



## TUTELA

### REPORTE DE CONSULTA

#### RELEVANTE

#### SALA DE CASACIÓN LABORAL

<b>ID</b>	: 819600
<b>M. PONENTE</b>	: LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
<b>NÚMERO DE PROCESO</b>	: T 102573
<b>NÚMERO DE PROVIDENCIA</b>	: <a href="#">STL6609-2023</a>
<b>PROCEDENCIA</b>	: Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	: SENTENCIA
<b>FECHA</b>	: 07/06/2023
<b>DECISIÓN</b>	: REVOCA CONCEDE TUTELA
<b>ACCIONADO</b>	: COMISIÓN SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL DE SANTANDER
<b>ACCIONANTE</b>	: LEIDY LUCERO DÁVILA GÓMEZ
<b>ACTA n.º</b>	: 20
<b>FUENTE FORMAL</b>	: Ley 1123 de 2007 art. 86, 87, 96 / Ley 1564 de 2012 / Ley 527 de 1999 art. 10 / Código General del Proceso art. 244

#### ASUNTO:

#### SUPUESTOS FÁCTICOS:

Eleazar Flórez instauró en contra del abogado Wilson David Otero Uribe queja disciplinaria ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Bucaramanga, por las faltas contra la debida diligencia profesional y la honradez con ocasión de la presunta negligencia en un proceso penal.

El apoderado judicial disciplinado, solicitó como prueba el testimonio de la accionante, quien trabajaba como dependiente judicial de su firma para la época de la ocurrencia de los hechos. Durante la audiencia de juzgamiento en desarrollo del testimonio de Nixón Richard Poveda Daza, la accionante manifestó que deseaba aportar audios y conversaciones de WhatsApp que sostuvo con éste, en virtud de lo cual el magistrado ponente suspendió la diligencia para que se allegara el celular.

Reanudada la audiencia la accionante aportó el teléfono móvil del cual fue exportada la conversación y el magistrado ponente procedió a realizar la lectura de este y la reproducción de los audios; pese a lo anterior, resolvió retener el celular de la accionante y ordenar la preservación del teléfono bajo cadena de custodia.

Tanto el disciplinado como la actora, se opusieron a la decisión, argumentando que el celular contenía material laboral y personal para el desarrollo de sus funciones e información financiera, entre otras, sin que el funcionario judicial atendiera su manifestación. En consecuencia, la peticionaria solicita la protección de sus derechos fundamentales al «debido proceso, dignidad, intimidad, derecho al trabajo y propiedad privada» al considerarlos vulnerados con la retención del móvil pues no existió fundamento jurídico procesal para la aprehensión del bien.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

¿Se vulnera el derecho al debido proceso de la accionante con la decisión de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander, de decretar dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del abogado Wilson David Otero Uribe en el cual funge como testigo, la retención de su celular para extraer las conversaciones de WhatsApp sostenidas con otro de los testigos, pese a que los documentos ya habían sido exportados durante la audiencia de juzgamiento?

**TEMA: ACCIÓN DE TUTELA** - Objeto

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL** - Procedencia excepcional de la acción ante vía de hecho

**Tesis:**

«Debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo de orden constitucional que tiene por objeto la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de la persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad. Y que, en tal sentido, esta Sala de la Corte ha entendido que dicha protección cabe predicarla respecto de cualquier persona, natural o jurídica; así como en frente de providencias judiciales, cuando constituyan verdaderas vías de hecho, por ser incuestionable que tanto para su forma como para su contenido el juez debe acatar el orden jurídico en su conjunto, y servirse, de ser necesario, de los criterios auxiliares previstos en la normativa constitucional o en cada una de las particulares disciplinas del derecho.

De esa manera es que, de ser procedente, se conjuran arbitrariedades, caprichos o mal entendidos arbitrios judiciales fundados en conceptos errados de autonomía e independencia del juzgador, mayormente, cuando quiera que respecto de una particular decisión o no existen mecanismos procesales de corrección o estos se hubieren agotado infructuosamente».

**DERECHO DISCIPLINARIO** - Derecho disciplinario del abogado - Pruebas - Valoración probatoria: apreciación integral en el marco de la sana crítica (c. j.)

**DERECHO DISCIPLINARIO** - Derecho disciplinario del abogado - Pruebas - Valoración probatoria: aplicación del Código de Procedimiento Penal en virtud del principio de integración normativa (c. j.)

**Tesis:**

«(...) se debe indicar que,

La Ley 1123 de 2007 establece un sistema de apreciación probatoria regido por las reglas de la sana crítica (Art. 96). Subyace a lo anterior una libertad en el aporte de pruebas que faculta la admisibilidad de los distintos medios de convicción legalmente reconocidos (Art. 87). Para su práctica, se remite por integración normativa al Código de Procedimiento Penal siempre y cuando resulte compatible con la naturaleza del derecho disciplinario (Art. 86)»

**DERECHO PROCESAL** - Pruebas - Documentos - Mensaje de datos - Valoración de los datos contenidos en una conversación de WhatsApp: reseña jurisprudencial

**Tesis:**

«En relación con las conversaciones de WhatsApp como medio de prueba, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en sentencia de 9 de diciembre de 2021, rad. 2017-004900, consideró:

De acuerdo a la caracterización que se ha podido efectuar desde la academia nacional, la aplicación de Whatsapp al permitir el intercambio de mensajes entre dos o más personas, así como también diferentes tipos de archivo (videos, documentos, fotos, entre otros) en un entorno electrónico, puede encuadrarse en la categoría de mensajes de datos. En atención a ello, el artículo 10° de la ley citada remite a las reglas de admisibilidad y fuerza probatoria establecidas en el Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

El tránsito normativo en materia procesal civil encauza el análisis a la Ley 1564 de 2012, donde se clarifica la valoración que debe efectuarse del medio de convicción en su artículo 247: “Artículo 247. Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan 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”. Este último inciso fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-604 de 2016. El pronunciamiento reafirmó que solo puede considerarse mensaje de datos el documento que es aportado al proceso judicial en el mismo formato que fue recibido o generado. Si la información originalmente creada en un medio electrónico o similar es anejada en documento físico, “el elemento material probatorio resulta modificado y se convierte en una mera reproducción de su original”, por lo tanto, deberá someterse a las reglas de valoración de los documentos. Quiere decir lo anterior que la fuerza probatoria de los mensajes de datos cuando son presentados en físico no se invalida, sino que debe someterse a los parámetros que exija el estatuto procesal para dilucidar el valor suasorio de las pruebas documentales.

Esta interpretación sistemática se acompasa con lo establecido en el inciso segundo del artículo 10° de la Ley 527 de 1999, al referir que “en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza

obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”.

En efecto, como es advertido por Daniel García Muesca en su libro sobre este tópico, la misma aplicación de Whatsapp posee una herramienta que permite enviar los chats o conversaciones por correo electrónico en formato txt., utilidad que facilita en mayor medida su presentación al proceso judicial. Esta solución puede ser aplicada sin descartar que, de acuerdo a la valoración que de forma libre efectúe el juez, se requiera la práctica de un dictamen pericial sobre el teléfono celular, como es sugerido tanto por los doctrinantes nacionales y extranjeros».

**DERECHO PROCESAL** - Documentos - Documento auténtico: definición normativa

**DERECHO PROCESAL** - Documentos - Documento auténtico: presunción de autenticidad de los documentos públicos o privados emanados de las partes o de terceros, mientras no hayan sido tachados de falsos o fueren desconocidos

**DERECHO PROCESAL** - Pruebas - Documentos - Mensajes de datos: presunción de autenticidad

**Tesis:**

«(...) el Código General del Proceso en su artículo 244 prevé:

.ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO. 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 atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, 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.

[...]

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones».

**DERECHO PROCESAL** - Pruebas - Documentos - Mensaje de datos - Valoración probatoria de las copias impresas de los mensajes: sujeción de su fuerza probatoria al grado de confiabilidad que le asigne el juez dependiendo de las particularidades de cada caso (c. j.)

**DERECHO PROCESAL** - Pruebas - Documentos - Mensajes de datos - Valoración probatoria de las copias impresas de los mensajes: atributos del grado de confiabilidad (c. j.)

**DERECHO PROCESAL** - Pruebas - Documentos - Mensajes de datos - Valoración probatoria de las copias impresas de los mensajes - Atributos del grado de confiabilidad: valoración probatoria del atributo de veracidad (c. j.)

**Tesis:**

«(...) la Corte Constitucional en sentencia T-467/22 concluyó que,

[...]las copias impresas de los mensajes de datos son medios de convicción que deberán ser valorados según las reglas generales de los documentos y las reglas de la sana crítica, y su fuerza probatoria dependerá del grado de confiabilidad que le pueda asignar el juez atendiendo a las particularidades de cada caso. La confiabilidad se determina por la (i) autenticidad, entendida como la identificación plena del creador del documento, es decir, la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento; y por (ii) la veracidad de la prueba, esto es, la correspondencia con la verdad de la declaración o representación del hecho allí expresados. En particular, la valoración de este último atributo de la prueba demanda del juez la aplicación de las reglas de la sana crítica, la presunción de buena fe, los principios del debido proceso, de defensa, de igualdad, y de lealtad procesal».

**DERECHO PROBATORIO** - Pruebas - Conducencia y pertinencia: noción

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso disciplinario: defecto sustantivo por falta y deficiente motivación de la decisión adoptada por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander de ordenar la retención del teléfono celular de la testigo, desconociendo la carga del magistrado instructor de establecer la necesidad, conducencia y utilidad de la aprehensión del aparato celular, a efectos de que un perito experto extrajera el mensaje de datos para establecer su autenticidad, sin tomar en cuenta que la información ya obraba en el expediente

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Motivación de la sentencia: obligatoriedad

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Defecto sustantivo: configuración (c. j.)

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso disciplinario: defecto sustantivo por falta de motivación de la decisión de la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander al decretar como prueba de oficio la retención del celular de la testigo accionante para extraer los mensajes de datos y establecer su autenticidad, desconociendo que en el expediente existía registro de la lectura del chat y reproducción de las notas de voz en la grabación de la audiencia, sin que hubieren sido tachadas de falsas

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso disciplinario: vulneración del derecho al ordenar la aprehensión del celular de la testigo, sin advertir que la retención, comiso, decomiso, incautación o medida cautelar decretada sobre un celular personal, el cual, hoy contiene la vida personal, familiar, laboral, económica, etc. de la persona, sólo procede mediante orden de autoridad competente sujeta a las formas propias del respectivo procedimiento, bajo el respeto de los derechos al buen nombre y a la intimidad personal y familiar, además, de que en la recolección, tratamiento y circulación de datos tecnológicos se deben respetar la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución

**Tesis:**

«(...) en relación con el recaudo de la prueba de marras, se observa que, en efecto, la información que reposaba en la conversación de WhatsApp no

solamente fue extraída del celular de la testigo y aportada al expediente del asunto, en formato pdf., sino que, además, fue leída de viva voz por el magistrado y no fue objeto de tacha de falsedad o contradicción por ninguno de los asistentes a la audiencia.

No obstante, el director del proceso decidió de oficio decretar como prueba: "tener este celular y los archivos de WhatsApp", por considerar que era conducente y pertinente. Sobre la conducencia conviene precisar que hace referencia a que la prueba sea de aquellos medios permitidos por el legislador para probar un hecho y la pertinencia tiene que ver con que la misma tenga una relación directa con el asunto objeto de debate y que realmente influya en la decisión a adoptar.

Para esta Sala es claro que retener el celular de la testigo implicó, per se, trasladar una carga que imponía al magistrado instructor establecer, primeramente, la pertinencia de ese medio de prueba en el proceso disciplinario; en segundo lugar, su competencia para proferir esa decisión y, de encontrar respuesta positiva a los dos primeros cuestionamientos, en tercer lugar, ponderar los derechos de la accionante frente al interés de la búsqueda de la verdad procesal en el asunto y su necesidad y conducencia, como la utilidad de retener el celular con el fin de ser remitido a un perito experto para realizar la extracción del mensaje de datos y verificar su autenticidad, no obstante que dicha información ya obraba en el expediente, existía registro de la lectura del chat y la reproducción de notas de voz en la grabación de la audiencia celebrada el 14 de marzo de 2023, amén de que dicha prueba --información exportada del celular-- no había sido tachada de falsa.

La referida metodología probatoria, como instrumento hermenéutico de definición de la orden de retención del aparato telefónico, le hubiera permitido al magistrado instructor establecer si tal medida resultaba idónea, procedente, adecuada y necesaria para la finalidad perseguida sin sacrificar valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional que fueron oportunamente puestos de presente por parte de la testigo, quien fue la directamente afectada, como por parte del disciplinable que había requerido la declaración de la testigo, propietaria del mentado celular.

En ese orden, la decisión adoptada por la magistratura enjuiciada demandaba una motivación específica y particular que atendiera a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales no se observan en los argumentos que fueron transcritos en precedencia, pues las razones que el magistrado expuso para ratificar su decisión se limitaron a indicar que era necesario extraer los documentos para establecer su autenticidad, pese a que ese propósito ya había sido materializado allí mismo y muy a pesar de que no expuso por qué esos documentos, que ya obraban en el expediente y que habían sido extraídos por él mismo, se repite, no eran suficientes en su lectura y reproducción -- audios de los que existe grabación--, o cuál era la razón para desmeritar la autenticidad de los referidos documentos si existía certeza sobre la proveniencia de los mismos y no fueron probatoriamente desconocidos u objetados.

Debe decirse que los jueces, en sus decisiones, deben exponer claramente cuáles son las razones de hecho y de derecho que están empleando para la toma de una decisión dentro del proceso, dado que están proscritas las decisiones basadas en el arbitrio meramente personal; la exposición de las razones es lo que distingue lo legal de lo arbitrario.

Ello es así tanto que la uniformadora de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, la Corte Constitucional, ha indicado que la ausencia de motivación en una providencia judicial configura el defecto sustantivo de la misma y, por tanto, procede la acción de tutela para "proteger los derechos de los ciudadanos de obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, permitiendo de esta manera, ejercer efectivamente el derecho de contradicción. Por lo tanto, el juez de tutela debe tener en cuenta, que la falta de motivación de una decisión judicial supone una clara vulneración al derecho del debido proceso ya que existe un deber en cabeza de los funcionarios judiciales, el cual tiene que presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan" su decisión. (sentencia CC SU 635/2015).

En este caso, la autoridad convocada incurrió en un defecto sustantivo por ausencia y deficiente motivación, pues no ofreció una verdadera argumentación sobre la procedibilidad de la decisión y la pertinencia, conducencia, necesidad y utilidad de la retención del aparato celular personal de la testigo para su posterior envío a un perito experto, dado que escuetamente se limitó a afirmar que lo hacía porque no podía "dejar la verdad a medias", siendo su deber legal extraer la información de WhatsApp, situación que ya había acontecido.

Ello, sin mediar en su razonamiento que la retención, comiso, decomiso, incautación o medida cautelar decretada sobre el celular personal, aparato tecnológico que recoge hoy en día la vida personal, familiar, laboral, económica y de otras índoles de la persona, sólo procede mediante orden de autoridad competente, en los procedimientos legales que permiten tal clase de medida, previa la observación de las formas propias del respectivo procedimiento y, por sobre todo, en atención prioritaria de claros derechos fundamentales como lo son la intimidad personal y familiar y el buen nombre; y que en la recolección, tratamiento y circulación de datos tecnológicos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución, como paladina y expresamente lo consagra el artículo 15 constitucional.

Corolario de lo anterior, al concluirse que no fueron expuestas con precisión y claridad por parte del magistrado de la Comisión Seccional accionada las referidas razones del medio probatorio decretado y que fue objeto de censura en esta acción constitucional, resulta evidente la trasgresión del derecho al debido proceso de la accionante, por lo que deviene necesario dejar sin valor y efectos la decisión proferida por la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander el 14 de marzo de 2023, en lo que atañe al decreto de la prueba pericial respecto del celular de propiedad de la accionante, dentro del proceso disciplinario con radicado 2019-01546, para disponer la devolución del celular retenido a su propietaria en el término del (1) día hábil siguiente a la notificación de esta decisión, por las razones ya expuestas en la parte motiva de esta providencia»

**JURISPRUDENCIA RELACIONADA:** CC SU635/15, T-467/22