



Los usos del WhatsApp como prueba electrónica (documental) y canal de notificaciones en el sistema judicial colombiano

Sergio Esteban Quiceno Moreno

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

José Luis González Jaramillo, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Quiceno Moreno, 2023)
Referencia	Quiceno Moreno, S. E. (2023). <i>WhatsApp canal digital para notificación, vista como prueba documental y prueba indiciaria</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XVI.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Ana Victoria Vásquez Cárdena.

Coordinadora de Posgrados: Juan Pablo Acosta Navas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El presente escrito busca identificar los usos del WhatsApp como prueba electrónica (documental) y canal de notificaciones en el sistema judicial colombiano, evidenciando el marco normativo actual y los regímenes existentes de notificación física y/o digital. Igualmente, analizaremos las exigencias legales de validez y eficacia para la acreditación del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procesos judiciales. Todo lo anterior, desde la perspectiva de los tribunales de cierre colombianos y la evolución de los pronunciamientos emitidos por los mismos, donde concluiremos evidenciando la necesidad indiscutible de la incorporación de los medios tecnológicos y de información al ordenamiento jurídico, reconociendo que las dinámicas sociales terminan influyendo directamente en el proceder de la justicia, pero resaltando que tanto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia cuentan con dos posturas valorativas diferentes de forma inicial, pero finalmente ambas manifiestas que no puede cerrársele la puerta a las nuevas tecnologías, sino por el contrario incluirlas en todas las relaciones jurídico-procesales.

Palabras clave: Notificación judicial, redes sociales, WhatsApp, prueba documental, prueba indiciaria, debido proceso, tecnologías de la información, comunicaciones.

Abstract

This paper seeks to identify the uses of WhatsApp as electronic evidence (documentary) and channel of notifications in the Colombian judicial system, evidencing the current regulatory framework and the existing regimes of physical and/or digital notification. Likewise, we will analyze the legal requirements of validity and effectiveness for the accreditation of the use of information and communication technologies in judicial proceedings. All of the above, from the perspective of the Colombian closing courts and the evolution of the pronouncements issued by them, where we will conclude by evidencing the indisputable need for the incorporation of technological and information means to the legal system, recognizing that social dynamics end up directly influencing the course of justice, but highlighting that both the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice have two initially different evaluative positions, but finally both state that the door cannot be closed to new technologies, but on the contrary include them in all legal-procedural relations.

Translated with DeepL.com (free version)

Keywords: judicial notice, social networks, WhatsApp, documentary evidence, circumstantial evidence, due process, information technology, communications.

Sumario

Introducción. 1. Marco normativo del WhatsApp en Colombia. 2. Regímenes de notificación personal. 2.1 Régimen físico o análogo “Código General del Proceso”. 2.2 Régimen digital “Ley 2213 de 2022”. 2.3 Exigencias legales de acreditación para la validez y eficacia de la notificación personal con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. 2.4 Referencia jurisprudencial. 3. WhatsApp como canal digital de notificación personal. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Con la declaratoria de emergencia sanitaria y la pandemia a nivel mundial, el derecho de acceder a la administración de justicia se vio limitado; lo que llevó a expedirse el Decreto Legislativo 806 de 2020, que obligó a todo el sistema judicial a mutar de manera acelerada por la necesidad manifiesta a herramientas que venían siendo usadas de manera lenta y con reservas por los operadores judiciales desde el Código General del Proceso (CGP) con la implementación de la justicia digital, todo esto, en busca de la implementación de las tecnologías de información como estándar en garantizar los derechos fundamentales de los colombianos y adoptó medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, con el fin de agilizar y flexibilizar la atención a los usuarios, buscando abordar la problemática de eficacia en el sistema, bajo la premisa que facilitar el acceso a la justicia de forma digital garantiza una tutela jurisdiccional efectiva.

Indiscutiblemente con la habilitación de los canales digitales se han venido presentado diferentes discusiones en el uso que la ley dispuso para la celeridad procesal y nos abre el tema sobre las redes sociales, pero existen algunas decisiones judiciales que podrían categorizarse en contravía del espíritu de la norma, en su esencia, que es, ajustarnos a las nuevas tecnologías y dinamismos sociales que nos ha llevado a diferentes criterios interpretativos, esto genera choques conceptuales entre abogados, jueces y magistrados en los criterios de valoración del artículo octavo “*Notificaciones personales*” de la Ley 2213 de 2022, específicamente a los mensajes de datos y la mensajería instantánea, donde toma alta relevancia la red social WhatsApp.

Ciertamente, el criterio de la notificación personal por medio de WhatsApp genera una gran puerta para el avance de los procesos judiciales, teniendo en cuenta, que si bien, hay críticas con respecto al derecho a la intimidad que podría verse vulnerado; debemos tener presente que la intimidad se ve vulnerada cuando no existe una autorización expresa para hacer uso la información, pero en el momento, que hacemos pública nuestra vida, estamos brindando la autorización para la toma de la información, dejando de lado esa posible violación de derechos.

Ahora bien, los mensajes de datos se tomen desde un punto de vista general y no particular, este proceso de caracterización se remonta desde los primeros apartados normativos con la Ley 527 de 1999, “*Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de*

datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

Esta ley estructuró el uso de las herramientas tecnológicas, en principio las identificábamos a las relaciones comerciales, pero en la sentencia C-831 de 2001 la Corte Constitucional desarrolló el espectro de aplicación normativo mencionando que “...ha de entenderse que la Ley 527 de 1999 no se restringe las operaciones comerciales, sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos...”, lo que forjó una comprensión sistemática del uso de todas las normas de manera en conjunto y no aislado.

Sin embargo, la discusión se genera y la importancia de evidenciar el tema es con respecto a la validez y eficacia procesal de la notificación por WhatsApp y los mensajes (que comúnmente se presentan en pantallazos) como prueba que se aporten al proceso.

Para analizar el desarrollo y ámbito de aplicación de la Ley 2213 de 2022 como eje de ruta y modificación al sistema jurídico, genera indiscutiblemente la disputa fundamental en los procesos judiciales frente al pilar que emana desde nuestra Constitución Política, en su artículo 29 donde expresa, que “[e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.” Las modificaciones normativas siempre serán convalidadas frente al precepto que sea aplicable y ajustable al marco legal constitucional del deber del proceso, pues bien, la Ley 2213 de 2022 como desarrollo normativo y de carácter permanente a la digitalización de la justicia, no es ajena a este análisis y se han venido desarrollando pronunciamientos que permean la forma de aplicar el articulado.

En pocas palabras, cabe destacar, en síntesis de la problematización, que dentro de la implementación de las tecnologías de la información en los procesos jurídicos y la forma como debe darse el relacionamiento entre las partes, el juez y los intervinientes en los trámites procesales, sobresale la forma en que se surtirán las notificaciones personales de las actuaciones judiciales y entra en discusión el uso de las redes sociales y todos los mecanismos de mensajería instantánea y comunicativos, como mensaje de datos.

Y para el presente artículo analizaremos el WhatsApp como canal digital para notificación personal, visto desde las posturas actuales emitidas por los órganos de cierre en nuestro ordenamiento jurídico, si esta es una prueba documental o prueba indiciaria y los valores probatorios que se les da.

1. Marco normativo del WhatsApp en Colombia

Con la globalización y la gran expansión del internet, es totalmente fácil, rápido y accesible poder comunicarnos entre seres humanos e incluso con la inteligencia artificial casi de forma instantánea en cualquier lugar del mundo, sin importar la determinación o diferencia geográfica, horaria, idiomática o cultural que podamos tener, resultando en un factible cierre o reducción de las brechas que nos dividen.

Teniendo en cuenta que, si contamos con esta gran herramienta de comunicación a nivel social, surge consecuentemente la vinculación operacional de traer este mismo mecanismo de efectividad comunicativa a los procesos judiciales en Colombia, bien lo expresa, el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas en la sentencia T-043-20: *“El derecho es una disciplina que evoluciona conforme los cambios que se producen en la sociedad, variaciones que surgen en diferentes ámbitos (...) Por lo tanto, el derecho puede ser considerado como un instrumento dúctil”* (p. 17). Si consideramos y vemos al derecho con esa capacidad de transformarse y adaptarse podremos incluir en la práctica jurídica, herramientas y mecanismos que faciliten el acceso a la justicia.

Analizaremos a partir de la sentencia C-604-2016 de la Corte Constitucional donde fue referida y atribuido el valor probatorio que debe dársele a los mensajes de datos donde esgrimió y sintetizó que *“...la aptitud demostrativa (...) en toda actuación judicial o administrativa no podrán negarse efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información contenida en mensajes de datos...”*. (p. 24)

Seguidamente, nos da los criterios de confiabilidad de los mensajes de datos, que corresponden a elementos valorativos y herramientas argumentativas que puede utilizar el juez para emitir la valoración probatoria, la primera mención es que *“depende de los mecanismos técnicos”*, pero no como ítem aislado, sino como fundamento de garantía y pasa a definirlos que son:

...la integralidad 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. 24)

Culmina concluyendo que la apreciación que debe dársele a los mensajes de datos contenidos en impresiones, si cumplen con los criterios de garantías técnicas, deben dársele la valoración de la interpretación general de los documentos.

Ahora bien, con esta base fundamental del criterio interpretativo de los mensajes de datos, tomaremos como ruta de partida pronunciamientos que hacen una delimitación temática, evolución conceptual y teorización referencial al WhatsApp como canal de notificación y como prueba documental, que se encuentra incluido en el mecanismo de mensaje de datos. Ciertamente, el hecho de que el sistema judicial colombiano le haya dado eficacia probatoria a los mensajes de WhatsApp permitió que hoy los sistemas de notificaciones judiciales permitieran el uso del WhatsApp como un mecanismo de notificación en los dos regímenes procesales vigentes para la jurisdicción ordinaria.

El primer precepto es la sentencia T-043-20 emitida por la Corte Constitucional, donde manifestó que las capturas de pantalla extraídas de las aplicaciones de texto WhatsApp deben tener valor de prueba indiciaria, reitero su postura en la sentencia T-449-21 indicando la continuidad en su concepto valorativo, y finalmente en la sentencia T-467-22 se adentró y cambio su representación argumentativa y manifestó el valor probatorio de prueba documental de las conversaciones por WhatsApp al ser impresa.

Otro precepto de relevancia es la sentencia STC16733-2022 emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, quien manifestó y caracterizó la posibilidad del WhatsApp como medio de notificación y los mecanismos de convalidación cómo medio probatorio documental.

Partiendo de las posturas de las altas cortes, y los lineamientos de los mensajes de datos, como regla general del valor probatorio que debe dársele en la sentencia C-604-16, podemos trazar el camino de evolución para entender el WhatsApp como prueba, y herramienta de notificación judicial.

El primer referente normativo que nos atañe en el rastreo temático relacionado al WhatsApp como canal digital y en que categoría de prueba ingresaría, se remonta a la Ley 527 de 1999, “*Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos...*”, base fundamental de inicio al uso de los medios electrónicos, que desglosa parámetros conceptuales para

entender el presente tema, en el artículo segundo literal a) de la ley define que son los mensajes de datos, indicando que estos son toda *“La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*.

Ahora bien, como mención conceptual se marca que las comunicaciones por WhatsApp estarían incluidas en el concepto de intercambio electrónico de datos.

Seguidamente, la ley en su artículo décimo, sobre la admisibilidad y la fuerza normativa que debe dársele a los mensajes de datos, expresa que *“serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones (...) del Código de Procedimiento Civil”*, que hace referencia por remisión normativa hoy al Código General del Proceso (CGP), como segunda norma desarrolladora de los medios tecnológicos en las actuaciones judiciales en su artículo 247 de *“Valoración de mensajes de datos”*.

En la misma norma rectora procedimental, como nuevo mecanismo de ruta para todas las actuaciones judiciales, el capítulo segundo de notificaciones, específicamente el artículo 291 sobre la práctica de la notificación personal, hace la mención de cómo debe ser el proceder para realizarse el trámite y en su cuarto párrafo integra que *“Esta disposición también se aplicará a las personas naturales que hayan suministrado al juez su dirección de correo electrónico”*, lo que amplifica la inmersión tecnológica en la judicialización procesal,

Pues bien, el Código General del Proceso (CGP) desarrollo lineamientos para el desarrollo de la justicia digital, tanto así, que el artículo 103 indicó que:

En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

Lo que abrió y fundamento plenamente la posibilidad de efectuar las notificaciones personales de forma digital. Seguidamente, dada las vicisitudes de la pandemia generada a nivel mundial, llega el Decreto Legislativo 806 de 2020 como norma de amplitud del uso de *“...las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales...”*, que de manera transitoria nos avocó en la digitalización del derecho. Dada la gran resonancia y novedad

vista desde este inicio de implementación masiva de los sistemas digitales, se hace necesario esquematizar este nuevo uso tecnológico y llega la Ley 2213 de 2022, que establece de manera permanente y dicta medidas para implementar “...las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones” (artículo uno).

En el artículo octavo de la presente ley nos hace mención que para notificar podrá usarse como mensaje de datos la “dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación”, lo que nos deja plasmadas las herramientas de celeridad, eficacia y acceso a la justicia para el uso de las partes y jueces.

Estos son menciones normativas principales que serán la base del presente artículo, pero las mismas deben ser vistas como antecedente legal no excluyente, dado que, en el desarrollo temático y continuos pronunciamientos de nuestros jueces y magistrados, nos deja en evidencia que el derecho se amplifica de manera dinámica constantemente. Y se irán presentando otras normas y sentencias complementarias que darán ingreso a mucha más comprensión e inclusión de los canales digitales como herramienta de notificación, implementados hoy en día en las actuaciones procedimentales de Colombia, por la necesidad manifiesta del uso de la tecnología en los procesos judiciales, y preguntarnos de cómo deben valorarse las conversaciones de WhatsApp si son prueba indiciaria o documental, a la luz de la evolución del derecho.

Para ello, describiré las formas o sistemas de notificación vigentes en el ordenamiento y el reto que implicará a las partes con la utilización de los medios tecnológicos de información.

2. Regímenes de notificación personal

Nuestro ordenamiento jurídico actualmente se encuentra inmerso en dos paralelos normativos que son excluyentes entre sí, desde el entendido que hay libertad de selección por el interesado, tanto por las herramientas que tenga, como por el sistema que requiera utilizar. Esto ha sido plasmado de manera directa por la Corte Suprema de Justicia donde expresan que para los interesados se:

...tiene dos posibilidades (...) La primera, notificar a través de correo electrónico, (...) Y, la segunda, hacerlo de acuerdo con los artículos 291 y 292 del Código General del

Proceso. Dependiendo de cuál opción escoja, deberá ajustarse a las pautas consagradas para cada una de ellas, a fin de que el acto se cumpla en debida forma (CSJ STC7684-2021, rad. 00275-01). (p. 10)

Ahora bien, desde esta caracterización realizada primero por la normatividad vigente, la lógica jurídica con la implementación de la ley post pandemia y los diferentes pronunciamientos de las altas Cortes con aclaraciones, complementaciones y demás, detallaremos los dos regímenes de notificación personal.

2.1 Régimen físico o análogo “Código General del Proceso”

La notificación personal vista desde el Código General del Proceso debemos enmarcarla inicialmente desde el artículo 291 “*Notificación personal*”, donde se entregan los lineamientos entre otros: los términos de notificación que los podemos encontrar en el numeral tercero, que cuando se notifica de manera física el demandado lo están invitando:

...para que comparezca al juzgado a recibir notificación dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; y si fuere en el exterior el término será de treinta (30) días.

Seguidamente, la norma realiza precisiones que terminan siendo los lineamientos que nos permitirán más adelante poder analizar que ninguno de los dos regímenes cambia en su esencia el derecho de defensa que deben tener los demandados en los procesos judiciales, sino que el sentido de la norma es darle celeridad con asiento en las nuevas realidades, respetando las bases constitucionales de la legítima defensa.

Algunos aspectos relevantes que podríamos tomar del artículo 291 del Código General del Proceso son, “*Cuando la dirección del destinatario se encuentre en una unidad inmobiliaria cerrada, la entrega podrá realizarse a quien atienda la recepción*” (numeral tercero) o la siguiente mención normativa “*Cuando en el lugar de destino rehusaren recibir la comunicación, la empresa de servicio postal la dejará en el lugar y emitirá constancia de ello. Para todos los efectos legales,*

la comunicación se entenderá entregada.” (numeral cuarto). Lo que nos deja en evidencia que solo con demostrar al despacho la pertinencia, conocimiento, utilidad y conexión directa de la dirección física de notificación del demandado, bastará para que se entienda por notificado y lograr el respectivo efecto deseado y avance procesal correspondiente.

Otro aspecto de relevancia para la notificación a la luz del artículo 291 es la plasmada en el numeral sexto que indica: *“cuando el citado no comparezca dentro de la oportunidad señalada, el interesado procederá a practicar la notificación por aviso”*, lo que nos abre la conexión de este régimen de notificación con el artículo 292.

La notificación por aviso solo podrá realizarse cuando no pueda hacerse la notificación personal y cumplirá los mismos lineamientos del artículo 291, con un punto bastante significativo que esta *“se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”*.

Ambos conjuntos normativos mencionados hacen en síntesis la conceptualización básica de la notificación personal de manera física o análoga con base en nuestro Código General del Proceso, lineamientos que han sido utilizados de tiempos pre pandemia y continúan vigentes post pandemia.

Se reitera y resalta que podríamos concluir que el espíritu fundamental y esencia de la notificación vía artículos 291 y 292, el cual, es convalidar y soportar la pertinencia, utilidad, nexo, oportunidad, conocimiento y congruencia entre el demandante, demandado y vinculación de ubicación del mismo, para que sea aprobada, tramitada y aceptada por el juez como garante y director del proceso.

2.2 Régimen digital “Ley 2213 de 2022”

El uso de las tecnologías de la información para la justicia en Colombia ha sido uno de los aspectos más relevantes en la búsqueda de garantizar derechos fundamentales como el acceso a la justicia, si bien, no contamos con una interconexión a nivel nacional, la diversificación en los canales que podamos usar hace que se genere un dinamismo jurídico.

Debemos iniciar mencionando que la llamada justicia digital cobró fuerza debido a la pandemia Covid-19 que azotó el mundo, pues se debía garantizar y afrontar el reto de la protección

del ciudadano y sus derechos sin importar la coyuntura en la que estuviéramos viviendo, esto llevo, al impulso de la justicia digital, pero está fundamentada en normas ya vigentes.

Cuando hablamos de normas vigentes que permitían el uso de las tecnologías para la notificación personal debemos remitirnos al mismo articulado mencionado anteriormente, pues el artículo 291 en su numeral tercero, párrafo quinto, expresa:

Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos.

Igualmente, frente a la notificación por aviso, nuestro Código hace exactamente la misma mención de oportunidad y uso de los medios y canales virtuales, del ya definido mensaje de datos, en el artículo 292 párrafo quinto, donde manifiesta literalmente lo esgrimido anteriormente.

Esto nos hace ver que no podemos presumir o considerar que el uso de las tecnologías nace, desprende o fundamenta específicamente en los lineamientos fruto de la pandemia, sino que estos medios cobran relevancia y fuerza, por la situación que se presentaba a nivel mundial, pero que se desarrollaron, caracterizaron y amplificaron con base en el Decreto 806 de 2020, posteriormente convertido en permanente con la entrada de la Ley 2213 de 2022.

Ahora, conozcamos que dice la ley que adoptó las medidas para implementar las tecnologías, pues esta, en su artículo octavo desprende detalladamente los parámetros de la siguiente forma.

Iniciemos, con el factor fundamental que abre el espectro de uso de diferentes canales digitales en la Ley 2213, pues indica que “*las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación*” (artículo octavo). La mención segunda del escrito donde nos permite que dicha comunicación pueda hacerse por el sitio que sea suministrado por el interesado, nos amplifica y nos quita el limitando de solamente el uso exclusivo de los correos electrónicos.

Seguidamente en el artículo noveno sobre la notificación por estados y traslados, nos delimita el tiempo que se entenderá notificadas las providencias. En su párrafo expresa que cuando la remisión sea por un canal digital, resaltando la mención canal digital, no exclusivamente el correo electrónico se entenderá: *“realizado a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje”*.

Todo lo anterior nos brinda las herramientas necesarias para comprender el uso de ambos regímenes, los tiempos, ventajas y reglas que debemos tener en cuenta para el dinamismo procesal, reconociendo como lo indica la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC4204-2023, que *“es cierto que coexisten los dos regímenes de notificación y que los sujetos procesales tienen la libertad de escoger cuál de ellos van a usar sin que se pueden entremezclar”* (p. 13).

2.3 Exigencias legales de acreditación para la validez y eficacia de la notificación personal con el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones

Cualquier sistema cuenta con existencias impuestas por las mismas normas que generan una convalidación para su acreditación, validez, valoración y criterios de objetividad, pues, las notificaciones personales vía tecnología de la información no son la excepción, así como, para el régimen físico o análogo en temas como mensajería certificada y constancias respectivas, convalidan la veracidad y brindan las herramientas al juez para valorarla de determinada forma; igual funciona para el régimen de notificación con el uso de canales digitales, donde se han plasmado los siguientes criterios que acreditan que ha sido realizado en debida forma:

Primero, la elección del canal que compete a las partes, de forma inicial al demandante, con excepción de las direcciones electrónicas en el registro mercantil, mención realizada en la Sentencia STC4204-2023:

...[no] hay vacilación al indicar que esa elección, al menos en la etapa inicial del proceso, compete al demandante quien debe demostrar la idoneidad del medio escogido, sin perjuicio de que se modifique en el curso del proceso, conforme lo permiten los numerales 5° de los artículos 78 y 96 del Código General del Proceso y el canon 3° de la Ley 2213 de 2022... (p. 14)

Segundo, el contenido del mensaje, si bien, la Ley 2213 no indica de manera taxativa o enunciativa lo que debe contener la notificación por un canal digital, debe extraerse y asimilarse como lo menciona la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia STC4737 de 2023, que:

...habrá de volverse sobre la ley procesal general, para concluir que los datos mínimos de que debe contener una notificación, cualquiera sea la forma en que se evacúe, son los siguientes: i) el juzgado que conoce del asunto, ii) la naturaleza del proceso, iii) el nombre de las partes, iv) la fecha de la providencia que debe ser comunicad y v) la advertencia de cuándo se considera surtida la misma. Además, se debe adjuntar la copia de la providencia, el escrito de demanda y los anexos que compongan su traslado. (p. 9)

La mención anterior, no es un requisito fugaz, sino el punto fundamental que terminaría dándole la validez plena a la notificación vía canal digital.

El Tercer requisito dado por la Ley 2213 en conjunto, termina siendo un *check list* de eficacia, que genera celeridad, pero mayor completitud en el uso de la vía digital y es que inicialmente se “*afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar*” (artículo octavo, párrafo segundo). Lo que implica o podría acarrear consecuencias penales, seguidamente como base de transparencia “*informará la forma como la obtuvo*”.

Y, finalmente, como constancia y punto crítico del presente trabajo y análisis normativo se “*allegará las evidencias correspondientes*”, este último punto de valoración de las evidencias probatorias de la notificación, es lo que ha generado los dos grandes pronunciamientos, criterios y discusiones en nuestro ordenamiento jurídico, pero como venimos mostrando la evolución jurisprudencial y normativa nos lleva a desarrollar primero el WhatsApp como canal o medio de notificación y posteriormente atribuirle el valor de prueba autónoma.

2.4 Referencia jurisprudencial

Existen diferentes pronunciamientos referenciados por las altas cortes frente al tema de mensaje de datos, con el fin de generar bases conceptuales tomaremos las más representativas, tenemos:

La sentencia C-604-16 mencionada anteriormente cómo criterio fundamental de interpretación y elementos conceptuales de validez probatoria a los mensajes de datos.

Seguidamente, la sentencia T-574 de 2017 emitida por la Corte Constitucional que referencia una acción de tutela para proteger el derecho a la intimidad en el entorno laboral caso en que se inició proceso disciplinario al accionante por el envío de unas notas de voz a un grupo de WhatsApp y generó una clasificación frente a información pública, semiprivada, privada y reservada. Se forjó un precepto de descripción y características sobre la mensajería instantánea:

WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea que funciona a través de teléfonos inteligentes, que permite enviar y recibir mensajes (...) Dichas conversaciones cuentan con un sistema de cifrado de extremo a extremo, lo que garantiza que solo las personas participantes pueden tener acceso a dicha información. (p. 4)

Conforme lo anterior, se dejó como precedente característico y descriptivo por la Corte Constitucional que las conversaciones de WhatsApp son seguras, dado que cuentan con un cifrado de extremo a extremo que garantiza la accesibilidad controlada a la información solo por las partes interesadas.

Antes de continuar, y analizar las posturas del valor probatorio de la notificación vía WhatsApp, debemos dejar en claro y caracterizar la diferenciación que debe dársele al manejo de la misma en los dos regímenes de notificación existentes, en el entendido que no podemos entremezclar conceptos, y codificaciones de notificación, la Corte Suprema de Justicia lo ha dejado claro y como tema zanjado en la sentencia STC7684-2021, reiterado nuevamente en la sentencia STC4737-2023 donde expresó que:

...a partir de la expedición del Decreto 806 de 2020, replicado en la Ley 2213 de 2022, la parte interesada en practicar dicho medio de enteramiento procesal, «tiene dos

posibilidades (...). La primera, notificar a través de correo electrónico, como lo prevé el canon 8° de ese compendio normativo. Y, la segunda, hacerlo de acuerdo con los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso. Dependiendo de cuál opción escoja, deberá ajustarse a las pautas consagradas para cada una de ellas, a fin de que el acto se cumpla en debida forma. (p. 10)

Dada la aclaración anterior, retomamos nuestro camino y nos encontramos con la sentencia T-043 de 2020, como referente hito sobre mensajes de datos, trata el caso de una profesora con la institución educativa que venía en proceso de contratación y por medio de WhatsApp ella manifiesta que está en estado de embarazo, según el estudio del caso, en ese momento es interrumpido el trámite de contratación.

Como tema de esencia la Corte Constitucional en la sentencia T-043 de 2020 en sus pronunciamientos analizó el valor probatorio de las capturas de pantalla extraídas de WhatsApp, que fueron allegadas al proceso de manera impresa, donde indicó que se “...les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba” (p. 1). Dándole criterio de vulnerabilidad e inseguridad jurídica a las comunicaciones por medio de WhatsApp, dejando ver una contradicción conceptual frente a las líneas de pronunciamientos anteriores que resaltaban la seguridad de dicho medio de mensajería, tal como se referenció con la sentencia T-574 de 2017.

El Magistrado Alberto Rojas Ríos, frente al fundamento valorativo de los pantallazos extraídos de la aplicación WhatsApp, realizó aclaración de voto de cara al valor probatorio, considerando que calificarlos “como simples elementos indiciarios” genera una alteración frente a las reglas de apreciación probatoria, para el Doctor Rojas (2020):

...la Sala, debió hacerse una remisión directa hacia los lineamientos establecidos en el Código General del Proceso y en la Ley 527 de 1999, pues resulta inadmisibile y desacertado que la Corte Constitucional erosione las reglas de valoración probatoria y califique como un simple “indicio”, una prueba que, además de ostentar validez y fuerza obligatoria y probatoria por mandato normativo y jurisprudencial... (p. 40)

Con la aclaración de voto nació el segundo criterio de valoración probatoria de los pantallazos de WhatsApp de forma impresa como prueba documental, dándole soporte y una base jurisprudencial a la puerta de discusión actual sobre el canal digital como medio de notificación.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia STC16733 de 2022, con fecha del 14/12/2022, en una acción de tutela de un proceso de custodia, cuidado personal, alimentos y visitas frente a dos menores de edad, analizó los temas de acuse de recibo, pantallazos, la demostración de notificación electrónica y la forma de hacer las notificaciones, lo que llevo a concluir con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, del concepto de los pantallazos extraídos de la aplicación WhatsApp como prueba documental y consecuentemente la aceptación del WhatsApp como notificación.

Seguidamente, la Corte Constitucional en la sentencia T-467-2022, con fecha del 19/12/2022, en el estudio de caso de la estabilidad laboral reforzada por embarazo o en periodo de prueba de lactancia, indicó que el WhatsApp como mecanismo de notificación podría ser válido, y aceptó que esta debe considerarse como prueba documental. En palabras del alto tribunal:

...la copia simple de un mensaje de datos es una prueba documental que deberá valorarse según las reglas generales de los documentos establecidas en el Código General del Proceso. La naturaleza de la prueba no varía según el medio en que se aporte y su fuerza probatoria se determinará con base en el grado de confiabilidad que ofrezca.

3. WhatsApp como canal digital de notificación personal

Colombia, de conformidad con los avances normativos vigentes en búsqueda de una justicia digital, ha optado por acompañar los avances tecnológicos y como hace mención la Corte en la Sentencia STC16733 de 2022, “no limitó al correo electrónico los medios válidos para el enteramiento de las decisiones judiciales; por el contrario, permitió expresamente que pudiera surtirse en el «sitio» o «canales digitales elegidos para los fines del proceso” (p. 7). Esto nos clarifica de forma directa que podrá hacerse uso de diferentes canales, pues bien, el WhatsApp es un canal digital de comunicación por medio de mensajería instantánea, introducido como mensaje de datos, que puede resultar bastante efectivo para los fines de la notificación judicial, el cual desde

su esencia es conocer y dar a conocer las actuaciones procesales fundamentalmente en “*salva guardar los derechos de defensa y contradicción*” (p. 12).

WhatsApp como herramienta de comunicación tienen diferentes aspectos de relevancia, como, por ejemplo, cuenta con una codificación de Tick o el llamado chulito, donde se utiliza entre las personas que interactúan con la herramienta como forma de saber y conocer si ha salido el mensaje, si fue entregado y si fue leído, dado que cuenta con diferentes muestras de identificación, las cuales son de conocimiento público, común y aceptado.

El objetivo principal de la mensajería instantánea, como el mecanismo que se quiera revisar en el presente caso de análisis, nos lleva a mencionar que el WhatsApp garantiza comunicación o posible interrelación, más ningún medio o canal podrá garantizar la lectura directa, pues, funcionaría de la misma forma para la notificación física o análoga, que dejarla en portería, por ejemplo, no garantiza su lectura, pero la ley la considera notificación realizada, como se mostró anteriormente.

Por lo cual, no resulta coherente desde el punto de la lógica argumentativa, incluso sin incluir la jurídica, que deba en algún momento garantizar que sea leído el mensaje, dado que este puede ser allegado, validado, pero no generarse la lectura por el destinatario.

Otro punto analizar, es que la mensajería instantánea es un mensaje de datos, y esta se encuentra regulada desde la Ley 527 de 1999, que en su artículo segundo indica las definiciones de lo que es un mensaje de datos y expresa que es “*La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax*”; lo que por definición podríamos indicar que el WhatsApp genera el intercambio electrónico de datos al contar con ese dinamismo de data entre diferentes sistemas o cuentas, para este caso no con identificación de recibo de la forma tradicional conocida como correo electrónico, sino con interlocución del dueño del servidor que genera el viaje de información.

La misma Ley 527 de 1999 especifica de manera clara como debemos valorar y en qué forma son admisibles y su valor probatorio de los mensajes de datos, pues indica en su artículo 11 que los jueces deberán convalidar “*las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas*”. Previamente la norma manifiesta en el artículo decimo el valor probatorio que debe dársele el cual es de prueba documental.

Podríamos concluir que el espíritu de la notificación vía canal digital con base en la Ley 2213, al igual que la notificación física o análoga con el Código General del Proceso, es el mismo, es convalidar y soportar la pertinencia, utilidad, nexo, oportunidad, conocimiento y congruencia entre el demandante, demandado y vinculación de ubicación del mismo, para que sea aprobada, tramitada y aceptada por el juez como garante y director del proceso.

La notificación personal es un acto de comunicación entre los intervinientes en un proceso judicial, y como tal este debe ser el centro de discusión, en el entendido que el demandante tiene la carga de notificar al demandado de la existencia del proceso judicial. Pero este accionante no puede garantizar la comparecencia, la respuesta o reacción que tome la contra parte de dicha comunicación, este es el principio rector de cualquier sistema de notificación físico o digital, tanto así, que la Corte Suprema en la sentencia STC16733-2022 ha manifestado que:

...la notificación se entiende surtida cuando es recibido el correo electrónico como instrumento de enteramiento, mas no en fecha posterior cuando el usuario abre su bandeja de entrada y da lectura a la comunicación, pues habilitar este proceder implicaría que la notificación quedaría al arbitrio de su receptor, no obstante que la administración de justicia o la parte contraria, según sea el caso, habrían cumplido con suficiencia la carga a estos impuesta en el surtimiento del trámite de notificación» (Sentencia de 3 de junio de 2020, radicado n° 11001-02-03-000-2020-01025-00, en la que se reiteró el criterio expuesto en (CSJ STC690 de 2020, rad. 2019-02319-01, entre otras). (p. 8)

Siendo lo anterior, el criterio reiterado del manejo de las comunicaciones digitales vía correo electrónico, debemos realizar el símil con cualquier canal de notificación digital y mensaje de datos, pues bien, el WhatsApp cuenta con las mismas herramientas de otros medios de notificación personal como lo son garantías de comunicación, confirmación de recibo, posibilidad de ser aportado al proceso para convalidación y análisis del juez y adicional como se ha mencionado anteriormente, tiene unas características con implicaciones penales como lo es la gravedad de juramento.

No podemos pasar por alto y debemos mencionar que los opositores de nuevos canales digitales de notificación, argumentan la fragilidad que puede llegar a tener el WhatsApp con el derecho de contradicción y como se aporta al proceso, frente a lo anterior, la Corte Suprema da las

diferentes formas de sustentabilidad en la Sentencia STC16733 de 2022, donde manifiesta entre muchas otras, que colocar cargas adicionales al medio de notificación por canales digitales como el WhatsApp “*opta por reclamar lo que no exigió el legislador*” (p.36). y termina dando el sustento legal directo de aprobación y aceptación del WhatsApp como canal digital de notificación personal como mensaje de datos y prueba documental autónoma.

Conclusiones

Pues bien, es posible concluir del análisis anterior realizado, varios aspectos de relevancia, el primero, reconocer la necesidad indiscutible de la incorporación de los medios tecnológicos y de información al ordenamiento jurídico, tal y como, se evidenció con las estadísticas, contamos con una gran demanda de justicia en Colombia, un aumento significativo de problemáticas sociales, que generan conflicto, lo que conlleva a buscar herramientas que dinamicen y aceleren la justicia y nos llevara a una tutela efectiva.

El segundo aspecto, tiene que ver con el fin de la norma, para comprender el camino que venimos recorriendo debemos mirar la evolución conceptual tanto normativa como jurisprudencial, donde se evidencia, que las dinámicas sociales terminan influyendo directamente en el proceder de la justicia, desconocer que una está intrínsecamente entrelazada con la otra, termina dañando el deber social de la justicia.

Tanto así, que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia tienen posturas diferentes frente al tema de la valoración probatoria que debe dársele a las notificaciones judiciales vía canal digital, cómo WhatsApp; pero ambas llegaron a la misma conclusión, que no puede cerrársele la puerta a las nuevas tecnologías, sino por el contrario incluirlas en todas las relaciones jurídico-procesales. Se distancian en los criterios valorativos y elementos probatorios que conciernen allegarse para darle validez, sin dejar de lado que este tipo de comunicaciones, es importante tenerla en cuenta.

No podemos dejar pasar por alto que, actualmente nos encontramos inmersos en la discusión frente a la red social WhatsApp como medio y canal de notificación personal, pero bajo los criterios de aceptación y reglas probatoria plasmadas en uno u otro aspecto, sea como prueba indiciaria o prueba documental, nos abre la puerta de entrada a nuevos espacios, donde llegarán a tela de discusión, otras redes sociales como Facebook hoy Meta, Instagram, Telegram, TikTok,

Twitter, entre muchas otras, que podrían llegar a cumplir plenamente con los aspectos técnicos, jurídicos y legales exigidos para ser presentados como medio de prueba y constancia de notificación.

Finalmente, podemos indicar que la evolución tecnológica ha venido arrastrando de manera rápida las actuaciones que realizamos diariamente en el derecho, y reiterando las palabras de la Corte Constitucional, en la sentencia T-248-18, por el Magistrado Carlos Bernal Pulido en “Esta época de avances tecnológicos extraordinarios conlleva delicados retos...” (p. 1). Una verdad que debemos afrontar, abordar e introducir de manera consciente y criterios de validez, no simplemente posturas de arraigo y/o negación normativa, por supuesto, siempre defendiendo los pilares del debido proceso, contradicción, entre otros, pero sin llevar el derecho a estancarse sino a buscar mecanismos que dinamicen la justicia.

Referencias

- Colombia. Congreso de la República (1999). Ley 527 del 1999 (agosto 18): *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República (2012). Ley 1564 del 2012 (julio 12). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Colombia. Congreso de la República (2022). Ley 2213 del 2022 (junio 12). *Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Colombia. Corte Constitucional (2016). Sentencia T-604/16: *Valoración de impresión en papel de mensajes de datos de conformidad con las reglas generales de documentos*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2017). Sentencia T-574/17: *Alcance del derecho a la intimidad frente a la divulgación de conversación virtual de grupo whatsapp, creado en el entorno laboral*. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2018). Sentencia T-248 de 2018: *Debido proceso en actuaciones disciplinarias en instituciones educativas-No vulneración a estudiante, quien fue expulsado*

definitivamente por difundir fotografías íntimas sin autorización para ello en red social. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional (2020). Sentencia T-043 de 2020: Acción de tutela presentada por Pedro Mateo en contra del Juzgado Segundo de Familia de Popayán. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional (2021). Sentencia T-449 de 2021: Acción de tutela presentada por Marbelys Caridad Pineda Pulido contra Inversiones Super Bally S.A.S. y la vinculada, International Games Sistem Solutions S.A.S. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional (2022). Sentencia T-467 de 2022: Acción de tutela presentada por Kelly Johanna Díaz Palomino en contra de la Unidad de Servicios de Salud Estratégicos Relacionados-USSEER S.A.S. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2021). Sentencia STC690-2020. *Radicación 11001-02-03-000-2020-01025-00 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.* Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2021). Sentencia STC7684-2021. *Radicación 13001-22-13-000-2021-00275-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro duque.* Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2022). Sentencia STC16733. *Radicación 68001-22-13-000-2022-00389-01 M.P. Octavio Augusto Tejeiro duque.* Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2023). Sentencia STC4737. *Radicación 11001-02-03-000-2023-01792-00 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.* Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2023). Sentencia STC4204. *Radicación 11001-02-03-000-2023-01010-00 M.P. Francisco Ternera Barrios.* Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Presidencia de la República – Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020). *Decreto Legislativo 806 de 2020: Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.* Diario Oficial.

Consejo Superior de la Judicatura, Presidencia (2006). Acuerdo PSAA06-3334, *Por el cual se reglamentan la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia.* Consejo Superior de la Judicatura.