

Corte Constitucional aclara que los pantallazos impresos de WhatsApp tienen el valor de prueba indiciaria

Jacobo Alejandro González Cortés¹

Dentro de una acción de tutela que fue revisada por la Corte Constitucional, relacionada con una persona que consideró vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, fuero de maternidad y a la seguridad social por su condición de embarazo, se presentó una discusión respecto del valor probatorio que se le debe dar a los pantallazos de WhatsApp impresos que son aportados como prueba. En este pronunciamiento, se califica a estos pantallazos como prueba indiciaria que debe ser valorada por el fallador en conjunto con otras pruebas por la imposibilidad de determinar técnicamente que el documento impreso no fue alterado.

Sumario:

I. Introducción II. Consideraciones del fallo III. Toma de postura IV. Reflexión final V. Bibliografía.

I. Introducción

En reciente pronunciamiento de fallo de tutela², la Corte Constitucional resuelve un caso relacionado con la situación de discriminación de que pudo haber sido objeto la actora por su estado de gravidez, y que conllevara a que su contrato laboral no fuese renovado. En el marco de esa discusión y dado el aporte de

¹ Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Magíster en Derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda. Ha sido ponente en congresos de delitos informáticos y participó en el Primer simposio nacional de delitos informáticos, en el que se abordaron aspectos de técnicas de investigación, entre otros. Ha capacitado, a nivel nacional, a fiscales, miembros del CTI y de la policía judicial. Actualmente, es socio de la firma MPa abogados y se desempeña como director de operaciones de la firma. Amplios conocimientos en el manejo de delitos informáticos y financieros, así como de las facultades de las víctimas en el proceso penal.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043. (10, febrero, 2020). M.P.: José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

capturas de la conversación entre la actora y la parte demandada como parte de la prueba, la Corte hace unas reflexiones respecto del valor probatorio que se le debe dar a los pantallazos impresos de *WhatsApp*, a los que califica como prueba indiciaria, situación novedosa que no había sido aclarada hasta el momento. Este fallo de tutela llevó a que se abriera el debate de la prueba electrónica, de su validez en los procesos y de la conveniencia de la aceptación como prueba de los pantallazos impresos de un dispositivo electrónico. A través de esta columna, haremos unas breves reflexiones sobre este interesante tópico, con lo cual se pretende dar algunas luces acerca del manejo de este tipo de prueba, cómo debe ser valorada y si esta alcanza la calidad de prueba electrónica como tal.

II. Consideraciones del fallo

En la determinación de la Corte Constitucional citada, esta corporación dedica un apartado a hacer una aproximación a la prueba electrónica. En dicho espacio, inicia indicando que el Derecho es considerado un instrumento dúctil por los cambios que a diario enfrenta, en un mundo en el que la tecnología avanza a pasos agigantados y se inmiscuye en la cotidianidad de las personas.

Se extrae de este apartado que el derecho probatorio encara un “nuevo desafío” en relación con las comunicaciones que se realizan a través de las herramientas tecnológicas como el *WhatsApp* que pueden constituir, en algún momento, “supuestos de hecho con significancia en la deducción de determinada consecuencia jurídica”³. Por eso, se decide hablar de la producción, incorporación, contradicción y valoración de este tipo de pruebas, extraídas de las plataformas digitales.

En ese orden de ideas, lo primero que debemos aclarar es que la decisión de la Corte Constitucional no define el uso de la prueba electrónica, ni tampoco establece las características que esta debe tener. Únicamente, hace una aproximación para explicar los pantallazos impresos de *WhatsApp* y le da un valor probatorio como de prueba indiciaria, teniendo como base, para este pronunciamiento, algunos criterios doctrinarios dados por autores extranjeros⁴.

³ *Óp. Cit.* Extracto fallo en estudio.

⁴ Entre ellos, Federico Bueno de Mata, “Prueba electrónica y proceso 2.0”, editorial Tirant lo Blanch, primera edición, 2014, p. 130. Y, sobre este tema, es pertinente consultar el análisis efectuado por el Gastón Bielli en el artículo “Prueba Electrónica: Incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4384-prueba-electronica-incorporacion-admision-y-valoracion-capturas> [consultado el 4 de diciembre de 2019].

Para llegar a la conclusión de que la prueba del "pantallazo impreso" debe ser considerada una prueba indiciaria, la Corte advierte que esto se debe a la informalidad de estas y la duda que surge en relación con su origen, autenticidad y mismidad⁵, ya que no existen mecanismos técnicos que puedan determinar estas situaciones como sí se podría hacer con la prueba electrónica.

Lo que es claro, según explica para la Corte, es que bajo ningún argumento se puede concebir que el pantallazo pueda ser tomado como una prueba electrónica, pues no se reúnen las características: Al respecto, en palabras de la Sala:

[...] se consideraría prueba electrónica a cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material, que depende de un hardware, es decir la parte física de la prueba y visible para cualquier usuario de a pie, por ejemplo, la carcasa de un Smartphone o un USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software, consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas.⁶

De ahí que concluya la Corte, en relación con el "pantallazo" impreso, que esta prueba pueda estar alterada, dada la existencia de software especializados de edición, con lo que se podría manipular su contenido; por esta razón, se le debe dar un valor suasorio atenuado por el juzgador frente a los otros medios de prueba.

De manera que, si la prueba del "pantallazo impreso" es considerada una prueba indiciaria y su valor probatorio es reducido, solo tendrá fuerza probatoria cuando esté acompañada de otros elementos que permitan concluir que un hecho es veraz.

III. Toma de postura

Teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, podemos concluir varios puntos:

⁵ Cfr., entre otras, CSJ, SCP, 44741, 18.01.17: "principio de mismidad, según el cual, la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores".

⁶ BUENO DE MATA, Federico. Prueba electrónica y proceso 2.0. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, primera edición. p. 130.

1. La prueba electrónica se puede definir como “toda aquella prueba que incluye cualquier información, documento, archivo o dato, almacenado en un soporte electrónico y susceptible de poder ser tratado e identificado digitalmente para su posterior aportación en un proceso judicial”⁷.
2. La impresión de los pantallazos no corresponde con la definición de prueba electrónica, toda vez que se trata de la representación impresa de un hecho ocurrido en un espacio virtual en una hoja de papel, por lo que no se puede presentar como tal dentro de un proceso.
3. Cuando se imprime un pantallazo de una conversación que puede provenir de un programa de mensajería instantánea o incluso de un correo electrónico, la calidad de su tratamiento es más próximo a una prueba documental.
4. Como estaríamos frente a una prueba documental, podríamos aplicar las reglas del CGP, en su artículo 244, que dice: “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”⁸.
5. Frente al valor probatorio, coincidimos en que un pantallazo debe ser considerado de menor poder suasorio que el de la denominada prueba electrónica, porque no se reúnen las características de mismidad, de garantía de origen y, mucho menos, de recepción.

Recordemos que las pruebas electrónicas se caracterizan por la forma en que se immortalizan, es decir, que su obtención resulta una situación bastante técnica, pues debe acreditarse, a través del procedimiento que se utilice, la inalterabilidad y su origen. Además, si se trata de sistemas de mensajería, no basta, únicamente, con que se pruebe el emisor, sino, también, que el receptor haya mantenido impoluto su contenido. Por el contrario, los “pantallazos” impresos pueden, incluso, considerarse pruebas sospechosas, pues no existe garantía de su origen.

Lo anterior se menciona, toda vez que la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, había referenciado que el valor probatorio del mensaje de datos, como lo puede ser *WhatsApp*, dependía del análisis que se hiciera teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica, “así como la confiabilidad que ofrezca la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se hubiere

⁷ ROJAS ROSCO, Raúl. *La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos”?* p. 92. En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Julio, 2012. No. 48489.

conservado la integridad de la información, la forma como se identifique a su iniciador, y cualquier otro factor relevante”⁹.

La labor complicada será para el juzgador o para el afectado el examen de la prueba indiciaria del pantallazo: por un lado, el juzgador, realizada la valoración en conjunto con las otras pruebas, debe darle un valor suasorio mayor o menor según sea el caso y, por el otro, la parte que se vea afectada con la prueba, en el entendido de que ya es considerada una prueba indiciaria, deberá enfocar su ataque, no sobre si tiene validez o no como prueba electrónica, sino, de fondo, a la inexistencia de lo que en el pantallazo se refleja. Puede ocurrir, con todo, que el juzgador, al final, tenga elementos que, en ese análisis conjunto de la prueba, lo lleven a la convicción de que el pantallazo aportado como prueba no sirve de indicio en el caso concreto.

IV. Reflexión final

Visto todo lo anterior, los pantallazos impresos, bajo ninguna perspectiva, pueden considerarse una prueba digital o electrónica. En nuestro criterio, dicha prueba pertenece al mundo de las documentales y su uso dependerá del caso en concreto y de las expectativas probatorias que tenga el solicitante. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que resulta imposible oponerse al uso de los pantallazos como prueba dentro de los procesos, pues se trata de un medio lícito, que, desde luego, deberán, según la Corte Constitucional, ser considerados como prueba indiciaria.

Por otro lado, los jueces que dan el valor probatorio a estos medios de prueba se deben valer de reglas de la experiencia y de otros medios de prueba adicionales, para poder concluir si se le da credibilidad o no a un pantallazo.

Sería ideal si, a través de las distintas fuentes del derecho, en especial, a través de la jurisprudencia y la doctrina, se profundizara en los siguientes temas: i. De cara a la prueba del “pantallazo impreso”, ¿qué papel juega el principio de libertad probatoria versus el criterio de la tarifa legal?; ii. ¿El principio de libre valoración de la prueba juega un papel determinante a la hora de darle o no credibilidad a la prueba del

⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 11001 3110 005 2004 01074 01. (16, diciembre, 2010). M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá. Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, 2010.

“pantallazo” impreso?; iii. ¿Exigir la prueba electrónica encarece los procedimientos y transforma la justicia en un sistema oneroso?; y iv. ¿Qué confiabilidad tiene la prueba electrónica?

Todos estos y otros más, necesariamente, quedan postergados para una entrega posterior de otro boletín de Primera Línea y esperamos permitan ser abordados con la profundidad que ameritan. De momento, hemos querido ofrecer apenas una primera aproximación a este asunto que, por su actualidad y relevancia práctica, seguramente constituirá un hito en la extensa línea jurisprudencial que se ocupa de las características, alcances y valoración de las pruebas electrónicas en nuestro país.

Bibliografía

CARRASCO MAYANS, Sergio. La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica. En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 40-49.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Julio, 2012. No. 48489.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-043 (10, febrero, 2020). M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá. Corte Constitucional, 2020.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 11001 3110 005 2004 01074 01, (16, diciembre, 2010). M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá. Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil, 2010.

ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL. Sala de lo penal, Sec. 1ª. Sentencia 927020, 33/2017 (11, octubre, 2017). M.P.: Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre.

ESPAÑA. AUDIENCIA PROVINCIAL, ASTURIAS. Sala de lo penal, Sec. 3ª. Sentencia 976175, 340/2018 (27, julio, 2018).

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia 300/2015 (19, mayo, 2015). M.P.: Sr. D.: Manuel Marchena Gómez.

GAMELLA CARBALLO, Sandra. Redes sociales y otros medios de prueba digital, WhatsApp, Facebook, Twitter, Skype, correo electrónico, Google Maps, GPS, y cámaras de video vigilancia. Madrid: Editorial Jurídica Sepin, 2019.

PERALES CAÑETE, Rafael. Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo? En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 108-115.

ROJAS ROSCO, Raúl. La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los “pantallazos”? En: Ricardo OLIVA & Sonsoles VALERO, coords., La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal, 2016. Colección: Desafíos Legales, #RetoJCF Juristas con Futuro, septiembre 2016. pp. 90-97.