

Proceso: 053606099057 **2022-00224**
Delito: Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes
Acusado: Dielmer Alfonso Atehortúa Gil
Procedencia: Juzgado 2º Penal Circuito de Itagüí, Antioquia
Objeto: Apelación de auto que inadmite unas pruebas
Decisión: Confirma parcialmente
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 013-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DÉCIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según acta Nro. 051

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contractual de **DIELMER ALFONSO ATEHORTÚA GIL** contra el auto proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, mediante el cual le negó la práctica de unas pruebas, dentro del proceso penal que se le adelanta por el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según el escrito de acusación fueron los siguientes:

“El día 1 de marzo de 2022 siendo las 18:00 horas, en el sector de la carrera 53 con calle 13C Sur, aledaño a la Urbanización Entre Colinas Etapa 1, en comprensión territorial del municipio de Itagüí, uniformados de la policía adscritos a la Estación Itagüí realizaban labores de control y verificación de

antecedentes a personas, y en desarrollo de esas actividades abordaron a Dielmer Alfonso Atehortúa Gil, quien se movilizaba por ese sector conduciendo el vehículo automóvil marca Chevrolet, de placa UUP129, requiriéndolo para que accediera a la práctica de un registro, con ocasión del cual hallaron en la silla trasera del automotor una bolsa de color negra que contenía 109 sobres plásticos con la inscripción Double Platinum, cada uno de ellos con dos cigarrillos con una sustancia vegetal verdosa, de olor y características similares a la de la marihuana; así mismo se halló en el interior de la bolsa otros 320 cigarrillos que contenían sustancia vegetal, de características semejantes a la de la marihuana. Para ese momento Dielmer Alfonso Atehortúa Gil se movilizaba solo en el vehículo automóvil, de placa UUP129, en el que transportaba los estupefacientes, siendo capturado con ocasión de estos hechos e inmovilizado el automotor”.

El 2 de marzo de 2022, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Itagüí, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, art. 376 incisos 3º del C.P y se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de su residencia. No hubo allanamiento a cargos.

El 20 de abril siguiente, la Fiscalía 240 Seccional radicó el escrito de acusación ante el Centro de Servicios Judiciales de Itagüí, Antioquia, correspondiéndole por reparto al Juzgado 2º Penal del Circuito de esa localidad quien llevó a cabo la formulación oral de los cargos el 12 de mayo de 2022 por el mismo delito imputado.

Dentro de la audiencia preparatoria efectuada el 21 de marzo pasado, el despacho de conocimiento decretó a elección del defensor contractual tres de los siguientes cinco testimonios: **Nelson Esneider Gaviria Aguirre, Oscar Iván Ruiz Sánchez, Rolando de León Castellano, María Consuelo Sánchez Henao y Leonel de Jesús Gil Henao**, y denegó, en forma concreta los testimonios del profesional en el área de medicina y el de los dos psicólogos que realicen, respectivamente, la evaluación del estado cardio pulmonar del procesado y los informes de evaluación psicológica y complementarios practicados, también al acusado; de los cuales la defensa adujo su pertinencia y conducencia así:

“i) El testimonio del profesional en el área de medicina que realice evaluación respecto del estado cardio pulmonar del procesado, misión que se encuentra pendiente de su realización. Pero que de acuerdo con el art. 415 del C. de P.P., será puesto a disposición de las partes. Es pertinente, conducente y útil porque tiene relación indirecta con el tema de prueba e incide en la tipicidad de la conducta y el análisis de lesividad que se debe hacer respecto de este tipo de conductas típicas para dotar de mayores conocimientos al juez al momento de tomar una decisión. Con el testimonio de este profesional solicito que se incorpore el informe que realice este perito respecto de la evaluación antes referida.

ii) El testimonio del profesional en el área de psicología que realice informe de evaluación psicológica al acusado. Se cumplen con los requisitos de admisibilidad del estatuto procesal penal en virtud de que este tipo de testigos y para este tipo de circunstancias tienen una relación indirecta con el tema de prueba, de igual manera incide su valoración sobre la tipicidad de la conducta y el necesario análisis de lesividad que se debe hacer en el tema de la antijuridicidad de la conducta al momento de establecer si es objeto o no de reproche penal. De esta manera conduciría y sería útil para dotar al juez de mayores elementos a fin de tomar una decisión en derecho. De igual manera con este testigo se incorporaría el respectivo informe.

iii) El testimonio del profesional en psicología que realice el informe complementario de la evaluación psicológica del procesado. Este testimonio si bien se puede observar o pudiera llegarse a decir que es conjunto con el informe que presente el profesional anterior, es necesario puntualizar o recordar en que se trata de un informe complementario por cuanto las técnicas que utilicen o los hallazgos no sean necesariamente los mismos o sirvan precisamente para complementarse en miras de la comprobación de la teoría del caso de la defensa. Con el testimonio de este profesional se solicita que se ingrese el informe complementario que realice este profesional y se encuentra su pertinencia, conducencia y utilidad precisamente en lo sustentado respecto a la relación indirecta con el tema de prueba, la incidencia que tiene con la tipicidad

de la conducta y en el análisis de lesividad, entonces se encuentra que cumplen estos testimonios con la carga de admisibilidad que trae el C. de P.P.

iv) El testimonio de Nelson Esneider Gaviria Aguirre. Nos hablará sobre circunstancias particulares que puedan también afianzar o determinar el arraigo positivo precisamente del procesado, ya que no ha sido un tema establecido como probado. La pertinencia, conducencia y utilidad con miras a determinar precisamente el arraigo positivo con miras a determinar las consecuencias más favorables dentro del proceso.

v) El testimonio de Oscar Iván Ruiz Sánchez. Podrá rendir testimonio respecto de las circunstancias que corroboren el arraigo positivo de mi defendido y que se presentarán de manera complementaria al testimonio presentado por el señor Nelson Esneider. De igual manera que se pueda acreditar la conducta del procesado con miras a analizar la tipicidad y antijuridicidad del delito.

vi) El testimonio de Rolando de León Castellano. Podrá hablar también respecto del arraigo positivo de mi defendido, además de algunas circunstancias que particularmente él conozca respecto de consumo de sustancias o del ánimo con el que se podría controvertir la pretensión punitiva con miras a derruirla, teniendo en cuenta que hay que hacer un análisis de un elemento subjetivo material dentro de este tipo, de lo cual nos podrá brindar mediante su testimonio.

vii) El testimonio de María Consuelo Sánchez Henao. Podrá brindarnos testimonio directo del arraigo positivo de mi defendido, en cuanto al tema socio cultural, laboral y familiar, precisamente hablarnos sobre la historia que nos pueda dotar de elementos de inferencia a finde analizar la tipicidad de la conducta y la lesividad dentro del tipo.

viii) El testimonio de Leonel de Jesús Gil Henao. Es un testigo directo respecto de la conducta, estilo de vida, arraigo positivo en el tema familiar, laboral, socio cultural, antecedentes de consumo, de dependencia y familiares y de otra índole del acusado, ya que se trata de la persona en calidad de tío que se ha

encargado de sus cuidados personales desde el momento del fallecimiento de su padre cuando era infante. Entonces nos podrá dar... a finde derruir la pretensión punitiva de la fiscalía en el tema de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta que se le endilga¹".

Oposiciones probatorias

La fiscalía se opuso a que se decretaran los siguientes testimonios **i) el del perito psicólogo que realizará evaluación psicológica** en la medida en que el concepto u opinión pericial que dará no tiene relación directa, ni indirecta con los hechos, como tampoco con la situación que haya determinado al procesado a la comisión de esta conducta, en su sentir, no es pertinente; **ii) el del perito psicólogo que realizaría ese estudio complementario de evaluación psicológica** porque, como el mismo defensor lo puso de presente, es posible que llegue a conclusiones diversas, además no se infiere una razonabilidad suficiente para efectos de que ese testimonio sea decretado, tampoco se puso en conocimiento qué es lo que se pretende acreditar en concreto con esos testimonios de esos peritos psicólogos y en ese sentido se estimarían improcedentes e impertinentes, además de dilatorios e injustificados; y **iii) los de Nelson Esneider Gaviria Aguirre y Oscar Iván Ruiz Sánchez**, porque no tienen relación alguna y no son relevantes para efectos del esclarecimiento de los hechos².

2. DECISIÓN RECURRIDA

La Juez 2ª Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia, inicialmente destacó que a partir del contenido del art. 357 del C. de P.P., es posible decretar como pruebas aquellas que guarden relación con los hechos de la acusación que requieran demostración, siempre que resulten pertinentes y admisibles. Así mismo, que el art. 372 ibidem establece cuál es el fin de las pruebas, esto es, llevar al conocimiento del juez esas circunstancias que tienen que ver precisamente con la real ocurrencia del hecho y la responsabilidad más allá de toda duda. El contenido entonces de estas dos normas es la génesis del análisis en torno a lo que son las pretensiones probatorias y no dejó el legislador al arbitrio o capricho del juez director del proceso, esa

¹ Sesión de audiencia preparatoria del 21 de marzo de 2023. Minuto: 1:24:37.

² Ídem. Minuto: 1:32:57

definición de pertinencia, pues su alcance jurídico fue delimitado en el art. 375 de la Ley 906 de 2004, según el cual debe entenderse pertinente todo medio de prueba que se refiere a los hechos de la acusación, a la responsabilidad, incluso a la posibilidad de hacer más o menos probable la teoría del caso de cada una de las partes o a la posibilidad de dar menor crédito a otras de las pruebas solicitadas por la parte. Es decir, que se tiene que establecer una conexión entre lo que es, el propósito del juicio mismo y la prueba solicitada.

Enseguida luego de afirmar que las solicitudes probatorias de la fiscalía, sin lugar a dudas, tienen que ver con el propósito mismo del juzgamiento y que ninguna desborda los parámetros fijados por el legislador, las decretó en su totalidad.

Posteriormente se ocupó de las solicitudes probatorias realizadas por la defensa, las cuales analizó a la luz del principio de caridad jurídica para procurar extraer en el mejor sentido la argumentación o el propósito de la parte, lo anterior, continuó, porque expuso argumentos genéricos y tangenciales que dificultan su entendimiento y porqué esos medios de prueba resultan pertinentes para este caso.

En ese sentido realizó las siguientes precisiones en relación con las pruebas periciales solicitadas. La primera, dijo, tiene que ver con una evaluación psicológica que se le realizará al procesado, para soportar su petición la defensa adujo que es admisible *“porque tiene relación directa con el tema de prueba y análisis de la lesividad de la conducta, para denotar mayores elementos para tomar una decisión en derecho”*. Sin embargo, advirtió que ese argumento general aún analizado de manera transversal con lo que es ese principio de caridad jurídica no permite determinar en concreto cuál es el propósito de esa prueba pericial, pues éste tipo de solicitudes debe hacerse con fundamento en lo establecido en el art. 405 del C. de P.P., en el cual se indica *“La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”* y, si bien en su argumentación el defensor indicó *“que es una prueba o evaluación psicológica”*, no dijo por qué ese conocimiento especializado en psicología, resulta relevante para efectos del análisis de la lesividad que es un asunto estrictamente jurídico, es decir, no se entendió a partir de la argumentación general de la defensa, porqué debe entenderse

que en un caso como éste es relevante una evaluación psicológica, qué es lo que se pretende demostrar con esa valoración psicológica.

Insistió en que no se dijo por parte de la defensa porqué debería concluirse que una valoración psicológica tiene que ver con el tema de prueba, de ahí entonces que no cumplió con el presupuesto de pertinencia y mucho menos señaló qué es lo que pretende demostrar con ésta o si tiene la probabilidad de hacer más o menos probable la teoría de alguna de las partes.

En segundo término explicó que lo mismo ocurrió **con el informe complementario**, el cual tachó de ambivalente, pues según lo expresado por el defensor si no cuenta con el informe de evaluación psicológica, porqué desde ya determinó que se requiere uno complementario, máxime cuando éste podría brindar una conclusión diferente; de esa manera consideró que de ese argumento general, no se logra desentrañar qué pretende probar en el juicio que se convoca, concluyó que al no demostrarse la pertinencia de ese medio de prueba, inútil resultaría avanzar a lo que es el tema de la admisibilidad consagrado en el art. 376 del C. de P.P., y agregó que si esa prueba pericial está relacionada, por ejemplo, con la aflicción psicológica que puede haber generado el proceso penal en el procesado, ello no resultaría relevante para efectos de juicio.

Por último, recordó que el defensor mencionó que se haría una evaluación cardio pulmonar lo cual sugeriría que se trata más bien de un examen médico y no de una peritación, mismo que según el peticionario es útil y conducente porque tiene relación indirecta con el tema de prueba, es decir, que acudió nuevamente a ese argumento general que carece de contenido para tratar de demostrar la pertinencia de una prueba pericial en lo que tiene que ver, con el funcionamiento de los órganos del pulmón y del corazón del procesado, situación que nuevamente la llevó a preguntarse qué relación puede tener esto con el trámite procesal que se adelanta por el delito consagrado en el art. 376 del C.P.

Resaltó que la defensa no indicó porqué debe entenderse que esa valoración incide directamente en lo que tiene que ver con la lesividad de la conducta, esa circunstancia ni fue explicada ni la dio entender con la argumentación que utilizó la defensa, de esa manera resultó insuficiente para entender por qué una peritación o evaluación cardio

pulmonar tiene alguna relevancia demostrativa en este juzgamiento y qué tiene que ver con los hechos jurídicamente relevantes y/o con la responsabilidad, tampoco si haría más probable la teoría del caso de la defensa, ya que para este momento aún no fue advertida.

Respecto de los testimonios de Nelson Esneider, Oscar Iván, Rolando de León, María Consuelo y Leonel de Jesús advirtió que hay una coincidencia en cuanto a lo que es el propósito demostrativo, pues la defensa dijo que todos ellos darán cuenta sobre el arraigo del acusado, el cual, no es un asunto del cual tuviera que encargarse el juzgamiento, ya que para ello está la audiencia de individualización de la pena y sentencia, entonces entendiendo que en esta sistemática son aceptables las declaraciones que tienen que ver con el comportamiento y modo de vivir de la persona acusada, son admisibles pues la pertinencia gira en torno a la demostración de la responsabilidad, o incluso podrían incidir en la teoría del caso de la defensa. Empero, recordó que a la luz del art. 376 del C. de P.P., no son admisibles los medios de prueba que representan en sí mismos, una dilación injustificada por esa razón no tiene sentido que a un juicio se traigan cinco personas a declarar sobre las mismas circunstancias, es decir, el arraigo, el conocimiento que tienen sobre la vida del procesado o cómo es su conducta. Por esa razón, dejará a discreción de la defensa la elección de tres de esos cinco testigos para que comparezcan al juicio oral y destacó que no los escogerá la judicatura para dar esa mayor capacidad de maniobra a la defensa, pues es posible que para el momento en que se desarrolle el juicio alguno de estos testigos no esté disponible³.

La defensa inconforme recurrió la decisión.

3. APELACIÓN

La defensa luego de dar lectura a los artículos 372 y 375 de la Ley 906 de 2004 dijo que la Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias⁴, explicó que el concepto y alcance de pertinencia de la prueba está definido por el legislador e integrado a su vez por las nociones de pertinencia directa y pertinencia indirecta, entendiéndose por

³ Sesión de audiencia preparatoria del 21 de marzo de 2023. Minuto: 1:35:28

⁴ Radicado 61078. CUI 050016000206 2017015002

la última, la referida a pruebas con relación indirecta frente al hecho jurídicamente relevante de la que se derivan consecuencia probatorias frente al hecho principal, como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte.

Adujo que la misma Corporación⁵ ha reiterado en su línea jurisprudencial que el tema de prueba está conformado en esencia por los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores, y agregó que en este caso es necesario probar un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, que implica constatar la verdadera intención de quien porta sustancias estupefacientes, por esta razón no considera que su argumento sea general o ambiguo en punto a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas que le fueron negadas, en especial las pruebas periciales, pues en su argumentación señaló que, lo que se pretendía era desvirtuar esa pretensión punitiva de la fiscalía mediante esa comprobación del elemento subjetivo implícito en el tipo penal.

Señaló que las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional han definido que tratándose de delitos de tráfico o porte de sustancia estupefaciente se tiene que comprobar la verdadera intención de quien incurra en esa conducta a fin de analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la lesividad, es decir, qué daño material comporta la conducta descrita con miras a lesionar un bien jurídicamente tutelado dentro del ordenamiento jurídico. De manera que, en su sentir, no es ambigua ni general su argumentación por cuanto se están describiendo los elementos esenciales que ha definido la jurisprudencia en relación con el delito que aquí se está investigando.

Trajo a colación la Sentencia SP497 de 2018 dentro del radicado 50512 del 28 de febrero de 2018, en la que la Corte Suprema de Justicia mencionó algunos requisitos respecto del tratamiento de la conducta delictiva por la que se acusó a su representado y su procesamiento, entre ellos i) que tratándose de delitos de peligro abstracto el juez debe efectuar un juicio de antijuridicidad para determinar si se creó un riesgo efectivo verificable empíricamente para el bien jurídico tutelado; ii) en todos los casos el consumidor adicional, recreativo o adicto no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal cuando la conducta carece de cualquier connotación afín al

⁵ Mencionó las decisiones SP 9621 del 2017, radicado 44932, SP3168 de 2017, radicado 44599 y el auto AP 7577 de 2017, radicado 51410

tráfico o distribución de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en estos eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados; y iii) se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si es la distribución.

Dijo que en esta etapa no es obligatorio para la defensa descubrir su teoría del caso o el planteamiento de una hipótesis alternativa que bien puede hacer dentro del proceso penal, lo que no obsta para que no sean tenidos en cuenta estos requisitos, pues insiste, cumplió con la carga argumentativa tal y como *“lo define la línea jurisprudencial respecto al interior del tratamiento de los procesos penales por este tipo de delitos”*.

En relación con los testigos solicitados y los informes por ellos elaborados, aclaró no haber dicho, por ejemplo, que el informe complementario que presente el profesional de psicología llegue a conclusiones diferentes, sino que se puede llegar a hallazgos complementarios mediante la implementación de técnicas diferentes, lo cual es perfectamente plausible, tampoco dijo que tuviera una relación directa con los hechos pues como se adujo, la relación es indirecta con el tema de prueba y esto ya está definido ampliamente en la jurisprudencia.

Respecto de la prueba pericial del experto en el área médica para que realice una valoración cardio pulmonar dijo *“se puede presentar precisamente de manera complementaria a los testimonios antes solicitados, precisamente para derruir la pretensión punitiva de la fiscalía en aras de demostrar una hipótesis alternativa que bien puede plantear la defensa indicando ese elemento subjetivo del tipo penal que debe analizarse”*, como lo dijo en su argumentación, misma que fue desconocida por la a quo al momento de tomar su determinación. De esa manera solicitó que se revoque el auto proferido por la juez de conocimiento y se acceda a las solicitudes probatorias que le fueron denegadas⁶.

⁶ Sesión de audiencia preparatoria del 21 de marzo de 2023. Minuto: 1:54:47

4. DE LOS NO RECURRENTES

El delegado de la fiscalía pidió que se confirme la decisión de la a quo en el sentido de negar las pruebas periciales solicitadas porque aún en la sustentación, la defensa no demostró su relevancia ni porqué estas estas pruebas de manera directa o indirecta se relacionan con los hechos, sus circunstancias o consecuencias⁷.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía contra la decisión adoptada en este proceso el 21 de marzo pasado, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre un auto proferido en primera instancia por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia.

2. Previo a resolver el objeto de la censura, encuentra la Sala que es necesario aclarar dos aspectos importantes, el primero es que, a pesar del carácter genérico del reparo postulado por el censor, de este logra extractarse la razón de su inconformidad, circunstancia que justifica la intervención de esta instancia. El segundo, es que sólo se ocupó de censurar la decisión relacionada con la negativa de las llamadas pruebas periciales, circunstancia que releva al Tribunal de analizar la decisión de la Juez de primera instancia al decretar, a libre elección de la defensa, solo tres de los siguientes cinco testimonios: **Nelson Esneider Gaviria Aguirre, Oscar Iván Ruiz Sánchez, Rolando de León Castellano, María Consuelo Sánchez Henao y Leonel de Jesús Gil Henao.**

3. Con la anterior aclaración, considera la Sala que el problema jurídico tiene que ver con establecer si en el presente asunto, los testimonios de dos psicólogos que realizarán uno, la evaluación psicológica, y otro, un informe complementario, además del médico que realice un examen cardio pulmonar al acusado, fueron debidamente inadmitidos o si, por el contrario, debieron ser decretados en favor de la defensa.

⁷ Sesión de audiencia preparatoria del 21 de marzo de 2023. Minuto: 2:04:32

Con el fin de resolver las inconformidades planteadas por el recurrente, esta Sala procederá en primer término a establecer el marco jurídico y jurisprudencial que atañe a los requisitos de admisibilidad de la prueba, en segundo término, algunos aspectos relacionados con la prueba pericial y finalmente, se analizarán los argumentos del recurrente y el acierto o no, en la decisión de la primera instancia.

3.1 Pues bien, sea lo primero señalar que las pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, tienen como propósito, del lado de la fiscalía, el llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, acerca de la real ocurrencia de los hechos y circunstancias materia del juicio y la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe. Del lado de la defensa, la inocencia del acusado.

El modelo acusatorio ha trascendido los criterios clásicos de admisibilidad de la prueba, optando por dar un alcance central al concepto de pertinencia en el cual se incluyen dos componentes fundamentales: la materialidad y el valor probatorio. Así, serán admisibles solo aquellas pruebas que i) acrediten con mayor o menor grado de probabilidad, los hechos o circunstancias señaladas en la acusación y ii) se refieran, directa o indirectamente, a los elementos estructurales de la conducta delictiva o sus consecuencias jurídicas. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

“Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará las pruebas solicitadas cuando ellas “se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”. En la misma línea, el artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales⁸.

⁸ “a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido. b). Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o que exhiba escaso valor probatorio, y, c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento”.

(...) Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba⁹. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

A diferencia de los denominados sistemas de “prueba legal”, que se caracterizan porque el legislador establece con qué medios se puede probar un determinado hecho, o cuáles medios de prueba están prohibidos, la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de libertad probatoria. En efecto, el Art. 373 establece que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”. Ninguna norma de la Ley 906 de 2004 establece expresamente ese tipo de prohibiciones o límites, sin perjuicio de que los mismos puedan emerger de la integración de este cuerpo normativo con otros que hagan parte del ordenamiento jurídico, tal y como lo dispone el artículo 25 ídem, y haciendo salvedad, claro está, de la protección de los derechos y garantías fundamentales, a que se hará alusión más adelante.

Cosa diferente es el sistema de “tarifa legal, en el cual no se trata de precisar cuáles son las pruebas establecidas por el legislador para probar un hecho o circunstancia en particular, o las prohibidas legalmente para los mismos efectos. Lo relevante en este sistema es verificar si el legislador le ha otorgado un determinado valor a una prueba en particular, como sucede con el excepcional evento consagrado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que le otorga un valor probatorio menguado a la prueba de referencia y, en consecuencia, prohíbe que la condena esté basada exclusivamente en este tipo de declaraciones.

⁹ Devis, Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJAP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento”¹⁰.

En ese orden, se constituye una carga de la parte exponer con claridad y precisión la pertinencia de los medios de convicción que aspira le sean decretados, para de esa forma lograr que el juzgador se convenza sobre el aporte probatorio de los elementos que se pretenden llevar a juicio y así ordene su práctica.

3.2 La prueba pericial debe ser objeto de descubrimiento oportuno, en los términos previstos en los artículos 344 y siguientes, 355 y siguientes, y 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Para tales efectos, las partes deben poner en conocimiento de su antagonista el informe de que trata el artículo 413, bajo el entendido de que, en todo caso, esa base de opinión pericial, que abarca los aspectos analizados en precedencia, debe ser divulgada como mínimo cinco días antes de la celebración de la audiencia pública, tal y como lo dispone el artículo 415 ídem.

Como sucede con todas las pruebas que las partes pretenden hacer valer como sustento de sus teorías, en la audiencia preparatoria es imperioso argumentar la pertinencia del dictamen y precisar el sentido de la opinión, para establecer su relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevantes que integran el tema de prueba. En otras palabras, en este escenario procesal es que la parte deberá explicar qué es lo que pretende establecer con ese medio de convicción al interior del proceso penal, lo que, sin duda, permite establecer si esa prueba pericial es necesaria en los términos del artículo 405 de la Ley 906 de 2004.

Del caso concreto

¹⁰ CSJ AP. 30 sep. 2015, rad. 46153. Postura reiterada en CSJ AP. 7 mar. 2018, rad. 51882; CSJ AP. 13 jun. 2018, rad. 52299; CSJ AP. 23 oct. 2019, rad. 56294; y CSJ AP. 23 sep. 2020, entre otras.

3.3 Antes de abordar las peticiones en concreto que fueron negadas por la *a quo*, la Sala considera pertinente resaltar que respecto de todas y cada una de ellas se advierte una falencia de orden técnico, pues nada dijo respecto del nombre, la identidad y ubicación de los profesionales en medicina y psicología que realizarían dichas evaluaciones, aspectos que no fueron objeto de observación alguna por parte de la fiscalía ni del despacho de primera instancia, a pesar de que al momento de descubrir los demás testigos que comparecerían al juicio, la Juez llamó la atención de la defensa recordándole el deber que le asistía de dar de manera completa la información de quienes asistirían.

La Sala considera que la exigencia contenida en el art. 337 literal c) que señala que el escrito de acusación debe contener *“El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio”*, se extiende a la defensa, en garantía del principio de igualdad de armas que rige en el sistema penal de juzgamiento vigente.

No obstante, la fiscalía no se opuso al decreto de la prueba por esa específica situación, omisión que permite inferir que la consintió, tal vez bajo el supuesto de que con el cumplimiento del requisito de exhibición previa del informe base de opinión pericial se superaba cualquier dificultad en torno al punto o por la razón que haya sido. Así, en atención al carácter dispositivo del sistema penal de juzgamiento vigente que obliga a la parte a pedir para que se le conceda, este Tribunal se enfocará únicamente en los aspectos por los cuales esas pruebas periciales le fueron negadas a la defensa y que se refieren específicamente a su pertinencia. Lo anterior, en aplicación del criterio que sobre el tema de prueba ha decantado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: ¹¹:

“[...] 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

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 35130 del 8 de junio de 2011.

en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación.

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 inadmisibile 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”¹².

Lo anterior, con más razón para la Ley 906 de 2004, en virtud de los valores e intereses enfrentados. Por un lado, ordenar la práctica de una prueba irrelevante en el juicio oral afectaría los principios de celeridad y actuación procesal, pues se perturbaría la eficacia del ejercicio de la justicia. Pero, por otro lado, omitir la incorporación de un medio probatorio trascendente para los fines del proceso no sólo implicaría el elevado riesgo de vulnerar el derecho de defensa, como ya se señaló, sino incluso los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación (en el evento de que la petición desestimada apoyase las pretensiones de la contraparte)”.

3.4 Abordando ahora sí las solicitudes probatorias, se tiene que la defensa solicito **i) El testimonio de un profesional en el área de medicina que realice evaluación respecto del estado cardio pulmonar del procesado**, dijo que era pertinente, conducente y útil porque tenía relación indirecta con el tema de prueba e incidiría en la tipicidad de la conducta y el análisis de lesividad que se debía hacer respecto del tipo penal imputado a su representado. Misión que estaba pendiente de realizar y de la cual daría traslado de acuerdo con lo reglado en el art. 415 del C. de P.P.

¹² Devis Echandía, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

A pesar del carácter genérico de la explicación de pertinencia, el Tribunal considera que se alcanza a satisfacer la exigencia legal. Veamos: La a quo, se preguntó por la relación de la prueba con el trámite procesal que se adelanta por el delito consagrado en el art. 376 del C.P., máxime cuando la defensa no indicó qué incidencia tendría con la lesividad de la conducta y mucho menos cuál sería su relevancia demostrativa. Esta reflexión es parcialmente cierta, en razón a que el real sentido de pertinencia aparece en forma de conclusión inferida del argumento. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha decantado que en este tipo de delito la tipicidad o el injusto típico, según se entienda, desaparece si se demuestra que la sustancia tiene como destino el propio consumo. Una pericia médica como la ofrecida puede tener justamente esa finalidad.

Expresado de diferente manera, si el testimonio del **profesional en el área de medicina que realice evaluación respecto del estado cardio pulmonar del procesado** va ligado a la demostración por parte de la defensa de ese elemento subjetivo del tipo penal del porte de estupefacientes que puede incidir directamente en la responsabilidad de su representado, no puede hablarse de un medio de convicción inútil o impertinente, pues algo en concreto aportará al objeto de investigación, siendo finalmente la juez al apreciar su declaración, quien le otorgue el correspondiente poder suasorio. En ese sentido, la Sala dispondrá su decreto.

3.5 Exactamente el mismo argumento acabado de exponer resulta aplicable a la solicitud relacionada con prueba pericial, que no testimonial como nuevamente de manera antitécnica la calificó la defensa, de profesional en **el área de psicología que realicen un informe de evaluación psicológica al acusado**, que la defensa calificó de pertinente porque tiene una relación indirecta con el tema de prueba e incidiría su valoración sobre la tipicidad de la conducta y el necesario análisis de lesividad que se debe hacer en el tema de la antijuridicidad de la conducta investigada, argumentación que complementó al insistir en su decreto, manifestando que la relación de este medio de convicción con los hechos a probar era indirecta porque, como lo dijo la jurisprudencia, le serviría para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para su teoría del caso, la cual no estaba obligado a descubrir.

Se insiste, si la atipicidad de la conducta puede sustentarse en la condición de consumidor a adicto del acusado, y esta puede eventualmente acreditarse a través de

una valoración psicológica, a juicio de esta instancia, aparecen aceptablemente cumplidas esas reglas de pertinencia y admisibilidad necesarias para acceder al decreto de la prueba, en ese sentido, se admitirá **el testimonio en juicio del psicólogo que realice el informe de evaluación psicológica al acusado.**

3.6 Por el contrario, en lo que tiene que ver con el testimonio de otro **profesional en el área de psicología que realice un informe complementario** de esa evaluación psicológica que efectúe el anterior, la Sala al igual que la a quo encuentra serios reparos para acceder su admisión y decreto, pues no explicó la defensa porqué si aún no se ha realizado esa primera evaluación psicológica de su asistido, desde ya considera que requiere un informe complementario, no dijo si este informe mejorará el primero, o si añadirá algunas circunstancias específicas que le resulten relevantes. Insistir en su decreto bajo el argumento de que las conclusiones serán las mismas, es aludir a pruebas que pueden resultar repetitivas pues no solo son peritos en la misma área, psicología, sino que dirigirán su peritaje a una misma materia y a unas mismas conclusiones, aspecto que permite concluir, que la defensa no demostró su real y efectiva pertinencia, así como tampoco la importancia que esta prueba representa para su teoría del caso, pues si lo que quiere demostrar es que ambos psicólogos utilizarán técnicas diferentes para llegar a los mismos hallazgos, es algo que finalmente resulta irrelevante para la actuación.

Por las razones anotadas en precedencia, es que la Sala considera acertada la determinación adoptada por la Juez de primera instancia en el sentido de inadmitir el **testimonio del profesional en psicología que realice el informe complementario de la evaluación psicológica del procesado.**

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para confirmar parcialmente la decisión confutada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Decimotercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, Resuelve:

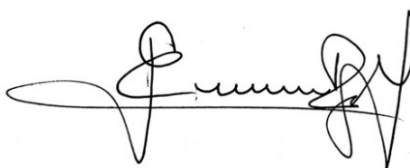
Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión del 21 de marzo de este año, emitida por la Juez 2ª Penal del Circuito de Itagüí, Antioquia que inadmitió el testimonio en juicio del profesional en psicología que realice el informe complementario de la evaluación psicológica del procesado por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

Segundo: DECRETAR y admitir como pruebas de la defensa los testimonios del **médico que realice evaluación respecto del estado cardio pulmonar y el del psicólogo que realice el informe de evaluación psicológica al acusado**, bajo la condición de hacer entrega a las partes, al menos con cinco días de anticipación a la celebración de la audiencia pública, del informe contentivo de la experticia que será motivo de sustentación por parte de dichos profesionales.

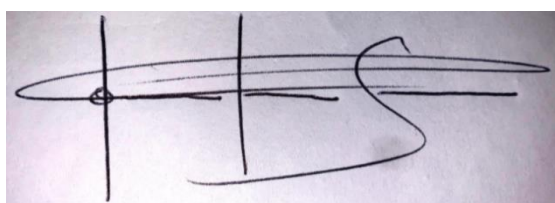
Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

Remítanse las diligencias al juzgado de origen para que continúe con el trámite de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO