

**TATIANA ANDREA LÓPEZ GONZÁLEZ**

**MENSAJES Y CONTENIDOS DE LA APLICACIÓN DE MENSAJERÍA  
WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBA DENTRO DEL PROCESO:  
ESTUDIO SOBRE SU ADMISIBILIDAD, FUERZA PROBATORIA,  
CONTRADICCIÓN, VALORACIÓN JUDICIAL, LICITUD Y ALGUNAS  
CONTROVERSIAS**

**(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos  
con énfasis en Derecho Procesal 2019-2020)**

**Bogotá D.C. Colombia**

**2021**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS**  
**CON ÉNFASIS EN DERECHO PROCESAL 2019-2020**

**Rector:** **Dr. Hernando Parra Nieto**

**Decana Facultad de Derecho:** **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Secretaria General:** **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

**Director Departamento**  
**Derecho Procesal:** **Dr. Ramiro Bejarano Guzmán**

**Director de Tesis:** **Dr. Jimmy Rojas Suarez**

**Examinadores:** **Dr. Juan Carlos Naizir Sistac**

## AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer a mi señor Jesús, mi Dios y mi todo por haberme dado la oportunidad de culminar este trabajo y fue Él quien me inspiró para realizarlo, “*Mi Señor y Dios, te alabaré con todo el corazón y glorificaré siempre tu nombre*” (Salmo 84-12); a mi papá Edgar Alfonso López Rodríguez, por siempre haber creído en mí y ser ejemplo de disciplina y trabajo; a mi mamá María Doris González, que con su esfuerzo ha sido camino de amor y fortaleza para mi vida. Quiero agradecer a mi familia, por siempre estar allí cuando los necesité; agradezco a mi director de tesis el Dr. Jimmy Rojas Suarez por el tiempo que dedicó para leer mi escrito y contribuir a su concreción; al Dr. Fredy Hernando Toscano López por haber sido el gestor de este documento y ayudarme a construir las bases de este, y finalmente doy las gracias al Dr. Ramiro Bejarano, que ha sido el impulso para que yo me dedicara y quisiera al derecho procesal. Dios los bendiga. Paz y bien.

## CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN .....	viii
1. ANTECEDENTES: DOCUMENTO- PRUEBA ELECTRÓNICA - DOCUMENTO ELECTRÓNICO - MENSAJE DE DATOS – Y DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA .....	1
2. EL WHATSAPP: CONOCIENDO LA APLICACIÓN - CREADORES - COMO MENSAJE DE DATOS (DOCUMENTO ELECTRÓNICO) .....	11
3. ESTUDIO BIDIRECCIONAL DE LOS MENSAJES Y CONTENIDOS DE LA APLICACIÓN DE MENSAJERÍA WHATSAPP DENTRO DEL PROCESO EN GENERAL.....	15
3.1 ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS PARTES DENTRO DEL PROCESO.....	17
3.1.1 Aportación .....	17
3.1.2 Contradicción .....	20
3.1.2.1 Utilización de peritos para determinar la veracidad de un documento electrónico.....	26
3.2 ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO .....	29
3.2.1 Valoración .....	29
4. UTILIDAD DE LOS MENSAJES Y CONTENIDOS DE LA APLICACIÓN WHATSAPP EN ALGUNAS CONTROVERSAS DE CARÁCTER LABORAL .....	32
4.1 DIVERSOS PROCEDIMIENTOS LABORALES Y RÉGIMEN PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL.....	33
4.2 DIVERSOS MEDIOS DE CONTROL Y RÉGIMEN PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	36

4.3 LOS MENSAJES Y LOS CONTENIDOS DE WHATSAPP PARA PROBAR UNA RELACIÓN DE CARÁCTER LABORAL (CONTRATO REALIDAD) .....	38
4.4 LOS MENSAJES Y LOS CONTENIDOS DE WHATSAPP PARA PROBAR UNA CONDUCTA DE ACOSO LABORAL .....	42
4.5 ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A LA DIVULGACIÓN DE CONVERSACIÓN VIRTUAL DE GRUPO WHATSAPP, CREADO EN EL ENTORNO LABORAL .....	45
5. CONTROVERSIAS SUSCITADAS RESPECTO DE LA UTILIZACIÓN DE MENSAJES DE WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y UNA MIRADA AL CASO ESPAÑOL.....	49
5.1 CASO ESPAÑOL .....	55
CONCLUSIONES .....	67
BIBLIOGRAFIA.....	73

## RESUMEN

Los mensajes y los contenidos que se transmiten a través de la aplicación de mensajería WhatsApp tienen validez como medio de prueba, por lo que se hace necesario estudiarla desde una mirada bidireccional, la del juez como director del proceso y la de las partes como los que gestan la actividad probatoria.

Es así como se cuestiona ¿cómo el juez debe estudiar su admisibilidad, realizar su incorporación, decreto, práctica, contradicción y valoración judicial?, de igual forma, en el caso de las partes ¿cómo deben aportarlas y cómo la contradecirían?

Para resolver los interrogantes anteriormente establecidos se plantea, en el transcurso de este documento, que efectivamente los mensajes y los contenidos de WhatsApp sirven dentro de un proceso como medio de prueba, sin embargo deben ser estudiadas cuidadosamente por el juez y las partes, pues hay una gran posibilidad de manipulación y podrían editarse sin dejar rastro alguno, por lo que se evidencia en este punto la importancia de la contradicción de la autenticidad de cualquiera de las informaciones cuando son aportadas dentro del proceso.

Finalmente, en esta propuesta se encontrarán diferentes controversias que se han suscitado en el ambiente laboral colombiano y se estudiará un poco el caso español para concluir que estos documentos tienen aceptación en los diversos procesos.

## **ABSTRACT**

The messages and content transmitted through the WhatsApp messaging application are valid as a means of proof, so it is necessary to study it from a two-way look, that of the judge as director of the process and that of the parties such as those who perform the evidentiary activity.

This is how it is questioned how the judge should study their admissibility, carry out their incorporation, decree, practice, contradiction and judicial assessment? Similarly, in the case of the parties, how should they provide them and how would they counter them?

In order to resolve the questions set out above, it is raised, in the course of this document, that effectively the messages and contents of WhatsApp serve within a process as a means of testing, however they should be carefully studied by the judge and the parties, as there is a great possibility of manipulation and they could be edited without any trace, so it is evident at this point the importance of the contradiction of the authenticity of any of the information when provided within the process.

Finally, this proposal will find different disputes that have arisen in the Colombian working environment and will study the Spanish case a little to conclude that these documents are accepted in the various processes.

## INTRODUCCIÓN

*“Cambien su manera de pensar para que así cambie su manera de vivir” Romanos 12:2*

Hoy en día el mundo que conocemos ha cambiado, esto debido a que el ser humano ha venido desarrollando avances que mejoran la rapidez, la calidad y costos de bienes y servicios, también avances que cambian la forma de comunicarse, relacionarse, trabajar e incluso de vivir, por lo que hay una nueva forma de ver las cosas.

Los avances tecnológicos han propiciado unas nuevas herramientas útiles para comunicarnos tales como: internet, smartphones, mensajería instantánea (WhatsApp, WeChat, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat), redes sociales (Facebook, Instagram y Twitter), inteligencia artificial, la impresión 3D, la nanotecnología<sup>1</sup>, entre otras. Estos cambios tecnológicos han propuesto diversos desafíos para la actividad jurídica de los países, a efectos de dar una respuesta a las exigencias dadas hoy en día por las nuevas tecnologías de la información y comunicación<sup>2</sup>. Es por ello que es normal que se produzca información importante y de relevancia para la actividad probatoria en general.

Así las cosas, en el presente documento se analizará si los mensajes y los contenidos que se transmiten a través de la aplicación de mensajería

---

<sup>1</sup> La nanotecnología es el estudio y la manipulación de materia en tamaños increíblemente pequeños, comprende una muy amplia gama de materiales, procesos de fabricación y tecnologías que se usan para crear y mejorar muchos productos que la gente usa diariamente. ChemicalSafetyFacts.org. *Nanotecnología*. [en línea] Disponible en <https://www.chemicalsafetyfacts.org/es/nanotecnologia/> Según la RAE, es una tecnología de los materiales y de las estructuras en la que el orden de magnitud se mide en nanómetros, con aplicación a la física, la química y la biología.

<sup>2</sup> Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios; que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como: voz, datos, texto, video e imágenes. Colombia. Ley 1341 de 2009, Art. 6.



WhatsApp tienen validez como medio de prueba dentro del proceso; y de ser así, se hará necesario estudiarla desde una mirada bidireccional, la del juez como director del proceso y la de las partes como los que gestan la actividad probatoria.

Previo a esto, es importante aclarar que en virtud de la existencia de un sin número de aplicaciones que cumplen funciones básicamente iguales, como por ejemplo Telegram, Wire, Facebook Messenger, Line, Signal, Threema, WeChat, Viber y Snapchat por mencionar algunas, este trabajo al hablar de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, lo utiliza como una expresión genérica, que no sólo cobija esa aplicación, sino todas las de su naturaleza, no obstante es utilizada por ser la más conocida en nuestro país y ser una de la pioneras, sin embargo eso no significa que todo lo que se discuta en este documentos no se le aplique a cualquiera de ellas.

Ahora bien, a través de estas páginas el lector encontrará en un primer momento, los antecedentes de lo que se ha entendido como documento, prueba electrónica, documento electrónico, mensaje de datos y el desarrollo normativo y jurisprudencial en Colombia.

De igual forma, se hablará un poco acerca de la aplicación WhatsApp y si es mensaje de datos (documento electrónico), para así ingresar al estudio bidireccional de los mensajes y contenidos de la aplicación de mensajería WhatsApp dentro del proceso en general.

Por otro lado, el lector podrá encontrar un análisis de la utilidad de los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp en algunas controversias de carácter laboral, esto debido a que en Colombia se han suscitado algunas controversias en ese campo más que en otro y finalmente se expondrán dichas controversias respecto de la utilización de mensajes de WhatsApp como medio

de pruebas en el ordenamiento jurídico colombiano y se mirará el caso español, el cual ha tenido un desarrollo interesante también desde el punto laboral.

Es así que se invita al interesado en estos temas a que abra su mente y disfrute de unos planteamientos que pueden ayudar a que la actividad probatoria se fortalezca y evolucione, tal y como lo ha venido planteando las nuevas situaciones vividas en el transcurso de los años 2020 y 2021, así como las últimas normatividades que ya han adoptado una forma novedosa de ver el proceso como es el Código General del proceso (año 2012), Decreto 806 de 2020 y ahora la reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 2080 de 2021).

## **1. ANTECEDENTES: DOCUMENTO- PRUEBA ELECTRÓNICA - DOCUMENTO ELECTRÓNICO - MENSAJE DE DATOS – Y DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

En primer lugar, se hace necesario remontarse a lo que se entiende como prueba documental y es oportuno traer a colación las definiciones que han adoptado reconocidos tratadistas como lo es el Dr. Parra Quijano el cual señala que "documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento"<sup>3</sup>. De igual forma, se debe indicar que el Dr. Hernando Devis Echandía afirma que el documento es "toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea o lo otorga o simplemente lo suscribe"<sup>4</sup>.

Por otro lado, cabe resaltar que en el Código de Procedimiento Civil de Colombia (Decretos 1400 y 2019 de 1970) no se estableció una definición de lo que la ley procesal entendía como documento pues simplemente en el artículo 251 se consagró diversas clases, así: "Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares".

---

<sup>3</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Décima Sexta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011, p. 541.

<sup>4</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1974. p. 173.

De la misma forma el Código General del Proceso no desarrolló la noción de documento, simplemente agregó a la lista consagrada por el antiguo Código de Procedimiento Civil, los mensajes de datos y las videograbaciones.

No obstante lo anterior y pese a la timidez del legislador respecto a dar una noción clara de lo que se debería considerar documento para la ley procesal, se hace necesario indicar que el documento es todo objeto compuesto de material<sup>5</sup> que puede ser perceptible por los sentidos, proveniente de un sujeto llamado autor y dirigido a un destinatario, que podría ser el mismo autor o un tercero, el cual tiene un contenido de carácter declarativo o representativo, que puede expresar o incorporar datos, hechos, narraciones o información que logra tener un tipo de relevancia jurídica.

Ahora bien, con los avances tecnológicos y la nueva forma de ver el mundo a través de la utilización de novedosas tecnologías, se ha venido creando tanto unas nuevas herramientas útiles como unas diferentes formas de prestar servicios, tales como: internet, smartphones, mensajería instantánea (WhatsApp, WeChat, Facebook Messenger, Line, Viber, Snapchat), redes sociales (Facebook, Instagram y Twitter), inteligencia artificial, la impresión 3D, la nanotecnología<sup>6</sup>, entre otras. Es por ello que es normal que se produzca información importante y de relevancia para la actividad probatoria en general, la cual algunos especializados en la materia la han conocido como prueba

---

<sup>5</sup> Papel, piedra, arena, la cinta de video, el disco compacto, disco duro, servidores de internet, sistema de almacenamiento en la nube, la memoria del teléfono móvil, tarjeta SIM, etc.

<sup>6</sup> La nanotecnología es el estudio y la manipulación de materia en tamaños increíblemente pequeños, comprende una muy amplia gama de materiales, procesos de fabricación y tecnologías que se usan para crear y mejorar muchos productos que la gente usa diariamente. ChemicalSafetyFacts.org. *Nanotecnología*. [en línea] Ob. Cit. Según la RAE, es una tecnología de los materiales y de las estructuras en la que el orden de magnitud se mide en nanómetros, con aplicación a la física, la química y la biología.

electrónica, prueba digital, prueba informática, prueba tecnológica y ePrueba<sup>7</sup>  
8.

Así, la misma Corte Constitucional ha afirmado que " este cambio tecnológico ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales, de modo que puedan eficazmente responder a las exigencias planteadas por la creciente globalización de los asuntos pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal"<sup>9</sup>.

Aunado a lo anterior, se ha apreciado en el mundo de los juristas la existencia de una dicotomía entre dos conceptos: el de prueba electrónica y el de documento electrónico, pues consideran unos estudiosos de la materia como lo es la profesora Cindy Charlotte Reyes en su artículo de la prueba electrónica en materia civil, que todo documento electrónico es una prueba electrónica pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico<sup>10</sup>.

Así las cosas, la prueba electrónica es definida entonces para algunos como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el

---

<sup>7</sup> OLIVA LEÓN, Ricardo. Presentación. En: AAVV. *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*. OLIVA LEÓN, Ricardo (Coordinador), Juristas con Futuro, 2016. p. 11.

<sup>8</sup> ePrueba: como también se le conoce a la prueba electrónica, prueba digital, prueba informática o prueba tecnológica.

<sup>9</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-662 del 8 de junio de 2000. MP.: Dr. Fabio Morón Díaz.

<sup>10</sup> CHARLOTTE REYES, Cindy. *La prueba electrónica en materia civil*. [en línea] 09 de 2013. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/41cindy-charlotte-reyes-s.pdf>

convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal <sup>11</sup>.

No obstante lo anterior, en la legislación colombiana no se hace dicha distinción, pues "ya que el principio de equivalencia funcional hizo innecesario pensar en un concepto autónomo de las pruebas de origen electrónico ya que estas entran a los procesos por una sola puerta: la prueba documental"<sup>12</sup>.

Es por lo anterior que se hace imperioso presentar unos antecedentes normativos y jurisprudenciales acerca de la regulación que el legislador colombiano ha realizado de las nuevas tecnologías y su derivación en lo que llama documento electrónico, de la siguiente forma:

La legislación colombiana ya desde hace un periodo de tiempo ha venido regulando el tema de las nuevas tecnologías, tal es el ejemplo del artículo 7 de la Ley 8 de 1970, donde se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para adoptar las medidas necesarias para generalizar el uso del computador electrónico en los trámites administrativos relacionados con los impuestos nacionales. También, en el artículo 26 de la Ley 2150 de 1995 se exhortó a las entidades de la Administración Pública a habilitar sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios envíen o reciban información requerida en sus actuaciones frente a la administración. De la misma forma, la Ley 223 de 1995 en su artículo 37 asimiló la factura electrónica a la factura de venta. De otra parte, el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, tuvo un impacto importante respecto de la tecnología al servicio de la administración de justicia y la validez y eficacia de los

---

<sup>11</sup> SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011*. España: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012. p. 713.

<sup>12</sup> TORO CAICEDO, Néstor A. *Los mensajes de datos y la prueba electrónica*. Bogotá D.C.: Leyer Editores, 2019, p. 104.

documentos emitidos por cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones, pues sostuvo la norma que "los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales".

Por otro lado, el código de procedimiento civil colombiano, en su artículo 175 da apertura a cualesquiera medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Así se observa, que sólo hasta la expedición de la Ley 527 de 1999, se regula el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación, donde se precisa en primer lugar la definición de mensaje de datos como "la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax".

En su artículo 5 se consagra un reconocimiento jurídico de los mensajes de datos y en sus artículos 6 y 8 el principio de equivalencia funcional de documentos escritos.

En el ámbito probatorio se establece la eficacia probatoria de los mensajes de datos que serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones de la prueba documental.

En sentencia C-662 del 8 de junio de 2000, la Corte Constitucional colombiana realiza un estudio de constitucionalidad de la Ley 527 de 1999, y en un primer momento indica claramente que ésta "se pone a tono con las modernas

tendencias del derecho internacional privado, una de cuyas principales manifestaciones ha sido la adopción de legislaciones que llenen los vacíos normativos que dificultan el uso de los medios de comunicación modernos" y así llena los vacíos de esa falta de regulación acerca del intercambio electrónico de informaciones y otros medios conexos de comunicación de datos, pues crean una inseguridad acerca de la validez jurídica de la información cuyo soporte es informático, a diferencia del soporte documental que es el tradicional. Es por ello que la Corte señala que la Ley concede igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático, haciendo un gran avance dentro de la legislación colombiana.

Una importante observación que realiza la Honorable Corporación y que para el estudio que se está realizando en este documento importa, es lo referente a qué se entiende por mensaje de datos y sus características.

Así las cosas, la mencionada sentencia establece 5 puntos que son de relevancia jurídica, así:

1. Al analizar la noción de "mensaje" advierte que esta comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico.
2. Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los "medios similares", se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro.



3. El mensaje de datos como tal debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

4. Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encuentra la Corte que:

*“(i) Es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse;*

*(ii) Es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales;*

*(iii) Admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo;*

*(iv) Facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios;*

*(v) Afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.”*

5. Alude a la noción de "equivalentes funcionales" la cual fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas, adoptando así un criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

Es de observar que la Corte al hacer una conclusión de la noción de mensaje de datos y equivalente funcional habla de los documentos electrónicos, como si fueran lo mismo que los mensajes de datos e indica que están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los

casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.

Por otro lado, la Alta Corporación habla del alcance probatorio de los mensajes de datos y señala que la Ley al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor.

Posteriormente, en sentencia de la misma Corporación del año 2001<sup>13</sup>, se reiteró la posición de la Corte respecto a los mensajes de datos y también su asimilación al documento electrónico, sin embargo aclaró que la Ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico, además manifestó que los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel (esto es, se precisó el alcance de la noción de equivalencia funcional) siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos pertinentes en cuanto a su autenticidad, integridad y rastreabilidad y que son estos aspectos los que deben tomarse en cuenta para el análisis de las disposiciones respectivas.

Ahora bien, otra sentencia que tiene relevancia en el tema es la C-604 de 2016, donde se demandó ya en este caso en particular el artículo 247 de la Ley 1564

---

<sup>13</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, MP.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

de 2012, el cual habla de la valoración de mensajes de datos, en especial el inciso segundo que señala "la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos".

Aquí la Corte realiza una lectura de la norma en conjunto para indicar respecto del primer inciso del artículo que sólo si el mensaje electrónico es aportado en el mismo formato en que fue remitido o generado, de un lado, se considerará un mensaje de datos y, del otro, deberá ser probatoriamente valorado como tal. Es así como para la Corporación se deberán analizar dos elementos (i) El que hace referencia a la incorporación de verdaderos mensajes de datos, como pruebas, al proceso, su introducción a la actuación presupone los «equivalentes funcionales» previstos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, que reemplazan la exigencia escritural del documento, la necesidad de la firma y la obligación de su aportación en original. (ii) En tanto el legislador ordena apreciar el mensaje de datos a la luz de sus particularidades, es decir, de sus propiedades técnicas, los elementos de juicio a tener en cuenta, además de las reglas de la sana crítica, serán la confiabilidad en su contenido, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje.

Como segunda medida, respecto al segundo inciso del artículo 247 C.G.P. la Corte analiza que una información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, cuando es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel, el legislador ordena la valoración de esa impresión con arreglo a las normas generales sobre los documentos, con lo que da a entender que el objeto de la regulación no es estrictamente un mensaje de

dicha naturaleza, sino la mera reproducción en soporte físico de papel de un contenido expresado originalmente a través de dispositivos electrónicos. Es así como lo regulado en ese inciso, no se refiere a los mensajes de datos sino a las copias de los mensajes de datos.

Así que para el fallador las reglas sobre equivalencia funcional, pero sobre todo, los criterios de apreciación propios de un documento electrónico no son ya aplicables al documento de papel. Considera entonces que la impresión de un mensaje de datos, en suma, es una mera copia de ese mensaje y, desde el punto de vista de su naturaleza, solo una evidencia documental en papel. Esta prueba documental deberá ser apreciada, como todos los demás elementos de convicción de esa naturaleza, conforme a las reglas de valoración probatoria correspondientes, previstas en el Código General de Proceso, en los términos del inciso 2º del artículo 247 en mención.

Finalmente, la Corte se declara inhibida para decidir sobre este asunto puesto que considera que los demandantes realizaron una interpretación equívoca del inciso demandado e indica que el legislador realmente lo que hizo fue distinguir en cada uno de los dos incisos del artículo censurado, dos situaciones disímiles y fijó reglas diferenciales de apreciación para cada caso, en atención a que, si bien la información es electrónicamente generada, en un caso resulta aportada en original y en el otro en copia.

## **2. EL WHATSAPP: CONOCIENDO LA APLICACIÓN - CREADORES - COMO MENSAJE DE DATOS (DOCUMENTO ELECTRÓNICO)**

WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea creada por Jan Kuom y Brian Acton, quienes conjuntamente trabajaron por 20 años en Yahoo, esta fue adquirida por Facebook en el 2014, sin embargo, continúa operando como una aplicación independiente<sup>14</sup>.

Esta aplicación de mensajería comenzó como una alternativa a los SMS<sup>15</sup>. Para poder utilizar esta herramienta es necesario contar con un dispositivo de telefonía móvil, que será vinculado a la cuenta de usuario de quien quiera acceder al sistema y permite intercambiar mensajes entre dos o más personas y llamadas de voz, también a través de ella se pueden enviar y recibir variedad de archivos: textos, fotos, videos, documentos y ubicación; la importancia de estos contenidos es que están encriptados así que sólo pueden leerlos las personas que están interactuando a través de la aplicación, esto es posible debido a que los creadores desarrollaron lo que se conoce como el cifrado de extremo a extremo, esto quiere decir que los mensajes y llamadas están protegidos para que solo las personas con las que se comunican en la aplicación los puedan leer o escuchar sin que nadie más, ni siquiera WhatsApp, lo pueda hacer. Esto es porque los mensajes están seguros con un candado y solo el emisor y el receptor tienen el código/llave para abrirlo y leer los mensajes. Para mayor protección, cada mensaje que se envía tiene su propio candado y código único. Todo esto pasa de manera automática; sin necesidad de ajustar o crear chats secretos especiales para asegurar los mensajes<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Acerca de WhatsApp.[en línea] Disponible en <https://www.whatsapp.com/about/>

<sup>15</sup> Mensaje corto de texto que se puede enviar entre teléfonos celulares o móviles.

<sup>16</sup> Acerca de WhatsApp.[en línea] Ob. Cit.

El envío de mensajes con WhatsApp se lleva a cabo de forma instantánea, a través de Internet, ya sea por medio de WiFi o Internet móvil 2G, 3G, 4G, etc. A través de WhatsApp se pueden crear grupos donde las personas pueden interactuar también con mensajes de texto, audios, fotos, y videos con hasta 256 personas a la vez.

Es de tener en cuenta que el cifrado de extremo a extremo es una de las tecnologías más importante que tiene WhatsApp con el fin de llevar las conversaciones de los usuarios a una alta privacidad, siendo esto la mayor preocupación de los entes investigativos, pues no se puede obtener información de las conversaciones porque WhatsApp no tiene respaldo de ellas, por lo que dificulta verificar la veracidad de dichas conversaciones.

Es así como se debe analizar si los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp pueden ser considerados mensajes de datos y los debates respecto de si estos son plena prueba o no, así se tienen diferentes puntos de vista de estudiosos de la materia:

La doctora Ana María Mesa Elnesser, en su artículo acerca de Cifrado de extremo a extremo de WhatsApp: un análisis a partir de la prueba documental señala que "WhatsApp no puede ser considerada una prueba digital porque su esencia es de documento electrónico, categoría diferente a la prueba digital. Como este tipo de documento debe cumplir los requisitos establecidos desde la Ley 527 de 1999, artículos 6 al 9, el más importante es de los cuales es el consagrado en el artículo 7 sobre la firma, este requisito debería cumplirse si se reconociera el número de teléfono asociado al titular como firma electrónica, tal y como se desprende del Decreto 2364 de 2012 artículo 3, debido a que la función principal del número del teléfono móvil es asociar a una cuenta de línea celular un usuario determinado; esto, en materia documental sería

identificación, autoría que vinculada al mensaje generado, enviado, recibido y almacenado a través de la cuenta de WhatsApp, lo convierte en un documento electrónico o lo que es lo mismo, mensaje de datos "<sup>17</sup>.

Las tratadistas Andrea Rueda Plazas y Jeimy José Cano Martínez, en el artículo que denominaron Valoración de la evidencia digital: análisis y propuesta en el contexto de la administración de justicia, concluyen que "El régimen probatorio colombiano en la actualidad cuenta con un soporte jurídico apto para la aceptación y valoración de la evidencia digital o prueba electrónica. No obstante, vale la pena indicar que en la práctica jurídica tales preceptos legales son de difícil aplicación o desconocidos por los jueces. Lo anterior, por cuanto en el ordenamiento jurídico aquellas pruebas, como es el caso del mensaje de datos, no adquieren la misma fuerza probatoria o consistencia que cualquier otro medio de prueba, pues el juez decreta peritazgos o simplemente las valora como indicio grave, para su admisión y tratamiento. Esto, sabiendo de antemano que la prueba digital en sí ya se constituye como un medio probatorio idóneo para otorgarle al juez el convencimiento necesario sobre los hechos fundamento de la demanda y del proceso"<sup>18</sup>.

Finalmente, es de tomar en cuenta lo enunciado por el doctor Néstor A. Toro Caicedo, en el sentido de que indica claramente que "en la legislación colombiana no existe la prueba electrónica como tal. Cualquier evidencia

---

<sup>17</sup> AGUDELO MEJÍA, Dimaro; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris; TORO, Luis Orlando; BUSTAMANTE, Mónica María y VARGAS, Orión. *Derecho procesal contemporáneo perspectivas y desafíos*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017. 345.7D4312017Ej.1 y biblioteca: Universidad Externado. Capítulo VII Cifrado de extremo a extremo de WhatsApp: un análisis a partir de la prueba documental pp. 221 a 253. Autor: Ana María Mesa Elnesser.

<sup>18</sup> CANO MARTÍNEZ, Jeimy José. *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Conceptos, Retos y propuestas*. Bogotá: Universidad de los Andes- Facultad de derecho- Ediciones Uniandes, 2010. 340.0285P4462010Ej.1 y biblioteca: Universidad Externado. Capítulo II Valoración de la evidencia digital: análisis y propuesta en el contexto de la administración de justicia en Colombia. pp. 53 a 89. Autores: Andrea Rueda Plazas y Jeimy José Cano Martínez

perteneciente al mundo electrónico y digital que se quiera llevar a un proceso legal en Colombia se debe allegar como prueba documental o, en casos excepcionales, como prueba pericial. La Ley 527 de 1999 marcó el derrotero, y todo el sistema lo ha asumido como el único camino a seguir. La equivalencia funcional entre los documentos tradicionales, generalmente escritos, utilizados en las transacciones comerciales y los documentos electrónicos ha garantizado por lo general seguridad jurídica al comercio mundial y se pensó que esa seguridad se podría trasladar con las mismas garantías al resto de la legislación. La manera de hacerlo era considerar que todo lo que tiene origen en las nuevas tecnologías informáticas se puede expresar simplemente como mensaje de datos o documento electrónico."<sup>19</sup>

Es así como se puede concluir que los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp son verdaderos mensajes de datos, puesto que al analizar la definición que propone el sistema jurídico colombiano a través de la Ley 527 de 1999, respecto a lo que debe entenderse como mensaje de datos, abarcó un concepto útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro, tal y como lo indicó la Corte Constitucional<sup>20</sup> al analizar la constitucionalidad de la norma, de igual forma, del concepto establecido se extrae que toda 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 es mensaje de datos, y si se mira con detenimiento mediante la aplicación WhatsApp se permite intercambiar mensajes entre dos o más personas y llamadas de voz, también a través de ella se pueden enviar y recibir variedad de archivos: textos, fotos, videos, documentos y ubicación; creándose así un verdadero mensaje de datos.

---

<sup>19</sup> TORO CAICEDO, Néstor A. *Los mensajes de datos y la prueba electrónica*. Ob. cit., pp. 1-123.

<sup>20</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-662 del 8 de junio de 2000.



### **3. ESTUDIO BIDIRECCIONAL DE LOS MENSAJES Y CONTENIDOS DE LA APLICACIÓN DE MENSAJERÍA WHATSAPP DENTRO DEL PROCESO EN GENERA**

Para llevar a cabo el estudio de la prueba (mensajes y contenidos de la aplicación de mensajería WhatsApp), se requiere en un primer momento acudir a los principios y criterios tomados por la ley procesal colombiana aplicables a los procesos en general, por lo que es indispensable establecer que en la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) se regula no solamente la actividad procesal en asuntos de carácter civil, comercial, de familia o agrarios sino en todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y actuaciones de particulares y autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales en cuanto no estén reguladas expresamente en otras leyes<sup>21</sup>.

Es así como se observa que uno de los propósitos fundamentales del Código General del Proceso fue la adopción de un estatuto procesal integral ajustado a las necesidades de nuestro contexto social, la erradicación de los factores normativos que dificultan la eficacia de la función jurisdiccional y la modernización de los procedimientos aprovechando las ventajas que ofrecen los adelantos tecnológicos para la ejecución de la actividad judicial<sup>22</sup>.

Por lo anterior, en el artículo 11 del mencionado estatuto se consagró tres supuestos importantes a saber:

---

<sup>21</sup> Colombia. Ley 1564 de 2012. Artículo 1.

<sup>22</sup> Colombia. Gaceta del Congreso. Informe de Ponencia para Primer Debate Proyecto de Ley Número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara. Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

- *“La ley procesal debe interpretarse teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.*
- *Las dudas de interpretación deben aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando derechos como el debido proceso, de defensa, de igualdad y demás derechos fundamentales constitucionales.*
- *El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.*

Aunado a lo anterior, es importante anunciar que es de vital trascendencia la aplicación en todas las actuaciones tanto de los particulares como autoridades los postulados de la buena fe, esto es que esta deberá presumirse en todas las gestiones que aquellos adelanten<sup>23</sup>.

Dadas las anteriores consideraciones, se hace necesario estudiar los contenidos y mensajes de la aplicación WhatsApp desde una mirada bidireccional, la de las partes como los que gestan la actividad probatoria y la del juez como director del proceso.

Es así como se entrará a resolver inquietudes concernientes a determinar ¿cómo las partes deberán aportarlas y cómo las contradecirían? y en un segundo momento establecer ¿cómo el juez debe realizar su valoración judicial?

No obstante lo anterior, previo a desarrollar los puntos comentados con antelación, es oportuno indicar que en el estatuto procesal existe una presunción de autenticidad de los documentos en forma de mensajes de datos<sup>24</sup>, sin embargo cabe preguntarse ¿qué puede entenderse por auténtico?, para lo cual el mismo estatuto señala que “es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado,

---

<sup>23</sup> Colombia. Constitución Política de 1991. Artículo 83.

<sup>24</sup> Colombia. Código General del Proceso. Artículo 244.

manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”.

### **3.1 ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS PARTES DENTRO DEL PROCESO**

#### **3.1.1 Aportación**

Como ya fue desarrollado en el capítulo primero de este documento es pertinente recordar que para la legislación colombiana no hay una diferencia entre documento electrónico y mensaje de datos, por lo tanto, se realizará el estudio de los contenidos y mensajes de WhatsApp como un mensaje de datos (documento electrónico).

Así las cosas, los mensajes de datos, de conformidad con la Ley 527 de 1999, es 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, a la cual no se le negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos<sup>25</sup>.

Ahora bien, la Ley 527 ha utilizado el principio del equivalente funcional para que los mensajes de datos tengan los mismos efectos jurídicos que los medios tradicionales de prueba si cumplen con la misma función. La Corte Constitucional en sentencia C- 662 de 2000, señaló que “El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia

---

<sup>25</sup> Colombia. Ley 527 de 1999. Artículo 5

tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”.

Es de tener en cuenta que este principio no ha sido consagrado expresamente en la Ley, sin embargo, encuentra su aplicación en los artículos 6, 7, 8 y 12 de la ley 527 y deben ser interpretados integra y conjuntamente.

Para tal efecto, se requiere para que un mensaje de datos tenga efectos jurídicos de los siguientes requisitos, a saber:

*“A) Escrito: el artículo 6 de la Ley 527 de 1999, indica que cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.*

*B) Firmado: Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de esta, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:*

*a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;*

- b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado<sup>26</sup>.
- C) Original: El artículo 8 de la Ley 527 indica que cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

- a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
- b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

D) Integra y conservada: la información consignada debe haber permanecido completa e inalterada salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. Ahora bien, el artículo 12 de la Ley indica que cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.
2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y
3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.”

Por otro lado, de acuerdo con los criterios establecidos tanto en la Ley 527 de 1999 como en el artículo 247 del CGP, se podrán incorporar los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp al proceso de las siguientes formas:

1. “Los mensajes y los contenidos de WhatsApp deberían incorporarse en el formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, que para el caso que nos ocupa se aportaría en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud (el mensaje en PDF que se recibió, el audio o la foto y se guarda en un CD o copia digital USB indicando el ordenador o servidor de donde proceden). Es importante mencionar lo propuesto por el Dr. Héctor Francisco Arévalo Fomeque<sup>27</sup> en cuanto señala que no se hace necesario para él aportar al proceso el dispositivo móvil, pues ya desde la demanda o la

---

<sup>26</sup> Colombia. Ley 527 de 1999. Artículo 7

<sup>27</sup> Abogado. Especialista en Derecho Probatorio. Maestrando en derecho, énfasis en Derecho Procesal y Probatorio. Docente universitario. Miembro Instituto Colombiano Derecho Procesal. En seminario de actualización de defensa judicial. Ministerio de Defensa. 30 de septiembre de 2020.

*contestación se puede indicar al juez de conocimiento que se desea aportar al proceso un mensaje o contenido enviado por la aplicación WhatsApp y que se desea en la etapa probatoria conducente, exhibir dicho documento. Es así que fundamenta su postura en la aplicación los artículos 265 y 266 del Código General del Proceso, pero como lo dice el profesor Arévalo sería una “exhibición inversa”, que a nuestro entender podría solucionar un poco la forma de incorporar los mensajes de WhatsApp o sus contenidos al proceso.*

*Esta práctica que aconseja el profesor Arévalo consistiría entonces en solicitar al juez que se haga una exhibición, pero no de un documento o cosa que tenga un tercero o la contraparte, sino realizarla por el que tiene el mensaje de WhatsApp y que se exponga en la audiencia de pruebas al juez y que éste lo pueda apreciar y la contraparte contra quien se aduce.*

*Es así que lo anterior nos centra en el campo de los denominados equivalentes funcionales, es decir, “de los requisitos técnicos, bajo los cuales un documento electrónico cumple la misma finalidad atribuida a un soporte en papel y, por consiguiente, se tiene como su homólogo para efectos jurídicos”<sup>28</sup>.*

*Ahora bien, tomando como referencia la práctica en España, se ha presentado que no es una práctica habitual llevar el móvil al juicio y que el Juez vea y pueda leer allí las conversaciones, aunque se ha admitido en alguna sentencia, como la del TSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2014 (pdf)<sup>29</sup>.*

*Tomando otro ejemplo del Caso Español, se ha señalado que la mejor opción es mandar la conversación desde la aplicación del WhatsApp al correo electrónico, ya que de esta forma se recibe en el correo toda la conversación en la que consta quienes han hablado, cuando se ha hablado, qué se ha dicho, y los documentos y fotos que se han mandado. La manera de enviarlo es manteniendo pulsado la conversación hasta que se despliega un menú en el que sale la opción de enviar la conversación por correo<sup>30</sup>.*

2. *Aportar la simple impresión en papel. (se aporta copia al proceso), en este caso se podría hacer pantallazos de la conversación (imprimiéndola como si fuera una captura de imagen), que puede servir si la conversación no ha sido muy larga o es puntual.”*

### **3.1.2 Contradicción**

---

<sup>28</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de 2 de noviembre de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>29</sup> Loentiendo. *Los WhatsApp como prueba del trabajador en un juicio laboral*. [en línea] 2021. Disponible en <https://loentiendo.com/whatsapp-prueba-juicio-laboral/>

<sup>30</sup> *Ibídem*

La Ley 527 de 1999 reguló de forma general cómo deben utilizarse los mensajes de datos y estableció normas acerca de la admisibilidad y fuerza probatoria de los mismos, reconociendo que la fuerza probatoria será dada de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso.

Es así como los mensajes y los contenidos de WhatsApp tendrán el tratamiento de la prueba documental y deberán contradecirse, decretarse y practicarse de acuerdo con lo normado en el Código General del Proceso, en todo caso y de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-604 de 2016 "se verificará su autenticidad, valor, forma de aportación y uso, y los procedimientos de exhibición, tacha de falsedad y desconocimiento. Estas normas son aplicables a los mensajes de datos, con arreglo a las disposiciones sobre equivalentes funcionales reseñadas con anterioridad y previstas en la Ley 527 de 1999". Aunado a lo anterior, se hace necesario realizar un análisis de la validez jurídica del documento electrónico como prueba, teniendo en cuenta una serie de criterios para que sea valorado y los requisitos establecidos por la Ley 527 de 1999 en su artículo 11<sup>31</sup>.

Como ya se había explicado con anterioridad los mensajes de datos de conformidad con el artículo 244 del C.G.P se presumen auténticos, por lo que ingresan al proceso con esa presunción y deben ser desvirtuados por la contraparte si quiere enervar dicha autenticidad.

Ahora bien, los mecanismos con que cuenta la contraparte para controvertir los mensajes de WhatsApp son dos: la tacha de falsedad o el desconocimiento del documento.

---

<sup>31</sup> Colombia. Corte Constitucional, Sentencia de 2 de noviembre de 2016. MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.





- *“En cuanto a la tacha de falsedad Este mecanismo es procedente para documentos que se atribuyan a la parte con signos de individualidad o pertenencia de ella: firma, manuscrito, voz o imagen o para posibles adulteraciones. Esto de conformidad con los artículos 269 y 270 del Código General del Proceso.*

*El que tacha de falsedad deberá demostrar dicha falsedad y podrá pedir las pruebas para su demostración, aquí se puede observar un verdadero debate probatorio para establecer si la firma, letra, voz, imagen es de la persona a la que se le atribuye.*

*Así las cosas, la decisión que deberá adoptar el juez es si es falso o auténtico el mensaje o contenido de WhatsApp.*

- *En cuanto al desconocimiento Este mecanismo se establece para atacar documentos que se atribuyan a la parte sin signos de individualidad o pertenencia de ella, no firmado ni manuscrito, ni con voz o imagen y para documentos dispositivos y representativos emanados de terceros, lo cual está regulado en el artículo 272 del Código General del Proceso. Aquí es imperioso determinar ¿quién debe probar la autenticidad?, para lo cual se estableció que es el aportante del documento el que deberá establecerla. Entonces a la persona que se le atribuye le basta desconocerlo para que se abra todo un debate probatorio.*

*Por otro lado, la decisión que asumirá el juez en este mecanismo es la de si el documento es auténtico o no auténtico.*

*Cabe aclarar que la misma norma en su inciso final establece que el desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.”*

Ahora bien, cabe advertir que se puede presentar la situación que se aporte un mensaje o un contenido de la aplicación WhatsApp, pero emanados de terceros y por lo tanto se deberá dar aplicación a lo establecido en el artículo 262 del Código General del Proceso, la ratificación del documento, de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 262. DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.*

*Esto quiere significar que si se quiere contrariar los mensajes de WhatsApp emanados de terceros, en primer lugar se deben haber obtenido sin violar el derecho a la intimidad, en segundo lugar la parte contraria para controvertir dicha prueba podría solicitar su ratificación, en tal caso se podrá dar aplicación a lo establecido en el artículo 188 del Código General del Proceso, esto es testimonios anticipados<sup>32</sup>."*

Ahora bien, si se ingresa al proceso copias simples de pantallazos de una conversación de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, se debe dar aplicación a lo señalado tanto en el artículo 246 como 247 del Código General del Proceso, a saber:

*"ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

*Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.*

*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".*

Es por lo anterior, que se considera que esas documentales son mensajes de datos aportados en papel y deben ser valoradas con las reglas generales de los documentos.

---

<sup>32</sup> ARTÍCULO 188. TESTIMONIOS SIN CITACIÓN DE LA CONTRAPARTE. Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A los <sic, los> testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.

Aunado a lo anterior, se debe traer a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-604 del año 2016, la cual indica respecto de la interpretación que debe dársele al artículo 247 del Código General del Proceso que:

(...) respecto al segundo inciso del artículo 247 C.G.P. la Corte analiza que una información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, cuando es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel, el legislador ordena la valoración de esa impresión con arreglo a las normas generales sobre los documentos, con lo que da a entender que el objeto de la regulación no es estrictamente un mensaje de dicha naturaleza, sino la mera reproducción en soporte físico de papel de un contenido expresado originalmente a través de dispositivos electrónicos. Es así que lo regulado en ese inciso, no se refiere a los mensajes de datos sino a las copias de los mensajes de datos.

Es así que para el fallador las reglas sobre equivalencia funcional, pero sobre todo, los criterios de apreciación propios de un documento electrónico no son ya aplicables al documento de papel. Considera entonces que la impresión de un mensaje de datos, en suma, es una mera copia de ese mensaje y, desde el punto de vista de su naturaleza, solo una evidencia documental en papel. Esta prueba documental deberá ser apreciada, como todos los demás elementos de convicción de esa naturaleza, conforme a las reglas de valoración probatoria correspondientes, previstas en el Código General de Proceso, en los términos del inciso 2º del artículo 247 en mención".

Así las cosas, en el caso de específico que se estudia las copias tendrán el mismo valor probatorio que el original y deberá indicarse dónde está el original, si se tiene conocimiento<sup>33</sup>.

### **3.1.2.1 Utilización de peritos para determinar la veracidad de un documento electrónico**

Con el desarrollo tecnológico actual aparecen diversos instrumentos y compañías que ofrecen la posibilidad de tener un soporte legal y jurídico respecto de evidencia digital o informática que se presenta al proceso.

Es por ello que se ha observado que un ejemplo de esto lo constituye la compañía ADALID; es una de las empresas de América Latina con un equipo forense de más de 200 profesionales de todo el mundo quienes son expertos en todas las ramas de la ciencia. Cuenta con dos laboratorios propios completamente dotados y especializados en el análisis de acústica forense, extracción segura de información y toma de evidencias digitales. Ese equipo técnico, legal e investigativo presta asesoría desde el punto de vista de viabilidad y pertinencia de las pruebas, con sólidos argumentos que hacen que no se pierda tiempo ni dinero en pruebas innecesarias<sup>34</sup>.

Ahora bien, esta compañía analiza documentos para determinar su autenticidad o identificar las posibles alteraciones de las cuales pudieron ser objeto.

De acuerdo con una encuesta realizada por Adalid, de las pruebas digitales que se presentan hoy en los procesos judiciales, el 60 % son correos

---

<sup>33</sup> ARTÍCULO 245. APORTACIÓN DE DOCUMENTOS. Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

<sup>34</sup> ADALID. Forensic. [en línea] Disponible en <https://www.adalid.com/servicios/forensic/>

electrónicos, el 35 % son chats de WhatsApp y de estos el 23% son mensajes de voz. El resto son páginas de internet y otros<sup>35</sup>.

Para Andrés Guzmán Caballero, CEO de Adalid, según la legislación colombiana los mensajes electrónicos tienen el mismo efecto probatorio de un correo electrónico o de una grabación legalmente autorizada. Cabe aclarar que estas evidencias tienen sus requisitos para ser aceptadas ante un estrado judicial: que la prueba haya sido obtenida de forma lícita y que para su obtención no se hayan violado los derechos o libertades fundamentales del usuario del dispositivo, ni de sus interlocutores.

De igual manera, es obligatoria una orden judicial para analizar el equipo que contiene los mensajes y así mismo, una adecuada cadena de custodia. Otra de las normas que deben cumplirse con obligatoriedad, es que tanto el laboratorio forense especializado en medios digitales, como los programas de software que se usen en el análisis y las personas que realizan el procedimiento, sean legalmente certificados para el manejo de este tipo de pruebas<sup>36</sup>.

Si la prueba fue manipulada, el dispositivo borrado, reseteado, o incluso quemado, laboratorios como el de Adalid Corp, tienen la capacidad de recuperar toda la información que se almacenó en el dispositivo, desde el momento en que se usó por primera vez, incluidos chats, correos, audios, contactos, fotografías, aplicaciones, programas y ubicaciones GPS.

De igual forma, existe el primer laboratorio de evidencias digitales en la nube de Latinoamérica llamado evLab<sup>37</sup>, el cual es una plataforma (App y Web), que

---

<sup>35</sup> *Ibídem*

<sup>36</sup> *Ibídem*

<sup>37</sup> evLab. *¿Qué es evLab?* [en línea]. Disponible en <https://evlab.co/>

permite certificar diferentes evidencias digitales de forma sencilla y segura, que cuenta con más de 100.000 descargas; su funcionamiento proporciona certificación y validez de documentos ante un proceso jurídico o una autoridad administrativa<sup>38</sup>.

De conformidad con la aplicación se pueden certificar fotos e indica que se puede probar con la certificación de fotografías digitales, quién tomó la fotografía, datos de localización, imágenes con estampa real, informes de hora y fecha.

Por todo lo anterior, evlab.com es una de las aplicaciones con mayor utilidad para presentar, validar y certificar información ante un proceso de carácter judiciales.

Asimismo, otra compañía con alta credibilidad es Ediligence la cual es una empresa que presta servicios de seguridad de la información, informática forense y asesoría en tecnologías, alineando conceptos legales y técnicos que brinda apoyo a litigios, investigaciones administrativas y consultoría a las áreas de cumplimiento en temas como: competencia, protección de datos personales, propiedad intelectual.

Por todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que para realizar una contradicción eficiente a los mensajes aportados por la aplicación de mensajería WhatsApp, se haría necesario contar con unos peritos especializados para que refuten el contenido de esos mensajes, es por ello que para nuestro entender los mensajes y contenidos de la aplicación son verdaderas pruebas documentales que pueden ser aportadas al proceso con la presunción de autenticidad y que es a la contraparte contra quien se aducen

---

<sup>38</sup> *Ibídem*.

que puede utilizar otros medios de prueba para objetarlas, tal y como hoy en día se realiza con la prueba documental, sin que se deba señalar que hay un peligro y facilidad para falsificar o manipular los mensajes de datos, pues tal como lo indican los profesores Fredy Toscano y Ulises Canosa<sup>39</sup>, debemos dar la aplicación al principio de buena fe estipulado en la Constitución Política y además tener en cuenta que con un documento en papel también podría haber una manipulación o falsificación y hoy en día se utilizarían los mecanismos procesales con que se cuentan en el Código General del Proceso para su impugnación.

## **3.2 ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL JUEZ DENTRO DEL PROCESO**

### **3.2.1 Valoración**

En primer lugar, se debe tomar en cuenta lo indicado en el artículo 5 de la Ley 527 de 1999, al considerar que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

De igual forma, se debe analizar el artículo 10 de la misma norma, el cual regula que “los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil (Hoy Código General del Proceso)

---

<sup>39</sup> Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. TOSCANO, Fredy. *Prueba documental en tiempos de pandemia*. [en línea]. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=CgWKgcFrd\\_g&t=380s](https://www.youtube.com/watch?v=CgWKgcFrd_g&t=380s) y *Ámbito Jurídico*. CANOSA, Ulises. *Opinión respecto al Valor probatorio de los "pantallazos" de #WhatsApp*. [en línea] Disponible en [https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/517780175586047/?\\_\\_so\\_\\_=serp\\_videos\\_tab](https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/517780175586047/?__so__=serp_videos_tab)

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”.

Asimismo, la norma resalta que “para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

Es así como el juez en un primer momento debe tomar la regla general de valoración de documento contenida en el artículo 176 del Código General del Proceso, esto es:

1. *“Apreciación conjunta con otros medios de prueba y según la san critica.*
2. *Cumplir con las solemnidades de la ley sustancial para la existencia y validez de los actos o contratos.”*

Ahora bien, se debe dar aplicación a las reglas especiales para la valoración de los mensajes de datos artículo 7 y 8 Ley 527 de 1999, así:

1. *“Es documento y se presume autentico tenga o no firma (sentencia CSJ 16 de diciembre de 2010).*
2. *Si la ley sustancial exige que el documento sea escrito el requisito se suople si la información contenida en el mensaje de datos es accesible para su posterior consulta.*
3. *Si la ley exige el original se suople cuando se garantiza la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez.”*



Por otra parte, la valoración probatoria debe estar ceñida a lo regulado en el artículo 247 del Código General del Proceso<sup>40</sup> y como lo indica la Corte Constitucional "el legislador ordena apreciar el mensaje de datos a la luz de sus particularidades, es decir, de sus propiedades técnicas, los elementos de juicio a tener en cuenta, además de las reglas de la sana crítica, serán la confiabilidad en su contenido, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje".

Ahora bien, en los casos de la simple impresión en papel de un mensaje de datos, éste deberá ser valorado de conformidad con las reglas generales de los documentos. Es decir que también se presume auténtica (244 y 247 inc 2º Código General del Proceso)

Finamente, la valoración de los mensajes y contenidos de la aplicación de mensajería WhatsApp debe realizarse en conjunto con otros medios de prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, utilizando las reglas establecidas en el Código General del Proceso (en especial artículo 11) y normas sustanciales en especial lo establecido en la Ley 527 de 1999 en cuanto sean compatibles con el proceso.

---

<sup>40</sup> 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.

#### **4. UTILIDAD DE LOS MENSAJES Y CONTENIDOS DE LA APLICACIÓN WHATSAPP EN ALGUNAS CONTROVERSIAS DE CARÁCTER LABORAL**

Hoy en día es cada vez más usual que se pruebe la interacción de las personas a través de un mensaje o contenido de la aplicación WhatsApp, esto debido a que tanto empleadores como empleados o contratantes y contratistas se comunican por medio de esta plataforma de mensajería instantánea, dando así paso a la concreción de material probatorio que puede ser allegado a un proceso judicial con el fin de establecer una situación de acoso laboral, probar la generación de horas extras de trabajo o probar una verdadera relación laboral, esto respecto a la subordinación existente por las órdenes impartidas y por los tiempos de trabajo, entre otros.

En un primer momento se hace necesario indicar que de las relaciones trabajador empleador surgen ciertas controversias que, dependiendo de la calidad de las partes, deben ser conocidas por la Jurisdicción Ordinaria Laboral o por la Jurisdicción Contenciosos Administrativa y que son muy comunes en la práctica, las cuales han despertado el interés de los estudiosos del derecho, pero más aún de jueces y partes del proceso.

Es así como se debe manifestar que la Jurisdicción Ordinaria Laboral conoce de los conflictos laborales entre los particulares, mientras que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los conflictos judiciales entre el Estado y los particulares, por tal motivo se debe realizar un estudio general de las formas como cada jurisdicción conoce de dichos asuntos desde el punto de vista procesal y su régimen probatorio, para luego entrar a proponer algunos temas en el campo laboral que son de interés en estos momentos respecto de si es útil o no los mensajes o contenidos de la aplicación de

WhatsApp para ser allegados a un proceso, sirviendo así como medio de prueba.

#### **4.1 DIVERSOS PROCEDIMIENTOS LABORALES Y RÉGIMEN PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL**

El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto-Ley 2158 de 1948, modificada por la Ley 712 del 2001 y por la Ley 1149 del 2007), señala diversos procedimientos que buscan dirimir conflictos que se derivan de las relaciones laborales, por lo que se observa dos clases de procedimientos: los ordinarios y los especiales.

Es importante aclarar que los diversos procedimientos que se regulan no son sólo los que están establecidos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, puesto que hay otros compendios normativos que regulan otros asuntos que debe conocer los jueces laborales.

Así las cosas, se tiene que en el procedimiento ordinario laboral se resuelven conflictos de orden laboral que no tengan tratamiento especial por parte de la norma procesal laboral y se puede afirmar que dentro de ellos se encuentra el de única instancia, regulado del artículo 70 al 73 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que se caracteriza por ser aquel en donde la cuantía de las pretensiones no supera los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> ARTICULO 12. COMPETENCIA POR RAZON DE LA CUANTÍA. <Artículo modificado por el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Los jueces laborales de circuito conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente, y en primera instancia de todos los demás.

Donde no haya juez laboral de circuito, conocerá de estos procesos el respectivo juez de circuito en lo civil.

Los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple, donde existen conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda del equivalente a veinte (20) veces el salario mínimo legal mensual vigente.

De igual forma, se regula como otro de los procedimientos ordinarios, el de primera instancia en el artículo 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante el cual se gestionan los asuntos en donde el monto de las pretensiones asciende a 20 salarios mínimos legales vigentes o más. Es de advertir que este procedimiento no es muy diferente del establecido como de única instancia, pues el código señala mismas etapas en dichos procedimientos para que se emita una sentencia definitiva, sin embargo, cabe indicar que en el procedimiento de primera instancia se realizaría en dos audiencias, la primera, denominada de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio en donde además se decretan las pruebas, y la segunda denominada de trámite y juzgamiento<sup>42</sup>, en esta última se practican las pruebas decretadas en la primera audiencia, se escuchan los alegatos de las partes y se profiere la sentencia.

Ahora bien, de igual modo están regulados los procedimientos especiales como lo son el procedimiento ejecutivo y el de fuero sindical. No obstante lo anterior se pueden adicionar otros procedimientos especiales que surgieron del desarrollo legislativo, tal es el ejemplo del artículo 52 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo, el que reguló un procedimiento sumario para disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical. De igual forma, el artículo 13 de la Ley 1010 del 2006, que trata sobre el acoso laboral, el cual desarrolló un procedimiento para sancionar las conductas de acoso laboral.

Por otro lado, se hace necesario señalar el régimen probatorio que regula esta clase de procedimientos que conoce la jurisdicción ordinaria laboral, el cual está reglamentado en los artículos 51 al 61 del Código Procesal del Trabajo y

---

<sup>42</sup> ARTÍCULO 44. CLASES DE AUDIENCIAS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1149 de 2007. Ver artículo 15 sobre Régimen de Transición. El nuevo texto es siguiente:> Las audiencias serán dos: una de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio; y otra de trámite y de juzgamiento.

la Seguridad Social, que indican respecto a la materia probatoria laboral que se debe remitir a lo provisto en la legislación procesal civil, esto teniendo presente lo consagrado en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en donde se establece el principio de aplicación analógica normativa, de la siguiente forma: “A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial.”

Es así como se puede observar que la legislación procesal laboral no cuenta con un desarrollo amplio de los medios de prueba y de cómo se deben practicar, tal y como si lo regula el Código General del Proceso.

Así las cosas, la normativa procesal laboral colombiana comienza indicando que “Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el Juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales”<sup>43</sup>, para lo cual se deberá tomar en cuenta lo indicado en el artículo 165 del Código General del Proceso, donde se señala que “Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”. (Subrayado fuera de texto)

---

<sup>43</sup> Colombia. Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Artículo 51.

De esta forma, solicitados los medios de prueba por las partes, de conformidad con lo regulado en el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito. Asimismo, la práctica de los medios de prueba se encuentra establecida en el Código General del Proceso.

Ahora bien, en lo que a la prueba documental se refiere, el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social en su artículo 54-A al hablar del valor probatorio de algunas copias estableció en su párrafo que “En todos los procesos, salvo cuando se pretenda hacer valer como título ejecutivo, los documentos o sus reproducciones simples presentados por las partes con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de autenticación ni presentación personal, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros”. Esto quiere significar que se consagró una presunción de autenticidad documental que ha sido regulada más profundamente por el Código General del Proceso el cual indica en el artículo 244 acerca de qué se entiende por documento auténtico, establece claramente que los documentos en forma de mensajes de datos se presumen auténticos y finalmente dispone que lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones, dándose paso a que se aplique esto último de preferencia en el proceso laboral.

#### **4.2 DIVERSOS MEDIOS DE CONTROL Y RÉGIMEN PROBATORIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

La ley 1437 de 2011, conocida como Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA derogó el Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984 dejando atrás las denominadas acciones contenciosas administrativas, bajo el supuesto de que la acción judicial es una

sola y lo que cambia en cada caso es la pretensión; se puede observar entonces en la exposición de motivos de la Ley 1437 que la comisión encargada de proponer la reforma señala “el proyecto propone cambiar el actual sistema que parte de la existencia de una pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es uno y único como una de las manifestaciones de Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, de manera que su unificación en un solo esquema procesal evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones, por parte de los usuarios, en la selección del medio de control adecuado para acceder a la jurisdicción”<sup>44</sup>.

Es por lo anterior que ya no se utiliza el catálogo de acciones que anteriormente se encontraba en la legislación procesal contenciosa sino que ahora solo hay un procedimiento con diversos medios de control, a saber: nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales, repetición, protección de los derechos e intereses colectivos, reparación del daño causado a un grupo, control por vía de excepción y extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por otro lado, las etapas del proceso Contencioso Administrativo se encuentran consagradas entre los artículos 179 al 186 del CPACA, donde se establece que son tres a saber:

1. *“La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.*
2. *La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y*
3. *La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.”*

---

<sup>44</sup> Colombia. Gaceta del Congreso Senado y Cámara 17 de Noviembre de 2009. Año XVIII. No. 1.173

En cuanto al régimen probatorio es importante aclarar que el CPACA establece una regulación especial para abordar el tema probatorio, desde el artículo 211 hasta el artículo 222, donde en primer lugar se indica que “En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil” hoy Código General del Proceso. Es por lo anterior que en el CPACA se establece un régimen especial probatorio, pero en lo no previsto se debe realizar una remisión normativa a lo establecido en el Código General del Proceso.

Ahora bien, en lo que respecta a la prueba documental se tiene que deberá darse aplicación a lo establecido para la prueba documental en el Código General del Proceso, debido a que no hay norma especial que la regule.

#### **4.3 LOS MENSAJES Y LOS CONTENIDOS DE WHATSAPP PARA PROBAR UNA RELACIÓN DE CARÁCTER LABORAL (CONTRATO REALIDAD)**

De acuerdo a lo indicado por la Corte Constitucional “La teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica “desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral”. En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-040 de 10 de mayo de 2018, MP.: Cristina Pardo Schlesinger



Es por lo anterior que, en las relaciones de carácter contractual tanto entre particulares como entre el estado y los particulares, puede llegarse a generar las condiciones de un contrato laboral, puesto que se trató de encubrir un contrato de trabajo a través de la figura contractual, con el fin de no realizar un reconocimiento de los derechos que la ley laboral garantiza a las personas que tienen relaciones de carácter laboral.

Así las cosas, el demandante pretende que prevalezca el principio de primacía de la realidad sobre las formas y por lo tanto que se declare que existió una relación laboral, en cuyo caso deberá probar la configuración de alguno de los tres elementos de la relación laboral: (i) la actividad personal del trabajador; (ii) la dependencia del trabajador respecto del empleador, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional y (iii) el salario como retribución del servicio<sup>46</sup>.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>47</sup> manifestó que para la configuración del contrato de trabajo, se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada y la continua subordinación jurídica. Sin embargo, precisa que no será necesaria la acreditación de la subordinación en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio.

---

<sup>46</sup> elementos que configuran una relación laboral están previstos en el Decreto 2127 de 1945 y en el Código Sustantivo del Trabajo, Por el cual se reglamenta la ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo, en general.

<sup>2</sup> Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949

<sup>47</sup> Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. Sentencia SL-40272017 (45344), Mar. 08 de 2017. MP.: Gerardo Botero Zuluaga.

En ese sentido, al demandante dentro del proceso solamente con probar la prestación o la actividad personal ya le basta para que se presuma el contrato de trabajo, por otro lado, el empleador deberá atacar la presunción mediante la acreditación de que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada bajo un nexo distinto del laboral, lo que dependerá del análisis de las pruebas del proceso.

Ahora bien, es de aclarar que para el Consejo de Estado configurar la existencia de una relación laboral no es suficiente acreditar únicamente la prestación personal del servicio, puesto que considera que “la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador”<sup>48</sup>.

Es por ello que los mensajes o contenidos de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp pueden ser utilizados para demostrar que efectivamente existió una subordinación y dependencia en el caso del contratista que decida demandar ante la jurisdicción contenciosa o puede ser utilizada por el empleador para desvirtuar que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada bajo un nexo distinto del laboral en el caso de la jurisdicción laboral.

En la realidad jurídica colombiana no ha habido un pronunciamiento claro respecto de si este medio de prueba pueda llegar a probar si hay una relación de carácter laboral entre contratista y entidad estatal o que haya servido para desvirtuar la presunción avalada por la Corte Suprema de Justicia de la existencia de contrato de trabajo con la sola probanza de la prestación

---

<sup>48</sup> Colombia. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 17 de abril de 2008, radicado: 2776-05, CP.: Jaime Moreno García

personal del servicio. Sin embargo, es importante tener presente el caso del ordenamiento jurídico español, donde ya se ha concertado que en un juicio laboral el trabajador y la empresa pueden utilizar todos los medios de prueba necesarios, siempre que sean legales, entre ellos un correo electrónico o una conversación telefónica, asimismo, se puede aportar como prueba una conversación que se haya tenido con el jefe, con un superior jerárquico o con un compañero a través de la aplicación WhatsApp.

Se evidencia entonces como los Juzgados y Tribunales Españoles han venido adecuando sus posiciones acerca de aceptar los cambios tecnológicos y las nuevas formas de cómo se comunica la sociedad. Por lo tanto, se encuentran varias sentencias que reconocen el valor probatorio del WhatsApp, como la del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia de 25 de abril de 2014 o el TSJ Andalucía de 23 de junio de 2015 donde se admite el WhatsApp como prueba, o en las que directamente se incluyen en los hechos probados parte de las conversaciones mantenidas mediante este servicio de mensajería, como la Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de octubre de 2015<sup>49</sup>.

No obstante, también en la práctica española se han detectado algunos problemas que pueden surgir con la aportación como prueba de una conversación de WhatsApp, así: (i) Establecer con quien se ha tenido la conversación: para identificar con quien se ha tenido la conversación se recomienda que a la hora de aportar estas conversaciones se borre el nombre con el que se tiene guardado al contacto y que aparezca el número de teléfono con el que se ha mantenido la conversación; (ii) Problema de la manipulación de la conversación: la parte que alegue que los mensajes han sido manipulados, tendrá que demostrar tal manipulación, tal y como ya se ha

---

<sup>49</sup> Loentiendo. *Los WhatsApp como prueba del trabajador en un juicio laboral*. [en línea] Ob. cit.

señalado igualmente en el capítulo anterior respecto de la tacha de falsedad y desconocimiento del documento en el caso colombiano.

En ese sentido, el valor probatorio de las conversaciones o contenidos de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp dependerá de cada caso, de lo que se quiera probar y de si es concurrente con otras pruebas como pueden ser los testimonios, correos electrónicos, etc. También es relevante si la parte contra la que se presente lo reconoce o no como prueba.

#### **4.4 LOS MENSAJES Y LOS CONTENIDOS DE WHATSAPP PARA PROBAR UNA CONDUCTA DE ACOSO LABORAL**

De acuerdo con lo regulado en el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, se entiende por acoso laboral “toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

De igual manera, la misma norma precisa que el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo seis modalidades generales a saber:

1. Maltrato laboral. Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.

2. Persecución laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.

3. Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.

4. Entorpecimiento laboral: toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.

5. Inequidad laboral: Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.

6. Desprotección laboral: Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador.

Es de esta forma que la Ley también indica que la víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos

denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos<sup>50</sup>, esto a efectos de que la autoridad requiera al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales para superar las conductas de acoso laboral que ocurran en el lugar de trabajo.

De igual forma, el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006 señala en su inciso final que “cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil”, dando paso a que se utilicen todos los medios de prueba establecidos por el Código General del Proceso.

Por tal motivo, se hace imperioso contar con todo el material probatorio suficiente a efectos de demostrar que una persona está siendo víctima de acoso laboral; para ello se requerirá no solo el interrogatorio del supuesto acosador o los testimonios de compañeros o personas que les conste las conductas de acoso, sino que mediante la aportación de documentos se podrán utilizar como los medios más convincentes y convenientes para probar el acoso.

En otras palabras, se dirá que documentos como los correos electrónicos o instrucciones escritas emitidas por aplicaciones, se podrá constatar conductas indignas como amenazas, comentarios negativos reiterados, tareas que degradan al trabajador por debajo de su categoría o, incluso, donde quede demostrado que existe una sobrecarga de trabajo intencionada. De igual forma los correos que envía el trabajador y que nunca reciben respuesta alguna. Es así como los mensajes o contenidos (videos, grabaciones, audios, etc.) pueden llegar a ser una perfecta prueba para demostrar que el trabajador ha sido acosado laboralmente, eso sí respetando siempre el derecho a la

---

<sup>50</sup> Colombia. Ley 1010 de 2006. Artículo 9. Numeral 2.

intimidad y al secreto de las comunicaciones por no recibir autorización de los interlocutores.

#### **4.5 ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A LA DIVULGACIÓN DE CONVERSACIÓN VIRTUAL DE GRUPO WHATSAPP, CREADO EN EL ENTORNO LABORAL**

En Colombia la Corte Constitucional<sup>51</sup> ya se ha pronunciado acerca del alcance del derecho a la intimidad frente a la divulgación de conversación virtual de grupo WhatsApp, creado en el entorno laboral.

En este importante fallo la Corte manifiesta que este pronunciamiento se justifica pues el caso en conocimiento debate una cuestión “constitucional novedosa que plantea difíciles asuntos de interpretación de la Carta y que apoyan la procedencia de la acción de tutela” y tiene una relevancia significativa desde la perspectiva del derecho a la intimidad.

El caso se deriva de la interposición de una acción de tutela por parte del señor Marco Antonio Jauregui López contra Nutresa; solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la libertad de conciencia, la intimidad personal, la libertad sindical y la libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones. En consecuencia, pidió que se le ordene a la empresa retirar la sanción impuesta en el proceso disciplinario, pagar las acreencias laborales dejadas de percibir por el actor y los intereses moratorios junto con la indexación de dichas sumas.

Se observa entonces que el problema jurídico que la Corte debía entrar a solucionar en el caso era determinar si Nutresa había vulnerado el derecho a la intimidad del accionante al obtener los mensajes de voz enviados por el

---

<sup>51</sup> Colombia. Corte Constitucional Sentencia T-574 de 14 de septiembre de 2017. MP.: Alejandro Linares Cantillo

actor al grupo de WhatsApp denominado “Distribuciones Cúcuta” y, con fundamento en ellos, iniciar una indagación de naturaleza disciplinaria por el posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del reglamento interno de trabajo.

Así las cosas, la Corte concluye que no existe violación al derecho a la intimidad y para el estudio que nos interesa se señalarán los argumentos más relevantes, así:

(a) El derecho a la intimidad admite diferentes grados de realización y, precisamente por ello, puede ser objeto de restricciones de naturaleza diversa. A efectos de caracterizar y juzgar las restricciones del derecho a la intimidad, es necesario considerar la naturaleza de la información de cuya divulgación se trata, los límites que a la administración de datos personales se desprenden del derecho al habeas data y, adicionalmente, la prohibición de injerencias desproporcionadas en el ejercicio del derecho a la intimidad. Estos criterios se articulan con la clasificación que este Tribunal ha hecho de los diferentes espacios y contextos en los que se desenvuelve la vida de las personas.

(b) La clasificación de los espacios (públicos, semipúblicos, privados y reservados) constituye un factor relevante para definir el alcance del derecho a la intimidad, así como el grado de protección que del mismo se desprende frente a las intervenciones de terceros. Su importancia radica en la aptitud para identificar las diversas dimensiones físicas o virtuales en las que las personas se expresan o manifiestan y, a partir de allí, para precisar el grado de confidencialidad que pueden esperar respecto de su comportamiento.

(c) El lugar de trabajo, es en principio un espacio semiprivado, y no goza del mismo nivel de protección que el domicilio, debido a que el grado de privacidad es menor en atención a que allí tienen lugar actuaciones con repercusiones sociales significativas.



(d) La expectativa de privacidad es, entre otros, un criterio relevante para establecer si determinadas expresiones o manifestaciones de la vida de las personas se encuentran comprendidas por el ámbito de protección del derecho a la intimidad o si, por el contrario, pueden ser conocidas o interferidas por otros. Tal categoría impone definir, atendiendo diferentes factores contextuales, si quien alega la violación puede considerar válidamente que su actividad se encuentra resguardada de la interferencia de otros, por un lado, y si es o no posible concluir que dicha valoración es oponible a los terceros que pretenden acceder a la información o divulgarla, por otro. Este doble análisis exige considerar criterios subjetivos y objetivos a efectos de valorar, en cada caso, si quien solicita la protección en realidad podía suponer o confiar que las informaciones o contenidos no podrían circular.

(e) Establece unos parámetros para determinar si la divulgación o revelación de mensajes contenidos en una conversación virtual, especialmente para grupos, vulnera o no el derecho a la intimidad, de la siguiente forma:

- El carácter más o menos abierto del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación.
- Los integrantes y fines del grupo virtual.
- La clase de información de la que se trate y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales como aquel previsto, por ejemplo, en la Ley de protección de datos, Ley 1581 de 2012.
- La vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos de trabajo.
- La posibilidad de oponerse a la circulación de las informaciones o mensajes será mayor cuando (i) se produce en un espacio virtual con

medidas especiales de protección frente a la injerencia o conocimiento de terceros; (ii) se remiten a un grupo conformado por un número reducido de personas vinculadas por un propósito relevante solo para ellas; y (iii) pueden calificarse como privadas o reservadas. La expectativa de privacidad se incrementaría además, si (iv) los participantes han previsto una advertencia específica para impedir la divulgación de los contenidos de la conversación virtual”.

En síntesis, para la Alta Corporación ni de la conformación del grupo, ni de su finalidad, ni de pauta o regla alguna para su funcionamiento, puede desprenderse dicha expectativa: no se trataba de información íntima o sensible, ni que interesara –considerando la naturaleza de las actividades a las que se refería - solo al accionante y era claro que el accionante conocía que en el grupo participaban representantes del empleador.

En conclusión, en este caso en específico la Corte se pronuncia por primera vez acerca de que no todas las conversaciones de WhatsApp son de carácter privado, debido a que el derecho a la intimidad no se viola cuando el jefe de una empresa accede a las conversaciones, que sus empleados mantienen a través de grupos institucionales de WhatsApp, puesto que no se trata de una información íntima.

## **5. CONTROVERSIAS SUSCITADAS RESPECTO DE LA UTILIZACIÓN DE MENSAJES DE WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y UNA MIRADA AL CASO ESPAÑOL**

Es imperioso realizar una exposición acerca de las controversias que se han suscitado respecto a la utilización de mensajes de WhatsApp como medio de pruebas en el ordenamiento jurídico colombiano y entrar así a analizar el acercamiento que el juez constitucional ha tenido respecto de esta materia y cómo los estudiosos del derecho procesal han debatido este novedoso y no desarrollado tema.

La Corte Constitucional en Sentencia T-043/20, con Magistrado Ponente el Dr. José Fernando Reyes Cuartas, de fecha 10 de febrero de dos mil veinte (2020), resuelve la acción de tutela instaurada por la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve en contra de la sociedad Corporación Educa S.A.S. (Universo Mágico Kindergarten), por considerar que se le vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la seguridad social, al fuero de maternidad y a la “confianza legítima”.

Consideró la Sala de decisión que el problema jurídico a resolver sería determinar si una institución educativa de carácter privado desconoce el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación de una mujer que laboró como docente, al manifestarle que su contrato de trabajo sería suscrito para el siguiente periodo lectivo y, posteriormente, haber cambiado de decisión al enterarse que esta se hallaba en estado de gestación, sin embargo, para el estudio que se está llevando a cabo se encuentra otro problema jurídico que la Corte debió resolver como lo es si las capturas de pantalla o “pantallazos” extraídos de la aplicación WhatsApp tienen valor probatorio.

Resalta en primer lugar la Honorable Corporación que 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.

Indica que 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, y refiere que se ha aludido a los documentos electrónicos como una especie al interior del género “prueba electrónica”. Otras manifestaciones de esta última son el correo electrónico, SMS (Short Message Service) y los sistemas de video conferencia aplicados a las pruebas testimoniales. Acerca de los SMS, es fácilmente reconocible el influjo que han tenido en la actualidad como método de comunicación y su empleo habitual en teléfonos móviles.

La Corte argumenta que 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. Hace énfasis la Corte 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.

Es así como la Corte resuelve revocar el fallo de segunda instancia mediante el cual se revoca la sentencia de tutela de primera instancia donde se protegen los derechos de la tutelante, argumentándose que se demostró que el hecho de que la accionante se encontrara en estado de embarazo influyó en la decisión de no suscribir un nuevo contrato para el año 2019, pues antes de que diera a conocer tal circunstancia, la accionada había emprendido actos relacionados con suscribir un nuevo vínculo laboral, los cuales eran contundentes y precisos, descartándose así manifestaciones vagas y dubitativas que dieran a entender una mera expectativa o posibilidad. En consecuencia, el haber cambiado de parecer por el hecho de que la actora se encontrara en estado de gestación constituye un acto excluyente e injustificado que vulneró el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación.

En lo que tiene que ver con los medios de prueba obrantes en el expediente y que fueron valorados por la Sala, la Corporación precisó que si bien la accionante allegó diferentes capturas de pantalla de conversaciones sostenidas en la aplicación WhatsApp, las cuales presentan un valor de prueba indiciaria, estos elementos fueron analizados de forma conjunta con los demás rudimentos probatorios, entre ellos, el derecho de petición, el número de estudiantes matriculados en el 2018, y las razones ofrecidas por la accionada para no contratar nuevamente a la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve, lo cual permitió estructurar el razonamiento efectuado en esta providencia.

Además de lo anterior, se tiene que existió aclaración de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos a la sentencia t-043/20, donde se aparta de las consideraciones realizadas por la mayoría decisoria respecto del tratamiento dado en la consideración “aproximación a la prueba electrónica, y el valor probatorio atenuado de las capturas de pantalla o pantallazos extraídos de la aplicación de WhatsApp.”, para esto se señalaran cinco puntos importantes, a saber:

1. Calificar como simples “elementos indiciarios” a los pantallazos de WhatsApp, que sirvieron para comprobar la conducta discriminatoria que se ejerció sobre la accionante, una vez el empleador decidió no renovar el contrato laboral de la misma ante su estado de gravidez, desconoce las reglas sobre la apreciación probatoria de los mensajes de datos y sus impresiones. En tal sentido, debe precisarse que si bien en materia laboral, en especial en procedimiento laboral, no existe un tratamiento especial en relación con los mensajes de datos y su impresión, existen reglas aplicables en lo que a este asunto concierne. Por un lado, el artículo 247 del Código General del Proceso, aplicable por analogía conforme al artículo 145 C.P.T.S.S., señala que los documentos aportados en el mismo formato en que fueron generados deben ser catalogados como mensajes de datos; mientras que su simple impresión debe valorarse con base en las reglas generales de los documentos.

2. Por otro lado, la Ley 527 de 1999 reglamenta el acceso y el uso de los mensajes de datos, específicamente en los artículos 10 y 11, en donde se establece, entre otras cosas, la validez o fuerza obligatoria y probatoria que debe blindar este tipo de información y, a su vez, la prohibición de negar tal carácter por el solo hecho de tratarse de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

3. De igual forma, indica como parte de su argumentación lo dispuesto en la sentencia C-831 de 2001, donde se establece que la aplicación de la mencionada ley (Ley 527 de 1999), no se circunscribe únicamente al ámbito mercantil, sino al acceso y uso de datos de manera generalizada,

4. Si bien los pantallazos extraídos de la aplicación WhatsApp no son un documento original, los mismos se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 246 del Código General del Proceso. A su vez, el artículo 262 de la

misma obra establece que, si durante el proceso, una impresión es entregada, la parte contraria deberá solicitar su rectificación, lo cual en este caso no sucedió.

5. Finalmente el ponente de la aclaración de voto concluye que la Sala debió hacer una remisión directa hacia los lineamientos establecidos en el Código General del Proceso y en la Ley 527 de 1999, pues resulta inadmisibles y desacertado que la Corte Constitucional erosione las reglas de valoración probatoria y califique como un simple “indicio”, una prueba que, además de ostentar validez y fuerza obligatoria y probatoria por mandato normativo y jurisprudencial, evidenció fehacientemente la conducta vulneradora que desplegó la entidad accionada en contra de la señora Dora Patricia Ramírez Monsalve, cuyos efectos buscan ser revertidos a través del amparo constitucional otorgado.

Ahora bien, es oportuno indicar que algunos conocedores de la materia como lo es el Dr. Fredy Toscano ha señalado respecto a la sentencia anteriormente estudiada que la Corte no consideró que las informaciones que se extractaron de la aplicación de WhatsApp fueran mensajes de datos, sin embargo, el experto en la materia advirtió que el juez debe hacer una valoración conjunta de estos mensajes de datos y además aplicar el artículo 11 de la Ley 527 de 1999.<sup>52</sup>

Por otro lado, el Dr. Ulises Canoso<sup>53</sup> respecto a esta misma sentencia señala que no puede estar de acuerdo con ella en tres puntos claves a saber:

---

<sup>52</sup> Ámbito Jurídico. TOSCANO, Fredy. Opinión respecto al valor probatorio de los “pantallazos” de #WhatsApp [en línea] Disponible en <https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/145102110264351/>

<sup>53</sup> Ámbito Jurídico. CANOSA, Ulises. Opinión respecto al valor probatorio de los “pantallazos” de #WhatsApp [en línea] Ob. Cit.

1. No es adecuado limitar la presunción de autenticidad y de valor probatorio de las impresiones de los pantallazos con una cita de un profesor que comenta la Ley Argentina de 17454 del 27 de agosto de 1981.

2. No parece acertado comentar que por ser posible alterar el documento electrónico deba tener un valor atenuado.

3. Tampoco para este experto es adecuado que por lo anterior a las impresiones de los documentos electrónicos puedan dársele solo el valor de prueba indiciaria.

Señala que en primer lugar que hay que tomar en cuenta la norma que hoy está vigente, en el caso colombiano los artículos 244, 246 y 247 del Código General del Proceso donde se autoriza a las partes a imprimir en papel mensajes de datos para ser presentados al proceso y ordena al juez a valorarlos de acuerdo los criterios generales. La presunción de autenticidad protege el debido proceso de la parte contraria a quien se garantiza la publicidad y contradicción de acuerdo con los artículos 269 y siguientes del Código General de Proceso.

Las normas citadas aplican la presunción de buena fe, y es inaceptable decir que por poderse alterar los documentos debe dársele un valor probatorio atenuado. Puede transgredir la normativa constitucional y procesal por un exceso ritual manifiesto, además esto haría inaccesible el acceso a la administración de justicia.

Indica también que no se podría calificar como indicio los pantallazos, tomando en cuenta el concepto de prueba indiciaria del artículo 240 del C.G.P. que es un verdadero medio de prueba y no se podría señalar que por tener



desconfianza de un documento este se le deberá tomar como indicio, es así como debe desformalizarse la actividad probatoria.

## 5.1 CASO ESPAÑOL

En el ámbito internacional se ha observado que el ordenamiento jurídico europeo en especial el español ha utilizado el WhatsApp como prueba en juicio y han surgido similares cuestionamientos en lo atienen a verificar si tiene esta prueba validez en juicio y además si sirve cualquier pantallazo que se presente ante el juez. Estos interrogantes han sido estudiados en diferentes casos que se han presentado específicamente en el orden jurisdiccional social (Sala Laboral para Colombia).

En un primer momento en el año 2014<sup>54</sup>, el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social Sede: Bilbao, conoció en recurso de suplicación propuesto por el demandante Luis Pablo contra la empresa Dirección, para que se declarara una relación de carácter laboral de camarero y el pronunciamiento respecto de un despido improcedente, esto debido a que en sentencia de primera instancia se concluye la inexistencia o insuficiencia probatoria, donde la única prueba practicada había sido una declaración testifical que entiende preparada y sin ninguna validez, echando de menos cualquier otra prueba documental o de naturaleza análoga.

El trabajador, aparentemente, propuso en tiempo y forma, una prueba que identificó como reconocimiento judicial, pretendiendo que el Juzgador examinase su teléfono móvil visualizando los mensajes que denomina

---

<sup>54</sup> Roj: STSJ PV 2941/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:2941. Id Cendoj: 48020340012014101494 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Bilbao Sección: 1 Fecha: 23/09/2014 N° de Recurso: 1667/2014 N° de Resolución: 1653/2014 Procedimiento: Recurso de suplicación Ponente: Juan Carlos Benito-Butron Ochoa Tipo de Resolución: Sentencia.

WhatsApp al objeto de descubrir las conversaciones y los indicios correspondientes a la presunta relación laboral y sus consecuencias.

Es así como el Tribunal Superior de Justicia apoya su argumentación en el artículo 90 de la LRJS y artículos 382 y ss. de la LEC, donde se reconocen que los instrumentos de filmación, grabación y semejantes, en reproducción de palabras, sonido, imagen u otros instrumentos que permiten archivar o conocer datos relevantes para el proceso, pueden ser propuestos como medio de prueba, sin perjuicio de que la parte en general debe aportar, acompañar o facilitar la posibilidad de la transcripción de lo habido en el soporte que resulte relevante, al margen de que también pudieran informarse, dictaminarse o autenticarse con exactitud de lo reproducido mediante otros medios probatorios. Todo ello, bajo los criterios de la sana crítica que el Juzgado o Tribunal debe valorar respecto de la prueba practicada.

La Sala de conocimiento del caso consideró que la aparente denegación de la práctica o del medio de prueba que el demandante articula como reconocimiento judicial o subsidiariamente pretende que se le facilite ya sea a través de diligencia final una posterior documentación, provoca que al considerar el Juzgador de Instancia que el resto de actividad probatoria (testificales, supuestamente preparadas) devienen inoperantes e insuficientes, la contradicción in terminis de tener por confesa a la empresarial física no personada, unido a la no admisión de esos medios de prueba presentados por el demandante, compagan que se incurra en una vulneración de la tutela judicial efectiva, en la utilización de los medios de defensa, produciendo cierta indefensión, aunque en ella haya colaborado disimuladamente o de forma tangencial el propio demandante ( art. 24 de la Constitución y Doctrina constitucional).

Así las cosas, el Tribunal consideró que encuentra pertinente o útil respecto de la finalidad y contenido dentro del objeto litigioso, ya sea el conocimiento judicial informado y documentado, o en su caso, la reproducción de esos instrumentos de archivo y conocimiento de datos que pueden ser relevantes para el proceso, de cara a amalgamar indicios y veracidades de una posible relación jurídica laboral y sus consecuencias.

A pesar de lo anterior la Sala señala que de ningún modo desea predeterminar la valoración probatoria de la información contenida en esas nuevas tecnologías con aplicaciones características especiales y otros servicios de mensajería, cuya dificultad de garantía de seguridad de información, comunicación y tratamiento de datos sensibles puede resultar más o menos recomendable en una teoría de transmisión segura para poder probar envíos y recepciones que queden registrados en servicios informáticos, pero que suponen el riesgo de diligencia y profesionalidad, puesto que tan solo quieren afirmar que estos posibles medios probatorios no pueden ser desbancados o denegados cuando nuestra sociedad tecnológica los presenta como herramientas o necesidades casi vitales, y los efectos de su envío de información para con las personas, emisor y receptor, han sido ya avanzados y resueltos, al menos en lo que se refiere a correo electrónico por resoluciones judiciales más bien puntuales, pero que cobran importancia ( STS, Sala 1ª, 2 de noviembre de 2009 ¿Rec. 1639/05 - respecto del correo electrónico). En resumidas cuentas, entiende el fallador que debe estimarse el recurso en su única y principal pretensión de nulidad al objeto de dar oportunidad de práctica probatoria ya analizada, sin provocar indefensión, y todo ello bajo el principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución). Es por ello que estima la pretensión anulatoria del recurso de suplicación interpuesto por el señor Luis Pablo contra la Sentencia de 26 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 10 de los de Bilbao, seguidos a instancia del hoy recurrente frente a Regina, Justa y Comunidad de Bienes Direccion000, y en consecuencia

revoque la resolución de instancia anulando el curso de la actuación procesal desde la celebración del juicio oral, debiendo convocar nuevamente a las partes a la celebración y práctica de las pruebas analizadas, con el consabido juicio oral, permitiéndose la prueba propuesta o la que se identifique como tal por las partes.

Por otra parte, en sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Sede: Madrid, de fecha 10 de junio de 2015, donde se resuelve el recurso de Suplicación presentado por la señora Adoración, contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 05 de Madrid en contra de la empresa Gestión Empresarial de Belleza S.L. y Peluqueros Asiel S.A., en reclamación por Despido.

En el caso en particular la actora solicita en primer lugar que se suprima en el Hecho Probado Quinto la frase que hace referencia a que por la tarde la encargada de zona se comunicó con la actora a través de la aplicación "WhatsApp", reiterando ésta que no iba a volver al trabajo, y aduce la recurrente al efecto que dicho extremo no se encuentra amparado en prueba documental válida. No obstante, la Sala indica que no es posible ignorar que la alegación de inexistencia de prueba válida no basta para sustentar la revisión del relato fáctico al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, a lo que se ha de añadir que el intercambio de WhatsApp entre la directora de zona y la demandante, en que ésta mantiene su posición de dejar el trabajo, ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados, por impedirlo la técnica suplicatoria.

Así las cosas, el Tribunal encuentra probado que la actora manifestó el 13 de marzo de 2014 que no quería trabajar para la empresa y que se iba,

despidiéndose de las compañeras y abandonando el centro de trabajo, y no sólo eso, sino que por la tarde la encargada de zona se comunicó con ella a través de la aplicación "WhatsApp", reiterando la ahora recurrente que no iba a volver al trabajo (Hecho Probado Quinto). Todo ello revela una terminante, clara e inequívoca voluntad de la actora de romper la relación laboral, por más que la recurrente insista en lo contrario, lo que obliga a rechazar también este motivo.

Por lo tanto, desestima el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Adoración contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 05 de Madrid contra Gestión Empresarial de Belleza S.L. y Peluqueros Así el S.A. en reclamación por Despido, confirmando dicha resolución.

De igual forma, se realiza el análisis de una de las sentencias más relevantes para el sistema legal Español en cuanto a que al parecer esta Sentencia resuelve por primera vez en el ámbito laboral, al menos en Suplicación, la cuestión de cómo se incorporan los mensajes de WhatsApp al proceso para poder emplearlos como prueba; es la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de Galicia de fecha 28 de enero de 2016, mediante la cual se señala como hechos relevantes que el actor prestó servicios desde una fecha indeterminada hasta otra, también indeterminada, para una empresa dedicada a actividades subacuáticas y buceo; el demandante se dedicaba a la atención y asistencia a usuarios de la empresa, recarga de botellas de aire y mantenimiento de la instalación; por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Vigo de 5 de agosto de 2015 se desestimó su demanda de despido; interpuesto recurso de suplicación por la parte actora, se dictó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2016 –número de Recurso de Suplicación 4577/2015-, que desestimó el recurso y confirmó la Sentencia de Instancia.

La Sala señala que el WhatsApp no sólo es un medio de prueba válido, sino que ya ha tenido plasmación normativa; no obstante lo cual, habría que cumplir una serie de reglas. Porque, para considerar una conversación de WhatsApp como documento -a los fines del proceso laboral-, sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, «pantallazo» -que es lo único se cumple por el actor-, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos.

El Tribunal indica que sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que se acepte como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores. Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación -a través de múltiples programas informáticos- de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria - que es el caso presente-; o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración. Por lo tanto, se rechaza la censura.

Así las cosas, procede a desestimar el recurso interpuesto por Don Abel y confirma la sentencia que con fecha 05/08/15 emitida por el Juzgado de lo Social No. Cuatro de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la empresa «Actividades Subacuáticas Balea, SL».

Respecto a esta sentencia la señora Magistrada Concepción Morales Vázquez<sup>55</sup>, Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. en su artículo " La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento" ha concluido que "solo resta señalar que efectivamente si ambos interlocutores han reconocido el contenido de la conversación de WhatsApp, esta forma parte "del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas", y a tal efecto, no es ocioso recordar que, la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez o Tribunal que presidió el juicio, el cual deberá determinar qué hechos alegados por las partes, de interés para la resolución del pleito, han quedado ó no acreditados a fin de declararlos o no probados y esta valoración la lleva a cabo el Juzgador libremente, apreciando toda la prueba en su conjunto sin otras limitaciones que las derivadas de la "sana critica", conforme a lo dispuesto en los arts. 316, 348, 376 y 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el art. 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, y sin llegar a conclusiones totalmente ilógicas o absurdas".

Finalmente, en el ámbito penal también ha habido pronunciamientos acerca del tema, para lo cual se hace imperioso traer a colación sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid de 27 de noviembre de 2015, donde se resuelve recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto

---

<sup>55</sup> ALA@NODO50.ORG. *La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento*. [en línea] disponible en <https://ala.org.es/la-validez-probatoria-del-whatsapp-y-su-incorporacion-al-procedimiento/>

constitucional interpuesto por la representación legal del procesado Adriano contra Sentencia núm. 76/2015, de 5 de marzo de 2015 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, seguido por delitos de homicidio en grado de tentativa y amenazas contra mencionado recurrente.

En los hechos de la sentencia se establece que el señor Adriano natural de China inició una relación de pareja con Cristina que se prolongó tres años, no obstante esta relación terminó. El procesado no aceptaba el final de su relación e insistía en retomarla. El día 14 de abril de 2013 Adriano fue al domicilio de Cristina con ánimo de menoscabar su integridad física le apuntó con un cuchillo, la llevó hasta su habitación, intentó atarle las manos y meterle algo en la boca para que no pidiera auxilio, y como ella se resistió le dijo "te voy a matar", comenzando a golpearla y le cortó con el cuchillo en el antebrazo causándole lesiones. Otro día la esperó fuera de su trabajo y empleando un cuchillo comenzó a asestarle puñaladas por la cara, el cuello y la parte superior del tronco.

El procesado, que se encontraba en busca y captura ordenada por el Juzgado de Violencia contra la mujer N° 5 de Barcelona, envió al teléfono móvil de Cristina varios mensajes de texto a través del sistema "Wechap" (versión china del WhatsApp), con intención de amedrentarla, generándole el temor de sufrir un atentado contra su vida o la de su familia.

El Juzgado de Violencia sobre la mujer N° 9 de Madrid acordó la prisión provisional comunicada y sin fianza de Adriano, notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación legal del procesado Adriano.



En los motivos segundo y tercero el recurrente aborda la autenticidad de los mensajes recibidos en el teléfono de la víctima, Cristina, y que constituyen la prueba de la comisión del delito de amenazas por parte de Adriano.

Ahora bien, la Sala aborda el tema indicando que respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido a través del sistema chino "We Chat", que es un modo comunicación basado en los mensajes cortos, bidireccionales, tipo "WhatsApp", debe reiterar una idea básica, que ya fueron declaradas por la STS 300/2015, de 19 de mayo, y es que:

1. La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.

2. Conforme a la jurisprudencia, ello por sí mismo no sería suficiente para destruir la presunción de inocencia, en ausencia de dictamen pericial -como ha sido el caso de autos-, salvo reconocimiento del imputado, o bien la existencia de signos o modos de expresión de los que indudablemente cupiera entender que no tienen más procedencia que la del acusado, y aun así, debería obrarse con total cautela. De ahí que los signos que se manejan en esta causa relativos a un gráfico en la palma de la mano con un significativo tatuaje, único aspecto identificativo en la red no es suficiente.

3. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de

impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

4. Únicamente con un informe pericial que identifique el teléfono emisor de los mensajes delictivos, a salvo de cumplido reconocimiento, o prueba testifical que acredite su remisión, pueden dar cobertura probatoria a la autenticidad del mensaje en cuestión. En efecto, las posibilidades de manipulación son muy variadas y el órgano jurisdiccional tiene que ponerse en guardia con todas las cautelas que sean recomendables ante la posibilidad de una superchería.

5. Sin embargo, en el caso aquí descrito el fallador indica que no hay duda de la remisión de tales mensajes por el acusado, los cuales iban dirigidos sustancialmente a amedrentar a su ex pareja a través de las amenazas a sus familiares, especialmente a sus hermanos. Prueba de ello es el escrito de defensa (folios 736 y siguientes), admite la remisión de las amenazas, pero exculpándose. En consecuencia, tal reconocimiento en el escrito de defensa no puede ser ahora reprochado en casación.

Finalmente, el juzgador en Casación resuelve que lo anterior conlleva que existe prueba suficiente de las amenazas enviadas por mensaje, y de la gravedad de estas, pues también las veladas son susceptibles de ser así calificadas, por ser tan intimidatorias y graves como las explícitas, o aún más que éstas. Por ello esta censura casacional no puede prosperar.

Es así como se observa que en el caso español se acepta el WhatsApp como un medio de prueba válido, sin embargo, es un medio de prueba complejo, pues al parecer para los jueces, requiere de otros medios de prueba para

verificar su veracidad y autenticidad, su alcance y para poder apoyar la interpretación o valoración que con ellos se pretende.

Asimismo, en el orden jurisdiccional social (laboral para Colombia), es al operador judicial al que le corresponde apreciar los “elementos de convicción” para establecer la veracidad de los hechos, tomando las reglas de la sana crítica y la prueba practicada.

Aunado a lo anterior, para considerar una conversación de WhatsApp como documento debe cumplirse una serie de requisitos a saber:

1. Sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, “pantallazo”, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes.
2. También se podría realizar su aportación a través del propio móvil y solicitando que, dando fe pública, el Letrado de la Administración de Justicia levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos.
3. Para que se acepte como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) se estableció cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba

pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores.

4. Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación —a través de múltiples programas informáticos— de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración.

Lo anteriormente expuesto, como se ha manifestado difiere un poco a como la Corte Constitucional Colombiana y la doctrina local ha analizado esta clase de prueba.

## CONCLUSIONES

1. Los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp son verdaderos mensajes de datos, puesto que al analizar la definición que propone el sistema jurídico colombiano a través de la Ley 527 de 1999, respecto a lo que debe entenderse como mensaje de datos, abarcó un concepto útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro, tal y como lo indicó la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la norma, de igual forma, del concepto establecido se extrae que toda 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 es mensaje de datos, y si se mira con detenimiento mediante la aplicación WhatsApp se permite intercambiar mensajes entre dos o más personas y llamadas de voz, también a través de ella se pueden enviar y recibir variedad de archivos: textos, fotos, videos, documentos y ubicación; creándose así un verdadero mensaje de datos.
2. De acuerdo con los criterios establecidos tanto en la Ley 527 de 1999 como en el artículo 247 del CGP, se podrán incorporar los mensajes y contenidos de la aplicación WhatsApp al proceso de las siguientes formas:
  - a. Los mensajes y los contenidos de WhatsApp deberían incorporarse en el formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, que para el caso que nos ocupa se aportaría en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud (el mensaje en PDF que se recibió, el audio o la foto y se guarda en un CD o copia digital USB indicando el ordenador o servidor de donde proceden). Es importante mencionar lo

propuesto por el Dr. Héctor Francisco Arévalo Fomeque<sup>56</sup> en cuanto señala que no se hace necesario para él aportar al proceso el dispositivo móvil, pues ya desde la demanda o la contestación se puede indicar al juez de conocimiento que se desea aportar al proceso un mensaje o contenido enviado por la aplicación WhatsApp y que se desea en la etapa probatoria conducente, exhibir dicho documento. Es así que fundamenta su postura en la aplicación los artículos 265 y 266 del Código General del Proceso, pero como lo dice el profesor Arévalo sería una “exhibición inversa”, que a nuestro entender podría solucionar un poco la forma de incorporar los mensajes de WhatsApp o sus contenidos al proceso. Esta práctica que aconseja el profesor Arévalo consistiría entonces en solicitar al juez que se haga una exhibición, pero no de un documento o cosa que tenga un tercero o la contraparte, sino realizarla por el que tiene el mensaje de WhatsApp y que se exponga en la audiencia de pruebas al juez y que éste lo pueda apreciar y la contraparte contra quien se aduce.

Es así que lo anterior nos centra en el campo de los denominados equivalentes funcionales, es decir, "de los requisitos técnicos, bajo los cuales un documento electrónico cumple la misma finalidad atribuida a un soporte en papel y, por consiguiente, se tiene como su homólogo para efectos jurídicos"<sup>57</sup>.

- b. Aportar la simple impresión en papel. (se aporta copia al proceso), en este caso se podría hacer pantallazos de la conversación

---

<sup>56</sup> Abogado. Especialista en Derecho Probatorio. Maestrando en derecho, énfasis en Derecho Procesal y Probatorio. Docente universitario. Miembro Instituto Colombiano Derecho Procesal.

En seminario de actualización de defensa judicial. Ministerio de Defensa. 30 de septiembre de 2020.

<sup>57</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de 2 de noviembre de 2016. MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.

(imprimiéndola como si fuera una captura de imagen), que puede servir si la conversación no ha sido muy larga o es puntual.

3. Los mensajes y los contenidos de WhatsApp tendrán el tratamiento de la prueba documental y deberán contradecirse, decretarse y practicarse de acuerdo con lo normado el Código General del Proceso, en todo caso y de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-604 de 2016 "se verificará su autenticidad, valor, forma de aportación y uso, y los procedimientos de exhibición, tacha de falsedad y desconocimiento. Estas normas son aplicables a los mensajes de datos, con arreglo a las disposiciones sobre equivalentes funcionales reseñadas con anterioridad y previstas en la Ley 527 de 1999".
4. Los mecanismos con que cuenta la contraparte para controvertir los mensajes de WhatsApp son dos: la tacha de falsedad o el desconocimiento del documento.
5. Para realizar una contradicción eficiente a los mensajes aportados por la aplicación de mensajería WhatsApp, se haría necesario contar con unos peritos especializados para que refuten el contenido de esos mensajes, es por ello que para nuestro entender los mensajes y contenidos de la aplicación son verdaderas pruebas documentales que pueden ser aportadas al proceso con la presunción de autenticidad y que es a la contraparte contra quien se aducen que puede utilizar otros medios de prueba para objetarlas, tal y como hoy en día se realiza con la prueba documental, sin que se deba señalar que hay un peligro y facilidad para falsificar o manipular los mensajes de datos, pues tal como lo indican los

profesores Fredy Toscano y Ulises Canosa<sup>58</sup>, debemos dar la aplicación al principio de buena fe estipulado en la Constitución Política y además tener en cuenta que con un documento en papel también podría haber una manipulación o falsificación y hoy en día se utilizarían los mecanismos procesales con que se cuentan en el Código General del Proceso para su impugnación.

6. El juez para realizar la valoración de los mensajes y contenidos de la aplicación de mensajería WhatsApp debe realizarse en conjunto con otros medios de prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, utilizando las reglas establecidas en el Código General del Proceso (en especial artículo 11) y normas sustanciales en especial lo establecido en la Ley 527 de 1999 en cuanto sean compatibles con el proceso.
7. Hoy en día es cada vez más usual que se pruebe la interacción de las personas a través de un mensaje o contenido de la aplicación WhatsApp, esto debido a que tanto empleadores como empleados o contratantes y contratistas se comunican por medio de esta plataforma de mensajería instantánea, dando así paso a la concreción de material probatorio que puede ser allegado a un proceso judicial con el fin de establecer una situación de acoso laboral, probar la generación de horas extras de trabajo o probar una verdadera relación laboral, esto respecto a la subordinación existente por las órdenes impartidas y por los tiempos de trabajo, entre otros.
8. Los mensajes o contenidos de la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp pueden ser utilizados para demostrar que efectivamente existió

---

<sup>58</sup> Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. TOSCANO, Fredy. *Prueba documental en tiempos de pandemia*. [en línea]. Ob. Cit. y Ámbito Jurídico. CANOSA, Ulises. *Opinión respecto al Valor probatorio de los "pantallazos" de #WhatsApp*. [en línea] Ob. Cit.



una subordinación y dependencia en el caso del contratista que decida demandar ante la jurisdicción contenciosa o puede ser utilizada por el empleador para desvirtuar que la actividad contratada se ejecutó o realizó en forma autónoma, totalmente independiente y no subordinada bajo un nexo distinto del laboral en el caso de la jurisdicción laboral.

9. En la realidad jurídica colombiana no ha habido un pronunciamiento claro respecto de si este medio de prueba pueda llegar a probar si hay una relación de carácter laboral entre contratista y entidad estatal o que haya servido para desvirtuar la presunción avalada por la Corte Suprema de Justicia de la existencia de contrato de trabajo con la sola probanza de la prestación personal del servicio. Sin embargo, es importante tener presente el caso del ordenamiento jurídico Español, donde ya se ha concertado que en un juicio laboral el trabajador y la empresa pueden utilizar todos los medios de prueba necesarios, siempre que sean legales, entre ellos un correo electrónico o una conversación telefónica, asimismo, se puede aportar como prueba una conversación que se haya tenido con el jefe, con un superior jerárquico o con un compañero a través de la aplicación WhatsApp.
  
10. Documentos como los correos electrónicos o instrucciones escritas emitidas por aplicaciones, se podrá constatar conductas indignas como amenazas, comentarios negativos reiterados, tareas que degradan al trabajador por debajo de su categoría o, incluso, donde quede demostrado que existe una sobrecarga de trabajo intencionada. De igual forma los correos que envía el trabajador y que nunca reciben respuesta alguna. Es así como los mensajes o contenidos (videos, grabaciones, audios, etc.) pueden llegar a ser una perfecta prueba para demostrar que el trabajador ha sido acosado laboralmente, eso sí respetando siempre el derecho a la

intimidad y al secreto de las comunicaciones por no recibir autorización de los interlocutores.

11. La Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-574/17, Magistrado Ponente el Dr. Alejandro Linares Cantillo del 14 de septiembre de 2017, se pronuncia por primera vez acerca de que no todas las conversaciones de WhatsApp son de carácter privado, debido a que el derecho a la intimidad no se viola cuando el jefe de una empresa accede a las conversaciones, que sus empleados mantienen a través de grupos institucionales de WhatsApp, puesto que no se trata de una información íntima.
  
12. En el ámbito internacional se ha observado que el ordenamiento jurídico europeo en especial el español ha utilizado el WhatsApp como prueba en juicio y han surgido similares cuestionamientos en lo atienen a verificar si tiene esta prueba validez en juicio y además si sirve cualquier pantallazo que se presente ante el juez. Estos interrogantes han sido estudiados en diferentes casos que se han presentado específicamente en el orden jurisdiccional social (Sala Laboral para Colombia).

## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA

AGUDELO MEJÍA, Dimaro; PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris; TORO, Luis Orlando; BUSTAMANTE, Mónica Maria y VARGAS, Orión. *Derecho procesal contemporáneo perspectivas y desafíos*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2017. 345.7D4312017Ej.1 y biblioteca: Universidad Externado. Capítulo VII Cifrado de extremo a extremo de WhatsApp: un análisis a partir de la prueba documental. Autor: Ana María Mesa Elnesser.

CANO MARTÍNEZ, Jeimy José. *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Conceptos, Retos y propuestas*. Bogotá: Universidad de los Andes- Facultad de derecho- Ediciones Uniandes, 2010. 340.0285P4462010Ej.1 y biblioteca: Universidad Externado. Capítulo II. Valoración de la evidencia digital: análisis y propuesta en el contexto de la administración de justicia en Colombia. Autores: Andrea Rueda Plazas y Jeimy José Cano Martínez

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1974.

OLIVA LEÓN, Ricardo. Presentación. En: AAVV. *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*. OLIVA LEÓN, Ricardo (Coordinador), Juristas con Futuro, 2016.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Décima Sexta Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011.

SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011*. España: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

TORO CAICEDO, Néstor A. *Los mensajes de datos y la prueba electrónica*. Bogotá D.C.: Leyer Editores, 2019.

## DOCUMENTOS Y PÁGINAS EN INTERNET

Acerca de WhatsApp. [en línea] Disponible en <https://www.whatsapp.com/about/>

ADALID. Forensic. [en línea] Disponible en <https://www.adalid.com/servicios/forensic/>

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. TOSCANO, Fredy. *Prueba documental en tiempos de pandemia*. [en línea]. Disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=CgWKgcFrd\\_g&t=380s](https://www.youtube.com/watch?v=CgWKgcFrd_g&t=380s)

ALA@NODO50.ORG. *La validez probatoria del WhatsApp y su incorporación al procedimiento*. [en línea] disponible en <https://ala.org.es/la-validez-probatoria-del-whatsapp-y-su-incorporacion-al-procedimiento/>

Ámbito Jurídico. CANOSA, Ulises. *Opinión respecto al Valor probatorio de los "pantallazos" de #WhatsApp*. [en línea] Disponible en [https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/517780175586047/?\\_\\_so\\_\\_=serp\\_videos\\_tab](https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/517780175586047/?__so__=serp_videos_tab)

Ámbito Jurídico. TOSCANO, Fredy. *Opinión respecto al valor probatorio de los "pantallazos" de #WhatsApp* [en línea] Disponible en <https://www.facebook.com/AmbitoJuridicoLegis/videos/145102110264351/>

CHARLOTTE REYES, Cindy. *La prueba electrónica en materia civil*. [en línea] 09 de 2013. Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. Disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/41cindy-charlotte-reyes-s.pdf>

ChemicalSafetyFacts.org. Nanotecnología. [en línea] Disponible en <https://www.chemicalsafetyfacts.org/es/nanotecnologia/>

evLab. *¿Qué es evLab?* [en línea]. Disponible en <https://evlab.co/>

Loentiendo. *Los WhatsApp como prueba del trabajador en un juicio laboral.* [en línea] 2021. Disponible en <https://loentiendo.com/whatsapp-prueba-juicio-laboral/>

## **JURISPRUDENCIA**

### **CONSEJO DE ESTADO.**

- Sección Segunda. Sentencia de 17 de abril de 2008, radicado: 2776-05, CP.: Jaime Moreno García

### **CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias**

- SU-040 de 10 de mayo de 2018, MP.: Cristina Pardo Schlesinger
- T-574 de 14 de septiembre de 2017. MP.: Alejandro Linares Cantillo
- De 2 de noviembre de 2016. MP.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- C-831 de 8 de agosto de 2001, MP.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- C-662 del 8 de junio de 2000. MP.: Dr. Fabio Morón Díaz.

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

- Sala Laboral. Sentencia SL-40272017 (45344), Mar. 08 de 2017. MP.: Gerardo Botero Zuluaga.

## **NORMATIVA**

### **Internacional**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. Sala de lo Social. Sede: Bilbao. Sección: 1. Sentencia. Roj: STSJ PV 2941/2014 – ECLI: ES:TSJPV:2014:2941. Id Cendoj: 48020340012014101494. 23/09/2014. Nº de Recurso: 1667/2014. Nº de Resolución: 1653/2014. Recurso de suplicación. Ponente: Juan Carlos Benito-Butron Ochoa.

## **Nacional**

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

DECRETO 2127 DE 1945

DECRETO LEY 2663 de 1950. Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949

GACETA DEL CONGRESO, SENADO Y CÁMARA. 17 de Noviembre de 2009. Año XVIII. No. 1.173

GACETA DEL CONGRESO. Informe de Ponencia para Primer Debate Proyecto de Ley Número 159 de 2011 Senado, 196 de 2011 Cámara.

### **LEYES**

- 1564 de 2012.
- 1395 de 2010.
- 1341 de 2009.
- 1149 de 2007.
- 1010 de 2006.
- 527 de 1999.