Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 520016000000 2016 00283 01
Número Interno	: 19268
Procesados	: DFOG, LFBO y GACC.
Delito	: Destinación Ilícita de bien inmueble y otros
Aprobado	: Acta No. 23 del 24 de septiembre de 2018

DECRETO DE PRUEBAS - PERTINENCIA INDIRECTA –Es necesario "establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado*". /* DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES - Deber de las autoridades de garantizar su tutela dentro de un proceso penal – Hay lugar a decretar el testimonio solicitado por la Fiscalía, en tanto ésta cumplió con su carga argumentativa, presentando un sustento suficiente que permite establecer una relación entre el hecho secundario y antecedente de la investigación y aquellos que dieron como resultado la aprehensión de los acusados, así mismo la prueba tiene por objeto hacer más probable su teoría del caso; sin embargo, en aras de proteger el derecho a la intimidad de los menores afectados quienes son víctimas del delito de tráfico de estupefacientes, los cuales no fueron citados como testigos y con el fin de aclarar sobre la confusión que se presentó respecto a un listado que relaciona los nombres de posibles consumidores menores de edad, el cual no fue descubierto por el ente instructor ni se anunció su interés o pertinencia para introducirlo de manera autónoma en el juicio, se determina que éste no podrá emplearse para hacer conocer los nombres de quienes lo integran, ni podrá ser incorporado o introducido al debate oral. /

San Juan de Pasto, primero (1º) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra el auto del 7 de mayo de 2018, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto que negó el decreto del testimonio de OHC, solicitado como prueba de cargo.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Adelantada la investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, se ordenó la práctica de registros y allanamientos que se llevaron a cabo en el municipio de Chachagüí el 27 de marzo de 2016[1], lo que arrojó como resultado la captura de varias personas, entre ellas **DFOG, LFBO** y **GACC.**

El avance del trámite dio como resultado la celebración de preacuerdos que dieron origen a la ruptura de la unidad procesal, pero además a la acumulación de escritos de acusación, que llevaron a consolidar un solo proceso en contra de los precitados a cargo de la Fiscalía Cuarta Especializada de Pasto y como juzgado de conocimiento el Cuarto Penal del Circuito también de Pasto, para luego desarrollarse el 10 de abril de 2018, la audiencia de formulación correspondiente[2].

Posteriormente se celebró la audiencia preparatoria el 7 de mayo de 2018, en la cual se realizó el descubrimiento probatorio en primer lugar por el defensor de la señora **GACZ** y en segundo lugar por parte del defensor de los señores **OG** y **BO**, lo que dio paso a la enunciación probatoria tanto de la Fiscalía como de la defensa, y la consecuente solicitud de pruebas, así como la voluntad de estipular el hecho concerniente con la plena identidad de los acusados.

---

[1] Según datos registrados en el escrito de acusación presentado el 1º de noviembre de 2016- Fl. 12 de la carpeta principal

[2] Fl. 47 de la carpeta principal

En lo que es objeto de la apelación, el ente acusador requirió el decreto del testimonio del señor OHC, rector de la Institución Educativa Chachagüí para la época de los hechos, la que resulta pertinente porque uno de los aspectos de la teoría del caso de la Fiscalía tiene que ver con la problemática de consumo vivenciada en las instituciones educativas del municipio de Chachagüí, especialmente en el centro educativo en el que el testigo era rector, razón por la cual hará más probable la ocurrencia de la conducta delictiva, reafirmando las labores investigativas que se realizaron tras las quejas sobre la proliferación de vendedores de sustancias ilícitas en la región, además de que colaboró con la investigación dando a conocer que detrás del colegio se reunían varios jóvenes consumidores, cuyos datos se registran en un documento o listado que también fue solicitado y será utilizado con la finalidad de refrescar memoria.

La defensa de los señores **OG** y **BO** se opuso al decreto antedicho dado que dicha prueba vulnera el interés superior de los menores de edad, además de no ir acompañado de algún tipo de sustento que se relacione con la intervención o investigación interna que se haya adelantado por el comportamiento de los menores y si se presume que son consumidores no se tiene demostrado que pasó respecto de algún proceso de rehabilitación o que se cuente con la autorización de los padres.

2. DECISIÓN IMPUGNADA

El *a quo* no accedió al decreto de la prueba testimonial referida porque efectivamente vulnera el derecho a la intimidad de los menores, por lo cual era necesario la

intervención del defensor de familia y acudir ante un Juez de Control de Garantías, lo cual no se adelantó, tornándose la prueba en ilegal, además de no ofrecer mayor aporte respecto de la responsabilidad penal de los procesados.

3. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

La Fiscalía explica que la finalidad de la solicitud probatoria relacionada con el testimonio del señor OHC es hacer más probable la teoría de cargo sobre la comisión de la conducta de tráfico de estupefacientes, pues tal como se registra en el escrito de acusación la problemática se centra en la venta y distribución de sustancias psicoactivas en el municipio de Chachagüí, donde se tiene que la actividad de mayor gravedad se realiza tanto al interior como exterior de la Institución Educativa de dicho municipio, y tal como se ha manifestado, en instancias anteriores, el rector de la Institución ha colaborado con las labores investigativas certificando varias situaciones y aportando una lista de estudiantes detectados como consumidores.

Así el testigo relatará respecto de la problemática de consumo sobre la cual realizó varias intervenciones, sin mencionar nombres, como así se hizo durante el trámite de las audiencias preliminares, lo cual es pertinente porque hace referencia a los hechos de manera indirecta, haciendo más probable el desarrollo de la conducta delictiva especialmente en los centros educativos, a la vez que permitirá que los testimonios de los policiales ya decretados adquieran más fuerza porque ellos basaron sus actividades investigativas en esa situación, y si bien no se referirá directamente a los acusados si lo hará respecto de circunstancias de modo,

tiempo y lugar del desarrollo de la conducta punible, y en general de circunstancias que observó en su calidad de rector de la institución, siendo así pertinente para la teoría del caso de la Fiscalía.

Por lo anterior solicita a esta Corporación se decrete la prueba sin que ella sea vulneradora de derechos de los menores pues no se pretende introducir sus nombres, llamarlos a declarar ni menos determinar si son o no consumidores, sino que se necesita que el señor rector se refiera a lo que estaba ocurriendo dentro de la institución educativa.

4. INTERVENCIÓN DE LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES

4.1. Defensa de la señora GAC:

No realizó ninguna observación sobre la apelación.

4.2. Defensa de los señores DFOG y LFBO:

Solicita que no se tenga en cuenta la pretensión de la Fiscalía, porque en la etapa de juicio oral se debe establecer la responsabilidad de la conducta de cada uno de los procesados, aspecto para el cual no se presenta al testigo, cuando además según lo explica la Fiscalía no se tendrá en cuenta la lista de estudiantes, con lo que pasaría a ser una hipótesis subjetiva o apreciación de índole personal por parte del testigo, además de que no se realizó ningún tipo de acompañamiento psicológico de los menores ni se emitió concepto de los defensores de familia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.2. COMPETENCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión emitida el siete (7) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

Se tiene en cuenta además que el tema a tratar tiene que ver con la negativa al decreto probatorio de una prueba testimonial, lo cual no merece ninguna discusión respecto a la procedencia del recurso de apelación y la competencia que le corresponde a esta Sala para estudiar de fondo el asunto, conforme se explica por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 27 de julio de 2016 dentro del Radicado No. 47469 con ponencia del Magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará en esta oportunidad de discernir si debe decretarse el testimonio de OHC solicitado por la Fiscalía, persona que se desempeñaba como rector de la Institución Educativa Chachagüí de dicha municipalidad, quien declarará sobre el consumo de sustancias psicoactivas en dicho centro educativo.

5.4. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Como lo explicó esta Sala en anterior oportunidad[3], El debate probatorio en la audiencia preparatoria gira en torno a la carga argumentativa que le corresponde a las partes para explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de sus solicitudes tendientes al decreto de determinada prueba, sobre lo cual la CSJ de manera muy concreta en auto AP2399-2017 del 18 de abril de 2017, radicado 48965 explica lo siguiente:

> ***(v) Exigencias de conducencia, pertinencia, utilidad y racionalidad de la prueba, como presupuestos para la ordenación de su práctica***
>
> *Esta Sala ha sostenido pacíficamente que la conducencia presupone que la prueba solicitada debe estar legalmente permitida como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta objeto de investigación o de la responsabilidad del procesado.*
>
> *La pertinencia, que guarde relación con los hechos objeto del debate, y que tenga, por tanto, aptitud suficiente para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada y sus consecuencias, así como sus posibles autores.*
>
> *La racionalidad, que materialmente sea posible su práctica, dentro de las circunstancias específicas que demanda su realización. Y la utilidad, que tenga capacidad para demostrar o refutar la hipótesis fáctica planteada[4].*

Ahora bien, de cara a la petición probatoria que realiza la Fiscalía y que le es negada, fundamentada en el tema de

---

[3] TSP, SP 28 agosto de 2018 Radicado 520016000485201503526 NI 14424. MP Blanca Lidia Arellano Moreno

[4] CSJ SP, 3 de septiembre de 2014, radicado 43254.

pertinencia, la normativa que lo regula es el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, que enuncia:

> *"El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito."*

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

> *«Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados:* ***la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho.*** *La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular*
> *(…)*
>
> *En un sistema de tendencia acusatoria como el regulado en la Ley 906 de 2004, la delimitación de la acusación está confiada íntegramente a la Fiscalía, y, en general, las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes corren a cargo de las partes. Siendo esto así, son éstas las que están en capacidad de explicar en la audiencia preparatoria por qué un determinado medio de conocimiento se relaciona con los hechos que constituyen el tema de prueba, correspondiéndole al juez evaluar la razonabilidad de los argumentos expuestos y tomar las decisiones que correspondan (…)*[5]*"*

---

[5] CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153

Adicional y recientemente la Corte Suprema de Justicia, respecto de la pertinencia también ha mencionado que,

> *"(i) la argumentación de la pertinencia conlleva la explicación de la relación que existe entre la prueba que se solicita y el hecho que integra el tema de prueba; (ii) esa relación puede ser directa, por ejemplo, si el testigo asegura haber presenciado cuando el procesado disparó, hurtó, secuestró, etcétera; (iii) también puede ser indirecta, verbigracia, cuando el testigo no presenció el hecho jurídicamente relevante, pero sí un dato a partir del cual el mismo, aisladamente o en asocio con otros hechos indicadores, pueda ser inferido, verbigracia, cuando asegura que lo vio salir corriendo del lugar de los hechos, presenció amenazas previas, etcétera."*[6]

En cuanto a la pertinencia indirecta, resulta de mayor exigencia su sustentación como así lo explica la Alta Corporación[7]:

> *"De esta manera, si el enunciado fáctico propuesto con la solicitud probatoria tiene directa relación con el hecho jurídicamente relevante atribuido en el pliego de cargos (ya sea para demostrar su existencia o inexistencia), es obvio que cualquier prueba de este tipo resultará importante para los fines del proceso.*
>
> *Situación más difícil se produce cuando la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de un hecho secundario o accesorio, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas relativas a la situación fáctica imputada. En estos casos, a la parte interesada le corresponde argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado*[8]*.*

---

[6] CSJ SP 2709-2018 11 jul 2018, rad. 50637
[7] CSJ SP 8 jun. 2011, rad. 35130

[8] Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365.

Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación[9].

Si un análisis de tal índole arroja resultados negativos, el juez podrá negar la práctica de la prueba por irrelevante o impertinente, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:

"Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisible la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba"[10].

Ahora bien, resulta que en el presente asunto, la defensa se opone a la práctica de la prueba testimonial, posición que es acogida por el *a quo* al negar la práctica probatoria, para lo que se esboza como argumento principal la vulneración de derechos fundamentales de los menores, especialmente el de intimidad, lo que atenta contra su interés superior, razón por la cual esta Sala debe recordar en primera medida cuáles son

---

[9] *Ibídem*, p. 366: "[…] *se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico*".

[10] Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

esos derechos, los que se plasman inicialmente en el artículo 44 de la Constitución Política, que versa:

> *"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.* ***Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.***

Por otra parte el legislador en la ley 1098 de 2006 en sus artículos 33, derecho a la intimidad y 192, derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (en adelante NNA) víctimas de los delitos, ha regulado acerca de la protección que se les debe otorgar, en los siguientes términos:

> ***"ARTÍCULO 33. DERECHO A LA INTIMIDAD.*** *Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad."*[11]

> ***"ARTÍCULO 192. DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS.*** *En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los*

[11] Congreso de la Republica. Ley 1098 de 2006. Código de infancia y la Adolescencia. Artículo 33.

derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley."[12]

De los cuales se puede evidenciar que efectivamente hay una prevalencia de los intereses de los menores que deben ser protegidos por el juzgador en todas sus diligencias.

Frente al interés superior del menor la Corte Constitucional[13] ha manifestado.

"5.3. ***El interés superior del niño ha sido considerado como eje central del análisis constitucional y principio orientador para resolver conflictos que involucren a menores de edad, encumbrando el trato preferente del cual son titulares, para que puedan formarse y desarrollarse plenamente.*** *(Negrilla fuera del texto original)*

La jurisprudencia ha decantado dos parámetros que deben verificarse para establecer el grado de bienestar de un menor de edad, esto es, para determinar los escenarios que mejor satisfacen su interés superior: (i) las condiciones fácticas, correspondientes a las plenas circunstancias específicas de cada caso y (ii) las jurídicas, relacionadas con los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para su protección.

Aunado a lo anterior, en el citado fallo T-078 de 2010 esta corporación recordó que en cumplimiento de la protección reforzada que debe brindarse a los menores de edad, jurisprudencialmente se ha reseñado que "los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: (i) la prevalencia del interés del menor; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere; (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral,

[12] Congreso de la Republica. Ley 1098 de 2006. Código de infancia y la Adolescencia. Artículo 192.
[13] Sentencia C-177 de 2014

espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad."[14]

Finalmente dentro de la jurisprudencia citada se puede rescatar que se ha manifestado la prevalencia del principio *pro infans,* realizando una relación entre este, el derecho a la intimidad y el deber de las autoridades de garantizar su tutela dentro de un proceso penal, en el siguiente sentido:

"Como quedo ampliamente reseñado, en aplicación del interés superior del menor y del principio ***pro infans, resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución****, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables, establecer medidas legislativas y judiciales* ***para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando injerencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños.****"*[15]*(Negrilla fuera del texto original).*

5.5. ESTUDIO DEL CASO

De la exposición que realiza la defensa para oponerse a la práctica del testimonio de OHC y del sustento de la decisión del juez de primera línea, se denota una confusión entre la prueba testimonial y la documental al punto que trasladan los posibles defectos legales de la segunda hacia la primera, cuando pudiera tratarse en cuanto a su pertinencia de manera independiente.

Tal confusión se genera por la ambigüedad que la Fiscalía dio al manejo de uno de sus elementos consistente en

[14] Ibídem
[15] Ibídem

un listado de estudiantes de la Institución educativa de la cual el testigo era el rector a la fecha de ocurrencia de los hechos y que se dice son consumidores de sustancias psicoactivas, cuando se establece claramente que el mismo no fue descubierto como documento con vocación probatoria, tan sólo se adujo en el escrito de acusación y en la audiencia correspondiente que sería utilizado con fines de impugnar credibilidad o refrescar memoria; tampoco fue enunciado como prueba que se presentaría en juicio y menos se adujo razones de pertinencia, pero si se mencionó - y de ahí surge la confusión - que sería utilizado por el testigo para refrescar memoria.

Se generó así un elemento distractor que opacó el sustento central de pertinencia del testimonio invocado, que tiene que ver con una de las circunstancias que dio origen a la investigación penal relacionada con el flagelo del tráfico de sustancias estupefacientes en el municipio de Chachagüí que afecta especialmente a las generaciones de jóvenes estudiantes de una de sus instituciones educativas, quienes se han convertido en consumidores de tales productos ilegales.

Esta presentación es suficiente para considerar que la Fiscalía ha cumplido con su carga argumentativa ya que se verifica que efectivamente se hace referencia a circunstancias antecedentes que se relacionan de manera indirecta con los hechos que dieron lugar a la judicialización de los acusados. Si bien no hacen parte de los fácticos principales o no se involucra el tema de la responsabilidad penal, si se relacionan con el contexto delictivo que no se limita al simple hallazgo de

material estupefaciente sino que se extiende también a los niveles finales de la cadena criminal enfocada en el consumo en el que desafortunadamente se involucra a niños, niñas y adolescentes, se encuentren o no escolarizados, quienes se convierten en víctimas del delito de tráfico de estupefacientes.

Igualmente la delegada del ente acusador, explicó que la finalidad de la prueba requerida era la de hacer más probable su teoría del caso, cuando el testigo OHC se percató de uno de los efectos de la comercialización ilegal de psicotrópicos, como lo es el consumo por parte de jóvenes estudiantes y de esa manera fortalecer también el conocimiento que puedan llevar al juicio los testigos investigadores, lo que resulta ajustado a derecho cuando el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, establece que la pertinencia se fundamenta también "*cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias*" relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias.

Se presenta así un sustento suficiente que permite establecer una relación entre el hecho secundario y antecedente de la investigación y aquellos que dieron como resultado la aprehensión de los acusados **DFOG, LFBO** y **GACC** en las diligencias de registro y allanamiento realizadas el 27 de marzo de 2016[16].

Ahora bien, conforme al sustento de oposición de la defensa y la decisión del juez de primera instancia, se aduce que la prueba resulta ilegal porque con ella se afectaría

[16] Según datos registrados en el escrito de acusación presentado el 1º de noviembre de 2016- Fl. 12 de la carpeta principal

derechos fundamentales de los menores y que por ser de ese talante requería de la intervención de autoridades del Instituto Colombiano de Bienestar familiar y de controles judiciales, sin embargo ello podría resultar acertado en torno al elemento documental consistente en un listado que relaciona los nombres de posibles consumidores menores de edad, pero no debe olvidarse que el mismo resulta independiente de la prueba testimonial, y más cuando la Fiscalía no lo descubrió como prueba ni enunció su interés o pertinencia para introducirla de manera autónoma en el juicio, aunque se equivoca en establecer o asegurar a priori sobre la necesidad de utilizarse para refrescar la memoria, cuando ello solo podrá determinarse según la forma en que se desarrolle en el juicio al momento de la declaración que rinda el testigo.

Es verdad que conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales que ya fueron presentados en párrafos anteriores, se debe proteger el derecho a la intimidad de los NNA afectados quienes son víctimas del delito de tráfico de estupefacientes, ello no merece ninguna discusión y en esa medida bajo ningún punto de vista podrá emplearse el susodicho listado para hacer conocer los nombres de quienes posiblemente sean consumidores si es que fueran menores de edad, pero también es cierto que ninguno de ellos ha sido ofrecido como testigo directo o presentado como víctima, razón por la cual el nivel de protección que se nos exige, se limita en la presente fase procesal a hacer claridad en que el documento no ha sido presentado como prueba para hacerse valer en el juicio oral y en ese sentido no resulta procedente realizar ningún pronunciamiento al respecto.

Igualmente, cabe aclarar que de surgir la necesidad de su utilización lo que se hará evidente en la práctica probatoria, ello podría serlo para refrescar memoria o impugnar credibilidad sobre aspectos generales del documento tales como fecha y forma de elaboración o autenticación, porque no podría ser incorporado o introducido a fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las posibles víctimas menores de edad lo que ocurriría si se conocen o publicitan sus nombres.

Siendo así, se arriba a una solución frente al problema jurídico planteado estableciendo la procedencia del decreto del testimonio de OHC solicitado por la Fiscalía y en consecuencia la decisión de primera instancia, será revocada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Penal de Circuito mediante auto del 7 de mayo de 2018, y en su lugar decretar la prueba solicitada por la Fiscalía Cuarta Especializada de Pasto, concerniente al testimonio de OHC.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el trámite legal correspondiente.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

ANA JULIETA ARGUELLES DARAVIÑA
MAGISTRADA

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario