
- Solicitud de análisis de elementos incautados de 14 de mayo de 2014 elevada al perito experto en PIPH, para determinar clases de sustancias incautadas y peso.
- Informe de investigador de campo dirigido a la fiscalía 27 seccional, realizado después de recibida orden de destrucción de los elementos incautados, con su respectivo álbum fotográfico y cadena de custodia.
- Copia de la C.C. de Andrés Ferley Vargas Vargas, seguida del acta de destrucción del elemento material probatorio, con el informe de investigador de campo –fotógrafo- de los elementos destruidos.

Contrainterrogatorio de la defensa: para realizar el allanamiento, llegaron a la residencia de Andrés Ferley Vargas, no recuerda quién abrió la puerta, ingresaron y preguntaron por el propietario. Al ingresar, en la habitación a mano izquierda se encontraba Andrés Ferley acostado con

una mujer. Se le da lectura al acta de registro y allanamiento ordenado por la fiscalía 27 seccional, reuniéndose todos los ciudadanos en la sala de la casa. La personera municipal de Garagoa estuvo siempre presente en todas las diligencias. Después se identificaron a las personas con su documento de identidad y se registraron las habitaciones de la residencia. Revisadas todas las habitaciones, se finalizó la diligencia preguntando al propietario (padre de Andrés Ferley) si tenía algo que agregar, sin manifestar inconformidad por lo realizado.

Una vez identificado quién habitaba cada habitación, esa persona ingresaba, seguido del conainterrogado y de la personera municipal. Este procedimiento se realizó cuando se registró la habitación de Andrés Ferley, estando presente el procesado, la personera y los demás funcionarios de policía judicial.

El arraigo realizado se confirmó personalmente con el padre del señor Andrés Ferley Vargas Vargas, quien manifestó que residía en la casa objeto de registro y allanamiento, circunstancia plasmada en la identificación de Andrés Ferley.

Re-directo de la Fiscalía: Cuando se ingresó a la habitación de Andrés Ferley, éste ingresó en primer lugar (como residente de ese cuarto), posteriormente el interrogado, la personera, el fotógrafo y el muchacho que dio a conocer inicialmente la diligencia de registro y allanamiento. La información plasmada en el arraigo fue dada por el joven Andrés Ferley y corroborada por el padre de éste.

1.7. Omar Yesid Sánchez Barreto (33:36)

Se desempeña como Intendente de la Policía Nacional. Es bachiller académico, con un curso en la Escuela de Policía Rafael Reyes de Santa Rosa de Viterbo y curso básico en policía judicial.

Estuvo presente en la diligencia de registro y allanamiento realizada el 14 de mayo de 2014 en una residencia del barrio Las Hadas, en cumplimiento de orden expedida por la fiscalía 27 seccional de Garagoa, siendo investigador líder Iván Gutiérrez. Llegaron al lugar en compañía del ministerio público y la policía judicial; ingresaron a la residencia observando varias personas en su interior; se leyó la orden de registro a quienes se encontraban en el lugar, y se realizó el procedimiento de registro y allanamiento.

Realizó durante la diligencia acompañamiento y seguridad para el personal policial y para la personera municipal; también solicitó antecedentes a la base de datos de la policía. No estuvo presente cuando se realizó el registro de la habitación de Andrés Ferley.

Reconoció la solicitud de antecedentes de Andrés Ferley Vargas Vargas dirigida a la seccional de investigación criminal, documento firmado por él, seguido de la respuesta de la institución en la que consta la carencia de antecedentes y anotaciones judiciales del procesado, dándole lectura a este último.

Contrainterrogatorio de la defensa: Durante toda la diligencia estuvo en el interior de la residencia, en compañía del personal policial y del ministerio público. Gran parte del tiempo estuvieron en el comedor, lugar donde se dieron a conocer algunas diligencias, estando presente la personera municipal, el personal policial, el joven Ferley y su padre.

1.8. Javier Alonso Juan de Dios Mancipe (44:27)

Labora como patrullero en Unidad Básica de Investigación Criminal de Garagoa desde hace un año. Tiene un curso básico de policía judicial y en manejo de la escena del delito.

Participó en el registro y allanamiento realizado el 14 de mayo de 2014 en una residencia del barrio Las Hadas, ordenado por la fiscalía 27.

Durante la diligencia tomó las fotografías del allanamiento plasmadas en el álbum fotográfico. Estuvo presente cuando se realizó la incautación de elementos materiales probatorios (sustancia alucinógena) a Andrés Ferley Vargas Vargas, hallados en la habitación de este joven, sobre la cama. También estaba el ministerio público (personera municipal de Garagoa) y estaba Andrés Ferley Vargas Vargas, entre otros.

Reconoció el álbum fotográfico de 14 de mayo de 2014 que consta de 24 fotografías, porque él lo realizó y plasmó su nombre y firma. Aclara que por equivocación consignó en el documento el municipio de Paipa, pues de allí fue trasladado, pero que el álbum fotográfico se realizó en Garagoa. Explica cada una de las fotografías tomadas, en las que se tuvo en cuenta la luz del lugar y utilizó el modo automático de la cámara. En las imágenes 17 y 18 se muestra la habitación donde duerme Andrés Ferley Vargas Vargas, hallando sobre la cama una bolsa con estupefacientes similares al bazuco y perico.

Contrainterrogatorio de la defensa: señala que el álbum fotográfico corresponde al orden en el que se registró la residencia. En las fotografías 17 y 18 no se ve a Andrés Ferley porque la cámara no lo alcanzó a tomar (por error humano), pero si estaba presente junto con la personera, tal como lo hacen constar las actas. En las fotografías 11 y 12 se ilustra que Andrés Ferley estaba en el comedor, pero eso fue minutos antes de ingresar a la habitación donde él dormía y hasta ese momento no se había encontrado ninguna sustancia estupefaciente.

Quien atendió la diligencia fue Gabriel Vargas Jiménez (padre del procesado), a quien se le dio a conocer el motivo del allanamiento y se reunió en la sala a todos los presentes en la residencia, indicándoles el procedimiento que se les iba a realizar.

Re-directo de la Fiscalía: ninguno de los presentes en la diligencia realizó manifestación alguna sobre la misma.

1.9. Andrés Ferley Vargas Vargas. (1:06:42)

Antes de ser privado de su libertad su domicilio era en la finca El Triángulo, vereda Resguardo Maciegal. Indica que en la finca donde vivía tenía unos cultivos no muy grandes y estaba trabajando al lado de la residencia en el taller, actividad a la que más se dedicaba.

Fue capturado el 14 de mayo de 2014 en el municipio de Garagoa porque lo acusan de delito de tráfico de estupefacientes, solicitando que se aclaren las cosas respecto de dicha acusación. Señala que cuando apareció la supuesta sustancia en la habitación en la que él se encontraba para la época de los hechos, él hizo una queja delante de Juan de Dios Mancipe y el Intendente Gutiérrez Rátiva, diciendo que es algo ilógico que apareciera eso sobre la cama y les dijo que si en verdad eso era de él tenían que sacarle pruebas dactilares a las bolsas, porque si en verdad fueran de él tendría que haberlas manipulado, a lo que respondieron riéndose y diciéndole que eso tenía que decirselo al juez.

Frente al hallazgo de la sustancia manifiesta que no tiene nada que ver con ella. Respecto al arrepentimiento que se plasma en el interrogatorio, se hace porque por casualidades de la vida resultó trabajando para estos señores arreglándole las motos y los carros y para el momento que él iba a sus casas a cobrarles el dinero que le debían se daba cuenta de algunas cosas, pero nada certero. Esa declaración la hizo con la intención de obtener varios beneficios, de los cuales el señor Gutiérrez Rátiva le había comentado le serían aplicados si decía eso, situación que no sucedió.

Para la época de los hechos residía en la vereda Resguardo Maciegal, ubicada hacia la salida del Alto de Santa Bárbara. A cinco minutos

después se encuentra como una “Y” que por un lado conduce al municipio de Macanal y la otra a mano izquierda es hacia la vereda.

Indica que el día del allanamiento había llegado de madrugada a entregar una motocicleta GN color negro, a la que le estaba pintando el tanque de gasolina y tenía que entregarla ese día, situación por la que se encontraba en el lugar en que se realizó el allanamiento. La sustancia estupefaciente “*apareció*” sobre la cama donde él a veces descansaba, como cuando llovía y no podía irse para la finca.

Contrainterrogatorio de la defensa: Cuando llegaron las personas al allanamiento, se encontraba trabajando en el tanque que mencionó que tenía en el taller, que se encuentra al fondo de la vivienda.

Re-directo de la Fiscalía: la puerta de la casa nunca estaba cerrada, estaba abierta y ellos entraron de una vez diciendo que orden de allanamiento y los reunieron en el comedor, pero él se encontraba en el taller trabajando.

2. Documentales.

2.1. Formato Único de Noticia Criminal⁵, suscrito por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva el 13 de enero de 2014. Allí se consignan los hechos que dieron lugar a la investigación seguida contra Andrés Ferley Vargas Vargas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Se dice que por información de fuente humana se sabe del expendio de sustancias estupefacientes -bazuco y perico- en la residencia ubicada en la calle 18 N° 10-16 barrio Las Hadas de Garagoa, sustancia distribuida por Andrés Ferley Vargas Vargas residente en dicha vivienda.

“LAS PERSONAS CONSUMIDORAS DE ESTUPEFACIENTES LO CONTACTAN VÍA TELEFÓNICA Y TAMBIÉN BAN (sic)

⁵ Folios 161-163

PERSONALMENTE A ESTA SACA (sic) DONDE POR MEDIO DE SILBIDOS LOS CONSUIDORES (sic) LO CONTACTAN Y ESTE SACA LA SUSTANCIA Y SE LAS ENREGA (sic) FRENTE A LA RESIDENCIA, TAMBIÉN LA ENTREGA A DOMICILIO UTILZANDO COMO MEDIO DE TRANSPORTE UNA MOTOCILCETA MARCA KAWASAKI, COLOR ROJA, DE PLACAS GEU-27C, OTRAS VECES LA TRANSPORTA EN UN PERRO DE RAZA PISBUL (sic), AL CUAL LE COLOCA UN CHALECO Y EN ESTE LA CAMUFLA. LAS SUSTANCIA (sic) QUE ESTE MÁS COMERCIALIZA SON EL PERICO Y EL BAZUCO...MÁS QUE TODO LO HACE EN HORAS DE LA NOCHE, CUANDO POR LA CALLE DONDE ESTE VIVE YA NO TRANSITA GENTE”

2.2. Oficio S-2014-019 DEBOY SIJIN 29 del 13 de enero de 2014 suscrito por el patrullero Iván Fernando Gutiérrez Rátiva⁶, en el que se le solicita a la fiscalía 27 seccional de Garagoa expida orden de registro y allanamiento a la vivienda donde reside Andrés Ferley Vargas Vargas, narrando los hechos que fundamentan la solicitud, anexando la noticia criminal, la fijación fotográfica del exterior del inmueble y la entrevista de un ciudadano.

2.3. Álbum fotográfico del 13 de enero de 2014 que fundamenta la solicitud de registro y allanamiento⁷ que consta de 3 fotografías del exterior del inmueble de la calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas de Garagoa, mencionando las características de construcción y estructura, en la que para aquella fecha residía Andrés Ferley Vargas Vargas.

2.4. Orden de allanamiento y registro emitida el 14 de mayo de 2014, por el fiscal 27 seccional de Garagoa Rafael de Jesús Ferrer Montero asignada al patrullero Iván Fernando Gutiérrez Rátiva como líder del caso⁸. El lugar a registrar se ubica en la Calle 18 N° 10-16, barrio Las

⁶ Folios 164-166

⁷ Folios 167-169

⁸ Folios 170-172

Hadas del municipio de Garagoa, inmueble que funciona como vivienda y que se utiliza para distribuir sustancias estupefacientes como bazuco y perico por parte de Andrés Ferley Vargas Vargas. Igualmente se señalan los lugares a registrar, otorgando un plazo de 30 días para ello.

2.5. Oficio S-2014-293 DEBOY-SIJIN del 14 de mayo de 2014 realizado por el patrullero Iván Fernando Gutiérrez Rátiva⁹. Se deja a disposición de la Fiscalía 27 seccional de Garagoa a Andrés Ferley Vargas Vargas, capturado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes durante la diligencia de allanamiento y registro a la residencia de la Calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas de dicho municipio.

2.6. Informe de registro y allanamiento FPJ-19, firmado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva¹⁰, del 14 de mayo de 2014. Se relata el procedimiento realizado en la vivienda donde residía en ese entonces Andrés Ferley Vargas Vargas, cuando al revisar la habitación en la que este dormía se observó una cama con diferentes tendidos entre sábanas y cobijas, *“encontrando envuelto entre las cobijas y sábanas una bolsa plástica, la cual al verificar en su interior contenía diez papeletas en bosa (sic) plástica con una sustancia sólida pulverulenta color beige, había dentro de este mismo envoltorio otra bolsa plástica transparente con sello hermético, la cual contenía veintisiete bolsas pequeñas de una sustancia sólida pulverulenta color blanco, sustancias que por sus características se asemejan a sustancias estupefacientes (bazuco y perico)”*

Este informe se acompañó del Acta de registro y allanamiento FPJ-18 de la misma fecha, firmado por el mismo funcionario, donde se dice que la diligencia fue atendida por el señor Gabriel Vargas Jiménez, propietario del inmueble, describiendo una a una las habitaciones registradas. En la habitación número siete *“La cual funciona como habitación donde se halla una cama metálica con diferentes tendidos entre cobijas, sábanas y ropas,*

⁹ Folio 173

¹⁰ Folios 174-175

habitación donde duerme el joven Andrés Ferley Vargas Vargas. CC. 1.048.850.318 Garagoa. Entre los tendidos se encontraron una bolsa plástica con unas papeletas plásticas 10 de color beige y 27 de color blanco.”

2.7. Informe investigativo FPJ-3 del 14 de mayo de 2014 realizado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva¹¹. Narra lo realizado en la diligencia de registro y allanamiento y se recopilan diferentes actuaciones realizadas por policía judicial en los actos urgentes como la incautación de las sustancias estupefacientes, la identificación e individualización, la solicitud de antecedentes y la reseña decadactilar del hoy procesado.

2.8. Informe de investigador de campo FPJ-11 de 14 de mayo de 2015 firmado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva, Andrés Ferley Vargas Vargas y Cristy Dayana Carrillo Bohórquez (personera municipal de la época)¹², que plasma el resultado del pesaje y la prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia contenida en 10 papeletas color beige, con un peso bruto de 26.46 gramos y neto de 22.87 y positivo para cocaína y/o sus derivados, en este caso bazuco.

2.9. Investigador de campo FPJ-11 de 14 de mayo de 2015 firmado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva, Andrés Ferley Vargas Vargas y Cristy Dayana Carrillo Bohórquez (personera municipal de la época)¹³, que contiene el resultado del pesaje y de la prueba de identificación preliminar homologada de la sustancia sólida color blanco contenida en 27 papeletas en bolsa plástica transparente con sello hermético, con peso bruto de 48.56 gramos y neto de 43.23 gramos, con positivo para cocaína y/o sus derivados, en este caso perico.

¹¹ Folios 179-182

¹² Folios 183-186

¹³ Folios 187-190

2.10. Informe de investigador de campo FPJ-11 del 3 de julio de 2014 elaborado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva¹⁴, dando cumplimiento al programa metodológico emitido por la fiscalía 27 seccional de Garagoa el 25 de junio de 2014. Da a conocer unas labores de vecindario realizadas en los alrededores de la casa de Andrés Ferley Vargas Vargas, en las que después de entrevistar a varias personas, no dieron mayor información por no querer involucrarse ni tener problemas con la familia del joven. José Antonio Pulido Vallejo accedió a rendir entrevista, que se anexó al informe al igual que la solicitud de análisis de las sustancias incautadas dirigido al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en Bogotá.

2.11. Informe de investigador de campo FPJ-11 del 11 de julio de 2014 firmado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva¹⁵, dando cumplimiento a la orden emitida por la fiscalía 27 el 8 de julio de 2014. Informa que interrogó a Andrés Ferley Vargas Vargas.

2.12. Interrogatorio del indiciado Andrés Ferley Vargas Vargas realizado por Iván Fernando Gutiérrez Rátiva el 9 de julio de 2014¹⁶. En esta oportunidad el joven manifiesta que como ha vivido por 19 años en el municipio de Garagoa ha tenido la oportunidad de conocer ciertos hechos que suceden allí como consecuencia de la situación en la que se encuentra involucrado, de la cual está muy arrepentido. Solicita que se investigue y se aprehenda a las personas que lo involucraron en dicha situación, aprovechándose de su ingenuidad y de su corta edad. Seguidamente, relaciona una serie de personas presuntamente involucradas en el expendio de estupefacientes y en la venta ilegal de armas en el municipio de Garagoa, describiendo cómo consigue el estupefaciente y cómo lo venden.

¹⁴ Folios 191-197

¹⁵ Folios 198-201

¹⁶ Folios 202-206

Cuando le preguntan por qué sabe todo lo que había informado, manifiesta que *“POR CASUALIDADES DE LA VIDA ME HICE AMIGO Y CONOCIDO DE TODAS ESTAS PERSONAS, LAS CUALES ME COMENTABAN A QUE SE DEDICABAN Y CÓMO LO HACÍAN Y ADEMÁS YO COMPROBÉ TODO ESTO PORQUE ELLOS ME LLEVAN A LAS CASAS Y ME MOSTRABAN LO QUE HACÍAN, ES POR ESO QUE YO DOY FE QUE LO QUE DIGO ES COMPLETAMENTE CIERTO, YA QUE PERSONALMENTE VI COMO ALMACENABAN, VENDÍAN Y COMERCIALIZABAN LAS DROGAS Y LAS ARMA (sic) DE FUEGO...”*

Posteriormente, cuando le preguntan si tiene algo más que agregar a la diligencia, dice que *“TODA ESTA INFORMACIÓN LA ESTOY DANDO PORQUE, ESTANDO ENCERRADO EN LA CÁRCEL DE GUATEQUE ME HE DADO CUENTA QUE ESTABA EN UN ERROR GRANDE Y ACABANDO CON MI VIDA AL METERME EN ESTE TIPO DE NEGOCIOS, Y ASÍ COMO ME PASO A MI LE PUEDE ESTAR PASANDO A OTRAS PERSONA (sic), QUE POR SU INOCENCIA Y JUVENTUD SE RELACIONAN CON PERSONAS QUE SE APROVECHAN DE LA INEXPERIENCIA Y LA INOCENCIA, BRINDANDO DINERO EN UNA FORMA FÁCIL SIN MEDIR LAS CONSECUENCIAS DE LOS ACTOS...”*

2.13. Informe pericial de estupefacientes DRB-LAES-0023123-2014 signado por Sindy Lineth Varón Guisao (profesional especializado forense). Este informe está acompañado del registro de cadena de custodia¹⁷ y da a conocer la clase de sustancia a que corresponden las muestras enviadas, una de color blanco y la otra de color habano, señaladas como ID EMP N° 01 e ID EMP2 N° 02, respectivamente.

Para la muestra ID EMP N° 01 se dice que *“El tiempo de retención de la sustancia detectada, NO coincide con el del patrón de COCAÍNA,*

¹⁷ Folios 208-210

HEROÍNA Y MORFINA utilizado para el presente análisis”, concluyendo que en la muestra analizada se encontró “FENACETINA Y LEVAMISOL.”

Para la muestra ID EMP N° 02 se indica que *“El tiempo de retención de la sustancia detectada, coincide con el patrón de COCAÍNA utilizado para el presente análisis. Los iones encontrados corresponden a los descritos como característicos de la COCAÍNA en la librería del instrumento y en la bibliografía especializada.”*, concluyendo que en las muestras analizadas se encontró *“COCAÍNA”*

2.14. Identificación, individualización y arraigo de Andrés Ferley Vargas Vargas, del 14 de mayo de 2014 realizado por Subintendente Segundo Humberto Tunarrosa Ramos¹⁸. Se dice en este documento que *“SEGÚN DATOS APORTADOS DE MANERA LIBRE Y VOLUNTARIA POR EL INDICIADO, MANIFIESTA RESIDIR DESDE HACE 17 AÑOS EN LA DIRECCIÓN ANTES INDICADA¹⁹ DEL MUNICIPIO DE GARAGOAYACÁ, VIVE CON SU NOVIA DE NOMBRE SOFÍA DEL PILAR SÁNCHEZ ÁVILA, SU CUÑADA, SU PAPÁ Y SU MAMÁ Y DOS SOBRINOS VIVE EN LA CASA DE SU SEÑOR PADRE DONDE LE CANCELA 70.000 MIL (sic) PESOS DE ARRIENDO Y COMIDA MENSUALES INCLUYENDO SERVICIOS, E INFORMA QUE EN LA ACTUALIDAD SE ENCUENTRA LABORANDO EN LATONERÍA Y PINTURA Y DEBENGA (sic) UN SUELDO APROXIMADO DE \$500.000= MIL PESOS (sic) MENSUALES, INFORMACIÓN CONFIRMADA CON SU PADRE GABRIEL VARGAS JIMÉNEZ...”*

2.15. Registro decadactilar de Andrés Ferley Vargas Vargas²⁰ realizada por el SI Tunarrosa y firmado por el procesado el 14 de mayo de 2014.

¹⁸ Folio 213

¹⁹ Calle 18 N° 10-16, barrio Las Hadas.

²⁰ Folio 214

2.16. Acta de incautación de elementos²¹ realizada a Andrés Ferley Vargas Vargas el 14 de mayo de 2014, firmado por éste y por el SI Humberto Tunarrosa, en el que se mencionan como elementos incautados: *“una bolsa plástica con unas papeletas plásticas 10 de color beige y 27 de color blanco.”*

2.17. Solicitud de análisis de los elementos incautados al perito en PIPH, del 14 de mayo de 2014, para determinar su clase y peso²².

2.18. Informe de investigador de campo FPJ-10 del 12 de septiembre de 2014 realizado por Segundo Humberto Tunarrosa Ramos²³, acompañado de un informe de investigador de campo (fotógrafo),²⁴ un registro de cadena de custodia²⁵ y el acta de destrucción de material²⁶. Se informa la destrucción de la sustancia estupefaciente encontrada una vez realizada la PIPH. La sustancia fue disuelta en agua y arrojada por un sifón de aguas negras, quedando registrado en cuatro fotografías cerrando así la cadena de custodia.

2.19. Copia de la cédula de ciudadanía de Andrés Ferley Vargas Vargas 1.048.850.318 de Garagoa²⁷.

2.20. Solicitud de antecedentes de Andrés Ferley Vargas Vargas, elevada el 14 de mayo de 2014 por el Intendente Omar Yesid Sánchez Barreto²⁸ y dirigida a la seccional de investigación criminal DEBOY, grupo de registro y certificación judicial, junto con su respectiva respuesta²⁹ en la que consta que Andrés Ferley Vargas Vargas no registra antecedentes y/o anotaciones judiciales.

²¹ Folio 215

²² Folio 216

²³ Folios 217-218

²⁴ Folios 219-220

²⁵ Folio 221

²⁶ Folio 223

²⁷ Folio 222

²⁸ Folio 224

²⁹ Folio 225

2.21. Álbum fotográfico realizado el 14 de mayo de 2014 por el patrullero Javier Alonso Juan de Dios Mancipe³⁰, que ilustra varios momentos de la diligencia de allanamiento y registro, especialmente el registro de las habitaciones. En las fotografías número 17 y 18 se ilustra la habitación en la que descansaba el joven Andrés Ferley Vargas Vargas y en las fotografías 19 a 24 los elementos materiales probatorios encontrados sobre la cama de esa habitación.

De las pruebas aportadas por la Defensa.

1. Testimoniales

1.1. Bleidy Xiomara Rodríguez Sánchez (Audiencia del 24 de febrero de 2014, audio 1, récor 1:47:02)

Su domicilio es la calle 18 N°10-16, barrio Las Hadas de Garagoa; es ama de casa, bachiller y cuñada de Andrés Ferley Vargas Vargas.

El 14 de mayo de 2014 cuando se realizó el allanamiento se encontraba en la casa dispuesta a bañar a sus hijos cuando llegaron los de la SIJIN. Ella estaba con sus hijos y con Sofía; su suegro Gabriel Vargas estaba en la habitación de él y Andrés estaba en el taller. La casa consta de 3 habitaciones, cocina, baño y un taller que queda en la parte de atrás al que se entra por la casa.

Según el allanamiento, se encontró una sustancia estupefaciente sobre una cama, pero ella se encontraba en el comedor con Sofía, sus hijos y Andrés estaba ahí también en ese momento. Es falso que Andrés Ferley se dedicara a expender estupefacientes en dicha casa, como lo afirman los investigadores, pues está destinada a vivienda. También es falso que Andrés Ferley viviera en dicha residencia, pues él reside con su novia Sofía en la finca El Triángulo. La habitación en la que se encontró el

³⁰ Folios 226-230

estupefaciente era el cuarto de huéspedes para las visitas, en el que solo había una cama.

Contrainterrogatorio de la Fiscalía: Además de la policía estaba la personera municipal, quien se dedicó a jugar con los bebés durante el registro y allanamiento. Que la habitación en la que se encontró el estupefaciente es el cuarto de huéspedes que estaba vacío, no se usaba porque era para las visitas. Ella usaba la otra habitación con sus bebés.

1.2. Flor Omaira Vargas Cárdenas. (Audio 2, récord 00:41)

Reside en la carrera 11 N°17A-85 de Garagoa, tiene un mini mercado que atiende. Distingue a Andrés Ferley Vargas Vargas hace 15 años; él vive en la finca y trabaja en la casa del papá en un taller ubicado allí.

No le consta que Andrés Ferley sea expendedor de estupefacientes ni ha escuchado nada. Cuando ha visto a Andrés Ferley siempre ha sido trabajando, él iba a su tienda y le compraba la gaseosa o el pan, pero no le consta nada. Desde la tienda que ella tiene se puede ver el sitio donde trabaja Andrés Ferley, sin observar nada raro en dicha vivienda.

Contrainterrogatorio de la Fiscalía: Le consta que Andrés Ferley Vargas vive en una finca porque bajaba a veces en una moto y le compraba lo del desayuno para hacerlo en la casa del papá (porque ahí queda el taller donde trabaja) y por la tarde volvía y se iba. La distancia que los separa es una cuadra aproximadamente. Se veía con Andrés Ferley cuando iba a comprar en su tienda algo que necesitaba.

1.3. Gabriel Vargas Jiménez (07:43)

Es comerciante, vive en la Calle 18 N° 10-16 de Garagoa. Es el padre de Andrés Ferley Vargas Vargas. Afirma que el 14 de mayo estuvo presente en el allanamiento a su casa. Estaba en su alcoba porque estaba cansado, la puerta de la casa estaba abierta y ellos entraron; cuando él salió de la

habitación ya estaban al interior de la casa. Con el interrogado estuvieron en todos los cuartos; preguntaban de quién era cada cuarto. Cuando llegaron al cuarto donde Andrés Ferley llegaba a descansar, le dijeron que se saliera a llamar al muchacho para que estuviera pendiente. Fue hasta el comedor donde estaba sentado Andrés, lo llamó para que asistiera en su cuarto, circunstancia que realizó. Cuando el testigo se devolvió el agente destapó un paquete sobre la cama. Habían enrollado unas cobijas y sobre ellas destapaban el paquete.

Cuando llegó la policía y una muchacha de la defensoría del pueblo (lo dice sin tener certeza de la institución a la que pertenece), Andrés estaba trabajando en el taller (queda dentro del mismo lote de la casa, al respaldo) y luego los reunieron a todos en el comedor (Bleidy Xiomara, sus dos nietos, Sofía del Pilar, su hijo Andrés y él). La habitación donde encontraron el estupefaciente queda en una puerta que da hacia la calle es la última habitación en la que solo hay una cama. Andrés vivía con su novia Sofía del Pilar en la vereda Resguardo Maciegal, en una finca de propiedad del interrogado.

La incautación del estupefaciente no se la hicieron a Andrés Ferley porque él estaba en el fondo de la casa en el comedor, donde estaban todos reunidos. Antes de encontrar la sustancia, dos agentes de la policía habían entrado al cuarto y se quedaron allí cuando le dijeron que se saliera a llamar a su hijo. Como él estuvo allí antes de ir a llamar a su hijo, no observó nada extraño ni había nada pues se encontraba frente a la cama de la habitación.

Es falso que su casa sea utilizada para el expendio de estupefacientes por parte de Andrés Ferley Vargas. No le consta nada sobre el transporte del estupefaciente en una moto o utilizando un perro pitbull. La defensora que estaba en el allanamiento se encontraba un poco distraída con sus nietos, pues son pequeños, por lo que no estuvo pendiente del allanamiento.

Se le pone de presente el álbum fotográfico del allanamiento incorporado, con el fin de que manifieste si corresponden a la realidad, indicando que recuerda las fotografías de la 3 a la 16 y de la 19 a la 24, pero no sabe si están en el orden en que las tomaron y no recuerda las fotografías 17 y 18. Dice que acompañó a los agentes de la SIJIN durante todo el allanamiento, menos en el último cuarto porque le solicitaron que se retirara de la habitación para llamar a su hijo que se encontraba en el comedor al fondo de la casa. Antes de eso estaba dentro del cuarto y lo observó, pidiéndole que se saliera.

Contrainterrogatorio de la Fiscalía: el cuarto donde se encontró la sustancia lo ocupaba su hijo en anterioridad, pero para el día del allanamiento lo tenía desocupado y adaptado para visitas. Los miembros de la SIJIN le preguntaron si su hijo vivía allí, diciendo que esa habitación era en la que él llegaba a descansar porque él trabaja en el taller que queda en su casa. Dice que la personera estaba distraída porque desde que llegó comenzó a jugar con los bebés y estuvo pendiente de ellos jugando. Al cuarto ingresó después de que los agentes detectaron algo, porque lo llamaron y le preguntaron de quién era eso. En el momento en que llegaron los de la SIJIN a su casa, su hijo estaba en el taller trabajando, estaba pintando unas piezas de una moto, un tanque y otras pastas. Nunca ha visto a su hijo en cosas extrañas y cuando no hay mayor trabajo en el taller, él viaja con su hijo para hacer sus negocios que tiene como comerciante de papa.

Análisis Probatorio.

Los motivos de inconformidad del apelante están referidos a la inadecuada valoración de los medios de convicción allegados al juicio oral que determinaron al juez de primera instancia a absolver al procesado cuando, en su opinión, ha debido ser condenado por los cargos imputados.

Por ello la Sala valorará la prueba allegada al juicio en su conjunto, a la luz de las reglas de la sana crítica, señalando los hechos demostrados de la siguiente manera:

1. Se encuentra plenamente demostrado, y no se discute, el hallazgo de unas sustancias en una de las habitaciones de la casa allanada y registrada. Lo anterior se evidencia con el acta de registro de allanamiento, el álbum fotográfico y los testimonios de los investigadores que hicieron parte en dicha diligencia. Además, la Prueba de Identificación Preliminar Homologada arroja como resultado positivo para cocaína y/o sus derivados (perico y bazuco).

También con el dictamen pericial de estupefacientes realizado en el laboratorio de medicina legal en Bogotá se identificó plenamente la sustancia encontrada, determinando que solamente la de color habano correspondía a cocaína y la sustancia de color blanco a levamisol y fenacetina, que según lo dicho por el investigador Iván Fernando Gutiérrez Rátiva, testigo de la fiscalía, no son sustancias controladas, es decir, no corresponden a estupefacientes.

2. La habitación en la que se encontró la sustancia estaba destinada para los huéspedes. En las fotografías 17 y 18 del álbum fotográfico se verifica que en la habitación donde se encontraron las sustancias solamente se encontraba una cama, sin ninguna clase de objetos personales, por lo que la Sala deduce que dicha habitación, como lo dicen los testigos de la defensa, tenía esa destinación. Además, debido a que Andrés Ferley trabajaba en el taller de su padre (como lo testificó él mismo, su padre Gabriel Vargas, su cuñada Bleidy Xiomara Rodríguez Sánchez, la señora Flor Omaira Vargas Cárdenas, su amigo Jorge Arturo Vargas Villegas y el señor William Hernando García Martín), descansaba en ese lugar esporádicamente, pero la fiscalía no demostró que en dicha habitación residiera o habitara Andrés Ferley de manera constante o permanente.

Si bien en el documento de individualización e identificación del procesado, junto con el arraigo, se dice que la información allí contenida fue corroborada por Gabriel Vargas, padre de Andrés Ferley, en el testimonio rendido por aquel manifiesta que no es verdad lo allí consignado, pues su hijo para ese momento no vivía en la casa sino en una finca llamada El Triángulo. En ese mismo sentido testificaron también su cuñada Bleidy Xiomara Rodríguez Sánchez, Flor Omaira Vargas Cárdenas, su amigo Jorge Arturo Vargas Villegas y William Hernando García Martín, los dos últimos testigos de la fiscalía.

3. La sustancia no se encontró en poder del procesado. La Fiscalía no demostró que Andrés Ferley Vargas Vargas portara el estupefaciente, pues como se dijo precedentemente, se encontró en una habitación de huéspedes, en la que ocasionalmente descansaba el procesado, pero no se logró aclarar cómo llegó dicha sustancia allí ni quién era su propietario.

Por ello y contrario a lo afirmado por la fiscalía, encontrar la sustancia no implica *per sé* que Andrés Ferley la comercializara o expendiera, porque como se ha venido diciendo, ese descubrimiento solamente evidencia que en dicha habitación se encontraron sustancias estupefacientes.

Por consiguiente, tampoco demostró la fiscalía el *modus operandi* que supuestamente seguía Andrés Ferley, encontrando así más grietas en la teoría del caso presentada por el ente acusador y la falta de concordancia entre lo descubierto en el juicio oral y la acusación formulada. Recuérdese que una cosa es traficar y otra portar o llevar consigo, aspecto que indica que la Fiscalía no probó los hechos imputados al procesado, de los que se predica congruencia con la acusación y la sentencia.

Como bien lo dijo la fiscalía en su escrito de apelación, en el sistema penal acusatorio impera la libertad probatoria, principio que no se ha vulnerado en el presente caso, pues la fiscalía incorporó en el juicio todos los elementos de prueba decretados en la audiencia preparatoria, que valoró

en conjunto el juez de primera instancia, cometido que también cumple la Sala.

En consecuencia se encuentra que la teoría del caso de la fiscalía no soporta las críticas efectuadas por la defensa a lo largo del juicio oral, que de contera generan duda insuperable sobre la responsabilidad de Andrés Ferley Vargas Vargas en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (teniendo como verbo rector el de vender), circunstancia que como se sabe beneficia al procesado, como se dirá a continuación.

Además el procesado no se encontraba en la habitación en ese momento como se acredita con los testimonios de la defensa, que contrarían flagrantemente lo dicho por la fiscalía con soporte en las diligencias captadas en desarrollo de la diligencia de allanamiento y registro, por lo que a este respecto emerge también duda de la demostración de la conducta endilgada en cabeza del hoy procesado.

Esto es lo que en sentir de la Sala se probó en el proceso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

A la luz del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para dictar sentencia condenatoria se requiere *“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.*

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”

En igual sentido, el artículo 7 de la misma Ley señala que: *“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.*

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”

Es necesario precisar inicialmente que en la formulación de imputación efectuada a Andrés Ferley Vargas³¹ se le atribuyó el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de **almacenar** y **conservar** sustancias prohibidas "en situación de flagrancia" (sic)³².

Ya en el escrito de acusación se dice que el fundamento de la solicitud de registro y allanamiento al inmueble del indiciado Vargas Vargas se debió al "modus operandi para **expender** las sustancias estupefacientes"; que se obtuvo información de fuente humana "consistente en el **expedio** de sustancias estupefacientes bazuco y perico"; después de describir la casa y agrega que la "vivienda (sic) que es utilizado (sic) como **centro de distribución** de estupefacientes como bazuco y perico" y agregó que dicha sustancia es "**distribuida** por el señor Andres Ferley Vargas" quien (...) "desde esta vivienda **expende** las sustancias estupefacientes así: las personas consumidoras de estupefacientes lo contactan vía telefónica y también **ban** (sic) personalmente a esta casa, donde por medio de silbidos los consumidores lo contactan y este saca la sustancia y se las entrega frente a la residencia, también la entrega a domicilio utilizando como medio de transporte una motocicleta marca Kawasaki" (...) "otras veces la transporta en un perro de la raza pisbul (sic), al cual le coloca un chaleco y en éste la camufla". (...) "Este lo **vende** empacado en bolsas pequeñas de sello hermético, a las cuales les dicen papeletas, la papeleta de bazuco

³¹ Audio 3 min36:00)

³² Minuto 49:00.

*tiene un valor de \$10.000 pesos (sic) y la de perico la vende a \$15.000 pesos, estas sustancias las **comercializa** en el día y la noche, pero más que todo lo hace en horas de la noche, cuando por la calle donde éste vive ya no transita gente".* Estos supuestos facticos fueron reiterados íntegramente en la audiencia de acusación.

Si bien es cierto el artículo 376 del Código Penal describe la conducta de manera alternativa, acudiendo a doce verbos rectores con la pretensión de abarcar o comprender todas las modalidades comportamentales empleadas para realizar el tráfico de estupefacientes, como **introducir** al país así sea de tránsito, **sacar** de él, **transportar**, **llevar consigo**, **almacenar**, **conservar**, **elaborar**, **vender**, **ofrecer**, **adquirir**, **financiar** o **suministrar** a cualquier título sustancia estupefaciente, psicotrópicas o drogas sintéticas, no lo es menos que cada una de esas acciones obedece a comportamientos que óntica y fácticamente son perfectamente diferenciables.

Por **conservar** se entiende simplemente guardar en pequeñas cantidades en un recinto cerrado para que la sustancia no se altere, deteriore o pierda, en tanto que el verbo **almacenar** sugiere que el comportamiento se realice en un gran recinto cerrado como bodegas y en cantidades más o menos considerables.

De otro lado los verbos rectores "**vender**", "**ofrecer**", "**adquirir**" o "**suministrar**", pertenecen a un solo ámbito comportamental en la medida en que son acciones comprensivas de la acepción **comercializar**, pues cuando alguien **vende** o **suministra** otro **adquiere**, relación precedida por un **ofrecimiento** de una persona que **comercializa** la sustancia y que por esa vía pretende obtener lucro. No obstante la aparente inocuidad de la repetición por las razones antes expuestas, el legislador creyó conveniente describir una serie de modalidades que sin ser excluyentes pueden sin embargo presentarse aisladas o incluso adquirir proyecciones distintas.

Eso significa que en la imputación la fiscalía refirió a los verbos almacenar y conservar en tanto que en la acusación atribuyó la comercialización de las sustancias aludiendo a las acciones de expender, distribuir y vender, en franca incongruencia fáctica. Ahondando ese irregular comportamiento procesal, la Fiscalía en los alegatos conclusivos del juicio oral mencionó por último que Andrés Ferley Vargas Vargas portaba sustancias alucinógenas, comportamiento al que no se refirió ni en la imputación ni en la acusación, sorprendiéndolo con una nueva modalidad conductual no atribuida de la que, desde luego, nunca tuvo oportunidad de defenderse. Recuérdese que **portar** refiere la idea de **llevar consigo** un objeto en las prendas que se visten o adherido al cuerpo, o en valijas de mano o a su alcance cuando la persona se desplaza en medios de transporte, siempre en pequeñas cantidades.

La Sala considera necesario precisar el contenido y el alcance del principio de congruencia, que sirvió de soporte al juez de primera instancia para dictar sentencia de carácter absolutorio, pues la fiscalía no demostró los verbos rectores (distribuir, vender, expender o comercializar) a los que adujo en el escrito de acusación, como bien lo analizó el juez a quo.

El artículo 448 del Código de Procedimiento Penal señala que *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”* y en el escrito de acusación no se mencionó que el procesado almacenara o conservara estupefacientes, sino que se dijo que el procesado expendía, distribuía, vendía y comercializaba dichas sustancias, verbos que adujo para sustentar la teoría del caso de la fiscalía al inicio del juicio oral ni tampoco que portara o que llevara consigo la sustancia como lo sostuvo en sus alegatos conclusivos.

Recuérdese que la congruencia en nuestro actual sistema procesal es fáctica y jurídica, en razón a que los inmodificables comportamientos atribuidos deben corresponder a un tipo penal circunstanciado.

Por eso al realizar la inferencia razonable en la imputación³³ soportada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, el legislador exige al fiscal efectuar una "*relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible*"³⁴ y en el escrito de acusación sobre la existencia de la conducta delictiva y de autoría o participación con probabilidad de verdad³⁵, se le ordena al fiscal cumplir también con esa exigencia³⁶.

En conclusión los hechos imputados deben corresponder perfectamente con los acusados, con aquellos por los que se pide condena y por los que se dicta la correspondiente sentencia.

Tanto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional se han pronunciado respecto del principio de congruencia³⁷, que desde ya se observa flagrantemente vulnerado por el ente acusador. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de abril de 2007, radicación 26309, dijo:

“Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y

³³ Art. 287 del C.P.P.

³⁴ Art. 288 del C.P.P.

³⁵ Art. 336 del C.P.P.

³⁶ Art 337 No. 2 del C.P.P.

³⁷ “...el principio de congruencia constituye una garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión SP, del 25 de mayo de 2015, radicado 44287.

de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación.

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; ...”

En sentencia de 27 de julio de 2007, radicación 26488 se manifestó:

*“Ahora, en cuanto a la posibilidad de **variar la calificación jurídica** bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004 la Corte en caso de que en desarrollo del juicio oral y una vez surtido el debate probatorio la Fiscalía advierta otra visión de los hechos y la figura típica que de ellos se derive, o bien la presencia de circunstancias agravantes o de mayor punibilidad, indicó que: “Dado que el juicio oral representa la oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación, entiende la Sala que la propia dinámica que es inherente al trámite acusatorio, rechazaría una variación de la calificación en desarrollo de la intervención en el juicio oral por parte de la Fiscalía con desmedro para el imputado, toda vez que ello implicaría en principio una indebida restricción defensiva, como que ya efectuado el descubrimiento de los elementos probatorios por el Fiscal y la defensa, así como enunciadas la totalidad de pruebas que se van a hacer valer, por ministerio de la ley, el juez solamente ha de decretar la práctica de aquellas que se refieran a ‘los hechos de la acusación’, en forma tal que cualquier variación de los cargos que implique la presencia de una agravante no imputada o un nuevo delito, sorprendería a la defensa haciendo inoperante el ejercicio real del contradictorio que encuentra*

su mayor aptitud de confrontación a través de las pruebas, lo cual, desde luego, no tendría ya cabida en el juicio, máxime si se toma en cuenta que el deber de la Fiscalía cuando es su turno para alegar es exponer los argumentos relacionados con el análisis de las pruebas, tipificando en forma circunstanciada ‘la conducta por la cual ha presentado la acusación’”.

(...)

“La Corte ha tenido oportunidad de señalar, inclusive, que no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídico tutelado y de la sanción punitiva, como quiera que los argumentos defensivos se encaminan a desvirtuar los presupuestos que la descripción típica del delito imputado contiene, una variación en torno de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa...”

Siguiendo el mismo concepto, en sentencia C-065 de 2010, la Corte Constitucional mencionó:

“En teoría general del proceso, el principio de congruencia configura una regla que condiciona la competencia de las autoridades judiciales, en el sentido de que sólo pueden resolver sobre lo solicitado y probado por las partes. De tal suerte que el juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita) ni más de lo pedido (ultra petita). De allí la necesidad de fijar con precisión, desde el comienzo, el objeto del litigio.

Ahora bien, en materia procesal penal, el principio de congruencia adquiere una mayor relevancia debido a su íntima conexión con el ejercicio del derecho de defensa. De tal suerte que no se trata de una simple directriz, llamada a dotar de una mayor racionalidad y coherencia al trámite procesal en sus diversas etapas, sino de una garantía judicial esencial para el procesado.

(...)

Pues bien, como lo reconoce la doctrina especializada, la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, configura un derivado de la vinculación judicial al objeto del proceso, “y en tal sentido, coherente primordialmente con el principio acusatorio”³⁸. A decir verdad, el principio de congruencia, que rige la relación existente entre la acusación y la sentencia, configura un elemento central de un sistema penal acusatorio, caracterizado por (i) la separación entre el órgano que investiga y acusa con aquel que falla; (ii) el derecho que tiene el procesado a conocer la acusación formulada; y (iii) una comprensión estricta de la prohibición de la reformatio in pejus.”

Con sustento en lo anterior y ocupándonos del caso, se concluye que la fiscalía no logró demostrar con el material probatorio allegado al juicio y ya analizado, que Andrés Ferley Vargas Vargas se dedicara a comercializar estupefacientes, pues solamente se probó el hallazgo de una sustancia alucinógena en la habitación destinada para huéspedes en las que esporádicamente descansaba el procesado, cuando se practicó la diligencia de allanamiento y registro en la residencia donde trabajaba en un taller de latonería y pintura el joven procesado junto con su padre.

Contrario a lo dicho por el ente acusador en su escrito impugnatorio, no se demostró en absoluto la conducta endilgada ni el modus operandi de Andrés Ferley respecto de la comercialización del estupefaciente, pues

³⁸ T. Armenta Deu, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 2003, p. 72.

solo se cuenta con el dicho de una fuente no revelada, que sirvió de soporte para emitir la orden de registro y allanamiento, pero como bien lo dice el juez a quo y la C.S.J., del dicho de una fuente anónima no se puede derivar un juicio de responsabilidad penal contra el acusado.

La Corte Suprema de Justicia respecto de la única forma en la que la teoría del caso de la fiscalía puede salir avante, ha dicho lo siguiente³⁹:

“Es decir, que de todas las posibilidades de enfrentamiento entre las teorías de las partes, sólo en una de ellas podrá salir avante la del organismo acusador. Veamos:

2.4.1. La Fiscalía tiene el deber ineludible de demostrar la realización de la conducta punible, así como la participación y la responsabilidad del procesado. En otras palabras, su obligación consiste en presentar una teoría del caso idónea para tal fin, de la cual no sea posible advertir o descubrir algún tipo de error fáctico o jurídico inmanente. Si esto último ocurre, la actividad del defensor puede reducirse a criticar las proposiciones de hecho y de derecho que integran la hipótesis acusatoria, así como las aserciones de prueba de las cuales surgió, como se indicó en precedencia (cf. 2.3.4).

2.4.2. Aun en la eventualidad de sostener una teoría de acusación sólida, coherente, que ofrezca una explicación de lo sucedido y carezca de contradicciones, si la defensa hace otro tanto (esto es, si expone una teoría exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la Fiscalía, al igual que la de los demás sujetos que intervienen en la actuación y, en todo caso, la del juez), debe aplicarse el in dubio pro reo. Es decir, el funcionario no podría llenar los vacíos de ninguna, ni mucho menos decidir cuál de las dos hipótesis considera más ajustada a la realidad de los hechos, pues dada su coexistencia (o, mejor dicho, la refutación externa, no interna, de cada una de las teorías) el conocimiento lógico-

³⁹ Sentencia de 26 de Octubre de 2011, Rad. 36357, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

objetivo de la imputación siempre estará impregnado por una “duda razonable”.

2.4.3. Si tanto la teoría del organismo acusador como la de la defensa en realidad no resuelven el problema (bien sea porque no demostraron lo prometido, o porque las proposiciones empíricas y jurídicas de ambas partes fueron insuficientes, irrelevantes, equívocas, falaces, etc.), también opera la presunción de inocencia.

2.4.4. Con mayor razón, cuando la crítica halla en la tesis acusatoria errores que la desacreditan, pero en la teoría absolutoria de la defensa no, la garantía debe aplicarse. Es más, en una situación así, no cabe hablar de duda, sino de la inocencia del procesado.

2.4.5. Por último, sólo cuando la teoría de la parte fiscal sobrevive el enfoque crítico, mientras que la del defensor es derrotada, sería viable hablar de conocimiento o convencimiento para condenar.

En síntesis, la carga de la defensa gira alrededor de demostrar un error (interno o externo) en la teoría de la acusación, del cual pueda derivarse al menos una duda razonable. Pero la obligación procesal de la Fiscalía es de mayor envergadura, pues, por un lado, debe sustentar la imputación (es decir, construir un caso que resista a la crítica inmanente de la defensa), y, por el otro, tiene que refutar, mediante proposiciones fácticas o jurídicas apoyadas en las pruebas del juicio, las propuestas de solución esgrimidas por la contraparte.”

En el presente caso la incongruente teoría del caso de la fiscalía no se probó, por lo que se impone confirmar la sentencia absolutoria emitida a favor del procesado Andrés Ferley Vargas Vargas por el señor juez de primera instancia.

En virtud del principio de protección que predica que no puede invocar la nulidad y desde luego tampoco se puede decretar, en favor del sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta la ejecución del acto irregular, se opta por absolver al procesado de los cargos por los que se le acusó.

Andrés Ferley Vargas Vargas no puede ser sometido a un eventual nuevo juicio, en virtud de las plurales irregularidades procesales, únicamente achacables a la Fiscalía, que solo ese sujeto debe soportar. Ello implicaría retrotraer la actuación a etapas procesales superadas, readecuando la conducta en desmedro de los intereses del procesado, en razón a las graves fallas en que con exclusividad incurrió el ente acusador. Además porque finalmente la fiscalía no probó los hechos en que fundó su acusación y debe soportar las cargas propias de su incuria o incapacidad, aspectos que se afirman con respeto.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de decisión penal, administrando Justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación.

Quedan las partes notificadas en estrados.

EDGAR KURMEN GÓMEZ

Magistrado

LUZ ÁNGELA MONCADA SUÁREZ

Magistrada

JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDÓÑEZ

Magistrado

PEDRO PABLO VELANDIA RAMÍREZ

Secretario