

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
Pedro Octavio Munar Cadena

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez
(2010).

Ref.: Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2009, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por MARTHA HELENA PILONIETA frente a GABRIEL HUMBERTO PULIDO CASAS.

ANTECEDENTES

1. La actora pidió que se declarara que entre ella y el demandado existió una unión marital de hecho, desde antes de diciembre de 2000 o, en su defecto, en la fecha que resulte probada, hasta el día en que éste abandonó el hogar; y que, en consecuencia, surgió entre ellos una sociedad patrimonial, cuya liquidación debe ordenarse. Así mismo, ejercitó la acción prevista en el artículo 1824 del Código Civil y solicitó que fueran dispuestas las restituciones mutuas de aquellos bienes que no hacen parte de aquella, como también que se reconociera como pasivo a cargo del señor Pulido

Casas “todos los gastos o donaciones” realizados con dineros pertenecientes a aquella.

2. Fundó tales súplicas en la situación fáctica que se sintetiza, así:

2.1 La relación marital entre las partes inició formalmente en enero de 1998, “cuando acordaron un viaje de luna de miel a la Hacienda Baza en el municipio de Boyacá”, consolidándose en el mes siguiente, puesto que Gabriel Humberto permanecía en el apartamento de la actora de lunes a viernes, desde cuando salía de trabajar hasta las 11:00 p.m., y los fines de semana pernoctaba allí, salvo aquellos en que viajaban juntos a la finca de éste o a la de algunos amigos.

2.2 El demandado tenía un inmueble, en el que sólo habitaban sus dos hijas, pues él realmente estaba habitualmente en la casa de Martha Helena, al punto que allí atendía a sus amigos y familiares, trabajaba y en general compartía la cotidianidad y desarrollaba actividades propias de la convivencia; incluso, se instaló en forma permanente, hacía finales del año 2000, y en febrero de la anualidad siguiente tomaron en arriendo otro apartamento, donde fueron a vivir junto con el hijo de Martha Helena, distribuyéndose los gastos de sostenimiento.

2.3 La pareja se presentaba socialmente como esposos, además, la actora asumió los deberes y obligaciones de compañera permanente.

2.4 Martha Helena y Gabriel Humberto tuvieron sociedades conyugales anteriores a su unión, las cuales fueron disueltas y liquidadas, mediante las escrituras públicas Nos.952 de 30 de marzo de 1992 y 2669 de 2002, respectivamente.

2.5 Entre los compañeros surgieron problemas y buscaron asesoría psicológica para salvar la relación, pero el demandado no facilitó que la situación mejorara, pues dejó de recibir la atención profesional, viéndose afectada la convivencia en paz, al punto que culminó el 30 de noviembre de 2003, fecha en que los compañeros retiraron sus pertenencias del inmueble donde vivían y lo entregaron al arrendador.

2.6 El señor Pulido Casas distrajo bienes sociales que estaban bajo su administración, afectando el patrimonio de la sociedad.

2.7 El hecho de compartir los gastos de convivencia permitió a aquel ahorrar, valores que depositó en las cuentas que abrió en el país y en el extranjero; igualmente lo hizo con parte del precio recibido por la venta del inmueble adjudicado en la sucesión de su esposa, cuya escrituración canceló con dineros obtenidos durante la vigencia de la sociedad patrimonial; así mismo, invirtió éstos y los valores recibidos por concepto de la retroactividad de la pensión reconocida por el I.S.S., en la compra de un apartamento a nombre de su hija, amén que constituyó un CDT con los cánones de arrendamiento de ese bien.

3. La admisión del escrito introductor del litigio fue notificada personalmente al señor Pulido Casas, por conducto de su apoderado judicial, quien presentó la respectiva replica, en la que se opuso a la prosperidad de las súplicas y formuló las excepciones que denominó “causa ilícita para pretender la declaración de existencia de la unión marital”, “falta de los requisitos legales necesarios para la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes” e “ilegitimidad e ilicitud de las pruebas aportadas”.

4. El Juez 5º de Familia de Bogotá, tras imprimirle al asunto el trámite pertinente, dictó sentencia el 31 de marzo de 2008, mediante la cual declaró la existencia de la unión marital y la consecuente sociedad patrimonial, fijando su marco temporal entre el 14 de febrero de 2001 y el 27 de octubre de 2003. Las demás pretensiones las negó.

5. Esa decisión fue confirmada por el tribunal al desatar la alzada interpuesta por las partes, salvo la fecha de iniciación de la relación marital, pues resolvió que había surgido el 2 de febrero de 2001.

6. El demandado recurrió en casación dicha providencia, impugnación que ahora es objeto de decisión.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El tribunal precisó que la inconformidad de la actora con el fallo impugnado recaía sobre los extremos temporales de la unión marital, concretamente, que ella disentía de la fecha de iniciación, mientras que el opositor insistía en la ausencia de la comunidad de vida y de la singularidad exigida para la conformación de esa especie de relación, como también en que su contendiente obró con el propósito de lucrarse del acercamiento al señor Pulido Casas y, por ende, la sociedad patrimonial reclamada tendría origen en una causa ilícita.

Delimitado el tema de la alzada y tras asentar algunas reflexiones en torno a la institución en cuestión, reparó en los testimonios de Clemencia María del Socorro Baquero Melo, Gloria Susana Esse Druan, Bárbara Inés Márquez Echeverry, Elizabeth Virginia Harper Peralta, Germán Hernández Gutiérrez, Gustavo Adolfo

Posada Díaz, José Fernando Cerón Quintero, Edna Patricia Pulido Gómez, Claudia Yolanda Aristizábal, Santiago Monge Solano, José Alejandro Cerón Pilonieta y María Teresa Buenaventura, cuyas versiones resumió, e infirió de ellas que entre las partes existió una relación de pareja “seria, estable, afectuosa, equiparable a la existente entre los esposos, como una realidad socialmente ostensible”, por cuanto compartían los espacios familiares y sociales, eran conocidos en el ámbito laboral del uno y del otro, los vecinos consideraban su unión como una familia, incluso apreciaban como agradable la forma como se trataban y departían en lo que evidentemente era un hogar, asumiendo ambos la responsabilidad económica, afectiva y moral.

Así mismo, estimó que esa convivencia marital la reafirmaba, por un lado, la propia hija del demandado, pues admitió que éste la llamó para darle a conocer su intención de convivir con la demandante, a quien años atrás le había presentado como su novia; por el otro, el hijo de ésta, ya que refirió cómo inició la relación en cuestión y el establecimiento familiar en un lugar escogido, cuyos costos fueron financiados por la pareja conjuntamente, amén que reconoció haber tenido dificultades para aceptar la misma.

Además, encontró que a esos elementos de juicio, de por sí contundentes en su criterio, se sumaba la voluntad innegable de cohabitar al arrendar un apartamento “destinado para vivienda familiar”, tal como emergía de la prueba documental, esto es, de la factura de pago del estudio de papeles, expedida por la Inmobiliaria Vélez Osorio y Cía. Ltda.; del contrato respectivo y su adendo, firmados el 2 y 3 de febrero de 2001, y los demás documentos relacionados con el mismo, del inventario y entrega del inmueble; como también de los concernientes con la ejecución de dicha convención (pago de servicios) y la carta de terminación de ésta; y la factura

No.939 de 29 de enero de 2001, expedida a nombre de las partes por concepto de compra de muebles para el hogar, material que advirtió no había sido objeto de reparo alguno.

Concluyó, entonces, que estaba acreditado que entre los litigantes existió una “comunidad de vida” y, por tanto, no le asistía la razón a Gabriel Humberto sobre la inexistencia de la unión marital de hecho por la ausencia de ese elemento estructural.

Relativamente a la iniciación de la convivencia marital expuso que la actora aducía que “las tarjetas, fotografías, escritos del demandado sobre el estado de sus bienes, anotaciones en consulta con su abogado” mostraban que aquella acaeció en 1997 y no el 14 de febrero de 2001 como infirió el juez cognoscente del asunto; empero, consideró que “unas fotografías, tarjetas con manifestaciones de afecto, no son razón suficiente y eficiente de convivencia”, y mucho menos al contrastarla con la prueba testimonial que da cuenta de una etapa de noviazgo de la pareja, sin precisar su marco temporal.

Reseñó, seguidamente, los documentos atrás citados y asentó que la voluntad de la pareja para conformar una familia se manifestó de manera seria, responsable y perceptible cuando decidieron convivir en forma permanente y tomaron con ese fin en arriendo un apartamento, lo amoblaron y se trasladaron allí junto con el hijo de Martha Helena, asumiendo conjuntamente los costos y las actividades propias del hogar, incluso invitaron a sus amigos a la inauguración, circunstancia referida por los deponentes, quienes, en su mayoría, “no llegan a precisar la época o fecha de existencia de la unión marital para el año 1997”.

Añadió que si bien algunos deponentes ubicaron la etapa de noviazgo entre 1998 y 1999, incluso dieron cuenta de las visitas

mutuas a sus respectivos apartamentos para ese lapso, lo cierto era que esas atestaciones no solventaban la carga probatoria de éstos porque esa inestabilidad contradecía el elemento de la permanencia necesario para reconocer la existencia de la familia de hecho. Y para reafirmar esa reflexión destacó que el hijo de la actora en su declaración señaló que el demandado comenzó a salir con su madre en 1997, además, dijo que después la visitaba y se quedaba hasta las 10:00 p.m., o los fines de semana, situación que insistió era insuficiente para tener esa fecha como inicio de la relación marital, pues, “con esa lógica, toda relación de amistad, más o menos cercana tendría vocación para convertirse en unión marital de hecho”.

Con fundamento en tales razonamientos determinó que las partes iniciaron la convivencia en la fecha en la que ajustaron el contrato de arrendamiento y no cuando les fue entregado el inmueble como entendió el fallador de primera instancia.

Procedió, seguidamente, a ocuparse de los hechos exceptivos alegados por el opositor, y abordó, en primer lugar, el concerniente con la ilicitud de las pruebas adosadas a la demanda, por haber sido aportadas por Martha Helena violando supuestamente la intimidad de su pretenso compañero permanente, incluso mediante sustracción calificable como ilícita, planteamiento que el tribunal estimó debía ponderarse frente al derecho que aquella tenía de reclamar el reconocimiento del estado civil de compañera permanente y sus consecuencias patrimoniales.

Sobre el particular consideró, por una parte, que la denuncia formulada por el supuesto apoderamiento de los documentos no era prueba de tal hecho, para cuya acreditación no se contaba con medio de convicción alguno; y, por el otro, que de todas maneras, ellos, en su mayoría, concernían a ambas partes, en su condición de

socios patrimoniales, “situación frente a la cual resultaba excesivo acudir a una orden judicial para tomar conocimiento de lo que eventualmente hace parte de los derechos de la demandante”. Para fortalecer esa elucidación recordó que el derecho a la intimidad, pese a ser de aplicación inmediata, no es absoluto, justificándose su limitación, según la jurisprudencia constitucional, cuando “i) esté dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, (principio de exclusión del capricho); ii) sea relevante para la obtención de dicho fin; iii) sea necesario, es decir no exista otro medio para alcanzar el objetivo”.

Arguyó, también, que en observancia de los principios de solidaridad, apoyo mutuo, esfuerzo común e igualdad que rigen las relaciones de familia, resultaba inexplicable la reserva de las cuentas del hogar al cónyuge o compañero, pues su papel se reduciría al de un tercero convidado de piedra, sin posibilidad de conocer sus derechos y obligaciones patrimoniales como socio y responsable de la comunidad de bienes.

Además, resaltó que los documentos anexados a la demanda fueron incorporados al proceso (auto de 18 de marzo de 2005), sometidos a publicidad y contradicción, de ahí que no se configuró la ilicitud aducida por la parte opositora, prueba que por demás carece de incidencia en la demostración de la existencia de la unión marital, pues concierne con el manejo de los bienes sociales.

Relativamente al otro hecho exceptivo, esto es, el atinente a la supuesta causa ilícita que originó la aludida relación, develada, según el apelante, en el mensaje electrónico remitido por el ex esposo de la señora Pilonieta Pinzón (mediante el cual informaba a Gabriel Humberto que ésta buscaba conformar con él una sociedad patrimonial con el mero propósito de lucrarse de sus bienes), estimó que tenía un

valor de convicción bastante precario porque, por una parte, no reunía los requisitos de confiabilidad previstos en la Ley 527 de 1999; y, por la otra, “como documento privado proveniente de terceros fue desconocido en el proceso por la persona a quien se imputa su autoría”.

Dijo también que la precariedad de dicho medio de persuasión “contrastaba” con los demás que obran en el plenario y que dan cuenta, en forma contundente, de la existencia de la unión marital de hecho y del afecto, ayuda y socorro que se prodigaron las partes, siendo ostensible la unidad familiar en el ámbito social, laboral y ante su parentela.

Por último, entró a estudiar el requisito de la singularidad de la comunidad de vida, rebatido por el opositor, quien aducía que la actora durante la convivencia con él mantuvo otras relaciones de pareja (con el ex esposo y un tercero); empero, el sentenciador no encontró acreditado tal hecho y, por el contrario, advirtió que “la prueba testimonial atrás revisada era unánime al descartar cualquier relación de la demandante con persona distinta al señor Gabriel Humberto Pulido”. Añadió que, además, los interrogatorios absueltos por los litigantes no reflejaban nada distinto.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cargo Único

La censura le imputa al fallo opugnado haber violado los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990; el artículo 42 de la Constitución Política; los artículos 2º, 3º, 5º al 12º de la Ley 527 de 1999; y los artículos 37 num.4º, 179 y 180 del estatuto procesal civil, a causa de

haber incurrido en error de derecho por no hacer uso de las facultades oficiosas con miras a establecer la autenticidad del mensaje de datos enviado al opositor, cuyo texto fue aportado con la contestación de la demanda.

En el desenvolvimiento de la acusación, trasunta las normas de la Ley 54 de 1990 y de la Carta Política Colombiana atrás citadas para denotar que contemplan los elementos estructurales de la institución allí consagrada, entre los que, a su juicio, están “la voluntad libre y responsable de conformar una familia” y “la singularidad”, cuya presencia en el caso en cuestión desvirtúa el medio de convicción sobre el cual supuestamente recae el yerro denunciado.

Precisa, seguidamente, en qué consiste el error de derecho y afirma que el tribunal le restó mérito a un elemento de persuasión formalmente aportado -mensaje de datos-, contrariando lo dispuesto sobre la valoración del mismo en la Ley 527 de 1999 y, por ello, dio por acreditados unos elementos constitutivos de la unión marital de hecho que el mentado documento desdibujaba y que imponía dar por acreditadas las excepciones de mérito propuestas y, por ende, negar las súplicas de la actora.

Explica, entonces, que en la contestación a la demanda se afirmó que la relación existente entre las partes terminó porque, el 23 de octubre de 2004, Gabriel Humberto recibió un mensaje de datos, enviado desde la dirección electrónica josealejandro7880@latinmail.com al correo gpulido@escuelaing.edu.co, siendo remitente el señor José Fernando Cerón Quintero, “primer esposo” de la señora Pilonieta Pinzón, y receptor, el demandado, documento relacionado en el capítulo de pruebas de dicha replica, cuya información, debidamente verificada, fue incorporada al equipo de soporte y se grabó en un disco compacto (CD) adosado también al aludido escrito, elemento de juicio que permitía al juzgador no solo verificar su contenido, sino también

tener por acreditada la integridad de la información, de ahí que no debió negarle ningún efecto jurídico, validez o fuerza obligatoria.

Transcribe seguidamente los preceptos de la Ley 527 de 1999 que denuncia como infringidos, como también apartes de la sentencia de exequibilidad de los mismos -C 662 de 2000-, con el propósito de mostrar que si el demandado adosó a la mentada réplica la reproducción impresa del contenido del mensaje de datos y entregó éste en un “CD”, bien “podía confirmarse la integridad del mismo” y, por lo tanto, debió dársele el valor probatorio que el referido ordenamiento concede a ese tipo de documentos.

Y, en un capítulo que denomina “necesidad de aplicar las facultades oficiosas para llegar a la certeza sobre la integridad del medio probatorio”, expuso que el accionado hizo lo que estaba a su alcance, aportó la prueba magnética en forma correcta y garantizó con su entrega no sólo la contradicción de la misma, sino, también, la posibilidad, ante cualquier duda, de que el juez a través de expertos, y acudiendo a la facultad de decretar pruebas de oficio en la búsqueda de la verdad material, ahondara en la integridad del mensaje de datos, para conferirle el mérito probatorio reconocido por la Ley 527 de 1999, el cual desconoció el sentenciador. El recurrente insiste, entonces, en que el juzgador, en ejercicio de las facultades oficiosas conferidas por el ordenamiento procesal (artículos 37 num.4º, 179 y 180 del C. de P. Civil), debió adoptar las medidas conducentes para identificar plenamente al autor del correo en cuestión, dar certeza de la participación exclusiva de esa persona en el acto mismo de la emisión y asociarla con el contenido del documento.

Sobre este último aspecto refiere que el remitente allí dice que él y la señora Pilonieta Pinzón, quienes eran esposos entre sí, cuando decidieron distanciarse, no lo hicieron porque no se amaran,

sino porque optaron por conformar una especie de alianza, dado que el señor Cerón Quintero no podía cumplir las perspectivas económicas de su cónyuge, ni su excesivo apego a las cosas materiales, motivo por el cual decidieron "... buscar una persona con ciertas características, pensando en el futuro de Alejito".

CONSIDERACIONES

1. El tribunal descartó que la unión marital debatida hubiese tenido origen en una causa ilícita -cuestión alegada por el demandado como excepción-, en cuanto consideró que el valor probatorio del mensaje de datos aportado para acreditar ese hecho era precario, por las razones advertidas por el juzgador a quo, ya que se trataba de un documento electrónico que no reunía los requisitos de confiabilidad previstos en la Ley 527 de 1999 y fue desconocido por la persona a quien se imputa su autoría.

Por su parte, el juez de primera instancia adujo que el aludido documento carecía de fuerza probatoria, porque no daba certeza de que el señor Cerón Quintero -ex cónyuge de la actora-, participó en su elaboración ni de que fue su autor. Agregó que así lo hubiere creado, de todas maneras lo allí manifestado no alteraba la conclusión sobre la existencia de la unión de hecho, toda vez que no obraba prueba de su veracidad.

2. Como es patente en el fallo recurrido, el tribunal refrendó e hizo suyas las elucidaciones que en punto del valor probatorio del aludido mensaje electrónico asentó el juzgador de primer grado, el cual, como quedó dicho, además de colegir que éste carecía de autenticidad, acotó que si en gracia de discusión la misma pudiera admitirse, lo cierto era que no podía tenerse como veraz, pues, por el

contrario, los testimonios recaudados daban cuenta de la “buena relación que mantuvo la pareja” durante la convivencia, incluso referían que lo que ella reflejaba ante sus familiares, vecinos y amigos era una unión estable, permanente, de buen trato y de seguridad.

Esto es, que en un atinado ejercicio de valoración del medio probatorio, ese fallador comenzó por establecer si el documento gozaba de eficacia demostrativa, y descartada ésta por carencia de autenticidad, le negó cualquier vigor persuasivo. Pero no se detuvo allí, toda vez que para robustecer su inferencia, y dejando de lado ese aspecto, abordó el relativo a la credibilidad que el mismo podía suscitar, para concluir, rotundamente, por demás, que no era veraz. Significa lo anterior, que a juicio de los juzgadores de instancia, aún en la hipótesis de que el documento fuese auténtico y, por ende, susceptible de ser estimado, no era creíble, razón de más para negarle mérito probatorio. Trátase de un discurso argumentativo sólido, en cuanto examinó desde diferentes ámbitos el medio probatorio, sin confundirlos y dándoles la prioridad debida, ejercicio al cabo del cual anotó que por no ser auténtico éste carecía de valor probatorio; añadió que de llegar a tenerlo, no era creíble.

Por supuesto que la autenticidad y la veracidad son atributos distintos de la prueba documental, pues hacen referencia a aspectos disímiles. La primera concierne con la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento, certidumbre que alcanzará en la medida que se encuentre en alguna de las hipótesis específicamente previstas por el ordenamiento (artículos 252 y 276 del Código de Procedimiento Civil, entre otros). Establecida la autenticidad del documento, podrá el juzgador avanzar en su estimación con miras a establecer su vigor probatorio, particularmente su credibilidad, empeño que deberá abordar de la mano de las reglas de la sana crítica.

Puede acontecer, entonces, respecto de la apreciación de los documentos, que el fallador, en un examen ajustado a Derecho, delantadamente los desestime en cuanto advierta que carecen de autenticidad, esto es que, conforme a las reglas probatorias que gobiernan la materia, no pudo establecerse con certeza la identidad de su autor. Puede igualmente suceder que a pesar de haber fijado con certidumbre dicha autoría, les niegue poder persuasivo en la medida en que al supeditarlos al examen conjunto de las demás pruebas aportadas al proceso, así como al someterlos al escrutinio de las reglas de la experiencia, el sentido común, la lógica y la ciencia, infiera que no son creíbles, es decir, que carecen de eficacia demostrativa de los hechos o representaciones que contiene.

Es incontestable, subsecuentemente, que la autenticidad y la veracidad son atributos distintos de la prueba documental, pues, como ha quedado dicho, el primero tiene que ver con la plena identificación del creador del documento, con miras a “establecer la pertenencia del documento a la persona a quien se atribuye, es decir, la correspondencia del sujeto que aparece elaborándolo o firmándolo, con la persona que realmente lo hizo” (sent. 20 de octubre de 2005, exp. 1996 1540 01), mientras que la veracidad concierne con el contenido del documento y la correspondencia de éste con la realidad o, en otros términos, está referida a la verdad del pensamiento, declaración o representación allí expresados.

3. No hay duda, entonces, que los jueces de instancia desestimaron el aludido mensaje electrónico porque, además de considerar que carecía de autenticidad, coligieron que, de llegar a tenerla, no era veraz. Y, precisamente, este último aspecto no fue refutado por el casacionista, habida cuenta que enderezó la acusación a censurar únicamente la inferencia concerniente con la autenticidad

del aludido documento, pues fundó el error de derecho denunciado en que el tribunal se abstuvo de decretar de oficio las pruebas requeridas para identificar plenamente el autor del documento en cuestión, dar certeza de la participación de éste en la emisión del mismo y asociarla con su contenido, pero en modo alguno discrepó de que no estuviera demostrada la veracidad de los hechos referidos en el susodicho mensaje, pues ningún esfuerzo hizo por mostrar lo contrario.

No puede desconocerse que al recurrente le competía derribar la totalidad de los cimientos del fallo, pues si alguno de ellos permanece en pie y, en sí mismo considerado, resulta suficiente para preservar las conclusiones a las que llegó el juzgador, como aquí acontece con el argumento relativo a la veracidad del mensaje de datos, la censura no puede abrirse paso.

4. De todas maneras, al margen de la señalada deficiencia técnica se tiene, por un lado, que ciertamente el correo electrónico al que hace referencia el cargo formulado, carece de autenticidad, amén de que no aparece fijada a él la firma digital de su autor; y por otro, que el juzgador cognoscente del asunto agotó las facultades conferidas para establecer su autenticidad, pues convocó a la persona a quien se le imputaba su autoría -José Fernando Cerón Quintero, ex cónyuge de la actora- a reconocer el mismo (folios 484 a 489 del C.1), sin que éste hubiese aceptado ser su creador. No obstante, el resultado de esa diligencia, el demandado se abstuvo de tramitar el respectivo incidente de autenticidad.

4.1 Bien es sabido que la autenticidad del documento es un requisito ineludible de su eficacia, de modo que puede asentarse, y así lo hace la Corte, que cuando carece de ella, es decir, cuando no se tiene certeza de quién es su autor, el mismo está desprovisto de cualquier vigor probatorio, de modo que le está vedado al juzgador

adentrarse más allá en su estimación; por supuesto que todo el examen se agota y detiene en esa consideración. Por lo demás, es evidente que es el mismo legislador el que señala de manera puntual las circunstancias en las que le es dado al fallador inferir la autenticidad del documento, de modo que semejante elucidación no queda al arbitrio de éste.

Que las cosas son de ese modo es cuestión que se ofrece como incontrastable en cuanto se examinan las reglas que gobiernan la materia. En efecto, por un lado, el inciso primero del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, prescribe que “es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”; esto es que, conforme a la reseñada norma, la autenticidad es un requisito que concierne con la certidumbre que debe abrigar el juzgador respecto del autor del mismo. Seguidamente, reseña el aludido precepto las hipótesis en las que puede colegirse tal circunstancia. Por otro, el artículo 279 *Ibídem*, refiriéndose a los documentos privados, prescribe que cuando éstos son auténticos, tienen el mismo valor que los públicos (cuya autenticidad presume el artículo 252 *ejusdem*), entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como frente a terceros. En cambio, cuando éstos no son auténticos, carecen de cualquier vigor demostrativo, pues como lo precisa la norma, a lo sumo, tendrán el carácter de prueba sumaria, en cuyo caso, además de precaria, su fuerza probatoria es eminentemente transitoria.

4.1.1 A raíz de los avances tecnológicos en el campo de los computadores, las telecomunicaciones y la informática surgió el “documento electrónico”, concebido por la doctrina jurídica como “cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptibles de ser asimilados en forma humanamente comprensible”, y reconocido por la legislación patria, concretamente,

por la Ley 527 de 1999, declarada exequible mediante las sentencias C-662 de 8 de junio de 2000 y C-831 de 8 de agosto de 2001, estatuto inspirado en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), uno de cuyos principios vertebrales es el de “la equivalencia funcional” de los documentos de esa especie y que se funda en un análisis de los objetivos y funciones que cumple el documento sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacerlos en el contexto tecnológico.

La precitada ley reguló los mensajes de datos y precisó que ellos concernían con “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” (art. 2). Entratándose, justamente, del correo electrónico -e mail-, no mucho hay que averiguar para concluir que es, quizás, la aplicación más difundida y utilizada por los usuarios de Internet, habida cuenta que les permite el intercambio de datos con la posibilidad, incluso, de adjuntar archivos, mediante la transferencia de información en forma de mensaje de texto y de documentos anexos, entre un transmisor y un receptor, con la intervención de sistemas de comunicación electrónicos.

Volviendo al documento electrónico en general, es oportuno precisar que el papel y la tinta son reemplazados por un soporte material, que es la memoria de masa sobre la cual se graba el mismo, y los impulsos electromagnéticos que fijan su contenido. Igualmente, que la Ley 527 de 1999 lo asimiló, en cuanto a sus efectos jurídicos, al contenido en un escrito al prescribir que “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza probatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (artículos

5º y 10, inc.2º), a la vez que lo admite como medio de prueba y remite su eficacia o fuerza probatoria a las disposiciones contenidas en el capítulo VIII del título XIII, sección 3ª del libro 2º del estatuto procesal civil (artículo 10, inc.1º), es decir, al régimen de la prueba por documentos; y supedita su valoración a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de los medios de persuasión (artículo 11), haciendo énfasis en que en esa labor debe tenerse en cuenta “la confiabilidad en la forma en 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”.

Aunque lo cierto es que desde antes de la expedición de la reseñada ley, esos productos informáticos ya gozaban de reconocimiento jurídico en el ordenamiento patrio, pues así lo preveía el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil al admitir como prueba los elementos allí relacionados y cualquier otro que fuese útil para la formación del convencimiento del juez, a la vez que el artículo 251 ibídem calificaba como documento todo objeto mueble que tuviese carácter representativo o declarativo, sin que necesariamente su contenido debiera materializarse por signos escritos; por supuesto que al enunciar que son documentos, además de éstos, las fotografías, las cintas cinematográficas, los discos, las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, etc., pone de relieve que bajo esa concepción funcional del documento caben los archivos electromagnéticos. Aún más, la Ley 270 de 1996, en su artículo 95, refiriéndose a la tecnología puesta al servicio de la administración de justicia, equiparó la validez y eficacia de los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos a la conferida al documento original, siempre

que estuviere garantizada su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales; igualmente, la Ley 223 de 1995 elevó la factura electrónica a la categoría de factura de venta (artículo 37).

4.1.2 Para determinar la fuerza probatoria del mensaje de datos, el artículo 11 de la Ley 527, señala, como ya se pusiera de presente, que deben atenderse las reglas de la sana crítica, así como la confiabilidad que ofrezca la forma como se haya *generado, archivado o comunicado* el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se hubiere conservado la *integridad* de la información, la forma como se identifique a su iniciador, y cualquier otro factor relevante.

La **integralidad** de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje.

Esa característica guarda una estrecha relación con la “**inalterabilidad**”, requisito que demanda que el documento generado por primera vez en su forma definitiva no sea modificado, condición que puede satisfacerse mediante la aplicación de sistemas de

protección de la información, tales como la criptografía y las firmas digitales.

Otros aspectos importantes son el de la **“rastreadabilidad”** del mensaje de datos que consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad. La **“recuperabilidad”**, o sea la condición física por cuya virtud debe permanecer accesible para ulteriores consultas; y la **“conservación”**, pues de ella depende la perduración del instrumento en el tiempo, siendo necesario prevenir su pérdida, ya sea por el deterioro de los soportes informáticos en que fue almacenado, o por la destrucción ocasionada por “virus informáticos” o cualquier otro dispositivo o programa ideado para destruir los bancos de datos informáticos. Una óptima conservación de la información puede lograrse mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, como también con un adecuado manejo de las reglas de cadena y custodia.

4.1.3 Ahora, la autenticidad del mensaje de datos corre paralela con la confiabilidad del mismo, determinada por la seguridad de que esté dotado en cuanto a la forma como se hubiese generado y conservado la integridad de la información y, por supuesto, en la forma en que se identifique a su iniciador y la asociación de éste a su contenido. Como todo documento, la eficacia probatoria del electrónico dependerá, también, de su autenticidad, contándose con mecanismos tecnológicos que permiten identificar el autor del mismo y asociarlo con su contenido. En este aspecto cobra particular relevancia la firma electrónica, que es el género, y que puede comprender las firmas escaneadas, o los métodos biométricos (como el iris y las huellas digitales), y la firma digital -especie-, basada en la criptografía asimétrica.

4.1.4 Siendo las cosas de ese modo, resulta oportuno precisar en qué condiciones el mensaje de datos puede ser auténtico, no sin antes reiterar que en la prueba documental la firma juega un papel importante, en tanto que facilita la prueba de su autoría y, en determinados eventos está revestida de una presunción legal de autenticidad.

Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”. En otras palabras, todo dato que en forma electrónica cumpla una función identificadora, con independencia del grado de seguridad que ofrezca, puede catalogarse como firma electrónica; de suerte, pues, que dentro de este amplio concepto tienen cabida signos de identificación muy variados, como los medios biométricos, la contraseña o password, la criptografía, etc.

No obstante, dicha firma sólo producirá los efectos jurídicos de la manuscrita -equivalencia funcional- cuando cumpla determinados requisitos de seguridad y de fiabilidad, cuestiones que dependen del proceso técnico utilizado en su creación, siendo altamente seguro el basado en la criptografía asimétrica -arte de cifrar la información, mediante algoritmos de clave secreta-, porque garantiza la identificación del autor del mensaje, integridad y confidencialidad del mismo. Dicho sistema es el utilizado para la creación de la denominada firma digital, la que corresponde a “un signo numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido

exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación” (Ley 527 de 1999, art. 2º, literal C).

La firma digital, ciertamente, está compuesta por un juego de claves -una privada asociada a una pública-, y un certificado digital emitido por las entidades autorizadas para el efecto, habida cuenta que el suscriptor del documento lo firma mediante la introducción de una clave privada, la cual activa un algoritmo que encripta el mensaje -lo hace ininteligible- y lo envía junto con una copia del certificado digital del mismo por la red de comunicaciones; a su vez, el receptor del mismo para hacerlo comprensible tiene que activar el algoritmo criptográfico, mediante la introducción de la clave pública del firmante, y si ella está asociada a la primera se producirá la descriptación.

Recibido el mensaje, el programa de ordenador del receptor dará acceso al contenido del certificado digital, documento mediante el cual el prestador de servicios de certificación vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma la identidad de éste; de suerte, pues, que la función principal del aludido certificado es vincular una clave pública -dato de verificación de firma- a una determinada información relativa a una persona concreta, dando así seguridad de la identidad del autor del mensaje. Por ello, tal certificación debe contener el nombre, dirección y domicilio del suscriptor e identificarlo; la clave pública del mismo; la metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos; el número de serie del certificado, su fecha de misión y expiración y, por supuesto, estar firmado por el ente certificador e indicar su nombre, dirección y el lugar donde desarrolla sus actividades (Artículo 35, Ley 527 de 1999).

Dicha especie de firma electrónica se equipara a la firma ológrafa, por cuanto cumple idénticas funciones que ésta, con las más exigentes garantías técnicas de seguridad, pues no sólo se genera por medios que están bajo el exclusivo control del firmante, sino que puede estar avalada por un certificado digital reconocido, mecanismos que permiten identificar al firmante, detectar cualquier modificación del mensaje y mantener la confidencialidad de éste.

De manera, pues, que el documento electrónico estará cobijado por la presunción de autenticidad cuando hubiese sido firmado digitalmente, puesto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 ibídem, se presumirá que su suscriptor tenía la intención de acreditarlo y de ser vinculado con su contenido, claro está, siempre que ella incorpore los siguientes atributos: a) fuere única a la persona que la usa y estuviere bajo su control exclusivo; b) fuere susceptible de ser verificada; c) estuviere ligada al mensaje, de tal forma que si éste es cambiado queda invalidada; y d) estar conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional. Por lo demás, será necesario que hubiese sido refrendada por una entidad acreditada, toda vez, que conforme lo asentó la Corte Constitucional, éstas “certifican técnicamente que un mensaje de datos cumple con los elementos esenciales para considerarlo como tal, a saber la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información, lo que, en últimas permite inequívocamente tenerlo como auténtico” (C-662 de 2000), pues, a decir verdad, ellas cumplen una función similar a la fedante.

4.2 Por otra parte, debe dejarse en claro qué ocurre con los documentos electrónicos carentes de firma, punto en el cual cabe asentar que aunque ella es útil para establecer la autenticidad del documento electrónico no es imprescindible, habida cuenta que cuando el mensaje carece de ella, el juez puede adquirir certeza sobre su

autoría mediante otros mecanismos, particularmente, mediante el reconocimiento que del mismo haga la persona a quien se le atribuye o el que hagan sus causahabientes, todo esto sin olvidar que podrá la parte que lo aportó tramitar el incidente de autenticidad, en el que le incumbirá la carga de probarla.

En ese orden de ideas, el reconocimiento regulado por el artículo 269 del C. de P. Civil se impondrá como insoslayable respecto del mensaje de datos desprovisto de una firma digital, habida cuenta que se trata de un documento que no ha sido suscrito ni manuscrito por su autor y carece de un signo de individualidad que permita imputar autoría y, por ende, ejercer el derecho de contradicción a la persona que la parte que lo aporta señala como su creador.

Si las cosas son de ese modo, refulge la inanidad de la acusación que el censor hizo consistir en que el juzgador no agotó las facultades oficiosas con miras a establecer la autenticidad del mensaje de datos contenido en el correo electrónico que le atribuyó al señor Fernando Cerón Quintero, primer esposo de su compañera permanente, pues habiendo sido éste citado a que reconociera el documento y asumiera su contenido como de su autoría, el compareciente lo negó rotundamente, desconocimiento ante el cual ninguna actividad oficiosa podría reclamársele al juez.

Es evidente que de persistir el demandado en la creencia de que ese correo realmente debía atribuirse al mencionado señor, debió emprender la demostración pertinente, sin que le sea dado aliviarse de sus cargas probatorias trasladándoselas al juez, pues, como es sabido, las facultades oficiosas de éste no fueron previstas para suplir la inactividad de las partes.

Así las cosas, el cargo no se abre paso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 3 de julio de 2009, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por MARTHA HELENA PILONIETA frente a GABRIEL HUMBERTO PULIDO CASAS.

Costas a cargo de la parte recurrente.

NOTIFÍQUESE.

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA