TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN

SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrada Ponente:	DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Radicado:	19001 31 10 003 2019 00385 01
Proceso:	UNIÓN MARITAL DE HECHO
Demandante:	CARLOS ALBERTO ARBELAEZ[1]
Demandado:	KARIM JULIETH CASTRO MARTINEZ[2]
Asunto:	Apelación auto que niega prueba testimonial.

Popayán, diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido en la audiencia llevada a cabo el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Tercero de Familia de Popayán, que resolvió excluir como prueba el audio de WhatsApp allegado por la parte demandante con el escrito de la contestación a las excepciones propuestas por la demandada.

ANTECEDENTES

El auto impugnado

El Juzgado Tercero de Familia de Popayán, en audiencia realizada el 18 de febrero de 2021, procede a resolver sobre la legalidad de la prueba, en virtud de la discusión que se genera en el curso de la diligencia, en el sentido de que el documento que se presenta [grabación o CD], la parte contra la cual se aporta no tuvo la oportunidad de pronunciarse, sencillamente, porque es allegado con la contestación a las excepciones, y de éstas no hay nuevo traslado sino la citación para audiencia, no teniéndose la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, motivo por el cual, el juez dice haber permitido "*este parangón*" para resolver sobre el particular. Efectivamente, se entiende es que la voz es de quien apodera inicialmente a CARLOS ALBERTO ARBELAEZ BARRERA, pero no se puede pasar por alto que intervienen en la conversación dos personas, el abogado del señor CARLOS y la demandada, y por lo tanto, hay una situación

[1] Por conducto de apoderada: Dra. NATALIA VALENTINA MERA CONSTAIN – Correo electrónico: nataliavm@unicauca.edu.co - Celular: 316 387 8103 - El demandante: kptoarbelaezb@hotmail.com

[2] Apoderado: MILTON JAVIER LOPEZ GARCIA – Correo electrónico: cdiderecho@hotmail.com – Celular: 315 551 2737 - La demandada: karimjc18@hotmail.com

que genera la "*exclusión de la prueba*", porque se trae una grabación sin la autorización de la demandada, lo que se colige de la intervención que hace su apoderado judicial, y es que incluso se atenta contra el debido diligenciamiento de lo que es el ejercicio de la profesión de abogado, porque se está trayendo una prueba a un proceso utilizándola en contra de la demandada, es decir "*se está creando una prueba, si se podría decir, para efectos de traerla a este juicio*". Esta situación, conlleva "*la exclusión*" de la prueba por su carácter "*ilegal"* Situación ésta que aunque "*extraordinaria*" era preciso resolver.

Fundamentos de la impugnación

Contra la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, arguyendo, que la prueba es legal toda vez que se aportó con la contestación a las excepciones [allegado en diciembre de 2019], y es un documento que conoce la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de oponerse y/o alegar antes de llegar a la audiencia, sin que se haya pronunciado al respecto, motivo por el que considera que la prueba es admisible.

Surtido el traslado correspondiente, el apoderado de la demandada se opone, al considerar, que el código no contempla un traslado a la contestación de las excepciones, y lo que se está negando es la prueba sujeta a una "*nulidad*", y como el recurso no ha sido debidamente sustentado, debe declararse desierto.

Interviene el funcionario, indicando, que contra la prueba en comento no se formuló ninguna nulidad, y es el funcionario quien decide no tener en cuenta el medio probatorio; razón por la que solicita al apoderado de la demandada, aclare su intervención, quien aduce: Que no se está frente a una nulidad, evento en el cual, el auto si sería apelable, pero respecto de la decisión objeto de alzada, el recurso no es admisible. Agrega el profesional del derecho, que "*se equivocó*" cuando solicitó la declaratoria de desierto del recurso.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido en audiencia el día 18 de febrero de 2021 por el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE POPAYÁN, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 321 del C.G.P.

Recuérdese, que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y entre los medios de convicción el artículo 165 del C.G.P., enlista los documentos, entre otros. A su turno, el artículo 243 ibídem, señala:

> *"**Artículo 243. Distintas clases de documentos.** Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, **mensajes de datos,** fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares (…)."*

En concordancia con lo anterior, el artículo 244 del C.G.P., al hacer alusión al "*documento auténtico*", prevé:

> *"Es auténtico un documento **cuando existe certeza sobre la persona** que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se le atribuya el documento.*
>
> *Los documentos públicos y los documentos privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso…"*

En relación con los mensajes de datos, el artículo 247 de la misma codificación, reza:

> ***"Artículo 247. Valoración de mensajes de datos**. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayas sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.*
>
> *La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos."*

Por su parte, la Ley 527 de 1999 en su artículo 2° define el mensaje de datos como *"La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax* (...)"; mientras en su artículo 11, señala:

> ***"ARTICULO 11. CRITERIO PARA VALORAR PROBATORIAMENTE UN MENSAJE DE DATOS.** Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: La confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, **la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información**, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente."*

Frente a la disposición en comento, el tratadista NATTAN NISIMBLAT, en su obra "*Derecho Probatorio*"[3], refirió:

> *"5.30.3. Presentación de documentos electrónicos en procesos judiciales:*
>
> *Los documentos provenientes de terceros deben ser presentados en original o en copia (Ley 446 de 1998, Ley 1395 de 2010 y CGP). Si el documento es presentado en forma de correo electrónico (ej.: excusa médica), se entiende que cualquiera copia sirve como original, ya que en los documentos electrónicos todas las copias son idénticas.*
>
> *Importante: en documentos digitales siempre se satisface el principio de originalidad, ya que las copias electrónicas son idénticas.*
>
> *Si se trata de un archivo de audio en formato MP3 o en formato video, se considera que por tratarse de un documento también esta escrito, pero en lenguaje digital. Por ello la prueba se considera escrita, aunque en formato MP3, el cual puede ser convertido por un programa que sea capaz de leer este tipo de archivos.*
>
> *Es necesario tener en cuenta que cada vez que se abre un archivo se modifican sus propiedades, debido a la posible reescrituración que realizan los sistemas operativos instalados en el equipo. Por ello, al abrir un archivo se viola la cadena custodia. (…)"*

En concordancia con lo anterior, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SC1139 de 2015, indicó:

> *"Por último, es preciso señalar que de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, los mensajes de datos son admitidos como medios de prueba y se les otorga la fuerza probatoria establecida en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, vale decir, que reciben el mismo tratamiento de los documentos contenidos en un papel.*
>
> ***Su valor probatorio está sujeto a la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente, según lo previene el artículo 11 de la Ley citada, a la vez que su apreciación está supeditada a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la valoración de los medios de persuasión****".*

En relación con la prueba electrónica, la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2020, manifestó:

> *"Es evidente el avance tecnológico en las últimas décadas, situación que ha influido en la vida de los individuos, desde sus relaciones interpersonales hasta su rutina diaria. Esta circunstancia no es ajena al derecho, que debe hacer frente a los distintos retos que presentan las exigencias de la vida en sociedad, por*

[3] NATTAN NISIMBLAT, "DERECHO PROBATORIO – Técnicas de Juicio Oral", 3ª edición 2018, página 483.

ejemplo, a través de regulaciones que atiendan los fenómenos actuales o desde la propia administración de justicia.

En relación con este último punto, más allá de la implementación de nuevas herramientas tecnológicas que favorezcan la eficacia en el ejercicio de impartir justicia y mejorar la interrelación con el usuario, los avances tecnológicos conllevan otro desafío para el derecho probatorio, pues las nuevas formas de comunicación virtual en algunas ocasiones o escenarios pueden constituir supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica. Por ello, los científicos de la dogmática probatoria han analizado las exigencias propias de la producción, incorporación, contradicción y valoración de elementos probatorios extraídos de plataformas o aplicativos virtuales.

20. En este sentido, la doctrina especializada ha hecho referencia a las siguientes denominaciones: "prueba digital", "prueba informática", "prueba tecnológica" y "prueba electrónica". Al efecto, un sector se ha decantado por la expresión "prueba electrónica" como la más adecuada, partiendo de un punto de vista lingüístico, de tal forma que se obtenga una explicación que abarque la generalidad de los pormenores que se puedan presentar. Al respecto, valga traer a colación la siguiente cita:

> *"De esta manera vemos como el apelativo 'electrónica', según la RAE, sería todo lo pertinente a la electrónica, ofreciendo una acepción concreta cuando se conecta con algún dispositivo en la que 'electrónica' significaría máquina electrónica, analógica o digital, dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas matemáticos y lógicos mediante la utilización automática de programas informáticos.*
>
> *Con ello se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas".*

En este sentido, se ha aludido a los documentos electrónicos como una especie al interior del género "prueba electrónica". Otras manifestaciones de esta última son el correo electrónico, SMS (Short Message Service), y los sistemas de video conferencia aplicados a las pruebas testimoniales. Acerca de los SMS, es fácilmente reconocible el influjo que han tenido en la actualidad como método de comunicación y su empleo habitual en teléfonos móviles. En este escenario es relevante hacer mención de la aplicación WhatsApp, la cual se constituye como "un software multiplataforma de mensajería instantánea pues, además del envío de texto, permite la trasmisión de imágenes, video y audio, así como la localización del usuario".

Descendiendo al caso concreto, se advierte, que una vez admitida la demanda declarativa de UNIÓN MARITAL DE HECHO propuesta por el señor CARLOS ALBERTO ARBELAEZ BARRERA en contra de KARIM JULIETH CASTRO MARTINEZ por proveído del 04 de octubre de 2019[4], y trabada la relación jurídico procesal, la demandada se opone a las pretensiones formulando excepciones de mérito, de las que se corre traslado a la parte contraria por auto

[4] Folio 25 del expediente digital radicado 2019-00385-00 - UMH

del 5 de diciembre de 2019, pronunciándose el apoderado de CARLOS ALBERTO, para controvertir las excepciones formuladas, y en el acápite de "*PRUEBAS Y DOCUMENTOS APORTADOS EN LA CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES*", enlista como prueba, entre otras:

> *"1.17. Conversación en WhassApp sostenida con el suscrito por KARIM CASTRO en marzo de 2019, en la cual ella remite un audio, de forma voluntaria, agradeciendo por la ayuda emocional que les presté en ese momento, lo cual coadyuvó a que se recuperaran de una fuerte discusión que tuvieron como pareja.*
>
> *2. AUDIO Y CD.*
>
> *2.1. Adjunto al presente escrito el audio remitido por la demandada al suscrito el día 14 de marzo de 2019, y cuya duración es de 3 minutos y 28 segundos. En CD."*[5]

Mediante proveído del 13 de agosto de 2020, se convocó a la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso, que luego de ser aplazada se realizó el 22 de octubre de 2020, en la que las partes en la etapa conciliatoria solicitaron la suspensión del proceso por el término de 3 meses a efectos de llegar a un acuerdo o definir el litigio mediante escritura pública o acuerdo en centro de conciliación; pedimento que aceptó el Juzgado, señalando el día 18 de febrero de 2021, para reanudar el trámite.

Llegada la fecha señalada y luego de instalarse la audiencia, al momento de la práctica del interrogatorio a la señora KARIM JULIETH, la apoderada de la parte demandante hace alusión a un audio aportado como prueba con la contestación a las excepciones, solicitando la reproducción del mismo a fin de realizar algunas preguntas relacionadas con la grabación en comento; pedimento que niega el Juzgado, señalando, que puede preguntar sobre el particular. A su turno, el apoderado de la demandada se opone, advirtiendo, que cuando se trata de personas que están involucradas o si hay alguna persona distinta a la involucrada en el proceso, se debe tener previamente autorización de esa persona para utilizar estos audios con el fin de evitar la nulidad de la prueba, pues de ser exclusivamente el audio de CARLOS ALBERTO y KARIM, podría tenerse en cuenta, pero como hay personas distintas en ese audio, solicita no sea tenida en cuenta, dado que no se aportó la autorización de esas personas para la utilización del audio.

[5] Folio 149 del expediente digital

La apoderada del demandante, aclara, que el audio fue aportado por quien en su oportunidad, fungía como apoderado del actor, y está involucrada la señora KARIM JULIETH.

Acto seguido, el apoderado de la demandada, refiere, que si bien el Código General del Proceso admite libertad probatoria, dicha libertad no puede pasar y sobrepasar los derechos fundamentales de las personas, por lo que en caso de haberse logrado una grabación por parte del Dr. Arbeláez (apoderado de su primo, hoy demandante), éste debió haber pedido autorización para dicha grabación, y es que además, la contestación a las excepciones no tiene traslado, la cual sólo se dará cuando se decreten las pruebas, momento en el cual se podrá objetar, pero teniendo en cuenta que la apoderada de la parte demandante pretende utilizar lo que se dijo en un audio como prueba, sin tener en cuenta que la persona que se encuentra grabada en ese audio no ha autorizado que la graben, y menos aún, que utilicen esa prueba en su contra. Situación, que denota una falta a la ética profesional por parte del apoderado de conformidad con el artículo 131 y 132 de la Ley Disciplinaria del Abogado.

Con el propósito de resolver el asunto, conviene recordar, que las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos y oportunidades señalados para ello, y se presume la autenticidad del documento incorporado al proceso siempre que exista certeza "*sobre la persona que lo ha elaborado…o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento*", o más concretamente, respecto de la persona que "*constituye fuente de las expresiones contenidas en él*"[6]; autoría que en el caso concreto, no ha sido confirmada, y aun aceptándose en gracia de discusión, que el mensaje fue elaborado por la señora KARIM JULIETH, a términos del artículo 8 de la Ley 527 de 1999, no "*existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos…",* y menos aún, que *"ésta ha permanecido completa e inalterada".*

Aunado, que tratándose de la grabación de conversaciones, como lo señaló la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia 11 de septiembre de 2013, *"…no es acertada la tesis según la cual resulta viable grabar las conversaciones propias con terceras personas y utilizar dicho material*

[6] ROJAS GOMEZ, Miguel Enrique, "Lecciones de Derecho Procesal – Pruebas Civiles", Tomo 3, Escuela de Actualización Jurídica – ESAJU, Segunda edición, 2018.

en pro de los intereses particulares, pues la simple participación en un diálogo de carácter privado no autoriza la fijación subrepticia del mismo. Por el contrario, la regla general es que siempre se requerirá de autorización previa de los contertulios, so pena de vulnerar el derecho a la intimidad (…)"

Sin más consideraciones, y al margen de cualquier discusión en torno a si la grabación fue obtenida de manera subrepticia, lo cierto, es que ante la falta de certeza en la autenticidad e integridad del documento[7], que tampoco es aportado en su original, y respecto del que nada se aduce en relación con las técnicas empleadas para asegurar la integridad e inalterabilidad de su contenido, bien hizo el funcionario de primer grado, en ordenar la exclusión de dicha prueba, a la que por cierto, también se opone el apoderado de la demandada, y en tal virtud, se procederá a confirmar el auto apelado, por las razones indicadas en el presente proveído.

Condena en costas

De conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte apelante (demandante), por haberse resuelto desfavorablemente el recurso.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Suscrita Magistrada de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar lo dispuesto en el auto emitido en audiencia de fecha 18 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Tercero de Familia de Popayán, por las razones indicadas en el presente proveído.

---

[7] Corte Constitucional, sentencia C-604 de 2016, manifestó: "…*la ley señala como criterios de apreciación de los mensajes de datos las reglas de la sana crítica y, en particular, la confiabilidad en la modalidad de conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. La confiabilidad de los documentos electrónicos, se deriva, como se dijo, también de los tipos de técnicas utilizadas para asegurar la inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad del contenido de los mensajes de datos"…(…)…La incorporación al proceso del documento electrónico supone, también se advirtió, los «equivalentes funcionales» a los que hacen relación los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, que homologan la exigencia escritural del documento, la necesidad de la firma y* ***la obligación de su aportación en original****. Y, por otro lado, presupone también que tales mensajes deben ser valorados con arreglo, además de la sana crítica, a su confiabilidad, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje*".

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte apelante (demandante), tásense.

TERCERO: Fijar como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, la que será incluida en la liquidación de costas, en la forma y términos previstos en el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO: Devolver las actuaciones el juzgado de origen, vía correo electrónico[8], previas las desanotaciones correspondientes.

Notifíquese,

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

[8] Habiéndose recibido las copias del expediente electrónico