

Justicia Digital

Monumento a la Revolución de la Ciudad de México — Fotografía cortesía de José Antonio Montero A.

*Experiencias y aprendizajes de las sesiones virtuales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*
Yasmín Esquivel Mossa

*Algunas claves acerca de la prueba electrónica
en el Proceso Español*
José Bonet Navarro

*La necesaria transformación digital
de los Poderes Judiciales en el país*
Jorge Antonio Cruz Ramos

*La formación de los estudiantes universitarios
en el ámbito de la justicia digital*
Jorge Nader Kuri

*La justicia digital
en el Proceso Penal Panameño*
Nadia Noemí Franco Bazán



Nova Iustitia

Revista Digital de la Reforma Penal

Año IX, No. 33, Noviembre 2020



Nova Iustitia

Revista Digital de la Reforma Penal

Directores Generales

Susana Bátiz Zavala
Jorge Martínez Arreguín

Directora Editorial

Paola Arízaga Castro

Comité Editorial

Dr. Fernando García Cordero
Dr. Germán Guillén López
Mtro. Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz
Mtro. José Gómez González
Lic. Marco Antonio Velasco Arredondo
Lic. Miguel Ángel Ramos Sentíes
Dr. Paul Martín Barba

Corrección

Paola Arízaga Castro

Colaboradores

Yasmín Esquivel Mossa
Jorge Antonio Cruz Ramos
Eliseo Juan Hernández Villaverde
Alexander Ruben Castillo
Emiliano Oaxaca Paterna
Jorge Nader Kuri
Jesús Ricardo Fuentes Gómez
Nadia Noemí Franco Bazán
Cinthya Rubí Rodríguez Ortega
José Bonet Navarro

Derechos Reservados a favor de *Nova Iustitia* revista digital de la Reforma Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Año IX, No. 33, Noviembre 2020, es una publicación trimestral editada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, Niños Héroes No. 132, colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06720, Tel. (55) 9156 4997 ext. 780302,

<http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/>,

Editores responsables: Lic. Susana Bátiz Zavala y Dr. Jorge Martínez Arreguín
Consejeros de la Judicatura de la Ciudad de México, ISSN: 2007-9508, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2013-121712284100-102, ambos otorgados por INDAUTOR, Responsable de la última actualización de este número, Lic. Paola Arízaga Castro, Avenida Niños Héroes No. 132, piso 2, colonia Doctores, alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06720, fecha de última modificación noviembre de 2020.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación, ni del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México.

CONTENIDO

Editorial.....	6
-----------------------	----------

I. Artículos Científicos

Experiencias y aprendizajes de las sesiones virtuales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	10
--	-----------

Yasmín Esquivel Mossa

La necesaria transformación digital de los Poderes Judiciales en el país.....	29
--	-----------

Jorge Antonio Cruz Ramos

Acceso a la justicia y la tecnología en la tutela jurisdiccional efectiva.....	45
---	-----------

Eliseo Juan Hernández Villaverde

Aprovechemos la Constitución que tenemos: Cambios Constitucionales y la justicia digital.....	60
--	-----------

Alexander Ruben Castillo

El gremio de la abogacía y su profesionalización ante el reto de la justicia digital.....	81
--	-----------

Emiliano Oaxaca Paterna

La formación de los estudiantes universitarios en el ámbito de la justicia digital.....	103
--	------------

Jorge Nader Kuri

Transfiguración de la justicia camino a lo digital.....	118
--	------------

Jesús Ricardo Fuentes Gómez

II. Análisis de Derecho Comparado

La justicia digital en el Proceso Penal Panameño.....	141
Nadia Noemi Franco Bazán	

III. Criterios Judiciales Relevantes

Criterios Judiciales Relevantes.....	157
Cinthya Rubí Rodríguez Ortega	

IV. País Invitado

Algunas claves acerca de la prueba electrónica en el Proceso Español.....	175
José Bonet Navarro	

PAÍS INVITADO
ESPAÑA

ALGUNAS CLAVES ACERCA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO ESPAÑOL *



José BONET NAVARRO**

SUMARIO: Introducción; I. Regulación de la prueba electrónica en el proceso español; II. Concepto ajustado de prueba electrónica; III. Elementos identificadores del documento electrónico; IV. La prueba electrónica como medio de prueba; V. Fiabilidad de la prueba electrónica; Algunas conclusiones; Fuentes consultadas.

Resumen

Partiendo de la regulación general de la prueba electrónica en el proceso español, el presente trabajo se aproxima al concepto de prueba electrónica, destacando sus elementos identificadores y, se resaltan algunos problemas de particular interés en la práctica como la de su posible ilicitud, requisitos de admisibilidad, condiciones para su introducción en el proceso y, por último, se ofrecen algunos consejos para reforzar su fiabilidad y sea apta para ser valorada debidamente.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y las técnicas de simplificación del enjuiciamiento de los delitos (Justicrim)*, referencia RTI2018-095424-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en el plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020, proyectos de I+D+i “Retos investigación”, convocatoria 2018 (de 01/01/2019 al 31/12/2021), en el que el autor es miembro del equipo investigador.

** Doctorado en *Derecho*; Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia (España); Miembro del grupo de investigación de la Universidad de Valencia *Nuevos conflictos y proceso judicial – NCPJ*, referencia GIUV2015-242. Línea de investigación *Adaptación del proceso a los nuevos conflictos jurídicos* (la constitución de relaciones jurídicas a través de la sociedad de la información, las comunicaciones telemáticas y la existencia de conflictos cuyos agentes operan exclusivamente en ámbito digital, exige que los medios de tutela de los sujetos implicados en ese conflicto se adecúen al mismo). ORCID: 0000-0001-9793-5512. Web of Science Researcher ID: AAA-9771-2020.

Abstract

Starting from the general regulation of electronic evidence in the Spanish process, this work contains a concept of electronic evidence, its identifying elements, and some problems of particular interest in practice. Among others, it talks about the possible illegality, admissibility requirements, conditions for its introduction in the process and, finally, some advice is offered to reinforce its reliability and due assessment.

Palabras clave

Prueba electrónica, prueba ilícita, admisibilidad, fiabilidad, valoración.

Introducción

Las herramientas, los instrumentos y las máquinas acompañan el avance social del ser humano desde el principio. El desarrollo científico y de la tecnología se acelera progresivamente y esto provoca que, en la actualidad y todavía más en el futuro, la tecnología adquiera cada vez más relevancia en todos los ámbitos, incluido el jurídico. Con tecnología nos comunicamos habitualmente y almacenamos información. Y al tiempo la necesitamos para acceder a esa misma información y para compartirla. Todo esto adquiere relevancia específica, como ocurre en numerosas ocasiones, cuando se requiere incorporar datos al proceso que se han transmitido o se han incorporado en determinados medios tecnológicos. En este trabajo observaremos cómo se ha afrontado

por el momento esta cuestión en el ordenamiento jurídico español, y nos aproximaremos al concepto y elementos identificadores de la prueba electrónica, con referencia a alguno de los principales problemas que genera o puede generar, como su eventual ilicitud, requisitos de admisibilidad, condiciones para su introducción en el proceso, fiabilidad y valoración.

I. Regulación de la prueba electrónica en el proceso español

La regulación de la prueba electrónica se abrió en España hace algo más de un cuarto de siglo, con la LO 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reformó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En esta norma se incorporó por primera vez la posibilidad genérica de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos en los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, fue la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la que de modo expreso e indubitado reguló e impulsó la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso, por supuesto vino acompañada de pronunciamientos de la jurisprudencia favorables a tal fin. Norma ésta a la que se atribuye carácter supletorio respecto de los otros órdenes jurisdiccionales¹.

Lo bien cierto es que el punto IX, párrafo decimocuarto, de la Exposición de Motivos de la LEC, proclama claramente esta finalidad cuando

¹ **Artículo 4** de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

afirma literalmente que se trata de una Ley «atenta al presente y previsoramente del futuro» y, en consecuencia, «abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes». No pretende su promoción ni, todavía menos, su imposición, sencillamente trata de adaptarse para aprovechar una realidad tecnológica que, en lo referente a la información y la comunicación, se considera imparable y con potencial para facilitar un proceso de mayor calidad. Con todo, busca un adecuado equilibrio con las garantías de las partes («garantía de que la comunicación y lo comunicado son con seguridad atribuibles a quien aparezca como autor de una y otra. Y ha de estar asimismo garantizada la recepción íntegra y las demás circunstancias legalmente relevantes»), pero sin que las cautelas impidan «el reconocimiento de los avances científicos y técnicos y su posible incorporación al proceso civil». Así y todo, para cuestiones de detalle, confía en los operadores jurídicos para la incorporación de los medios tecnológicos, «en la medida de sus propias posibilidades y de los medios de que estén dotados los tribunales».

Esta incorporación fue aumentando principalmente de la mano de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, así como, por último, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que, entre

otras cuestiones, impone a los órganos jurisdiccionales, oficinas judiciales, y a todos los profesionales de la justicia y Ministerio Fiscales que todavía no lo hagan ya, la obligatoriedad de emplear los sistemas telemáticos existentes para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal, así como la vía electrónica para aspectos como el apoderamiento *apud acta* o la subasta judicial.

*«Esta incorporación fue aumentando principalmente de la mano de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación, así como, por último, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que, entre otras cuestiones, impone a los órganos jurisdiccionales, oficinas judiciales, y a todos los profesionales de la justicia y Ministerio Fiscales que todavía no lo hagan ya, la obligatoriedad de emplear los sistemas telemáticos existentes para la presentación de escritos y documentos y la realización de actos de comunicación procesal, así como la vía electrónica para aspectos como el apoderamiento *apud acta* o la subasta judicial».*

«... puede afirmarse que el proceso será de tal modo apto para introducir datos relevantes que consten en soportes tecnológicos como bases de datos, programas de contabilidad, mensajes de WhatsApp, diversas redes sociales, correos electrónicos, fotografías y vídeos digitales, hojas de cálculo, registros de cajeros automáticos, ubicaciones y rutas de GPS, historial de navegación web, así como cualquier otro soporte similar o equivalente que exista en la actualidad o se desarrolle en el futuro».

El ordenamiento jurídico procesal opta por incorporar las nuevas tecnologías para mejorar el proceso, en ámbitos tan significativos como la acreditación del material fáctico. Del mismo conviene destacar los siguientes preceptos de las más destacadas leyes:

1. La *Ley de Enjuiciamiento Civil* y los instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. No se limita a los tradicionales documentos en soporte papel pues regula expresamente también la «reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes»²; así como también se refiere al empleo de medios técnicos, «de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes» para dejar constancia del objeto de reconocimiento y de las manifestaciones vertidas³. Asimismo, los artículos 382 a 384 de la misma LEC regulan la incorporación de información y datos relevantes al proceso a través de la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, con el objeto de acreditar los datos en que fundan las alegaciones de las partes en los casos en que hayan sido captados por estos

² **Artículo 300** de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

³ **Artículo 359** de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

instrumentos⁴. A su vez, según los artículos 382.3 y 384.3 LEC, esta prueba se valorará libremente o, en otros términos, «conforme a las reglas de la sana crítica», si bien, cuando se trate de instrumentos públicos redactados en soporte electrónico con la firma electrónica según el artículo 17 bis de la Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado, mantendrán el carácter público y gozarán de fe pública, de modo que la valoración será legal como corresponde a los documentos públicos⁵. Con todo,

⁴ Igualmente, si lo consideran oportuno, podrán acompañar la transcripción escrita de las palabras contenidas en correspondiente soporte de que se trate, junto a los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren conveniente (Artículo 382.1 y 2 LEC). A continuación, de los actos realizados se levantará acta, en la que se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas. Estos materiales, conservados por el Letrado de la Administración de justicia de modo que no sufra alteraciones (Artículo 383.1 y 2 LEC), serán examinados por el tribunal mediante los medios que la parte proponente aporte o el tribunal disponga, de forma que las demás partes puedan conocer, alegar y proponer lo que a su derecho convenga (Artículo 384.1 LEC).

⁵ El artículo 326.4 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispone que «cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

puede afirmarse que el proceso será de tal modo apto para introducir datos relevantes que consten en soportes tecnológicos como bases de datos, programas de contabilidad, mensajes de *WhatsApp*, diversas redes sociales, correos electrónicos, fotografías y vídeos digitales, hojas de cálculo, registros de cajeros automáticos, ubicaciones y rutas de GPS, historial de navegación web, así como cualquier otro soporte similar o equivalente que exista en la actualidad o se desarrolle en el futuro.

2. La *Ley de Enjuiciamiento Criminal* modificada por la LO 13/2015, de 5 de octubre. Esta norma desarrolla de forma particularmente amplia en atención a su específica naturaleza, a los hechos objeto en el mismo y de los derechos en juego, máxime cuando la tecnología se manifiesta especialmente relevante en la investigación criminal. Esta norma, estudiada por numerosos autores⁶, afronta “formas de delincuencia

⁶ Entre otros, BUENO DE MATA, Federico, «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Diario La Ley*, núm. 8627, 19 de octubre de 2015. También, otros trabajos como RODRÍGUEZ ACOSTA, Marta, *La prueba digital en el proceso penal*, original, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna Tenerife, España 2018. Y para aproximarse a los medios tecnológicos como fuente de investigación en el proceso penal (correos electrónicos, los *WhatsApp*, y las redes sociales), ARMENTA DEU, Teresa.,

ligadas al uso de las nuevas tecnologías” y regula las medidas de investigación tecnológica. Más concretamente, ordena aspectos tecnológicos como es el caso de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la aportación de documentos en formato electrónico; el borrado de grabaciones originales una vez finalizado el procedimiento; la incorporación de datos relativos a comunicaciones electrónicas y a redes públicas de comunicaciones; el tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal; la captación y grabación de comunicaciones orales; la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización; el registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y el registro remoto de equipos informáticos; o la orden de conservación de datos almacenados en un sistema informático, incluido el uso de tales recursos por el agente encubierto informático para actuar en canales

«Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, *WhatsApp*, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», en *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC, núm. 27, 2018, Universidad de Girona, España 2018, pp. 67-79. En relación con la prueba videográfica, véase NAVAJAS RAMOS, Luis, «La prueba videográfica en el proceso penal: su valor y límites para su obtención» en *Eguzkilore*, núm. 12, San Sebastián, España 1998, pp. 147-169.

cerrados de comunicación. Todo ello, al menos en su pretensión, se pretende hacer con salvaguarda de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y con particular atención a garantías como la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos personales.

«La Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, fue la encargada de establecer el uso generalizado y obligatorio del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia, lo que se justifica porque “contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia”, y porque permitirá abaratar los costes del servicio público de justicia y hasta incluso, en cuanto “suponen una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad”».

3. La Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, fue la encargada de establecer el uso generalizado y obligatorio del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia, lo que se justifica porque «contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia», y porque permitirá abaratar los costes del servicio público de justicia y hasta incluso, en cuanto «suponen una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad». Por ello, esta norma pretende: 1º Actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones. 2º Generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia. 3º Definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales. Afecta indirectamente a la prueba electrónica por cuando pretende que las nuevas tecnologías se incorporen de modo definitivo y general en el proceso, aunque por el momento

solo para los profesionales de la justicia, aprovechando sus ventajas y estableciendo garantías para la seguridad y eficiencia del sistema.

4. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, con denominación menos sugerente pero quizá más significativa para la incorporación de las llamadas “TICs” en el proceso. Su principal finalidad es continuar en la línea de potenciar la modernización tecnológica del proceso civil, buscando consolidar la adaptación del proceso para aprovechar el actual contexto tecnológico. Considera que la situación actual justifica promocionar la generalización de las nuevas tecnologías en el proceso. Según el apartado I del Preámbulo de la citada Ley 42/2015:

... los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia, así como en su relación con los profesionales y los ciudadanos... Sin embargo, no se ha logrado una aplicación generalizada... Por ello, constituye una necesidad imperiosa acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel.

Y lo que esta norma pretende es que la administración de justicia

consolide y actúe habitualmente mediante la electrónica. Para ello modifica un gran número de preceptos tanto de Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, como de la LEC (artículos 135.1, 146.3, 152.2, 154.2, 162, 165, 167.1, 172.1, 175.1, 259.2, 273, 274, 276, 320.1 y 2, y 346), con la voluntad de eliminar el papel y sustituirlo por lo digital.

«La denominación “prueba electrónica”, frente a otras similares, quizá es la más representativa o, al menos, la más admitida. A pesar de que lo electrónico solamente es el medio en que la prueba se contiene, tiene como virtud su brevedad y general e indubitado entendimiento. Lo bien cierto es que lo tecnológico es su elemento identificador básico, el que la información relevante para un proceso haya sido obtenida, almacenada o transmitida precisamente por medios tecnológicos o, en términos equivalentes, electrónicos».

II. Concepto ajustado de prueba electrónica

La denominación “prueba electrónica”, frente a otras similares, quizá es la más representativa o, al menos, la más admitida. A pesar de que lo electrónico solamente es el medio en que la prueba se contiene, tiene como virtud su brevedad y general e indubitado entendimiento. Lo bien cierto es que lo tecnológico es su elemento identificador básico, el que la información relevante para un proceso haya sido obtenida, almacenada o transmitida precisamente por medios tecnológicos o, en términos equivalentes, electrónicos. Se presupone así un soporte apto para contener o transmitir información, al margen de su tipología (tabletas, teléfonos celulares, discos duros, *diskettes*, reproductores mp3 y mp4, todo tipo de elementos web, redes sociales, o cualquier otro instrumento tecnológico presente o futuro). Así, medio de prueba electrónica será el instrumento a través del cual la información contenida en un soporte tecnológico se introduce en el proceso, al margen de que consista en prueba documental, pericial, testifical, declaración de parte o reconocimiento judicial.

Aunque en la regulación española se distingue entre prueba documental y por “medios e instrumentos” (artículos 299.2 y 382 a 384 LEC), el documento puede entenderse como cualquier objeto en el que consta con cierta permanencia determinada información

mediante signos materiales de lenguaje. Siendo así, podría considerarse documento con independencia del material sobre el que se plasman los signos, cualesquiera que sean los mismos y el modo de plasmarlos. Con este entendimiento no habría diferencias esenciales entre medios e instrumentos y documentos, en cuanto en todo caso constarán signos en un soporte determinado, en este caso electrónico. Sin embargo, tanto el Código Civil español como la LEC equiparan prueba documental y forma escrita, generalmente tradicional o en soporte en papel.

Al margen de su tratamiento legal, documento electrónico y tradicional guardan íntimas identidades. El primero es aquel en el que se utilizan medios o instrumentos tecnológicos, incluidos los audiovisuales, o, en los que de algún modo interviene la informática y, por tanto, lo electrónico. Sin embargo, en los documentos tradicionales actuales también ha podido intervenir la informática, como de hecho ocurre habitualmente cuando se elaboran con un programa de tratamiento de textos y posteriormente es trasladado a soporte papel mediante su impresión. En este caso, tal incidencia tecnológica no parece que le permita ser considerado como electrónico, cuando lo habría sido de haberse incorporado en un soporte electrónico en lugar de imprimirse. Esto constata que la línea que separa un tipo y otro puede ser tenue.

Con todo, en el derecho español, al margen de ciertas identidades (por ejemplo, el deber de aportación inicial según el artículo 265.1.2 LEC) y su identidad esencial, documentos y medios e instrumentos se regulan por separado en los artículos 299 y 382 y ss LEC, principalmente en atención a sus diferencias formales y su necesaria introducción específica en el proceso. Así y todo, los ficheros digitales con información y firmados electrónicamente se someten a la regulación de la prueba documental. En ese sentido, el artículo 24.2 de la Ley 34/2020, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, dispone que «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental». Y el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica considera documento electrónico «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado».

Que el soporte sea o no papel es un criterio endeble para la distinción cuando se incorpore o exprese de cualquier otro modo información, datos o hechos con valor probatorio. Considero irrelevante que el soporte sea una roca cincelada, un papiro, un papel, dígitos, un PDF en un soporte electrónico, o cualquier otro para

incorporar información. Más bien lo es que efectivamente concurra una representación mediante determinados signos que contenga una declaración de voluntad relevante (en ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Secc. 2ª, 6516/1997, de 3 de noviembre. Ponente: Jaime Rouanet Moscardó). En definitiva, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Secc. 1ª, 8867/2000, de 2 de diciembre (Ponente: Gregorio García Ancos), un documento puede considerarse:

... no sólo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquéllo que se le pueda asimilar, por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., "con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo.

Cuestión distinta es su diversa representación y la específica forma de introducirse al proceso, lo que justificaría una regulación específica entre, pongamos por caso, un documento que puede considerarse electrónico estrictamente —como puede ser un correo electrónico—, y un documento tradicional en el que puedan intervenir alguna tecnología —como un fax en el que se recibe una copia del documento original remitido—. No obstante, este último se limita a

ser un medio tecnológico para hacer copias a distancia, de modo que no se diferencia de cualquier otra copia de documento tradicional más que en la forma en que se realiza dicha copia. Y por esa misma razón, el tratamiento procesal diverso entre ambos no se justifica con una naturaleza realmente específica, sino que solo es coherente con el encuadre bien como medio de prueba documental que le corresponde conforme al artículo 325 en relación con el artículo 286 ambos LEC, o bien como instrumento que permite archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso del artículo 384 LEC.

III. Elementos identificadores del documento electrónico

Lo bien cierto es que la identidad material entre documento tradicional, como escrito en un papel, y el electrónico, contenido en un soporte tecnológico, no resta importancia a sus patentes diferencias formales. Pensemos en la dificultad de lectura inmediata en el caso del documento electrónico en comparación con el documento tradicional, al requerir el primero contar con un instrumento y conocimientos técnicos para su lectura cuando el segundo puede ser leído directamente siempre que el documento se aporte íntegramente y, por supuesto, conozcamos el idioma y dispongamos de visión, como requisitos generales y no específicos como los anteriores. Asimismo, el documento electrónico requiere ser firmado electrónicamente para contar

con poder vinculante, lo que requiere contar con un certificado reconocido y comprobable pericialmente. De otro lado, el documento electrónico contendrá más fácilmente imágenes y hasta sonidos junto a las palabras. Y como diferencia incuestionable destaca el que la realidad contenida en el documento electrónico sea intangible por ser solamente accesible a través del medio de lectura. Esto se traduce en que se desdibuje la diferencia entre el original y su copia, siendo esta únicamente la posterior en el tiempo⁷. Es más, el documento electrónico puede convertirse en tradicional solo con ser impreso; y a la inversa, el tradicional convertirse en digital mediante su escaneo. Otra cosa es su valor probatorio, cuyo poder vinculante dependerá de la firma que, al cambiar entre tradicional y electrónico perdería cierto poder probatorio semejante a la copia.

En cualquier caso, el documento electrónico requiere contar con un soporte, que no es más que una cosa mueble en forma de *diskette*, CD, DVD, *pen drive*, disco duro, o cualquier otra existente en el presente o en el futuro. Y este soporte ha de contener una información determinada en forma de imagen, sonido o escritura, que requerirá para su lectura, visualización y/o audición de un determinado *software* y *hardware* para su lectura. El

⁷ Véase ABEL LLUCH, Xavier., «Prueba electrónica», en *La prueba electrónica*, (dir.: ABEL y PICÓ; coor.: GINÉS), Bosch, Barcelona 2011, pp. 15-230.

tradicional en general solo requiere algo de tinta o material equivalente para plasmar los correspondientes signos representativos de información en un soporte apto, principalmente el papel.

«... el documento electrónico requiere ser firmado electrónicamente para contar con poder vinculante, lo que requiere contar con un certificado reconocido y comprobable pericialmente. De otro lado, el documento electrónico contendrá más fácilmente imágenes y hasta sonidos junto a las palabras. Y como diferencia incuestionable destaca el que la realidad contenida en el documento electrónico sea intangible por ser solamente accesible a través del medio de lectura».

Salvo en los documentos tradicionales escaneados, en forma de imagen, PDF o equivalente que se acercan a los electrónicos, el autor del documento electrónico únicamente será identificable a través de la firma electrónica, sea o no avanzada. De no serlo, exclusivamente se identificará el ordenador desde el cual se remitió el documento, pero no directamente la persona remitente ni mucho menos al autor del documento, que no tiene por qué coincidir con la persona que remitió.

La fecha en el documento electrónico suele ser agregada automáticamente por el mismo sistema, lo que permitirá distinguir el original de sus copias.

Por último, el soporte en que conste podrá generar tipologías de prueba electrónica en atención al modo de acceso a la información que dicho soporte contenga. Puede distinguirse así en atención a que los datos se contengan o hayan sido transmitidos, esto es, en atención a que la información sea almacenada o transmitida, aunque esta última en algún momento deberá ser recogida en algún soporte pues de otro modo difícilmente dispondrá de aptitud para acreditativa.

IV. La prueba electrónica como medio de prueba

Como medio de prueba, la licitud en la obtención de los datos almacenados, producidos o transmitidos por medios electrónicos se presenta como

condición para que tenga poder de fijación de los datos en el proceso. La posible ilicitud puede generarse en las distintas modalidades de acceso a los datos contenidos en los correspondientes dispositivos electrónicos, (ordenado por autoridad judicial sobre equipos aprehendidos, directamente por la parte sobre un dispositivo propio o en su posesión legítima, etc.), al margen de la forma en que se introduce en el proceso o la más o menos dudosa integridad y autenticidad de la prueba.

Si se accede por la parte en dispositivo ajeno, los datos han de ser aportados por orden judicial puesto que, en caso contrario, se produciría una infracción de derechos fundamentales y un supuesto de prueba ilícita. Asimismo, en el proceso penal el acceso habrá de producirse por orden judicial cuando se haya aprehendido un dispositivo hallado fuera o dentro de lugar cerrado en este último supuesto como consecuencia de una diligencia de entrada y registro en el que se haya ocupado el dispositivo o la información contenida en el mismo. Otra cosa es que se incorpore sin aprehensión formal mediante registros remotos, de servidor o de cualquier otro tipo de sistema accesible; o que el acceso se produzca sobre datos transmitidos en proceso de comunicación (aportado por uno de los comunicantes o por un tercero con autorización judicial) o a través de los sistemas que ofrece internet en webs,

portales, redes sociales o en cualquier otro ámbito de operativa similar.

En cualquiera de estos supuestos han de respetarse los derechos fundamentales, con particular atención al ser más fácilmente afectados en el supuesto de la entrada y registro en lugar cerrado. En todo caso, los derechos que se presentan como principalmente importantes son los contenidos en el artículo 18 de la Constitución española, esto es, la intimidad, derecho a propia imagen en determinados contenidos, inviolabilidad del domicilio, secreto de comunicaciones y autodeterminación informativa por el tema de la protección de datos personales. Su vulneración, como la de cualquier otro derecho fundamental que pudiera eventualmente afectarse, impedirá que la prueba opere para fijar los correspondientes datos a efectos resolutorios.

La prueba en todo caso deberá ser pertinente o atinente al objeto del proceso, así como relevante, necesaria y útil para determinar el resultado del proceso una vez introducido en el mismo. Y no solo en la obtención, sino también en el tránsito de entrada, podrán darse hipotéticas situaciones de infracción de derechos y por tanto de ilicitud.

La ilicitud será operativa a través de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y conforme a lo previsto en el artículo 433.1 LEC, podrá plantearse de oficio o a instancia de parte. Además, una vez

formulada, se dará traslado, en su caso, a las demás partes, a las que se oirá y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud. Y contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva⁸.

«La información contenida en un soporte electrónico puede ser de muy diversa índole, habitualmente se tratará de documentos realizados mediante la ofimática, programas de tratamiento de textos, hojas de cálculo, y bases de datos, o también contendrá imágenes, vídeos o ficheros de sonido. En estos casos, la información se aportará a través del mismo medio o soporte, sea la memoria USB, disco duro, diskette, CD, DVD, etc., y, para el acceso a la información contenida, como se ha señalado, será necesario contar con un medio adecuado de lectura, integrado por un hardware...».

⁸ Artículo 287.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Partiendo de su licitud, aunque con intensidad variable en atención al correspondiente dato electrónico sea contenido en un soporte o transmitido por la red, en principio son aptos todos los medios de prueba para su introducción en el proceso. Principalmente se producirá estrictamente mediante prueba documental cuando los documentos electrónicos hayan sido impresos o incorporados a un soporte papel —al margen de que generalmente convenga reforzar su fiabilidad a través de garantías complementarios así como otros medios de prueba a efectos de reforzar su ulterior valoración favorable a su fiabilidad especialmente necesario cuando el documento haya sido impugnado—; o como prueba de instrumentos electrónicos si no se produce dicha impresión o incorporación al papel y deba reproducirse a través de determinados instrumentos. Asimismo, podrán introducirse mediante otros medios de prueba como la declaración de la parte o de testigos, a través de la prueba pericial y hasta incluso del reconocimiento judicial.

La jurisprudencia ha dejado bien claras las muchas cautelas con las que debe abordarse la introducción en el proceso de informaciones derivados de soportes electrónicos. Entre ellos, por lo habitual al tiempo que endeble, la introducción de los llamados “pantallazos”, o, en general, de las meras impresiones en papel de la información contenida en soportes

digitales o transmitida en medios en general tecnológicos. Las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Secc. 1ª, 300/2015, de 19 de mayo (Ponente: Manuel Marchena Gómez)⁹, son ilustrativas cuando pone de manifiesto que:

... la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante

⁹ Esta resolución ha sido reiterada tanto por pronunciamientos posteriores del mismo Tribunal Supremo (SSTS, Sala 2ª, 754/2015, de 27 de noviembre, Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, 375/2018, de 19 de julio, Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; Sala 5ª, 15/2017, de 8 de febrero de 2017, Ponente: Francisco Javier de Mendoza Fernández; y ATS, Sala 2ª, 932/2017, de 1 de junio), como de numerosas Audiencias Provinciales (SSAP Valencia, Secc. 1, 135/2019, de 14 de marzo, Ponente: Jesús María Huerta Garicano; Barcelona, Secc. 22, 167/2019, de 14 de febrero, Ponente: Patricia Martínez Madero; Guadalajara, Secc. 1, 211/2018, de 10 de diciembre, Ponente: José Aurelio Navarro Guillen; Madrid, Secc. 26, 842/2018, de 14 de diciembre, Ponente: Francisco Javier Martínez Derqui).

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

La información contenida en un soporte electrónico puede ser de muy diversa índole, habitualmente se tratará de documentos realizados mediante la ofimática, programas de tratamiento de textos, hojas de cálculo, y bases de datos, o también contendrá imágenes, vídeos o ficheros de sonido. En estos casos, la información se aportará a través del mismo medio o soporte, sea la memoria USB, disco duro, diskette, cd, dvd, etc., y, para el acceso a la información contenida, como se ha señalado, será necesario contar con un medio adecuado de lectura, integrado por un *hardware*, generalmente un pc, al menos con pantalla y teclado, si bien también podría ser una *tablet*, teléfono móvil, o mecanismo equivalente, lo que incluirá el correspondiente *software*. Más dificultades encontraremos cuando la información meramente haya sido transmitida, por ejemplo, a través de un programa de chat sea con imágenes o no, como *Skype* o el sistema de chat que ofrecen sistemas como *Gmail*, *Facebook* o incluso la mensajería privada de *Twitter* o plataformas similares o equivalentes. En tal caso, sobre todo si quien pretende incorporar la información no se encuentra como

sujeto de la comunicación, será necesario acceder lícitamente al sistema y obtener una grabación de la misma que además tenga suficientes garantías de integridad que permita una valoración eficaz para fijar los hechos a efectos resolutorios.

En atención a la Comunidad Autónoma española que se trate, los medios de reproducción en los juzgados y tribunales serán habilitados bien por el Ministerio de Justicia español o bien por el órgano de gobierno de la Comunidad autónoma en la que se halle el órgano jurisdiccional. Ahora bien, no ha de pasar por alto que el artículo 384 LEC se refiere al examen «por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar», lo que no se presenta expeditivo para que necesariamente el órgano cuente con los citados medios. Y no siendo exigencia ineludible para el órgano jurisdiccional contar necesariamente con estos medios, conviene que la parte se encuentre preparada para tal eventualidad. Lo más fácil e inmediato será aportar sistemáticamente una copia impresa de los correspondientes documentos o datos. Sin embargo, ante previsibles impugnaciones, lo definitivamente eficaz para soslayar eventuales impugnaciones con las consecuencias valorativas que derivan, y hasta para prevenir suspensiones que demorarán el proceso, será que la parte que pretenda aportar la prueba electrónica, particularmente cuando los medios de lectura puedan considerarse

relativamente obsoletos o atípicos, se cerciore previamente de que el tribunal cuenta efectivamente con el medio correspondiente y que el mismo se encuentra hábil para el funcionamiento. Y también, para el caso que no sea así, bien solicitar que se habilite o, de no ser posible, aportar el medio o instrumento técnico para la lectura, visualización o audición de los correspondientes datos que pretende fijar para ser valorados convenientemente a efectos resolutorios.

Otras características propias o tipologías de documentos electrónicos no aportan diferencias sustanciales respecto de los tradicionales. Así, los electrónicos como los tradicionales podrán ser igualmente privados (como es el caso de las facturas electrónicas), como también públicos, estos últimos firmados por fedatario público, sean judiciales, notariales, o administrativos, expedidos por funcionarios competentes, o certificados por registradores de la propiedad, mercantil o corredor de comercio; así como también ambos podrán ser oficiales de funcionarios o empleados públicos en ejercicios de sus funciones, aunque en este caso hayan sido expedidos y firmados electrónicamente.

Pero entre los diversos tipos de documentos electrónicos quizá sí merezcan una nota especial los denominados “pantallazos”. Como es sabido, estos no son más que una imagen de lo que se muestra en la pantalla del correspondiente dispositivo electrónico, generalmente un

ordenador, *tablet* o teléfono móvil. Se trata, en definitiva, de una fotografía digital, como cualquier otra que podrá ser aportado tanto impresa en papel como mediante el correspondiente soporte digital. A partir de aquí, el problema se limitará a la valoración como en cualquier otro documento, cuya eficacia para fijar hechos dependerá de que haya sido o no firmado y, en caso de serlo, que sea con garantías o fehacientemente o no.

«Pero entre los diversos tipos de documentos electrónicos quizá sí merezcan una nota especial los denominados “pantallazos”. Como es sabido, estos no son más que una imagen de lo que se muestra en la pantalla del correspondiente dispositivo electrónico, generalmente un ordenador, tableta o teléfono móvil. Se trata, en definitiva, de una fotografía digital, como cualquier otra que podrá ser aportado tanto impresa en papel como mediante el correspondiente soporte digital. A partir de aquí, el problema se limitará a la valoración como en cualquier otro documento, cuya eficacia para fijar hechos dependerá de que haya sido o no firmado y, en caso de serlo, que sea con garantías o fehacientemente o no».

«La fiabilidad de la prueba, de cualquiera de ellas sea la tradicional o la electrónica, siempre es un problema clave, en cuanto que de la misma puede depender el sentido favorable o desfavorable del resultado del proceso. Específicamente para el proceso penal, como se ha dicho, “la valoración probatoria se proyectará en primer lugar sobre la calificación de la validez y licitud de la fuente correspondiente, y en segundo lugar, sobre la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto de medios, según las reglas de la sana crítica; de manera que solo la garantía de ambos extremos enerva válidamente la presunción de inocencia”».

Por lo que se refiere al tratamiento procesal de los medios de reproducción e instrumentos a que se refiere el artículo 299.2 LEC, no difiere sustancialmente del régimen previsto para los documentos puesto que a toda demanda o contestación habrán de acompañarse, en virtud del artículo 265.1.2ª LEC, «los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes». Lo anterior será así con dos excepciones: la primera, cuando las partes «no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos..., podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación», salvo que sea posible pedir y obtener copias fehacientes conforme al artículo 265.2 LEC); y la segunda, que «el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal, los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda»¹⁰.

Además, tal y como prevé el artículo 382.1 LEC, al proponer como medio de prueba la reproducción de palabras, imágenes y sonidos mediante

¹⁰ **Artículo 265.3** de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

instrumentos y otros semejantes, «la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso». E igualmente, habrán de acompañarse las copias literales cuantas sean las otras partes en papel de los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado o ejecutado, en los tres días siguientes, tal y como exige el artículo 273 de la LEC.

En caso de inadmisión, y como condición para su posterior admisión en la apelación civil, como es regla general en cualquier otro tipo de prueba, será necesario haber reaccionado formulando recurso de reposición oral y, frente a su desestimación, protesta (artículos 285 y 446 LEC). En caso contrario se inadmitirá la proposición en la segunda instancia por indebidamente admitida (artículo 460.2.1ª LEC).

V. Fiabilidad de la prueba electrónica

La fiabilidad de la prueba, de cualquiera de ellas sea la tradicional o la electrónica, siempre es un problema clave, en cuanto que de la misma puede depender el sentido favorable o desfavorable del resultado del proceso. Específicamente para el proceso penal, como se ha dicho, «la valoración probatoria se proyectará en primer lugar sobre la calificación de la validez y licitud de la fuente correspondiente, y

en segundo lugar, sobre la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto de medios, según las reglas de la sana crítica; de manera que solo la garantía de ambos extremos enerva válidamente la presunción de inocencia»¹¹. Sin embargo, en algunas pruebas electrónicas la fiabilidad puede encontrarse particularmente endeble, pues su aptitud o poder para fijar la información o los datos por el juzgador quedará en entredicho principalmente por las eventuales impugnaciones consecuencia de la escasa confianza sobre su autenticidad y exactitud. Resulta en ese sentido clarificador el Dictamen núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, Unidad de Criminalidad Tecnológica” sobre “la valoración de las evidencias en soporte papel o en soporte electrónico aportadas al proceso penal como medio de prueba de comunicaciones electrónicas”, ante las posibilidades de manipulación de los elementos de convicción.

Salvo que no se requiera, por tratarse de documentos firmados electrónicamente o porque se diera la eventualidad de que no resultaran impugnados, resulta sumamente relevante para lograr un resultado

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa, «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», en *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC, núm. 27, 2018, Universidad de Girona, España 2018, p. 76.

favorable en el proceso, en primer lugar, la preconstitución y anticipación de la prueba electrónica debido a lo intangible y mutable de los contenidos sobre todo en lo relativo a las comunicaciones mediante internet (por ejemplo, mediante la fijación en soporte papel o digital de la información contenida en internet realizada por un perito con el objetivo de que pueda posteriormente ser incluida con fiabilidad en el dictamen que el mismo realice, al margen de la conveniencia de que intervenga además un fedatario que refuerce las garantías). Y también, en segundo lugar, resulta conveniente encontrar la forma de dotar de mayor fiabilidad a la prueba electrónica. Para ello, aunque no siempre imprescindible, se presenta de entrada como idónea la pericial informática. No es imprescindible porque, como indica el ya citado Dictamen núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado:

... tanto en el caso de que se impugnen las capturas de pantalla aportadas al procedimiento, como el propio archivo electrónico en el que se recoge el contenido cuestionado, podrá ser necesario practicar – según el extremo que se impugne diligencias de prueba para acreditar la existencia de la comunicación, su origen, destino o contenido, pero no en todos los casos resultará imprescindible la realización de prueba pericial. Dicha diligencia sólo puede resultar inexcusable cuando no exista posibilidad de acreditar aquéllos extremos por otros medios, tales como la declaración de otros

destinatarios de la comunicación, la aportación por el administrador de una red social, previa autorización judicial, del contenido cuestionado u otros. Incluso, cuando lo que se discuta sea la identificación del emisor de una comunicación, quizá sea suficiente la aportación de los datos de tráfico relativos a un determinado proceso comunicativo. Todo ello sin olvidar la posibilidad de que haya sido utilizada alguna forma mensajería electrónica certificada, circunstancia que solventará muchas de las dificultades planteadas.

El refuerzo probatorio vendría porque, como persona experta y cualificada, el perito aportará conocimientos científicos, técnicos artísticos o prácticos que reforzarán la fiabilidad de los datos transmitidos o contenidos en los sistemas o los diversos dispositivos electrónicos. Más concretamente permitirá constatar o excluir posibles manipulaciones en los ficheros, así como, de ser necesario, determinar que el dato, como puede ser la voz, corresponde a quien se atribuye.

La pericial puede ser un medio autónomo o también permite complementar otro medio de prueba con el objeto de acreditar la identidad, autenticidad o integridad de los datos transmitidos o que contenga un determinado dispositivo electrónico. Precisamente por esta finalidad se presenta relevante que se respete la cadena de custodia, mediante un

procedimiento adecuado que garantice la autenticidad de los datos de origen, la integridad del contenido del dispositivo y la correspondencia entre el dato localizado y el introducido en el proceso. De hecho, según dispone el art. 338 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, «los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito».

Como en toda la prueba pericial, podemos deslindar la fase de preservación y adquisición de los datos, la de análisis, a continuación, su documentación y, por último, presentación. Más concretamente en la prueba electrónica se procederá a la obtención de los datos, en función el tipo de dispositivo que contenga los datos, se procederá al clonado de los datos, generalmente mediante el volcado de los mismos en otro dispositivo con el cálculo del “hash” (que no es más que un conjunto de instrucciones que utilizan los ordenadores y que sirven precisamente para garantizar y en consecuencia acreditar la integridad de un archivo o ejecutable, permitiendo constatar, si es el caso, que los datos se hallaban en el dispositivo y que no ha sido alterado desde su creación o desde su fuente original). A partir de ahí se elabora el dictamen lo que se constata con su redacción y, por último, se presenta al órgano jurisdiccional para que sea

valorado por el mismo a los efectos probatorios correspondientes.

«En el dictamen pericial resulta útil y relevante expresar las circunstancias en las que se haya producido la aprehensión del dispositivo o del modo de acceso al contenido en internet o a la correspondiente comunicación electrónica, incluida la orden judicial cuando la información se halla en poder de la parte no proponente o de tercero. Asimismo, a los efectos de acreditar el origen y la existencia de los datos, y también para prevenir posibles impugnaciones por ilicitud o vulneración de derechos fundamentales, se presenta conveniente la intervención de fedatario público o, al menos, de tercero de confianza».

En el dictamen pericial resulta útil y relevante expresar las circunstancias en las que se haya producido la aprehensión del dispositivo o del modo de acceso al contenido en internet o a la correspondiente comunicación electrónica, incluida la orden judicial cuando la información se halla en poder de la parte no proponente o de tercero. Asimismo, a los efectos de acreditar el origen y la existencia de los datos, y también para prevenir posibles impugnaciones por ilicitud o vulneración de derechos fundamentales, se presenta conveniente la intervención de fedatario público o, al menos, de tercero de confianza.

El clonado o volcado de datos no es más que la realización de una copia *bit a bit* de la información original mediante el *hardware* adecuado para ello. De ese modo, se mantiene la fuente original de los datos, se hace una copia de los mismos sobre los que el perito trabajará y elaborará el dictamen, así como, en su caso, se hará otra copia con el fin de que quede en poder del titular de los datos.

Las garantías de la identidad de los datos en la realización del clonado se obtendrán a través de la presencia de fedatarios o de testigos, junto a la utilización de los instrumentos tecnológicos y el seguimiento de los procedimientos adecuados, entre otros:

La UNE 71506 de metodología para el análisis forense de las evidencias electrónicas, elaborada por el comité técnico AEN/CTN 71

Tecnología de la información cuya Secretaría desempeña AMETIC, sirve para definir el proceso de análisis forense dentro del ciclo de gestión de las evidencias electrónicas, complementando todos aquellos otros procesos que conforman dicho sistema de gestión de las evidencias electrónicas.

Los RFC (*Request For Comments*) 3227, de directrices para la recolección de evidencias y su almacenamiento, que no son más que documentos con las propuestas de expertos para establecer pautas para el proceso, la creación de estándares o la implantación de protocolo en la recopilación de evidencias y su almacenamiento, con el objetivo de convertirse en estándar para la recopilación de información en incidentes de seguridad.

La ISO/IEC 27037:2012 (*Information technology, Security techniques, Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*), que renueva la anterior RFC 3227 para adecuarla a los actuales dispositivos, y centra en el procedimiento de la actuación pericial en la recogida, identificación y aprehensión de la evidencia digital, dejando al margen el análisis de esta evidencia.

En la redacción del dictamen será conveniente para favorecer una valoración adecuada que conste el método científico, el procedimiento seguido, la titulación y una síntesis del currículum del perito (elementos

importantes porque permiten graduar la fiabilidad del informe mediante datos objetivos). Será necesario igualmente que consten los hechos objeto de análisis, así como el dispositivo, la *web*, la correspondiente comunicación o la fuente sobre la que se ha intervenido, con particular importancia en todo lo referente a la autenticidad e integridad de los datos. El informe terminará con unas conclusiones que han de sintetizar los aspectos más relevantes del informe pericial sobre todo en lo que podrá ser objeto de valoración judicial, según aspectos objetivos, sana crítica, máximas de la experiencia, lógica, sentido común, y coherencia. Y una vez debidamente redactado, el informe pericial se incorporará por escrito, al margen de su ratificación oral y con contradicción, junto con los datos a los que se refiere en soporte digital¹².

Pericial específica es la relativa a la autenticidad del audio que puedan aportarse, y que resulta importante en la medida que pueda cuestionarse la autenticidad y exactitud de los reproducido. Para ello se formará un cuerpo de voz para que la persona cuya voz se cuestiona pueda repetir las palabras grabadas que sean o puedan ser impugnadas.

Por último, solamente merece destacarse que la fiabilidad de la prueba digital y su introducción en el proceso puede obtenerse de modo idóneo mediante el “reconocimiento

judicial” o la “inspección ocular” (artículos 353, 326 y 727 LEC). En este último supuesto, el examen o la inspección ocular se producirá sobre la información contenida en internet, mediante la visualización de las páginas *web* o portales que contengan o se transmita la información, o sobre el contenido del dispositivo electrónico aportado a través del medio técnico a disposición del tribunal. Y tanto de oficio como a instancia de parte, podrá practicarse autónomamente, o junto a otro medio de prueba como puede ser la pericial o el interrogatorio de las partes o de testigos (por ejemplo, para la concurrencia del reconocimiento judicial y la pericial)¹³.

Algunas conclusiones

Entre las principales conclusiones podemos destacar las siguientes:

Primera. La prueba electrónica merece una específica atención en cualquier regulación de la materia probatoria con el fin de favorecer la incorporación de la información contenida o transmitida mediante soporte electrónico, siempre con respeto de las garantías constitucionales.

Segunda. El elemento clave en la prueba electrónica es que los datos se obtengan, almacenen o se transmitan por medios tecnológicos o electrónicos que existan en la actualidad o en el futuro.

¹² **Artículo 346** de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

¹³ **Artículo 356** de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Tercera. Aunque la prueba electrónica no necesariamente es distinta a la documental, en cuanto comparten esenciales identidades, sin duda merece una regulación específica capaz de atender sus particularidades.

Cuarta. Ente los elementos identificadores del documento electrónico destaca el soporte tecnológico y la necesidad de tecnología (y de conocimientos específicos) para acceder a la información, la firma electrónica, su mayor aptitud para incluir imágenes y sobre todo sonido y vídeos, su facilidad para hacer copias, y la posibilidad de conversión de electrónico a tradicional (mediante impresión) o a la inversa (mediante escaneo). Y precisamente estas particularidades son las que exigen una regulación específica para la incorporación de la información al proceso.

Quinta. Como en cualquier otro medio de prueba, además de pertinente, relevante, necesaria y útil, la prueba electrónica ha de ser lícita. Lo específico es que la eventual ilicitud se producirá en el particular contexto de obtención, transmisión y almacenamiento de la información, así como en los modos y tiempos en que se introduzca en el proceso, donde puedan vulnerarse derechos fundamentales (principalmente, la intimidad, derecho a propia imagen en determinados contenidos, inviolabilidad del domicilio, secreto de comunicaciones y autodeterminación

informativa por el tema de la protección de datos personales).

Esta ilicitud deberá ser apreciada de oficio o a instancia de parte y ha de tener como efecto, en caso de estimarse, que la prueba electrónica no tenga efectos en la resolución.

Sexta. Será necesario que los tribunales cuenten con los instrumentos técnicos para hacer viable la introducción del documento electrónico, si bien esto no exime a la parte para que esté atento a que tal circunstancia se produzca, de modo que, en caso contrario, pueda aportar los instrumentos tecnológicos necesarios para que se produzca esta incorporación con garantías.

Séptima. En su valoración habrán de adoptarse las debidas cautelas en la medida en que pueda ser susceptible de manipulación, especialmente en supuestos como el de los llamados “pantallazos” o impresiones de una *Web*.

Octava. Convendrá estar atentos a favorecer la fiabilidad de la prueba, sobre todo cuando la misma pueda ser endeble al ser fácilmente manipulable. Asimismo, resulta importante estar atentos a la preconstitución y anticipación de la prueba debido a lo intangible y mutable de sus contenidos, así como, cuando se requiere, a acompañarla de refuerzos probatorios, como los que aporta un posible reconocimiento judicial o inspección ocular, así como, sobre todo, la prueba pericial informática que opere no tanto como medio autónomo sino para

acreditar la identidad, autenticidad o integridad de los datos transmitidos o que contenga un determinado dispositivo electrónico, con respeto de la cadena de custodia, y que implemente los protocolos y técnicas permitan o favorezcan la fiabilidad.

«Como en cualquier otro medio de prueba, además de pertinente, relevante, necesaria y útil, la prueba electrónica ha de ser lícita. Lo específico es que la eventual ilicitud se producirá en el particular contexto de obtención, transmisión y almacenamiento de la información, así como en los modos y tiempos en que se introduzca en el proceso, donde puedan vulnerarse derechos fundamentales (principalmente, la intimidad, derecho a propia imagen en determinados contenidos, inviolabilidad del domicilio, secreto de comunicaciones y autodeterminación informativa por el tema de la protección de datos personales). Esta ilicitud deberá ser apreciada de oficio o a instancia de parte y ha de tener como efecto, en caso de estimarse, que la prueba electrónica no tenga efectos en la resolución».

Fuentes consultadas

Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier., «Prueba electrónica», en *La prueba electrónica*, (dir.: ABEL y PICÓ; coor.: GINÉS), Bosch, Barcelona 2011, pp. 15-230.

ARMENTA DEU, Teresa., «Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», en *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC, núm. 27, 2018, Universidad de Girona, España 2018.

«Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre», en *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC, núm. 27, 2018, Universidad de Girona, España 2018.

BUENO DE MATA, Federico, «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Diario La Ley*, núm. 8627, 19 de octubre de 2015.

NAVAJAS RAMOS, Luis, «La prueba videográfica en el proceso penal:

su valor y límites para su obtención» en *Eguzkilo*, núm. 12, San Sebastián, España 1998.

RODRÍGUEZ ACOSTA, Marta, *La prueba digital en el proceso penal*, original, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna Tenerife, España 2018.

Legislación

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Secc. 1ª, 300/2015, de 19 de mayo, Ponente: Manuel Marchena Gómez.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Secc. 1ª, 8867/2000, de 2 de diciembre, Ponente: Gregorio García Ancos.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Secc. 2ª, 6516/1997, de 3 de noviembre, Ponente: Jaime Rouanet Moscardó.



Los invitamos a seguirnos también en las redes sociales Institucionales:

