

Naturaleza probatoria del correo electrónico y el *whatsapp*, en Colombia

Hernán Arvey Ramos Escobar

heramose@poligran.edu.co

Carlos Humberto Restrepo García

carestrepo10@poligran.edu.co

Jorge Iván Pastor Álvarez

jopastor@poligran.edu.co

Politécnico Grancolombiano

Programa de Derecho

Medellín – Antioquia

Colombia

Resumen

Colombia en el año de 1999, siguiendo las recomendaciones de la Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), expide la ley 527 para hacer frente a las realidades jurídicas y sociales generadas en el mundo con la estandarización de la red (World Wide Web) y el correo electrónico (email), donde se definía y equiparaba los documentos electrónicos y su correspondiente valor probatorio al de cualquier documento impreso o en papel.

Este artículo describe una línea de tiempo con los hechos más significativos de la evolución legislativa y jurisprudencial en Colombia desde ese momento hasta la actualidad, en época de pandemia, para describir el valor probatorio de los documentos electrónicos como el WhatsApp o el email, y evidenciar que no ha sido pacífica su interpretación, bien con el carácter de plena prueba documental o simplemente como prueba indiciaria.

Tal vez llegó el momento de actualizar con claridad nuestra legislación a los nuevos tiempos. Desde la llegada de las herramientas digitales, visibilizadas mucho más con la obligada virtualidad a consecuencia del coronavirus, el mundo no volverá a ser igual y el Derecho no es una excepción. Es este el hilo conductor que guía el presente escrito.

Palabras clave: Documento electrónico, mensaje de datos, valor probatorio, firma electrónica, validez probatoria, documento impreso, evolución legislativa y jurisprudencial.

Abstract

Back in 1999, following the recommendations of the United Nations Commission for the Unification of International Trade Law (UNCITRAL), Colombia issued Law 527 to deal with the legal and social realities generated in the world with the standardization of the network (World Wide Web) and electronic mail (email), where electronic documents and their probative value were defined and equated to that of any printed or paper document.

This article describes a timeline with the most significant events of the legislative and jurisprudence evolution from that moment to the present times of the pandemic, to describe the probative value of electronic documents such as WhatsApp or email, and to show that their interpretation has not been peaceful, either with the character of full documentary evidence or simply as circumstantial evidence.

Perhaps the time has come to clearly update our legislation to the new times. Since the arrival of digital tools that were made much more visible with the compulsory virtuality as a result of the coronavirus, the world will never be the same again and the Law is no the only exception. This is the common thread that guides this writing.

Key words: Electronic document, data message, electronic signature, probative value, printed document, legislative and jurisprudence evolution.

Recepción: Fecha de entrega 05.11.2020 Aceptación: Fecha de sustentación DD.MM.

AAAA

Cite este artículo como:

Ramos H., Restrepo C., Pastor J. (2020). Naturaleza probatoria del correo electrónico y el

WhatsApp en Colombia. Politécnico Gran Colombiano. [p.20]

Introducción

La legislación colombiana no está acorde con los avances tecnológicos respecto al uso del correo electrónico y WhatsApp como elementos probatorios. Los adelantos han sido mínimos desde 1999 hasta ahora, período durante el cual se ha limitado a generar una serie de jurisprudencias que están muy lejos de convertirse en normas; se plantea la siguiente pregunta en el presente artículo: ¿ha sido uniforme la jurisprudencia y las diferentes normas en Colombia para la valoración de la prueba digital como el WhatsApp y el correo electrónico?

El presente trabajo pretende estudiar la naturaleza jurídica de los medios electrónicos como elementos probatorios, toda vez que es un tema de interés público, máximo en esta época en la que se obligan ciertos cambios prácticos en la forma de ver el derecho. Así como también, analizar la validez de los documentos digitales en equivalencia con los elementos escritos en papel, los cuales tradicionalmente han sido valorados como elementos de prueba en el argot jurídico.

Las tecnologías de la información forman parte del quehacer cotidiano, involucrándonos con un mundo cada vez más avanzado, al cual no debemos mirar con indiferencia; nuestra condición laboral, familiar y social está girando en torno a ellas, la pandemia del COVID 19, nos ha obligado a diseñar nuevos estilos de vida y en especial, tomar como herramienta principal toda ayuda tecnológica posible para desarrollar de manera eficaz nuestro trabajo y establecer contacto con el exterior.

Un estudio de esta naturaleza es de real importancia para quienes ejercemos el derecho y sobre todo para quienes se benefician de él, porque la agilidad con que se mueve el mundo de hoy requiere de técnicas y estrategias que contribuyan a dar soluciones a problemáticas jurídicas en el menor tiempo y con la mayor eficacia posible.

Capítulo I

Marco Jurídico Analítico

El Gobierno en Línea (GEL), ha diseñado diferentes políticas públicas que están orientadas a la inserción de Colombia dentro de la sociedad del conocimiento, lo que moldeaba el futuro del uso y de la apropiación de estas tecnologías durante los años 2008 y 2010.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, basan su marco normativo en la Ley 1341 de 2009 o Ley TIC. Su importancia radica en el derecho que tienen todos los ciudadanos a beneficiarse de los servicios, regulando la igualdad de condiciones a los prestadores de este servicio (Min Tic, 2009. p. 1-3).

Con el fin de continuar con la actualización del estado en temas de tecnologías de la información en el gobierno nacional, nace la Ley 1978 de 2019, para la Modernización y debida transformación del tema referenciado, cuyo objetivo es brindar una serie de herramientas para, según la Universidad Externado de Colombia (2020).

Al respecto, es preciso tomar en cuenta que, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica debido a la presente problemática del COVID-19, el Gobierno Nacional a través del Decreto 806 de 2020, dictó medidas para la continuidad de los procesos que se adelantan ante la Rama Judicial, las autoridades Administrativas con funciones Jurisdiccionales y los Árbitros; garantizando el debido proceso, la publicidad y el derecho de contradicción de las partes. (Ministerio de Justicia y del Derecho, decreto 806 de 2020, *ABC del decreto 806 de 2020*, p. 1, 2).

La ley 527 es un producto armonizado a nivel mundial y consensuado sobre los fundamentos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico y el uso de los mensajes de

datos como una nueva forma jurídica válida de manifestar la voluntad como medio de prueba (Congreso de Colombia, 1999).

Es importante destacar el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, artículo 44 de la ley en mención, que otorga validez no solo al contenido del texto del mensaje, sino a otros textos a los cuales hace referencia.

De esta manera, el texto por remisión cuenta con el mismo grado de validez jurídica como si fuere parte del texto del mensaje de datos según (Cano, 2010), esto es, en concordancia con el artículo 243 del Código General del Proceso:

Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, telones, 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 (Cano, 2010, p.12).

Según la legislación colombiana, un documento original corpóreo es la fuente primaria de la información con todos sus rasgos y características que lo hacen valedero de autenticidad; El artículo 2 de la mencionada ley nos amplía la percepción de cómo se ha introducido el mensaje de datos a nuestro sistema jurídico y que se asimila como un documento electrónico.

Para poder interpretar la definición del mensaje de datos como documento electrónico, tendremos que analizar el artículo 11 de la misma ley;

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. (Cap. II, 1999. *Alcance probatorio de los mensajes de datos*).

Según el artículo anterior, se hacen necesarios ciertos requisitos de validez del mensaje de datos tales como: la confiabilidad, integridad, identificación del indicador.

Para todo efecto legal este documento, debe equipararse al documento de papel, amparado en el principio de equivalencia funcional; cuando este documento cumpla con las técnicas electrónicas requeridas, ya que pueden equipararse con las características de la información transmitida en un documento de papel.

Para poder otorgar una visión mucho más amplia del correo electrónico como medio de prueba, debemos definir muy bien el concepto, tomando como referencia el libro del XLI del Congreso Colombiano en Derecho procesal en su página 1038:

El correo electrónico se define por el diccionario de la RAE como un “Servicio de la sociedad de la información que permite enviar y recibir mensajes con posibilidad de adjuntar todo tipo de contenidos digitales desde un ordenador o dispositivo móvil conectado a internet”.

El artículo 165 del Código General del Proceso, nos habla de forma clara sobre los medios de prueba.

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. (Código General del Proceso, Art 165)

El correo electrónico es una prueba documental y por tanto debe tenerse en cuenta para la nombrada valoración de la prueba digital. “Libertad para acreditar los hechos por cualquiera de los medios de prueba enumerados, La libertad de medios significa que el juez puede admitir los que considere útiles, pero no prescindir de ellos” (Canosa U., 2012).

Al respecto no podemos dejar atrás el artículo 55 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Para una mejor comprensión se ilustra de la siguiente manera:

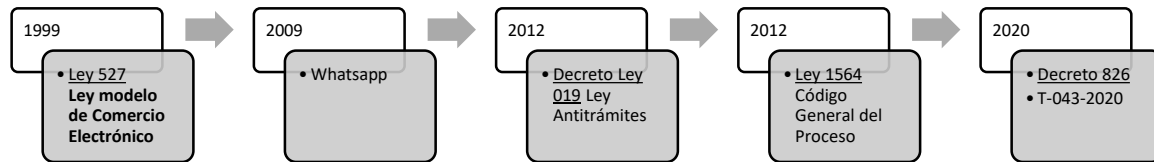


Figura 1. Línea de tiempo en el desarrollo de nuestra legislación para los mensajes de datos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr. Pedro Octavio Munar en la sentencia del 16 de diciembre de 2010, se pronunció para otorgar a los documentos electrónicos aptitud probatoria, allí refirió:

Que de acuerdo a los postulados que revela el artículo 11 de la Ley 527 de 1.999, se debe atender las reglas de la sana crítica, que debe ajustarse con la confiabilidad que ofrezca el correo, es decir, la forma como se creó, igualmente acomete el estudio del archivo, comunicado del mensaje, su confiabilidad, conservación de la integridad de la información, su autor o cualquier otro componente relevante que se dé en esta clase de información y/o documentos.

Igualmente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-831 DE 2001, y con ponencia del Doctor Álvaro Tafur Galvis, al referirse al tema de los documentos electrónicos, hizo una exposición de lo que era el intercambio electrónico de datos e información y se ciñó a examinar si la aplicación de la ley 527 de 1999, se limitaba solo al comercio electrónico o su aplicación era general para todos los mensajes de datos, para

lo cual advirtió que el proyecto de ley colombiana tuvo como modelo la ley de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- sobre Comercio Electrónico. (Sentencia 2004-01074, 2010)

Como se advierte, el tema no es nuevo en nuestro derecho, pero si tiene interesantes ramificaciones que pasan a analizarse.

Capítulo 2

MÉTODO

Es claro que el método en el presente artículo busca estrategias por medio de la investigación de forma cualitativa para alcanzar el objetivo trazado, el cual para el presente trabajo es llevarnos a analizar la naturaleza probatoria del correo electrónico y el *whatsapp* en Colombia.

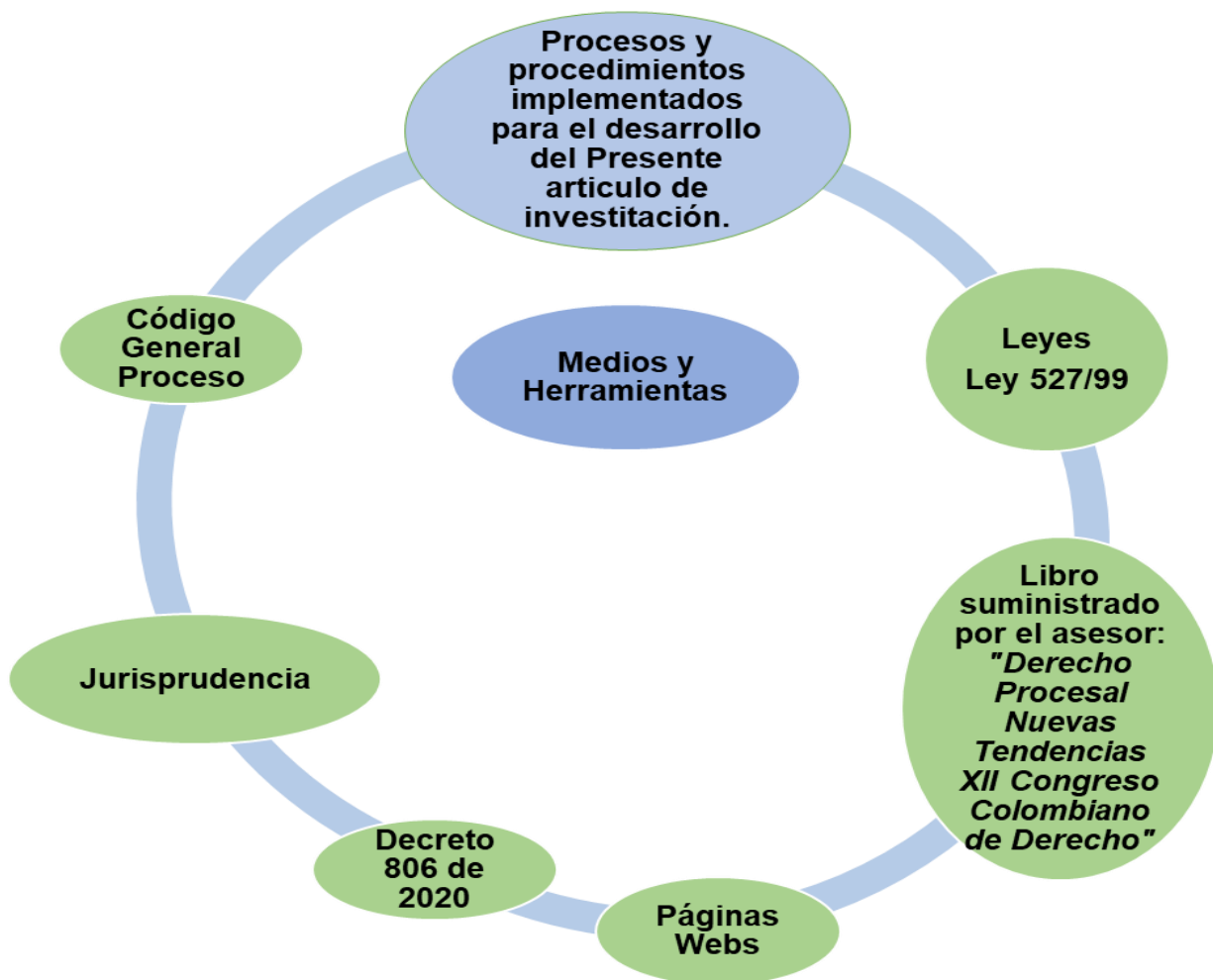


Figura 2. Estrategias y herramientas utilizadas.

Fuente: Elaboración propia.

La descripción muestra la línea de tiempo en las condiciones del tratamiento legal de la investigación de corte cualitativo que se realizó. El enfoque descriptivo buscó establecer las condiciones más importantes del tema objeto de estudio. Este tipo de acercamiento se logró a partir de una limitada bibliografía que sobre el tema existe, pero con ayuda de elementos jurisprudenciales se pudo realizar.

Capítulo 3

ANÁLISIS

Para darle una interpretación de datos cualitativos al presente artículo se escogieron diferentes medios o herramientas para atender el tema principal de esta investigación.

Se evidencia que no ha sido uniforme ni pacífica la jurisprudencia en Colombia para la valoración de la prueba digital del WhatsApp y el correo electrónico; de allí se requiere una modificación o actualización a la normatividad vigente que unifique ello.

Son muchos los medios y herramientas jurídicas en material probatorio en cuanto al correo electrónico y el WhatsApp, de hecho, esos medios y herramientas se entrelazan entre sí, pues sólo basta con darle una mirada al Código General del proceso en su artículo 165 el cual nos ilustra en materia de prueba.

En cuanto a las leyes o normas la primera norma en Colombia que hace referencia al derecho y la tecnología fue la Ley 527 de 1.999, que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, especialmente los Capítulos I y II en sus artículos 3,4,5,6, 9,10,11, 12,13.

Esta Ley de Comercio Electrónico, aporta además los dos grandes principios universales de la prueba por mensaje de datos: 1. El primero, la Neutralidad Tecnológica, donde no importa la tecnología que se utilice para generar el mensaje de datos, este tendrá el mismo carácter, ya sea Twitter, Facebook, Instagram, correo electrónico, etc.

El segundo, la Equivalencia Funcional, aplicable cuando la ley requiera que un hecho debe probarse por medio escrito, se puede satisfacer esta exigencia con un mensaje de datos,

Art. 5 de la Ley 527 de 1.999, que señalan que no se le desconocen efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria, a la información por la sola razón que esté en forma de mensaje de datos digital; a su vez el Art. 6 de la ley anterior, expresa que dichos efectos jurídicos también se aplican para los mensajes de datos cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, siempre y cuando esta sea accesible para su posterior consulta, es decir, este principio equipara el documento escrito con el mensaje de datos electrónico.

En efecto, lo anterior determina la doble naturaleza probatoria que tiene el WhatsApp, bien como prueba documental o como prueba indiciaria, esta última con una connotación de valor atenuado, según el pronunciamiento de la Corte en la T-043 de 2020, donde se cuestionaba el valor probatorio de una serie de capturas de pantalla.

La corte afirma que:

Más allá de la implementación de nuevas herramientas tecnológicas que favorezcan la eficacia en el ejercicio de impartir justicia y mejorar la interrelación con el usuario, los avances tecnológicos conllevan otro desafío para el derecho probatorio, pues las nuevas formas de comunicación virtual en algunas ocasiones o escenarios pueden constituir supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica. (Sentencia T-043, 2020)

Y resuelve que:

No son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. Concluyendo que, las capturas de pantalla, al no tener metadatos y poder ser fácilmente alteradas, no son prueba electrónica, pero constituyen prueba indiciaria, cuya valoración corresponde al juez,

quien deberá analizarla en conjunto con los demás elementos probatorios del caso.

(Sentencia T-043, 2020)

Al respecto, nos sorprende la reciente posición jurisprudencial de la Corte al limitar el valor de las capturas de pantalla como plena prueba documental y llevarlo a nivel de simple elemento indiciario. Creemos en el valor pleno de los documentos electrónicos como prueba documental, a la cual, de otra parte, puede impugnársele las excepciones de tacha por falsedad o por no conocimiento como garantía procesal. Por lo tanto, coincidimos con lo que expresa Laura Estephanía Huertas Montero, en su ponencia del valor probatorio del WhatsApp y del correo electrónico, dentro del XLI Congreso Colombiano de derecho procesal (2020).

Finalmente, este análisis nos lleva al **Decreto 806 de 2020**, Además, elimina el requisito de presentación personal de los poderes, artículo 5, donde estos se podrán conferir mediante un mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, presumiéndose auténticos, con lo cual se actualiza y modifica el artículo 74 C.G.P.

En la siguiente tabla damos una ilustración clara y precisa al presente análisis con una interpretación de los datos cualitativos acorde al método referenciado:

	Hallazgo	Perspectiva
Jurisprudencia C S J- Sala de Casación Civil, en la sentencia 2004-01074 del 16 de diciembre de 2010. C-831 DE 2001.	Se encuentra que en este hay diferentes formas interpretar las normas o leyes existentes por los diferentes doctrinantes o legisladores, es decir, a veces se presentan contradicciones interpretativas de dichas normas o leyes.	La óptica que se evidencia con las diferentes posiciones del legislador demuestran que si hay regulación de la prueba digital en Colombia, pero que no hay un consenso jurisprudencial más exactamente en “una buena sentencia de unificación” que valide de una forma eficiente y eficaz las pruebas

T-043 de 2020		digitales en los diferentes procesos en el derecho.
Código General del proceso (C.G.P) y CPACA.	C.G.P: Existen varios artículos que regulan la prueba electrónica en Colombia, tales como: 165 y 243; CPACA: artículo 55.	Demuestran lo diferentes artículos que estos Códigos deberían unificar criterios, para que con una buena claridad no hayan formas diferentes de interpretar los mismos.
Ley 527 de 1999.	Nos dice que fue la primera norma en Colombia que hace referencia al derecho y la tecnología; no obstante en ella se dictan otras disposiciones, especialmente los Capítulos I y II en sus artículos 3,4,5,6, 9,10,11, 12,13.	Invita a que ya es hora, y máxime con la pandemia del COVID-19, a que se actualice la legislación y se unifique la jurisprudencia en materia de la prueba digital en Colombia.
Decreto 806 de 2020.	El Gobierno expidió este para facilitar el acceso a la justicia a través de medios virtuales y busca agilizar los procesos en medio de la pandemia.	Es claro que este decreto vino a quedarse en nuestra legislación colombiana, pero es importante resaltar que para quedarse requiere de ciertos cambios a través de leyes o inclusiones a los diferentes códigos que actualmente regulan la prueba digital en Colombia; cambios que seguramente se darán pronto.

Tabla 1. Jurisprudencia, Normas o Leyes.

Capítulo 4

CONCLUSIONES

La legislación y la jurisprudencia no solo en Colombia sino en gran parte del mundo globalizado, se ven enfrentadas a decidir si los mensajes electrónicos vía email o por WhatsApp, tienen valor probatorio dentro de sus procesos judiciales.

Transcurridos 22 años desde la expedición de la ley 527 de 1999 -cuando ni siquiera existía el WhatsApp- y 9 años desde la promulgación del Código General del Proceso, ley 1564 del 2012, consideramos que, ante el veloz avance del mundo digital en nuestra vida diaria, y para efectos de claridad y seguridad jurídica, se hace necesario la expedición de una nueva normatividad que resuelva los conflictos de interpretación de la prueba electrónica que aún persisten.

En el caso de la sentencia T-043 de 2020 antes referida, los mensajes de WhatsApp no se valoraron como auténticos elementos de prueba documental, solo con un valor de prueba indiciaria atenuada, en consideración a que estos podían ser objeto de alteraciones, desconociendo que el mensaje de datos tiene presunción de autenticidad y que como tal, es prueba documental según lo estipulado en la ley 527 de 1999, en la ley 1564 del 2012 (CGP) y en contradicción con la misma jurisprudencia generando inestabilidad jurídica.

Consideramos que el documento electrónico que se aporta al proceso tiene entidad propia y se presume auténtico. No es necesario afianzarlo con prueba pericial, con la excepción de que en la oportunidad procesal pertinente, se impugne por tacha de falsedad o se desconozca.

Referencias bibliográficas

- Cano, J. (2010). El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Conceptos, retos y propuestas. Universidad de los Andes. p.12. Recurso digital disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/10.7440/j.ctvt6rnj4>
- Canosa Suárez, U. (2012). Plan De Reformación De La Rama Judicial, La Prueba En Procesos Orales Civiles Y De Familia Cgp – Ley 1564 de 2012. p. 83.
https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/docs2016/modulo_pruebas_cgp.pdf
- Congreso de Colombia. (1999). Ley 527. (MP Álvaro Tafur Galvis) p. 1- 3. Obtenido de:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>
- Congreso Nacional. (2009). *Ley 134, 30 de julio de 2009*. MinTic. Colombia. Recurso digital disponible en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-8580_PDF_Ley_1341.pdf
- Corte Constitucional. (2020, 10 de febrero). Sentencia T-043 (MP Jose Fernando Reyes Cuartas). Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-043-20.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (2010, 16 de diciembre). Sentencia 2004-01074 (MP Pedro Octavio Munar Cadena). Obtenido de:
http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_9a85a11c9e230056e0430a0101510056
- Díaz, S. (2017). Acción De Responsabilidad Contractual, Valoración De La Prueba, Tacha De Documento Falso, Correo Electrónico, Sistema De La Sana Crítica, Valor Probatorio De La Copia Simple De Documento. Consejo de Estado. Colombia. Recurso digital disponible en:
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_3738b5fb93a84fb6862262d58331e65b

Guzmán A.,C. (2016). *Análisis sobre La valoración de la evidencia digital en el Código General del Proceso*. [https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/la-](https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/la-valoracion-de-la-evidencia-digital-en-el-codigo-general-)

[valoracion-de-la-evidencia-digital-en-el-codigo-general-](https://www.ambitojuridico.com/noticias/procesal-y-disciplinario/la-valoracion-de-la-evidencia-digital-en-el-codigo-general-)

Morón, F. (2002). Sentencia C-662/00. Corte Constitucional. Recurso digital disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-662-00.htm>

Rincón C. (2016). *Análisis sobre La valoración de la evidencia digital como norma de carácter probatorio*. Doctor en Derecho. Experto en Derecho y TIC.

SIUN. (2020). Decreto 806 de 2020. Jurisprudencia 4 de junio. Presidencia de la República,

Colombia. p. 27-34. Recurso digital disponible en: <http://www.suin->

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039342](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30039342)

Tejada, H. (2013). Algunos apuntes en torno a la prueba electrónica, a propósito del Código de

Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Monitor Estratégico.

Universidad de los Andes. p. 74-81. Disponible en:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/SSA/apuntes-prueba-electronica.pdf>

Universidad Externado de Colombia. (2020). Colombia, un país que avanza hacia la

modernización de las TIC. Artículo de opinión. Universidad Externado de Colombia.

Colombia. Recurso digital disponible en:

<https://www.uexternado.edu.co/derecho/colombia-un-pais-que-avanza-hacia-la-modernizacion-de-las-tic/>

www.ambitojuridico.com/noticias/tic/uso-de-medios-electronicos-i-la-ley-527-de-1999