11835
Jv

Bogotá D.C., 11 de agosto de 2017.

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

D-12282

Referencia: **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

ANDRES EDUARDO DEWDNEY MONTERO, ciudadano colombiano, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la C.C. No 72.203.823 de Barranquilla, me permito presentar demanda de inconstitucionalidad contra apartes de los Artículos 228 y 234 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en estos términos:

NORMAS OBJETO DE DEMANDA

Artículos 228 y 234 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso)

"(...) Artículo 228. Contradicción del dictamen. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial **podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones**. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.(...)" **El subrayado fuera del texto es lo que se demanda** (...)

"(...) Artículo 234. Peritaciones de entidades y dependencias oficiales.

Los jueces **podrán solicitar**, de oficio o **a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas**. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen (...)" **El subrayado fuera del texto es lo que se demanda.**

NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

" (...) Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (...)"

"(...) Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (...)"

" (...) Artículo 228. La Administración de Justicia **es función pública**. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónoma (...)"

(...) Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado (...)"

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

1. VIOLACIÓN DEL ARTICULO 228 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La justicia es una función pública del Estado, entiéndase por " Función Pública" como toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines, es decir, que el Estado desarrolla y garantiza sus fines entre otros a través de la Justicia.

Conforme lo señala el Consejo de Estado, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

La prueba pericial a través de entidades y dependencia del Estado dentro del proceso civil es una forma de desarrollar la función pública de la justicia, precisamente por el origen de la prueba, en la medida que las peritaciones que hacen las entidades o dependencias oficiales, se tornan imparciales para el juez en cuanto su origen, dado que las entidades o dependencias oficiales no han entrado en contacto con los sujetos procesales y no tienen interés en las resultas del proceso, imparcialidad que garantiza la objetividad en el concepto que ellas emiten por cuanto su direccionamiento no obedece a una contratación previa al proceso.

La prueba pericial de entidades o dependencias oficiales dentro del proceso civil garantiza que la Justicia es una función pública, en la medida, que los ciudadanos tienen derecho a hacer usos de los servicios que prestan la entidades públicas pues estas se financian con dineros de públicos y están al servicios de las sociedad, pero sobre todo porque estas entidades al ejercer una función administrativa, están al servicio de los intereses generales de todos los ciudadanos, por tanto negarle el carácter de obligatorio de la prueba pericial de entidades o dependencias públicas dentro del proceso civil, es desconocer que la Justicia tiene una función pública, que tiene como fin resolver conflictos que surjan entre las personas en general, en virtud de los cuales se discute la titularidad y la manera de ejercer un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz (Sentencia C-242/97)

La peritación obligatoria dentro del proceso civil de entidades o dependencias oficiales garantizan el acceso a la Justicia, pues el valor de las mismas está dado por los gastos en que se incurra para el transporte, viáticos u otras erogaciones necesarias para su práctica, es decir, no es que estas pruebas sean gratuitas, pero al tener su origen en una Entidad del Estado, es claro que desarrollan la función social del Estado Social del Derecho garantizado el acceso a la justicia cuando quiera que los sujetos procesales no han podido aportar pruebas periciales extraproceso con la demanda o su contestación.

Se puede afirmar que la naturaleza jurídica de la función pública es Constitucional, porque es el Estado el encargado de cumplir los fines constitucionales y es legal porque se rige estrictamente bajo normas establecidas por el legislador, además es una actividad que se realiza en aras del interés colectivo, es claro entonces que las peritaciones de entidades o dependencias oficiales desarrollan la función pública de la Justicia consagrada en el artículo 228 de la C.P., por tanto el decreto esta prueba pericial al desarrollar una función pública no puede quedar al arbitrio del juez como sucede en la Jurisdicción Civil en donde el Juez no está obligado a decretar la peritación a través de entidades o dependencias del Estado aun siendo pertinente y conducente.

Las peritaciones de entidades o dependencias oficiales deben decretarse obligatoriamente por solicitud de los sujetos procesales cuando la prueba es pertinente y conducente para esclarecer hechos que requieren de un especial conocimiento técnico, científico y artístico dentro del proceso civil, sin que pueda ser opcional del juez su decreto, obligatoriedad que surge como desarrollo de la función pública que permea a la administración de justicia, por tanto es violatorio del artículo 228 de la Constitución Política que las peritaciones de entidades o dependencias oficiales dentro del proceso civil el juez no esté obligado a decretarlas a solicitud de parte aun demostrándose su pertinencia y condudencia.

Tal y como está redactado el artículo 234 del CGP que es objeto de esta demanda, el juez civil no está obligado a decretar una prueba pericial de entidades o dependencias oficiales dentro del proceso, pues esta norma deja a discrecionalidad del juez el decreto de las peritaciones de entidades o dependencias del Estado, aun en los casos en que la prueba es pertinente y conducente, lo anterior viola flagrantemente la función pública que debe desarrollarse a través de la Justicia Civil consagrada en el artículo 228 de la C.P., siendo unos de los fines esenciales del Estado que el servicio de la justicia sea prestado con agilidad, eficiencia, imparcialidad, y eficacia en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento.

Sí la Justicia es una función pública, y dicha función pública garantiza el Estado Social de Derecho, no le es dable al juez civil decretar o no a su arbitrio las peritaciones de entidades o dependencias del Estado porque, la función pública de la justica debe garantizar que los hechos que requieren de un especial conocimiento técnico, científico y artístico dentro del proceso, puedan ser objeto de una peritación sin que el juez pueda negarse al decreto de dicha prueba sin consecuencia alguna respecto de tal decisión, pues la norma demandada le da dos opciones al juez, decretar o no peritaje dentro del proceso, y su no decreto no genera juicio de reproche alguno para el juez en la media que la norma objeto de esta demanda (artículo 234 del CGP) es clara cuando afirma que el juez podrá de oficio o a petición de parte pedir una peritación de entidades y dependencias oficiales,

Se viola el derecho la función pública de la Justicia, si los sujetos procesales no pueden hacer uso de peritaciones de entidades o dependencias del Estado cuando resulten pertinente y conducentes dado que para su decreto pues el juez civil no está obligado a sustentar su no decreto en la media que su decisión es discrecional (puede o no) tal situación viola el derecho a la Justicia como función Pública.

2. VIOLACIÓN AL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA. ARTICULO 229 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho a la administración de justicia como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones **de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia**, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Una de las categorías de este derecho conforme la Corte Constitucional, es que la legislación debe adoptar normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, **tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones**

Ahora bien, es claro que quien pretende accionar en la Jurisdicción Civil tiene la carga de probar los supuestos de hecho y derecho de sus pretensiones, para ello, podrá hacer uso de los medios de pruebas legalmente establecidos en la normatividad procesal civil, entre ellos se tienen, conforme lo consagra el artículo 165 del Código General del Proceso (CGP) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, **el dictamen pericial**, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualquiera otros medios que sean utilices para la información del convencimiento del juez.

Dependiendo del tipo de hechos y pretensiones de un proceso, así mismo, se determinará el tipo de prueba que puede utilizar la persona que pretende accionar o el que es accionado, por ejemplo si las pretensiones de una demanda hacen referencia a hechos que requieran especial conocimiento científico, técnico o artístico, la prueba pericial se convierte entonces el soporte probatorio ideal para probar los supuestos de hecho y derecho en los que se fundamenta sus pretensiones.

Las normas objeto de la presente demanda, crean una *"barrera prima facie"* de acceso a la administración de justicia en la medida que la persona que no cuenta con la posibilidad de pagar un dictamen pericial (se aclara sin que tenga las condiciones para beneficiarse de un amparo de pobreza) o no consigue uno perito rinda su experticia para aportarlo con la presentación la demanda cuando sus pretensiones se fundamenten en hechos de contenido técnico, científico o artístico, deberá entonces desistir de accionar en la medida que el juez civil no está obligado a decretar un dictamen dentro del proceso, precisamente porque la regla general en materia del pruebas periciales en el Código General del Proceso (CGP) es que las partes deben aportar las pruebas periciales con la demanda o con su contestación.

La Corte en la sentenciaC-169/14 ha establecido el contenido del derecho fundamental a la administración de justicia en estos términos:

- La obligación de respetar el derecho a la administración de justicia implica el compromiso del Estado de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización.

-El deber de inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.

-La obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho

-La obligación de realizar implica el deber del Estado de (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho.

Concluye la Corte Constitucional que facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensión

Lo anterior no se garantiza en la normas objeto de demanda, en la medida que quien quiera o pretenda demandar y sus pretensiones se fundamenten en hechos de contenido científico, técnico o artístico, que requieran de una prueba pericial para su demostración, y no tenga la posibilidad de acceder de forma extraprocesal a una prueba pericial para presentarla con la demanda, deberá desistir entonces de demandar si no logran aportar con su demanda dicha prueba, tal situación restringe el acceso a la administración de justicia lo cual se torna inconstitucional al ser violatorio del artículo 229 de la Constitución Política.

El proceso civil entonces en lo que respecta a la prueba pericial extraproceso para aportarla con la presentación de la demanda como posibilidad para probar hechos de contenido científico, técnico o artístico[1] crea una barrera económica de acceso a la justicia que resulta franqueable por quienes cuentan con mayor capacidad económica pero no necesariamente por quienes, sin estar en condiciones de pobreza, tienen una capacidad contributiva notoriamente inferior, para aportar prueba periciales con la presentación de la demanda. (argumento tomado de la sentencia C-169-14)

Cuando se configura una carga difícil, muy difícil o imposible de cumplir, y esa carga es condición de acceso a un servicio o actividad esencial o fundamental, como es el caso de la administración de justicia, se está violando entonces el artículo 229 de la Constitución Política como derecho constitucional consagrado en favor de los ciudadanos.

[1] Las normas demandas permiten que las partes soliciten al juez el decreto de una prueba pericial dentro del proceso, pero esta posibilidad no obliga al juez a tener que decretarla precisamente porque las normas procesales civiles, establecen que el juez podrá decretar la prueba, no deberá.

No todos los colombianos cuentan con la posibilidad de pagar un peritaje extraproceso para aportarlo con la presentación de la demanda o en su contestación según el caso, (sin que necesariamente estén en situación de amparo de pobreza) las normas demandas son normas regresivas en la medida que el antiguo estatuto procesal civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) establecía la posibilidad de la prueba pericial dentro del proceso, razón por la cual los ciudadanos podían hacer uso de las peritaciones de entidades públicas como el instituto de medicina legal entre otras, es decir que en la legislación procesal derogada, la prueba pericial dentro del proceso, si era pertinente y conducente, el juez civil estaba obligado a decretarla no quedaba a su arbitrio.

Que este tipo de peritaciones solo sean posibles a voluntad del juez en el nuevo Código General del Proceso (CGP), es un medida regresiva para el derecho a acceso a la justicia, pues en el antiguo estatuto procesal civil era obligación del juez decretar la prueba pericial dentro del proceso si la misma era conducente y pertinente, no quedando al arbitrio del juez su decreto como acontece actualmente con las normas objeto de la presente demanda, en donde la norma procesal está redactada bajo el verbo "podrá" es decir que el juez en el nuevo código general del proceso podrá decretar " de oficio o a petición de parte la prueba pericial dentro del proceso.

Es más, con la vigencia de la Ley 1395 de 2010, en Colombia existió en sistema mixto en cuanto al origen y decreto de la prueba pericial en el proceso civil, las partes podían aportar "peritajes de parte" como pruebas extraproceso con la demanda y su contestación, y a su vez podían solicitar la práctica de una prueba pericial dentro del proceso, sin que en este último caso estuviera al arbitrio del juez el decreto de esta prueba, pues siempre en el estatuto procesal derogado el Juez estaba obligado a decretar el dictamen dentro del proceso si el mismo era conducente y pertinente.

En voces de la Corte Constitucional C-556/09, el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, **al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos**, se considera entonces un retroceso que los Colombianos no puedan acceder a la prueba pericial dentro del proceso como un medio de prueba obligatorio para el juez. cuando este medio de prueba resulte pertinente y conducente, como si se establecía en los derogados Decretos 1400 y 2019 de 1970.

La Corte ha entendido que una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (i) Cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho. (ii) Cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (iii)Cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

En el caso objeto de esta demanda, es regresivo para la garantía al derecho al acceso a la justicia, que los Colombianos no pueden acceder a la prueba pericial dentro del proceso, practicada por entidades o dependencias públicas, pues esta prueba actualmente se decreta solo por voluntad del juez, sin que sea obligación decretarla cuando dicha prueba resulte pertinente y conducente, como si sucedía en los derogados Decretos 1400 y 2019 de 1970 en donde era obligación el decreto de la prueba pericial dentro del proceso si era pertinente y conducente.

La prueba pericial obligatoria de entidades o dependencias oficiales dentro del proceso garantizaba el acceso a la Justicia a las partes dentro del proceso en la medida que estas entidades o dependencias al tener naturaleza Estatal ejercen una función pública que se complementa con la función pública de la Justicia, por tanto es regresivo para los ciudadanos que acceden a la Justicia en su especialidad civil que el decreto de esta prueba no sea obligatorio por parte del Juez Civil, pues los ciudadanos tiene derecho a hacer usos de los servicios que prestan la entidades públicas e la medida que estas entidades se financian con dineros de públicos y están al servicios de las sociedad.

Se aumenta entonces un requisito para presentar demanda cuando las pretensiones de la mismas se fundamenten en hechos de contenido técnico, científico o artístico, en la medida que si la parte demandante pretende probar estos hechos con una prueba pericial, debe obligatoriamente aportarla con la presentación de la demanda, antes la prueba de estos hechos se podía hacer con una prueba pericial solicitada dentro del proceso a través de entidades o dependencias oficiales.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta.

En Colombia no todos pueden pagar una prueba pericial como prueba anticipada para presentarla a la demanda o su contestación, es más, no todos pueden pagar un abogado para que los represente, es claro que las condiciones socioeconómicas de los Colombianos, hace necesario que no se le exija tener que presentar pruebas periciales con la presentación de la demanda, cuando en la historia del derecho procesal Colombiano, siempre los ciudadanos tuvieron la posibilidad de practicar pruebas periciales dentro del proceso, y en muchos casos pruebas gratuitas al ser practicadas por entidades del Estado, no existe justificación constitucional para haber retrocedido en materia de pruebas periciales con el CGP al punto de tener que aportarse con la demanda o con su contestación.

Las reglas de cada juicio deben estar encaminadas a garantizar a quienes no cuentan con la capacidad económica suficiente, facilidad de gozar de las mismas oportunidades de quien tiene recursos para garantizar su propia defensa

La carga procesal capaz de comprometer el goce efectivo del derecho de acceso a la justicia de una persona es inconstitucional cuando es irrazonable y desproporcionada, se desconoce cuál es la finalidad que en el proceso civil que las partes que quieren probar hechos de naturaleza técnica, científica o artística deban aportar la prueba pericial con la presentación de su demanda o con la respuesta a la misma sin que sea obligación del juez decretarla dentro del proceso a solicitud de parte. Lo cierto es, que tal situación genera un componente económico que no todos las personas pueden asumirlo, en un País inequitativo en donde es difícil por demás contratar a un abogado, por tanto exigir que esta prueba sea aportada con la demanda o con su contestación restringe de forma desproporcionado el acceso a la administración de justicia.

Tener que aportar con la demanda una prueba parcial desestimula indiscriminadamente el ejercicio del derecho fundamental al acceso de la justicia, pues si la persona no tiene esa posibilidad, tendrá entonces una limitación para poder demandar.

Debe declararse entonces inconstitucional las normas objeto de esta demanda en la medida crean una barrera económica de acceso a la justicia que resulta franqueable por quienes cuentan con mayor capacidad económica pero no necesariamente por quienes, sin estar en condiciones de pobreza, tienen una capacidad contributiva notoriamente inferior, para aportar pruebas periciales extraproceso con la presentación de la demanda o con su contestación.

Además de lo anterior las normas objeto de demanda son regresivas para el derecho al acceso de la justicia como ha sido puesto de presente.

3. VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA.

La razonabilidad es el límite democrático de la arbitrariedad aunque el juez tiene una margen de discrecionalidad en el proceso civil para tomar decisiones, este criterio en materia de pruebas está **limitado a la pertinencia y conducencia de las mismas**, es decir, que si la prueba que se solicita se practique dentro un proceso para ejercer el derecho de defesan es pertinente y conducente, **el juez no puede negarse a decretarla basado en su discrecionalidad, pues lo discrecional se vuelve arbitrariedad.**

La prueba pericial dentro del proceso, se puede decretar de oficio o solicitud de parte, en este último caso solo a discrecionalidad del juez, pues es legítimo tal como está redactado el artículo 234 del CGP que el juez no decrete un peritaje judicial sin que este se entienda como una conducta arbitraria o contrario a derecho.

El margen discrecional en materia de pruebas debe estar limitado por la razonabilidad, lo cual no sucede con el artículo 234 del CGP dado que la norma tal como está redactada no le obliga a decretar dentro del proceso pruebas periciales aun siendo pertinentes y conducentes, pues el verbo rector de la norma, establece *"Los jueces **podrán** solicitar, de oficio o **a petición de parte** los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas"*

El artículo 234 del CGP deja un margen de discrecionalidad respecto del decreto de la prueba pericial dentro del proceso, en la medida que el decreto de esta prueba no se fundamenta en la razonabilidad de su pertinencia y conducencia **sino en la discrecionalidad del juez**, lo cual no es Constitucionalmente legitimo en un Estado Social de Derecho que propende porque el juez en los proceso que conoce y juzga busqué la verdad para la garantía de los ciudadanos que acceden a la justicia ya sea en calidad de demandante o demandados.

El verbo "podrá" deja un margen discrecional en el decreto de la prueba pericial dentro del proceso civil que viola el debido proceso de los sujetos procesales en esta la Jurisdicción, en la media que el juez solo está limitado en el decreto de esta pruebas a su propio criterio, y no a la pertinencia y conducencia de la prueba como forma de llegar a la verdad, esto genera un defecto factico negativo, en la medida que el juez civil no estaría en ningún caso obligado a justificar la negativa de una solicitud de prueba pericial dentro del proceso, pues el artículo 234 del CGP no establece que el decreto de la prueba pericial dentro del proceso deba ser obligatorio si la pruebas es pertinente y conducente.

No puede ser elección del juez descubrir o no la verdad, cuando dentro del proceso cualquiera de las partes le solicita al juez la práctica de una prueba pericial que es pertinente y conducente, por lo tanto el dejarle a su liberalidad el decreto de esta prueba aun siendo pertinente y conducente, sin que esté obligado a su decreto, es una clara violación al derecho al debido proceso y al acceso a la justica cuando por los hechos y pretensiones de un proceso requiera para su prueba especiales conocimientos científicos, técnicos y artísticos.

El Debido Proceso, se garantiza cuando la discrecionalidad del juez está supeditada a la razonabilidad y no a la liberalidad del juez, en lo que respecta al decreto de cualquier prueba importante para el esclarecimiento de hechos de relevancia procesal.

Discreción, técnicamente bien entendida, significa la posibilidad de que una autoridad elija entre dos o más opciones con idéntica legitimidad, tal como está redactado el redactada la norma objeto de la demanda, no decretar la prueba pericial a solicitud de parte dentro del proceso aun siendo pertinente y conducente, es una decisión legitima, pero que aun siendo legitima, desconoce el debido proceso de los sujetos procesales dentro del proceso civil, en la medida que sacrifica el derecho de defensa y el debido proceso, pues restringe o limita un medio de prueba que según lo que se quiera probar resulta relevante para la búsqueda de la verdad.

El juez no puede escoger entre buscar o no buscar la verdad en el proceso, si la prueba pericial solicitada por una de parte dentro del proceso es pertinente y conducente es su obligación decretarla no su elección su decreto.

El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación

integral, en aquellos casos en los cuales **deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable**, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso[2],

Por tanto el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas dentro del proceso, pero si el juez en el proceso civil puede tomar legítimamente la opción de no decretar una prueba pericial dentro del proceso aun siendo conducente y pertinente, es una clara violación al artículo 29 y 229 de la Constitución Política, pues siendo legitima dicha opción por estar redactado así el artículo 234 del CGP se sacrifica sin razón constitucionalmente valida el derecho de defensa de quien requiere dentro del proceso una prueba pericial para probar sus pretensiones o medios exceptivos de defensa.

El artículo 234 del CGP no requiere que el juez justifique objetiva y razonable **el no decreto de una prueba pericial dentro del proceso a solicitud de parte**, precisamente porque la regla general en este nuevo estatuto procesal, es que la prueba pericial sea aportada con la demanda y su contestación y no dentro del proceso, estos es una clara violación del Debido Proceso y al derecho de defensa de quien no tiene la posibilidad de aportar una prueba pericial con su demanda o contestación, pues será el juez el que decida si decreta o no una prueba pericial dentro del proceso, sin que dicha decisión esté sometida a un criterio de razonabilidad, el articulo 234 no le exige al juez que su decisión sea razonada para ser legitima, lo cual viola el derecho al debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos procesales que litigan en la Jurisdicción Civil.

4. VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD RESPECTO DE LA FORMA COMO SE DECRETA EL PERITAJE EN LA JURISDICCIÓN CIVIL Y COMO SE DECRETA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece

> "(...) **Artículo 212 Oportunidades Probatorias.** Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. (...)"
>
> "(...) Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, **o podrán solicitar la designación de perito**, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas (....)"
>
> "(...) Artículo 220. **Contradicción del dictamen aportado por las partes.** Para la contradicción del dictamen se procederá así:

---

[2] Sentencia C-609 de 1996 (MPs. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. SV. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo). Sentencia C-830 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería).Sentencia C-798 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Rodrigo Escobar Gil. SPV y AV. Jaime Araujo Rentería). Sentencias T-055 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-324 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Hernando Herrera Vergara) y T-654 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

1. En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a prueba el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia. El subrayado fuera del texto.

Las normas objeto de demanda, establecen, Artículo 228 del CGP:

Artículo 228. **Contradicción del dictamen.** La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen. La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes.

Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. El subrayado fuera del texto.

"(...) Artículo 234. Peritaciones de entidades y dependencias oficiales.

Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen (...)"

Del comparativo de estas normas se tiene:

-Que en la Justicia Contencioso Administrativa existe un sistema dual o mixto en lo que respecta a la prueba pericial, es decir, en esta justicia, los sujetos procesales pueden aportar dictámenes periciales y a su vez pueden solicitar peritajes dentro del proceso[3], sin que el juez pueda optar por no decretar estos últimos, salvo por que la solicitud de peritaje resulte notoriamente impertinente, inconducente, superfluo o inútil. Así mismo, para la contradicción de un dictamen de parte, el sujeto procesal contra quien se presenta dicho dictamen, puede a su vez para sustentar su objeción solicitar la práctica de un nuevo dictamen, caso el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a pruebas el proceso, nótese entonces que en la Jurisdicción Contenciosos Administrativa que no es optativo del Juez decretar o no la prueba pericial, deberá siempre decretarla si es pertinente y conducente.

[3] Auxiliares de la Justicia o expertos idóneos. Artículo 218 del CPACA.

-En la Justicia Civil, el legislador **optó por un sistema único** respecto de la prueba pericial en la medida que, cuando se hace referencia a la prueba pericial producida por entidades o dependencias oficiales (perito del juez) el artículo 234 del CGP establece que los jueces **podrán** solicitar de oficio a **petición de parte** los servicios de entidades y dependencias oficiales para las peritaciones que versen sobre materias propias de aquellas, quiere decir lo anterior, que el decreto de la prueba pericial dentro del proceso queda a discrecionalidad del juez, no siendo entonces un medio de prueba obligatorio cuando la prueba solicitada por una de las partes en el proceso es pertinente y conducente, es decir, que si la solicitud de esta prueba aun teniendo estas dos características, el juez civil conforme está redactado el artículo 234 del CGP no está obligado bajo ninguna circunstancia a decretar la peritación de entidades o dependencias oficiales.

Lo anterior es una clara violación al derecho a la igualdad por las siguientes razones:

En lo que respecta al test de igualdad la Corte Constitucional ha considerado: *(...) El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin (...)"*

Análisis del test de igualdad propuesto por la Corte Constitucional

(i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho *son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza.*

La comparación respecto al juicio de igual en esta demanda se formula frente a los sujetos procesales que acceden a la Jurisdicción Civil y a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en lo que hace referencia al acceso y decreto de la prueba pericial conforme a la regulación del Código General del Proceso y del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo (CPACA)

En este orden de ideas se tiene, que el dictamen pericial es una prueba que resulta procedente para verificar los hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico; el objeto de la prueba entonces se aplica tanto para la jurisdicción Civil como para la Contencioso Administrativa, es más, el mismo CPACA establece en su artículo 211 que lo no regulado expresamente en dicho código se aplicarán las normas del Código Procesal Civil, y además el artículo 1 del CGP, determina que este ordenamiento procesal regula los asuntos de cualquier jurisdicción con la misma salvedad antes referenciada.

Por tanto, si la procedencia y el fin de la prueba pericial tiene un origen común para ambas jurisdicciones es claro que es susceptible de ser comparado este medio de prueba en estas dos jurisdicciones, también porque en ambas, se comparte el alcance del principio de acceso a la justicia, en el que toda persona o grupo de personas tienen derecho a la tutela efectiva jurisdiccional para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses.

Además de los anterior, en ambas jurisdicciones, el Estado entiéndase (entidades públicas cualquiera que sea su naturaleza) puede ser demandante, significa esto, que en estas dos jurisdicciones el Estado puede ser parte procesal en calidad de accionante, lo que se traduce que cuando el Estado requiera demandar sobre un tema u objeto de litigio en la Jurisdicción Civil en donde se haga necesaria una prueba pericial, deberá aporta el dictamen pericial como prueba anticipada so pena de que el juez no esté obligado a decretar una prueba pericial dentro del proceso, lo que no sucede en el proceso contencioso administrativo cuando el accionante es el Estado, pues en este al presentarse la demanda podrá pedir dentro del proceso una prueba pericial sin que el juez pueda optar por no decretarla aun siendo pertinente y conducente.

Significa lo anterior, que los sujetos que acuden a ambas jurisdicciones tienen como fin la tutela efectiva para el ejercicio de sus derechos y los que son accionados tienen de igual forma el derecho a la defensa de sus intereses con sujeción al debido proceso, por tanto estamos en presencia de una prueba pericial cuyo fin es igual para las dos jurisdicciones y en ambas los sujetos que confluyen a ella tienen un mismo propósito en aplicación del principio de acceso a la justicia que permea a esta dos jurisdicciones.

ii) Se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Se precisa entonces que ambas jurisdicciones (Contencioso Administrativa- Civil) los sujetos procesales que accionan buscan la tutela efectiva para el ejercicio de sus derechos y los que son accionados, tienen de igual forma derecho a la defensa de sus intereses con sujeción al debido proceso.

En este orden de ideas, al no existir diferencia en cuanto a los derechos de los que accionan como de los que son accionados en estas dos jurisdicciones, es diáfano, que existe un trato desigual en las jurisdicciones antes referenciadas en cuanto a la forma como pueden probar los accionantes y los accionados (sujetos procesales) los hechos en los que fundamentan sus pretensiones y los hechos en los que se fundamentan sus excepciones como medio de defensa de las pretensiones de la demanda, cuando dichos hechos contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico que ameritan del concepto de un perito.

Código General del Proceso	Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
Si un hecho materia de prueba requiere ser probado a través de un dictamen pericial porque dicho hecho contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico, en la Jurisdicción Civil la parte actora o la parte demandada para probarlo, pueden hacerlo aportando en las oportunidades procesal pertinente un "dictamen de parte". El juez no está obligado a decretar un peritaje dentro del proceso civil solicitando por cualquiera de los sujetos procesales aun siendo pertinente y conducente dicha prueba	En esta Jurisdicción tanto la parte actora como parte demandada para probar un hecho contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico pueden aportar un dictamen con presentación de la demanda o EN su contestación y/o pueden su vez, solicitar con la presentación o con la contestación de la demanda, una prueba pericial dentro del proceso decretada con peritos auxiliares de la justicia o de entidades y dependencia oficiales, si la prueba es pertinente y conducente el juez debe decretarla, no es opcional del juez su decreto.

En el CGP proceso la parte que quiera probar un hecho que contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico, debe hacerlo aportando con la demanda o en su contestación una prueba pericial, este dictamen de parte establecido en el artículo 227 del CGP se controvierte:

-Solicitando la comparecencia del perito para ser controvertido en audiencia.

-Aportando otro dictamen de parte.

- O realizar amabas actuaciones.

El CPACA el accionante o accionado que quiera probar un hecho que contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico, puede hacerlo aportando con la demanda o en su contestación una prueba pericial, o solicitando en la demanda o en su contestación una prueba pericial dentro del proceso por peritos auxiliares de la justica.

En el CPACA, el dictamen de parte de controvierte:

- Aportando otro dictamen de parte.
- Solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a pruebas al proceso.
- A través de testigos técnicos.

Se viola el derecho a la igualdad de los sujetos procesales en la Jurisdicción Civil con relación a los sujetos procesales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la medida que:

-Sí quién acciona en la Jurisdicción Civil (ya sea por un tema económico sin ser beneficiario del amparo de pobreza) o por cualquier otra razón, no puede aportar con su demanda un peritaje para probar un hecho que contiene especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico, esta situación por si sola limita o restringe entonces la posibilidad de accionar y acceder a la justicia al no poder contar con este medio de prueba antes de la presentación de sus demanda, pues el estatuto procesal civil exige que este tipo de pruebas deban ser presentadas con la demanda, pues el juez de la causa no está obligado a decretar una prueba pericial dentro del proceso que está juzgando para probar las pretensiones de la demanda.

- Si quien es accionado en la Jurisdicción Civil, con la demanda se le corre traslado de una prueba pericial y este (ya sea por un tema económico sin ser beneficiario del amparo de pobreza) o por cualquier otra razón, no puede controvertir dicha prueba anexando una igual con su respuesta de demanda, se limita o restringe su derecho de defensa, pues el juez de la causa no está obligado a decretar una prueba pericial dentro del proceso que está juzgando para controvertir el dictamen de parte aportado con la demanda.

Lo anterior a diferencia de lo que sucede en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde tanto el sujeto que acciona como el accionado, **tienen derecho a solicitar con la presentación de la demanda o con su respuesta, una pruebas periciales de peritos de las lista de auxiliares de la justicia o de entidades o dependencias oficiales para probar los hechos que contienen especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico.**

En la Jurisdicción Contencioso Administrativa existe un sistema mixto en cuanto al origen de la prueba pericial (peritación de parte y prueba pericial con auxiliares de la justicia) a diferencia de la Jurisdicción Civil en donde como regla general únicamente existe como medio de prueba obligatorio para el juez en lo que respecta a la prueba pericial el dictamen de parte cuando el hecho objeto de prueba requiere de especial conocimientos científicos, técnicos o artístico, el dictamen de perito dentro del proceso (por dependencia o entidades oficiales) es excepcional y optativo del juez decretarlo, no obligatorio.

Como ya fue explicado, existe una clara violación del derecho a la igualdad de los sujetos procesales que litigan en la Jurisdicción Civil y Contencioso Administrativa, en lo que respecta a la garantía del Derecho al debido proceso para solicitar y controvertir pruebas, pues las normas objeto de esta demanda restringen si razón Constitucionalmente relevante el derecho a los sujetos procesales dentro del proceso civil de acceder a pruebas periciales dentro del proceso, pues el juez del proceso civil legalmente no está obligado decretar dicha prueba aun siendo conducente y pertinente; **obligación que si se predica del juez administrativo quien no tiene opción en cuanto a su no decreto, pues si la prueba pericial es solicitada por una de las partes y la misma es conducente y pertinente, el juez del proceso contenciosos administrativo siempre deberá decretar la pruebas pericial que tenga estas dos características**.

iii) Una vez establecida la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.

Este trato desigual no está justificado por las siguientes razones:

-La tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de un derecho y la defensa de sus intereses, es un Derecho Constitucional que no está limitado o diferenciado por el tipo de jurisdicción en donde se ejerza dicho derecho, significa esto, que la Constitución Política consagra el derecho a la tutela efectiva para el ejercicio de un derecho y la defensa de sus intereses como un derecho para todos los ciudadanos sin distinción alguna de la Jurisdicción en donde sea ejercido.

El debido proceso garantiza el derecho a solicitar y a que se practiquen **dentro del proceso pruebas pertinentes y conducentes,** por tanto no existe razón para diferenciar este derecho en dos proceso judiciales que deben garantizar del derecho de defensa de los sujetos procesales que acceden a la justicia; la única limitación que debe tener el juez al momento de decretar una prueba pericial dentro de un proceso es su conducencia y su pertinencia, y sobre todo cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

Nótese entonces que se viola la derecho a la igualdad de los sujetos procesales en el proceso civil respecto a los del proceso contenciosos administrativo, en cuanto al decreto de la prueba pericial dentro del proceso, violación que no tiene un fundamento constitucional relevante que legitime dicha diferenciación.

Así mismo, el derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones **de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia**, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Es claro que las condiciones de acceso a la justicia en lo que respecta a la prueba de hechos que contienen especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico, no es igual en la Jurisdicción Civil y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, *generando un trato desigual para los ciudadanos que acceden a la Jurisdicción Civil*, pues en esta el decreto la prueba pericial dentro del proceso no depende de su pertinencia o conducencia sino de la voluntad del juez, en la medida que los jueces en esta jurisdicción en voces del artículo 234 del CGP *"**podrán** solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquella"*

Es obligación del Estado respetar el derecho a la administración de justicia absteniéndose de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización, y en especial debe el Estado inhibirse de tomar medidas discriminatorias, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad entre otras.

Se discrimina entonces a los sujetos procesales de la Jurisdicción Civil pues la posibilidad de que el Juez ordene pruebas periciales cuando las mismas sea conducentes y pertinentes no es obligatoria sino optativa, en la medida que en el estatuto procesal civil no existe norma que obligue a decretar dicha prueba, pues el verbo rector del artículo 234 del CGP es "podrán" entonces el decreto de esta prueba es optativo del juez no obligatorio.

Se insiste entonces que el trato desigual que se ha venido explicando es inconstitucional, en la medida que en voces la Corte Constitucional el derecho a la administración de justicia conlleva como obligación del Estado, la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones.

Es claro que los sujetos procesales (accionantes y accionados) en la Jurisdicción Civil, ven menguado o disminuido la posibilidad de acceder y defenderse en dicha Jurisdicción cuanto el objeto de litigio requiera de una prueba pericial por contener los hechos objeto de controversia contengan conocimientos científicos, técnicos o artísticos pues en esta Jurisdicción este tipo de pruebas como principio general debe ser aportada por los sujetos procesales, a diferencia de lo que sucede en materia Contencioso Administrativo en donde la prueba pericial puede ser aportada por las partes o decretada dentro del proceso a petición de parte, debiendo el juez decretarla con auxiliares de la justicia si la misma es pertinente y conducente.

En la Jurisdicción Contencioso Administrativa el juez no tiene la opción de decretar o no un peritaje, es su obligación decretarlo dentro del proceso si la prueba en pertinente y conducente; cosa que no sucede la Jurisdicción Civil en donde el juez puede optar por no decretar el peritaje aun siendo pertinente y conducente pues la norma procesal civil no lo obliga a su decreto, tal situación tiene como efecto impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización en la Jurisdicción Civil para quienes requieren de una prueba pericial para probar hechos relevantes para sus intereses cuando quiera que estos contienen especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico que hace necesario la intervención de un perito.

En voces de la Corte Constitucional *"El legislador puede regular libremente los procedimientos judiciales, **siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad**. Facultades que le permiten, entre otros asuntos, establecer recursos y medios de defensa que procedan contra los actos que profieren las autoridades, fijar las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que se deben cumplir, radicar las competencias en una determinada autoridad judicial, **regular lo concerniente a los medios de prueba** y "establecer dentro de los distintos trámites judiciales imperativos jurídicos de conducta consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos"*

El acceder en condiciones de igualdad a la justicia en un principio constitucional que ha sido transgredido por las normas objeto de la presente demanda, no se entiende la razón constitucional para dar un trato desigual a los sujetos procesales respecto del acceso y decreto de la prueba pericial en la Jurisdicción Civil respecto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si en ambas jurisdicciones el fin de proceso es que los ciudadanos puedan acceder a la justicia en defensa de sus derechos e intereses y sobre todo la búsqueda la verdad real, y a la igualdad de las partes y establecer la libre valoración de la prueba.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-874-03

> (...) PROCESO CIVIL MODERNO-Orientación. El proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento. (...)"

Como ha dicho la Corte Constitucional, las leyes que establecen procedimientos deben propender por **el *hacer efectivos* los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental,** del juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción del debido proceso.

La práctica de la prueba pericial cuando esta es necesaria para probar hechos de contenido técnico científico, artístico entre otros, es importante para el derecho constitucional, en la medida que garantiza entre otros, el derecho el acceso a la justicia y la defensa de sus intereses para los sujetos procesales que acceden a la justicia; lo anterior, sin distinción de la jurisdicción en la que se desarrolla un proceso judicial, por tanto es discriminatorio para los ciudadanos que acceden a la Jurisdicción Civil que el juez no esté obligado a decretar prueba pericial dentro del proceso cuando esta resulta pertinente y conducente, como si sucede en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en donde esta prueba es obligatoria en su decreto si la misma es pertinente y conducente.

Por tanto, no existe justificación Constitucional para que los sujetos procesales en la Jurisdicción Civil no puedan acceder a la prueba pericial dentro del proceso, quedando limitada dicha prueba al potestad (arbitrio) del juez, quien puede o no decretarla aun cuando el peritaje solicitado resulte pertinente y conducente. Es claro que la restricción que ha sido puesto de presente a este medio de prueba, no existe en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual viola el derecho a la igualdad de los sujetos procesales en la Jurisdicción Civil

Si el interés y el objeto de la prueba pericial es igual para los sujetos procesales de ambas jurisdicciones, no existen un fundamento Constitucional razonable para que exista tal diferencia en cuanto a su decreto dentro los procesos civiles y contenciosos administrativos.

Según la Corte Constitucional, *"el proceso judicial debe permitir el logro efectivo de los distintos componentes del derecho al debido proceso, como son los principios de legalidad, contradicción y defensa, de favorabilidad en los casos que resulte aplicable, de presunción de inocencia para los trámites propios del derecho sancionador etc. Estas garantías se suman a otras, vinculadas a distintos derechos fundamentales, como son la igualdad de trato ante autoridades judiciales, la vigencia de la intimidad y la honra, la autonomía personal y la dignidad humana, entre muchas otras."*

El derecho a la igualdad ante la autoridades judiciales surge entonces como una forma de que los ciudadanos accedan a la justicia en condiciones igualdad cuando quieran garantizar sus derechos e intereses, precisamente, si tanto en los procesos civiles y contenciosos administrativos el fin del Estado es (i) facilitar las condiciones para el disfrute del derecho al acceso a la justicia y, (ii) hacer efectivo el goce del derecho, no existe Constitucionalmente razón alguna para que los sujetos procesales en la Jurisdicción Civil no puedan hacer uso de la prueba pericial a través de auxiliares de la justicia o de entidades o dependencias del Estado de forma libre, pues el juez en esta jurisdicción, por expresa disposición normativa queda con la potestad de decretar o no dicha prueba aun siendo la prueba conducente y pertinente, lo cual obviamente viola su derecho a la igualdad con relación a la obligatoriedad del decreto de dicha prueba en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando es conducente y pertinente.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional *"En suma, el procedimiento judicial es el escenario estatal que, por definición, debe estar conformado de manera que garantice los derechos constitucionales y sirva de espacio para su realización. Esto conlleva que cuando la legislación que regula dicho trámite, en vez de propiciar esa eficacia se configura como barrera para su ejercicio efectivo, resulte contrario a los principios y valores previstos en la Carta. Sobre el tópico, este Tribunal ha indicado que el legislador* ***no está facultado para prever, bajo el simple capricho o la arbitrariedad, las ritualidades procesales, "... pues no puede desconocer las garantías fundamentales, y debe proceder de acuerdo con criterios de proporcionalidad y razonabilidad****, a fin de asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia recta. Por ello las leyes que establecen procedimientos deben propender por el hacer efectivos los derechos de defensa, de contradicción, de imparcialidad del juez, de primacía de lo substancial sobre lo adjetivo o procedimental, de juez natural, de publicidad de las actuaciones y los otros que conforman la noción de debido proceso"* C-555 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Es claro que dicha diferenciación en cuanto al uso de dicha prueba desconoce el derecho a la igualdad y al acceso a la justicia de los sujetos procesales en la Jurisdicción Civil respecto de lo que sucede en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, porque el objeto de la prueba pericial decretada dentro de cualquier proceso judicial permite a los sujetos procesales a asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de justicia cuando quiera que el objeto de sus pretensiones o de su defensa se fundamenta en hechos que para ser probados requieran de un peritaje, el cual que no siempre puede ser aportado como prueba anticipada en la demanda o en la contestación de la misma, por eso es que la prueba pericial decretada dentro del proceso, permite a los sujetos procesal probar los hechos de contenido técnico, científico y artístico, tan es así, que esta prueba si es procedente en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con la única restricción que sea pertinente y conducente.

Facilitar el derecho a la administración de justicia conlleva la adopción de normas y medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones, **es claro que las normas objeto de esa demanda ejercen una tendencia negativa y disuasiva a quien quiere demandar en la Jurisdicción Civil pero no puede hacerlo por no poder aportar un dictamen de parte como prueba anticipada para probar sus pretensiones cuando estas se fundamenten en hechos de naturaleza técnica, científica y artística que ameriten la intervención de un perito.**

Lo anterior no sucede en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en donde la forma de incorporar esta prueba no está limitado a que el dictamen pericial deba obligatoriamente aportarse con la presentación de la demanda o con su respuesta, pues en esta Jurisdicción la prueba se puede decretar y practicarse dentro del proceso a través de peritos auxiliares de la justicia o de entidades del Estado sin que sea optativo del juez su decreto, en la medida que si el peritaje es pertinente y conducente es obligación del juez administrativo decretarlo.

No amerita un trato diferente el decreto de la prueba pericial dentro del proceso civil con relación a la forma como se decreta en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues el mandato Constitucional promulga por asegurar el ejercicio pleno del derecho de acceso a la administración de una justicia en condiciones de igualdad para los sujetos que accedan a ella, sin que existe una razón constitucionalmente aceptable para que la prueba pericial en las Jurisdicciones antes referenciadas sean reguladas de forma diferente.

5. VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES QUE INTERVIENEN EL PROCESO CIVIL.

Las partes de un proceso civil (accionante y accionado) tienen la posibilidad de aportar un peritaje de parte para fundamentar los hechos y pretensiones de su demanda o para sustentar los hechos en los que fundamentan su defensa (excepciones de mérito) no obstante quien no tenga la posibilidad (económica o técnica) de aportar un peritaje de parte para controvertir el que se ha presentado en su contra se encuentra **en una desigualdad para ejercer su derecho de defensa** en la medida que no puede hacer uso de la prueba pericial dentro del proceso pues las normatividad objeto de esta demanda, no establece este tipo de pruebas como obligatoria, teniendo solo la posibilidad de pedir la comparecencia del perito que rindió el dictamen a la audiencia de pruebas para interrogarlo, y de esta forma intentar restarle valor probatorio a dicho dictamen.

El artículo 2º de la Constitución establece como fin esencial del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. En concordancia con ello, los artículos 228 y 229 del mismo estatuto recogen el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, en donde ha de prevalecer el derecho sustancial, lo cual supone que la Constitución "fija una verdadera obligación jurídica en cabeza de las autoridades públicas (incluyendo las judiciales), consistente en promover e impulsar las condiciones para que el acceso a la administración de justicia sea real y efectivo" lo cual se desnaturaliza,

El derecho –fundamental- a la tutela judicial efectiva "se traduce en la posibilidad, reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones **de igualdad** ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

Quienes tengan mayor capacidad económica para franquear la barrera de acceso en cuanto a poder aportar en dictamen pericial para probar hechos de contenido técnico, científicos y artísticos con la presentación de la demanda o en su contestación, estarán en mejor posición que quienes no tiene la capacidad de contratar una peritaje extraproceso para presentarlo en la demanda o en su respuesta, pues tal como está regulado actualmente este medio de prueba en la Jurisdicción Civil, el juez no está obligado a decretar una prueba pericial dentro del proceso aun siendo pertinente y conducente, por tanto se genera una desigualdad negativa para la sujetos procesales que no puedan aportar pruebas periciales extraproceso (dictamen de parte) con relación a los sujetos procesales que si tienen esta posibilidad, lo cual contradice el artículo 13 de la Constitución Política.

La desigualdad antes referenciada, con lleva que quien no tenga los recursos económicos (sin que califique para ser beneficiario del amparo de pobreza) o por factores relacionados con no poder contratar un experto en el mercado profesional[4], para defenderse de un dictamen de parte aportado como prueba extraproceso, esté en una desigualdad procesal respecto de su contraparte lo cual viola el artículo 13 de la C.P., dado que el Estado Social de Derecho en el proceso judicial debe procurar corregir la desigualdad real que exista entre quienes acudan a los estrados jurisdiccionales para la solución de sus conflictos, uno de cuyos escenarios es el ámbito probatorio como una forma de garantizar los derechos fundamentales sustanciales, como la tutela judicial efectiva.

NOTIFICACIONES

Cra. 9 No 142-53 Apto 202 Bogotá D.C., andresdewdney@hotmail.com Tel 3166933431

SOLICITUD

Se declaren inconstitucionales los apartes subrayados de los artículos 228 y 234 de la Ley 1564 de 2014 (código general del proceso) por ser violatorios de los artículos 13, 29, 228, y 229 de la Constitución Política, en el entendido que si la prueba pericial solicitada por los sujetos procesales que acuden a la jurisdicción civil es conducente y pertinente el Juez está obligado a decretarla sin que sea optativo su decreto.

Atentamente.

ANDRES EDUARDO DEWDNEY MONTERO
C.C. No 72.203.823 de Barranquilla.

[4] A manera de ejemplo, no existe en el mercado profesional un perito que quiera declarar contra determinado gremio o contra determinada actividad profesional, no siempre resulta fácil la contratación de expertos en determinadas especialidades para aportar un dictamen como prueba extraproceso.

El anterior escrito fue presentado personalmente
La Secretaría General de la Corte Constitucional,
por Andres Eduardo Dewdney Montero quien
Identificó con la C.C. No. 72203823 de Barquilla
y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 11/08/17

Quien Firma