

DERECHO  
PROBATORIO  
y otros estudios procesales

VICENTE GIMENO SENDRA  
LIBER AMICORUM



CASTILLO DE LUNA EDICIONES JURÍDICAS

DERECHO  
PROBATORIO  
y otros estudios procesales

LIBER AMICORUM  
VICENTE GIMENO SENDRA

JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO  
*Director*

ALBA ROSELL CORBELLE  
*Coordinadora*



CASTILLO DE LUNA EDICIONES JURÍDICAS

# DERECHO PROBATORIO y otros estudios procesales

VICENTE GIMENO SENDRA  
LIBER AMICORUM

JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO  
*Director*

ALBA ROSELL CORBELLE  
*Coordinadora*



CASTILLO DE LUNA EDICIONES JURÍDICAS

2020

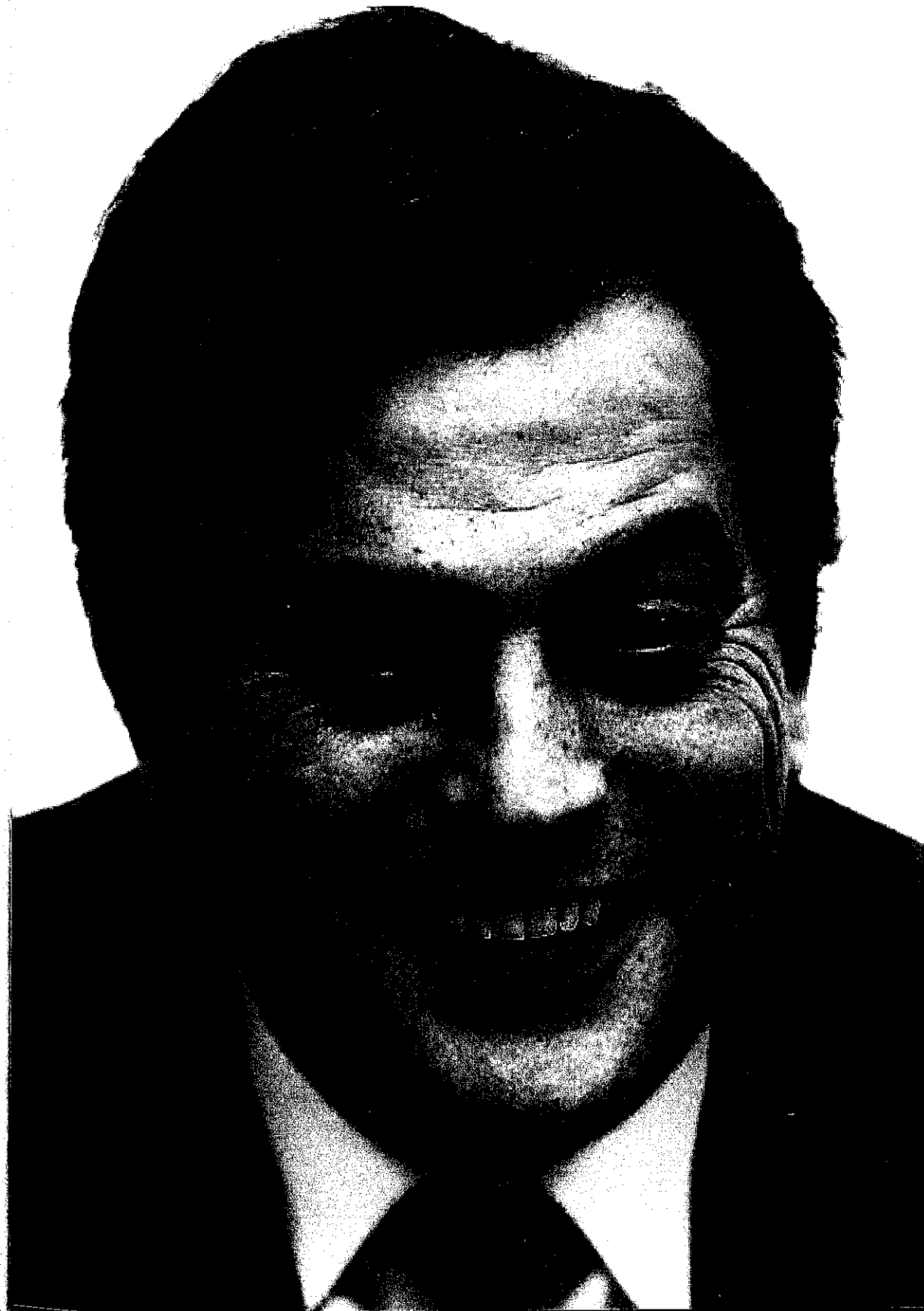
Queda prohibida la reproducción, distribución o comunicación pública de esta obra, en todo o en parte, por cualquier medio físico o electrónico, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Ediciones Jurídicas Castillo de Luna  
C/. Alcalá, 52 - 3º izda.  
28014 Madrid  
E-mail: [administracion@edicionesjuridicascastillodeluna.com](mailto:administracion@edicionesjuridicascastillodeluna.com)  
<http://www.edicionesjuridicascastillodeluna.com>

© Ediciones Jurídicas Castillo de Luna

ISBN: 978-84-945088-7-5  
Depósito Legal: M-12843-2020

Impreso en España por Zridi, diseño digital, S.L.



## Índice General

<i>Prólogo del editor.</i> Nicolás González-Cuéllar Serrano .....	15
<i>Carga probatoria en los procesos de responsabilidad médica.</i> Federico ADAN DOMENECH .....	17
<i>Apuntes sobre la valoración de la prueba y la resolución judicial.</i> Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN .....	35
<i>Recelo y obsesiva tendencia restrictiva hacia la acusación popular: el ejemplo chileno y su relación con España.</i> Laura ÁLVAREZ SUÁREZ y José María ROCA MARTÍNEZ .....	51
<i>Prueba testifical y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</i> Coral ARANGÜENA FANEGO .....	65
<i>Problemas en torno a la prueba en delitos contra el medio ambiente.</i> María Jesús ARIZA COLMENAREJO .....	81
<i>La prueba de los perjuicios de los consumidores en los procesos colectivos.</i> Alicia ARMENGOT VILAPLANA .....	99
<i>Prueba ilícita y regla de exclusión: perspectiva subjetiva.</i> Teresa ARMENTA DEU .....	117
<i>La prueba de la intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor. Especial referencia a la STC 214/1991, de 11 de noviembre.</i> Paloma ARRABAL PLATERO .....	141
<i>La tortura y lo inhumano. Fundamento de su prohibición absoluta.</i> Luis ARROYO ZAPATERO .....	161

<i>La prueba y la obra del profesor Gimeno en los tiempos de cambio.</i> José María ASENCIO MELLADO .....	177
<i>El principio de adquisición procesal y la renuncia a la prueba en el proceso civil español.</i> Julio BANACLOCHE PALAO .....	199
<i>Una aproximación a las fake news.</i> Jacobo BARJA DE QUIROGA .....	221
<i>El valor del consentimiento en el proceso penal: ¿prueba o negación de la prueba?</i> Silvia BARONA VILAR .....	237
<i>Intervención de las comunicaciones orales directas y proceso penal en la jurisprudencia constitucional.</i> Rafael BELLIDO PENADÉS .....	257
<i>Apuntes sobre el concepto, obtención, introducción y fiabilidad de la prueba electrónica.</i> José BONET NAVARRO .....	279
<i>El derecho probatorio ante la cuarta revolución industrial.</i> Federico BUENO DE MATA .....	299
<i>Un planteamiento para una adecuada práctica y valoración de la prueba de ADN obtenida en el marco legislativo español y de la UE.</i> María José CABEZUDO BAJO .....	315
<i>Notas acerca de la teoría y práctica de la prueba pericial.</i> Nicolás CABEZUDO RODRÍGUEZ .....	335
<i>Evolución histórica de la valoración de la prueba en el proceso penal español.</i> Manuel CACHÓN CADENAS .....	355
<i>Tres Verdades (material, formal, virtual) y una sola realidad: la prueba electrónica.</i> Sonia CALAZA LÓPEZ .....	371
<i>La revisión del juicio fáctico, el error probatorio y el control de racionalidad -reflexiones nuevas al hilo de ideas quizás pretéritas-.</i> M <sup>a</sup> Pía CALDERÓN CUADRADO .....	399
<i>El diálogo judicial sobre las "listas Falciani": los diferentes criterios de su admisión como prueba.</i> Ana E. CARRILLO DEL TESO .....	419
<i>Derecho a la intimidad y prueba pericial de ADN.</i> Raquel CASTILLEJO MANZANARES .....	435

<i>El test de hermandad como principio de prueba en las demandas de filiación.</i> M <sup>a</sup> Ángeles CATALINA BENAVENTE .....	459
<i>La tutela integral de las víctimas de violencia de género a prueba.</i> Elisabet CERRATO GURI .....	475
<i>Algunas precisiones sobre los límites del contra interrogatorio de testigos en el proceso penal (al hilo del desarrollo del juicio del «proceso»).</i> José Manuel CHOZAS ALONSO .....	495
<i>La obtención de pruebas electrónicas transfronteriza. Nuevos retos y nuevas consideraciones desde la perspectiva de la Unión Europea.</i> Carmen CUADRADO SALINAS .....	517
<i>La prueba de los hechos atributivos de legitimación y constitutivos de discriminación.</i> Luis-Andrés CUCARELLA GALIANA .....	535
<i>Declaración de coimputados y presunción de inocencia.</i> Manuel DÍAZ MARTÍNEZ .....	557
<i>Algunas ideas sobre la prueba ilícitamente obtenida.</i> Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ .....	575
<i>La participación del ciudadano en el Tribunal del Jurado: historia de una desilusión.</i> Yolanda DOIG DÍAZ .....	591
<i>Los medios de prueba tecnológicos como garantía de la correcta incorporación de las nuevas fuentes de prueba al juicio oral.</i> Carmen María DURÁN SILVA .....	611
<i>Diversos escenarios posibles en la obtención de perfiles de ADN mediante la Orden Europea de Investigación (OEI).</i> José Francisco ETXEBERRIA GURIDI .....	625
<i>El control por el magistrado-presidente de la motivación del veredicto.</i> Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ .....	643
<i>Algunas consideraciones sobre la prueba anticipada en el proceso civil.</i> Ignacio FLORES PRADA .....	661
<i>Los hechos, la prueba y la casación civil (I).</i> Just FRANCO ARIAS .....	697
<i>La prueba prohibida aportada por particulares; a la luz de las nuevas tecnologías.</i> Olga FUENTES SORIANO .....	715

<i>Presupuestos procesales y fundamentación de la pretensión procesal: un intento de clarificación de los conceptos.</i> JOSÉ GARBÉRÍ LLOBREGAT .....	745
<i>El derecho al interrogatorio de los testigos del art. 6.3 D) CEDH: contenido y vulneración según doctrina del Tribunal de Estrasburgo.</i> PEDRO M. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ .....	755
<i>La prueba ilícita en el proceso civil, entre la exclusión y la ponderación.</i> FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI .....	783
<i>La prueba y la conformidad en el proceso penal por delito fiscal: cuestiones actuales.</i> JORDI GIMENO BEVIÁ .....	801
<i>El aumento del intervencionismo público en la investigación del delito. Una reflexión al hilo del acto de investigación criminal de registro remoto de equipos informáticos (coloquialmente llamado "del gusano informático").</i> JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER .....	817
<i>El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración.</i> MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO .....	853
<i>La determinación de la cuota defraudada en el proceso penal tributario: la reforma del sistema en España.</i> NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y M <sup>a</sup> LUISA GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO .....	871
<i>Recurso extraordinario por infracción procesal, recurso de casación civil y control del juicio probatorio por el Tribunal Supremo: estudio de un supuesto paradójico.</i> JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA .....	887
<i>Internet, ética y prueba de oficio: a propósito de dos recientes dictámenes de la Comisión de Ética Judicial del Consejo General del Poder Judicial.</i> PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA .....	907
<i>La Kontaktsperregesetz o Ley de Bloqueo de Contactos alemana.</i> ALICIA GONZÁLEZ NAVARRO .....	931
<i>El régimen de costas en las medidas de acceso a las fuentes de prueba.</i> JUAN F. HERRERO PEREZAGUA .....	955
<i>¿Derecho al honor en vez de presunción de inocencia?: comentario crítico a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i> MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO .....	971

<i>La última palabra: ¿prueba de cargo o derecho a la autodefensa.</i> FERNANDO L. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS .....	985
<i>Veinticinco aniversario de la Ley Orgánica 5/1995.</i> MAR JIMENO BULNES .....	1003
<i>Eficacia probatoria de las medidas de investigación tecnológica del delito.</i> INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA .....	1029
<i>Valoración de la prueba de análisis de ADN en el proceso penal.</i> TOMÁS LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ .....	1057
<i>La acreditación de la deuda reclamada en el proceso monitorio.</i> JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ .....	1069
<i>Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 416.1º de la LECrim. La dispensa: una reforma necesaria.</i> ANTOLÍN HERRERO ORTEGA, LUIS MANUEL LÓPEZ SANZ y FERNANDO PRIETO RIVERA .....	1087
<i>Valor probatorio de la confesión en el proceso penal.</i> MARTA LOZANO EIROA .....	1107
<i>La dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género: nueva perspectiva jurisprudencial.</i> ANA ISABEL LUACES GUTIÉRREZ .....	1127
<i>Actualización jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la práctica de la prueba en el proceso penal.</i> VICENTE MAGRO SERVET .....	1143
<i>Competencia como policía judicial en el proceso penal.</i> A. NICOLÁS MARCHAL ÉSCALONA .....	1163
<i>Prueba ilícita y reglas de exclusión: los matices introducidos por la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 116/2007, 23 de febrero (Caso Falciani).</i> MANUEL MARCHENA GÓMEZ .....	1181
<i>Una propuesta de solución para la justicia</i> LUIS MARTÍN CONTRERAS .....	1201
<i>El testigo menor de edad en el proceso penal.</i> JOSÉ MARTÍN OSTOS .....	1217
<i>Efecto vinculante de la declaración de hechos probados de la sentencia penal en un proceso posterior.</i> JOSÉ MARTÍN PASTOR .....	1235

<i>El alcance del derecho al propio entorno virtual en la valoración de la evidencia digital.</i> Pilar MARTÍN RÍOS .....	1259
<i>La prueba del cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia en la concesión irresponsable de préstamos.</i> Lourdes V. MELERO BOSCH .....	1271
<i>Los tráficó ilícitos en el Mediterráneo y los organizaciones poli-criminales transnacionales.</i> Vincenzo MILITELLO .....	1291
<i>A vueltas con el derecho al silencio del acusado.</i> Antonio DEL MORAL GARCÍA .....	1303
<i>El control casacional civil de la valoración de la prueba.</i> Pablo MORENILLA ALLARD .....	1323
<i>El mito de la instrucción dirigida por el juez.</i> VÍCTOR MORENO CATENA .....	1339
<i>Sobre la prueba testifical del menor-víctima en el proceso penal de mayores.</i> Julio MUERZA ESPARZA .....	1365
<i>La capacidad para ser parte pasiva del proceso penal de las personas jurídicas y otros entes sin personalidad.</i> Ana María NEIRA PENA .....	1379
<i>La autonomía del legislador nacional en la regulación de los procedimientos: las fronteras de la jurisprudencia europea.</i> Jordi NIEVA FENOLL .....	1397
<i>Dificultades probatorias en los delitos de violencia de género.</i> M <sup>a</sup> . Lourdes NOYA FERREIRO .....	1415
<i>El artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las facultades probatorias de oficio.</i> Virtudes OCHOA MONZÓ .....	1433
<i>Racionalidad y control de racionalidad del juicio sobre los hechos.</i> Andrés DE LA OLIVA SANTOS .....	1447
<i>La prueba trasladada en el proceso penal peruano. Aspectos problemáticos.</i> Arsenio ORÉ GUARDÍA .....	1459
<i>Facilitaciones probatorias y acceso a las fuentes de prueba en el proceso civil.</i> Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ .....	1481

<i>Significado y alcance de la intermediación en el proceso penal.</i> Francisco ORTEGO PÉREZ .....	1497
<i>Acreditación del fumus boni iuris y prejuzgamiento en el proceso civil: el caso del secuestro judicial del libro "Fariña".</i> Juan Carlos ORTIZ-PRADILLO .....	1515
<i>Proceso penal y criminología. A propósito del colaborador eficaz, su perfilación y utilización como fuente de información en el proceso penal actual.</i> Miguel R. PÉREZ ARROYO .....	1529
<i>Consejo General del Poder Judicial: un barco a la deriva. A propósito de la reforma (2013) y contrarreforma (2018).</i> Agustín-J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN .....	1541
<i>La prueba electrónica. Naturaleza jurídica e impugnación.</i> Vicente PÉREZ DAUDÍ .....	1557
<i>El derecho de defensa y la prueba de ADN: la asistencia letrada al detenido.</i> M <sup>a</sup> Ángeles PÉREZ MARÍN .....	1577
<i>Aspectos universales y sistémicos del derecho de la prueba en el proceso penal.</i> Walter PERRÓN .....	1593
<i>La prueba del Derecho extranjero: ¿problema solucionado?</i> Joan PICÓ I JUNOY .....	1605
<i>Decomiso de bienes de terceros: supuestos y presunciones.</i> Esther PILLADO GONZÁLEZ y Tomás FARTO PIAY .....	1623
<i>El largo y tortuoso camino de la prueba prohibida en nuestra jurisprudencia.</i> Andrea PLANCHADELL GARGALLO .....	1645
<i>Parergón intemperante sobre la dogmática de la prueba y su transposición al foro.</i> Francisco RAMOS MÉNDEZ .....	1665
<i>La prueba anticipada en el proceso civil.</i> Belén RIZO GÓMEZ .....	1681
<i>Algunos aspectos de la prueba de testigos en el proceso civil español.</i> María de los Ángeles RODRÍGUEZ ALIQUÉ .....	1701
<i>Reflexiones críticas sobre la prueba de la buena fe por los "terceros afectados" por el decomiso de bienes ilícitos.</i> Nicolás RODRÍGUEZ-GARCÍA .....	1719

<i>Errores judiciales en la admisión y valoración de la prueba. Reflexiones sobre el "entierro" de la prueba ilícita y la parcial inconstitucionalidad del art. 294.1 LOPJ.</i> Luis RODRÍGUEZ RAMOS .....	1741
<i>Los plazos de la instrucción, sobreseimiento y obtención de fuentes de investigación.</i> Ana María RODRÍGUEZ TIRADO .....	1757
<i>Consideraciones sobre el periodo probatorio, la prueba anticipada y las diligencias finales en los procesos civil y social.</i> M <sup>a</sup> Isabel ROMERO PRADAS .....	1781
<i>Libertad de prensa y proceso penal.</i> Alba ROSELL CORBELLE .....	1803
<i>Normas procesales del Código Penal peruano.</i> César Eugenio SAN MARTÍN CASTRO .....	1817
<i>Presunción de inocencia y prisión provisional a la luz de la Directiva (UE) 2016/343.</i> Ágata M <sup>a</sup> SANZ HERMIDA .....	1841
<i>Interés superior del menor y prueba en el proceso de impugnación de su filiación.</i> Gregorio SERRANO HOYO .....	1861
<i>Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero.</i> Julio SIGÜENZA LÓPEZ .....	1881
<i>La actividad de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos como fuente de prueba para el proceso penal.</i> Luis Manuel VALLÉS CAUSADA .....	1903
<i>El aval constitucional al procedimiento de desalojo de las viviendas ocupadas ilegalmente.</i> David VALLESPÍN PÉREZ .....	1929
<i>Contra las inmunidades del poder. El caso español.</i> Javier VECINA CIFUENTES .....	1945
<i>Sobre la licitud de las pruebas obtenidas por las empresas mediante el control de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores.</i> Jaime VEGAS TORRES .....	1963

## Prólogo del editor

Para Ediciones Jurídicas Castillo de Luna supone un orgullo la publicación del Libro Homenaje a Vicente Gimeno Sendra, por razón de su extraordinaria talla jurídica y humana y por motivo de los excelentes trabajos que más de cien autores han incluido en la obra. A todos ellos, profesores, magistrados y fiscales, les agradecemos de corazón sus contribuciones. Y por supuesto reconocemos aquí el enorme esfuerzo y dedicación del Director del libro, José María ASECIO MELLADO, de la Coordinadora, Alba ROSELL CORBELLE, y de la Secretaria Técnica, Támara FUNES BELTRÁN.

El Prof. Dr. D. Vicente GIMENO SENDRA es un magnífico procesalista, cuyas aptitudes han sobresalido en la academia, en el ejercicio de la abogacía y en la magistratura en el Tribunal Constitucional. Sus numerosas publicaciones jurídicas y sus ponencias y votos particulares en las sentencias que firmó son la mejor prueba de ello. Cuenta, además, con el cariño, aprecio y respeto de sus discípulos y sus colegas, así como con la gratitud de los alumnos que han tenido la suerte de recibir sus enseñanzas en las aulas. La semblanza de su obra jurídica ha sido realizada, desde la perspectiva de la prueba en el proceso, por el Director del Libro y al contenido de su trabajo nos remitimos.

Ciertamente Vicente es una gran persona. Es mi maestro y mi amigo.

Mi carrera académica se debe a que, recién terminada la licenciatura, le conocí en una cena en casa de mis padres cuando llevaba pocas semanas estudiando el temario de las oposiciones a notarías. Cuando le comenté que dudaba si podría cumplir las expectativas de mi preparador, porque dedicaba mucho tiempo a actualizar y profundizar los contenidos de cada tema y le trasladé mis inquietudes sobre el enfoque que se daba a determinadas disposiciones de Derecho común y forales que colisionaban con el principio de igualdad ante la ley —había comenzado por el Derecho sucesorio—, me planteó la posibilidad de realizar la tesis doctoral, bajo su dirección. Acepté y así me integré en una escuela entonces formada por José María ASECIO MELLADO, quien ya había leído su tesis doctoral; por José GARBÉRÍ LLOBREGAT y por



## Apuntes sobre el concepto, obtención, introducción y fiabilidad de la prueba electrónica

José Bonet Navarro

*Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Valencia*

II. Consideraciones generales sobre la Regulación de la prueba electrónica: 1. Los instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes como medio de prueba en la LEC. 2. La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. II. Algunas consideraciones concretas sobre prueba electrónica: 1. Principales aspectos conceptuales y sistemáticos; A) Identificación y encuadramiento de la prueba electrónica. B) Distinción entre el documento tradicional y el electrónico. 2. Obtención e introducción de la prueba electrónica. 3. Fiabilidad de la prueba electrónica.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La LO 16/1994, de 8 de noviembre, reformó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Entre otras cosas, introdujo tempranamente la posibilidad general de utilizar medios técnicos, electrónicos e informáticos en los órganos jurisdiccionales. Así y todo, fue la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, la que de modo expreso e indubitado reguló la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso. Y esto se produce con la colaboración de la jurisprudencia, tendente por lo

general a ofrecer las interpretaciones adecuadas para disciplinar el necesario acceso de los avances tecnológicos al proceso<sup>1</sup>.

El punto IX, párrafo decimocuarto, de la Exposición de Motivos de la LEC, afirma que se trata de una Ley "atenta al presente y previsor 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 imparables 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 otro. 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.

El ordenamiento jurídico procesal opta por incorporar las nuevas tecnologías para mejorar el proceso, en ámbitos tan significativos como la acreditación del material fáctico. Veamos más en concreto:

## 1. LOS INSTRUMENTOS DE FILMACIÓN, GRABACIÓN Y OTROS SEMEJANTES COMO MEDIO DE PRUEBA EN LA LEC

El punto X, párrafo duodécimo, de la misma Exposición de Motivos de la LEC, deja clara la importancia de los medios e instrumentos en los que consten hechos fundamentales. No se limita "a los tradicionales documentos en soporte papel pues regula expresamente la "reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes" (artículo 300

<sup>1</sup> VILABOY LOIS, L. y GONZÁLEZ PILLADO, E., *La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

LEC)<sup>2</sup>. Y también habla del empleo de medios técnicos, de modo que, sin perjuicio de la confección de las correspondientes actas, se contempla la utilización de los "medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes" para dejar constancia del objeto de reconocimiento y de las manifestaciones vertidas (artículo 359 LEC).

En fin, los artículos 382 a 384 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<sup>3</sup>, 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 instrumentos<sup>4</sup>. Además, las normas de la LEC tienen carácter supletorio respecto de los otros órdenes jurisdiccionales. Dispone el artículo 4 de la misma LEC que "en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

Conforme a 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". Ahora 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 públicos<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Según ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 162, "la innovación legislativa introducida por estos preceptos supone convertir el ordenamiento procesal civil español en uno de los más avanzados de nuestra área cultural por lo que se refiere a la adecuación del Derecho los progresos científicos".

<sup>3</sup> La literatura sobre la prueba electrónica es extensa. Monográficamente, entre otros, SANCHÍS CRESPO, C. y CHAVELI DONET, *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. AAVV, *La prueba electrónica* (dir.: Lluch y Picó; coór.: Ginés), Barcelona, Bosch, 2011. ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009. ORTUÑO NAVALÓN, M. C., *La Prueba electrónica ante los tribunales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>4</sup> 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 sufrirá 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).

<sup>5</sup> Por lo demás, el artículo 326.4 LEC 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 esta-

El proceso es apto, con todo, para introducir datos relevantes que consten en soportes tecnológicos como bases de datos, programas de contabilidad, mensajes de "whatsapp", diversas redes sociales<sup>6</sup>, 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 otra similar o equivalente que exista en la actualidad o se desarrolle en el futuro.

## 2. LA LO 13/2015, DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LECRIM

En el proceso penal, dada su específica naturaleza, los hechos objeto del mismo, así como los derechos en juego, las normas sobre prueba se desarrollan de forma amplia en comparación con el proceso en otros órdenes jurisdiccionales como el administrativo o laboral<sup>7</sup>. Además, la tecnología se manifiesta especialmente relevante en lo referente a los medios de investigación criminal. En este contexto, la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, afronta "formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías" y regula las medidas de investigación tecnológica<sup>8</sup>.

*blecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica*: Véase, entre otros, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., "Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica", en *Empresa y prueba informática*, Bosch, Barcelona, 2006, págs. 41-84. MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: funciones y problemática*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

<sup>6</sup> Sobre su utilización actual como prueba, entre otros, PUJOL CAPILLA, P., *La nueva prueba documental en la era digital*, Sepin, Madrid, 2004, págs. 25 y ss.

<sup>7</sup> En el proceso administrativo, la Disposición Final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, reitera este carácter supletorio, y por ello dedica solamente dos preceptos a la prueba: los artículos 60 y 61. En estos, junto con establecer la posibilidad de prueba de oficio solo contempla algunos matices sobre procedimiento. En el proceso laboral ocurre algo similar. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, remite constantemente a la LEC (entre otros, artículos 14, 15, 42, 44, 46, 47, 53, 56, 57, 76, 82, 83, 86, etc.), y dedica a la prueba apenas dos preceptos, los artículos 78 y 87, en los que simplemente introduce pequeños matices cuando no reitera lo previsto en la propia LEC.

<sup>8</sup> Véase BUENO DE MATA, F., "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, M., *La prueba digital en el proceso penal*, original, La Laguna, 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, T., "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, págs. 67-79. En relación con la prueba videográfica, véase NAVAJAS RAMOS, L., "La prueba videográfica en el proceso penal: su valor y límites para su obtención" en *Eguzkilore*, núm. 12, 1998, págs. 147-169.

Entre otras cosas, ordena aspectos tecnológicos como son 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 cerrados de comunicación. Y todo ello 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.

## 3. LAS LEYES 18/2011 Y 42/2015

La generalización de las nuevas tecnologías en el proceso se consuma definitivamente a través de la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia<sup>9</sup>, y con la Ley 42/2015, de reforma de la LEC, con denominación menos sugerente pero quizá más significativa para la incorporación de las llamadas "TICs" en el proceso.

La citada Ley 18/2011 fue la encargada de establecer el uso generalizado y obligatorio del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la justicia<sup>10</sup>. Se justifica considerando que "contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia". Igualmente, reconoce que permite abaratar los costes del servicio público de justicia y hasta incluso, en el apartado I, párrafo primero del Preámbulo de la citada Ley, sostiene que "suponen una mejora de la confianza en el sistema, lo que se traduce en mayor seguridad". Por ello, pretende: 1.º 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. 2.º Generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia. 3.º Definir en una norma con

<sup>9</sup> Resulta útil, sobre la misma GONZÁLEZ DE LA GARZA, L. M., *Manual práctico. 315 preguntas prácticas esenciales sobre el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

<sup>10</sup> Según GARCÍA TORRES, M. L., "La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales", en *La Ley Penal*, núm. 82, mayo 2011, La Ley 7396/2011, pág. 14, en el uso de las tecnologías está en juego "la eficiencia y celeridad de los procedimientos y, por tanto, la concreción de la Justicia como un servicio público de calidad, que implica la racionalización de los recursos y, para ello, necesariamente necesita ser técnicamente avanzada".

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.

Y en coherencia con la anterior, la primera finalidad de la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, siguió potenciando la línea de modernización tecnológica del proceso civil, buscando consolidar la adaptación del proceso para aprovechar el actual contexto tecnológico<sup>11</sup>. Considera que la situación actual justifica promocionar la generalización de las nuevas tecnologías en el proceso<sup>12</sup>, de modo que persigue que la administración de justicia actúe habitualmente mediante la electrónica<sup>13</sup>.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCRETAS SOBRE PRUEBA ELECTRÓNICA

### I. PRINCIPALES ASPECTOS CONCEPTUALES Y SISTEMÁTICOS

#### A) Identificación y encuadramiento de la prueba electrónica

Entre las diversas denominaciones posibles para calificar el fenómeno que nos ocupa, como, entre otras, prueba "tecnológica", "digital", "multimedia", "mediante

<sup>11</sup> Señala CASTILLO FELIPE, R., "Tratamiento procesal de la falta de presentación electrónica de escritos procesales", cit., pág. 170, que esta norma, "ha supuesto el último hito en la inexorable implementación de las TICs en el ámbito de la justicia. La norma citada culmina, por el momento, el proceso de implantación definitiva de las nuevas tecnologías que propició con vocación general la Ley 18/2011".

<sup>12</sup> 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".

<sup>13</sup> Se han modificado un gran número de preceptos, además de los artículos 26.1, 32 bis, 33.1, 40.3, 43.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia; al menos de los 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, de la LEC, coherentemente siempre con la voluntad de eliminar el papel al sustituirlo por lo digital.

soportes informáticos", y otros similares o equivalentes, quizá la de "prueba electrónica" sea la más representativa o, al menos, la más generalmente admitida. Y parece que se impone entre los operadores no por más técnica, pues lo electrónico solamente es el medio en que la prueba se contiene, sino por su brevedad y general e indubitado entendimiento.

Como elemento identificador básico de la prueba electrónica se presenta lo tecnológico, esto es, que la información relevante para un proceso haya sido obtenida, almacenada o transmitida precisamente por medios tecnológicos o, lo que actualmente viene a ser lo mismo o equivalente, electrónicos. Esto presupone la concurrencia de un soporte apto para contener o transmitir la información. Soportes estos que pueden ser de diversos tipos, entre otros, tabletas, teléfonos móviles, discos duros, diskettes, reproductores mp3 y mp4, todo tipo de elementos web, redes sociales, así como cualquier otro instrumento tecnológico que exista en la actualidad o en el futuro.

Partiendo de estas premisas, puede afirmarse que el medio de prueba electrónico será el instrumento a través del cual la información contenida en un soporte tecnológico se introduce en el proceso, al margen de que pueda consistir en prueba documental, pericial, testifical, declaración de parte o reconocimiento judicial.

Específica en la regulación española es la distinción entre prueba documental y por "medios e instrumentos" (artículos 299.2 y 382 a 384 LEC). El documento puede entenderse en términos generales como objeto en el que consta con cierta permanencia determinada información mediante signos materiales de lenguaje<sup>14</sup>. De ese modo, habría documento con independencia del material sobre el que se plasman los signos, cualesquiera que sean los mismos y el modo de plasmarlos. Si esto fuera así, los medios de instrumentos podrían ser considerados igualmente como documentos, pues, en definitiva, son signos en un soporte determinado, en este caso electrónico. Sin embargo, tanto el Código Civil como la LECiv equiparan prueba documental y escrito<sup>15</sup> —generalmente tradicional o en soporte en papel—.

Con todo, documento electrónico y tradicional se encuentran íntimamente relacionados. Esta relación podemos encontrarla en su concepto base. Considerando el electrónico como 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, también en los documentos tradicionales actuales ha podido intervenir la informática, como de hecho interviene habitualmente. En efecto, los documentos "tradicionales" actuales suelen ser elaborados

<sup>14</sup> Para una referencia a las distintas concepciones, amplias y estrictas de documento, véase AIGE MIT, M. B., *Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso*, tesis doctoral original, 2014, págs. 16-33. También, ALMANSA GARRIDO, T., *El valor probatorio del documento electrónico en el proceso civil*, original, 2014, págs. 7 y ss.

<sup>15</sup> MARTÍN PASTOR, J., "Los medios de prueba (I)", en *Derecho Procesal Civil* (con otros), Thomson-Reuters Aranzadi, 15 ed., Cizur Menor, 2015, pág. 324.

digitalmente mediante un programa de tratamiento de textos y solo posteriormente es trasladado a soporte papel mediante una impresora, sin que tal incidencia tecnológica suponga que llegue a ser considerado como documento electrónico. No obstante, ese mismo documento si en lugar de imprimirse en un papel se incorpora en un soporte electrónico, como puede ser un diskette, CD o memoria flash, podría ser considerado como documento electrónico, especialmente si además ha sido firmado electrónicamente. En definitiva, las diferencias entre los documentos tradicionales actuales y los considerados electrónicos son de puro matiz, pues solamente se basan en el hecho de la impresión y, en su caso, en el de la firma, manual o digital (con firma electrónica avanzada o reconocida) que se haya usado.

El tratamiento legal actual, a pesar de algunas identidades o analogías en su regulación, como puede ser el deber de aportación inicial con base en el artículo 265.1.2 LEC, y a pesar de la señalada identidad de base, mantiene la distinción regulatoria en los artículos 299 y 382 y siguientes LECiv probablemente por las diferencias formales y la específica introducción en el proceso que requiere. Así y todo, aunque con base en los artículos 299.2 y 382.1 LEC pudiera excluirse su consideración como documento y, por tanto, su introducción a través de los artículos 382 y siguientes, los ficheros digitales que contienen información y son firmados electrónicamente se someten a la regulación de la prueba documento en los artículos 17 bis de la LN y 3.8 de la LFE. Así, respecto de los contratos celebrados por vía electrónica, el artículo 24.2 LSSICE 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 LFE 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"*.

La diferencia conceptual que pueda derivar del hecho de que el soporte sea o no el papel nítidamente se presenta bastante endeble, cuando incorpore o exprese de cualquier otro modo información, datos o hechos con valor probatorio. Hemos de considerar que lo relevante no es tanto el soporte, sea éste una roca cincelada, un papiro, un papel, dígitos, un PDF en un soporte electrónico, o cualquier otro que sea apto para incorporar información, es más bien el hecho de que efectivamente concurre una representación mediante determinados signos que contenga una declaración de voluntad relevante (STS, Sala 3ª, Sección 2ª, 6516/1997, de 3 de noviembre. Ponente: Jaime Rouanet Moscardó), con independencia del soporte. Y es que un documento puede considerarse, como dice expresamente la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 8867/2000, de 2 de diciembre (ponente: Gregorio García Ancos), *"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"*.

No obstante lo anterior, la regulación como medio de prueba con identidad propia en la LECiv, aunque comparta elementos básicos o esenciales, podría explicarse en atención a su particular forma de representación, así como, sobre todo, a la forma específica de ser introducida al proceso y los requerimientos que exige, principalmente al necesitar de un instrumento apto de lectura. Así, por ejemplo, la diferencia entre 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— podrán de ser de mero matiz, pero resultan suficientes para su deslinde y para recibir un encuadramiento diverso. El fax en realidad solo se trata de 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 es coherente con la naturaleza de medio de prueba documental que le corresponde conforme al artículo 325 en relación con el artículo 286 ambos LEC, o como instrumento que permite archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso del artículo 384 LEC.

#### B) Distinción entre el documento tradicional y el electrónico

Desde un punto de vista material, la identidad entre documento tradicional, como escrito en un papel, y el electrónico, contenido en un soporte tecnológico, no resta importancia a sus patentes diferencias formales. Entre las mismas se presenta de entrada la dificultad de lectura de forma inmediata en el caso del documento electrónico, al menos en comparación con el documento tradicional. Es claro que el documento electrónico requiere contar con un instrumento técnico para su lectura, que, por más habitual en nuestra sociedad, como puede ser un teléfono móvil, una Tablet o un ordenador portátil, se presenta como *conditio sine qua non* para su lectura, además de contar con unos conocimientos técnicos para su uso; por el contrario, el documento tradicional puede ser leído directamente siempre que el documento se aporte íntegramente. Estos documentos también requerirán de ciertos conocimientos como la lectura en el idioma en que esté escrito, así como, en el peor de los casos, unas lentes para el lector. Sin embargo, se trata de requerimientos que, además de encontrarse en general disponibles en la sociedad al margen de ciertos idiomas extranjeros, no son requisitos específicos del citado documento tradicional, sino condiciones generales de lectura que por lo demás también serán necesarios para poder leer el documento electrónico. Asimismo, para que el documento pueda contar con poder de vinculación subjetiva deberá estar firmado electrónicamente, lo que igualmente exige contar con un certificado reconocido y que podrá ser comprobado pericialmente. De otro lado, aunque el documento tradicional puntualmente pueda contener algún tipo de imagen, lo excepcional será general en el documento electrónico pues contendrá habitualmente tanto palabras como imágenes y sonidos. Y todavía se presenta más significativo el hecho de que la realidad contenida en

el documento electrónico sea intangible, solamente accesible a través del medio de lectura. Y todo esto se traduce en que la diferencia entre el original y la copia no quede perfectamente deslindada, siendo que en el documento electrónico la copia únicamente podría ser considerada la posterior en el tiempo, pues por lo demás, no tendría un aspecto formal que permitiera su diferenciación de otro modo. Compárese a estos efectos, por ejemplo, una copia hecha con una máquina de escribir de teclas utilizando papel de calco, tan habitual hasta los años ochenta del presente siglo; y una segunda copia impresa con un ordenador y mediante una impresora láser. En el primer caso, la copia se presenta evidente y en el segundo en absoluto sería diferenciable formalmente sino únicamente atendiendo al aspecto temporal<sup>16</sup>.

Todo documento, para ser eficaz y atribuible directamente a una persona, requiere una firma. Pero como elemento diferenciador, en el electrónico ha de ser precisamente de tal carácter, electrónica y no manual. Ahora bien, se estaría acercando al documento tradicional una vez impreso dicho documento en papel, lo que básicamente suele hacerse para facilitar su introducción en el proceso sin necesitar un medio de lectura adecuado. A su vez, un documento tradicional, mediante su escaneo, podría convertirse en documento electrónico. Concretamente se convertiría en una copia electrónica de un documento original tradicional, actualmente muy habitual dado que han de aportarse los documentos a través del portal electrónico adecuado para ello.

Cuestión distinta será el valor probatorio que ha de otorgarse en cada uno de los supuestos. En principio, la firma electrónica y la manual tienen en una eficacia equivalente. La primera requiere utilizar un mecanismo de suscripción de la declaración de voluntad, y formalmente se identifica principalmente por dos caracteres principales, el primero, por ser separable del titular, cosa que en la firma manual solamente es posible una vez plasmada en el documento; y el segundo por tener una vigencia limitada en el tiempo, sin perjuicio de su posible renovación, mientras que la manual, además de no ser algo habitual, solamente cambiaría si así lo decidiera el firmante.

El documento electrónico requiere contar con un soporte, que no es más que una cosa mueble en forma de diskette, CD, DVD, *pendrive*, disco duro, o cualquier otra existente en el presente o en el futuro. Tal soporte contendrá una información determinada en forma de imagen, sonido o escritura. Esta información se caracteriza por requerir de un determinado software y *hardware* para su lectura, visualización o audición, y por ser esencialmente separable del soporte. El documento tradicional, al margen de supuestos más o menos atípicos y extraños, meramente requiere algo de tinta o material equivalente para plasmar los correspondientes signos representativos de información en el papel.

<sup>16</sup> De imprescindible lectura sobre este y otros temas de pruebas electrónica, ABEL LLUCH, A., "Prueba electrónica", en *La prueba electrónica* (dir.: ABEL Y PICÓ; coor.: GINÉS); Bosch, Barcelona, 2011, págs. 15-230.

Salvo en los documentos tradicionales escaneados, en forma de imagen, pdf o equivalente que se acercan aunque no se identifican con los electrónicos, el autor del documento electrónico únicamente será identificable a través de la firma electrónica. Ahora bien, todavía cabe distinguir si esta firma tiene la condición de ser o no avanzada. De no serlo, únicamente identificará al ordenador desde el cual se remitió el documento, pero no directamente a la persona remitente ni mucho menos al autor del documento, que no tiene por qué coincidir con la persona que remitió.

El documento electrónico, si bien puede incluir una fecha, la misma suele ser agregada automáticamente por el mismo sistema. Esta fecha será relevante particularmente para distinguir el documento electrónico "original" o sus copias, solo identificables como tales desde un punto de vista cronológico como se ha indicado.

El soporte en el que conste podrá general diversas tipologías de prueba electrónica, y, por ende, el modo al que podrá accederse a la información que dicho soporte contenga. Entre estas tipologías destacan los datos que meramente se hallen contenidos en un soporte electrónico de aquellos otros transmitidos a través de determinados medios tecnológicos, sea mediante telefonía o por cualquiera de los múltiples medios de comunicación que ofrece internet. Esto permitiría distinguir la información transmitida de la almacenada, si bien la primera en algún momento habrá de ser almacenada en algún soporte electrónico pues, en caso contrario, se presenta como altamente improbable que dicha información pueda de algún modo tener aptitud para fijar datos en el proceso.

## 2. OBTENCIÓN E INTRODUCCIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La licitud en la obtención de los datos almacenados, producidos o transmitidos por medios electrónicos se presenta como condición para que se produzca el efecto de fijación de los datos que permitan aplicar sobre los mismos las correspondientes pruebas a efectos resolutorios.

La posible ilicitud puede derivar de las distintas modalidades de acceso a los datos contenidos en los correspondientes dispositivos electrónicos. Este acceso puede ser ordenado por autoridad judicial sobre equipos aprehendidos; o también puede realizarse directamente por la parte sobre un dispositivo propio o en su posesión legítima<sup>17</sup>. El problema deriva de la forma en que se introduce la prueba en el proceso, así como el valor probatorio que corresponde a la más o menos dudosa integridad y autenticidad.

En el caso de acceso por la parte en dispositivo ajeno, los datos han de ser aportados por orden judicial puesto que, en caso contrario, se produciría una infracción

<sup>17</sup> Sobre la introducción de la prueba electrónica en el proceso, puede verse, entre otros, PÉREZ PALACÍ, J. E., "La prueba electrónica: consideraciones", Universitat Oberta de Catalunya, 2014, <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>.

de derechos fundamentales al constituir un supuesto de prueba ilícita<sup>18</sup>. Asimismo, en el proceso penal, el acceso se producirá por orden judicial al haberse aprehendido un dispositivo hallado bien fuera de lugar cerrado, o bien, en caso contrario, como consecuencia de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en la que se haya ocupado el dispositivo o la información contenida en el mismo<sup>19</sup>. También cabe que la incorporación se produzca sin necesidad de aprehensión de dispositivo, sino a través de registros remotos, de servidor o de cualquier otro tipo de sistema accesible. Asimismo, el acceso puede realizarse similarmente sobre datos transmitidos en proceso de comunicación (sea 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 los casos señalados, han de respetarse en todo momento los derechos fundamentales en la obtención de la información, con mayores posibilidades de infracción en cuanto queden afectados estos derechos, 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 CE (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). La vulneración de estos derechos, en la obtención, como también cuando se produce con cualquier otro derecho fundamental que pudiera eventualmente afectarse, impedirá que la prueba opere para fijar los correspondientes datos a efectos resolutorios.

Los datos serán obtenidos regularmente cuando, por ser relevantes, concurre la finalidad de ser introducidos en el proceso. En este tránsito que da entrada de los datos al proceso, aunque con algunas menores posibilidades prácticas o reales de infracción, también cabrán situaciones de infracción de derechos y, por tanto, de ilicitud. Es más, junto con respetar los derechos fundamentales en la obtención y de haberse introducido por los medios y el procedimiento legalmente previsto a tal efecto, la prueba deberá ser pertinente o atinente al objeto del proceso, así como relevante, necesaria y útil para determinar el resultado del proceso.

La ilicitud producirá efectos en el proceso a través de lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ. Y conforme a lo previsto en el artículo 433.1 LEC, podrá plantearse de oficio o a instancia de parte de inmediato, lo que viene a suponer como máximo, al inicio del juicio en el ordinario y de la vista en el verbal (artículo 287.1.II LEC). 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 pro-

<sup>18</sup> Sobre su trascendencia a otras pruebas, véase OLIVA LEÓN, R., "La prueba electrónica envenenada", en *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (COOR: OLIVA Y VALERO), Juristas con futuro, 2016, págs. 50-67.

<sup>19</sup> Una referencia a la misma se contiene en GONZÁLEZ BEDMAR, M. C., *El valor de la prueba electrónica en el proceso penal español*, original, Tarragona, 2015, págs. 32-35.

pongan 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 definitiva (artículo 287.2 LEC).

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 derivadas de soportes electrónicos. Entre ellos, por los habitual al tiempo que endeble, la introducción de los llamados "pantallazos"<sup>20</sup> 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 STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 300/2015, de 19 de mayo (Ponente: Manuel Marchena Gómez)<sup>21</sup>, son ilustrativas cuando pone de manifiesto, entre otras cosas, 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 archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien*

<sup>20</sup> Sobre los mismos, específicamente en el proceso laboral, véase ROJAS ROSCO, R., "La prueba digital en el ámbito laboral. ¿son válidos los "pantallazos"?", en *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal* (COOR: OLIVA Y VALERO), Juristas con futuro, 2016, págs. 90-97.

<sup>21</sup> 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. 1ª, 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).

*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, de programas de tratamiento de textos, hojas de cálculo, y bases de datos, o también de 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 pretender 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 que se trate, los medios de reproducción en los juzgados y tribunales serán habilitados bien por el Ministerio de Justicia 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<sup>22</sup>. 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

<sup>22</sup> MAGRO SÉRVET, V., "Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil", Diario La Ley, núm. 14, 9 de enero de 2018, afirma que lo más fácil es que se aporte en papel el contenido del soporte informático y, si se pusiere en duda el contenido podría procederse en nuevo señalamiento a la reproducción ante el Tribunal del instrumento probatorio, para lo cual éste habilitaría lo necesario para poder reproducir la prueba a presencia de las partes, el Juez y bajo la fe del Secretario Judicial.

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.

Entre la diversa tipología de documentos electrónicos, quizá merezcan una nota especial los denominados "pantallazos". 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 ya 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.

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*" (artículo 265.3 LEC).

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

### 3. 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<sup>23</sup>. Así y todo, 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<sup>24</sup>.

Salvo que no se requiera, por tratarse de documentos firmados electrónicamente o se diera la eventualidad de que no resultaran impugnados, resulta sumamente relevante para lograr un resultado favorable en el proceso, tanto 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<sup>25</sup>, como encontrar la forma de dotar de mayor fiabilidad a la prueba electrónica. Para ello, aunque no siempre imprescindible<sup>26</sup>, se presenta de entrada como idónea la pericial informá-

<sup>23</sup> Específicamente para el proceso penal, ARMENTA DEU, T., "Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre", cit., pág. 76, concluye que: "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".

<sup>24</sup> Véase el Dictamen nº 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.

<sup>25</sup> Por ejemplo, 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.

<sup>26</sup> Como indica el Dictamen nº 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

pericial. 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<sup>27</sup>.

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 han 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 dere-

<sup>27</sup> El 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 aquellos 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.

<sup>28</sup> Según el artículo 338 LECrim, "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".

chos 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<sup>28</sup>. 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, como la UNE 71506 de metodología para el análisis forense de las evidencias electrónicas<sup>29</sup>; los RFC ("Request For Comments") 3227, de directrices para la recolección de evidencias y su almacenamiento<sup>30</sup>; o la ISO/IEC 27037:2012 ("Information technology", "Security techniques", "Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence")<sup>31</sup>.

En la redacción del dictamen será conveniente, a los efectos de 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 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 digital<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Sobre este y otros temas sobre prueba electrónica, véase DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, Madrid, 2016.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Se trata 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.

<sup>31</sup> 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 la evidencia.

<sup>32</sup> Según dispone el artículo 346 LEC "el perito que el tribunal designe emitirá por escrito su dictamen, que hará llegar por medios electrónicos al tribunal en el plazo que se le haya señalado. De

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 señalar 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"<sup>33</sup>.

En este caso, 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<sup>34</sup>.

dicho dictamen se dará traslado por el secretario judicial a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista a los efectos de que aporte las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas. El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considere necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado".

<sup>33</sup> Dispone el artículo 353 LEC que "se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona". Y, a su vez, el artículo 326 LECrim, se refiere a "la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho". Y, a su vez, el artículo 727 de la misma que "Para la prueba de inspección ocular que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones, si el lugar que deba ser inspeccionado se hallare en la capital, se constituirá en él el Tribunal con las partes, y el Secretario extenderá diligencia expresiva del lugar o cosa inspeccionada, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidentes que ocurran. Si el lugar estuviese fuera de la capital, se constituirá en él con las partes el individuo del Tribunal que el Presidente designe, practicándose las diligencias en la forma establecida en el párrafo anterior".

<sup>34</sup> Así, el artículo 356 LEC regula su concurrencia del reconocimiento judicial y el pericial, indicando que "cuando el tribunal lo considere conveniente, podrá disponer, mediante providencia, que se practiquen en un solo acto el reconocimiento judicial y el pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona... 2. Las partes podrán solicitar también la práctica conjunta de ambos reconocimientos y el tribunal la ordenará si la estima procedente". Y el artículo 357 de la misma, la concurrencia con la prueba por testigos, "instancia de parte y a su costa, el tribunal podrá determinar mediante providencia que los testigos sean examinados acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio. 2. También se podrá practicar, a petición de parte, el interrogatorio de la contraria cuando se den las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior".