REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN CIVIL–FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
O M A R A L B E R T O G A R C Í A S A N T A M A R Í A

APELACION DE AUTO
PROCESO DE CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO
RAD ÚNICO: 13001-31-10-003-2016-00101-02
RADICACIÓN TRIBUNAL: 2017-146-14
DEMANDANTE: GUILLERMO PAYARES NARVAEZ
DEMANDADA: WENDY JOSEFINA GARCÍA RODRÍGUEZ

CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C., VEINTIUNO (21) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2.017).-

ASUNTO

Procede la Sala Unitaria a resolver el recurso de apelación invocado por la cónyuge demandada principal y demandante en reconvención, señora *WENDY JOSEFINA GARCÍA RODRÍGUEZ,* contra el auto proferido oralmente por el Juzgado Tercero de Familia de Cartagena, en audiencia celebrada el día 21 de febrero de 2.017, mediante el cual, negó el decreto de algunas de las pruebas documentales adosadas con la demanda de reconvención al considerarlas «*ilícitas*».

ANTECEDENTES

1. Continuada la audiencia inicial de instrucción y juzgamiento dentro del proceso de divorcio del epígrafe de la referencia, en la referida vista pública celebrada el 21 de febrero del año en curso, el Juez Tercero de Familia de esta ciudad, resolvió excluir del decreto de pruebas documentales que obran en medio magnético, aportadas con la demanda de reconvención, al considerar que las mismas eran ilícitas por ser atentatorias del derecho a la intimidad de la parte contraria, apoyando su decisión en la sentencia T-916 de 2.008, la cual informó construía la base argumental de lo resuelto.

2. En el curso de la misma audiencia, la apoderada que hace a los intereses de la demandada principal y demandante en reconvención, señora *Wendy Josefina García Rodríguez,* presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, aduciendo que las pruebas no eran ilícitas.

Lo anterior, lo formalizó en estos estrictos términos, que se transcriben textualmente del contenido del audio auscultado, a saber: "*[I]nterpongo recurso de reposición frente a la posible ilicitud de esta prueba donde se puede dar derecho a violación a la intimidad o violación al debido proceso del señor Payares, y voy a empezar mi intervención de*

reposición incoando el interés superior de los menores. ¿Y por qué el interés superior de los menores? Como es sabido, el desarrollo legislativo de esta disposición, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 8° establece que se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultanea de todos sus derechos humanos que son universales, prevalentes e interdependientes. En ese orden de ideas, en Colombia a partir de la inclusión en el ordenamiento jurídico del concepto del interés superior del menor o del niño enunciado en la Convención sobre los derechos del niño, el Estado en cumplimiento de dicho principio, adoptó la posición de garante del cumplimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes, incluyendo por supuesto, la protección de su integridad, salud y condiciones físicas y emocionales frente a cualquier tipo de violencia, que se pretendiere infringirse. Así las cosas, este video es muy importante debido a que fue descubierto por los menores, que no se le ha vulnerado al señor ningún tipo de violación a su intimidad de la que habla la T-916/08, es decir, no estaba encriptado, no fue sacado de su celular, no fue sacado de su cuenta personal de internet, de Facebook, en ningún momento se le está vulnerando el derecho a la intimidad del señor, él fue el que a motu proprio decidió vulnerar los derechos de los niños, el interés superior del menor, y poner ese video personal, íntimo, sagrado, a conocimiento del computador de la casa su señoría, es que no estamos hablando del computador personal del señor, ni el portátil, ni el celular, ni ningún medio magnetofónico o encriptado, o con una clave que se le haya vulnerado al señor, el de forma voluntaria lo puso a disposición, escuchemos a la señora, lástima su señoría que no se practicaron los interrogatorios, para que usted tuviera más certeza de lo que yo le estoy diciendo. Una de las personas que va a dar testimonio fue quien le vendió el computador a Wendy, es decir, no era el computador del señor Payares, es quien tiene el disco duro, en una cadena de custodia, que no ha sido modificado ni que fue encriptado, entonces aquí no hay una vulneración su señoría de la que habla la sentencia... y si bien es cierto, aunque ellos dos son esposos, y si bien es cierto que cada uno tiene un derecho a la intimidad, no es menos cierto que probar una infidelidad es muy difícil, aunque como ya es notorio, existe además un hijo extramatrimonial, la infidelidad está causada. Pero, ¿cuáles son los fines de esta infidelidad que se quiere demostrar su señoría?, que fue descubierta el 21 de noviembre de 2015, es que está dentro del término de caducidad que habla la ley, y podríamos vernos inmersos dentro de un divorcio sanción, más conocido así en los términos de familia, donde mi cliente podría tener, posiblemente, si se llegara a tener como cierto esta situación, derecho a una indemnización o a unos alimentos, por ser la cónyuge inocente de la infidelidad (...)" (01:40:27 a 01:46:38, Dvd enviado).

2

3. Surtido el traslado de los recursos a la parte contraria, el vocero que representa los intereses del demandante principal y demandado en reconvención, señor *Guillermo Payares Narváez*, se opuso a la prosperidad de los mismos, invocando en síntesis, que las aludidas probanzas fueron obtenidas con violación al debido proceso, luego son nulas a luz de lo normado por el artículo 164 del C. G. del P., más cuando, así lo determinó a su vez, la Corte Constitucional en sentencia T-916 de 2.008, precisamente al tratarse de unos archivos digitales que se sacaron del disco duro sin «*cadena de custodia*» alguna, luego es una prueba invalida o inexistente, conforme al derecho penal. Cuestiona además, el hecho que en los recursos se exhorte el cumplimiento del principio del interés superior del menor, como si aquello permitiese vulnerar el debido proceso, lo cual no comparte, por lo que pide confirmar la decisión impugnada (01:54:30 a 02:00:03, Dvd enviado).

4. Por medio del auto apelado, el juzgador *a-quo* se mantuvo en su decisión de exclusión de las aludidas pruebas, por considerarlas *"ilícitas"*, al señalar que de conformidad con las normas marco del derecho a la intimidad, interpretadas por la Corte Constitucional en sentencia T-916 de 2008, en lo referente a las probanzas que podrían aportarse por las partes en el proceso de divorcio, se fijaron claros límites a la luz del aludido derecho fundamental. Siendo que en el *sub-examine*, por tratarse de unos vídeos con eminente contenido sexual o erótico donde están envueltas terceras personas, estima no se puede soslayar aquél derecho fundamental so pretexto de incorporarlas en la actuación. Adicionando que tratándose de un precedente constitucional, que estableció una sub-regla hermenéutica, se atenía al mismo al ser de carácter obligatorio para la jurisdicción.

En subsidio, la primera instancia concedió la alzada suplicada por la parte impugnante, en el efecto devolutivo, que es el que ahora se resuelve en esta Corporación.

LA APELACIÓN

Adujo la vocera de la parte apelante, como argumentos adicionales a los que inicialmente invocó, luego de haber escuchado la decisión que negó la reposición, que si bien era cierto que no medió orden judicial para el descubrimiento y aportación de las pruebas declaradas ilícitas, de todos modos, el archivo digital materia de la extracción en el computador familiar, no ha sido alterado en su contenido por ninguna persona. Insistiendo además, en que la prueba fue puesta por el mismo demandado en reconvención en ese computador, y descubierta accidentalmente por uno de sus hijos, debiéndose tener por válida la misma en el proceso, al tenor del interés superior de esos menores, que tuvieron que verse afectados por el contenido explícito de las mismas. Puntea además, que el catálogo de pruebas en medio digital aportadas, no solo se circunscribieron a los vídeos en mención, sino que además, hay fotografías, documentos, etc., que deben ser decretados como medios de acreditación en el proceso.

PROBLEMA JURIDICO

En esta oportunidad le corresponde al suscrito Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, determinar si el Tercero de Familia de Cartagena incurrió en yerro al haber *negado* por *ilícitas*, a través del auto vertido en audiencia realizada el 21 de febrero de 2017, el *decreto de pruebas solicitadas y aportadas por la cónyuge demandante en reconvención.*

En orden a resolver el recurso de apelación interpuesto, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- Desde ya cumple señalar que la providencia refutada será objeto de refrendación *plena* en esta instancia, pero por las razones que pasan a exponerse a continuación:

1.1. En primer término, huelga la pena rememorar, que conforme al artículo 29 de la Constitución Política de 1.991, existe nulidad de origen constitucional en forma

expresa de una actuación procesal probatoria, cuando se viola lo allí preceptuado, y de manera concreta, cuando se vulnera el debido proceso, conforme lo regenta el último inciso del referido artículo constitucional, que a la letra prescribe que: "***Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso***".

La jurisprudencia a partir de la lectura de la norma en comento, ha señalado que la nulidad es sobre las pruebas que se aportan y practican en un proceso, que atentan contra el mencionado derecho fundamental al «*debido proceso*», más no se extiende la misma, en relación sobre el proceso mismo, aclaración que siempre resulta necesaria para el aseguramiento de la actuación surtida, la cual, valga iterar, no se vicia por la existencia de una prueba ilícita o inconstitucional, según sea el caso, sino llanamente se afecta, con la exclusión del plenario de la aludida probanza espuria.

1.2. Pues bien, como quiera que la referida '*anulación de pleno derecho*' de la prueba obtenida con violación del «*debido proceso*» se soporta en la existencia una **prueba abiertamente inconstitucional o ilícita**, que no *ilegal o irregular*, oportuno resulta también traer a cuenta la explicación que la jurisprudencia ha dado para diferenciar ambos términos, en los siguientes términos, a saber:

> *"De otra parte, no toda irregularidad en la obtención, asunción y valoración de las pruebas judiciales comporta su ilicitud, pues, como esta Corporación, frente al punto, lo ha precisado: "(...) en nuestro ordenamiento no tiene cabida un criterio amplio de interpretación del reseñado mandato constitucional (art. 29 C. N., agrega la Sala), en el sentido de comprender en él aquellas pruebas que de algún modo sean contrarias a cualquier norma jurídica, vale decir, sin distinguir entre preceptos constitucionales, legales o normas de distinta estirpe. De ahí que, por el contrario, deban prohijarse ejercicios hermenéuticos más ponderados y restringidos, conforme a los cuales hay lugar a distinguir entre pruebas* ***irregulares****, esto es, aquellas que infringen reglas de carácter legal o de similar jerarquía, e* ***ilícitas****, que son las obtenidas mediante la violación de los derechos fundamentales de las personas"*[1].

4

1.3. Entendido esto, bien pronto se advierte que la intención impugnaticia de la parte apelante está llamada al fracaso, pues a su vez, a los ojos de esta Magistratura, la prueba documental consistente en 2 videos de carácter sicalíptico y varias fotografías de terceras personas, a través de los cuales la demandante en reconvención pretende acreditar la causal primera de divorcio, manifiestamente son atentatorios al derecho fundamental a la «*intimidad*» de las terceras personas presentes en los mismos, respecto de quienes no media la más mínima autorización, para los efectos pretendidos ni de filmar ni fotografiar aquéllos espacios de avenencia personalísimos, menos para divulgar o irradiar esos espacios íntimos de aquéllos seres humanos, como especie de prueba.

Ni tampoco, se puede decir, que los referidos videos y retratos de contenido libidinoso, guarden respeto al «*debido proceso*» de la parte a quien le pretenden ser enfrentados, pues, separadamente de lo difuso del argumento relativo a la forma

---

[1] Corte Suprema de Justicia. *Cas. Civil.* Sentencia de tutela del 14 de abril de 2011. Ref. Exp. 2011-00675-00. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

como se obtuvieron y luego se aportaron a este pleito matrimonial, v.gr. verificación de la cadena de custodia, a través de las entidades correspondientes, etc.; lo importante es que representan en su contenido la esfera más «*intima*» del ser humano, y por ende son objeto de la **regla de exclusión**, vale decir, de la separación de ese material suasorio del elenco probatorio por no estar acordes al respeto al debido al **derecho fundamental a la intimidad** (art. 15, Constitución Política), el cual, a voces de la jurisprudencia, comprende diferentes esferas o ámbitos, como lo son el personal, familiar, social y gremial, todas ellos comprendidos en el artículo 15 Superior, y que están manifestados concretamente: "*(i) en las relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio; (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público*" (Corte Constitucional. Sentencia T-916-08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

1.4. Por tal razón, bien ha dicho la jurisprudencia que el derecho de probar o a la prueba, "***tiene límites y por ello no puede ser ejercido arbitraria, inconsulta o ilimitadamente, con claro desconocimiento del ordenamiento jurídico, o soslayando caras garantías de carácter fundamental***, *puesto que está sometido al debido proceso, en sentido amplio, de forma tal que cuando para la obtención de un medio de convicción se vulnere o erosione dicho derecho fundamental, el respectivo elemento de juicio, in radice, queda afectado por la sanción de nulidad constitucional (ex constitutionis), que en el mismo precepto explícitamente se establece, en muestra fehaciente de la relevancia que se le asigna a la prueba cabalmente obtenida (prueba inmaculada) (...) Al fin y al cabo, en un Estado Social de Derecho, con todo lo que significa, ni las partes, ni el iudex están autorizados a obtener la prueba y correlativamente la 'verdad', no importa cuál sea su costo, justificando para ello la adopción de cualquier mecanismo, herramienta, metodología o estratagema, sin interesar su origen, alcances y consecuencias, motivo por el cual el derecho probatorio, con sindéresis y animado por la preservación del equilibrio y la eticidad del proceso,* ***ha introducido límites y precisas reglas probáticas****, corroborando de esta manera que el precitado derecho a la prueba no es absoluto y, por tanto, conoce límites y fronteras. Admitir lo contrario, sería propiciar la anarquía, el desorden, la ley del más fuerte y el estímulo a la incorporación de las más oscuras, siniestras y deleznables prácticas atentatorias de las más elementales garantías ciudadanas. De allí el especial celo del constituyente y del legislador contemporáneo para evitar que, con el pretexto de la desenfrenada y obsesiva búsqueda de la referida 'verdad', todo se tolere, todo se justifique, todo se excuse, todo se torne viable, amén de inmaculado (...) Grosso modo, la prueba es "ilícita", en efecto, cuando pretermite o conculca especificas 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)*" (CSJ. *Cas. Civil.* Sent. Tutela 4 de septiembre de 2007. Exp. 2007-00230-01. M.P. Arturo Solarte).

En igual opinión, se han inscrito otras decisiones jurisprudenciales, en donde pese a brotar ellas del ámbito penal en el que se vertieron, claramente exponen razones

válidas para este asunto, por las cuales se reitera que el '***consentimiento***' es un elemento esencial para hacer valer grabaciones de aspectos o contornos que afecten el derecho a la intimidad, pues en ausencia de aquél elemento, se estaría atentando contra ese derecho fundamental de los ciudadanos envueltos en los mismos, equiparándose el Estado so pretexto de aplicar una sanción, en igual nivel de desaprobación e infracción que el que pretende conjurar a través de la aplicación del precepto corrector.

Explicó en aquélla ocasión la Sala de Casación Penal que: "*no era viable aplicar la tesis de la (...) licitud de tal prueba en la medida que (...) al haberse obtenido con violación de derechos fundamentales era nula de pleno derecho, ya que* ***mal podía el Estado imponer una sanción sobre la base de la comisión de otra y justificar el ejercicio de sus funciones tras aprovecharse de hechos ilícitos****. Puntualizó al respecto: "Como lo ilícito no genera derechos para los sujetos jurídicos, el Estado no puede aprovecharse de hechos ilícitos para justificar el ejercicio de sus competencias. El ius punendi del Estado se eleva sobre la pretensión de legalidad de sus actos, por lo que la legitimidad de sus fines depende de la legitimidad de sus medios. De allí que sea contrario al Estado de Derecho-Estado de la legitimidad y la regla jurídica-que, con fundamento en un elemento injurídico, se persiga la imposición de una consecuencia jurídica. La contradicción en los términos impide la realización legítima del fin estatal y obliga a la administración de justicia a expulsar del proceso judicial toda herramienta tachada de ilicitud." Lo anterior para significar que, habiéndose determinado la inconstitucionalidad para fines de persecución penal de una prueba consistente en una grabación obtenida (...)* ***sin el consentimiento de la persona involucrada****, con mayor razón habrá de decirse que lo propio es predicable en el asunto objeto de examen, el cual guarda similitud en punto de la vulneración del derecho a la intimidad pero en el que tan sólo se buscaba someter el actuar del accionante y sus calidades morales y éticas al escrutinio...*" (CSJ. *Cas. Penal.* Sent. Tutela del 13 de febrero de 2.014. STP1602-2014. Exp. 71606. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero).

1.5. No descubre esta Sala Unitaria restricción o salvedad alguna al derecho a la intimidad del demandado en reconvención, ni de las terceras personas envueltas en los medios de prueba considerados «ilícitos», por la circunstancia de los enfrentados posean hijos comunes, que pudieren haber descubierto el contenido de aquél material espurio, pues el '*interés superior de los menores*' no encubre la ilicitud manifiesta de los medios de prueba analizados.

Primero, porque a aquéllos no se les afecta ni se les podrá afectar por el *a-quo* sus derechos en el presente juicio, ni ello se acredita por el hecho de apartarse del plenario aquéllas pruebas inconstitucionales, manteniéndose indemne sus derechos, amén que, en segundo lugar, es a la progenitora de los mismos, a quien en estrictez procesal le incumbe probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos perseguidos en la demanda en reconvención de divorcio, valiéndose de pruebas licitas y legitimas, y no pretender hacer valer pruebas ilícitas, so pretexto de un interés superior de los niños y niñas, que a decir verdad, no son los directamente incumbidos en la tarea probatoria que es censurada.

2. Reiterándose que el hecho que el material probatorio ilícito, haya sido puesto, guardado o descargado por el interesado en un computador u ordenador familiar, con acceso libre a los miembros de ese núcleo, sin ninguna clase de cifrado, contraseña o clave, no hace a los referidos medios de prueba lícitos para ser aducidos en este

proceso, pues, como ya se ha dejado explicado a lo largo de esta providencia, por estar circunscrita su temática a un ámbito venéreo y erótico, en donde personas externas a los enfrentados en el litigio, comparten espacios propios de la esfera del derecho a la intimidad (art. 15, Constitucional), sin contarse con el consentimiento de aquéllos, dichas piezas devienen espurias para conformar el haz probatorio.

De forma que en definitiva, bien hizo el *a-quo* al negar el ingreso de dichas probanzas en la actuación, decisión que es íntegramente compartida por este Tribunal, pues como lo ha dicho la jurisprudencia, "*[N]o sobra precisar, en todo caso, al margen de lo dicho, que un primer momento de control de la prueba ilícita, quizás el más idóneo, se encuentra en el mandato contenido en el artículo 178 del C. de P. C., conforme al cual el juez "rechazará in limine las (pruebas) legalmente prohibidas". Por supuesto que las ilicitas lo son, aunque, y esto es oportuno subrayarlo, no toda prohibición probatoria apareja de manera ineludible la ilicitud de la prueba, pues así sucederá en cuanto la veda esté enderezada a tutelar garantías fundamentales. Se dice que es el más idóneo de los mecanismos de repulsión de la prueba ilícita porque imposibilita la contaminación psicológica del juzgador, al impedir, desde el pórtico, el ingreso del elemento de convicción...*" (CSJ. *Cas. Civil.* sent. 28 de abril de 2008, exp. No. 2003 00097 019).

Precedente que es perfectamente aplicable en la actualidad, pues, si bien la actuación apelada se regenta por las normas del Código General del Proceso, aquéllas no modificaron en lo esencial el precepto 178 del extinto C. de Procedimiento Civil, regentándose hoy día en el artículo 168 de la nueva legislación adjetiva, que es deber del juez **rechazar**, "*mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas*".

3. Precisándosele en todo caso a la parte apelante, que las demás pruebas obrantes en el CD aportado en la demanda de reconvención, que están unidas en distintas carpetas dentro del referido medio magnético, contiguas a las calificadas de ilícitas en el auto recurrido, no merecieron pronunciamiento exclusorio por parte de la primera instancia, entendiéndose así, que las mismas no han sido anuladas de pleno derecho, al no estar comprendidas dentro de las que si fueron prescindidas o descartadas por ser atentatorias del derecho fundamental al debido proceso, que no son otras que un par de vídeos de índole intima, y las fotografías que conservan idéntico carácter.

4. Con esas premisas, no advierte el Tribunal yerro o desacierto que conduzca a la revocatoria de la decisión del juzgador de primer grado, la que aparece ajustada en todo a las disposiciones legales, de ahí que recibirá confirmación, sin embargo, no sobrará advertir al a-quo, que en caso de encontrar necesario el decreto de algunas pruebas de referencia, o el ejercicio de las facultades oficiosas que están en su haber, dentro del trámite posterior de este asunto, puede, y en más, debe así ordenarlas de manera privativa, para lograr la búsqueda de la verdad real y el esclarecimiento de los tópicos, que en su autónomo criterio así lo merezcan, conforme a las causales invocadas por cada extremo procesal en la demanda principal y en la demanda de reconvención.

Con fundamento en todo lo consignado en párrafos precedentes, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CIVIL-FAMILIA,**

Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto vertido en audiencia celebrada el día 21 de febrero de 2.017, proferido por el Juzgado Tercero de Familia de Cartagena, dentro del trámite de divorcio del epígrafe de la referencia, de conformidad con las razones anotadas en la motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte recurrente, al estar las mismas causadas y ser procedentes, de conformidad con lo normado en el numeral 1° del artículo 365 del C. General del Proceso. Se fijan como agencias en derecho la suma de ciento cincuenta mil pesos m/cte ($150.000,oo)

TERCERO: Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, en su correspondiente oportunidad. Háganse las anotaciones pertinentes en sistemas virtuales de registro y libros radicadores.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA
Magistrado Sustanciador