

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA PENAL**

**Radicado:** 0500160000002021-00537

**Procesado:** David Alonso Herrera

**Delito:** Concierto para delinquir agravado

**Decisión:** Confirmar

**Magistrado Ponente:** Gabriel Fernando Roldán Restrepo

**Acta N° 106**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

**Sala Décima de Decisión Penal**

**Medellín, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

**1.- VISTOS**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y por el ministerio público contra el fallo absolutorio dictado por la Juez Primera Penal del Circuito Especializado de Medellín en favor de David Alonso Herrera, el 18 de febrero de 2022.

**2.- ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

**2.1.- Hechos.**

En varios barrios de las comunas 1 y 2 de Medellín, entre los que se mientan el Popular 1, Granizal y Santa Cruz, desde el año 2012 venía actuando un grupo de delincuencia organizada conocido como “La 38”, adscrito a la organización “La Terraza”, dedicado a la comisión de delitos como el tráfico de estupefacientes, la extorsión, el desplazamiento forzado, y el porte y tenencia de armas de fuego, el cual contaba con una estructura jerarquizada que tenía como cabecillas a los alias El Calvo y Luisito, quienes al ser capturados en 2014 fueron relevados por los alias Kala y Raspón, a su vez sucedidos también —tras su captura en 2016— por los alias El Ruso y Pony. Otros

roles dentro de la estructura criminal la cumplían los alias *Góngora, La Beata, Soldado, Mikaela, Orejas, Tota, Gara, Huevo, Camarada, Magika, Dimitri, Garra, Pitia, Peluca, Tuta, El Pastuso, Conejo, Wilmar, Tobías, Raúl, Armani, Douglas* y finalmente, entre tanto remoquete se destacó a **alias Vitricio**, como en su mundo de relación distinguen a **David Alonso Herrera**, asignado a tareas de tráfico de estupefacientes y otros ilegalismos propios del accionar de dicho grupo delincuencial, y de su participación por lo menos se tiene registro entre noviembre de 2016 y el 9 de mayo de 2021, cuando acaeció su captura.

### 3.- DECISIÓN RECURRIDA

En el fallo impugnado, sin ningún esfuerzo de síntesis, despunta el análisis probatorio memorando que la exigencia para condenar es el conocimiento cabal y pleno del hecho y la responsabilidad del acusado que dimana de la totalidad de las pruebas.

Indicó la A quo que no queda duda de la existencia de una organización delincuencial conocida como “La 38”, con influjo en el barrio Popular Uno, que tenía como fines el tráfico de drogas, extorsiones, homicidios y desplazamientos forzados, tal cual dieron cuenta testigos de la fiscalía como la señora Janeth Castaño, quien fue desplazada del barrio, e incluso lo corroboran los mismos testigos de la defensa, a más de que el despacho condenó por preacuerdo a Diego Andrés Restrepo alias Gorrión, Juan Esteban Ceballos alias Mañez y a Jeferson Andrés López alias Chichí.

Sin embargo, respecto a la participación de David Alonso Herrera, alias Vitricio, entre quienes se coaligaron bajo la sedicente banda “La 38” para perpetrar diversidad de delitos, dijo que de los testimonios arrimados a juicio por la fiscalía no se infiere prueba para condenar, pues los declarantes *nunca vieron al acusado haciendo nada* –sic- (debió decir que nunca lo vieron haciendo algo, en el sentido de que ese algo fuese cometer delitos).

Echó en falta la verificación de que el procesado se hubiese desmovilizado de la estructura criminal de las AUC - Autodefensas Unidas de Colombia, como lo aseguró el investigador líder Sergio Calle Palacio, sin precisar en qué período, por qué y cuándo se perdió beneficios; de donde pudo provenir que lo vincularan con la banda de “La 38”, entre 2016 y 9 de mayo de 2021, al decir que era “vieja guardia” sin que aclarara qué deba entenderse por tal, así que faltó un seguimiento serio para determinar si operaba en la aludida banda criminal; y si llegaron a señalarlo de coordinar una plaza de vicio, ni se verificó la existencia de dicho antro; expresando extrañeza por no haberse reportado

el resultado de cinco órdenes de interceptación, vigilancia y seguimiento de cosas, cuando desde el escrito de acusación se prometía acreditar la adscripción del procesado a dicha asociación delictiva.

Razonó acerca de que posiblemente el acusado frecuentara integrantes de la banda “La 38”, pero no se demostró para qué se mantenía con ellos y si era para cometer ilicitudes; concluyendo que puede ser malhechor pero eso no se probó.

En cuanto a la adveración del testigo Iván Darío Cano Saldarriaga de que el acusado era el encargado de la plaza de vicio llamada “El Hueco”, y que en diferentes ocasiones lo viera allí, lo cierto es que nunca se le encontró nada y por eso no fue judicializado, y ni siquiera se demostró la venta de droga en ese lugar, ni se refirieron nombres de expendedores o “jíbaros”, por lo cual concluyó que al testigo no le consta que Herrera manejara la aludida plaza de vicio.

En cuanto a la prueba aportada por la defensa, se refirió a los dos hermanos del acusado: Edwin y Héctor Fabio (quien es policía), los cuales dieron cuenta de las actividades lícitas de su colactáneo, quien laboraba en la construcción, por la época de la pandemia transportaba en moto a su esposa (manicurista) y más recientemente trabajaba de albañil en una construcción que el segundo de los mentados hermanos levantaba en el barrio Conquistadores y quien también dio cuenta de intimidaciones de las que su hermano David Alonso y miembros de su núcleo familiar venían siendo víctimas por parte de la banda La 38, presionándolo para que “*cogiera los hilos*” de ese grupo delictivo, lo cual no denunció porque no conocía quiénes eran sus miembros.

Destacó también las atestaciones de Ovidio de Jesús Betancur y José Eyicer Vásquez Vásquez, avecindados ambos en el barrio Santa Cruz, a quienes no les consta que David Alonso pertenezca a una banda, y el segundo lo conoce y sabe que trabaja con un hermano como pintor de obra blanca.

Anotó que Jesús Eduardo Ospina, en su condición de investigador del CTI -sección de análisis criminal- destacó que David Alonso Herrera, alias *Vitricio* aparece enlistado como integrante de la banda “La 38” pero el sistema no lo alimenta él y no sabe cada cuánto se actualiza una información que es meramente orientadora o ilustrativa.

Reconoció que David Alonso Herrera fue señalado por algunas víctimas de la organización delincuencia en comento, mencionando a Janeth, Jhon Fredy y Santiago,

quienes dijeron haberse criado con integrantes de tal agrupación, pero no señalan a aquél de acciones en concreto, siendo por ello que Jhon Fredy absolvió cuestionario en el que dijo que *Vitricio* ni lo amenazó, ni lo extorsionó, ni lo desplazó; y aunque se le señala de ser coordinador de una plaza de vicio, ninguna actividad específica le atribuyeron.

Adveró que el Concierto para delinquir, como delito de mera conducta no precisa de la realización de alguno de los delitos que constituyen el objeto del plan asociativo, por lo cual las coincidentes afirmaciones de que era visto con sujetos reconocidos como integrantes de tal agrupación por sí mismas no demuestran que se hubiera coaligado con ellos para cometer delitos. Y aunque los testimonios de los hermanos pudieran denotar interés en favorecerlo, en atención al nexo filial, el hecho de que uno de ellos lo hubiera presentado como albañil de una construcción suya y no hubiera aportado soporte documental, no significa que haya mentido, teniendo en cuenta que esa clase de contratos suele ser verbal.

Planteó que si un grupo de testigos dijo no conocer ni haber sido víctimas del accionar de la sedicente banda “La 38”, difiriendo de lo sostenido por otros testigos, esto no significa que los primeros hubieran mentido o que no hubiesen declarado por temor.

Concluyó, de todo lo anterior, que no era dable acoger la pretensión unívoca del fiscal y del agente del ministerio público, quienes consideraron que se había logrado desvelar más allá de duda razonable la responsabilidad del acusado por concierto para delinquir, pues consideró que la fiscalía no cumplió lo prometido al presentar la teoría del caso, y optó en consecuencia por abonarle a Herrera el principio de in dubio pro reo.

#### **4.- SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN Y PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES.**

**4.1.- El Fiscal 47 Especializado GAULA** presentó oportunamente su escrito impugnatorio en el cual se refirió en primer lugar a los dos hechos que se propuso probar: i) la existencia de la cofradía criminal denominada banda “La 38”, que tenía como eje de su accionar la Comuna 1, en los barrios Santa Cruz, Granizal y el Popular N° 1; y, ii) que a esta estructura criminal perteneció, por lo menos, entre 2016 y 2021, hasta su captura, el acusado David Herrera.

Su disenso lo enfocó básicamente en que al valorar los testimonios de Janeth Castaño Bueno y Jhon Fredy Sepúlveda Castro incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, en tanto que al valorar el de Santiago José Segura Santa incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

Disintió de la A quo al desestimar el trabajo investigativo al que se refirió el testigo Sergio Ferley Calle Palacio en calidad de investigador líder, quien aludió a una labor cuyos resultados bien pueden apreciarse en tres etapas, los años 2016, 2020 y 2021 con la judicialización de muchas personas, algunas de las cuales fueron condenadas por la misma juez 1ª. Así mismo expresó su desacuerdo con que los señalamientos contra Herrera provienen de que fuera desmovilizado de las autodefensas- AUC-, pues estima poco seria esta razón, ya que los señalamientos que hicieron contra él algunos testigos provienen de la segunda etapa investigativa -la del 2020- cuando alias "*Vitricio*" fue señalado por su adscripción a la banda "La 38" desde 2016, y así lo reseñó el investigador Eduardo Ospina Pérez de la sección de análisis criminal del CTI, reconociendo que de la primera etapa investigativa no se había logrado obtener su identidad y por eso entonces no se le tuvo como indiciado.

Sobre los reparos de la Juez a que las interceptaciones y vigilancias anunciadas en la acusación no se tradujeron en labores serias para determinar que el acusado operaba en la referida banda criminal, dijo que para una depuración óptima de las pruebas que solicitó en la audiencia preparatoria, no estimó pertinente agregar informaciones que riñeran con los principios de concentración y celeridad, ya que las pruebas solicitadas y arrimadas al juicio eran suficientes para acreditar la existencia del grupo criminal, como en efecto la judicatura hubo de aceptarlo. En cambio, sobre la adscripción del acusado a la cofradía criminal sí presentó testigos, como Sergio Ferley Calle, Jacobo Mazo Chavarría e Iván Darío Cano Saldarriaga, quienes de manera directa e inequívoca acreditaron que David Alonso Herrera hacía parte de la referida estructura criminal, en tanto informó sobre otros testigos —como Janeth Castaño Bueno, Omar Hernán Castaño Bueno, Santiago José Segura Santa y Jhon Fredy Sepúlveda Castro— quienes también eran sabedores de la pertenencia de Herrera a la ilegal agrupación, dejando dicho que de no estimar necesaria, por reiterativa, la presentación de estos, la declinaría en su momento.

Por contera, pidió revocar el fallo y condenar al acusado por concierto para delinquir bajo circunstancia específica de agravación del inciso segundo del artículo 340 CP, por haber acreditado en juicio la pertenencia de David Alonso Herrera a un grupo criminal conocido como banda de "La 38".

**4.2. La Procuradora 140 Judicial Penal II de Medellín** también impugnó el fallo absolutorio dictado contra David Alonso Herrera y sustentó oportunamente su disenso en punto a que esta corporación judicial revoque la decisión y subsecuentemente imponga la condena correspondiente.

Luego de reseñar los fundamentos en que basó la A quo la absolución, la impugnante planteó: i.) que si el testigo Santiago Segura relató cómo lo despojaron de su motocicleta —que había dejado aparcada en un callejón mientras asistía a una reunión a la cual lo citaron para presionarlo, como comerciante al contado de mercancías o enseres domésticos, a pagar las mal llamadas “vacunas” (exigencia extorsiva)— alcanzando a observar a varios sujetos a quienes mentó por sus mote, incluido alias *Vitricio*, con quien tuvo un cruce de miradas, infiriendo de ello que fue él quien dio la orden de alzarse con el velomotor, tras lo cual se fue, dejándolo a merced de sus secuaces, quienes le dieron una brutal paliza.

Detalló la libelista que, a más del testimonio de Santiago Segura, se obtuvo el de Jhon Fredy Sepúlveda, quien también dio cuenta de la presencia de alias “*Vitricio*” cuando fue retenido por varios sujetos cuando fue a cumplir cita a un inmueble de la carrera 42, la cual le hizo alias *Mañez*, exigiéndole llevar su mercancía, porque no les estaba pagando “*la vacuna*”, hallándose con él los apodados *Chichí*, *Gorrión* y *Toto*, y unos diez minutos después se les sumó alias “*Vitricio*”. De tales adveraciones infirió la procuradora que cuando el comerciante Sepúlveda fue mandado por las llaves de la bodega para entregar su mercancía, el acusado estaba entre quienes lo citaron para presionarlo, no precisamente a una reunión social de vecinos, sino para hacerle una exigencia extorsiva, y en esto falló la juez, pues concluyó que no se había probado que el acusado se mantuviese con los integrantes de la banda y compartiera sus designios, desconociendo palmariamente que, por lo menos, el ocho de marzo de 2021 hizo parte del grupo que citó al comerciante Jhon Fredy Sepúlveda para hacerle un cobro extorsivo.

Paró mientes en lo adverado por la testigo Yanet Castaño Bueno acerca de que estando muy joven, en 1992 conoció de la existencia de la banda de “La 38” y conoció a sus integrantes, señalando al acusado como uno de sus miembros, a quien rotuló “*de la vieja guardia*”, que se mantenía con los alias “*Pitia*” y “*El Plomero*”, de cuyo apartamento lo veía salir, por lo que inquiere cómo alguien que no es parte de una agrupación delictiva puede frecuentar la casa de quien lo lidera. Y en similar sentido destacó lo que sostuvo el testigo Omar Castaño Bueno, cuya versión se acreditó como

testimonio de referencia dado que fue asesinado, quien dijo que “desde que desde que lo conoció, ‘Vitrício’ ha trabajado con esos manes” y, para ajustar, en reconocimiento fotográfico efectuado el 24 de junio de 2020 acertó en señalarlo, indicando que trabajaba en plazas de vicio, robando, atropellando y desplazando a la gente, e incluso como “*quien hacía los cascados*”, que en su argot quiso significar que era quien ordenaba los homicidios, distinguiéndolo también como “*de la vieja guardia*”.

Adujo, que si bien la prueba de referencia no es por sí misma suficiente para proferir una sentencia de condena, en este caso fue admitida, y debió ser valorada en conjunto con el resto del caudal probatorio, disintiendo de la posición de la A quo de no otorgar crédito a este testigo, cuando de manera clara dijo conocer en su mayoría a los integrantes de la referida banda delincriminal, a raíz de los problemas que tuvo su hermano Ubeimar Albeiro, quien le precedió en el turno de personas asesinadas por miembros de dicho grupo criminal, por rivalidades y dado que tomó la mala decisión de liarse con estos.

Como quiera que la Juez echó en falta una adecuada investigación respecto al funcionamiento de una plaza de vicio denominada “*El Hueco*”, de cuyo manejo se acusa al procesado, descalificando al efecto el testimonio de Iván Darío Cano —quien se refirió al conocimiento que tenía de este negocio— la libelista disintió de las conclusiones de la juez, porque estima que no era indispensable haber traído al juicio los nombres de los expendedores, ni los libros de población en que se anotaran capturas por tráfico de estupefacientes, pues nuestro sistema probatorio no es tarifado. Tampoco se tuvo en cuenta el testimonio de Iván Darío Cano, un policial que cumplía labores en el sector y suministró información acerca de la existencia de la referida plaza de vicio y las amenazas de que fue objeto, por lo que debió ser trasladado a otra estación; en refuerzo de cuyas adveraciones otro agente, el patrullero Jacobo Mazo Echavarría, también adscrito a la estación del Popular entre 2014 y 2020, dio igualmente cuenta de que, por informaciones de lugareños, el acusado era señalado como integrante de la sedicente organización criminal, por lo que en una ocasión lo registró e individualizó.

Sobre el faltante que hizo notar la juez, de alguna diligencia de allanamiento realizada a la morada del acusado si bien, como lo relevó la propia procuradora, venía siendo requerido e individualizado desde 2016 y apenas fue identificado en 2020, cuando se allanó su vivienda y luego se le capturó, repuso la libelista que resulta inexplicable tal conclusión, ya que desconoce el testimonio de Sergio Ferley Calle, quien se refirió al seguimiento del que venía siendo objeto por la policía desde 2016,

hasta sendos allanamientos y ulterior captura, por lo que estima dable concluir que antes de 2021 se conocía de la vinculación de Herrera al grupo delincencial de “La 38”, cobrando así realce las manifestaciones de Janet Castaño Bueno y de su finado hermano Omar, quienes señalaron a alias “Vitrício” como integrante “de la vieja guardia” de la referida organización delictiva.

De contera, estimó probadas las actividades criminales desarrolladas por el acusado en asociación criminal, y concretamente desvelada su participación en reunión a la que fue convocado el comerciante Jhon Fredy Sepúlveda para presionarlo al pago de una mal llamada “vacuna” (exigencia extorsiva) y además de estar a cargo de la plaza de vicio denominada *El Hueco*, por lo que reclamó la revocatoria del fallo absolutorio y, en reemplazo, que contra él se imparta condena.

**4.3. La defensora de David Alonso Herrera**, en su calidad de no recurrente, planteó que empero la claridad acerca de que su asistido nació en el barrio que es foco del accionar de la banda criminal, entre los años 2016 y 2021 se dedicó a trabajar con su hermano, a más de que no fue señalado por alguien de pertenecer a dicha agrupación, salvo lo dicho por algunos testigos quienes incurrir en meras suposiciones acerca de que asistía a la plaza de vicio de El Hueco, o que fue visto en compañía de integrantes de la proscrita organización.

Opina entonces que el fallo absolutorio fue recurrido sin sustento real ni argumentativo o probatorio, pasando a referirse a los medios de información que con vocación probatoria fueron descubiertos al formular acusación, como interceptaciones o vigilancia de personas o cosas, pero que no fueron utilizadas, ni siquiera para probar la existencia de la banda de “La 38”, por lo que sugiere que prevaleció más el afán de montar una persecución y buscar la conformidad del acusado con grave afectación a derechos y garantías.

Aseguró haber escuchado todas las interceptaciones que la fiscalía descubrió y en ninguna halló mención o reseña sobre el acusado, por lo que calificó de temeraria la actuación del persecutor, por promoverle juicio al señor Herrera sabido de la falta de pruebas, como lo enseña que no pudiera en la audiencia preparatoria solicitarlas, y que no fue óbice para que en los alegatos conclusivos pidiera condena, contando con los auspicios de la procuradora, de quien dijo que declinó su papel de representante de la sociedad para ser coadyuvante del ente fiscal, y remató con que la Juez “*llegó a conocimiento más allá de toda duda para absolver al encartado*”.



Tan concluyente afirmación no fue óbice para que la libelista a renglón seguido censurara a la fiscalía *por un apetito de condena a todo trance*, y solo porque haya habido testigos que vieran al procesado saludarse con miembros de la organización criminal en comento, inferir que era también miembro del clan; así que siendo la conducta o el verbo rector el de concertarse para cometer delitos, la carga probatoria de la fiscalía era demostrar dicho plan o concertación criminal, por lo que llamó la atención de esta Colegiatura acerca de que no por alguien vivir en un área de influencia de un grupo delincuencial, y ser ampliamente conocido, visitado en su casa y saludado por sus integrantes, pueda ser también responsabilizado.

Reparó en las múltiples omisiones en que estima hubo de incurrir la fiscalía, relevando la falta de corroboración de los hechos narrados por los presuntos testigos con la evidencia física obtenida por el persecutor; y que a falta de un plan metodológico que permitiera acusar a su asistido, fue convocado para testificar el investigador Sergio Ferley Calle, quien dio cuenta de la judicialización de más de cincuenta personas y de la recolección de elementos materiales probatorios y datos obtenidos de fuente humana, pero no participó ni promovió la actualización de esas fuentes en bases de datos como la del CTI, entidad a la que no pertenece, por lo que concluye, la libelista, que lo que hicieron en el referido cuerpo investigativo fue recoger declaraciones, verificar antecedentes, y con fundamento en las declaraciones acudir a un juez de control de garantías para obtener una orden de captura y luego acusar ante el juez de conocimiento; conclusión que se refuerza con lo informado por el investigador del CTI, Jesús Eduardo Ospina Pérez, quien dijo que la información que se obtiene en la sección de análisis criminal de ese organismo es meramente orientadora, lo que en buen romance significa que debe verificarse o corroborarse.

Como epílogo, expresó su extrañeza por la posición del fiscal de recurrir un fallo empero la verdad alcanzada por cuenta del debate probatorio suscitado, y censura que la impugnación hubiera estado orientada a atacar a la falladora y no las pruebas de favor, con lo que adviera que con ello se haya pretendido sembrar dudas frente al fallo sin elementos de juicio serios y contundentes. Pidió entonces que se tengan en cuenta sus observaciones acerca de que, i) el juicio se adelantó con el lleno de las garantías procesales; ii) se garantizó el principio de imparcialidad y la igualdad de armas; iii) la disciplina procesal y probatoria fueron reglas del juicio; iv) fue mínima y casi inexistente la actividad probatoria de la fiscalía; v) la fiscalía fue negligente y no demostró la concertación del acusado para las delincuencias de la banda de “La 38” como tampoco que perteneciera a alguna estructura criminal, solo —a lo sumo— que nació y está avecindado en el área de influencia de dicha agrupación, que en su medio de relación

lo distinguen por el remoquete de “Vitricio” y que habitantes del sector dicen “que es de la vieja guardia”, con lo que solo quieren significar que es un viejo conocido.

Paró mientes en la información brindada por la testigo Janet Castaño Bueno, quien hizo un relato histórico sobre los grupos criminales que operaban el sector y que un hermano suyo —que hacía parte de un grupo delincencial— fue muerto en 2005, así que la mención que hizo sobre el acusado fue que este se mantenía por el sector en compañía de “El Plomero” y llegó a verlo salir de la casa de este y, así mismo, tras la muerte de otro hermano en 2020, y que a otro hermano también, al parecer, visitó David Herrera en su residencia para instarlo a que se fuera, por lo cual tuvo que desplazarse y, de remate, echa en falta que tal testigo no se hubiera traído a juicio.

En cuanto a los testimonios rendidos por Jhon Fredy Sepúlveda y Santiago Segura Santa, dijo que quedó claro que ambos trataron de vincular a David Herrera a una reunión en la que les hicieron exigencias extorsivas (“vacunas”), sin embargo, aseguraron todo lo contrario, esto es que Herrera no estaba en la reunión y que solo llegó después, abogando por los comerciantes para que no los despojaran de una moto que Sepúlveda había obtenido con el fruto de su trabajo como vigilante; aspecto que la propia fiscalía destacó en el alegato final como hecho indicador de la adscripción de Herrera al grupo delincencial, porque tales arrestos no los tendría alguien sin ascendiente o poderío dentro de la organización, lo cual según la lógica de la libelista, no habría tenido que importarle, y antes le beneficiaba como para haber salido en defensa del dueño del velomotor.

Sobre lo dicho por Santiago Segura Santa, quien extrajo la conclusión de que Vitricio habría dado la orden del despojo del rodante porque lo miró feo, reparó en que después —en contrainterrogatorio— convino en que cualquiera hubiera podido hurtarlo, agregando que con Vitricio siempre hubo desencuentros por picapleitos y acosador de mujeres, y que precisamente “le cogió la mala” (ojeriza) porque los cabecillas le llamaron la atención y él dedujo que había ido a quejarse ante ellos.

Finalmente, arguyó que las pruebas documentales, testimoniales y periciales respaldan la teoría del caso de la defensa, esto es que su asistido es inocente, por lo que pidió confirmación integral del fallo absolutorio, que estimó asertivamente ajustado a la recta interpretación de los hechos, y fruto de una adecuada valoración probatoria.

## **5.- ASPECTO PROBATORIO.**

El señor David Alonso Herrera fue capturado por la vigilancia del barrio Popular N° 1 en mayo de 2021.

### 5.1. Testigos de la fiscalía.

Como prueba de cargo la fiscalía aportó el testimonio de **Sergio Ferley Calle Palacio**, encargado por años en el Gaula de identificar a miembros de grupos delincuenciales que operan en la comuna nororiental, entre los que se refirió a la banda de “La Treintaiocho”, con área de influencia en los barrios Popular Uno, Granizal y Santa Cruz, entre cuyas acciones destacó el cobro de extorsiones a comerciantes, a carros repartidores, el tráfico de estupefacientes y el desplazamiento forzado de lugareños, enlistando entre sus integrantes a alias Vitricio, de quien dijo que había sido señalado por otros testigos, y cuyo nombre de pila es David Alonso Herrera.

Detalló que Herrera fue capturado en mayo de 2021 por la guardia de El Popular Uno, que de él se solicitaron antecedentes y la Oficina de Paz y Reconciliación lo reportó como desmovilizado de las AUC, en tanto la Cuarta Brigada informó que no se le ha expedido salvoconducto para porte de armas de fuego. Mencionó, así mismo, a quienes figuraban como víctimas de las acciones delincuenciales de la aludida banda y quienes daban razón de la adscripción de alias “*Vitricio*” a la misma, enlistando a Janet Castaño Bueno, Jhon Fredy Castro Sepúlveda, Santiago Segura Santa y a Edwin Castrillón, personas a quien dijo haber entrevistado, resaltando la situación vivida por los comerciantes de mercancía puerta a puerta, Castro Sepúlveda y Segura Santa, al negarse a pagar “vacuna”, quienes dieron cuenta de la presencia de “*Vitricio*” y la posible orden que de él habrían recibido.

Cabe anotar que se le inquirió por la judicialización de más de cincuenta personas en la que hubo de participar y de la actualización frente a los reportes al CTI, sección de análisis criminal, lo cual no le compete porque no trabaja en tal organismo, si bien se hizo la solicitud, asintiendo también cuando se le inquirió por el reporte que dio acerca de que David Alonso Herrera aparecía como condenado por un porte de armas, según la respuesta que obtuvo sobre antecedentes.

También el policial **Jacobo Mazo Chavarría**, quien por seis años laboró en la estación del barrio Popular Uno, se refirió a la situación de orden público en el sector en el que se enseñorean bandas que amedrentan a la población, extorsionan a quienes tienen establecimientos de comercio, trafican con estupefacientes y desplazan a personas que se les oponen, destacando entre otras la banda de “La 38”.

Específicamente mencionó a por lo menos un centenar de personas de cuya judicialización se encargó y entre ellos enlistó a alias *Vitricio*, a quien por derecha reconoció que estaba presente en la sala de audiencias, destacando que hubo muchos señalamientos de la comunidad durante todo el tiempo que allá laboró, y que numerosas personas lo rotulaban como “de la vieja guardia” de la organización; sin embargo en conainterrogatorio asintió —a pregunta sugestiva de la defensa— en que nunca capturó a Herrera por cobro de extorsiones ni tabuló las informaciones ciudadanas que lo mencionaban como integrante del referido combo delincencial.

Es preciso anotar que **Janet Castaño Bueno**, quien acudió a declarar en juicio bajo medidas de protección de testigos por amenazas provenientes del “Combo de la 38”, avocada desde niña en el barrio Popular 1 por más de cuarenta años, de cerca ha sabido del accionar delictivo de dicha agrupación criminal, tanto que perdió a dos de sus hermanos, en los años 2005 y 2020; el primero en un enfrentamiento entre bandas sin ser miembro de alguna y el otro en retaliación por una redada policial que motivó primero amenazas (incluso, según refirió un hermano el propio *Vitricio* fue en su búsqueda y lo instó a retirar una denuncia o irse del barrio) y luego vino el atentado, memorando que cuatro sujetos fueron por su hermano a la casa, de lo cual ella fue testigo, y entre los mismos dijeron que iba alias “*Vitricio*”, aunque no lo vio, el cual manejaba el carro y es conocido como “*de la vieja guardia*” en la organización, a quien reconoció en imágenes de pantalla en la audiencia virtual y dijo que últimamente se le veía acompañado de los alias “*Plomero*” y “*Pitia*”, y aseguró que es uno de los que trafica con el expendio de drogas, que es una de las principales actividades que monopolizan en el barrio, junto con la extorsión a comerciantes.

**Jhon Fredy Sepúlveda Castro** también dio cuenta de las acciones delictivas en el barrio por parte de integrantes del “Combo de La 38”, pues desde niño los veía para arriba y para abajo, cobrando vacunas o pegándole a la gente, habiendo él sufrido el desplazamiento por amenazas de ellos, pues se dedicó a vender mercancías o enseres y los alias “*Mañez*”, “*Gorrión*” y “*Tití*” lo mandaron a llamar para extorsionarlo, y como les dijeron que no tenía para pagarles, lo mandaron por la mercancía, y como no volvió, le sentenciaron que lo iban a golpear, saliéndole al paso de una casa alias “*Toto*” y como a los diez minutos apareció “*Vitricio*” a quien conoce como miembro del referido grupo criminal, y reconoció que participaba de la audiencia. Sin embargo, dijo que no intervino en su desplazamiento y antes intercedió por él para que no le quitaran la moto, asegurando que se dedica a la venta de alucinógenos en plazas de vicio (una que funcionaba en una esquina al frente de su casa) la cual él maneja, así como al cobro de

vacunas, si bien nunca lo vio haciendo tales cobros, pero cuando se vive en un barrio se conoce a la gente y se sabe quiénes son los criminales que lo habitan.

**Sergio Farley Calle Palacio** fungió como testigo de acreditación a efecto de incorporar como prueba de referencia admisible el testimonio de Omar Hernán Castaño Bueno, rendida el 19 de mayo de 2020 (dos meses y medio antes de ser asesinado, y días después de que se produjeron varias capturas de integrantes del “Combo de la 38”), versión que entonces entregó al investigador y en ella se refirió a alias “*Vitricio*”, y aunque no dijo que le constaba que fuera de los que extorsionaba o mataba, sí que lo conocía por las plazas de vicio e integrante de tal agrupación, siendo “de la vieja guardia”, y acertó en señalarlo en ulterior reconocimiento fotográfico.

A su turno, **Santiago Segura Santa**, quien también era comerciante en la venta de mercancía a crédito, se refirió a los asedios que él y su colega Jhon Sepúlveda sufrieron por parte de integrantes de la banda de “La 38”, mencionando que fue citado por alias Gorrión, tras haber retenido a Jhon Sepúlveda, y que *Vitricio* estaba alentándolos, así que cuando él llegó lo despojaron de su moto, y luego tras irse *Vitricio*, lo golpearon. Agregó que con “*Vitricio*” siempre “se ha distinguido” (se reconocen), y se fue a los golpes con un primo suyo, le atribuye a él que lo señalen como cabecilla de la banda “La 38”, y lo califica como acosador de mujeres y picapleitos, asegurando que, conoció en sus andanzas por el barrio como comerciante que era *Vitricio*, quien tenía el control de los jíbaros y llegó incluso a oírlo dar instrucciones para atender él mismo a jovencitas que iban a comprar droga.

## 5.2. Testigos de la defensa.

**Edwin Alexander Herrera**, hermano del acusado, reseñó que su hermano trabaja con él en una bodega del aeropuerto Olaya Herrera, y que también trabajaron en la construcción otra por el sector de Guayabal, y era quien manejaba las mezclas de concreto y el encargado de sus trabajadores. Así mismo mencionó otras labores de albañilería en las que trabajó con él. Finalmente, dio cuenta de su conocimiento de la sedicente banda de “La 38” que opera en el barrio del cual proviene, y tangencialmente se refirió a un problema que su hermano David Alonso tuvo con un señor de tal organización por lo cual él dijo que se alejara de allí.

**Héctor Fabio Herrera**, otro consanguíneo del procesado (hermano medio), quien es intendente de la policía y trabaja en la Dirección de Tránsito y Transporte, dijo que sí conoce de la existencia de la banda de “La 38” aunque no tiene conocimiento de

que su medio hermano sea miembro de ese grupo y ninguna persona se le ha acercado a reportarlo por una adscripción tal, aunque sí menciona que lo estaban intimidando junto con su grupo familiar para que ingresara y “cogiera los hijos” de tal organización, especificando después de que el propio David lo llamó para comentarle de una situación que se estaba presentando en el barrio, que lo presionaban para pertenecer al referido grupo criminal, por lo que le recomendó que se fuera de allá.

**Ovidio de Jesús Betancur**, quien ha integrado la junta de acción comunal del barrio, dijo conocer a David Herrera desde hace unos veinte años y que es motejado como “*Vitricio*”, pero no le consta que pertenezca a un grupo delincuencial ni ha sido destinatario de amenazas de tal organización, ni por parte de Herrera.

**José Eyicer Vásquez Vásquez**, comerciante de abarrotes que vive en el barrio Conquistadores, dijo también “distinguir” desde hace unos veinte años a David Herrera y sabe de su detención más no las razones de la misma, y conoce de la existencia de la banda de “La 38”, pues escucha de su accionar por doquiera, pero no a sus miembros y tampoco que Herrera pertenezca a tal agrupación, en cambio sí sabe que trabaja con un hermano en pintura, en obra blanca.

**Jesús Eduardo Ospina Pérez**, abogado y antropólogo, quien trabaja en la sección de análisis criminal del CTI, seccional Medellín, manejando información del censo delictivo en el distrito, se encarga de rendir informes sobre estudios estadísticos y otros requerimientos de inteligencia policial, especificó que los informes que alimentan las bases de datos de la entidad son meramente orientativos, no pudiendo dar cuenta de la actualización de una información que fue pedida por la fiscalía del Gaula, en la cual dio cuenta de una persona conocida por el mote de “*Vitricio*”, asociándolo a un grupo de delincuencia organizada -GDO- conocida como banda de “La 38” con injerencia en el barrio Popular Uno, y anotó que en ese informe a “*Vitricio*” se le mencionó una sola vez, junto con todos los integrantes de esa organización, especificando que fue asociado a un número único de noticia criminal.

## 6.- CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para conocer del presente proceso en segunda instancia, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33 numeral 1° de la Ley 906 de 2004; y salvo el control de validez de la actuación, rige la justicia rogada; por ende, el tema de apelación fija el límite del pronunciamiento que realizará la Sala.

Expuesta la argumentación de los recurrentes, el problema jurídico a resolver gira en torno a definir si hubo o no error en la valoración probatoria que hizo la Juez de instancia, a fin de establecer si se alcanza o no el estándar necesario que soporta la decisión absoluta, a voces del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

En este caso, no hay duda alguna acerca de la conformación de la banda criminal conocida como “La 38” y su injerencia en el barrio Popular 1 de Medellín, tampoco respecto a que se dedican al tráfico de estupefacientes, extorsiones, desplazamientos forzados y homicidios, pero es la responsabilidad de David Alonso Herrera lo que ofrece el debate en esta instancia, pues la *a quo* consideró que no existía prueba para condenar, en tanto los testigos no lo vieron cometiendo hechos delictivos.

Ha de significar la Sala desde ya, que revisada en su totalidad la prueba practicada en el juicio oral, se advierten protuberantes yerros en los que incurrió la juez en su valoración, desconociendo que el delito de concierto para delinquir es de mera conducta, y basta con acreditar que la persona pertenece a un grupo delincencial sin que sea óbice que no hayan quedado demostradas las acciones en concreto a las cuales se orientó como finalidad asociativa la conformación del grupo. Veamos:

Sergio Ferley Calle Palacio, funcionario del Gula, al mencionar el historial delictivo del grupo delincencial “La 38”, y de acuerdo a las labores de individualización pudo determinar que, conforme al señalamiento de algunos testigos, el alias “*Vitricio*” corresponde a David Alonso Herrera; además, pudo identificar a algunas víctimas como Janeth Denisse Castaño Bueno, Jhon Fredy Castaño Sepúlveda, Santiago Segura Santa y Edwin Castillo.

Es así como, Janeth Denisse Castaño Bueno, testigo protegida por la fiscalía, por amenazas del citado grupo delincencial, contó que conoce a sus integrantes debido a que creció con todos ellos, y al vivir por más de 40 años en el barrio sabe de las actividades delictivas a las que se dedican; así mismo, narró de una manera clara, coherente y precisa que su familia estaba compuesta por 7 hermanos, 2 ellos fallecidos —el primero por problemas entre bandas y el segundo por ser testigo de la muerte de este—. Frente a ese último suceso dijo que 4 personas llegaron a la casa de él a matarlo, y entre ellos, según le dijeron sus vecinos estaba alias “*Vitricio*”, a quien identificó como David, pues lo conoce de toda la vida y es uno de los “*vieja guardia del combo*”, más o menos desde el año 1995.

Depuso que le tocó irse del barrio dos días antes de la muerte de su hermano, y alias *Vitricio* la estuvo buscando, dejándole razón con otro hermano de que retirara las denuncias o, si no que se fuera de allá.

Detalló que el procesado se mantenía por el sector del D1 con alias *Plomero* y *Pitia*, era la mano derecha de alias *Plomero*, se dedicaba al expendio de estupefacientes, y que prácticamente, los del combo al que pertenecía eran quienes mandaban en el barrio, por eso, nadie los denunciaba.

Al respecto, es notorio que la declarante identifica a los miembros de la organización criminal, incluyendo al procesado David Alonso Herrera alias "*Vitricio*", relato que no se aprecia descontextualizado ni con algún ánimo de perjudicarlo, y es veraz pues detalla desde cuando más o menos sabe que pertenece a la organización, con quién se mantenía y su principal labor dentro de ella, incluso lo reconoce con nombre propio pues crecieron juntos y pudo identificarlo en la audiencia.

Y si bien no presencié los sucesos que narró y en los que participó alias "*Vitricio*", también lo es que, independiente de que hubiese o no realizado los mismos, entre ellos el homicidio de su hermano y las amenazas de las que fue víctima, lo cierto es que es reconocido desde tiempo atrás por ser integrante del grupo delincencial concertado para cometer conductas ilícitas.

Lo que es corroborado por el testigo Jhon Fredy Sepúlveda Castro quien también ha residido toda su vida en el barrio Popular 1 y conoce al procesado desde cuando eran niños. Contó que él se dedicaba a vender mercancía en el sector y como no pagaba vacuna recibió una llamada de alias "*Mañez*" quien le dijo que subiera a la 42, estando allí lo inquirieron por no pagar, indicándole que ellos eran los que mandaban y que les entregara la mercancía, entonces les dijo que iría por ella, pero no volvió, por lo cual después lo citó el jefe de la banda en el parqueadero "La 38", y estando allí llegó alias "*Vitricio*", quien incluso intercedió por él para que no le quitaran su motocicleta.

Expresó que lo conoce como integrante del grupo criminal y siempre lo veía parado en las esquinas, "*atarbaneaba a la gente*" para mostrar que tenía el poder, se dedicaba a la venta de alucinógenos; y cree que no participó en su desplazamiento del barrio, reiterando que no lo vio cobrando vacunas o desplazando personas, pero sí puede asegurar que es del grupo criminal lo cual en el barrio es evidente (*vox populi*).



Testimonio que igualmente resulta coherente y sin ánimo dañino. Por el contrario, acepta que si bien no lo vio ejecutando ciertas conductas delictivas, ni lo amenazó en el suceso antes relatado, era de conocimiento de todas las personas que viven en el barrio que pertenece a la banda criminal “La 38”, lo que resulta ser veraz, pues se advierte extraño que David Alonso, si fuera persona ajena a esa organización, con las particularidades del proceder delictivo de estos colectivos, se hubiese atrevido a dar instrucciones e incidir sobre la voluntad de los miembros de la agrupación para que cesaran en el empeño de despojarlo de una moto —a modo de pago de sus exigencias extorsivas— indicando el testigo que incluso se sintió defendido por este, lo que evidencia, que sí hacía parte de la banda criminal y que podía opinar acerca de ese tipo de proceder.

Lo anterior, también fue confirmado por Santiago Segura Santa socio de Jhon Fredy Sepúlveda Castro, a quien igualmente le estaban exigiendo el pago de una vacuna por la venta de la mercancía, siendo citado a un determinado sitio e indicándole que su compañero Santiago estaba retenido allí. Al llegar estaban varios integrantes del combo, entre ellos, alias “*Vitricio*”, ese día le quitaron su moto y lo golpearon.

Manifestó que desde siempre ha distinguido a alias “*Vitricio*”, quien es “*montador*” o acosador de mujeres, esto último se lo dijo a los jefes de la banda criminal y como le llamaron la atención él “*le cogió la mala*”; sabe que se encarga de las plazas de vicio, y que cuando adolescentes de 14 años iban a comprar, él decía que se encargaba de ellas.

Así mismo, ilustró que en el barrio se sabe quién pertenece a la organización y cómo se distribuyen las tareas, y que en el caso de alias “*Vitricio*” era él que las manejaba o tenía control sobre los jíbaros.

Declaración que también resulta ser coherente y clara, pues si bien el testigo reconoció que el procesado no era de su agrado por la forma cómo se comportaba con las mujeres y demás, también lo es que en su relato siempre lo ubica como integrante de la banda criminal “La 38”, y sabía cuál era la actividad delictiva que realizaba dentro de ella lo que, además, confirma los dichos de los demás testigos respecto a que el acusado se encargaba de los estupefacientes.

A lo anterior, se suma lo dicho por Sergio Ferley Calle Palacio, quien introdujo como prueba de referencia la declaración de Omar Hernán Castaño Bueno, víctima de homicidio luego de hacerse efectivas unas capturas en el sector, pues en su momento

pudo reconocer a los integrantes de la organización, entre ellos, alias “Vitricio”, al cual conocía por las plazas de vicio y por ser de “la vieja guardia”, lo cual también ratifica lo relatado anteriormente frente a la labor del procesado dentro de la banda criminal.

En ese mismo sentido, Iván Darío Cano Saldarriaga, Patrullero de la Policía Nacional y quien desplegó sus labores en la Estación de Policía del Popular 1, indicó que se trata de un sector con un orden público difícil, liderado por la banda criminal “La 38”, dedicada al expendio de estupefacientes, extorsiones, desplazamientos y homicidios, e identificaba a algunos integrantes de la misma, como a alias “Vitricio”, a quien veía en la plaza “el hueco”, pero nunca le hallaron nada, así mismo, la señora Janeth Denisse Castaño Bueno le manifestó que él la mantenía amedrentada y que ella no denunciaba por temor.

Declaración que ubica nuevamente al procesado como integrante de la organización y la actividad que le correspondía realizar, siendo esto creíble pues no solo es corroborado por los demás testigos, sino que no se aprecia en ellos algún animo dañino; por el contrario, aceptó el patrullero que nunca le había hallado nada, pero que si era reconocido en el sector como miembro de “La 38”.

Testimonios que, se itera, son fidedignos y prueban no solo la existencia de la organización ilegal sino la responsabilidad del acusado, pues explican detalladamente y con suficiencia la razón de la ciencia de su dicho; lo que no sucede con los declarantes de la defensa, pues es notorio el afán por favorecer los intereses de David Alonso Herrera. Veamos:

Nótese que Edwin Alexander Herrera hermano del procesado, mencionó que en el año 2016 David Alonso trabajaba con él en una bodega del Aeropuerto Olaya Herrera, y en el 2017 en el centro de Medellín en la venta de blue jeans e hicieron un local en el sector de La Bayadera; que en el 2018 se encargó de realizar unas adecuaciones a un apartamento, y en 2019 y 2020 siguió laborando para él en reformas y acabados de casas, incluso cuando lo capturaron laboraba para él, todos los días de 8 a 6 pm, lo que recuerda porque tiene los contratos firmados.

Así mismo, aludió a que desde niño le decían “Vitricio” por flaco, pero no ha participado en bandas criminales, dejó el vicio meses atrás, y sabe que tuvo un problema con la banda “La 38”, y al momento de la captura vivía con su esposa en el barrio Manrique.

Lo que no resulta creíble, pues si su interés era mostrar que su hermano es un hombre trabajador y todo ese tiempo laboró para él, en horario completo todos los días, no siendo posible que cometiese tal comportamiento delictivo, debió aportar los certificados laborales o contratos que soportan su afirmación, pero al no hacerlo, sus dichos y la forma exhaustiva en como detalla lo realizado cada año y la actividad desempeñada, evidencia un testimonio preparado y con un marcado afán por beneficiar a su pariente.

Ahora, Héctor Fabio Herrera hermano medio del procesado e intendente de la Policía en la Dirección de Tránsito y Transporte, dice que a David Alonso le dicen “*Vitricio*”, que trabajaba con su hermano mayor en construcción y no conoce que perteneciera al aludido grupo delictivo, tampoco que alguna persona del barrio se lo hubiese manifestado y nunca lo ha visto consumiendo estupefacientes; lo que resulta insuficiente de cara a derruir los dichos de los testigos de cargo.

Lo mismo pasa con los testimonios de Ovidio de Jesús Betancur y José Eycer Vásquez Vásquez, pues ambos son contestes en afirmar que conocen a “*Vitricio*” desde hace más o menos 20 años, y no les consta que pertenezca a alguna banda delincuencia, ni que operen en el sector, ni a sus integrantes.

Destácase, además, que José Eycer Vásquez Vásquez, dice que es comerciante de abarrotes, que desde hace 20 años tiene una tienda de su propiedad en el Barrio San Cruz, que nunca ha sido víctima de extorsiones ni vacunas, como tampoco los transportadores que le llevan los productos, pues es un barrio muy sano.

Siendo ello poco creíble, pues se encuentra plenamente demostrado, y no fue objeto de discusión, que la banda criminal “La 38” se dedica al cobro de extorsiones al sector del comercio y a proveedores carros repartidores-, así mismo al tráfico de estupefacientes y al desplazamiento forzado, siendo su zona de injerencia los barrios Popular 1, Granizal, Santa Cruz y La Galera, por ende, se desconocen las razones por las cuales, el testigo dice desconocer tal situación cuando es de público conocimiento y la padecen los habitantes de esos sectores.

Por último, Jesús Eduardo Ospina de la Unidad de Análisis Criminal del CTI, presentó un informe orientativo contentivo de la información obtenida en las bases de datos acerca de actividades delictivas y sector de injerencia de la banda criminal “La 38” y cuenta con la relación de los nombres de los integrantes, donde figura David Alonso

Herrera como alias "Vitricio", sin que se encuentre ligado directamente a algún número único de noticia criminal.

Lo cual confirma la ubicación del acusado como miembro de la organización delictiva, y si bien, no se halla alguna noticia criminal en su contra, se itera, se procede de un tipo penal de mera conducta que basta con demostrar su pertenencia al grupo delincuencia, tal y como ocurrió en este caso.

Ahora, en respuesta a lo alegado como no recurrente por la defensora, respecto a que los señalamientos de algunos testigos parten de meras suposiciones, ello no es cierto, pues lo identifican a plenitud, llegaron a afrontar situaciones con él o en las que tomó parte, relativas a acciones de avasallamiento a los habitantes del sector, a fin mostrar su poder en ese lugar.

Entonces, asumir la pertenencia a un grupo delincuencia para obtener el control territorial de un sector, imponiéndose por la fuerza y cometiendo delitos, son la muestra flagrante del daño que ese proceder causa a toda una comunidad, que se siente indefensa por el actuar de este tipo de delincuencia y que se muestra atemorizada por sus acciones, como evidentemente, lo manifestaron las víctimas.

No puede la Sala, en consecuencia, dar pábulo a los argumentos de la defensora, quien se empeñó en su libelo, presentado como no recurrente, en señalar que hubo falencias investigativas, que la fiscalía buscó sostener una acriminación a todo trance y que el fallo absolutorio fue recurrido sin sustento argumentativo y probatorio, pregonando que se había llegado a satisfacer el conocimiento más allá de toda duda para absolver.

Valga puntualizar al respecto que parece entender equivocadamente la defensora que para absolver se requiere un conocimiento indubitable sobre la inocencia del procesado, lo que significa darle la vuelta al patrón que se reclama para condenar, que es un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad penal del acusado; por modo que si al confrontar los medios de prueba con ese exigente y alto estándar probatorio, no se copa tal exigencia por no haber trascendido del estado de duda razonable al más elevado de certeza, lo que corresponde es abonarle al reo el beneficio de la duda, sin embargo, en este caso dable es decir que no afloran dubitaciones de peso que hubieren debido llevar al juzgador de instancia a vacilar sobre una determinación de condena.

Huelga pues concluir que la razón está de lado de los impugnantes, esto es del delegado fiscal y de la procuradora, en el sentido de que el fallo recurrido adolece de protuberantes yerros valorativos que no se compadecen con una adecuada lógica argumentativa, pues asumió equivocadamente que ningún testigo de cargo tuvo ofrece información fiable acerca de que David Alonso Herrera sea integrante de una banda enseñoreada de un sector urbano y conformada para cometer pluralidad de delitos, pues no solo a través de prueba de referencia admisible, como fue la atestación del malogrado Omar Castaño, sino los testigos Janeth Castaño Bueno, Jhon Fredy Sepúlveda y Santiago Segura Santa, con refrendación o refuerzo en testigos oficiales como los investigadores Sergio Ferley Calle y Jesús Eduardo Ospina Pérez; en tanto que los testigos de favor, como los dos hermanos del procesado, Edwin y Héctor Fabio, uno comerciante y el otro policial, y habitantes del barrio Santa Cruz, como Ovidio Betancur y José Eyicer Vásquez, no pasaron de genéricas e interesadas adveraciones acerca de que no les consta la adscripción de David Alonso Herrera -alias *Vitricio*- a la banda de “La 38”, pero a la postre terminan dando fuste a su acriminación cuando el propio hermano termina informando que trató de disuadirlo para que se alejara cuando lo presionaban para que asumiera el control del grupo, o según sus propias palabras, “*para que cogiera los hilos*”, lo que muestra a las claras que tanta era la cercanía y ascendiente sobre el grupo que le reconocían semejantes dotes para liderarlo.

Ahora bien, el decir de testigos como los hermanos, cuyo vínculo filial suscita sospechas porque tendrían interés en sacar adelante la pretensión del procesado de librarse de la acción punitiva y sus drásticas consecuencias, que el procesado se aplica a actividades lícitas manejándole a su hermano Edwin (al parecer exitoso constructor y empresario) una máquina mezcladora y ser capataz de obras, en tanto que otro testigo de favor como José Eyicer Vásquez lo presentó como pintor de obra blanca, muestran que ni siquiera en tal coartada se ponen de acuerdo para ofrecer datos fiables acerca de su real vinculación y actividades.

Advierte entonces esta Sala que el probado relacionamiento de David Alonso Herrera, contrario a la visión del *A quo* que parece haber entendido que andar con integrantes de una banda no significa que comparta designios con estos, ofrece elementos de juicio que robustecen el indicio de oportunidad, pues si Herrera era visto frecuentando las moradas de reconocidos integrantes de la banda criminal o era visto en andanzas con estos, pues se mantenía con los alias “*Pítia*” y “*El Plomero*”, como bajo juramento lo sostuvo la testigo Yanet Castaño Bueno; a más de que fue señalado por varios testigos de cargo de que integraba la fermentada organización de vieja data por ser “*de la vieja guardia*” no puede ser, como lo entendió la *A quo*, que esta

expresión por sí misma no sea significativa ni lleve a la intelección acerca de su veteranía el procesado dentro las filas del grupo delictivo.

Debe significarse que la aceptación por la defensa en su libelo —como no impugnante— de que el juicio se rodeó de las debidas garantías, con observancia de los principios de imparcialidad e igualdad de armas entre los contendientes, y que la disciplina procesal y probatoria fue el sino de la actuación, ofrecen desde la defensa un parte de la solidez; en tanto que los miramientos hechos a renglón seguido acerca de que la fiscalía quedó a medias en la demostración de la concertación del acusado para el despliegue de actividades ilícitas de manera mancomunada en la estructura criminal de la banda de “La 38” (cuya existencia admite que no hay modo de poner en tela de juicio), porque solo se probó que nació y está avecindado en área que es radio de acción de tal grupo criminal, y que ser señalado por varios de “*ser de la vieja guardia*” es expresión polivalente que podría significar apenas ser conocido de vieja data, son argumentaciones carentes de fundamento, avasalladas por el abrumador peso de las pruebas de cargo, que demuestran de manera indefectible, más allá de toda duda razonable, que David Alonso Herrera sí se coaligó con otros en asociación criminal rotulada como “*banda de La 38*”.

En ese orden de ideas, se concluye que las pruebas practicadas e introducidas en el juicio, permiten demostrar que la judicatura ha obtenido un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito atribuido y la responsabilidad del acusado; razón por la cual, se impone revocar la absolución, para en su lugar, declarar a David Alonso Herrera penalmente responsable por la comisión del delito de concierto para delinquir agravado.

## 6.1- Punibilidad

Acogiendo la línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, sobre la improcedencia de la realización de la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en sede de segunda instancia, se pasará a determinar la pena de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup> “El criterio plasmado no varía aún en el evento de que en segunda instancia se revoque una sentencia absolutoria y en su lugar se condene al procesado.

“En efecto, la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010, denominada individualización de pena y sentencia, sólo está prevista para la primera instancia, como quiera que es una actuación subsiguiente al anuncio del sentido del fallo una vez finalizada la vista de juicio oral, en la medida que este sea de carácter condenatorio, según se colige del artículo atrás mencionado y del 446 ejusdem.

“En segunda instancia no hay juicio oral, tampoco anuncio del sentido del fallo, luego por consiguiente menos la audiencia referida, de ahí que el ad Quem decidirá lo concerniente con la pena y mecanismos de sustitución de acuerdo con la información que le aporte el proceso, lógicamente basándose en los criterios que consagra el artículo 61 del Código Penal para individualizar la sanción”. (Sentencia del 14 de agosto de 2012, adoptada en el Radicado 38467)

El delito de concierto para delinquir agravado -art. 340 inc. 2 del C.P- comporta:

<b>PENA DE PRISIÓN</b> 96 a 216 meses (8 a 18 años)		
<b>ÁMBITO DE MOVILIDAD</b>		
<b>CUARTO MÍNIMO</b>	<b>CUARTOS MEDIOS</b>	<b>CUARTO MÁXIMO</b>
96 a 126 meses	126 meses 1 día a 186 meses	186 meses 1 día a 216 meses

Los factores a tener en cuenta para la tasación de la pena, se encuentran previstos en el artículo 61 del C.P., y lo primero que debe indicarse es que al no haber sido imputadas circunstancias de mayor punibilidad y en cambio, configurarse una de menor, por la carencia de antecedentes penales –Art.55-1 del C.P.–, la sanción debe fijarse dentro del primer cuarto de movilidad.

Al respecto es de aclarar que, de acuerdo a lo informado por el testigo de cargo Sergio Farley Calle Palacio, así como a lo indicado por la defensa en los alegatos conclusivos, al acusado le figura un antecedente penal por porte de arma, sin embargo, no se ahondó en tal aspecto, pues ni siquiera se supo la fecha de la conducta y tampoco obran en la carpeta elementos probatorios que así lo evidencien, por ende, mal haría la Sala en no tener en cuenta la circunstancia de menor punibilidad.

Recuérdese que respecto a este tema desde tiempo atrás ha indicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

*“... El concepto de antecedente penal, que recoge el artículo 55 en su numeral primero, implica la existencia de una condena judicial definitiva (artículos 248 de la Constitución Nacional, y 7º del estatuto procesal penal), al momento de la comisión del delito que se juzga, pues las circunstancias de mayor o menor punibilidad se encuentran referidas a la conducta investigada, o momento de su ejecución, no al del proferimiento del fallo. En esto le asiste razón al casacionista, pero como ya se dijo, esta no es la situación que se presenta en el caso analizado.*

*En cuanto a la forma de demostración, ha de precisarse que la ley no tarifa el medio de prueba. Esto significa que puede hacerse a través de la aportación de los fallos judiciales respectivos, o de cualquier otro medio que permita establecer inequívocamente su existencia, como la confesión, la inspección judicial, la prueba documental distinta de las sentencias (certificaciones), y la testimonial inclusive, aunque lo ideal es que el funcionario judicial acuda a la primera alternativa, en cuanto le permite conocer en detalle lo acontecido, y tener una mejor visión de la personalidad del acusado...”<sup>2</sup>*

<sup>2</sup> CSJ. Sala Penal. Rad. 20597 del 18 de febrero de 2004.

Ahora, como no se observa en la conducta mayor gravedad a la que le es propia, no avizorándose alguna otra situación adicional que exija un mayor rigor, conforme a criterios de proporcionalidad o fines de retribución justa, principalmente, en garantía de un adecuado ejercicio sancionador, que se atenga a criterios moduladores de la actividad judicial (artículo 27 CPP) evitando excesos contrarios a la justicia, en su dimensión aristotélica de moderación o justo medio, se deberá fijar en el tope mínimo, esto es, en 96 meses de prisión, y la consecuente inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso –Art. 52 inc. 3 CP–.

No procede la concesión de subrogados por expresa prohibición legal –art. 68A CP–.

## 6.2.- Impugnación especial.

En los términos del Acto Legislativo 01 de 2018 y la providencia AP1263-2019<sup>3</sup>, por ser la primera condena en segunda instancia, contra esta decisión procede impugnación especial para el acusado y/o su apoderada judicial, mientras las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín el 1 de septiembre de 2021, y en su lugar, **condenar a David Alonso Herrera** identificado con C.C. 8.431.247, nacido el 29 de mayo de 1986, **a la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión**, al hallarlo penalmente responsable del delito de concierto para delinquir agravado -art. 340 inc. 2 del C.P.–.

**SEGUNDO: Imponer a David Alonso Herrera** la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la pena privativa de la libertad –art.52 C.P.–.

---

<sup>3</sup> Radicación 54215 del 3 de abril de 2019 “2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la **primera condena emitida en segunda instancia** por los tribunales superiores”.



**TERCERO:** No procede la concesión de subrogados por expresa prohibición legal –art. 68A CP-, debiendo purgar la pena en el establecimiento penitenciario que designe el INPEC. Expídase la correspondiente orden de captura.

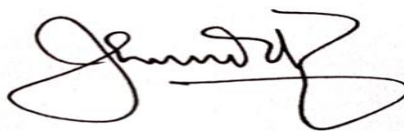
**CUARTO: Compulsar** copias del presente fallo, con destino a las autoridades pertinentes, de conformidad con lo señalado en el art. 462 numeral 2 del CPP y demás normas concordantes.

**QUINTO:** Esta decisión se notifica en estrados y en los términos del Acto Legislativo 01 de 2018 y la providencia AP1263-2019<sup>4</sup>, contra esta decisión procede impugnación especial para el acusado y/o su apoderada judicial, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso extraordinario de casación.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO**  
**MAGISTRADO**



**JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ**  
**MAGISTRADO**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**  
**MAGISTRADO**

---

<sup>4</sup> Radicación 54215 del 3 de abril de 2019 “2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la **primera condena emitida en segunda instancia** por los tribunales superiores”.