



PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

CONCEPTO No. **165**

Bogotá, D.C, 11 de noviembre de 2020

Doctor

Nicolas Yepes Corrales

Consejero Ponente

Sala Especial de Decisión No. 16

Consejo de Estado

Expediente: 11001-03-15-000-2019-01599-00
Demandante: Catherine Juviano Clavijo, Viviana Mercedes Miranda, María Piedad Velasco Lacayo y Luís Miguel Moisés García.
Demandado: David Alejandro Barguil Assis
Medio de control: Pérdida de investidura
Asunto: Traslado memorial de la parte demandante.

La demandante Catherine Juviano Clavijo solicitó, mediante escrito que radicó el 6 de noviembre de 2020, tener como prueba dentro del proceso de pérdida de investidura, el dictamen grafológico que rindió el perito Richard Poveda Daza, en relación con las firmas del congresista Jaime Armando Yepes Martínez y el análisis que hizo a la certificaciones médicas que aportó el congresista David Alejandro Barguil Assis al proceso, para justificar varias inasistencias a las plenarios a las que aludió la demanda.

Al respecto, los artículos 10 y 11 de la Ley 1881 de 2018, establecen la oportunidad procesal en la pérdida de investidura, para que tanto el demandante como el congresista accionado soliciten o presenten las pruebas, esto es, el primero en el escrito de la demanda, y el segundo en la contestación dentro de los 5 días siguientes contados a partir de la notificación. Dichas normas señalan:

“ARTÍCULO 10. El Congresista dispondrá de los cinco (5) días siguientes, contados a partir de la fecha de la notificación, para referirse por escrito a lo expuesto en la solicitud. Podrá aportar pruebas o pedir las que considere conducentes, en los términos del artículo siguiente.”

“ARTÍCULO 11. Al día hábil siguiente, el magistrado ponente decretará las pruebas pertinentes y señalará un término hasta de tres (3) días hábiles para su práctica. En la misma providencia indicará fecha y hora para la audiencia pública, que se cumplirá dentro de los dos (2) días siguientes.”

De igual modo, sobre la oportunidad probatoria el artículo 212 del CPACA, aplicable por disposición del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018, consagra:

“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.



En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

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.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta. (...) -Subraya fuera de texto-

Por otra parte, el artículo 219 ibidem establece que las partes pueden allegar al proceso dictámenes periciales, pero dentro de las oportunidades definidas por el ordenamiento jurídico y bajo el procedimiento y ritualidades establecidas, con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción, así:

“ARTÍCULO 219. PRESENTACIÓN DE DICTÁMENES POR LAS PARTES. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos.

Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incurso en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito” (Subraya fuera de texto).



A su turno, el Consejo de Estado¹ ha indicado:

“El derecho probatorio colombiano se rige por el principio de libertad; sin embargo, ello no significa que todas las pruebas solicitadas por las partes deban ser decretadas, como quiera que la ley establece que solo serán procedentes aquellas que sean lícitas, pertinentes, conducentes y necesarias. No de otra manera se explica que el artículo 168 del Código General del Proceso disponga que se rechazarán de plano los medios de convicción que no cumplan con las citadas características.

Una prueba se reputará lícita cuando es obtenida con respeto al debido proceso y a los derechos de las partes, elemento que es de suma importancia puesto que su origen se encuentra en la propia Carta Política, en cuyo artículo 29 se sanciona la prueba ilícita como “nula de pleno de derecho”.

Por su parte, la pertinencia se refiriere a que la prueba debe tener conexión directa con el problema jurídico a resolver. A su turno, la doctrina define la conducencia como la característica que hace que los medios sean aptos o idóneos para probar o establecer determinada circunstancia fáctica, en tanto la utilidad atañe “al poder enriquecedor del convencimiento del juez que determinada prueba conlleva”.

Además, la solicitud probatoria debe satisfacer los requisitos mínimos que la ley contempló en relación con cada uno de los medios de convicción, tal y como puede examinarse con detalle en los distintos artículos del Código General del Proceso que regulan la materia.

Así las cosas, para que el juez pueda proceder al decreto de una prueba aquella no solo deber ser solicitada en la oportunidad que la norma reservó para ello, sino también debe ser lícita, conducente, pertinente y útil. Adicionalmente, quien formula la petición probatoria deberá cumplir con las exigencias propias del medio de convicción solicitado, de manera que solo en esos eventos será posible acceder al decreto de pruebas”

A su vez, esa H corporación ha señalado:

“El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por tres ejes fundamentales: (i) el derecho de defensa y contradicción, (ii) el impulso y trámite de los procesos conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello. La grave violación de cualquiera de esos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental. De hecho, es la ley, en sentido amplio, la encargada de materializar las reglas derivadas del debido proceso. En ese entendido, sobre el derecho de defensa y de contradicción, eje fundamental del debido proceso, la Sala precisa que se garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos, y, (ii) las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ora mediante la oportunidad para expresar los motivos o razones de la defensa ora mediante la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones”².

En este orden de ideas, para que el dictamen aportado por la parte actora pueda ser valorado como prueba, se requiere:

1. Que haya providencia que la haya decretado.

¹ Auto del 16 de septiembre de 2020, Sala Especial de Decisión, exp 11001-03-15-000-2020-03081-00, pérdida de investidura contra el congresista Anatolio Hernández, CP Dr Nicolás Yepes.

² Sección Cuarta, sentencia 4 de febrero de 2016, CP Dr Hugo Bastidas. Radicación número: 47001-2331-000-2012-00102-01(20899)

Pérdida de investidura

Demandado: David Alejandro Barguil Assís

IUS PGN 2020-458069



2. Que esa providencia haya sido notificada o comunicada a los sujetos procesales.
3. Que se practique con las formalidades que la ley disponga.
4. Que haya sido susceptible de contradicción.
5. La prueba debió practicarse y aportarse en la oportunidad procesal respectiva, no a voluntad de la parte actora, pues las normas procesales son de orden público y el juez es el garante de ello.

Así las cosas, no se aprecia que estos presupuestos se hayan cumplido frente al dictamen que la accionante pretende hacer valer en el *sub lite*, de modo que, en criterio de la Delegada, no se puede tener como prueba el dictamen grafológico que realizó el perito Richard Poveda Daza, más aun cuando le corresponde a la Sala valorar en su conjunto las pruebas que se decretaron y practicaron legalmente en el proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 176 del Código General del Proceso³, utilizando los criterios de la sana crítica, entre otras, el reconocimiento del médico que expidió dichas certificaciones.

En cuanto a la solicitud de la parte actora de oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la posible comisión de delitos en relación con los hallazgos descritos en el dictamen grafológico, le concierne a la H Sala determinar si realmente hay mérito para ello, como quiera que dicha prueba no es susceptible de ser valorada como prueba, sin perjuicio del deber que tiene todo servidor público de dar traslado a las autoridades competentes de la ocurrencia de conductas punibles o constitutivas de falta disciplinaria.

DIANA MARINA VÉLEZ VÁSQUEZ
Procuradora Segunda Delegada para el Consejo de Estado.

Cordialmente,

³ “Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”



Pérdida de investidura
Demandado: David Alejandro Barguil Assís
IUS PGN 2020-458069

Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado
Carrera 5 N° 15-80 piso 20 Tel. 5878750 Ext.: 12015/12016 www.procuraduria.gov.co