



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ.

Auto pruebas: 2021-06578

Aprobado mediante acta 127

Medellín, agosto nueve (9) de dos mil veintitrés (2023)

La negativa de la práctica del testimonio del joven Kevin Stiven Zapata Rivas por parte del Juez Dieciocho Penal del Circuito de esta ciudad el 29 de junio último, fue apelada por el defensor del señor **Gustavo Adolfo Álvarez Hoyos**, a quien se le está adelantando esta actuación por las conductas de uso de menores de edad para la comisión delitos y fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, previstos en los artículos 188D y 365 del Código Penal, y por ser competentes para ello¹ procedemos a su análisis y solución.

ANTECEDENTES

¹ En atención al numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

1. La solicitud.

En audiencia realizada el 5 de octubre de 2021 se formuló acusación en contra del señor **Gustavo Adolfo Álvarez Hoyos** como coautor de las conductas de uso de menores de edad para la comisión delitos y fabricación, tráfico, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones, previstos en los artículos 188D y 365 del Código Penal, en atención a los siguientes hechos narrados en la audiencia a partir del minuto 7:30:

“Aproximadamente las 20:35 horas del día 11 de abril del año 2021, momentos en que el patrullero DIEGO ARMANDO CASTRO MONTEJO estaba realizando labores de patrullaje por la carrera 64 C con calle 67 barrio Caribe en compañía del señor patrullero ANDRES LOPEZ GUTIÉRREZ CC 1.054.924.020, integrantes del cuadrante 1-13 del CAI CARIBE, recibieron una llamada al celular del cuadrante, donde les indicaban que sobre la carrera 64 C con calle 74 se encuentran tres ciudadanos, informando que uno estaba vestido de camiseta negra, el otro de camiseta azul y el otro de camiseta gris, quienes se encontraban extorsionando a los comerciantes de este sector y que pertenecen a un grupo delincuencial y que al parecer se encuentran armados, por este motivo procedieron a llegar hasta el lugar y observaron a tres sujetos con las características informadas a través de la comunicación.

Luego de que estos sujetos notan la presencia policial, uno de ellos, el que vestía camiseta color negra y pantalón jean azul, procede a pasarle un bolso color negro al que viste camiseta gris con pantalón negro, quien bota el bolso al suelo. Estas tres personas emprenden la huida e ingresan a una casa sobre la carrera 64 C No 74-59.

Entonces el patrullero DIEGO ARMANDO procedió a recoger el bolso que botó el ciudadano, mientras que el otro compañero los seguía, procedieron a ingresar a esa residencia sin perder de vista a estos 3 ciudadanos, le solicitaron un permiso para ingresar a un ciudadano que se encontraba en las escaleras del segundo piso quien se identificó como HERNANDO ALVARO RAMIREZ CC 15.265.151, manifestó ser el administrador de la casa, y

continúan la persecución de estas personas hasta el tercer piso observando que por las escaleras el joven que se encuentra de camisa azul tira un arma de fuego tipo revólver que posteriormente se verifica y corresponde a un calibre 38 pavonado con empuñadura negra de madera con 3 cartuchos para el mismo. Los Patrulleros Proceden a solicitar apoyo por las demás patrullas del sector, ya en el tercer piso el ciudadano que vestía buso negro y pantalón jean azul quien posteriormente se identificó como JULIAN DARIO ALVAREZ AGUDELO, no indicó más datos sino su nombre y su cédula y no opone resistencia al procedimiento policial dejándose registrar y los otros dos ciudadanos se subieron al techo de esta residencia donde las tejas se rompieron y caen al segundo piso de la residencia.

Ya en compañía de otras patrullas del sector se logra aprehender a estos dos ciudadanos quienes se identificaron verbalmente como GUSTAVO ADOLFO ALVAREZ, quien se encontraba vestido de camiseta gris y pantalón negro, y KEVIN STIVEN ZAPATA T.I 1.025.880.576 de Medellín, quien se quitó la camiseta azul que llevaba puesta al subirse al techo de esta casa, quien fue el que botó el arma de fuego por las escaleras.

Posteriormente procede a verificar en el bolso que tiró el ciudadano que vestía camiseta gris y pantalón negro observando que al interior del mismo hay un arma de fuego tipo revólver calibre 38, serial interno 36904, pavonado, empuñaduras blancas de polímero, con 3 cartuchos para el mismo, motivo por el cual proceden a darle a conocer a los ciudadanos Julián Darío Álvarez Agudelo y Gustavo Adolfo Álvarez los derechos como personas capturadas por el delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de armas de fuego.

Al joven adolescente KEVIN STIVEN ZAPATA se le da a conocer sus derechos y es aprehendido siendo las 20:55 horas por el delito de tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, e inmediatamente se lleva al joven menor de edad ante los funcionarios de judicialización de adolescentes. Ya posteriormente fueron llevados a la URI estas personas, y el arma fue valorada por el funcionario...”

La audiencia preparatoria se realizó el 29 de junio anterior, y en ella las partes solicitaron la práctica de varias pruebas, entre las cuales, en lo que será objeto de apelación, el defensor

pidió el testimonio del joven Kevin Stiven Zapata, quien también fue aprehendido en el desarrollo de los hechos siendo menor de edad.

En relación con su pertinencia se indicó que haría una narración completa sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos el día de la captura del señor Gustavo Adolfo, lo cual determinará si concuerda o no con lo aducido por los policiales en la audiencia de juicio oral y lo que manifestaron en los informes de captura, solicitando que de ser todavía menor, porque desconoce esa situación, aunque *"ya ha pasado tiempo"*, se autorice la entrevista o la declaración del testigo con representante del Ministerio Público y tomando todas las medidas de seguridad, *"o mejor para no revictimizar al menor por su condición"*.

2. La oposición.

En relación con este testimonio, la Fiscal indicó que había que tener presente que, aunque este testigo en este momento tuviera la mayoría de edad, había un derecho que lo salvaguardaba como menor al momento de su aprehensión, y era guardar silencio frente a los hechos.

3. La decisión.

El Juez negó la práctica de este testimonio.

Explicó inicialmente que competía a la defensa establecer el aspecto puntual de la minoría de edad y el procedimiento a

adelantarse, pero en todo caso consideró que le asistía razón a la fiscal, en tanto que este testigo estaba comprometido con la comisión de una conducta punible y por ello estaba amparado por ese principio de inmunidad constitucional dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política, diferente a lo que ocurre en sede del mismo proceso penal.

A Kevin Stiven Zapata se le activó un proceso penal en la jurisdicción de menores, infancia y adolescencia, y esa razón de alguna manera impedía decretar ese testimonio, en el entendido de que él no estaría obligado a declarar en este proceso oral y público.

4. La apelación.

El defensor interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de la negativa de este testimonio.

Explicó que Kevin Zapata fue un menor aprehendido el día de los hechos y efectivamente está siendo procesado por ellos, sin que se sepa hasta la fecha qué ha pasado con esa actuación ante infancia y adolescencia, resultando importante su testimonio porque vendría al juicio a decir lo sucedido, y así se podría determinar si su versión concuerda o no con lo manifestado por los policiales en los informes, buscando la verdad.

Destacó que si el señor Kevin Stiven en su momento decidía no dar su testimonio, *"pues este defensor no tiene el elemento material probatorio para impugnar la credibilidad o tratarlo*

como testigo hostil", con todas las variantes que se puedan dar para hacerlo comparecer o para que narre de nuevo lo que dijo, insistiendo en que lo que se quiere saber es la verdad y este testigo hace parte "de esa verdad real, de esa verdad procesal".

Expuso que no se podía excluir un testigo por el solo hecho de que está siendo procesado por aparte en la jurisdicción de infancia y adolescencia, sin saber si quiere o no rendir su testimonio, porque muchas veces ha ocurrido que durante el juicio coacusados deciden guardar silencio y otros no, dependiendo de la teoría que tenga el defensor en ese proceso. En esta actuación para su teoría resultaba indispensable el testimonio de Kevin, y a la fecha no se sabe o no podemos suponer que este joven no quiere dar su versión en el juicio, y lo que se buscaba es que declararan las personas que tienen un conocimiento de lo que ocurrió el día de la captura, más él que está siendo procesado, y es importante conocer lo que realmente pasó, cotejarlo y determinar si es diferente a lo que narraron los policiales, y si el testigo decide no declarar reconoce que es una opción y un derecho que tiene, sin que podamos adelantarnos a lo que éste piense respecto de rendir su declaración.

5. La no recurrente.

La delegada de la fiscalía solicitó se confirme la decisión, resaltando que la misma fue adoptada conforme a los lineamientos legales y constitucionales, que protegen a los menores. La Ley 1098 respeta y salvaguarda los derechos de aquellos, y la misma defensa está diciendo que hay un proceso

y que el señor Kevin fue aprehendido en flagrancia por estos mismos hechos. Nuestra legislación protege al menor, y por ello lo sacan precisamente de esta jurisdicción ordinaria y lo llevan a un procedimiento diferente regido por la Ley 1098 "*la cual no se puede traer a colación acá, o sea está vetado por esa situación*".

CONSIDERACIONES

Nos corresponde analizar si la decisión proferida por la primera instancia fue correcta en cuanto a la inadmisión del testimonio del joven Kevin Stiven Zapata Rivas, que en esencia se refiere a que al haber sido capturado como posible participante de la comisión delictiva, goza del privilegio a guardar silencio y a no autoincriminarse, conforme lo establece el artículo 33 de la Constitución Política, aspecto que discute el defensor en el sentido de que esta declaración no puede ser excluida por el solo hecho de que el testigo era menor y estaba siendo juzgado por otra jurisdicción.

Para empezar debemos recordar que el artículo 33 de la Constitución establece que "*Nadie podrá ser **obligado** a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*"². Esta garantía no está en discusión.

En nuestro caso, podemos entender que se trata de un adolescente que fue aprehendido y dejado a disposición de

² Negrilla nuestra.

Infancia y Adolescencia, jurisdicción que al parecer está adelantando un proceso paralelo a esta actuación. Así se deduce de los hechos narrados, y la misma fiscal así lo confirmó en su intervención, y por ello tampoco hay controversia en que la prerrogativa debe ser aplicada, pero no en los términos en los que lo deduce el Juez, negando la declaración.

Como vimos, de su misma literalidad puede entenderse que el derecho a la no autoincriminación no es de naturaleza indisponible. Se equivoca el Juez al plantear una cierta inexistente prohibición. Lo relevante es que de manera previa a la declaración, sobre todo en aquellos casos en que se trata de un procesado, se le haga la advertencia al involucrado de que goza de esa protección, que en todo caso recordemos va atada a la presunción de su inocencia y al derecho de defensa, y en esa medida *"Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar."*, según explicaba la Corte Constitucional en sentencia C-621 de 1998.

Con este parámetro, entonces, de consentimiento informado, consideramos que se permiten este tipo de declaraciones, considerando incluso que es el mismo derecho que opera para los procesados que renuncian a guardar silencio para declarar en su propio juicio. Otra cosa es que el testigo decida no declarar. La fiscal no dijo cuál era la regla de la Ley de Infancia y Adolescencia que le parecía impedía las declaraciones de los menores en otros casos adelantados por igual situación fáctica,

y el hecho de si el testigo aún es menor o ya adquirió la mayoría de edad, solo impondrá la forma o el procedimiento en que pueda recibirse legalmente su declaración.

En estas condiciones, avanzando en el análisis de si el testimonio resulta conducente, pertinente y útil, de lo dicho por el defensor para sustentar estas tres aristas, entendemos que la declaración reúne esos tres requisitos, y ello no fue objeto de disenso.

Al solicitar la prueba, el defensor aludió a que el joven Kevin Stiven estuvo presente en los hechos, y que por ello conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, además de que con su versión se pretende controvertir las manifestaciones de los patrulleros realizadas en los informes de policía, por lo que en virtud del principio de libertad probatoria (artículo 373 de la Ley 906 de 2004), respecto del cual, a la determinación o solución del objeto central de disenso, "*Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso...*", puede llegarse por cualquiera de los medios lícitos habilitados, encontramos que la prueba resulta admisible, y por estas razones se revocará la decisión y se dispondrá su realización, con las advertencias antes enunciadas.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal:**

RESUELVE

Revocar la negativa del testimonio del joven Kevin Stiven Zapata Rivas, el cual se decreta y cuya declaración deberá ceñirse a las condiciones y advertencias indicadas en la parte motiva de esta decisión.

Cítese a audiencia virtual para su notificación. Se informa que contra la presente decisión no proceden recursos.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN