

RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN

Juan Felipe Zuluaga Parra <zuluagaparrajuanfelipe@gmail.com>

Mar 30/08/2022 11:16 AM

Para: Juzgado 11 Familia - Valle Del Cauca - Cali <j11fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Señora

JUEZA ONCE DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CALI

Cali

Demandante: **AIDALI MARÍN BETANCUR**

Demandados: **FABIO ANDRES QUIROZ CASTRILLON (Q.E.P.D) y SARAY ANDREA QUIROZ MONTOYA**

Asunto: **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**

Radicación: **2021 - 00300**

Adjunto encontrará el memorial de la referencia.

Sin otro particular,

Juan Felipe Zuluaga Parra

T.P. No. 349.802 del C.S. de la J.

Señora

JUEZA ONCE DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE CALI
Cali

Demandante: **AIDALI MARÍN BETANCUR**

Demandados: **FABIO ANDRES QUIROZ CASTRILLON (Q.E.P.D)**
SARAY ANDREA QUIROZ MONTOYA

Asunto: **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN**

Radicación: **2021 - 00300**

Como procurador judicial de la parte demandada, en aplicación del artículo 318 así como del numeral 3 del artículo 321 del Código General del Proceso y estando dentro del término procesal oportuno, por medio del presente memorial me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN** en contra del auto No. 1494 del 24 de agosto de 2022 – notificado en estado electrónico el 25 de agosto de 2022, por medio del cual se negó el decreto y práctica de varias pruebas.

Efectivamente, a través del auto recurrido, y respecto de la parte demandada, el Despacho negó tener como prueba las conversaciones escritas y audios sostenidos con la señora **KATHERINE FLOREZ**, así como también negó decretar el testimonio de la misma señora indicando que ambas pruebas son ilícitas.

Pues bien, como quiera que se trata de dos medios de pruebas totalmente diferentes (indicios y testimonio), pero ambos han sido negados por que según la juzgadora se trata de pruebas ilícitas, y en aras de ser claros en la



exposición de motivos de la inconformidad que sustentan el presente recurso, se procederá a desarrollar la argumentación de manera individual de los medios de prueba, pero iniciando por precisar lo que sobre prueba ilícita y derecho fundamental a la intimidad ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
STC 4577 del 29 de abril de 2021
M.P. Hilda González Neira**

“Expresión esta última que ha evidenciado la necesidad de abordar el estudio del concepto y alcance de las «pruebas ilícitas», las cuales menoscaban y comprometen «derechos» de raigambre «fundamental» de quienes intervienen en el juicio (partes e intervinientes).

Sobre la diferencia entre «pruebas ilícitas e ilegales» esta Sala ha sostenido

“Grosso modo, la prueba es ‘ilícita’, en efecto, cuando pretermite o conculca específicas garantías o derechos de estirpe fundamental. Como lo pone de presente la doctrina especializada, la prueba ilícita, más específicamente, ‘(...) es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia, (...) el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales’, hasta el punto, que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional (Vid: Corte Constitucional, sentencia SU-159-02).

(...)

Ahora bien, en punto al «derecho a la intimidad» consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en sentencia T 233 de 2007, ha entendido

(...) que garantiza la preservación de un espacio personal, aislado a la injerencia de otros. (...) la intimidad personal es el “área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada



por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley” (...).

Sobre los distintos aspectos que comprende el derecho a la intimidad la Corte ha recogido los siguientes: “...constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel” .

Ahora bien, el derecho a la intimidad implica la reserva del lugar de habitación, o del recinto privado en que se encuentre la persona. En este aspecto, es necesario tener en cuenta que, como lo dijo la Corte, “el derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar según el precepto mencionado, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen (...).”

INDICIOS:

Una vez precisado lo anterior se debe observar que tanto las conversaciones como los audios sostenidos con la señora **KATHERINE FLOREZ** en principio deberían ser considerados como medios de pruebas documentales, tal como lo precisa el artículo 243 del Código General del Proceso, por lo que se les debería aplicar los preceptos legales contenidos en el artículo 243 y subsiguientes del plexo normativo procesal.

Sin embargo, se debe manifestar que dichos pantallazos fueron extraídos de una conversación de Whats App sostenida entre el suscrito y la señora **KATHERINE FLOREZ**, por lo que se hace necesario recordar lo que sobre las capturas de pantalla extraídas de las conversaciones e Whats App precisó la Corte



Constitucional en sentencia T – 043 del 10 de febrero de 2020, con ponencia del magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**:

“El derecho es una disciplina que evoluciona conforme los cambios que se producen en la sociedad, variaciones que surgen en diferentes ámbitos, ya se trate el cultural, económico o tecnológico. Por lo tanto, el derecho puede ser considerado como un instrumento dúctil.

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 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.

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”.

(...)

De otra parte, la doctrina argentina se ha referido al valor de la prueba indiciaria que se debe otorgar a las capturas de pantallas, dada la informalidad de las mismas y las dudas que puedan existir entorno a su autenticidad frente a la vasta oferta de aplicaciones de diseño o edición que permiten efectuar alteraciones o supresiones en el contenido. Al respecto se dice lo siguiente:

*“Técnicamente definimos a las capturas de pantalla como aquella imagen digital de lo que debería ser visible en un monitor de computadora, televisión u otro dispositivo de salida visual. (...) A través de los mismos se procura **lograr un indicio** sobre si un determinado contenido fue transmitido por la red a un determinado usuario destinatario (caso sistemas de mensajería) o, por ejemplo, determinar la existencia de una publicación en una red social (v.gr. Facebook o Twitter) (...).*

Las capturas de pantalla impresas, no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. (...) || Reiteramos, esa copia no es el



documento electrónico original generado a través de la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad”.

Sobre el tema de la autenticidad, los escritos especializados realzan que no puede desconocerse la posibilidad de que, mediante un software de edición, un archivo digital impreso que contenga texto pueda ser objeto de alteraciones o supresiones, de ahí el valor suasorio atenuado que el juzgador debe reconocerle a estos elementos, de tal manera que tomándolos como indicios los analice de forma conjunta con los demás medios de prueba.

A manera de colofón, los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba.”

De lo anterior emerge evidente que los pantallazos de Whats App deben ser considerados como indicios y deberán ser apreciados como manda el artículo 242 del Código General del Proceso, lo que sin duda lleva a concluir que: como quiera que los pantallazos de Whats App deben ser valorados como prueba indiciaria pues estos deben ser aceptado como tal dentro de los procesos por los operadores judiciales.



En otras palabras, de la jurisprudencia citada hasta este punto se evidencia que es legal y lícito aportar pantallazos de Whats App como acervo probatorio a un proceso judicial pues lo que la Corte Constitucional planteó es que como quiera que dichos pantallazos no cumplen con los requisitos de la prueba electrónica o digital, pues deben ser apreciados como indicios probatorios pero en ningún momento indicó el órgano de cierre constitucional que dichas pruebas sean ilícitas porque no cuentan con la aprobación de uno de los participantes de la conversación.

En honor a la verdad, si el pantallazo de Whats App que se aporta como prueba indiciaria constituye una prueba ilícita, entonces ¿Cómo se obtiene un pantallazo de Whats App de manera lícita para aportarlo como prueba indiciaria? ¿Se debe aportar la manifestación expresa de la persona con la que se sostiene la conversación por Whats App para poder aportar dicha prueba indiciaria? ¿Por qué la Corte Constitucional analizó a fondo las características probatorios de los pantallazos y no declaró que eran ilícitos?

Por otro lado, no se puede pasar por alto que en ninguna parte de la conversación sostenida se ejerce presión por parte del suscrito a la señora **KATHERINE FLOREZ** como para ahí si concluir que la obtención de la información contenida en los pantallazos haya sido a través de métodos que la dotarían de ilicitud. Al contrario, la conversación demuestra que fue precisamente la señora **KATHERINE FLOREZ** quien decidió otorgar información que es útil, conducente y pertinente para el presente proceso.

Es evidente que las personas no se quieran ver involucradas en procesos judiciales, sobre todo en los que tienen componente familiar como el de marras, pero eso no significa que las personas ajenas al litigio tengan la facultad de disponer o no de los elementos probatorios, pues ello contraría el sistema procesal que nos rige pues el artículo 167 del plexo normativo procesal indica que las partes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo que finalmente se pretende con los indicios probatorios contenidos en los pantallazos de Whats App.



A su vez, el numeral 4 del artículo 42, el artículo 169 y 170 expresamente indican que el Juez debe practicar todas aquellas pruebas que sean necesarias para la verificación de la prueba y lo mencionado por la señora **KATHERINE FLOREZ** en dicha conversación resulta útil y trascendente como quiera que ella fue la novia - del acá demandado – en los tiempos en los que la demandante anuncia en su demanda.

TESTIMONIO:

Bajo las mismas premisas el Despacho se negó a decretar el testimonio de la señora **KATHERINE FLOREZ**.

Pues bien, con el acostumbrado respeto por las decisiones judiciales, se debe manifestar que el artículo 208 del estatuto procesal vigente contiene el deber legal que indica que toda persona tiene la obligación de rendir el testimonio que se le pida, salvo en los casos determinados por la ley.

Artículo seguido, es decir el artículo 209, la norma procesal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 209. EXCEPCIONES AL DEBER DE TESTIMONIAR. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

- 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.*
- 2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.” (Subrayado por fuera del texto original)*

Aunado a lo anterior el artículo 218 del plexo normativo procesal reitera la importancia del deber de testificar que tiene toda persona toda vez que establece, en su numeral 2, que el Juez puede ordenar a la policía la conducción del testigo a la audiencia y, en el numeral 3, manifiesta que si no se puede convocar al testigo para la misma audiencia el juez podrá suspender la audiencia y ordenar su citación,



lo que ratifica que no se trata de que el testigo manifieste o no su interés de rendir testimonio sino de un deber que le impuso el legislador.

De una interpretación sistemática de las normas previamente citadas, se concluye, sin asomo de duda, que todas las personas tienen el deber de rendir testimonio, incluso los contenidos en el artículo 209 porque a éstos sólo les aplica la excepción cuando el testimonio recaiga sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión, por tanto la señora **KATHERINE FLOREZ** tiene el deber legal de rendir testimonio así “no se quiera ver involucrada en nada de eso” o “quiera estar al margen de todo” pues no se encuentra en ninguna de las situaciones reguladas en el artículo 209 previamente citado.

Por otro lado, en gracia de discusión de que se mantenga la negativa respecto de la prueba indiciaria de los pantallazos de Whats App, no se puede pasar por alto que el artículo 169 del Código General del Proceso precisa que para decretar de oficio un testimonio será necesario que éste aparezca mencionado en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes y, para el caso en particular, este requisito se encuentra cabalmente cumplido pues el nombre de la señora **KATHERINE FLOREZ** aparece nombrado en múltiples ocasiones en la contestación de la demanda.

Finalmente, en concordancia con el numeral 4 del artículo 42, los artículos 170, 208, 209 y subsiguientes permiten concluir de manera contundente que la señora **KATHERINE FLOREZ** debe ser citada al proceso en calidad de testimonio oficioso.

PETICIÓN

Como consecuencia de lo anterior, solicito al Despacho se sirva a revocar la decisión contenida en el auto No. 1494 del 24 de agosto de 2022 – notificado en estado electrónico el 25 de agosto de 2022, por medio del cual negó la prueba indiciaria de los pantallazos de Whats App y negó la prueba testimonial oficiosa de la señora **KATHERINE FLOREZ**, para que en su lugar se sirva a decretar y practicar dichas pruebas.



CastilloVasco&Zuluaga

ABOGADOS ASOCIADOS

De la señora Juez, atentamente

Juan F. Zuluaga P.

JUAN FELIPE ZULUAGA PARRA

T.P. No. 349.802 del C.S.J.

CVZ