

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dieciocho (18) de febrero de dos mil veinticinco (2025).

Radicado: 050016000000201700558
Procesado: Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga
Delito: Concierto para delinquir agravado y doble secuestro extorsivo agravado
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 2 Aprobada por acta No. 17 de la fecha.
Decisión: Confirma y revoca

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** y su defensa técnica, en contra de la sentencia del 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, que lo declaró penalmente responsable de los punibles de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con doble secuestro extorsivo agravado.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

De conformidad con información recaudada en el SPOA matriz 050016000715201600415 se advirtió la existencia de una organización delincuenciales denominada “Los Joaquinillos” que tiene inferencia en el barrio Belén Rincón, en la vereda El Manzanillo, la loma de El Ñeque, La Hondonada o Joaquinillos, loma de Los Bernal, La Virginia, la cancha sintética, El Naranjal y Barrio de Jesús de la Ciudad de Medellín, que se dedica a la comisión de diferentes delitos como lo son el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, homicidios, secuestros bajo la modalidad *express*, extorsiones, desplazamiento forzado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y, de la cual el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** alias “Joa” es el cabecilla principal.

De igual manera, en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de su delegado, se le endilgaron dos eventos de secuestro extorsivo:

Primero, el 27 de noviembre de 2016 retuvo en un inmueble ubicado en el sector de injerencia de “Los Joaquinillos o Juacos” al señor Juan David Taborda Arroyave, y, luego de amenazarlo de muerte, atarlo de pies y manos, lo despojó del vehículo de placas IDB096. Finalmente, con el fin de preservar su vida y la de su familia, lo conminó para que el 28 de noviembre de 2016 le entregara la suma de 7 millones de pesos, y, 8 millones de pesos más el 10 de enero de 2017.

Segundo, el 24 de enero de 2017 inmovilizó en un inmueble abandonado ubicado en el sector de injerencia de “Los Joaquinillos” al señor David Alejandro Olivares Rojas, a quien le exigió la suma de 30 millones para no matarlo; no obstante, luego

de sostener conversaciones acordaron el pago de 5 millones de pesos.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 2 de marzo de 2017 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Antioquia, al interior del SPOA matriz 050016000715201600415 se legalizó la captura de **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** junto a otros ciudadanos, formulándosele imputación por los delitos de concierto para delinquir agravado en calidad de cabecilla – art. 340 inciso 2 y del C.P- en concurso heterogéneo como coautor de doble secuestro extorsivo agravado – art. 169, 170 num. 6 y 8 del C.P.- cargos que no fueron aceptados por este.

Finalmente, en la misma fecha, se le impuso a **Zuluaga Zuluaga** medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 30 de junio de 2017 en el proceso con CUI 050016000000201700558 derivado del SPOA matriz referido, la Fiscalía presentó escrito de acusación, correspondiendo el conocimiento por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín el cual presidió la formulación oral de la acusación el 31 de agosto del mismo año.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 28 de noviembre de 2017.

El juicio oral se inició el 12 de febrero de 2018, extendiéndose en 13 sesiones más: el 13, 14, 16 de ese mismo mes, el 14 de marzo, 24, 25 y 27 de julio, 26 y 27 de septiembre, 31 de octubre, 1 de noviembre de 2018, 25 de julio y 27 de septiembre de 2019, así

como, el 27 de enero y 4 de febrero de 2020 fechas en la cuales se realizaron las alegaciones conclusivas y se emitió sentido de fallo condenatorio.

La audiencia de proferimiento de sentencia se realizó el 10 de noviembre de 2022, por medio de la cual se condenó a **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** por los punibles de concierto para delinquir agravado en calidad de cabecilla de la organización delincuencia “Los Joaquinillos” en concurso con doble secuestro extorsivo agravado.

Esta decisión fue censurada por el señor **Zuluaga Zuluaga** y su defensa técnica.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de primera instancia consideró que quedó acreditada la existencia del grupo delincuencia “Los Joacos” o “Los Joaquinillos”, así como los sectores o zonas de intervención del barrio Belén Rincón.

Expuso la *a quo* que con las pruebas recaudadas quedó acreditado, más allá de toda duda razonable que, el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** es el cabecilla de dicho grupo delincuencia y era quien lideraba los diferentes delitos, como homicidios, extorsiones, desplazamientos entre otros.

Alude que los señalamientos de los testigos son objetivos, no se halla en ellos interés en mentir, son verosímiles y coherentes y coinciden en que el señor **Gustavo Joany** alias “Joa” es el cabecilla de la organización criminal, además de que dieron cuenta de las actividades desplegadas por aquel y otros bajo su mando.

Acotó que contrario a lo indicado por la defensa técnica del señor **Zuluaga Zuluaga**, la información que proporcionaron los testigos en punto a la pertenencia del aquel al grupo delincuencia y en específico a su rol de cabecilla no puede ser catalogada como de oídas, pues cada uno de ellos tuvo la oportunidad de verlo por (i) señalamientos de otros integrantes que se referían a él como “el cucho”, “el patrón” o “el apá”, (ii) los citó “a la oficina” a hacerles diferentes reclamaciones, o (iii) conocían de la amistad y los nexos que existía entre él como alias “El Joa” y el líder de otra banda delincuencia del sector de la capilla de Belén Rincón.

Por otro lado, en cuanto a los ilícitos de secuestros extorsivos agravados de los que fueron víctimas David Alejandro Olivares Rojas – el 24 de enero de 2017- y Juan David Taborda Arroyave -el 27 de noviembre de 2016-, la instancia consideró que los mismos quedaron debidamente acreditados, pues si bien aquellos no rindieron su declaración en la vista pública, sino que la entrevista así como el reconocimiento fotográfico que brindaron en etapa de indagación fueron ingresadas como prueba de referencia, lo cierto es que existe prueba de corroboración periférica que permite establecer la responsabilidad de **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** en los mismos.

Sobre ese punto adujo que en la declaración suministrada por la señora Gloria Inés Restrepo quedó acreditado que el señor David Olivares fue secuestrado por alias “El Joa” y la organización delincuencia “Los Joaquinillos”, al parecer por un desacuerdo con un lote de terreno. Información que es coherente con lo narrado por aquel durante la diligencia de reconocimiento fotográfico.

Aunado a lo anterior, adujo la funcionaria de primer nivel que, las circunstancias fácticas que rodearon los secuestros extorsivos de los señores David Alejandro Olivares Rojas y Juan David Taborda, están más que acreditadas porque (i) se demostró

la existencia de organización delincuenciales “Los Joaquinillos” en el sector de Belén Rincón de esta ciudad, (ii) guardan relación con el *modus operandi* – en casos similares- de los miembros de la organización delincuenciales, y, en ambos casos (iii) el procesado los constriñó para que le cancelaran una suma dineraria so pena de atentar contra su vida o la de sus familias.

En consecuencia, resolvió el juzgado de primer nivel condenar a **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** por las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y doble secuestro extorsivo agravado, imponiéndole una pena privativa de la libertad en definitiva de 546 meses de prisión y multa de 26.865 salarios mínimos mensuales vigentes para el año 2022.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

5.1 ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN DE LA DEFENSA DEL SEÑOR GUSTAVO JOANY ZULUAGA ZULUAGA

En punto al delito de concierto para delinquir agravado, considera la defensa que, en primer lugar, existe un problema de congruencia entre los hechos jurídicamente relevantes esbozados en la formulación de acusación y los que sirvieron de sustento para emitir la sentencia condenatoria, pues en el primer escenario procesal se informó de la existencia de un grupo delincuenciales denominado “Los Joaquinillos” que se originó desde el año 2016, no obstante, la funcionaria de primer grado valoró circunstancias que ocurrieron antes de ese año.

En segundo lugar, expone el defensor que si bien no cuestionó la existencia del grupo delincuenciales “Los Juaquinillos”, la funcionaria de primer grado estaba en la obligación de analizar si el Ente Acusador probó la materialidad de la denominación, existencia, integrantes y lugares de injerencia, pues de lo contrario sería dar por probado un hecho “notorio” que no tiene

tal connotación, máxime cuando las declaraciones vertidas en juicio permiten establecer la existencia de otros grupos delincuenciales que operan en el barrio Belén Rincón, como: “La Sintética”, “La Capilla”, “El Manzanillo” y “Barrio Bolsa”.

En tercer lugar, cuestiona la responsabilidad de **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga**, al estimar que ninguno de los deponentes lo percibió directamente identificándolo como alias “Joa”, tampoco dando órdenes o dirigiendo al grupo delincencial “Los Joaquinillos” sino que se limitaron a replicar información suministrada por terceros o porque lo vieron en los panfletos de los más buscados de la Policía Nacional.

Así mismo, acota que las declaraciones de Luz Andrea Restrepo Villa, José Mauricio Peña Loaiza, Angie Paola Villa Patiño y Johan Sebastián Monsalve Villa como familiares del cabecilla del grupo delincencial “La Mulas” que delinquía en el sector de Belén Rincón y que presuntamente estaba en guerra con el grupo de “Los Joaquinillos”, deben ser valorados en su veracidad bajo un tamiz superior.

Insiste el profesional del derecho que los vacíos acerca de la existencia de la banda delincencial “Los Joaquinillos”, la forma de operación y la actividad de un cabecilla fueron suplidos por el conocimiento previo de la *a quo*, así como por máximas de la experiencia y lógica que no cumplen los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia en radicado 36692 del 29 de octubre de 2011.

En ese orden de ideas, insiste que era necesario que la Fiscalía General de la Nación probara más allá de toda duda razonable la existencia razonable la estructura, conformación, roles y actividades ilícitas de “Los Joaquinillos”, así como la responsabilidad de su defendido como supuesto cabecilla.

Por otra parte, en punto a los delitos de secuestros extorsivos agravados en los que figuran como víctimas los señores David Alejandro Olivares Rojas y Juan David Taborda Arroyave advirtió el togado que la funcionaria de primer grado emitió condena basándose únicamente en las declaraciones anteriores que rindieron las víctimas en etapa de indagación, esto es, en prueba de referencia – artículo 381 C.P.P-, frente a la cual no demostró la concurrencia de alguno de los supuestos regulados en el canon 438 de la Ley 906 de 2004, ello, teniendo en cuenta, que no fue imposible su ubicación, sino que decidieron no comparecer a la vista pública.

Además, insiste que desde el momento en que rindieron las entrevistas aquellos manifestaron que no estaban dispuestos a comparecer al juicio oral, circunstancia que debió prever el delegado fiscal a efectos de obtener pruebas de corroboración frente a la ocurrencia de dichos sucesos, pues no basta para ello - como lo hizo la primera instancia-, con presumir su consumación, por la existencia de un grupo delincuenciales o del conocimiento personal sobre la manera de operación de estos.

Específicamente señala que, de dichos delitos, el único que encontró algo de respaldo con la declaración de la señora Gloria Inés Restrepo, fue el presuntamente sufrido David Olivares, no obstante, itera que el mismo debe reputarse como de oídas, ya que se limita a repetir lo que le comentó aquel sobre la privación de la libertad, sin indicar fecha, lugar, hora, las personas que participaron en el mismo o si exigieron algún tipo de emolumento a cambio de la liberación. Insiste que debe tenerse como “información de referencia de la prueba de referencia”, más no como directa o de corroboración.

A su vez expone que el testimonio de Julián López Medina, como prueba sobreviniente, y quien está siendo investigado por los mismos hechos de secuestro, agravió la técnica jurídica, pues la

juez no le puso de presente la posibilidad de guardar silencio – art. 33 Constitución Nacional-, reprimió las objeciones efectuadas por la defensa y permitió el ingreso de un testimonio adjunto por parte del fiscal cuando ya había culminado la etapa probatoria, esto es, de manera extemporánea respecto a la preclusividad de los actos procesales.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la defensa del procesado solicitó de esta Corporación revocar la sentencia de primera instancia al no haberse superado el estándar de conocimiento para condenar y en consecuencia emitir fallo absolutorio a favor de su prohijado.

5.2 ARGUMENTOS DE APELACIÓN DEL PROCESADO

Señala que las manifestaciones de los señores David Alejandro Olivares Rojas y Juan David Taborda Arroyave, supuestas víctimas de los delitos de secuestros extorsivos agravados, ingresaron como prueba de referencia a través del investigador del GAULA Juan Manuel Guzmán Mendoza, circunstancia que impidió ejercer de manera adecuada los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, y, que además impide emitir sentencia condenatoria por esos supuestos, ello, según lo previsto en el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Adujo que la única prueba que eventualmente serviría para corroborar dichos delitos, consiste en un testimonio adjunto o interrogatorio al indiciado¹ que no ofrece las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, y, que no pudo ser objeto de contradicción, lo que implica que no puede tener mayor peso suasorio.

¹ He dicho escrito no identificó al interrogado

Por lo expuesto estima que el Ente Persecutor no alcanzó a desvirtuar su presunción de inocencia por los delitos de secuestros extorsivos agravados que le están siendo enrostrados.

6. ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES:

A pesar de que se les corrió traslado de ambos recursos, no emitieron pronunciamiento alguno.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por el procesado y su defensa técnica en contra de la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín (Ant.) en razón de lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Problema jurídico

De cara a las apelaciones presentadas por el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** y su defensor, el problema jurídico a resolver es de índole netamente fáctico y se circunscribe a determinar:

¿Si la prueba testimonial y documental practicada en el juicio oral fue suficiente en calidad y cantidad para demostrar más allá de cualquier duda razonable que el procesado (i) hizo parte, en calidad de dirigente, de la organización criminal “Los Joaquinillos” dedicada a la comisión de diferentes delitos en

varios sectores del barrio Belén Rincón, y, (ii) participó de manera directa en los delitos de secuestros extorsivos agravados de los que fueron víctimas David Alejandro Olivares Rojas y Juan David Taborda Arroyave?

Para una mejor estructura lógica de la decisión, en primer lugar, se efectuará un breve exordio sobre el delito de concierto para delinquir en el ordenamiento jurídico nacional y la valoración probatoria, para luego descender al caso concreto en punto a ese reato. En segundo lugar, en lo atinente a los delitos de secuestro extorsivo se abordará la prueba de referencia y su valor suasorio en el sistema procesal penal colombiano.

7.2.1. El delito de concierto para delinquir en el ordenamiento jurídico colombiano

El Legislador previó en el artículo 340 del C.P. el delito de concierto para delinquir; el cual encuentra descrito de la siguiente manera:

Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o

hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se tratare de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Visto el texto de la norma, se ofrece oportuno destacar que este ilícito se define como el convenio o pacto celebrado por dos o más personas con la finalidad de cometer delitos indeterminados, acuerdo con vocación de permanencia en el tiempo por parte de los miembros de la empresa, la cual debe tener una mínima organización y estructura, e independiente de que se cumpla el objetivo. Por último, se requiere que la ejecución de las actividades propuestas permita inferir que se pone en riesgo la seguridad pública.

En palabras de la H. Corte Constitucional:

Se puede concluir que el concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo

lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sea en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, ponga en peligro o alteren la seguridad pública².

Concepto que muy bien se ajusta con la línea que al respecto ha elaborado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³ que exige, para que se estructure dicho punible, la acreditación o prueba del acuerdo entre los miembros de la organización para la comisión de delitos indeterminados (lo cual no requerirá un medio de prueba en particular, en tanto es suficiente demostrar, que la organización existe), que se dedica a la comisión de delitos indeterminados en el tiempo y que los procesados hacen parte de ella y un mínimo de organización o estructura organizativa; además, no es necesario probar la consumación de los delitos para los cuales se concertaron, en tanto, el tipo penal de concierto para delinquir es autónomo y busca la protección de la seguridad pública, siendo, por tanto, un delito de mera conducta.

En ese mismo sentido, debe efectuarse una clara diferenciación entre 2 circunstancias, a saber: una cosa es pertenecer a una organización criminal destinada a la perpetración de reatos, y otra es cometer los delitos por los cuales se dio el consenso de voluntades en sí mismo. En el segundo de los casos, perfectamente podría endilgarse un concurso de conductas punibles entre el concierto para delinquir y el otro delito desplegado de propia mano por el sujeto agente.

² Sentencia C- 241 de 1997, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

³ Casación del 29 de septiembre de 2013 , radicación 40.545.

De otra parte, de ese mismo texto normativo del artículo 340 se puede colegir las diferentes maneras que adoptó el legislador para reprender el acto de concertarse para la comisión de distintos punibles.

En el primer inciso, deviene diáfano que la punición se encamina a castigar la realización de un acuerdo de voluntades para la comisión de delitos en forma genérica e indeterminada; es decir, se sanciona el solo hecho de concertarse y pertenecer al grupo delincuencia, porque ello pone en peligro el bien jurídico supraindividual de la seguridad pública.

Contrario ocurre en el inciso segundo, en el cual el legislador castiga de modo más severo cuando el contubernio criminal va encaminado a la comisión de una serie de delitos específicos ahí enlistados, los cuales vienen a representar un mayor impacto social. Este es un agravante que opera de modo objetivo, pues para su imputación solo es necesario demostrar que el fin de la confabulación era la comisión de los reatos contenidos en ese aparte del texto normativo.

El agravante contemplado en el inciso tercero del referido artículo, va dirigido a cierto tipo de personas que tienen especial significado en la conformación y/o dinámica del grupo delincuencia. En ese aparte del texto normativo, se pueden identificar dos grupos: *(i)* Los que sin participar directamente en las actividades criminales concertadas, fomentan, promueven o financian a la banda, y *(ii)* los que, además de participantes materiales en la organización, tienen una posición predominante dentro de la misma, como quiera que son quienes la organizaron, constituyeron o la dirigen o encabezan, es decir que tienen una clara posición de mando respecto del resto de sus miembros.

Visto esto desde la perspectiva de la culpabilidad, tiene toda la razón la agravante, porque obviamente merece un mayor reproche social quien fomenta, de cualquier manera, una organización criminal, o la lidera a un simple miembro base de la misma.⁴

En ese mismo inciso, se contempla la agravación punitiva de los servidores estatales que pertenezcan a la organización delictiva y pongan a su servicio la función pública.

El ultimo inciso del canon 340 del C.P., agrava la situación cuando la conformación de la empresa criminal tenga como fines la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados.

Ahora bien, con base en el anterior análisis del precitado artículo, se pueden establecer las siguientes subreglas:

1. En el inciso primero del 340 se castiga el simple hecho de concertarse para la comisión de manera genérica de delitos. Es un delito de mera conducta.
2. Si la voluntad de unirse o conformar una empresa criminal tiene como fin los delitos de genocidio, tráfico de estupefacientes, extorsión, secuestro, entre otros de los enlistados en el inciso segundo que afectan sensiblemente a la comunidad, la conducta se agrava y dicho agravante es objetivo; es decir, solo basta con demostrar que el fin del

⁴ CSJ, Rad 36828 del 18 de marzo de 2015.

acuerdo de voluntades iba encaminado a la comisión de alguno de esos reatos.

3. En el inciso tercero, la conducta se agrava para tres grupos de personas en particular: en primer lugar, se encuentran los que, sin participar directamente de la organización criminal, prestan una colaboración efectiva para su financiación, promoción o fomento; en segundo lugar, se enmarca a los servidores públicos que pertenezcan a ella y en razón de su fuero realicen algún tipo de actividades afines al grupo delincuencia y, en tercer lugar, están aquellas personas que fueron los precursores de la conformación del grupo delincuencia y quienes ejercen una posición de mando al interior del mismo.
4. Frente a esto último, resulta imperioso señalar que para poder aplicar esta agravante, debe estar demostrado plenamente que la persona no solo lidera ciertas actividades delictivas de la banda, sino que tiene una posición de dirección, liderazgo o manejo dentro la organización, por su posición jerárquica al interior de la misma.

En ese sentido, no podría suponerse esta calidad sobre los sujetos que se encargan de la simple coordinación subordinada de una o varias de las actividades delictivas a las que se dedica la empresa criminal, pues, de aceptarse ese planteamiento, se estaría desconociendo el requisito *sine qua non* de la capacidad de mando jerárquico que debe asistirle a estas personas y su liderazgo al interior de la misma o por lo menos de una parte de ella.

5. Cuando los fines del concierto se enfocan en la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y

facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, existe un aumento punitivo que también opera, como en el inciso segundo, de manera objetiva y bajo las mismas reglas de ese.

7.2.2 La valoración de la prueba en el sistema procesal penal colombiano.

El sistema que rige para la valoración judicial de la prueba en Colombia es el de la sana crítica y persuasión racional, que implica una evaluación de los diferentes medios de convicción allegados al proceso, en un primer paso, de manera individual a través de las reglas de la ciencia, la técnica, la lógica y la experiencia desarrolladas para cada tipo de prueba y a continuación de manera conjunta.

Así, se puede decir que las pruebas deben tener dos tipos de consistencias: una de carácter individual en donde el elemento de convicción aisladamente considerado se muestre como creíble en razón de la verosimilitud que intrínsecamente evidencia; pero, también, una sistémica por la armonía que debe presentar en relación con las demás pruebas para lograr un relato coherente y lógico de los hechos que se investigan.

7.2.3. Sobre la responsabilidad penal del señor Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga en el punible de concierto para delinquir agravado

Habiendo hecho esas precisiones, la Sala pasará a analizar el caso en concreto en donde **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** fue hallado penalmente responsable por el punible de concierto para delinquir agravado por su condición de cabecilla de la

organización delincuenciales denominada “Los Juaquinillos” que le atribuyó la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar.

Para lo anterior, se realizará un análisis de las probanzas llevadas a juicio, con miras a determinar la autoría del encartado en el punible atentatorio de la seguridad pública.

Conviene, entonces, analizar el acervo probatorio allegado a juicio y que da cuenta de este punible:

El policía judicial Roberto Antonio Castañeda Urrego adujo en el año 2013 que recibió una declaración de una fuente no formal que daba cuenta de la existencia de la banda delincuenciales “Los Joaquinillos”, así mismo, al contrastar esa información con otras instituciones de inteligencia estatal, noticias criminales, videos y declaraciones, pudo verificar la existencia de la misma, identificar aproximadamente a 20 de sus integrantes, entre ellos, su cabecilla de nombre **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** alias “Giova”.

Indicó que en las labores de investigación se encontró que dicha organización se dedicaba a la extorsión, secuestros, hurtos, homicidios, desplazamiento forzado, al tráfico y porte de armas de fuego – de uso privativo y personal- y, a la venta de estupefacientes.

Respecto al delito de extorsión señaló que un administrador de un conjunto residencial ubicado en el barrio Belén Rincón, en entrevista reservada, le explicó que dicha organización le exigía un monto de dinero mensual para “cuidar y proteger” a la unidad. Aunado a ello, esa persona logró grabar en una oportunidad a alias “Óscar” quien era el encargado de recibir el dinero y en la breve conversación se logró establecer que dicho cobro se ejercía a diferentes unidades del sector y que su primo **Giovani** alias

“Giova” -quien estuvo privado de la libertad por el delito de porte de arma de fuego- era el cabecilla del combo.

Al momento de refrescarle memoria, el delegado fiscal le puso de presente un informe de investigador de campo adiado del 9 de octubre de 2013, realizado por la sección de análisis criminal del Cuerpo Técnico de Investigación, que según aclaró el testigo, consiste en un organigrama que se hizo de “Los Joaquinillos” y en el cual se relacionó al señor **Zuluaga Zuluaga** como el cabecilla y que el alias que se le atribuye es “Giova”.

Compareció a la vista pública el subintendente Juan Manuel Guzmán Mendoza, funcionario del GAULA Medellín que adelantó en el año 2016 un proceso investigativo en contra del grupo delincuencia “Los Joaquinillos” del cual se tenía conocimiento desde el año 2014. Señaló que pudo establecer que dicha organización con injerencia en la Comuna 16 de Medellín, barrio Belén Rincón especialmente en los sectores de la Hondanada, el Callejón de la Virgen del Ñeque, la Loma del Ñeque, el Naranjal, la Virgen, el Alto de la Virgen - hoy en día la cancha sintética, La Capilla, el Manzanillo, el Jardín y parte de la Loma de los Bernal, era liderada por alias “Joa” y, principalmente se dedicaba a la extorsión, desplazamiento forzado, secuestro extorsivos, venta de sustancias estupefacientes y homicidios selectivos.

Relató que a través de inspecciones a dos carpetas penales con números “00068” y “00415”, a libros de población, interceptación de comunicaciones y, a denuncias formuladas por varias personas, entre ellas, familiares de Giovani Antonio Patiño alias “El Mico” quien lideraba el grupo delincuencia “Las Mulas” - hoy privado de la libertad-, logró establecer que la organización “Los Joaquinillos” surgió aproximadamente en el año 2014, que adquirió mayor fuerza o injerencia en el año 2016, ante la decaecimiento de otros grupos ilícitos por el actuar activo de la Fiscalía General de la Nación y que su cabecilla era Gustavo

Giovanni Zuluaga Zuluaga – a quien reconoció y señaló en el estrado judicial-.

Otro investigador de GAULA que adelantó labores de investigación desde el año 2014 en contra de las estructuras delincuenciales del barrio Belén Rincón fue Andrés Fernando Mesa Mesa. Expuso que desde el año 2014 se evidenciaron una serie de confrontaciones entre varios combos delincuenciales como “Las Mulas”, “La Capilla”, “La Sintética”, “Romпой virtual” y “los Joaquinillos” con el fin de obtener el control territorial de varios sectores o jurisdicciones del barrio Belén Rincón. Así mismo que luego de varias muertes y por el actuar estatal, la que sobrevivió y adquirió fuerza fue “Los Joaquinillos”.

Al respecto indicó que, por información suministrada por la ciudadanía en entrevistas, tres víctimas de extorsiones, fuentes no formales y miembros de “Los Joaquinillos” se logró establecer que el cabecilla era el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** alias “Giova” -a quien reconoció y señaló en el estrado judicial-.

Depuso en la vista oral el señor Luis Fernando Ardila Aguirre quien se desempeñó entre los años 2013 a 2017 como analista de riesgos en el sector de la construcción para CAMACOL, lapso en el cual presencié varios eventos de extorsión por parte de integrantes de la banda delincriminal “Los Joacos” o “Los Joaquinillos”, dirigidos a recibir un monto de dinero a cambio de permitir el desarrollo inmobiliario en la zona.

Relató que, en una oportunidad al entregarle el dinero de la extorsión a uno de los miembros de la organización, éste le señaló al líder “al patrón” o alias “Giova”, a quien pudo identificar en esa oportunidad y en la vista pública.

A su vez, se tiene que por el estrado desfilaron los señores José Mauricio Villa Loaiza, Luz Andrea Villa Restrepo, Angie Paola

Villa Patiño, Johan Sebastián Monsalve Villa, Johan Ignacio Zapata Loaiza y Eduardo Antonio Trujillo Betancur quienes informaron de varias actuaciones delictivas del grupo “Los Joaquinillos” liderado por alias “Giova”, a quien conocían porque vivieron mucho tiempo en el barrio Belén Rincón y eran familiares de Giovani Patiño alias “el mico” que fungió como líder delincuencia del grupo “La Capilla” o “Las Mulas” y con quien este tuvo alianzas.

En especial, se resalta que el señor Peña Loaiza indicó que una vez fue capturado un familiar y que el señor **Zuluaga Zuluaga** comenzó a asesinarlos y que, en esa tarea de eliminarlos, fue víctima de dos tentativas de homicidio ordenados por el procesado.

Por otra parte, la señora Villa Restrepo refirió que un día tuvo que desplazarse al sector de “Los Joaquinillos” y, allí, el procesado le pidió hiciera todo lo posible para que quitaran un punto fijo de policía que había cerca de su local comercial, pues ello les impedía cobrar las vacunas. A su vez, da cuenta que como ello no fue posible – pues ella no manda la Ley-, le tocaba movilizarse a un sector en específico para entregar el dinero que le correspondía.

Todos coincidieron en que las muertes violentas que se han presentado en contra de varios de sus familiares han sido dispuestas por el procesado, en tanto, es quien manda en el barrio y a “Los Joaquinillos”.

Por su parte, Manuela Gómez Gutiérrez y Claudia Elena Gutiérrez Muñoz ⁵, residentes del barrio Belén Rincón, manifestaron que se enteraron que el señor **Giovani Antonio** era el líder de “Los Joaquinillos” por un panfleto de “los más buscados del Valle de Aburra”, reconocimiento que extendieron a

⁵ Familiares entre sí: Hija y Madre

su vez en la vista pública. Informaron sobre el cobro de extorsiones que efectúa dicho grupo delincuencia por órdenes de alias “Giova”, “Cucho” o “Apa” sobre el comercio del sector y, en especial de los locales comerciales en los que trabajaban.

Ambas señalaron conocer de primera mano el conflicto social que se experimenta en el barrio por la guerra entre diferentes combos⁶ -que ha aventajado con creces “los joaquinillos”-, debido a que su hermano e hijo de nombre “Santiago” perteneció al grupo de “La Sintética”, circunstancia que conllevó a que su residencia fuera atacada a “bala” por orden de alias “Giova”.

A su vez, se tiene que el señor Sebastián Londoño Cardona manifestó que el 23 de julio de 2016 su progenitora Olga Lucia Cardona Cano fue asesinada por orden de alias “Giova”, porque supuestamente trabajaba con el GAULA y era la mujer de un fiscal. Al respecto indicó que fueron unos “trabajadores” de aquel alias “Patín” y “Tigre” quienes mencionaron esa situación.

Así mismo referenció que debido a la persecución que se le hizo a través de la red social Facebook, al parecer, por disposición de alias “Giova” se desplazó del barrio Belén Rincón. También señaló que su primo Juan Pablo González fue retenido por alias “Giova” porque supuestamente pertenecía a otro combo delincuencia.

Expuso que le tocó presenciar varias reuniones entre bandas delincuenciales del sector, debido a que su padrastro alias “Yayo” fungió como líder de “La Sintética”, así mismo, que en ellas se presentaba alias “Giova” como jefe de “Los Joaquinillos”. Del mismo modo indicó que después de la muerte de “Yayo”, quien empezó a liderar en el barrio fue alias “Giova”, labor - que destaca-, continúa ejerciendo, aun privado de la libertad.

⁶ Como son: “la cancha sintética”, “las mulas” y “los joaquinillos”

Por su parte Gloria Inés Restrepo Betancur señaló en su testimonio, ser víctima del delito de extorsión por parte de la banda delincuencia de los “Ñeques” que se mantenían en casi todo el barrio, especialmente por su casa que es “una frontera” y en el sector de “Los Joaquinillos”.

En punto a la extorsión de la que fue víctima, explicó que estaba haciendo una construcción en un lote de su propiedad, y que para poder edificar le estaban exigiendo que pagara “la colaboración”. Expresó que, si bien en principio se resistió a dichas reclamaciones efectuadas por alias “Ruso”, “Titi” y “El Gato” mandados por “el Patrón” o “El Cucho”, después le tocó hacer dos pagos en enero y junio de 2016, cada uno por \$1.500.000, porque ya le estaban amenazando a su trabajador Juan David Taborda a quien se refiere como “Carrindo” o con tumbarle la construcción. Aclaró que luego, por acotaciones de “Carrindo” se dio cuenta que esos muchachos trabajaban para alias “Giova”.

Además, indicó que en compañía de “Carrindo” compró un lote en la vereda El Manzanillo, ubicada en el sector de “Los Joaquinillos”, el cual vendió por \$60.000.000 al señor David Olivares Rojo y de los cuales le alcanzó a pagar \$8.000.000, ello, teniendo en cuenta que antes de que este cumpliera con la suma pactada, le tocó transferirlo obligada a título de compraventa “en la Notaría 19 o 29 ubicada en la 80” a tres mujeres: Janeth que era mamá de “El Zarco”, una prima de alias “Giova” y a Carolina que es amiga de ese combo.

Sobre este punto en específico anotó que un día de agosto de 2016 “El Ruso”, “Juan” y “un gordo” la llevaron a una casa “mal cuidada” donde habló directamente con el líder de la organización delincuencia, esto es, alias “Giova”, quien le explicó que David Olivares Rojo les debía un dinero y que la forma en que les iba a pagar era con ese predio. Con posterioridad “El Zarco” se acercó

a su casa y la llevó a la notaría para que firmara la Escritura Pública respectiva, misma que aduce firmó “por miedo”.

Conviene indicar que, si bien la señora Gloria Inés tuvo un *lapsus* respecto al año en que aconteció la reunión con alias “Giova” y la suscripción de la escritura pública de venta, pues inicialmente indicó que fue en agosto de 2017, luego vía redirecto, se esclareció que sucedió después del 5 agosto de 2016.

Por su parte, Alexander García Muñoz quien vivió de manera regular en el sector de Belén Rincón durante 6 años, esto es, entre los años 2008 a 2014 y, de manera intermitente hasta octubre de 2016, data última en la que tuvo que abandonar su morada por amenazas y por dos atentados perpetrados por integrantes de “Los Joaquinillos” para afectarlo a él y un hermano en su integridad personal⁷, señaló que esos sucesos fueron ordenados por alias “Giova”, pues “allá no se mueve un lápiz si no es orden de los cabecillas principales. En este caso, si “el Giova” no daba la orden, ninguno podía, ni comprar nada, ni vicio ni hacerle nada la gente, ni mucho menos parar en la calle. Todo tenía que ser autorizado por “el primo”, como ellos le decían”.

Explicó que fue testigo presencial de varios episodios como lo fueron: el desplazamiento forzado de Gladys Arteaga⁸ y de Cristian⁹, el homicidio de un menor de edad fuera de su residencia, cobro de extorsiones en el supermercado y en la tienda de don Álvaro, a la ruta de bus 172 y a los choferes de El Metroplus.

Además, señaló que, en una oportunidad, cuando recién llegó al barrio, interactuó con alias “Giova” – líder de “los Joaquinillos”- y con alias “Mico” –líder de “Las Mulas”-, pues se los presentaron para que no corriera riesgo. Así mismo que luego de la captura

⁷ Aclarando que las agresiones contra su hermano se motivaban en el hecho que se negaba a trabajar para la organización delincriminal, y, en su contra porque siempre salía a defender a su hermano menor

⁸ Quien se negó a pagar la extorsión para ejercer su labor de confección

⁹ Quien se negó a trabajar para la banda delincriminal

de alias “El Mico” el que quedó mandando en el barrio fue alias “Giova”, a quien vio en varias oportunidades patrullando el barrio con otros integrantes del grupo delincuenciales.

Con estas pruebas, el ente acusador estableció que el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** estaba vinculado con la organización delictiva “Los Joaquinillos”, la cual tenía una permanencia en el tiempo y que el rol desempeñado por este sujeto era el de cabecilla, esto es, comandar a cada uno de los integrantes de la misma y dar órdenes de lo que se hacía o no en las zonas de injerencia.

Conviene indicar que si bien la defensa desistió de todos sus testigos¹⁰, del escrito de impugnación se advierte que los motivos de disenso por este reato radican en que (i) no existe congruencia respecto al año en que se creó el grupo delincuenciales denominado “Los Joaquinillos”, pues en la formulación de acusación se señaló que fue en el 2016, pero la valoración probatoria realizada por la *a quo* se efectuó por hechos ocurridos antes de esa anualidad, (ii) no se probó adecuadamente la existencia, integrantes, roles y lugares de injerencia de dicho combo, y, (iii) los deponentes del juicio deben ser catalogados como de oídas, en la medida que ninguno percibió directamente, por los órganos de los sentidos, al señor **Zuluaga Zuluaga** dando órdenes o dirigiendo al grupo delincuenciales “Los Joaquinillos” como cabecilla, además que las declaraciones rendidas por los familiares de Giovanni Patiño alias “El Mico” que fungió como líder delincuenciales del grupo “La Capilla” o “Las Mulas” deben ser valorados bajo un tamiz de credibilidad superior, por la animadversión existente entre aquellos y su prohijado.

Respecto al primer planteamiento del defensor relativo a que se conculcó el principio de congruencia, por cuanto, en su criterio,

¹⁰ 001CarpetaPrincipal pág. 221 -222 y 018AudienciaJuicioOral27Septie

en la audiencia de formulación de acusación el Ente Persecutor indicó que la creación de la banda delincuenciales “Los Joaquinillos” se dio en el año 2016 y la juez *a quo* en la sentencia valoró circunstancias que se dieron desde el año 2013, advierte la Sala que tal apreciación no es verídica.

Lo anterior teniendo en cuenta que, si bien en la formulación de acusación el delegado fiscal incurrió en una imprecisión, en razón a que no delimitó temporalmente el surgimiento y liderazgo de la banda delincuenciales “Los Joaquinillos” por parte del señor **Zuluaga Zuluaga**, pues al respecto solo indicó que con la información recaudada por la “Policía Gauda Metropolitana de Medellín” dentro del SPOA Matriz 050016000715201600415, el 11 de julio de 2016, se realizó una ruptura procesal bajo radicado 050016000000201700558, con el fin de procesar a algunos integrantes de ese grupo delincuenciales, entre ellos, a su cabecilla; lo cierto esa circunstancia no se enarbola como una infracción a dicho principio desde el punto de vista fáctico y por tanto no impide que durante la valoración probatoria se tengan en cuenta los hechos anteriores al año 2016, que permitan constatar esos aspectos centrales del tipo penal del concierto para delinquir, como lo son la existencia de dicha banda criminal y la individualización de su dirigente.

En ese orden de ideas se tiene que no existe incongruencia cuando la sentencia se apoya en un hecho distinto a los consignados en la acusación, siempre y cuando se conserve el núcleo fáctico de la conducta punible enrostrada.

Finalmente conviene indicar que el procesado tuvo la posibilidad de defenderse y contradecir los cargos enrostrados, así como las manifestaciones de los testigos que lo relacionaron como la persona que ha estado a la cabeza de “Los Joaquinillos” desde el año 2013, aproximadamente; de ahí que no se vulneró ninguna garantía procesal.

Ahora bien, procede esta Colegiatura a resolver la inconformidad central del abogado defensor, que como se indicó en precedencia, apunta a que los medios de conocimiento colectados son insuficientes para obtener certeza sobre la existencia del grupo delincuencial referido y de la pertenencia al mismo, como cabecilla, de su prohijado.

Del recaudo probatorio relacionado en precedencia encuentra la Sala que el Ente Persecutor probó de manera suficiente que el grupo delincuencial “Los Joaquinillos” surgió en el barrio Belén Rincón aproximadamente en el año 2013 y que su mayor fuerza o injerencia se presentó desde el año 2016, cuando algunos líderes e integrantes de otros combos del sector, fueron capturados - puestos a disposición de la administración de justicia, y desde allí, adscribieron a los integrantes restantes de esos grupos y ampliaron el margen de cobertura en el barrio.

Es de especial consideración que la existencia, zona de injerencia, *modus operandi*, integrantes – entre ellos el cabecilla del grupo delincuencial “Los Joaquinillos” quedaron debidamente acreditadas con las declaraciones y labores desplegadas por los investigadores líderes, esto es, Roberto Antonio Castañeda Urrego, Juan Manuel Guzmán Mendoza y Andrés Fernando Mesa Mesa.

Al respecto debe indicarse que las labores de pesquisa ejecutadas por estos, no pueden ser descalificadas porque no se realizaron a través de interceptación de comunicaciones, vigilancia o seguimiento de personas, vigilancia de cosas, infiltración criminal, entregas vigiladas u operaciones encubiertas dirigidas estrictamente en contra del señor **Zuluaga Zuluaga**, tal como lo propone el recurrente, pues ello sería instituir una especie de

tarifa legal probatoria, por demás inexistente en nuestro sistema, con miras a dar por acreditada la situación.

Aunado a lo anterior, nótese como los demás testigos de cargo fueron categóricos en referir que les constaba el conocimiento de que el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** era alias “Joa”, “Giova”, “Cucho” o “Apá” y era quien lideraba, a título de cabecilla, la organización delincuencia de “Los Joaquinillos”, así como las actividades delictivas que eran ejecutadas bajo su mando en varios sectores del barrio Belén Rincón. Además, no debe pasarse por alto que la mayoría de los testigos de cargos señalaron e identificaron en la vista pública al señor **Zuluaga Zuluaga** como alias “Giova”, ello, lo que implicó que a partir de la audiencia de juicio oral efectuada el 14 de marzo de 2018, como parte de estrategia defensiva, este decidiera no seguir compareciendo a las diligencias.

Del mismo modo, debe matizarse que si bien la mayoría de los deponentes, en especial los familiares de Giovani Patiño alias “El Mico” quien dirigió a “Las Mulas”, se vieron tocados negativamente por el actuar del acusado, no puede darse por sentado que les asiste un interés en perjudicarlo, porque ello sería como adoptar una suerte de racero negativo en la credibilidad de los testigos víctimas en los delitos que no sería aceptable en nuestra sistemática.

Considera esta Colegiatura que la solidez de la prueba testimonial practicada en juicio es de tal magnitud que no permite reproche alguno respecto a la acreditación de la existencia de la organización criminal aludida y la pertenencia del procesado al grupo delincuencia, asignándole un rol específico dentro de esa organización como lo era liderar el cobro de extorsiones – poniendo tarifas al comercio o a las diferentes construcciones-, homicidios, desplazamientos, ataques con armas

de fuego en contra de la ciudadanía que se negaba a pagar “las colaboraciones” o a pertenecer al combo, de patrullar la zona, obtener bajo amenazas el traspaso de predios a título traslativo de dominio, etc.

En resumen, todo el análisis probatorio hecho por esta Colegiatura, da cuenta de que no subyace ninguna duda de que la prueba de cargo traída a juicio es suficiente tanto en calidad como en cantidad para comprobar con toda certeza que el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** era integrante y líder del grupo delincuenciales denominado “Los Joaquinillos”; motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia condenatoria emitida en su contra el 10 de noviembre de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, por el delito atentatorio de la seguridad pública.

Elucidado lo anterior, procede esta Sala a determinar si la prueba de cargo de la Fiscalía, representada principalmente en las entrevistas de las víctimas por los delitos de secuestro, esto es, de los señores David Alejandro Olivares Rojas y Juan David Taborda Arroyave, incorporadas como prueba de referencia, encuentran corroboración en otros elementos de juicio, que permita desvirtuar la tarifa legal negativa, contemplada en el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

7.3.1. La prueba de referencia y su valor suasorio en el sistema procesal penal colombiano.

La prueba de referencia es toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro

aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.

En otros términos, es el medio probatorio mediante el cual se pretende acreditar la verdad de una declaración realizada por fuera del proceso por una persona que no se encuentra disponible para declarar en juicio y que revela aspectos de los cuales tuvo conocimiento personal para afirmar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto activo, las circunstancias de agravación o atenuación, la naturaleza del daño causado, entre otros aspectos esenciales del debate.

Debe anotarse así mismo, que únicamente es admisible la prueba de referencia, cuando el declarante manifiesta bajo la gravedad de juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente esa información; es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; padece una grave enfermedad que le impide declarar; ha fallecido; es menor de 18 años y víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual, o cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Ahora bien, para que esta prueba sea considerada como tal, se requiere que cumpla con varios condicionamientos: (i) que sea una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral debidamente identificada o al menos, individualizada (ii) que verse sobre aspectos que en forma personal y directa haya tenido la oportunidad de percibir, (iii) que lo dicho tenga por objeto afirmar o negar los aspectos sustanciales del debate -tipicidad, intervención, causales de atenuación o agravación, daño causado, entre otros-.

La característica principal de la prueba de referencia, es que tiene por finalidad acreditar la verdad de una declaración efectuada por fuera de juicio por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de asuntos importantes para el caso objeto de análisis y que por diversos motivos no puede concurrir al proceso.

Debe destacar la Sala, que el problema de la prueba de referencia, es que no permite una verdadera contradicción probatoria, ya que en desarrollo del juicio la parte perjudicada con la misma no puede efectuar el contrainterrogatorio al testigo directo o quien declaró previamente, dado que con quien se introduce la prueba de referencia no puede declarar sobre aspectos que no conoció en forma personal y directa, es decir, no podrán formularse preguntas con el fin de impugnar su credibilidad, no se tiene control sobre los cuestionamientos realizados con el fin de obtener el relato cuando la versión es fruto de un interrogatorio, aunado a que se limita el principio de inmediación, en tanto en el juicio oral solo se puede estimar como prueba, la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

En virtud de lo expuesto, la prueba de referencia tiene un valor suasorio disminuido, en tanto con ella se afecta el debido proceso constitucional en lo que se refiere a los principios que regulan la práctica de los medios de convicción en juicio -contradicción, inmediación-, lo que implica generalmente la afectación del derecho a la confrontación del testigo, por lo que en nuestro ordenamiento jurídico no es admisible como prueba única para desvirtuar la presunción de inocencia, según lo estipula el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En el mismo sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al referirse a la “*calidad de la prueba*” que acompaña o corrobora a la de referencia, en una homogénea línea jurisprudencial expresada, entre otras, en las sentencias del 6 de marzo de 2008, radicación 27477 y del 4 de mayo 2016, radicado 45667, ha señalado lo siguiente:

La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.”

Así las cosas, es claro para esta Colegiatura que la prueba que debe acompañar a la prueba de referencia para superar la prohibición descrita en el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, no puede tener la misma naturaleza, pues dado su carácter excepcional, nunca podrá erigirse como suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en tanto la declaración del testigo de referencia no podrá sustituir a la del testigo directo, pues siempre será necesario favorecer la contradicción, como principio rector en la construcción de la verdad procesal.

Por último, es necesario indicar que la prueba de referencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 441 de la Ley 906 de 2004, debe regularse en “su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”, de ahí que la parte que pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, debe (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por

fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

7.3.2. Del caso en concreto sobre los secuestros extorsivos en que fueron víctimas Juan David Taborda Arroyave y David Alejandro Olivares Rojas

Ahora bien las inconformidades tanto del señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** como de su defensor de confianza, frente a los delitos de secuestro extorsivo de los cuales son presuntas víctimas los señores Juan David Taborda Arroyave y David Alejandro Olivares Rojas, se centran en que la primera instancia fundó la condena en las entrevistas y reconocimientos fotográficos que rindieron durante la indagación estas personas y que ingresaron como prueba de referencia, a través del investigador que las recibió, esto es, el Subintendente del Gaula Juan Manuel Guzmán Mendoza, sin que tuviesen alguna prueba de corroboración de respaldo.

Al respecto advierte la Sala que concurren dos cuestiones fundamentales que impiden mantener la responsabilidad del procesado por esos hechos (i) una indebida incorporación de la prueba de referencia, y, (ii) la prueba recaudada en sede de juicio oral no es suficiente para superar la prohibición establecida en el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Sobre el primer aspecto, se tiene que desde la misma audiencia de formulación de acusación el delegado de la Fiscalía manifestó

que las víctimas del delito de secuestro extorsivo, esto es, los señores Juan David Taborda Arroyave y David Alejandro Olivares Rojas, no se hacían presentes en la diligencia, por miedo y porque uno de ellos fue amenazado de muerte. Manifestación que reiteró al inicio de la audiencia preparatoria, no obstante, en la diligencia, solicitó únicamente como prueba sus testimonios, así como las entrevistas e informes que rindieron con antelación, con el fin de refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Ahora bien, como los señores Juan David Taborda Arroyave y David Alejandro Olivares Rojas no se acercaron a rendir su declaración a la vista pública, y, tampoco fue posible lograr su conducción para tal efecto, se ingresaron sus declaraciones anteriores fechadas del 27 de noviembre de 2016 y 24 de enero de 2017, respectivamente, a través del Subintendente del Gaula Juan Manuel Guzmán Mendoza, en la audiencia celebrada el 25 de julio de 2019, lo cual fue permitido por la funcionaria de primer nivel, a pesar de que la indisponibilidad de aquellos no se encuadra en alguna de las causales establecidas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ello, por cuanto no se advirtió una situación de fuerza mayor tal como la desaparición voluntaria o la imposible localización.

Al respecto debe precisarse que en la vista pública la Fiscalía no explicó cuáles fueron las diligencias que adelantó, con los medios disponibles en su despacho, para lograr la ubicación de los señores Taborda Arroyave y Olivares Rojas, pues en audiencia del 1 de noviembre de 2018, simplemente indicó frente al primero que vivía en un municipio anexo a la ciudad y que estaban esperando su asistencia, y, en punto al segundo anunció que no había sido posible ubicarlo y que estaban esperando la conducción, pero al revisar la actuación se advierte que el 5 de diciembre de 2018 el señor Olivares Rojas presentó de manera personal ante el Centro de Servicios de los Juzgados

Especializados, un escrito justificando su inasistencia para ese día a la audiencia¹¹.

En un escenario como el anterior, a juicio de la Sala, no se configuró una fuerza mayor razonablemente insuperable, que impidiera la localización de los testigos y la posibilidad física o jurídica para hacerlos comparecer al juicio oral, y, en ese orden de ideas hubo una indebida admisibilidad de la prueba de referencia.

No obstante lo anterior, para ahondar en garantías y zanjar los motivos de censura esbozados por el señor **Zuluaga Zuluaga** y su defensor contractual, se analizará si lo narrado por las víctimas en las entrevistas anteriores, encuentran corroboración en otros medios de convicción que no tengan esa misma naturaleza.

En el presente asunto, se tiene que el señor Juan David Taborda Arroyave en entrevista rendida el 6 de enero de 2017, informó al Subintendente Juan Manuel Guzmán que a mediados de febrero de 2016 el señor Edison Vélez Vélez conocido como alias “Galleta” e integrante de la banda delincuencia “Barrio Bolsa”, le pidió obtener un lote en el sector de El Manzanillo, de ahí que procedió a comprárselo al señor German Alonso Ríos Lopera por la suma de \$12.000.000, procediendo a encerrarlo y limpiarlo. Luego se enteró que alias “Galleta” estaba “regando rumores” de que le había robado con los integrantes de “Barrio Bolsa” y “Los Joaquinillos”.

Expuso a su vez que, en razón de ese negocio, el 27 de noviembre de 2016, entre las 6.30 de la tarde y 11.30 de la noche, fue retenido en un “plancito” de la parte alta de Belén Rincón, cerca

¹¹ “001Carpeta principal” pág. 147-148

a la virgen, por 20 personas integrantes de “Los Joaquinillos” y “Barrio Bolsa” entre ellos alias “Giova”, así mismo, señaló que alias “Giova” lo requirió para que le pagara a alias “Galleta” la suma de 15 millones de pesos, de los cuales le debía entregar a él \$7 millones, porque de lo contrario lo mataría y también a su familia.

Afirma que le quitaron las llaves de una camioneta Luv 1600 color verde, modelo 86 de placa IBB096 de la Dorada – de la cual no había hecho el traspaso en su favor- y mientras alias “Giova” junto con otras personas iban a recoger ese vehículo, le dio vía libre a alias “Galleta” para que lo metieran a una casa de “Los Joacos”, lugar donde lo sentaron en una cama y lo amarraron de manos y pies, además con el consentimiento de alias “Giova” le decían repetidamente “pirobo, sí te tienes que morir aquí amarrado, te matamos, pero tenés que entregar para mañana \$7.000.000 o aquí te dejamos; y si no las cree con todo esto, pues matamos a su familia, así de facilito. Y haga lo que quiera”

Afirmó que a las 11.30 de la noche alias “Giova” dio la orden de soltarlo, pues la camioneta “ya estaba asegurada” y le dijo “Carrindo”, no lo matamos porque no se nos da la gana, pero como último plazo le damos hasta mañana 28 de noviembre para que nos entregue \$7.000.000 de pesos y para el 10 de enero del 2017, nos tiene que entregar la suma de \$8.000.000 pesos; que ojo con maricadas de ley porque le matamos su familia”.

Con el fin de respaldar tal situación, se decretó como prueba sobreviniente la declaración de Julián López Medina, sin embargo, éste se acogió al derecho a no declarar, previsto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, debido a que él también está siendo investigado por ese mismo hecho. De ahí que no se pueda valorar las manifestaciones que realizó en un interrogatorio al indiciado el 26 de marzo de 2019 y que

ingresaron a la carpeta por lectura que efectuó el delegado de la fiscalía.

Por otra parte, en lo atinente al secuestro extorsivo del que fue víctima el señor David Alejandro Olivares Rojas se tiene que en entrevista dada el 24 de enero de 2017, informó que a eso de las 19:30 horas fue instigado por varios miembros de “Los Joaquinillos” para que fuera a hablar con el patrón para fijar “la cuota de colaboración” a fin de poder cuidar el parqueadero y la construcción que estaba haciendo en el mismo. Refiere que una vez se encontraba en el “plancito” donde se mantienen los integrantes del grupo, ubicado en la parte alta del barrio Belén Rincón, fue requerido por alias “Giova” para que pagara la suma de \$30 millones de pesos, porque supuestamente estaba refiriéndose a ellos como “gamines”.

Explicó que después de manifestarle a alias “Giova” que no tenía todo ese dinero y que para cubrirlo le tocaría vender el parqueadero del cual es dueño, éste estableció el monto de la multa en \$5 millones.

Refirió que estuvo privado de la libertad alrededor de una hora mientras esperaba que llegara alias “Giova” para fijar la nueva cuota de extorsión, la cual debía de pagar so pena de matarlo a él o a su familia.

También se ingresó al juicio el resultado de la diligencia de reconocimiento fotográfico realizada el 23 de febrero de 2017 por el señor Olivares Rojas, en el cual reconoció al señor **Zuluaga Zuluaga** como alias “Giova”, líder o cabecilla del combo delincuencia “Los Joaquinillos”.

Es necesario matizar que frente a este hecho la única prueba de corroboración con la que cuenta la fiscalía es la declaración de la señora Gloria Inés Restrepo Betancur quien declaró que el señor Olivares Rojo en alguna ocasión le dijo que fue víctima de secuestro por “Los Joaquinillos” como medio para hacerle exigencias económicas.

Así las cosas, se tiene que la señora Gloria Inés Restrepo Betancur puede ser catalogada como testigo de oídas o *ex auditu*, pues se limita a manifestar lo que el señor Olivares Rojo supuestamente le contó en el sentido de que fue secuestrado por “Los Joaquinillos”, pero, además, sin aportar más datos como la fecha, el lugar, las personas que participaron en el mismo o el tipo de emolumento exigido a cambio de la liberación, lo que le quita cualquier valor suasorio.

De lo expuesto en precedencia, estima la Sala que la prueba recaudada en sede de juicio oral frente a los dos hechos de secuestro extorsivo agravado, son de referencia y no cuentan con prueba complementaria, ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica que permita acreditar su ocurrencia, sin que sea dable tal como lo hizo la primera instancia, darlos por sucedidos en razón de que de los relatos vertidos por los demás testigos se desprende la existencia de la organización delincriminal “Los Joaquinillos”, así como que guardan relación con el *modus operandi* de aquellos al momento de hacer exigencias económicas.

De lo expuesto se deduce que las pruebas respecto de estos dos precisos hechos no son suficientes ni en cantidad ni calidad para endilgar responsabilidad al procesado, de un lado porque resultan prueba de referencia inadmisibles; pero, además, no hay prueba de corroboración o complementaria para superar la

prohibición establecida en el inciso 2 del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Corolario de lo anterior, se debe absolver al señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga**, por duda probatoria, en tanto con la prueba de cargo traída por la Fiscalía, esta Corporación no logra arribar al conocimiento más allá de toda duda, de su responsabilidad en los hechos, en tanto, como ya se ha advertido, las manifestaciones respecto a la participación del enjuiciado, tienen la naturaleza de prueba de referencia, con fundamento en la cual no se puede emitir un fallo condenatorio, máxime cuando no existen otras pruebas que corroboren tal incriminación, en virtud de lo cual habrá de revocarse la sentencia condenatoria emitida en su contra por esos delitos.

8. Redosificación punitiva

Como se vio en el aparte 7.3.2, de este fallo, quedó eliminada la censura por los delitos de secuestro extorsivo agravado, quedando en firme la responsabilidad del procesado únicamente por el delito de concierto para delinquir agravado en calidad de cabecilla – art. 340 inciso 2 y del C.P-, de ahí que procederá la Sala a tasar la pena por tal delito.

Como el ejercicio de tasación de la pena no fue censurado por ninguna de las partes, la Sala no modificará las consideraciones que tuvo el *a quo* para seleccionar el cuarto de movilidad del delito.

El delito de **concierto para delinquir agravado** - art. 340 inciso 2 del C.P- consagra unos extremos punitivos de 8 a 18 años de prisión -96 a 216 meses de prisión-, así como multa de 2.700 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, extremos

punitivos que deben ser aumentados tanto en el mínimo como en el máximo ¹², en la mitad por tratarse del cabecilla de la organización delincuenciales- art. 340 inciso 3 C.P.-, quedando así la pena en – 12 a 27 años de prisión -144 a 324 meses-, y, multa de 4050 a 45000 smlmv, que al ser divididos en cuartos, quedan así:

Cuarto mínimo	Cuarto medio	Cuarto medio	Cuarto máximo
Pena de prisión			
144 meses a 189 meses de prisión	189 meses a 234 meses de prisión	234 meses a 279 meses de prisión	279 meses a 324 meses de prisión
Pena de multa			
De 4.500 smlmv a 14.625 smlmv	De 14.625 smlmv a 24.750 smlmv	De 24.750 smlmv a 34.875 smlmv	De 34.875 smlmv a 45.000 smlmv

La juez al advertir que la Fiscalía no imputó circunstancias de mayor o menor punibilidad y que tampoco allegó copia de la sentencia condenatoria que había sido emitida con antelación en contra del procesado, seleccionó el máximo del cuarto mínimo de movilidad, por lo cual esta Sala siendo respetuosa de la misma se ubicará en el guarismo mínimo del concierto para delinquir agravado, esto es 189 meses de prisión.

Ahora bien, como la pena de multa por este reato fue fijada por la funcionaria de primer grado en 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y dicha tasación no fue objeto de censura por ninguna de las partes procesales, de ahí que la misma se mantendrá con el fin de no afectar de manera negativa al procesado.

En consecuencia, la pena total de prisión para el señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** como autor responsable del delito de concierto para delinquir agravado en calidad de cabecilla será de 189 meses de prisión y multa de 2700 salarios mínimos legales

¹² De conformidad con el numeral 1 del artículo 60 del C.P.

mensuales vigentes. Por igual período de tiempo se le impondrá la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas conforme al inciso 3 del artículo 52 del Código Penal.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 10 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, por medio de la cual se declaró penalmente responsable al señor **Gustavo Joany Zuluaga Zuluaga** del delito de concierto para delinquir agravado en calidad de cabecilla, imponiéndole una pena de prisión de 189 meses y multa de 2700 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO: SE MODIFICA la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

TERCERO: REVOCAR la condena impuesta en contra del señor **Zuluaga Zuluaga** por el concurso homogéneo de doble secuestro extorsivo agravado, y en su lugar, **ABSOLVERLO** de dichos cargos, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado

JEANNETTE LUCÍA NOVOA MONTOYA

Magistrado

LUIS ORLANDO PALOMÁ PARRA

Magistrado

Firmado Por:

Leonardo Efrain Ceron Eraso

Magistrado

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jeannette Lucia Novoa Montoya

Magistrada

Sala 004 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Orlando Paloma Parra

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

883f00cbf8d9a3a834b93b6453c20b6e3dbd78eefde90b1f9f44646e61301193

Documento generado en 18/02/2025 03:38:10 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**