

**Valoración probatoria de los mensajes vía WhatsApp: análisis desde el proceso penal  
colombiano.**

**Nayibe Flórez Villamizar**

**Angélica Tatiana Rojas Burgos**

**Trabajo de grado para optar el título de Magíster en Derecho**

**Director**

**Luis Francisco Casas Farfán**

**Doctor en derecho de la Universidad de Alcalá**

**Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**División de Ciencias Jurídicas y Políticas**

**Maestría en Derecho**

**2024**

## **Dedicatoria**

*Dedicamos esta tesis principalmente a Dios, por darnos la fuerza necesaria para  
culminar esta meta.*

*A nuestras familias, por ser la motivación constante para nuestro creciendo profesional y  
académico.*

*Nayibe Flórez Villamizar  
Angélica Tatiana Rojas Burgos*

### **Agradecimientos**

*Agradecemos profundamente a nuestro director de tesis por su dedicación y paciencia, sin sus palabras y correcciones precisas no habiésemos podido lograr llegar a esta instancia tan anhelada. Gracias por su guía y todos sus consejos.*

*También agradecemos a la universidad que nos ha exigido tanto y a los docentes que han sido parte de nuestro camino universitario por transmitirnos los conocimientos necesarios para poder culminar con este trabajo.*

*Nayibe Flórez Villamizar  
Angélica Tatiana Rojas Burgos*

## Contenido

Introducción .....	11
1. Valoración probatoria de los mensajes vía WhatsApp: análisis desde el proceso penal colombiano.....	13
1.1. Planteamiento del problema.....	13
1.2 Justificación.....	15
1.3 Objetivos .....	16
1.3.1. Objetivo general .....	16
1.3.2. Objetivos Específicos.....	16
2. Marco referencial .....	17
2.1 Marco teórico .....	17
2.2. Estado del arte .....	19
2.3. Hipótesis.....	26
3. Método .....	26
4. Resultados .....	28
4.1. Tratamiento de la prueba electrónica dentro del proceso penal en Colombia .....	28
4.1.1. Aproximación al concepto de prueba electrónica.....	28

4.1.2. Naturaleza de la prueba electrónica y su equivalencia al documento .....	33
4.1.3. Marco legal aplicable.....	36
4.2. Alcance probatorio de los mensajes de datos por vía de WhatsApp.....	43
4.2.1. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el valor probatorio de los mensajes de WhatsApp .....	43
4.2.3. Posición de la Comisión de Disciplina Judicial.....	47
4.2.4. Valor probatorio dado por Altas Cortes en otros países a los mensajes de WhatsApp	49
4.3. Delimitación de la valoración probatoria de los mensajes de datos por vía de WhatsApp	53
4.4. Propuesta de un tratamiento sistémico dentro del ordenamiento jurídico .....	57
5. Conclusiones.....	61

**Lista de figuras**

<b>Figura. 1.</b> <i>Dinámica del otorgar un mensaje de datos como prueba.....</i>	22
<b>Figura. 2.</b> <i>Prueba electrónica .....</i>	30
<b>Figura. 3.</b> <i>Equivalencia documental y electrónica .....</i>	36
<b>Figura. 4.</b> <i>Prueba electrónica en Colombia.....</i>	41
<b>Figura. 5.</b> <i>Valor probatorio conforme Corte Constitucional.....</i>	45
<b>Figura. 6.</b> <i>Valor probatorio conforme a la Corte Suprema de Justicia .....</i>	46
<b>Figura. 7.</b> <i>Valor de los mensajes de datos de WhatsApp .....</i>	56
<b>Figura. 8.</b> <i>Propuesta de sistematización del mensaje de datos por vía de WhatsApp .....</i>	58

**Lista de apéndices**

**Apéndice A.** *Fichas de recolección jurisprudencial Corte Suprema de Justicia* ..... 71

**Apéndice B.** *Fichas de recolección jurisprudencial Corte Suprema de Justicia* ..... 73

### Resumen

El presente trabajo de grado tiene como objetivo general analizar el valor probatorio que tienen los mensajes de WhatsApp en Colombia en el proceso penal. Dicho aspecto se deriva esencialmente del debate que existe acerca de la forma en que los operadores jurisdiccionales realizan el procedimiento de valoración probatoria a los mensajes de datos que provienen de la aplicación WhatsApp, incentivado por las diversas posturas que han asumido las altas cortes que los han tomado como pruebas indiciarias, documentales o evidencia meramente electrónica. Por tal razón, la investigación acude a una metodología cualitativa y deductiva, lo que permitía llevar de lo general de los conceptos a lo particular de la aplicación del tema en el derecho procesal penal. Dicho esto, el trabajo de grado permitió que se generara como principales resultados, una propuesta de sistematización, en la que se acepta i) la validez probatoria de estos mensajes de datos por cualquier vía que se incorporen al proceso, ii) un margen de valor dado por el medio sea este documental o pericial y iii) la valoración del operador jurisdiccional depende estrictamente de los criterios de la sana crítica y la integridad con la que se guardan dichas pruebas.

*Palabras clave:* Mensaje electrónico, Proceso penal, Prueba documental, Valoración probatoria, WhatsApp.

### **Abstract**

The general objective of this degree work is to analyze the evidentiary value that WhatsApp messages have in Colombia in criminal proceedings. This aspect essentially derives from the debate that exists about the way in which jurisdictional operators carry out the evidentiary assessment procedure for data messages that come from the WhatsApp application, encouraged by the various positions that the high courts that have adopted them have taken. taken as indicative evidence, documentary evidence or purely electronic evidence. For this reason, the research uses a qualitative and deductive methodology, which allowed us to go from the general concepts to the particular application of the topic in criminal procedural law. That said, the degree work allowed the main results to be generated, a systematization proposal, in which i) the evidentiary validity of these data messages is accepted by any means they are incorporated into the process, ii) a margin of value given by the medium, be it documentary or expert, and iii) the assessment of the jurisdictional operator depends strictly on the criteria of sound criticism and the integrity with which said evidence is kept.

*Keywords:* Electronic message, Criminal process, Documentary evidence, Evidentiary assessment, WhatsApp.

## **Glosario**

**TIC:** Tecnología de la Información y de las Comunicaciones

**MMS:** Sistema de Mensaje Multimedia

**SMS:** Sistema de Mensajes Simples

**CGP:** Código General del Proceso

**CPP:** Código de Procedimiento Penal

## Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad se han gestado cambios a medida que el tiempo avanza y el proceso judicial se ha establecido como el medio creado para resolver los conflictos que puedan surgir. No obstante, es crucial que los operadores judiciales no basen sus decisiones únicamente en sus creencias o impresiones, sino que fundamenten sus conclusiones en pruebas que les brinden certeza. Desde esta óptica, la prueba puede considerarse como el cimiento en el que pueda fundamentarse cualquier situación pasada y con ello darle validez y efectividad a la protección de los intereses y derechos presentes (Yáñez & Castellanos, 2016, p. 565). Su objetivo principal es presentar la verdad de los hechos ante el sistema judicial para lograr la impartición de justicia.

El proceso puede resultar largo y complejo para todas las partes involucradas, quienes buscan defender sus intereses a través de pruebas recopiladas y presentadas. Sin embargo, el rol de los profesionales del derecho también es altamente complejo, ya que les incumbe la tarea de establecer las reglas aplicables a los medios de prueba según su naturaleza, así como adaptarse a los avances tecnológicos que surgen en cada época. Es crucial que el derecho avance en paralelo con la sociedad, aunque lograr esa sincronización no siempre sea sencillo.

De este modo, la tecnología ha desempeñado un papel crucial en la construcción y consolidación del conocimiento, mediante instrumentos y recursos valiosos. Sin embargo, también ha planteado desafíos legales y conflictos en este ámbito. Un ejemplo evidente es el cambio en la forma de transmitir información. Antes, esta se compartía verbalmente o por escrito, pero en la actualidad, puede ser transmitida de manera intangible a través de hardware y software, eliminando

la necesidad de soporte material y permitiendo una nueva forma de presentar pruebas en procesos judiciales.

El uso de las TIC crea un escenario donde los conflictos pueden originarse tanto en el mundo físico como en el virtual, a través de interacciones en medios electrónicos. Esto resalta la necesidad de reconstruir los hechos para llegar a la verdad procesal en el proceso judicial. Sin embargo, para lograrlo, es esencial desarrollar normativas que incluyan técnicas y estrategias que no solo transmitan la información, sino que también la autentiquen, garantizando así la veracidad de la prueba (Yepes, Pérez, & Mario, 2022).

## **1. Valoración probatoria de los mensajes vía WhatsApp: análisis desde el proceso penal colombiano.**

### **1.1. Planteamiento del problema**

A lo largo de los años se ha evidenciado cómo el avance de la tecnología ha entrado a generar cambios significativos e impacto dentro de la sociedad. Dichas modificaciones han permitido crear espacios y escenarios idóneos para un mayor alcance del conocimiento, así como un fácil y flexible entendimiento del entorno. La revolución tecnológica ha sido gradual y ha pasado por varias etapas, siendo la cuarta revolución reconocida como la más disruptiva en la historia de la humanidad, debido a la democratización de la tecnología que sustituye, complementa y enriquece factores anteriormente inalcanzables.

Según Chávez (2004), en su trabajo sobre el desarrollo tecnológico, se ha creado una división temporal en la doctrina que marca este momento histórico. En este contexto, Acciari (2019) señala que los abogados que trabajan en esta nueva realidad deben estar dispuestos a realizar cambios a su entorno de conocimiento y añadirle nuevos valores de forma más ágil y eficiente. Aspecto que Corrales et al (2019) explica al indicar que al igual que la tecnológica modifica todos los sistemas de la sociedad, esta misma entra a generar cambios a la forma en cómo se aplican las normas, inclusive como se estructura la actual industria legal.

Por tanto, es innegable que el uso de tecnologías no puede alejarse totalmente de las ciencias jurídicas, ni ignorar la era digital en la que vivimos, dado que es una realidad global que está siendo regulada gradualmente en diferentes países. Esto se refleja en un gran impacto en el campo del derecho, especialmente en materia probatoria, donde las reglas actualizadas se adaptan a las nuevas realidades tecnológicas. Sin embargo, como advierte Sierra (2019), el rápido

desarrollo de la tecnología ha alcanzado al derecho, generando que la jurisprudencia deba abordar las lagunas normativas en este ámbito.

En este contexto, cada vez es más común que las partes basen sus pretensiones en mensajes de WhatsApp, correos electrónicos, fotos, grabaciones de audio o video, o en archivos almacenados en la nube o en llaves USB. Sin embargo, la obtención de este tipo de pruebas requiere procedimientos de investigación innovadores, sin que esto representa una posible vulneración a las garantías fundamentales de quienes se investigan.

A pesar de la importancia de su incorporación al litigio, cuando se trata de mensajes de datos, su valor probatorio no ha sido universalmente aceptado por la legislación en los diferentes países. En Colombia, por ejemplo, se han aplicado diferentes criterios de interpretación constitucional. El alto tribunal constitucional, en su fallo C-604 de 2016, señaló que los mensajes de datos, al ser impresos, pierden ciertas capacidades técnicas que garantizan su autenticidad, considerándolos como meras reproducciones y, por tanto, su valor como prueba documental es limitado.

Sin embargo, entre 2020 y 2022, las capturas de mensajes de WhatsApp fueron reconocidas como pruebas indiciarias y con la sentencia T-467 de 2022 la Corte Constitucional estableció que se aplicarán por analogía las reglas del medio de prueba documental, conforme a la Ley 527 de 1999, que regula el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales. Además, estableció exigencias de validez probatoria en sus artículos 6, 7 y 8, donde es indispensable conocer quién emitió o elaboró el mensaje de datos y que este sea original, garantizando al juez que no ha sido alterado desde su generación.

Por lo tanto, queda claro que hay retos al legislar y emitir jurisprudencia sobre la aceptación de estos mensajes como medios probatorios con un nivel de validez procesal, especialmente en el proceso penal. Es necesario analizar el valor probatorio de los mensajes vía *WhatsApp* en Colombia en esta área específica.

## **1.2 Justificación**

Dado que el desarrollo tecnológico ha generado nuevos canales de comunicación e información, como los servicios de mensajería instantánea SMS y mensajería digital, que dejan una trazabilidad de las actividades diarias, aquellos se han vuelto de gran importancia tanto para la humanidad como para el futuro de la justicia. Sin embargo, hasta ahora el panorama no está del todo claro en cuanto a si estos nuevos medios deben ser considerados como parte integral de los procesos judiciales. La manipulación y la falta de un marco regulatorio específico representan un gran desafío para los jueces al tener que evaluarlos y determinar si pueden implicar transgresiones a los derechos fundamentales.

Este trabajo de investigación tiene como objetivo explicar cuál es la valoración probatoria de los mensajes de WhatsApp en Colombia, dado que la corte constitucional ha mantenido, a lo largo del tiempo, diferentes criterios de interpretación respecto al valor probatorio de las conversaciones en WhatsApp. La Corte ha indicado que las capturas de mensajes de WhatsApp pueden adquirir valor probatorio siempre y cuando cumplan con los requisitos de la prueba electrónica. En contraste, la Corte Suprema de Justicia - Sala Penal tiende a valorar tales capturas como indicios.

Por otro lado, es importante destacar el beneficio profesional y académico que se deriva de este estudio, ya que incrementa nuestro conocimiento en cuanto a la valoración de pruebas en

materia penal, especialmente en lo que respecta a los mensajes de WhatsApp. Además, este artículo puede ser utilizado como punto de reflexión para proponer un tratamiento sistémico dentro del ordenamiento jurídico.

### **1.3 Objetivos**

#### ***1.3.1. Objetivo general***

Analizar el valor probatorio que tienen los mensajes de WhatsApp en Colombia, en materia de derecho procesal penal.

#### ***1.3.2. Objetivos Específicos***

- Describir analíticamente el tratamiento que ha tenido la prueba electrónica dentro del proceso penal en Colombia.
- Analizar la jurisprudencia de los órganos de cierre – Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia Sala Penal – relacionada con el valor probatorio dado a los mensajes de WhatsApp en Colombia.
- Estructurar una propuesta de tratamiento sistémico de la valoración de los mensajes de datos de WhatsApp en el ordenamiento jurídico colombiano.

## 2. Marco referencial

### 2.1 Marco teórico

El método jurídico parte del reconocimiento del ordenamiento jurídico vigente, que se toma como punto de partida de cualquier reflexión hermenéutica. En este sentido, las tesis positivistas son nuestro anclaje *iusfilosófico*. Sin embargo, al revisar nuestro sistema procesal penal colombiano, se observa, en primer lugar, su evidente constitucionalización. En segundo lugar, se aprecia su carácter principialístico.

Esta caracterización del ordenamiento procesal penal tiene un impacto significativo a la hora de abordar la teoría del derecho. Partiendo de las enseñanzas de Dworkin, que distingue entre reglas y principios, al igual que otros autores como Alexy y Atienza, se llega a una conclusión evidente: cualquier intento por analizar y delimitar una línea interpretativa de un tema procesal penal implica un amplio margen de discrecionalidad. Por lo tanto, el resultado de la lectura y armonización de preceptos de diversos niveles o de la misma naturaleza será de gran importancia, ya que permitirá comprender, sistemáticamente, un instituto jurídico específico.

Desde la promulgación de la Ley 906 de 2004, que cambió el paradigma del proceso penal colombiano al acentuar el principio acusatorio, se ha iniciado una serie de reflexiones con un propósito común: diseñar una dogmática procesal que permita homologar respuestas ante diversos problemas jurídicos. La influencia del sistema anglosajón en la configuración de nuestro código procesal llevó a que se consideraran como referentes doctrinarios relevantes a autores que realizaban algún tipo de análisis de los institutos procesales basándose en los constructos conceptuales del sistema norteamericano. Así, por ejemplo, la obra del profesor Chiesa se convirtió en un insumo intelectual indispensable. Igualmente, autores como Duce y Baytelman, que, desde

el proceso chileno, pionero en Suramérica en sistemas con marcada tendencia acusatoria, también se convirtieron en referencias obligadas.

La literatura jurídica colombiana en esta materia ha sido dispersa. Se echa de menos un gran tratado de derecho procesal actualizado a los nuevos procesos penales. Profesores como Martínez Rave y Bernal Cuellar, que siempre impactaban con sus manuales de derecho procesal, dejaron de tener la misma relevancia con el nuevo sistema. Las nuevas obras eran muy puntuales y casi siempre referidas a la praxis del juicio, tal como ocurrió con los manuales que, a instancias de la organización internacional USAID, se construyeron con destinatarios específicos: jueces y magistrados, fiscales, defensores públicos. Posteriormente, aparecieron textos referidos a aspectos muy concretos, como privación de libertad, conainterrogatorio, prueba de referencia, cláusulas de exclusión, principio de oportunidad, entre otros. Solo recientemente se ha observado un intento por presentar obras generales que abarquen las distintas etapas del proceso penal.

Este recorrido por la evolución de la literatura reciente en materia procesal penal nos lleva a reconocer que, para asumir una tesis frente al problema jurídico planteado, debemos tener en cuenta esos puntos de partida de la dogmática procesal en construcción. Es decir, comenzar con los autores citados para luego contrastarlos con las subreglas jurisprudenciales y, de ese modo, llegar a un planteamiento teórico que, a su vez, sirva de inicio para nuevas reflexiones que contribuyan al diseño de una nueva teoría del proceso penal colombiano.

En el tema específico de nuestro estudio, es destacable la contribución de la profesora Rosa Angélica Quintero Jaimes, ya que ella, centrándose en un tema particular, se enfoca en el derecho a la intimidad y sus dinámicas dadas en internet y de forma específica en las redes sociales. Este tema, aunque *a priori* es de naturaleza constitucional, tiene una enorme incidencia dentro de la

caracterización del sistema colombiano, ya que de ello puede derivarse un calificativo de prueba inválida y excluida o, por el contrario, de prueba legal en juicio.

## 2.2. Estado del arte

La prueba digital puede considerarse una prueba compleja de aportar en los procesos judiciales, dado que aún no existe una comprensión idónea sobre su uso, además de la falta de conocimientos técnicos en informática y tecnologías de la información y la comunicación, lo que dificulta su adecuada valoración. Esto puede resultar en posibles trasgresiones a las garantías procesales de todas las partes inmersas, ya que la incorporación de estos medios de prueba puede presentar dificultades en su admisión o en su valoración adecuada por parte del juez. Una forma de abordar esta dificultad sería promover el diseño y la expedición de legislación que aborde estos temas y establezca criterios claros que sirvan como guía para los impartidores de justicia, incluyendo jueces y la Fiscalía (Flórez & Guevara, 2021).

En el caso colombiano, en el año 2020, a partir de un caso que llegó a la Corte Constitucional relacionado con una posible discriminación que llevó a la no renovación de un contrato laboral, se abrió el debate sobre el valor probatorio de las capturas de pantalla de las conversaciones de *WhatsApp*, y se inició el reconocimiento de este material probatorio como prueba indiciaria. La Corte Constitucional señaló que la captura de pantalla puede entenderse como una imagen o representación directa de algo expuesto o expresado dentro del dispositivo “[y] no es el documento original generado a través de la plataforma sino una simple reproducción del mismo carente de metadatos” (Corte Constitucional, Sentencia T-043, 2020). Aunque este reconocimiento representa un avance, permitiendo la discusión sobre la prueba electrónica y su aceptación, para el derecho probatorio sigue siendo un desafío importante relacionado con las

interacciones y comunicaciones realizadas por medios tecnológicos, ya que pueden configurar hechos con implicaciones jurídicas.

El valor de prueba indiciaria de estas capturas de pantalla tiene sentido en cuanto a la autenticidad y originalidad de la prueba, ya que no se puede tener certeza sobre su manipulación. Sin embargo, este valor probatorio es limitado y debe ser respaldado por otros medios de prueba que puedan corroborar la veracidad de los hechos en disputa dentro de un proceso (Ámbito jurídico, 2020).

En cuanto a la valoración de la prueba, existen tres sistemas dentro de un proceso judicial: el sistema de libre convicción, donde la única exigencia es la certeza moral del juzgador; el sistema de tarifa legal, donde el juez aplica lo establecido en la ley sobre la valoración de las pruebas y debe motivar su decisión; y el sistema de la sana crítica, donde el juez valora las pruebas basándose en la lógica, la ciencia y la experiencia (Corte Constitucional, Sentencia C-202, 2005). En este sentido, se señala al juez que utilice el sistema de la sana crítica para valorar la prueba, pero se le impone la restricción de acatar a cabalidad los parámetros normativos respecto a las pruebas, además de obligarlo a motivar y exponer las razones de hecho y de derecho que sustentan su decisión.

En resumen, aunque la prueba electrónica en Colombia tiene valor probatorio, las capturas de mensajes de WhatsApp no se han reconocido como prueba electrónica debido a la falta de garantías de origen o recepción. Sin embargo, cuando se aporta el dispositivo electrónico que contiene los mensajes, la intervención de un perito es fundamental para garantizar su originalidad y legalidad. Además, es necesario poner en tela de juicio aspectos tales como la intimidad de cara

al uso de nuevas tecnologías, como herramientas que exponen la vida privada y pueden tener implicaciones legales (Mena, 2022; Bolaños & Espinel, 2013; Castro, 2016).

Sobre esto Jaramillo (2016) ha explicado que, en materia de garantías personales y uso de las tecnologías, existe en Colombia la posibilidad de sancionar y penar a todas aquellas personas que debido a su actuar generen un daño al bien jurídicamente tutelado. Sin embargo, esto se torna en ocasiones deficiente debido a la manera en cómo se ha venido abordado por parte de los altos tribunales respecto de la protección al derecho de la intimidad y su dinámica en redes sociales. Si bien, la salida fácil para este tipo de situaciones fuese el emitir una norma por parte del Congreso de la Republica en la que se regule el tratamiento de datos personales, parámetros de privacidad y demás aspectos conexos en las redes sociales, esto terminara a la larga afectando los aspectos comerciales dados dentro de internet, de aquí que el regular estos escenarios no puedan considerarse una tarea sencilla.

En el mismo sentido respecto del tema objeto de investigación, Quintero (2020) ha entrado a establecer una serie de posibles escenarios en los que se pueden acceder a los mensajes de datos dados por vía de WhatsApp, en la que, a pesar de entrar a vulnerarse la privacidad, esta se considera valida y posible dentro de la órbita del derecho penal. En este sentido el autor explica que la regla para los casos de estudio seria la siguiente:

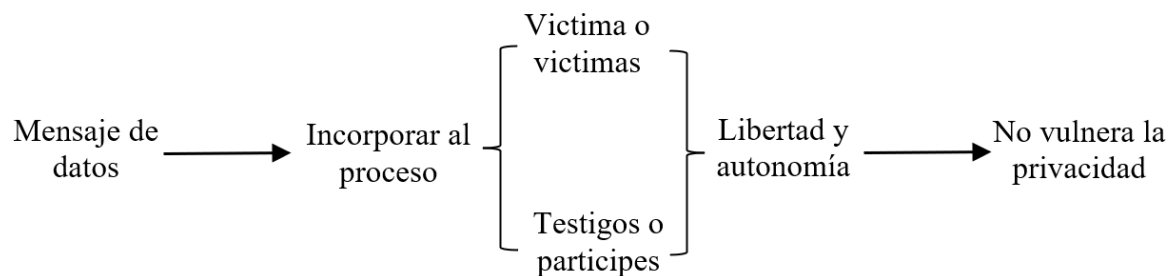
- i) Cuando la persona que es investigada o quienes realizan la denuncia de forma libre y espontanea, ya sea individual o colectivamente le comunican a la fiscalía en su acto de investigación la información que se encuentra ubicada dentro del dispositivo móvil y de forma específica en los mensajes de datos de WhatsApp. Para este caso, la victima o victimas entregan y ponen a disposición del ente

investigador los datos ubicados en el dispositivo o celular, o envían la información por vía de correo electrónico.

- ii) Aspecto que también puede darse tanto por los partícipes en el proceso penal, como por alguno de los testigos, siempre y cuando los mensajes de datos sirvan para los fines judiciales que las partes buscan dentro del proceso.

En estos casos no puede considerarse la existencia de interceptación o investigación directa de la fiscalía sobre la información dada en los mensajes de datos sino, por el contrario, una forma de poner a disposición de las autoridades los elementos materia de prueba. En tal sentido, la información al ser libre no se precisa la existencia de vulneración de la privacidad aun cuando los mensajes de datos se efectuaron por vía de grabaciones de voz dentro de la aplicación de WhatsApp, puesto que es un elemento que generado por la dinámica de dos o más personas.

**Figura. 1.** *Dinámica del otorgar un mensaje de datos como prueba*



Sin embargo es dable señalar que en caso de los pantallazos, estos tienen un manejo diferente, puesto que se espera que al momento de otorgarse los mensajes de datos al proceso penal, estos se efectúen de manera íntegra es decir, todo el contenido de los mensajes o inclusive el dispositivo móvil completo para poder efectuar la investigación de manera completa, sin que

sobre este pueda mediar algún tipo de reserva judicial o legal, o inclusive un error al momento de introducir este tipo de pruebas al proceso penal.

De acuerdo con los avances jurisprudenciales en Colombia, se han establecido las reglas y parámetros, para poder aplicar en los casos de mensajes de datos por vía de aplicativos como WhatsApp, la denominada expectativa de intimidad dentro del procedimiento penal, la cual según Quintero (2020) opera a razón de la existencia de un consentimiento válido, libre y espontáneo, para poder configurar una adecuada valoración de los elementos probatorios.

- i) Se destaca la formalidad requerida por la norma, que consiste en que el consentimiento otorgado por el propietario o morador del domicilio objeto de allanamiento sea libre, voluntario e informado de manera adecuada.
- ii) Se establece que la mera ausencia de objeciones no es considerada suficiente para validar el consentimiento.
- iii) Se determina que se considerará morador a la persona que ejerza autoridad en el inmueble. Con su presencia en el inmueble y su manifestación expresa de acceder a la petición realizada por la autoridad.
- iv) Se señala que, aunque se haya otorgado el consentimiento, será necesario realizar un control posterior al allanamiento que se lleva a cabo.

Al respecto cabe indicar que Quintero (2020) señala que los criterios dados, buscan proteger y priorizar no el concepto de domicilio o residencia, sino lo que está inmerso en esta dinámica que es la privacidad que es el objeto propio de protección en todos los casos. Esto llevado al campo de los mensajes de datos se traduce en que la persona cuando autoriza de forma voluntaria que le revise el contenido de un mensaje de datos también otorga la posibilidad de que un tercero mire su intimidad y por lo tanto todos los demás aspectos relativos a su propiedad.

En tal sentido la expectativa de intimidad se da no solo de los lugares, residencias y demás sitios meramente privados, sino que también a los elementos como los son los móviles en los que se encuentra la información como los mensajes de datos emitidos por aplicativos como WhatsApp. Así las cosas y acudiendo a criterios meramente hermenéuticos de interpretación sistemática, la barrera de la privacidad se puede vulnerar justificadamente cuando existe el permiso directo de las partes implicadas para el acceso de un tercero sin la necesidad de que sobre este medie la vulneración de una garantía.

Esto implica, que el ente investigador puede ingresar al dispositivo móvil, analizarlo e incorporarlo al proceso cuando la víctima, el testigo o el participe autorizan que lo hagan. Es decir que el simple permiso no faculta al investigador a que realice dentro del dispositivo análisis de datos para los que no se encuentra con los respectivos permisos.

Así las cosas, y acudiendo a lo dicho por Quintero (2020), aunque la expectativa de intimidad según la jurisprudencia se aplique a las propiedades inmuebles, esta puede extenderse al permiso que da una persona sobre sus bienes como lo son los dispositivos celulares y de forma específica a los mensajes que se emiten dentro de un dispositivo.

También, pueden ocurrir situaciones en las que, a pesar de existir expectativa razonable de la intimidad, no se requiere del permiso expreso, libre y totalmente voluntario por parte de los inmersos en el proceso penal, sino que basta con la configuración de las siguientes situaciones para que esto se materialice en debida forma:

- i) Cuando exista flagrancia, las autoridades pueden, sin que exista permiso previo, ingresar a un lugar sin necesidad de una orden judicial, puesto que se espera con ello realizar procesos de aprensión del imputado. En estos casos en que se incauten dispositivos móviles, los investigadores podrán igualmente acceder a

estos como parte de la investigación y hacer valer la información dentro de los mismos, así como verificar la existencia de ciertos mensajes cuando fueron integrados a una investigación por vía de pantallazos. En todos los casos, la vulneración que se realiza frente a la posible existencia de la intimidad es totalmente justificable.

Todo lo anterior encuentra justificación, según Quintero (2020), bajo la óptica de evitar que se siga materializando una conducta punible es decir, que exista la necesidad de i) intervenir en el lugar o domicilio en el que se encuentra la persona que debe ser capturada o ii) sean necesarias las interceptaciones de la información tanto de llamadas, como mensajes de datos y demás aspectos relacionados con esto, para poder avanzar con la investigación penal o inclusive evitar que se vulnere un bien jurídicamente tutelado.

- ii) Así mismo cuando existen situaciones de emergencia, que obliguen a los entes investigadores a no acudir a un permiso previo del juez, este es válido de pleno derecho y no admite objeción, puesto que a pesar de no existir libertad y voluntariedad por las partes de otorgar la información o ser aprendidos, prima la necesidad de proteger el bien jurídicamente tutelado sobre la intimidad de una persona.

En cuanto a la vulneración de la expectativa razonable de intimidad, se establecen como momentos procesales en los que se puede aducir la ilicitud del medio de prueba. Según Quintero (2020), las ordenes en estos casos las otorga el juez de control de garantías, tanto para el registro en un bien inmueble como para el caso tema de estudio, las interceptaciones de las comunicaciones tanto de llamadas como de las aplicaciones de mensajes de datos como WhatsApp. Debe tenerse

en cuenta que este proceso se efectúa cuando un tercero ingresa a buscar información dentro del dispositivo móvil para poder i) encontrar datos, ii) identificar información o iii) verificar lo dicho en un pantallazo proveniente del mensaje. De aquí que la única oportunidad procesal existente para alegar la existencia de una irregularidad o ilicitud sea la de la audiencia preparatoria. Sin embargo, en caso de que encontrarse evidencia de tipo ilícito esto puede hacerse durante todo el proceso penal, de forma que se eviten nulidades.

### **2.3. Hipótesis**

La valoración probatoria que se realiza a los mensajes de datos emitidos por vía de la aplicación de dispositivo móvil WhatsApp, depende estrictamente del medio por el cual se busca incorporar al proceso penal. Para el caso de los pantallazos, por vía documental, los mismos, a pesar de ser válidos carecen de total integridad, esto quiere decir que su valor es de indicio por lo que debe acompañarse con otros medios de prueba en el proceso, de manera que la forma idónea y adecuada es la prueba electrónica acompañada de perito judicial, de forma que la propuesta radica en que para el cumplimiento de las reglas jurisprudenciales, es totalmente necesario que se evite el pantallazo puesto que su valor es mínimo y no permite una total certeza.

### **3. Método**

El procedimiento meticuloso y organizado para evaluar la valoración probatoria de los mensajes temas de estudio en Colombia en materia penal se llevará a cabo mediante una estrategia de investigación documental. Según Alfonso (1988), esta técnica implica recopilar información a partir de diversas fuentes, como documentos, jurisprudencia, y artículos científicos, con el objetivo de analizar el tratamiento de la prueba electrónica en el proceso penal colombiano.

Posteriormente, se realizará un análisis de la jurisprudencia de los órganos judiciales pertinentes, como la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, específicamente en su Sala Penal, mediante fichas de recolección de información. Estas fichas contendrán datos sobre los hechos, problemas jurídicos, institutos jurídicos involucrados, fundamentos de las decisiones y justificaciones. Este enfoque permitirá delimitar el valor probatorio de los mensajes de WhatsApp en Colombia desde el ámbito del derecho penal, tomando como base los hallazgos obtenidos.

Además, se realizará una comparación con otros sistemas jurídicos para identificar similitudes y diferencias, lo que facilitará la propuesta de un tratamiento sistémico dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

El enfoque cualitativo seleccionado para este estudio, según Blasco y Pérez (2007), implica un análisis de la realidad en su contexto natural, buscando comprender los fenómenos según las personas implicadas. Este enfoque se apoya en teorías culturales y filosóficas para proporcionar un conocimiento profundo y racional.

El método utilizado será deductivo, lo que implica razonar desde lo general hacia lo particular, utilizando herramientas específicas para alcanzar los objetivos propuestos. La investigación se llevará a cabo bajo un enfoque analítico-descriptivo, tal como lo define Tamayo (2007), lo que implica describir, registrar, analizar e interpretar la información recopilada sobre la población, situación o área de interés.

Para la recolección de datos, se empleará la técnica de análisis de contenido, siguiendo la estrategia propuesta por Creswell. Esto implica el estudio de fuentes primarias y secundarias, como la Constitución Política, leyes, jurisprudencia, doctrina y artículos científicos. Además, se

utilizarán fichas de recolección de información como herramienta complementaria en el desarrollo de la investigación.

## **4. Resultados**

### **4.1. Tratamiento de la prueba electrónica dentro del proceso penal en Colombia**

#### ***4.1.1. Aproximación al concepto de prueba electrónica***

En los últimos años, el avance tecnológico ha generado el surgimiento de nuevas herramientas que buscan validar y resolver disputas con implicaciones legales en diversas áreas del derecho como el civil, familiar, penal, laboral y societario. En particular, en el ámbito penal, la fuerza probatoria de los elementos presentados por las partes involucradas ha cobrado gran relevancia debido a la importancia de los derechos fundamentales y las víctimas.

La irrupción de la tecnología ha planteado un desafío en el derecho procesal colombiano. El origen de esta transformación se remonta a 1992, cuando el ingeniero Neil Papworth envió el primer SMS desde una PC a su colega Richard Jarvis, marcando el inicio del uso de esta tecnología. Sin embargo, no fue hasta 2009 que se introdujo la aplicación WhatsApp, ofreciendo una forma más estructurada de enviar mensajes. Desde entonces, han surgido diversas aplicaciones móviles como WhatsApp, Allo, Line, Blackberry Messenger, Facebook Messenger, Viber, YouTube, correo electrónico e Instagram, entre otras, como medios de comunicación en internet o dispositivos móviles.

Estas aplicaciones móviles constituyen una valiosa fuente de información que permite obtener datos relevantes sobre los usuarios y su comportamiento dentro de la aplicación. Las empresas aprovechan estas aplicaciones para adquirir y gestionar datos relacionados con sus

operaciones de manera eficiente. En el ámbito judicial, esta información puede utilizarse como medio de prueba en un proceso judicial, dando lugar a una forma de prueba diferente a las convencionales: la prueba electrónica.

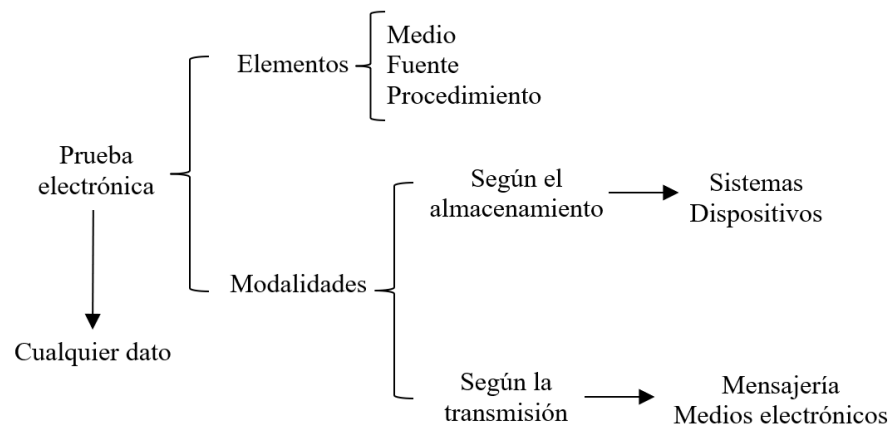
En el ámbito legal, no existe un consenso en la definición del término "prueba", ya que se utiliza de diversas maneras. Sin embargo, se puede entender como el proceso de presentar evidencia, los elementos utilizados para demostrar un punto, el resultado de dicho proceso o la acción misma de llevar a cabo pruebas.

El alto tribunal constitucional, mediante la sentencia T-043 de 2020, explicó al respecto que la prueba electrónica se entiende como toda aquella que se efectúa y media sobre un elemento electrónico, la cual permite acreditar la existencia de una situación fáctica de manera que pueda ser incorporada al proceso al ser relevante. Esto pudiéndose hacer de forma electrónica o inclusive física. De aquí que la Corte establezca como requisito para que exista, que la prueba se de por un medio técnico y con un elemento lógico, en términos más sencillos, que exista hardware o software.

En este contexto, la prueba electrónica se fundamenta en tres elementos esenciales: el medio, la fuente y el procedimiento. Además, se presenta en dos modalidades distintas: en primer lugar, están aquellas almacenadas en sistemas o dispositivos informáticos como discos duros, smartphones, computadoras y memorias electrónicas; y, en segundo lugar, se encuentra la información transmitida mediante medios electrónicos, como correos electrónicos, mensajería instantánea, aplicaciones *peer-to-peer*, entre otros.

En consecuencia, una prueba electrónica puede ser cualquier archivo, imagen, video, conversación o mensaje que pueda utilizarse como documento probatorio ante un juez durante un litigio.

**Figura. 2.** *Prueba electrónica*



A lo largo del escrito se abordará el tema de los mensajes de datos emitidos dentro de la aplicación de *WhatsApp* en relación con su valor como prueba. Por esta razón, se incluyen algunos conceptos relevantes. Como ¿Qué es WhatsApp? Hoy en día, WhatsApp es una aplicación y plataforma social que está bajo la propiedad de Facebook. Puede ser descargada de manera gratuita y permite el envío de mensajes, así como la realización de llamadas y videollamadas utilizando la conexión a Internet del dispositivo móvil del usuario (Plá, 2014).

Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia T-050 de 2016, ha definido dichas aplicaciones como todas aquellas por medio de las cuales una persona puede recibir o enviar mensajes acudiendo al uso de teléfonos o dispositivos móviles. En este caso puede ser a una persona en particular o inclusive a una colectividad de individuos. De manera que se facilite el intercambio de datos, mensajes o inclusive audios. Así mismo, las conversaciones cuentan con un

mecanismo de cifrado que permite que los datos tengan un margen o expectativa de seguridad e intimidad para su uso y disposición.

Respecto de los mensajes de datos, es importante señalar que se refieren a lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, en el que se entenderán como toda aquella información que se comunica, se recibe o se envía por medio de un mecanismo o aplicativo electrónico. Sin embargo, lo que suscita interés en este escrito es lo que se conoce como evidencia electrónica, la cual se establece como un elemento probatorio que, conforme a la normatividad procesal, este es autónomo e independiente. Esta evidencia no se limita simplemente a ser una fuente de prueba, sino que representa el contenido que se busca demostrar en un juicio, actuando como un instrumento que sustenta la veracidad de los hechos en disputa dentro del proceso legal. En ese sentido, se hace una distinción entre dos figuras, ya que se considera fuente de prueba cuando se acredita un hecho electrónico sin entrar en su contenido, mientras que será un medio cuando sobre este medio una razón fáctica a ser probada (Abel, 2011, p. 26).

Por consiguiente, aunque la información surja como resultado de la interacción entre individuos, debido a su característica inherente, se codifica y encripta en un idioma propio de los dispositivos, luego es transmitida mediante señales eléctricas. Por otro lado, el receptor decodifica e interpreta los datos contenidos en el mensaje, facilitando su comprensión por parte del destinatario. Estos datos pueden variar en naturaleza e incluir imágenes, texto, mensajes de voz o videos.

Teniendo en cuenta la definición de mensaje de datos, es relevante destacar qué se considera un tipo de documento electrónico. Esto implica que se le otorga una condición equiparable a la de los documentos convencionales, excepto por su naturaleza intangible. En

consecuencia, se puede afirmar que un documento se refiere a cualquier elemento que demuestre la existencia de un hecho particular, sin importar si incluye audio, video o imágenes, y que puede ser reproducido mediante el uso de software o hardware. Por otro lado, es importante resaltar que el término 'documento informático' no es idéntico a 'documento electrónico', ya que, en el caso del primero, la intervención humana no es necesaria para su generación, siendo el resultado de procesos automáticos de dispositivos electrónicos. Además, su contenido puede ser presentado mediante un documento (papel impreso) o por vía de un formato electrónico u digital, como es el caso de recibos de caja, facturas y otros documentos (Gómez, 2020).

Adicionalmente, es relevante destacar la existencia de dos tipos de servicios de mensajes: *Short Message Service (SMS)* y *Multimedia Message Service (MMS)*. Los SMS se caracterizan por contener solamente texto en su contenido, mientras que los MMS, además de texto, pueden incorporar imágenes o sonidos. Ambas variantes de mensajes se consideran subtipos dentro de la categoría de documentos electrónicos. En sus inicios en 2009, WhatsApp solo permitía enviar SMS a través de la aplicación, utilizando el número telefónico para registro y acceso, lo cual era y sigue siendo gratuito. Sin embargo, en la actualidad, la plataforma ha evolucionado permitiendo el envío no solo de textos, sino también de audios, videos, imágenes e incluso la realización de videollamadas desde dispositivos móviles o computadoras. Este avance ha contribuido al enorme éxito global de la plataforma, aumentando su uso en diversas actividades diarias, desde simples saludos hasta la organización de asuntos laborales y otros (Gómez, 2020).

Con ello, se tiene que, aunque no es la única plataforma de mensajes de datos disponible en la actualidad, *WhatsApp* es la más utilizada, motivo por el cual reviste especial importancia el contenido de los mensajes emitidos dentro de dicha aplicación, sobre todo en un escenario judicial donde el derecho debe contemplar el trato y valoración que se le da a los mensajes de *WhatsApp*.

#### ***4.1.2. Naturaleza de la prueba electrónica y su equivalencia al documento***

A lo largo de los análisis doctrinales, se ha venido definiendo la evidencia electrónica como una forma de prueba esencialmente documental. Durante muchos años se ha comparado el medio electrónico con el concepto de documento, ya que la legislación actual considera cualquier material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con valor probatorio o relevancia legal como un documento. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, esta asociación no es del todo válida, ya que la evidencia electrónica es completamente independiente y posee sus propios elementos que la convierten en una entidad única sin que deba considerarse prueba documental simplemente por estar impresa. La presentación de pruebas contenidas dentro de un mensaje, poseen, en términos jurídicos, una forma de valoración independiente, toda vez que revela lo que las partes intervinientes hablan, sienten y gestan en sus conversaciones.

Dicho lo anterior, con la promulgación de la Ley 527 de 1999, se entró a definir los parámetros jurídicos relativos a los mensajes de datos, así como demás herramientas de orden electrónico, de aquí que sea a partir de esta norma que se les otorgara valor probatorio a todos estos aspectos digitales, en la medida que se incorporaban de forma oficial al ordenamiento jurídico. espontánea

El artículo 44, se ubica dentro de esta línea, esto es, comprende al mensaje de datos como la dinámica existente entre dos partes que se envían un enunciado y este de su parte remite un comunicado. A su vez comprendido que el mensaje de datos tiene inmerso una serie de normas, acuerdos y estándares que son aceptados, de forma directa e indirecta, es decir que, al momento de hacer uso de un dispositivo electrónico, por el simple hecho de hacerlo la persona, queda a disposición jurídica de las reglas que estén dispuestas para esa aplicación o, por el contrario, cuando esta de forma libre y espontánea acepta los términos y condiciones del mismo.

Esto llevado a la órbita de la validez normativa, implica que el uso de mensajes de datos como un mecanismo de comunicación tiene sustento jurídico y, a su vez, el uso de estos dentro de un proceso judicial se encuentra en la versan de lo permitido, puesto que las partes aceptan las condiciones de una aplicación para comunicarse y por lo tanto entienden que lo dicho ahí tiene un alto grado y margen de certeza. Por ello, la comunicación verbal y escrita, es totalmente equiparable a la emitida dentro de un mensaje de datos.

En tales términos el CGP, en su artículo 243, explica que se entenderán por documentos todos aquellos expuestos escritos o virtuales que sean presentados al proceso de manera física, es decir, que a pesar de existir un mensaje de datos cuya base es eminentemente electrónica, si se otorga al proceso por vía de un disco o medio magnético, este se entenderá como documental, de forma que la valoración y apreciación que se efectuó sobre este se concebirá como tal.

Por tal razón, y acudiendo a un criterio hermenéutico y analógico, en el ordenamiento jurídico colombiano la adecuada percepción que se debe tener de un mensaje de datos emitido por vía de un medio magnético que no es el original, es entendido como un documento electrónico. Cuya definición y precisión resulta necesaria de entender, puesto que el valor probatorio que se le otorga a una prueba depende de la forma en cómo se incorpora al proceso judicial. Por ello, el criterio a tener presente es el dado por el CGP, en lo que respecta a los estándares probatorios, como es el caso de la sana crítica, en la que el operador jurisdiccional tiene libertad de darle un valor probatorio a un elemento, siempre y cuando este esté debidamente aportado y soportado al proceso.

En otros términos, se tiene en cuenta que el mensaje de datos es válido jurídicamente hablando, tanto como prueba electrónica aportada por el perito, como por vía documental de forma directa por captura de pantalla o impresión física, de manera que el sometimiento que se realiza es

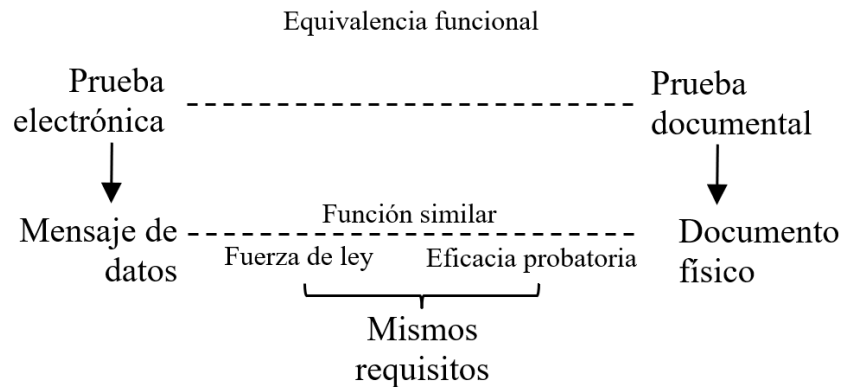
el expuesto por Quintero (2020) en el que el juez analiza la confiabilidad, la integridad y la identificación de que lo contenido en la prueba sea real y fácticamente válida para confirmar la teoría del caso en materia penal. Ejemplo de esto es el caso de un correo electrónico, que a pesar de que este tiene tal calidad, es una prueba de tipo documental cuya valoración se efectúa al ser verificada por parte del juez tanto físico como digitalmente y, para otorgársele el carácter de prueba de pleno derecho debe ser aportada con perito judicial que lo valore, dicho de otra forma, se afianza con total legalidad cualquiera de los dos medios, pero su análisis será diferente conforme el juez lo considere y las normas así lo permitan.

En el país, con el Decreto-Ley 019 de 2012, denominada Ley Anti-trámites, se permitió que las entidades públicas dieran utilidad a la evidencia electrónica, buscando simplificar los procedimientos que dificultaban la realización de los trámites, y se propendió por apostarle al fomento de la inversión y facilidad de interacción con las Entidades Públicas con la finalidad de auspiciar un entorno más favorable para el desarrollo económico.

En esta perspectiva de la Ley Anti-trámites, el CGP, Ley 1564 de 2012 modificado, en su artículo 74 por el Decreto 826 de 2020, específicamente en su artículo 5, entró a regular el apartado del poder, en el que debido a las circunstancias creadas por la pandemia generada por el SARS-COVID-19, se dio al posibilidad de i) otorgar poder amplio y suficiente por vía de un mensaje de datos independientemente de cuál sea el medio para ello, ii) la posibilidad de aportar el poder sin necesidad de una firma física o digital por las partes y iii) se creó la presunción de autenticidad, todo esto le otorgo validez a una circunstancia que puede ser aportada a un proceso judicial y la cual terminará siendo valorada no como documento electrónico, sino como una prueba electrónica cuyas bases son totalmente digitales.

Estas son muestras legislativas que persiguen facilitar la realización de las diversas acciones al interior de los procedimientos que se adelantan, pero también un intento por incluir las novedades tecnológicas en la norma.

**Figura. 3.** *Equivalencia documental y electrónica*



Para discutir la autenticidad y validez es necesario destacar la equivalencia funcional de lo físico y lo electrónico, lo que significa que cumplen una función similar y tienen la misma fuerza legal y eficacia en términos de pruebas. Para alcanzar este estándar, es fundamental que cumplan con ciertos requisitos legales. Esto incluye aspectos como la forma en que se generó el contenido, si proviene de un dispositivo electrónico que puede acceder a dicho archivo y otros factores que serán examinados más adelante. En este contexto, no se debe olvidar el importante rol del perito informático.

#### **4.1.3. Marco legal aplicable**

En esa línea, el artículo 26 de la Ley 2150 de 1995, exhortó a las entidades de la administración pública a habilitar los sistemas de transmisión electrónica de datos para que los usuarios enviaran o recibieran información requerida en las actuaciones que se adelantan frente a la administración. De igual forma, se asimiló la factura electrónica de venta en la Ley 223 de 1995,

y el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, respecto al servicio de la Administración de Justicia dio validez y eficacia a las comunicaciones que se dieran de forma electrónica, por tanto, estos documentos se consideraban como válidos solo por el hecho de ser emitidos por la administración como tal.

Con la Ley 527 de 1999, se constituye el marco jurídico integral y general del uso de los mensajes de datos en todas las actividades públicas y privadas y, como consecuencia de ello, se da la firma electrónica y la firma digital reglamentadas en el Decreto 1477 de 2000. En este contexto legal, la evolución tecnológica entró a modificar y transformar la manera cómo se presentan y analizan las pruebas, incluyendo el uso de aplicaciones como *WhatsApp*, se establece la manera en cómo se incorpora evidencia. Para el caso colombiano, el CPP, se establecen directrices para considerar ciertos elementos tecnológicos como pruebas materiales y evidencia física en los procesos legales.

Por ejemplo, el artículo 10 y el artículo 275 en su literal g del CPP, son muestras de disposiciones que resaltan la importancia y validez de las pruebas electrónicas en el ámbito judicial. Estos artículos hacen referencia a elementos como los mensajes de texto, que son una forma de intercambio electrónico de datos, así como otros medios relacionados con internet y el correo electrónico. Dicho aspecto eventualmente incorpora los parámetros dados por la Ley 527 de 1999, toda vez que es la encargada de entrar a dar conceptualización a las nociones de documentos y mensajes electrónicos.

De otro lado, es importante referir que, a la autorización judicial, la cual se requiere en los procesos que se adelantan en el ámbito penal, es entendida como una medida legal en la cual un juez o tribunal emite una orden o permiso formal para llevar a cabo cierta acción o actividad que

de otra manera podría estar restringida por la ley. Esta autorización es otorgada después de que se ha presentado una solicitud ante el tribunal, en la cual se explican los motivos y fundamentos para obtener dicha autorización (Morales, 2007).

Bajo esa lógica, en Colombia, la norma procesal penal estableció igualmente la autorización judicial previa, sin embargo cuando hay derechos fundamentales a proteger la Corte en sentencia C-336 de 2007 puntualizó que siempre que estén comprometidas las garantías fundamentales y, de forma específica la de la intimidad y el habeas data, se debe tener autorización previa por parte del juez de control de garantías para solicitar información ya sea datos biográficos o información de base de datos cruzados que se requieran para el análisis y la recolección de evidencias.

En el caso de la evidencia digital, en cuanto a su recolección y producción, es de aquellos que requiere un especial cuidado, ya que se comprometen estos derechos con la información que transita en correos electrónicos, en aparatos celulares o en conversaciones sean de índole institucional o personal, requiriéndose la autorización previa para su obtención como también de una intervención posterior para que el juez imparta legalidad a estos actos.

Sin embargo, al crearse la figura de la víctima en el sistema penal acusatorio, se le otorgó unos derechos, entre ellos aportar elementos materiales como lo enuncia el artículo 137 del CPP. Las facultades de la víctima se ampliaron con la Ley 1826 de 2017 al crear el acusador privado y el proceso abreviado.

En el mismo sentido, al examinar la validez jurídica de un documento electrónico, queda claro que es viable acudir a la Ley 527 de 1999 que, de forma directa, explica que un operador jurisdiccional no puede determinar la validez del documento electrónico o incluso del mensaje de

datos por el simple hecho de no aportarse de una determinada forma al proceso. Actuar de este modo se estaría ante una tarifa legal. Así las cosas, la norma es clara al establecer que el valor entre documento electrónico y físico es igual, sin embargo, el ideal de la ley es que la prueba se aporte al proceso de la forma en que mejor permita analizar la información contenida.

En otras palabras, se puede inferir que la validez se promulga tanto de un documento copia, como del original al existir una presunción sobre ambas pruebas. Para respaldar esta afirmación, la normatividad colombiana establece los criterios a considerar, que incluyen: las normas de la sana crítica y otros criterios legalmente reconocidos para la evaluación de las pruebas; la confiabilidad en cómo se archivó, comunico e inclusive como se generó, la seguridad en la preservación de la integridad de la información; y la capacidad de identificar quién inició el mensaje. De estos criterios, se deduce que para que un documento electrónico sea prueba, debe garantizar su autenticidad, es decir, que no haya sido alterado y que los métodos para obtenerlo sean seguros. En tal sentido solo cuando estos requisitos se cumplan, se podrá considerar que el documento puede ser una prueba de pleno derecho dentro de un proceso penal, de aquí la importancia de un adecuado uso del medio por el cual se introduce a un litigio.

En Colombia, los mensajes de datos tienen eficacia probatoria y son admitidos como medios de prueba, pues su fuerza probatoria está establecida en las disposiciones de la prueba documental. En la Sentencia C-662 del 8 de junio de 2000, la Corte Constitucional examinó la constitucionalidad de la Ley 527 de 1999 y señaló que esta ley se ajusta a las tendencias modernas del derecho internacional, llenando vacíos normativos para crear seguridad jurídica. Es a partir de esto que el alto tribunal constitucional reitera que existe una importancia por darle equivalencia al papel que, al soporte digital, aspecto que resulta válido y razonable al tenor de las normas jurídicas en Colombia; sin embargo, debe tenerse en cuenta el factor de integridad dentro del proceso, de

aquí que a pesar de tener un mismo nivel de validez la valoración se realiza acudiendo a los criterios de la sana crítica y la forma en como el operador jurisdiccional lo vislumbre.

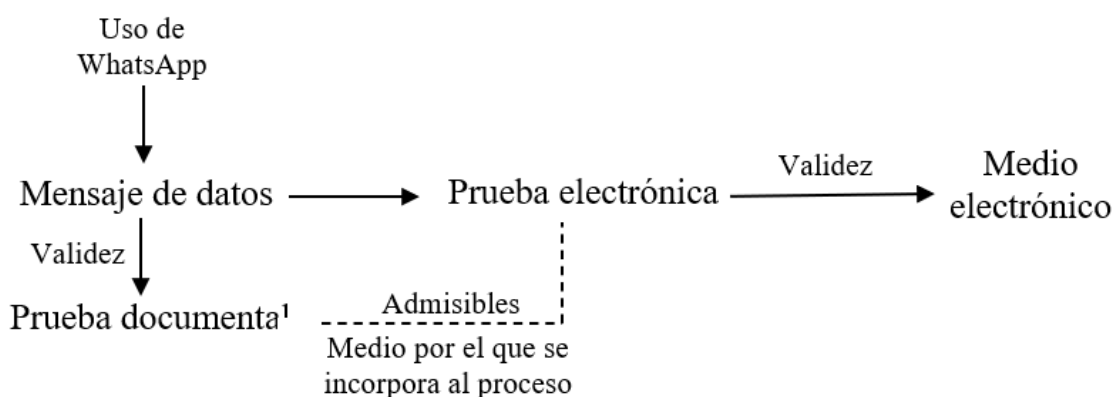
Otro pronunciamiento relevante es el de la sentencia C-604 de 2016, en ella se estudia la estructura y contenido de la Ley 527 de 1999 y se concluye que, aunque el contenido del mensaje de datos sea reproducido o presentado en formato impreso, no puede ser valorado del mismo modo que el mensaje de datos, ya que el documento físico no cumple con los requisitos técnicos que la norma estipula ni garantiza la autenticidad del mismo. En consecuencia, en tales eventualidades debe valorarse como prueba documental.

En consonancia con lo anterior, el alto tribunal constitucional, en su sentencia C-381 de 2001, aborda la valoración de los mensajes de datos, especialmente al establecer que cualquier impresión, aun cuando esta sea de un mensaje de datos, se valorará conforme a los postulados para estudiar pruebas documentales, por lo que su tratamiento eventualmente será de esta índole es por el factor de ser físico. En tal orden de ideas, la Ley 527 de 1999 establece en su contenido la regulación y definición del mensaje de datos, que fue señalado en párrafos anteriores, así como los requisitos técnicos que deben ser tenidos en cuenta y que permiten que un documento electrónico tenga la misma validez que uno de papel. A esto se le conoce como **principio de equivalencia funcional**, a través del cual se le da el mismo valor e igualdad de efectos jurídicos que a un documento tangible (Galvis, 2019).

Sin embargo, el hecho de que tengan el mismo valor no implica que sean totalmente equiparables en la forma en que un operador jurisdiccional las analice. En otras palabras, un mensaje de datos, ya sea impreso, incorporado a través de un medio magnético o presentado por un perito como prueba electrónica, todos tienen la misma validez. Sin embargo, las dos primeras

formas, al no poder presentarse bajo la premisa de total integridad, pueden ser objeto de discusión y, por lo tanto, deben respaldarse con otras pruebas que permitan concluir su veracidad. En resumen, la equivalencia es funcional, ya que todas permiten llegar a la misma conclusión, pero solo una proporciona una certeza total al proceso al ser incorporada en un formato completo y no solo como un extracto, como sucede en el caso de las capturas de pantalla.

**Figura. 4.** Prueba electrónica en Colombia



El CGP abrió la posibilidad de llevar a cabo la valoración probatoria de los mensajes de datos, ya fuese en dispositivos electrónicos o impresos en papel. Estas pruebas digitales son cada vez más comunes en la cotidianidad, ya que las relaciones humanas se dan en contextos virtuales. En ese sentido, se puede afirmar que es “información de datos que ha sido creada, almacenada o transmitida a través de dispositivos electrónicos” (Schirakian, 2021) y puede ser considerada importante en el desarrollo de un proceso judicial. De este modo, el derecho ha tratado de seguir al mismo ritmo que las interacciones sociales.

Así, la Corte Constitucional ha reconocido a *WhatsApp* como una herramienta que facilita la comunicación a través de dispositivos móviles, permitiendo el intercambio de ideas, mensajes e incluso otros datos con solo enviar información. Este punto ha sido reiterado en sentencias como

la T-043 de 2020, donde se señaló que WhatsApp debe entenderse como un software multiplataforma, lo que significa que, aunque su uso principal sea en teléfonos celulares, también puede utilizarse en computadoras o tabletas. Por lo tanto, su naturaleza ha evolucionado y se ha adaptado a medida que la aplicación ha recibido modificaciones.

En este contexto, los mensajes de datos no se limitan únicamente a la mensajería, sino que también abarcan videos, fotos, imágenes, audios, emojis y *stickers*. Sin embargo, aunque estos elementos puedan ser válidos como prueba documental, no garantizan la total integridad de la información contenida en los mensajes de datos de un determinado chat.

Es así que se puede afirmar que la información producida, enviada y guardada en digital puede constituir un mensaje de datos. Esta afirmación va de la mano con la definición de mensaje de datos que se ha venido usando a lo largo del escrito, la cual reconoce que este tipo de mensajes tiene fuerza probatoria y debe ser reconocida en las distintas actuaciones judiciales que se estén adelantando. Por ende, son admisibles como pruebas cumpliendo con los requisitos contenidos en la norma que son los siguientes:

- i) Que exista confiabilidad, es decir que el operador jurisdiccional, pueda identificar el lugar en el que se comunicó el mensaje de dato, se generó o inclusive se archivó.
- ii) Que la confiabilidad sede y se promulgue también en la forma como se conserva la información.
- iii) Finalmente, que se pueda identificar dentro de la prueba el elemento de iniciación o cualquier otro factor que el investigador, fiscal o juez requieran para poder demostrar un hecho.

En conclusión, es posible afirmar que en Colombia se entiende por prueba electrónica cualquier archivo, imagen, video, conversación o mensaje que pueda servir como documento probatorio ante un juez durante un litigio. Además, se evidencia cómo se ha ido incluyendo en el ordenamiento jurídico, a través de la expedición de leyes y pronunciamientos jurisprudenciales, aspectos tecnológicos de uso cotidiano que inciden en el desarrollo de los distintos procesos jurídicos. Un ejemplo claro de esto es la Ley 527 de 1999, diseñada con el propósito de establecer normas que regulen el acceso y la utilización de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, reconociendo así su validez jurídica como expresión de la voluntad y como medio de prueba. En resumen, los mensajes de datos son aceptados como pruebas y su valor probatorio es equiparable al de la prueba documental según lo dispuesto en las normativas correspondientes.

Sin embargo, es importante señalar que la postura respecto a este tema es que la valoración de los documentos depende también de los criterios a los que son sometidos. En otras palabras, la aplicación de la sana crítica es necesaria y obligatoria para demostrar la existencia de un hecho o una situación en el uso de los mensajes de datos como prueba central.

## **4.2. Alcance probatorio de los mensajes de datos por vía de WhatsApp**

### ***4.2.1. Pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el valor probatorio de los mensajes de WhatsApp***

De acuerdo con la información extraída de la ficha de recolección jurisprudencial (Apéndice. 1), se observa que, en los últimos años, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la validez probatoria de los mensajes de datos, especialmente en el contexto de las capturas de conversaciones.

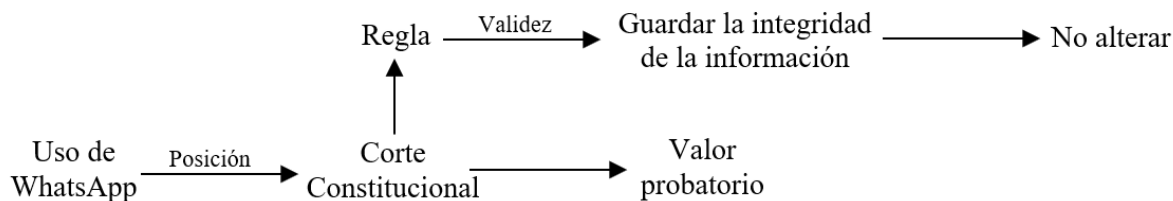
En la sentencia C-604 de 2016, la máxima instancia judicial afirmó que los pantallazos de dichas conversaciones no pueden ser considerados como pruebas válidas si no se cumplen los criterios delineados en la Ley 527 de 1999, la cual regula los mensajes de datos. Estos criterios incluyen:

- (i) La necesidad de que la información se encuentre totalmente accesible, este registrada y también se dé por escrito.
- (ii) Que se presente y conserve en su formato original, garantizando así la preservación de la integridad del contenido desde su primera generación en forma definitiva;
- (iii) La fiabilidad del contenido de los mensajes electrónicos;
- (iv) La integridad, es decir, que el contenido transmitido electrónicamente llegue completo;
- (v) La inmutabilidad para asegurar que el mensaje se mantenga, es decir que sea integral, se aporte en formato original o que la manera en que se aporte guarde tal cercanía con el original, que permita indicar que es totalmente veras. Sumado a ello que este cobijado bajo un sistema de protección.
- (vi) La trazabilidad que permita acceder al origen de la información; y
- (vii) La recuperación, se tendrá cuando se facilita su consulta posterior y garantiza su preservación en el tiempo, protegiéndolo de daños o destrucción causados por virus informáticos.

En resumen, para que los mensajes de datos sean analizados dentro de un proceso judicial y puedan ser considerados como una prueba con valor, es imperativo asegurar la **integridad** de la información, lo cual implicaba su mantenimiento en su forma completa e inalterada desde su primera creación definitiva. De aquí que se pueda indicar que a pesar de que existe un factor

funcional que equipara el documento con lo electrónico, solo este último permite la adecuada integridad de un mensaje de datos de *WhatsApp*.

**Figura. 5.** *Valor probatorio conforme Corte Constitucional*



#### ***4.2.2. Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el valor probatorio de los mensajes de WhatsApp***

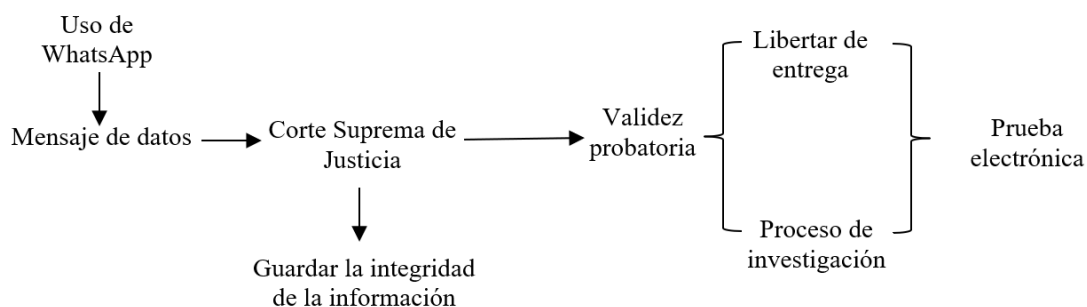
De acuerdo con la información extraída de las fichas de recolección jurisprudencial (apendice No. 2), se tiene que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al acceso legítimo al contenido de conversaciones, explicó en el auto con radicado CSJ AP-1465-2018 (rad. 52320) que hay dos formas en que el Estado, como ente acusador, puede acceder a estas: (i) por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional, o (ii) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación.

Asimismo, señaló que en el primer caso no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, en cuanto al segundo ítem, dichos actos están sometidos a la reserva judicial y legal de que trata el artículo 15 de la Constitución. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, considera valido la posibilidad de renunciar a la intimidad, cuando existen las siguientes situaciones o escenarios los cuales posibilitan tal escenario, que fueron descritos en títulos atrás:

- i) La renuncia, se da cuando la víctima o víctimas directas entregan la información que tienen en su posición y poner en total disponibilidad los documentos o mensajes de datos que estos tienen, de manera que al existir algo que vincula a la aplicación de WhatsApp, se podrá aportar el celular de manera íntegra teniendo imposibilidad de que exista una alteración o modificación al contenido de los mensajes.
- ii) Cuando el testigo y el partícipe efectúan lo anteriormente descrito. En estos casos, cabe indicar que se actúa siempre de forma espontánea y libre, de forma que dichos mensajes pueden ser aportados tanto por la fiscalía como por el abogado que actúa en papel de representante de las víctimas. Cabe indicar que en estos casos a pesar de que exista libertad, el ideario es que su aportación al proceso judicial se efectuó bajo los criterios de integridad de la información.

Así las cosas, en estos escenarios se inhabilita una posible hipótesis en la que se materializó una interceptación de información, por el contrario, la norma valida que, al existir total libertad, las personas pueden aportar la información de manera total y completa al *litis*. En otros términos, ni cualquier otro acto de investigación de los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004, que, si exigen para su legalidad del control judicial posterior previsto en el artículo 237 *ibidem*, que pueden afectar la intimidad de estos.

**Figura. 6.** Valor probatorio conforme a la Corte Suprema de Justicia



El Alto Tribunal ha sido enfático en ello, dado que hay casos en los que se presenta la renuncia al derecho de intimidad, la cual puede producirse no solamente con la entrega material del soporte tecnológico en el que se encuentra recogida la información relevante, sino también cuando los que integran la dinámica propia de los mensajes de datos, deciden aportar el contenido de estos ante el ente acusador, investigador o quien haga las veces de su abogado defensor, aun cuando no exista plena documentación de los mismos, si aporta el dispositivo móvil o el contenido completo de un mensaje de datos.

De este modo, la sentencia CSJ, AP-4110-2018, expone que la Fiscalía tomó el celular de la acusada, quien, si bien no dio su consentimiento expreso para la extracción de la información del dispositivo, sí debió realizar un control posterior a los resultados. La manifestación de la acusada no fue suficiente para justificar la intromisión en sus bienes, como lo era su celular.

Sin embargo, la Corte concluye que quedó evidenciada la voluntad, liberalidad y explicitud de la declarante, quien ofreció a la fiscalía el contenido de sus conversaciones privadas, sabiendo que con ello renunciaba al privilegio de su intimidad personal y al derecho al secreto de las comunicaciones. Este acto no requiere control judicial posterior, ya que se trata de un acto de liberalidad.

#### ***4.2.3. Posición de la Comisión de Disciplina Judicial***

Si bien la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ha reafirmado la postura de la Corte Constitucional al señalar que los mensajes de datos impresos deben considerarse como pruebas documentales. Por lo tanto, el tratamiento que se les dé debe realizarse desde la perspectiva de este tipo de pruebas. La comisión ha enfatizado que la validez y eficacia del contenido del mensaje no debe verse afectada por la forma en que se incorpore al proceso. Sin embargo, la comisión no

establece el valor que se debe otorgar a estos mensajes, por lo que indica que se seguirá aplicando el criterio de la sana crítica para determinar su valoración en cada caso particular (Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Boletín No, 64., 2022).

En este sentido, en los casos en que la única prueba disponible sea una captura de pantalla, esta no deberá ser desestimada, sino que se deberá analizar cuidadosamente y determinar su valor en función del conjunto de pruebas presentadas. Esto se debe a que la captura de un mensaje de datos en formato analógico se equipara a la presentación de una copia en el proceso, lo que lleva a aplicar el principio de buena fe y las reglas establecidas por el CGP para llegar a una conclusión al respecto.

En diciembre de 2022, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, bajo la dirección de M. P. Carlos Arturo Ramírez Vásquez, emitió un veredicto que confirmaba la validez de las capturas de pantalla de conversaciones de WhatsApp como pruebas documentales. Este fallo se dio en un caso en el que una abogada fue encontrada responsable durante un proceso de despojo de propiedad y fue sancionada con suspensión.

La decisión se basó en el análisis de dos capturas de pantalla de una conversación de WhatsApp entre la abogada y la parte demandante. La Comisión resaltó que estas capturas deben ser consideradas como pruebas documentales, no simplemente como indicaciones, a pesar de la discrepancia con la sentencia T-403 de 2020 de la Corte Constitucional.

A pesar de esto, se subrayó la importancia de que el juez disciplinario realice una evaluación exhaustiva y conjunta de todas las pruebas presentadas, asignando un valor adecuado a cada una y justificando sus decisiones de manera fundamentada. Por lo tanto, las capturas de pantalla o impresiones en papel de mensajes de datos deben ser examinadas en conjunto con otras

pruebas y, si es necesario, se deben realizar pruebas adicionales para confirmar su autenticidad, como un dictamen pericial. Es así, como hemos querido plantear que este tipo de elementos materiales probatorios en el sistema penal Acusatorio deben seguir la misma tesis por cuanto las pruebas documentales junto a los elementos materiales incorporados permitirán al juez realizar un examen adecuado de las mismas, pero en la categoría de prueba y no de indicio.

#### ***4.2.4. Valor probatorio dado por Altas Cortes en otros países a los mensajes de WhatsApp***

Las capturas de pantalla, cuando son impresas, no constituyen una forma válida de prueba electrónica, sino más bien una manifestación física materializada en papel de un evento que tuvo lugar en el entorno virtual. Esta reproducción impresa no representa el documento electrónico original enviado a través de la plataforma de mensajería; es esencial comprender que carece de los metadatos que le otorgan autenticidad. Aunque estas impresiones pueden sugerir la ocurrencia de los eventos que se alegan, no tienen la capacidad inherente de generar una convicción sólida por sí mismas para establecer la veracidad de dichos sucesos. Además, es imposible garantizar la integridad del documento impreso, es decir, que no haya sido modificado por ninguna de las partes involucradas o terceros, ni asegurar su preservación para un análisis pericial futuro.

Esta realidad destaca cómo los avances tecnológicos han influido en la comprensión del derecho en el ámbito de la prueba. Los operadores judiciales enfrentan la tarea diaria del estudio de elementos probatorios, entre ellos los denominados como mensajes de datos, los cuales pueden o analizarse por vía de la captura de pantalla impresa o digital o directamente de los dispositivos de forma integral. Ante la debilidad inherente a los elementos contenidos en estas capturas, la doctrina legal tiende a considerarlas como pruebas indiciarias, lo que resalta la necesidad de valorarlas en conjunto con otros medios de prueba para obtener una imagen más completa.

En el contexto penal español, la investigación recae en la policía, mientras que la dirección de la misma es tarea del Ministerio Fiscal y el control de la instrucción es competencia del Juez. En un entorno donde la confiscación de equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento de datos es cada vez más común durante la investigación penal, es fundamental determinar los medios apropiados para presentar estas pruebas en el proceso judicial. En este sentido, en el proceso penal, lo que cobra verdadera relevancia es el contenido en sí, más que el contenedor. Por ejemplo, este contenido puede incorporarse al proceso a través del reconocimiento por parte del investigado, mediante el testimonio de los testigos, su impresión en papel o mediante un informe pericial informático.

En España, la evidencia digital puede tener un impacto significativo en la capacidad del sistema legal para sancionar a los infractores, dado que su facilidad de manipulación o alteración a menudo la convierte en objeto de sospecha. La carencia de regulaciones claras en el sistema procesal español con respecto a la incorporación de pruebas digitales puede resultar en su subvaloración durante el proceso legal. Un estudio acerca de la manera de analizar la prueba electrónica revela que su valoración difiere de la de la prueba documental. Mientras que esta última está sujeta a ciertas restricciones, la evidencia digital se rige por el artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que le otorga una valoración más flexible debido a la existencia de metadatos que pueden aportar información adicional, además de facilitar la identificación del usuario otra investigación, sobre lo incorporado dentro de las aplicaciones de mensajes de datos, por lo que se concluye que se requieren estudios técnicos-forenses para validar los datos recopilados antes de presentarlos como pruebas electrónicas ante las autoridades judiciales.

Dentro de este contexto, se considera imprescindible la realización de informes periciales que identifiquen el origen de la información sujeta a análisis, ya sea texto, imágenes, voz o videos.

Dado que existe una alta posibilidad de manipulación en este tipo de pruebas, se vuelve crucial verificar su autenticidad para que sean aceptadas como válidas dentro del proceso legal. Asimismo, para que los mensajes de *WhatsApp* sean considerados pruebas legítimas en un proceso judicial en España, deben ser obtenidos de manera lícita y no deben vulnerar derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre o la protección de datos personales. Además, el contenido de estos mensajes debe ser presentado de manera clara e íntegra para permitir un análisis contextual y una valoración adecuada en conjunto con otros medios probatorios presentados por las partes.

Por su parte, en México, cualquier orden judicial relacionada con pruebas electrónicas pasa por diversas fases, como la verificación de que los elementos técnicos necesarios puedan reproducir la prueba electrónica y la identificación de su carácter. Esto permite valorar adecuadamente la prueba electrónica. Así pues, aquellos documentos que carecen de firma electrónica tienen una capacidad probatoria limitada y se consideran indicios que deben respaldarse con otros tipos de pruebas.

En el caso el Estado de Perú, la forma de manejar estos debates se limitó con mayor facilidad al incorporar las redes sociales al espectro de la prueba documental, de manera que esta no puede tener otro tratamiento que no sea tal. Esto ha permitido que estas redes sociales sean consideradas herramientas de prueba válidos en el *litis* de desarrollo de investigaciones penales, lo cual contribuye a que los jueces obtengan certeza sobre los hechos delictivos en cuestión durante las etapas de investigación preliminar y preparatoria. No obstante, es fundamental reconocer que cada caso en particular debe ser considerado para abordar de manera efectiva los desafíos jurídicos que puedan surgir.

Por ejemplo, en el ámbito laboral, donde las faltas graves pueden ser comunicadas verbalmente o a través de chats sindicales, se ha validado la presentación de pruebas en formato de mensajes de *WhatsApp*. Esta validación se basa en los criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en la sentencia expediente 00962-2019 PA/TC de 2022. Según esta sentencia, los mensajes de *WhatsApp* son considerados pruebas válidas cuando las personas que participan intercambian información y comparten contenido, por lo que no existiría violación alguna a los derechos que derivan de las dinámicas de las comunicaciones, que entre ellos se encuentra el de la privacidad e inclusive el de libertad. Además, si uno de los participantes de la conversación aporta la información en el marco de un procedimiento sancionador o judicial, dichos mensajes no pueden ser excluidos como prueba, y se les concede plena validez y eficacia. Además, si un tercero ajeno a la conversación intenta acceder, intervenir o interceptar la información contenida en esos mensajes, dicha acción se considera una violación a las prerrogativas jurídicas del derecho a la intimidad, así como a de la libre comunicación y el secreto que se maneja dentro de las conversaciones virtuales.

Sin embargo, y a pesar de los intentos de regulación, en Perú la prueba digital no se trata adecuadamente en el proceso penal, lo que conduce a una falta de valoración adecuada de la evidencia digital. Se necesita un ambiente pericial especializado que garantice la adecuada integridad de la prueba, así como de la evidencia que existe dentro de la evidencia de tipo electrónico o digital. Este es el aporte del conocimiento técnico que da este profesional para darle certeza al juez respecto de la autenticidad y confiabilidad de la prueba desde su emisión, recepción y cadena de custodia. En ese sentido, a pesar de que existen alguna reglamentación, aún se considera que falta de regulación y delimitación en el sistema procesal peruano, si bien esto es positivo puesto que evita la existencia de debates dentro de las altas cortes para delimitar y

estructurar la valoración probatoria que se le otorgara a un mensaje de datos, también es negativa por lo mismo, puesto que de cara a una investigación penal darle un único valor probatorio no permite i) la materialización de la libertad probatoria y ii) termina por sacrificar las posibilidades en como el ente acusador incorpora pruebas al *litis* penal.

De esta manera, se evidencia cómo la transformación digital ha tenido un impacto profundo en los derechos fundamentales de las personas y, en consecuencia, es esencial que los países implementen medidas de ciberseguridad y establezcan un marco legal moderno para salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos. Esto, en razón del crecimiento constante del tráfico de información a través de medios electrónicos y digitales, es vital que las normativas aborden adecuadamente estas necesidades sin perder de vista los avances tecnológicos que emergen en cada período.

#### **4.3. Delimitación de la valoración probatoria de los mensajes de datos por vía de WhatsApp**

Para llevar a cabo el análisis de la evidencia que se encuentre en mensajes y contenido de la aplicación de mensajería *WhatsApp*, es necesario hacer referencia en primer lugar a los principios y criterios establecidos por la legislación procesal colombiana, los cuales son aplicables a diversos tipos de procedimientos en general. Por lo tanto, resulta esencial establecer que la Ley 1564 de 2012 regula todos los ámbitos jurisdiccionales y especialidades, al igual que también regula lo relativo a las funciones de orden jurisdiccional por parte de las personas que ejercen justicia de forma transitoria o inclusive los servidores públicos.

Es evidente que uno de los objetivos esenciales que persiguió el CGP fue la implementación de un marco procesal completo adaptado a las exigencias de la realidad social. Esto incluye la eliminación de elementos normativos que obstaculizan la eficiencia de la labor

jurisdiccional y la actualización de los procedimientos para aprovechar los beneficios proporcionados por los avances tecnológicos en la realización de las actividades judiciales.

En virtud de lo mencionado, en el artículo 11 de dicho estatuto se establecieron tres premisas significativas: en primer lugar, se establece que la interpretación de la ley procesal debe considerar que la finalidad es la de dotar de efectividad todas las etapas procesales y con ello lo sustancial. En segundo lugar, se prescribe que las incertidumbres en la interpretación deben ser aclaradas mediante la aplicación de los principios fundamentales y generales del derecho procesal, garantizando derechos como el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad y otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Por último, se enfatiza que el juez debe abstenerse de requerir y cumplir con formalidades que resulten innecesarias (Ley 1564, 2012).

En tal medida, cuando se aporta un mensaje de *WhatsApp*, la Ley 527 de 1999 le ha otorgado, como anteriormente se indicó, equivalencia funcional para que tenga los mismos efectos jurídicos que un documento y otro medio de prueba, pero exige que sea fiable, inalterado y rastreable para poder pregonar su autenticidad. Así pues, el ámbito del derecho penal no es ajeno a ello, ya que, si dentro de un proceso judicial de esta índole se va a allegar este tipo de material probatorio, es imprescindible que cumpla con los requerimientos legales establecidos para que pueda hacerse valer dentro del mismo, pues de lo contrario, no debe ser tenido en cuenta. Sin embargo, vale mencionar que, a pesar de poder considerar como más confiable lo contenido en el papel, lo cierto es que los documentos electrónicos, cumpliendo con todos los requisitos jurídicos y técnicos señalados en la ley, pueden brindar mayor confiabilidad en cuanto a la identificación y la integridad del contenido.

No obstante, caso distinto ocurre cuando lo que se aporta dentro del proceso judicial son las copias de los pantallazos de los mensajes que se enviaron y recibieron en el desarrollo de la conversación, ya que en esas circunstancias el valor probatorio que se les otorga no es el mismo que a los documentos electrónicos, sino de las simples copias y, por tanto, se debe aplicar lo contenido en los artículos 246 y 247 del CGP, los cuales contemplan los siguientes parámetros normativos respecto de la forma de valorar las pruebas. En este caso la ley procesal establece dos reglas:

- i) Para el CGP, las copias tienen el mismo valor probatorio que un original, en tal sentido cualquier impresión que se genere a partir del original tiene la misma validez dentro de un litigio, con esto se elimina la vieja costumbre de darle únicamente valor procesal al original. Sin embargo, salvo que exista una ley o disposición que requiera o estipule lo contrario, tanto la original como la copia poseen iguales características.

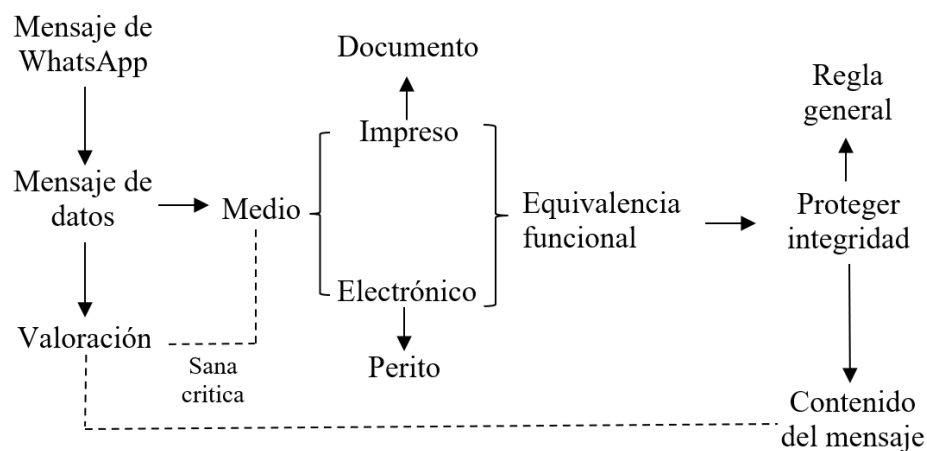
Esto le otorgo a la copia un cierto margen de autenticidad y una manera en cómo a la copia se puede equiparar a la original. Aspecto que se amplía inclusive a los mensajes de datos los cuales, según este criterio, el pantallazo que es la copia del original tendría el mismo valor. Sin embargo, para evitar esto el CGP estableció la segunda regla.

- ii) Los mensajes de datos tienen un valor igual a la forma en como fueron generados e incorporados, es decir que este puede ser documental, dependiendo la forma en como fue emitido o reproducido, como también puede ser un dato si el medio es electrónico, en tal sentido, la valoración se efectúa acudiendo a un doble criterio, uno físico y otro digital.

Respecto a este último punto, la Corte Constitucional se pronunció manifestando que cuando un dato se presenta a un litigio en un formato diferente a su versión original, sino en un formato impreso en papel, el legislador establece que esta impresión debe ser evaluada de acuerdo con las normativas generales que rigen los documentos. Esto sugiere que la regulación no se centra exclusivamente en el contenido de mensajes de esta índole, sino más bien en la simple reproducción física. Esto significa que el tratamiento de los mensajes de datos se da conforme a la reproducción de los mismos; por tanto, si bien se sigue manejando como tal cuando la forma de vincularlos es por vía de un documento impreso, la precisión jurídica es que en el proceso se le denominada no como mensaje de datos, sino como la reproducción de este.

Así pues, para llevar a cabo la contradicción de algún documento electrónico es imprescindible contar con un perito, quien es la persona especializada en el tema, para que, a partir del análisis, pueda refutar el contenido de este, pues se podría estar valorando, por parte del juez, una prueba alterada que perjudicaría y afectaría los derechos de los sujetos parte del proceso. De este modo, cuando el juez, en el ámbito penal, va a llevar a cabo la valoración de la prueba, debe tener como criterio la sana crítica, además de realizar la respectiva apreciación en conjunto con los demás materiales de prueba.

**Figura. 7.** Valor de los mensajes de datos de WhatsApp



#### 4.4. Propuesta de un tratamiento sistémico dentro del ordenamiento jurídico

Tomando en cuenta todo lo expuesto anteriormente y con el objetivo de proponer una solución desde lo jurídico, se plantea que es fundamental que la normatividad y su interpretación se adapte constantemente a los cambios tecnológicos, sin descuidar los aspectos técnicos necesarios para evitar cualquier vulneración a las garantías fundamentales y procesales. En este caso la figura del perito se vuelve esencial, ya que aporta los conocimientos técnicos necesarios al operador jurisdiccional.

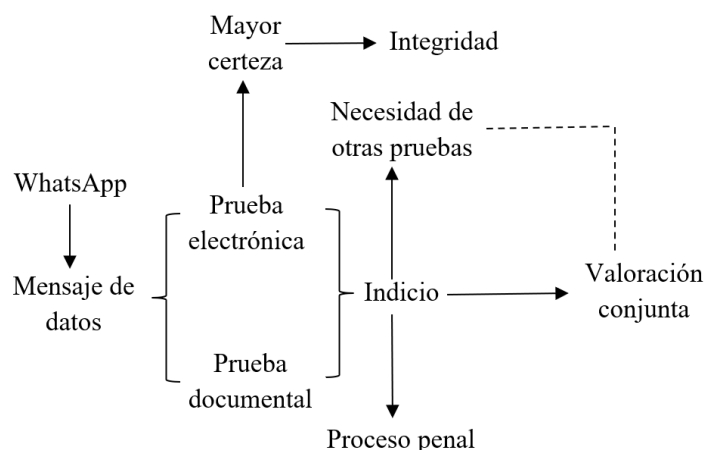
En este sentido, es crucial que el juez evalúe con discernimiento y lógica la prueba a partir de evidencias como imágenes, videos, publicaciones en redes sociales o conversaciones de WhatsApp presentadas por las partes en un proceso judicial. Esta valoración debe basarse en una evaluación cuidadosa de los hechos y circunstancias aplicando la sana crítica.

Es importante destacar que el CGP reconoce la importancia de estas pruebas, consideradas como mensajes de datos según la Ley 1564 de 2012, y deben ser evaluadas también bajo los principios de la sana crítica. Las pruebas provenientes de redes sociales y las conversaciones de *WhatsApp* deben ser sometidas a las reglas de la sana crítica, según lo indicado por Alzamora et al (2014). En este contexto, el valor otorgado a cada tipo de prueba electrónica queda a la discreción del juez, quien debe ponderar las circunstancias fácticas y las pruebas presentadas por ambas partes de manera razonable.

La presentación de estas pruebas electrónicas puede realizarse en su formato original o en uno que permita una reproducción precisa del mensaje. Según la Ley 527 de 1999, es posible presentar el teléfono inteligente como evidencia, pero siguiendo las pautas del Código General del Proceso, se prefiere que exista una impresión o replica en papel del mensaje de datos (Pardo, 2017).

Sin embargo, es relevante reconocer que las pruebas electrónicas están más sujetas a modificaciones, lo que subraya la necesidad de herramientas técnicas y judiciales para mantener la integridad del mensaje de datos desde su emisión hasta su presentación en el proceso (Prieto, 2014).

**Figura. 8.** *Propuesta de sistematización del mensaje de datos por vía de WhatsApp*



En este contexto, se debe considerar que las capturas de pantalla no son una reproducción fiel de la prueba original, sino una **imagen digital** que carece de metadatos. Por lo tanto, estas capturas de pantalla no deben ser consideradas como pruebas electrónicas contundentes, sino como **indicios** que deben evaluarse en conjunto con otras pruebas dentro del proceso (Corte Constitucional, Sentencia T-043, 2020).

El perito desempeña un papel crucial al proporcionar conocimientos técnicos al juez sobre la autenticidad de las pruebas electrónicas presentadas. Esto garantiza que el juez emita un fallo basado en pruebas sólidas y legales. Es importante recordar que la legislación impone al juez la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de las formalidades necesarias para la validez y admisión de la prueba, con el fin de garantizar la certeza de los hechos presentados por las partes.

Además, el juez debe considerar la evaluación integral de todas las pruebas, no solo las electrónicas discutidas en este contexto, sino también cualquier otra evidencia presentada en el litigio.

En resumen, la propuesta final busca entender que, aunque los mensajes de datos a través de aplicaciones como WhatsApp pueden ser considerados tanto como pruebas documentales como electrónicas, lo más apropiado en el proceso penal es utilizar la segunda opción. Esto se debe a que la prueba electrónica permite preservar con mayor certeza la integridad de la evidencia, no solo al presentarse completa, sino también al ser incorporada al proceso judicial mediante la intervención de un perito. Esta propuesta es importante porque clarifica cómo los mensajes de datos pueden tener validez probatoria tanto como prueba documental como electrónica, pero que, debido a su naturaleza, en la primera categoría son considerados meros indicios, mientras que en la segunda tienen pleno valor probatorio.

Aunque la jurisprudencia constitucional reconoce la equivalencia funcional, en la práctica, el medio de incorporación de la prueba puede influir en la apreciación del juez y, por ende, en el resultado del proceso. Esto, junto con la carga probatoria que enfrenta el fiscal al tener que complementar la evidencia cuando se aporta una conversación mediante una impresión física, resalta la importancia de una correcta incorporación de los mensajes de datos al proceso judicial para hacer un uso efectivo de las TIC.

Es importante señalar que la propuesta no implica la creación de una tarifa legal, ya que no implica un cambio en la normativa existente ni una iniciativa legislativa. Por el contrario, busca promover un uso adecuado de los mensajes de datos de aplicaciones como *WhatsApp* en el proceso penal, basándose en las normas procesales, sustantivas y las reglas jurisprudenciales vigentes. Esto se debe a que la tecnología ha transformado significativamente nuestras interacciones sociales, y

muchos delitos pueden dejar rastros en este tipo de mensajes. Por lo tanto, para proteger a las víctimas y garantizar los derechos procesales, es pertinente sistematizar la utilización de los mensajes de datos en los litigios judiciales.

Por ello, básicamente el sistematizar la forma en como se le otorga valor a una prueba resulta adecuado, por tal razón la propuesta no busca descartar totalmente la prueba documental de los mensajes de datos, puesto que inclusive puede importarse en ambos formatos dentro de un proceso judicial, sino entrar a buscar cuál de los medios el juez le dará un mayor valor acudiendo a los criterios que existen para los mensajes de datos.

Vita (2022) reafirma esta propuesta al señalar que el valor probatorio de la evidencia digital debe ser introducido en el proceso mediante la intervención de un perito. Este experto es el único capacitado para certificar ante el operador jurisdiccional que las capturas de pantalla no han sido alteradas y que conservan su integridad original. Esta consideración cobra mayor importancia en el contexto de aplicaciones como WhatsApp, que experimentan actualizaciones constantes, lo que puede cambiar la forma de comunicar y transmitir mensajes.

Un ejemplo ilustrativo de esto son los mensajes que se autodestruyen después de ser vistos una única vez. En estos casos, no es posible capturarlos mediante una simple captura de pantalla, lo que dificulta su incorporación al proceso judicial. Por lo tanto, la única forma adecuada de presentar esta evidencia es a través del testimonio de la víctima o de un testigo que pueda confirmar la autenticidad del contenido del mensaje. Sin embargo, incluso en estos casos, la intervención de un perito es crucial para garantizar la integridad de la evidencia digital y confirmar si los mensajes fueron modificados dentro del mismo chat y si realmente eran del tipo que se autodestruyen después de ser vistos una vez.

En resumen, no se está descartando la posibilidad de vincular estos mensajes al proceso judicial de manera documental, pero es importante señalar que hacerlo de esta manera dificultaría una apreciación adecuada por parte del juez, especialmente en asuntos que requieren un enfoque técnico más que jurídico. En este sentido, la intervención de un perito es esencial para asegurar la integridad y autenticidad de esta evidencia digital. Por lo tanto, la propuesta busca principalmente sistematizar la forma en que se valora una prueba, reconociendo la importancia de los mensajes de datos como medio probatorio. Esto no implica descartar por completo la prueba documental de los mensajes de datos, ya que puede presentarse en ambos formatos en un proceso judicial. Más bien, se trata de determinar qué medio otorgará el juez un mayor valor, considerando los criterios específicos aplicables a los mensajes de datos.

A *grosso modo*, al incorporar los mensajes de datos a través de la figura del perito, se elimina la incertidumbre sobre su existencia, veracidad y confiabilidad. Esto garantiza que el juez analice esta prueba con mayor rigurosidad en comparación con aquella presentada simplemente como un documento. La Corte Constitucional, de hecho, ha reconocido esta última forma como un mero indicio.

A pesar de las complejidades, no se puede subestimar el valor probatorio de estas pruebas electrónicas. Ignorar su relevancia sería desconocer la influencia y el impacto de la tecnología en la sociedad actual y en las actividades cotidianas. El derecho debe evolucionar junto con el progreso tecnológico para asegurar una justa administración de justicia.

## 5. Conclusiones

El desarrollo del texto resalta la evolución del marco normativo del Estado colombiano para adaptarse a los cambios sociales y tecnológicos, especialmente en la introducción de pruebas

digitales en los procesos judiciales. Se reconoce la necesidad de establecer criterios normativos para su admisión y valoración, donde el conocimiento técnico, particularmente de los peritos, juega un papel crucial al proporcionar al juez certeza sobre la autenticidad y la integridad de las pruebas electrónicas presentadas, contribuyendo así a la emisión de fallos basados en pruebas sólidas y legales.

Desde la expedición de la Ley 527 de 1999, se ha establecido un marco legal integral para el uso de mensajes de datos como medio de prueba, pero el mayor desarrollo ha sido impulsado por los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal. Estos pronunciamientos han delineado el principio de libertad probatoria y han abordado los aspectos técnicos y jurídicos relevantes para aportar y valorar este tipo de pruebas en el proceso judicial. La valoración probatoria debe basarse en la sana crítica, considerando todas las pruebas aportadas en conjunto. Aunque esto último sea cierto y su análisis sea en conjunto, cuando se hace mención a este aspecto, resulta necesario entender que la visión que se quiere abordar es la de entender que tanto el documento físico como el digital poseen igual validez.

Este reconocimiento de las pruebas digitales no es exclusivo de Colombia, ya que países como Perú, España y México también han regulado este tema, con mayor especificidad y tratamiento jurisprudencial. Es importante destacar que, aunque se reproduzca el contenido del medio probatorio, para que sea valorado como tal, debe estar en el formato original y cumplir con las condiciones técnicas necesarias, ya que de lo contrario se considerará una prueba documental y se aplicarán las reglas establecidas para esta, lo que termina por afectar i) la investigación, ii) la acusación y iii) la resolución de la sentencia judicial.

Aunque la legislación colombiana estaba teóricamente preparada para la inclusión de pruebas electrónicas en el proceso penal, la práctica ha revelado que su aplicación inicial no fue completamente segura por parte de los operadores de justicia, debido a la falta de claridad al respecto. En este sentido, el valor probatorio de los mensajes de datos proporcionados a través de WhatsApp está estrechamente ligado a la forma en que se incorporan al proceso. Aunque existe un reconocimiento legal y jurisprudencial para equiparar los documentos físicos con los electrónicos y las pruebas electrónicas, su valoración está sujeta a los criterios que el operador jurisdiccional aplique.

En otras palabras, aunque Colombia cuenta con un sólido respaldo jurídico en comparación con otros países para abordar este problema, es evidente que el valor de estos mensajes debe centrarse en el cumplimiento del criterio de integridad. De lo contrario, podrían ser considerados simples indicios, a pesar de que la realidad muestra que las interacciones sociales actuales se dan principalmente en el ámbito virtual, lo que facilita la demostración de delitos a través de esta vía.

Por lo tanto, es crucial seguir desarrollando este tema y garantizar que el derecho se mantenga actualizado para regular las cambiantes dinámicas personales, sociales y tecnológicas. El derecho evoluciona al mismo ritmo que la sociedad, y el uso adecuado de las herramientas tecnológicas puede maximizar la eficiencia y garantías del proceso judicial. Por ende, es necesario que el enfoque propuesto sea analizado desde una perspectiva actual, reconociendo ampliamente las diferentes formas en que se pueden aportar pruebas al proceso. Aunque los documentos físicos son más fáciles de integrar, su valor puede ser menos beneficioso y, a largo plazo, menos garantista.

### Referencias

Abel Lluch, X y Richard González, M (2013) Estudios sobre prueba penal. Madrid: Edit. Wolters Kluwer.

Acciarri, H. A. (2019). Smart Contracts, Criptomonedas Y Derecho. La Ley. 81 (83). 1-12.

Alfonzo, I. (1988). Técnicas de investigación bibliográfica. Contexto Editores

Ámbito jurídico. (2020). Precisiones de la Corte sobre el valor probatorio de los “pantallazos” de WhatsApp. [En línea]. Ámbito jurídico. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/tecnologia/constitucional-y-derechos-humanos/precisiones-de-la-corte-sobre-el-valor>

Arrabal Platero, P. (2020). La prueba tecnológica: Aportación, práctica y valoración. Madrid: Tirant lo Blanch

Arboleda Ramírez, P. B., & Aristizábal, J. F. (2019). La ponderación entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de información: aplicación del método de medición objetiva. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, 49(130), 28 - 50.

Bautista Avellaneda, M. E. (2015). El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Bolaños Marín, D. F., & Espinel Ballen, C. D. (2013). El mensaje de Datos como Evidencia Digital en Colombia. [Trabajo de grado]. Universidad Piloto de Colombia

Cano, J. J. (2006). Introducción a la informática forense. Revista Sistemas de la Asociación Colombiana de Ingenieros de Sistema. 64-73

Castro Jaramillo, Á. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*. 10(1), 113-133.

Campos, A. P. C. (2013). El contenido del derecho a la intimidad. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29(1). 45-81

Castro Jaramillo, Ángela M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133.

Constitución Política de Colombia [Cost.] 1991 (Colombia)

Corrales, M., Fenwick, M., & Haapio, H. (Eds.). (2019). *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*. Singapore: Springer. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-981-13-6086-2>

Corte Constitucional. (19 de noviembre de 2014) Sentencia C-881 de 2014. Exp. D-10273. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (02 de noviembre de 2016). Sentencia C-604 de 2016. Exp. D-11396 y D-11403. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Cuarta (10 de febrero de 2016) Sentencia T-050 [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Octava (10 de febrero de 2020) T-043 [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional. (10 de febrero de 2020). Sentencia T-043 de 2020. Exp. T-7.461.559. [M. P. José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional. (13 de diciembre de 2021). Sentencia T-449 de 2021. Exp. T-8.109.017. [M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar].

Corte Constitucional. (19 de diciembre de 2022). Sentencia T-467 de 2022. Exp. T-8.585.830. [M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar].

Corte Suprema de Justicia (11 de abril de 2018). Sala de Casación Penal. AP-1465-2018 Rad. No. 52320. [M. P. Patricia Salazar Cuellar].

Corte Suprema de Justicia (18 de septiembre de 2018). Sala de Casación Penal. AP-4110-2018 Rad. No. 53098. [M. P. Patricia Salazar Cuellar].

Fayo Gardó, A. Conde Colmenero, P. y Cordero Cutillas, I. et al. (2015). Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI. Dykinson.

Flórez Sánchez, M. L., & Guevara Castillo, J. E. (2021). La valoración probatoria de evidencias digitales como estrategia de investigación para prácticas corruptas en los delitos colusorios. [Trabajo de grado]. Director: Flores Sánchez Fernández de la Torre. & Jorge José Yaipen Torres. Universidad César Vallejo,

Galvis Lugo, Á. F. (2019). La no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental: Una lectura desde la regulación procesal colombiana. *Ius et Praxis*, 25 (2). 189-222.

Gómez Agudelo, D. S. (2020). Implicaciones jurídicas de la evidencia digital en el proceso judicial colombiano. *Ratio Juris*, 15 (30). 220-240.

González Franco, L. (2022). La prueba electrónica en el proceso civil. [Trabajo de Grado]. Director: Yolanda Palomo Herrera. Universidad de Valladolid.

Guerrero Peralta, O.J. (2011). La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*. 32 (92). 55-84.

González, P. (2015). Delitos contra la libertad individual y otras garantías. *Jus. Penal*. No. 17. Editorial Universidad Católica de Colombia. 45- 68.

Herrán Ortiz, A. I. (2004). El derecho a la intimidad en la nueva Ley orgánica de protección de datos personales. *Revista Universidad Sergio Arboleda*. 85-100

Congreso de la Republica. (26 de julio de 1996) Ley 300 de 1996. Por la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones. [D. O. No. 42845].

Congreso de la Republica. (24 de julio de 2000). Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [D.O. No. 44097].

Congreso de la Republica. (31 de agosto de 2004). Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [D.O. No. 45658].

Congreso de la Republica. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [D.O. No. 46446].

Congreso de la Republica. Ley 1453 de 2011. (24 de junio de 2011). Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. [D.O. 48110].

Congreso de la Republica. 26 de julio de 2016. Ley 1801 de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. [D.O. 49949].

Ius latín. (2021). Valor probatorio: Precisiones de la Corte sobre los “pantallazos” de WhatsApp.

Revista Latinoamericana de Derecho. [En línea]. Disponible en: <https://iuslatin.pe/valor-probatorio-precisiones-de-la-corte-sobre-los-pantallazos-de-whatsapp/>

López Olivera, M. A., & Semaque González, S. A. (2023). Incorporación ilícita de conversaciones de WhatsApp como medio. Director: Julio Edgar Castillo Casa. [Trabajo de grado]. Universidad César Vallejo.

Lozano Parra, J. S., Caballero Palomino, S. A., & Cruz Cadena, K. Y. (2021) La necesidad de establecer el estándar Daubert como criterio de admisibilidad para las decisiones sobre el decreto y practica de la prueba pericial de parte en Colombia. *Revista Legem*. 1 (2) 56-76.

Lozano Parra, J. S., Caballero Palomino, S. A., Cruz Cadena, K. Y. Castro Castañeda, L., & Torres Bayona, D. F. (2021) Inferencia lógica del indicio: análisis de los procesos de simulación con base en el razonamiento probatorio del contexto. RHS: Revista de Humanidades y sociedades. 9(2). 1-15.

Lozano Parra, J. S. (2023). En defensa de la virtualidad en el proceso y el uso indebido de nuevas tecnologías: audiencias y metaverso. [En línea]. Blog Revista UNA. Disponible en: <https://una.uniandes.edu.co/blog/325-en-defensa-de-la-virtualidad-en-el-proceso-y-el-uso-indebido-de-nuevas-tecnologias-audiencias-y-metaverso>

Mena Herrera, J. Á. (2022). Una mala construcción jurídica. A propósito de la discusión generada por la valoración probatoria de los mensajes de WhatsApp. Derecho: Debates & Personas. [En línea]. Disponible en: <https://www.revistaderecho.com.co/2022/02/19/una-mala-construccion-juridica-a-proposito-de-la-discusion-generada-por-la-valoracion-probatoria-de-los-mensajes-de-whatsapp/>

- Ruiz, L. G. O. (2020). Facebook: Derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social. *Jurídicas*, 17(1).165-186.
- Sanjurjo Ríos, E. I. (2017). Las conversaciones de WhatsApp como objeto de investigación y prueba en el proceso penal. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. 1 (1). 503-528.
- Schirakian, N. (2021). Evidencia informática: ¿Un nuevo paradigma para el derecho procesal penal? Director: Marcos Salt. [Trabajo de grado]. Universidad de San Andrés.
- Sierra López, S. (2019). El impacto de las nuevas tecnologías en materia probatoria civil y penal. Director: Cristina Carretero González. [Trabajo de grado]. Universidad Pontificia Comillas.
- Suárez, E. M. (2009). Estado de la cuestión sobre el derecho a la intimidad. *Díkaion*, 3 (1). 60-95
- Tamayo, M. (2007). El Proceso de la Investigación Científica: Incluye evaluación y administración de proyectos de investigación. Limus. Noriega Editoriales.
- Quintero Jaimes, R.A. (2020). Estándares para la aplicación de la expectativa razonable de intimidad en el proceso penal. En: *Guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios*. p. 228 – 232.
- Yáñez Meza, D. A., & Castellanos Castellanos, J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. *Vniversitas*, 65 (132), 561-610.
- Yepes Gómez, M. M., Pérez Benitorevollo, J. A., & Mario, P. (2022). Aplicación de la prueba electrónica en el marco normativo colombiano. *Novum Jus*, 16(1), 253-277.

Vita Mesa, L. (2022) ¿Se puede usar el pantallazo de un chat de WhatsApp como prueba en un proceso? [En línea]. Asuntos: Legales. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/se-puede-usar-el-pantallazo-de-un-chat-de-whatsapp-como-prueba-en-un-proceso-judicial-3462585>

## Apéndice A. Fichas de recolección jurisprudencial Corte Suprema de Justicia

Ficha de recolección Sentencia <a href="#">C- 604 de 2016</a>	
Fecha	2 de noviembre de 2016
Magistrado Ponente	Luis Ernesto Vargas Silva
Norma demandada	El inciso 2° del artículo 247 de la Ley 1564 de 2012  <i>“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.</i>  <i><u>La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.”</u></i>
Fundamentos	La Ley 527 de 1999 establece como requisitos de validez jurídica de un mensaje de datos, que “esté escrito... esté firmado y... sea original” la primera exigencia implica que la información sea accesible y la firma es el método que permite identificar al iniciador del mensaje de datos y confirmar que el contenido cuenta con su aprobación y conserve la integridad de la información y permita su exhibición. La originalidad del mensaje garantiza su inalterabilidad e integridad.  Los mensajes de datos son medios probatorios, así como los documentos impresos en papel, luego tienen igualdad de condiciones. Pero los criterios de validación de los mensajes de datos corresponden a sus características técnicas antes referidas, luego al prescribir que la impresión en papel de los mensajes de datos será valorada con base las reglas generales de los documentos, se desconoce la necesidad de criterios diferenciales de apreciación.
Problema jurídico	¿se vulnera el debido proceso y el derecho a la contradicción probatoria, al establecer la obligación de valorar los mensajes de datos a partir de su impresión en papel y conforme a las reglas generales de los documentos?
Institutos jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Medios de prueba</li> <li>• Prueba documental</li> <li>• Mensajes de datos</li> </ul>
Consideraciones	La regulación de los mensajes de datos y del documento electrónico en general surge con el desarrollo de formas de transacción mercantil; y se definió como mensaje de datos toda información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. A su vez, conceptualizó el Intercambio Electrónico de Datos, como la transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, estructurada bajo normas técnicas previstas para ese propósito (art. 1).  La Ley 527 de 1999 pretenden crear, en relación con el uso masivo del documento tradicional en papel, una nueva plataforma documental homóloga, a partir de una reconceptualización de nociones como “escrito”, “firma” y “original”, con el propósito de dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática.  Si el papel hace que el documento sea legible para todos, asegura su inalterabilidad a lo largo del tiempo, permite su reproducción y autenticación y proporciona una manera aceptable de presentación ante las autoridades públicas y los tribunales, el propósito de una legislación sobre el documento

	<p>electrónico es establecer los requisitos técnicos y jurídicos, a partir de las cuales, todas esas funciones puedan ser realizadas por la documentación basada en mensajes de datos.</p> <p>Los elementos que exige la Ley son: conste por escrito y la información sea accesible, que sea presentada y conservada en su forma original, es decir que haya garantía 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, además los mensajes de datos son admitidos como medios de prueba y su valoración debe ser tenidas en cuenta las reglas de la sana crítica y los demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. También se exigen la confiabilidad en el contenido de los mensajes de datos, la integralidad que asegura que el contenido transmitido electrónicamente sea recibido en su totalidad; la inalterabilidad garantiza la permanencia del mensaje en su forma original, mediante sistemas de protección de la información; la rastreabilidad permite al acceso a la fuente original de la información; la recuperabilidad posibilita su posterior consulta y de la conservación depende su perdurabilidad en el tiempo, contra deterioros o destrucción por virus informativos.</p> <p>Ahora bien, la “simple impresión” en papel de un mensaje de datos, debe ser apreciada con base en las reglas generales de los documentos, pues la información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel.</p>
Fundamentos de la decisión	<p>Como elemento material probatorio el inciso prescribe que la apreciación de los mensajes que emplean medios electrónicos tome como base sus impresiones en papel y se realice con arreglo a las normas ordinarias sobre los demás documentos, es decir que se prescindiría de las especificidades técnicas de los mensajes de datos (Ley 527 de 1999) y se reduciría dichos mensajes electrónicos a su mera reproducción en papel.</p> <p>Dicha disposición regula los casos en que el contenido originalmente creado, enviado o recibido mediante canales electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, no es aportado al proceso en el mismo formato en que se transmitió o en uno, de carácter electrónico, que lo reproduzca con exactitud, sino en una impresión en papel y, como consecuencia, se prevé la aplicación de las reglas general de valoración sobre los documentos.</p>
Justificación	<p>Se debe garantizar la integridad de la información, es decir, que haya permanecido completa e inalterada, a partir de su generación por primera vez y en forma definitiva.</p>

## Apéndice B. Fichas de recolección jurisprudencial Corte Suprema de Justicia

Ficha de recolección <a href="#">CSJ AP-1465-2018 (rad. 52320)</a>	
Fecha	11 de abril de 2018
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuéllar
Hechos	<p>El ente acusador imputó a FRNJ, Juez Segundo Civil Municipal de Cúcuta los delitos de <i>Concierto para delinquir</i>, <i>Cohecho impropio</i> y <i>Asesoramiento y otras actuaciones ilegales</i> (artículos 340, 406 y 421 del Código Penal) porque se concertó con MYJA y WRBS (oficial mayor del despacho) para obtener beneficios económicos de los remates realizados en procesos ejecutivos de su conocimiento (actividades propias de sus funciones), además asesoró ilegalmente a quienes participaban en esas diligencias.</p> <p>Durante la audiencia preparatoria, la defensa solicitó la exclusión del informe de laboratorio FPJ-13 del 11 de abril de 2016, sus anexos y el informe elaborado el 7 de junio de 2016, atinentes a la información extraída del teléfono celular de Maura Yolanda Jaimes, considerando que se trata de información privada, por lo que era obligatorio el control posterior, en los términos del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, el cual no se llevó a cabo.</p> <p>El Tribunal Superior de Cúcuta consideró improcedente la solicitud de exclusión presentada por la defensa. El defensor presentó recurso de apelación contra dicha determinación.</p>
Problema jurídico	¿El acceso al teléfono celular de MYJ y la extracción de la información contenida en el mismo, es un acto de investigación que requiere control judicial posterior?
Institutos jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cláusula de exclusión</li> <li>• Actos de investigación</li> <li>• Control judicial posterior</li> <li>• Derecho a la intimidad</li> <li>• Renuncia a la intimidad frente a las comunicaciones</li> </ul>
Consideraciones	<p>La exclusión de evidencia solo puede ser pedida por el titular del derecho vulnerado con el acto de investigación, más no por el procesado, así, finalmente la evidencia hallada durante el procedimiento irregular le puede perjudicar. (sistema penal estadounidense)</p> <p>El procesado tiene derecho a que se su presunción de inocencia se desvirtúe con pruebas obtenidas y practicadas dentro del marco constitucional y legal (...) estará legitimado para pedir la exclusión de evidencia, así el acto de investigación solo haya comprometido los derechos fundamentales de terceros (sistema español)</p> <p>En materia de las cargas argumentativas y del trámite, inherentes al debate sobre exclusión de evidencias, «<i>las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23</i></p>

	<i>de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales».</i>
Fundamentos de la decisión	<p>El acusado se encuentra legitimado para solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas a partir del acto de investigación que pudo afectar los derechos de tercero.</p> <p>El contenido de las manifestaciones previas que haya hecho el procesado en comunicaciones sostenidas con la víctima o con un testigo como elemento integral del tema de prueba, puede demostrarse por cualquier medio lícito, en virtud del principio de libertad probatoria, resultando especialmente útil el testimonio de uno de los partícipes en la comunicación para acreditar la existencia y contenido de la misma.</p> <p>El Estado puede acceder legítimamente al contenido de las comunicaciones, de dos formas: (i) por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional, o (ii) a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación.</p> <p>Los actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad están sometidos a las reservas judicial y legal de que trata el artículo 15 de la Constitución, sin perjuicio del sentido y alcance del principio de proporcionalidad.</p> <p>Cuando el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias de las personas que participaron en el acto comunicacional, no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004.</p>
Justificación	<p>Cuando la víctima o un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y, luego, suministra esa información a las autoridades, no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, ni, en general, de uno de los actos de investigación orientados a irrumpir en la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución Política y desarrolladas en la Ley 906 de 2004, pues no se trata de una acción de interceptación o retención de comunicaciones.</p> <p>Las renunciaciones a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse, entre otros, en contextos como los siguientes: (i) la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un mensaje de texto guardado en su teléfono, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; (ii) cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la Fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; (iii) cuando el partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la Fiscalía o la defensa, así no la haya documentado.</p>

Ficha de recolección <a href="#">CSJ, AP-4110-2018, (rad. 53098)</a>	
Fecha	18 de septiembre de 2018
Magistrado Ponente	Patricia Salazar Cuéllar
Hechos	<p>El ente acusador imputó a FRNJ, Juez Segundo Civil Municipal de Cúcuta los delitos de <i>Concierto para delinquir</i>, <i>Cohecho impropio</i> y <i>Asesoramiento y otras actuaciones ilegales</i> (artículos 340, 406 y 421 del Código Penal) porque se concertó con MYJA y WRBS (oficial mayor del despacho) para obtener beneficios económicos de los remates realizados en procesos ejecutivos de su conocimiento (actividades propias de sus funciones), además asesoró ilegalmente a quienes participaban en esas diligencias.</p> <p>Durante la audiencia preparatoria, la defensa solicitó la exclusión del informe de laboratorio FPJ-13 del 11 de abril de 2016, sus anexos y el informe elaborado el 7 de junio de 2016, atinentes a la información extraída del teléfono celular de Maura Yolanda Jaimes, considerando que se trata de información privada, por lo que era obligatorio el control posterior, en los términos del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, el cual no se llevó a cabo.</p> <p>El Tribunal Superior de Cúcuta consideró improcedente la solicitud de exclusión presentada por la defensa. La Corte, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la defensa decretó la nulidad parcial de lo actuado respecto del trámite dado a la solicitud de exclusión.</p> <p>Saneada la situación el Tribunal Superior de Cúcuta decidió nuevamente no acceder a la solicitud de la defensa de excluir el informe de laboratorio FPJ-13 del 11 de abril de 2016, sus anexos y el informe elaborado el 7 de junio de 2016, así como los testimonios de las peritos, argumentando que fue un acto de liberalidad de la testigo Maura Yolanda Jaimes Arias lo que permitió a la Fiscalía el acceso al teléfono celular y la extracción de la información, por lo que dicha actuación no requirió de control judicial de legalidad posterior. Y pese a no existir una manifestación expresa por parte de esta donde autorizara a la <u>Fiscalía General</u> de la Nación el acceso a la información que reposaba en el teléfono celular marca <i>Samsung</i> de su propiedad, sí realizó diversas manifestaciones durante el interrogatorio al que fue sometida, donde <u>tácitamente señaló haber permitido que se accediera a su contenido.</u></p>
Problema jurídico	¿El acceso al teléfono celular de MYJ y la extracción de la información contenida en el mismo, es un acto de investigación que requiere control judicial posterior?
Institutos jurídicos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Actos de investigación</li> <li>• Control judicial posterior</li> <li>• Derecho a la intimidad</li> <li>• <u>Renuncia a la intimidad frente a las comunicaciones</u></li> </ul>
Consideraciones	<p>La intervención en el derecho a la intimidad de MYJA no fue un acto promovido por la Fiscalía, sino que es un acto de liberalidad, pues es está quien decidió poner en conocimiento, a través de su declaración, reveló detalles de su intimidad referida a las conversaciones en las que resultaba comprometida en la realización de distintas conductas punibles, y respaldo tal declaración con la demostración de la información almacenada en su teléfono celular.</p> <p>La manifestación dada es fruto de su voluntad y liberalidad, luego es claro su consentimiento para que se conociera en el escenario judicial aspectos de su vida privada de los que ella podía disponer.</p>

Fundamentos de la decisión	<p>La actuación que permitió el conocimiento de las comunicaciones de MYJA y de los archivos contenidos en el teléfono celular de su propiedad que las documentaban, es fruto de la liberalidad, luego <b>no</b> es un acto de investigación que requiera control judicial posterior dado que resulta ser diferente a la interceptación, retención o recuperación de la información depositada en el aparato de comunicaciones.</p> <p>La renuncia a la intimidad frente a las comunicaciones, puede producirse no solamente con la entrega material del soporte tecnológico en el que se encuentra recogida la información relevante, sino también cuando el propio partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la Fiscalía o de la defensa, así no la haya documentado.</p> <p>La explicitud de la declarante sobre el interés de que se conociera el contenido de sus conversaciones con los funcionarios involucrados en los comportamientos reputados como delictivos por parte de la Fiscalía, no constituye un acto de investigación de los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004, por lo que no requería para su legalidad del control judicial posterior previsto en el artículo 237 <i>ibidem</i>.</p>
Justificación	<p>De manera explícita la testigo ofreció a la Fiscalía el contenido de sus conversaciones privadas, a sabiendas que con ello renunciaba al privilegio de su intimidad personal y del derecho al secreto de las comunicaciones. Acto que no requiere control judicial posterior pues se trata de un acto de liberalidad.</p>