



Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

«*WhatsApp: como medio de prueba en el procedimiento penal*»

Curso académico 2016/2017

Alumno: D. José Francisco Soto Campillo

Tutora: Dña. Paloma Arrabal Platero

El presente trabajo se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la normativa de los Trabajos Fin de Grado de la Universidad Miguel Hernández, aprobada por el Consejo de Gobierno en su sesión de 28 de marzo de 2013, en el que se dispone que los centros deberán desarrollar sus directrices específicas.

Este trabajo se realiza al amparo de las directrices aprobadas por la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas en base al artículo 2 de la Universidad Miguel Hernández¹.



¹ Disponible en <http://fcsjelche.umh.es/trabajo-de-fin-de-grado/directrices-de-la-fccssjj-de-elche-ftg/> (última consulta el 13 de marzo de 2017)

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
EPÍGRAFE 1. LAS TIC EN EL ÁMBITO JURÍDICO.....	9
1.1. TIC: CONCEPTO Y CARACTERES	10
1.2. INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL ÁMBITO JURÍDICO	11
EPÍGRAFE 2. LA PRUEBA ELECTRÓNICA.....	17
2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	20
2.2. FUENTE DE PRUEBA	23
2.3. MEDIO DE PRUEBA.....	25
2.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	29
EPÍGRAFE 3. WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL	48
3.1. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MENSAJERÍA INSTANTÁNEA.....	49
3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE WHATSAPP.....	56
3.3. REFERENCIA A LA STS 300/2015, DE 19 DE MAYO	64
CONCLUSIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA	75
ENLACES WEB CONSULTADOS	80
MARCO NORMATIVO	84
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	86

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
App.	Aplicación
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Etc.	Etcétera
FJ.	Fundamento Jurídico
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra citada
RDL	Real Decreto Ley
Rec.	Recurso
SsTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TFG	Trabajo Fin de Grado.
TIC	Tecnología de la información y la comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
v. gr.	<i>verbi gratia</i> , por ejemplo
Vid	Véase

RESUMEN

El presente Trabajo Fin de Grado tiene como finalidad el estudio de la prueba electrónica en el procedimiento penal español, especialmente en la mensajería instantánea y particularmente en «WhatsApp» por ser el medio de comunicación más usado y que más problemas jurídicos plantea. Las tecnologías de la información y de la comunicación constituyen uno de los factores más influyentes en el desarrollo de nuestra sociedad contemporánea por su gran incidencia en los cambios sociales y, por ende, en la concepción tradicional del Derecho. La prueba electrónica tiene una importancia tal, ya que cada vez son más numerosos los supuestos en los que el hecho relevante para un proceso, se encuentra en un elemento registrado en un soporte electrónico (o digital). También, cabe apreciar como el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre nuevas pruebas electrónicas, pero de manera confusa, por lo que siguen todavía quedando pendientes algunas dudas de suma importancia sobre la equiparación entre la prueba documental y la prueba electrónica. Situación que por otro lado, podía haber arrojado luz sobre el asunto, pero por el contrario cierra la puerta a una modernización y actualización efectiva. Además, en el Trabajo se ha examinado bibliografía jurídica y jurisprudencia existente en nuestro cuerpo normativo, tratando de dotar al mismo de base doctrinal y jurisprudencial estable.

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo Fin de Grado aborda la aplicación «*WhatsApp*», asunto, hoy día, de especial relevancia y trascendencia como fuente de prueba sobre unos hechos que se pretendan aportar en un proceso judicial. Pues, cada vez son más numerosos los supuestos en los que el hecho relevante para un proceso, se encuentra en un elemento registrado en un soporte electrónico.

Basta fijarnos en lo habitual que viene siendo que en los Juzgados, tanto de instrucción como de Violencia de Género, como en las oficinas de denuncias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que quien se considera víctima muestra, a través de la pantalla de su terminal móvil, mensajes supuestamente recibidos por «*WhatsApp*».

Además, el interés considerado al valor probatorio de «*WhatsApp*» en el proceso penal, por ser, de todos los servicios de mensajería instantánea, la más utilizada en España y en el mundo, como bien queda acreditado.

El trabajo se estructura en tres grandes ejes en los cuales son considerados las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, la prueba electrónica y «*WhatsApp*» como medio de prueba en el proceso penal. Cabe destacar, sobre los citados ejes, que los mismos son concretados a lo largo de la investigación.

Para ello, nos aproximamos a un factor muy influyente en el desarrollo de la sociedad contemporánea por su gran incidencia en los cambios sociales, como son las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. También al papel tan importante que tienen en la gran mayoría de los sectores como son, educación, banca, empleo, salud, seguros, empresas y también en la Administración pública. Así como a la incidencia de las tecnologías en el ámbito jurídico, pues su uso en la Administración de Justicia sirve al Derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de nuestra carta magna, la Constitución.

Asumiendo que las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones propician cambios en nuestra sociedad, no podemos olvidar que estos cambios también se producen en la concepción tradicional que se tiene del Derecho. Por tanto, recogemos nuevos tipos penales cometidos de forma exclusiva a través del uso de la tecnología.

La falta de regulación específica sobre «*WhatsApp*», nos conduce a la existencia de distintos conceptos tales como, prueba «electrónica», «digital», «informática», etc. Por tanto, hemos considerado necesario la utilización de un término que facilite la comprensión en el presente trabajo. La elección de este término, nos conduce a su naturaleza jurídica, no exenta de particulares problemas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, para lo cual reparamos en distintas teorías. Así, como la posición del Tribunal Supremo sobre la prueba electrónica.

También, tratamos las desventajas existentes de «*WhatsApp*», advirtiendo de determinados peligros como son, su facilidad de manipulación, lo intrusivo que puede resultar, así como sobre su seguridad. Cuestiones estas, que convierten a «*WhatsApp*» en la aplicación que más problemas ocasiona como medio de prueba de ilícitos penales.

En cuanto a las desventajas observadas y la problemática jurídica existente sobre la aplicación «*WhatsApp*», nos atrevemos a dar una recomendación. Además, en lo que se refiere a la valoración de la prueba, recogemos tanto el sistema de prueba legal o tasada, así como el sistema de libre valoración que rige en nuestro Derecho español, sin olvidar los posibles supuestos de colisión entre medios de prueba.

Aportamos nuestra visión, por un lado, sobre si cabe o no considerar el contenido de un mensaje de «*WhatsApp*» como fuente de prueba, y por otro, en cuanto a los medios de prueba establecidos en el art. 299 de la LEC, en que apartado del mismo, lo consideramos admitido.

Además, dedicamos especial atención al concepto y características de «WhatsApp», así como a la mensajería instantánea. También, realizamos un estudio jurisprudencial en el que se puede observar sentencias contradictorias, en las que «WhatsApp» es aceptado o no impugnado, y otras en las que «WhatsApp» no es aceptado, al no reconocerse su autoría o no resultar probada. Además, sin olvidar hacer referencia a la STS 300/2015 de 19 de mayo.

Por último, nos parece curioso que considerando «WhatsApp» como medio de prueba en el proceso penal, no han sido pocas las ocasiones en que hemos tenido que recurrir a reglamentación supletoria, es decir, a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Curioso asunto, si nos fijamos en que cada vez es más demandada por los ciudadanos la intervención del Poder Judicial, no pudiendo éste dar una respuesta rápida a las exigencias de estos, generando una idea de lentitud y de imperfección en la sociedad.

A modo de reflexión, siendo conscientes de los cambios que produce el avance de la tecnología en todos los ámbitos de la sociedad, y en concreto en el sector jurídico. Pensamos que el Derecho no puede quedar al margen de la evolución de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y el Estado de Derecho debe tener en cuenta los nuevos medios para adaptarse, pues presentan una señal de referencia fundamental para saber, y saber compaginar los avances tecnológicos con los derechos e intereses de los ciudadanos.

Hasta que esta capacidad de adaptabilidad se produce, —por parte del legislador o de la jurisprudencia—, existe un periodo de tiempo ausente de regulación, normalmente específica sobre el particular, que genera una gran inseguridad jurídica, así como importantes situaciones de perjuicio para los intervinientes en los procesos judiciales.

Nos acostamos actualizados y nos levantamos desactualizados.

EPÍGRAFE 1. LAS TIC EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones (en adelante, TIC) constituyen uno de los factores más influyentes en el desarrollo de la sociedad contemporánea, por su gran incidencia en los cambios sociales. Sirva de ejemplo, el cambio en la comunicación de las personas, pues hoy, además de llamarnos, nos «*whatsappeamos*», «*chateamos*», y «*twitteamos*».

Las TIC tienen un papel importantísimo en nuestra sociedad y forman ya parte de la mayoría de sectores: educación², Administración pública³, banca⁴, seguros⁵, empleo⁶, salud⁷, empresas⁸,...

Ello incide de manera directa e indirecta en el sistema económico, pues los cambios generan nuevas perspectivas en las relaciones económicas, acrecentando la seguridad y la fluidez de las mismas. Una muestra clara del

² Algunos ejemplos del uso de las nuevas tecnologías en el proceso educativo son la pizarra digital (ordenador personal con proyector multimedia), los blogs, los podcasts y, por supuesto las páginas web

³ Es lo que se conoce como Administración electrónica que la Comisión Europea define como «el uso de las TIC en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas». Véase EUR-Lex. La administración electrónica: «eGovernment» <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l24226b> (última consulta el 9 de marzo de 2017)

⁴ El sector bancario utiliza las TIC para incrementar el número de canales con sus clientes, y las uniones con la industria, ahorrando en tiempo, mejorando la seguridad y con una mayor capacidad de respuesta. Véase <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/el-exito-de-la-banca-tic-por-christian-onetto/225877> (última consulta el 29 de marzo de 2017)

⁵ En las empresas del sector seguros, las TIC forman parte del negocio y son imprescindibles para ser competitivos en procesos tan vitales como la gestión de clientes, la relación con proveedores o la asistencia on line. Véase <http://www.socinfo.info/contenidos/pdf26mayo06/p58-66seguros.pdf> (última consulta el 29 de marzo de 2017)

⁶ Internet se ha convertido en el medio más usado a la hora de buscar empleo. Ejemplos de empresas que funcionan en internet, Randstad, infojobs, t-empleamos

⁷ Las TIC han contribuido en el sector sanitario al incremento de la calidad en la atención al paciente y de la eficiencia, reducción de los costes operativos de los servicios médicos, disminución de los costes administrativos, y posibilidad de llevar a cabo modelos de sanidad completamente nuevos. Véase <http://www.ticsalut.cat/flashticsalut/html/es/articulos/doc34875.html> (última consulta el 29 de marzo de 2017)

⁸ Las TIC agregan valor a las actividades operacionales y de gestión empresarial en general y permite a las empresas obtener ventajas competitivas, permanecer en el mercado y centrarse en su negocio

avance del uso de las TIC por parte de la sociedad actual, es la cifra de líneas de teléfono existentes, la cual ha superado el número de habitantes en España⁹.

Es tal la relevancia de las TIC que se ha acuñado un término específico —«*millennials*»¹⁰— para las personas nacidas entre 1982 y 2004 (otras fuentes hablan de nacidas entre 1981 y 1995), y que alcanzaron o alcanzarán la mayoría de edad con la entrada del nuevo milenio, y que han incorporado la tecnología en su día a día, en todos sus ámbitos.

Podemos decir que vivimos en un mundo en el que nos acostamos actualizados, y nos levantamos desactualizados.

1.1. TIC: CONCEPTO Y CARACTERES

Las TIC son un conjunto de herramientas, soportes y canales que procesan, almacenan, difunden, sintetizan, recuperan y presentan información de la forma más variada¹¹.

A partir de los años 90 las tecnologías de la información y la comunicación comenzaron a hacerse accesibles, con la aparición de «internet», que modificó las pautas de interacción social y provocó una nueva forma de comunicarse¹².

⁹ El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) cuantifica el número de líneas de telefonía móvil, a enero de 2017, en 51.160.830, véase Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_men.jsp (última consulta el 25 de marzo de 2017), cuando la población residente en España, a julio de 2016, es de 46.468.102 habitantes, véase también Instituto Nacional de Estadística (INE) http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiDatos&idp=1254735572981 (última consulta el 6 de abril de 2017)

¹⁰ Véase «Una generación entre dos mundos», El País, Madrid 5 de marzo de 2017, http://politica.elpais.com/politica/2017/03/04/actualidad/1488647914_007106.html (última consulta el día 28 de marzo de 2017)

¹¹ Véase <http://www.monografias.com/trabajos67/tics/tics.shtml#ixzz4c3q023s0> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

¹² En este sentido véase <http://www.monografias.com/trabajos67/tics/tics.shtml#ixzz4c3q023s0> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

Hoy día, «internet» y las TIC ofrecen multitud de ventajas, sirvan de ejemplo, los beneficios y adelantos en salud y educación, el desarrollo de las personas y actores sociales a través de redes de apoyo, la compra y venta de productos a través de internet, el aprendizaje interactivo y la educación a distancia, nuevas formas de teletrabajo, etcétera¹³.

Si bien es cierto que las TIC han mejorado la forma de vida, cabe indicar también la existencia de desventajas. Pues, la sociedad y por ende las personas, han cambiado sus hábitos hasta tal punto que se produce un aislamiento, ya que se prefiere hablar a través del ordenador, en vez de cara a cara, así como la pérdida de puestos de trabajo, el fraude, etcétera¹⁴.

En este sentido, ha causado enfermedades y trastornos como la ciberadicción o incluso la dependencia a estos aparatos, en especial al móvil¹⁵.

1.2. INCIDENCIA DE LAS TIC EN EL ÁMBITO JURÍDICO

A la evolución de las nuevas tecnologías no escapa la Administración de Justicia, que las utiliza como valioso instrumento para el desarrollo de sus actuaciones, y en su relación con los profesionales y ciudadanos, lo que se conoce como «e-justicia»¹⁶.

¹³ Véase <http://www.monografias.com/trabajos67/tics/tics.shtml#ixzz4c3q023s0> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

¹⁴ Véase <http://www.monografias.com/trabajos67/tics/tics.shtml#ixzz4c3q023s0> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

¹⁵ Véanse «Uno de cada veinte españoles sufre adicción al teléfono móvil» http://www.antena3.com/noticias/sociedad/uno-cada-veinte-espanoles-sufre-adiccion-telefono-movil_2017040458e35b770cf2abec9e092768.html y «Cada vez más adictos al teléfono móvil» <http://nodocios.com.ar/vez-mas-adictos-al-telefono-movil/> (última consulta el 14 de junio de 2017)

¹⁶ Así la ha definido la Comisión Europea en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo COM(2008) 329 final, de fecha 30-5-2008: «La e-Justicia puede definirse como el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta», véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0329&from=ES> (última consulta el 13 de abril de 2017). El Parlamento Europeo, en su Resolución de 18 de diciembre de 2008 con recomendaciones a la Comisión en materia de e-Justicia [2008/2125(INI)], afirma que «e-Justice

La utilización del prefijo «e-» significa que estamos aplicando a una misma realidad un matiz electrónico. Como bien dice GASCÓN INCHAUSTI, «*la utilización de la “e-” afecta, por tanto, al cómo de una actividad o institución, pero no al qué de aquélla. Es importante, en consecuencia, tener bien presente que al hablar de e-Justicia no se hace referencia a un tipo distinto de Justicia, o a un Poder Judicial distinto, o a un contenido diverso de la función jurisdiccional [...]»*¹⁷.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su exposición de motivos ya planteaba la previsión futura de incorporar los medios tecnológicos¹⁸, realidad que no se hizo efectiva hasta más adelante.

En ese sentido en el año 2009 se pone en marcha «El Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012»¹⁹. Este Plan se orienta al perfeccionamiento de la Administración de Justicia, según la constante demanda de los operadores jurídicos, que se concreta en tres grandes políticas o tres ejes estratégicos: modernización; protección y transparencia y cooperación y colegación de esfuerzos.

En ese periodo temporal se aprobaron también la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y la Ley

has a broad definition including, in general, the use of electronic technologies in the field of justice»; y el Consejo, en su Plan de Acción plurianual 2009-2013 relativo a la Justicia en red europea (DOUE C 75 de 31 de marzo de 2009) habla de «utilización de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el ámbito de la justicia», véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj0007> (última consulta el 13 de abril de 2017)

¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., «La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro», Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea (Coord. SENÉS MOTILLA, C.), Navarra, 2010, págs. 85 y ss.

¹⁸ Véase Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 6 de enero de 2000, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> «La Ley, atenta al presente y previsora del futuro, abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes...», (última consulta el 1 de abril de 2017)

¹⁹ Aprobado por el Pleno del CGPJ, celebrado el 12 de noviembre de 2008. Véase http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf (última consulta el 1 de abril de 2017)

18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Posteriormente, en 2015, se regula el uso de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Administración de Justicia, estableciendo el deber de los profesionales de la justicia y las oficinas judiciales de utilizar los medios electrónicos, la obligación de las Administraciones competentes de dotar de estos medios, y el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia²⁰.

En este contexto de modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías. Su uso generalizado y obligatorio contribuye a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia. Un buen uso de las nuevas tecnologías permite abaratar los costes del servicio público de justicia y suponen una mejora de la confianza en el sistema.

Para salvaguardar el derecho de los ciudadanos a la obtención de una tutela judicial efectiva es necesario una modernización de la Administración de Justicia, campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de nuestra democracia.

El uso de las TIC en la administración de Justicia sirve al Derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹. La modernización de la justicia consolida el Estado de Derecho y mejora la calidad de nuestra democracia, ya que permite la agilización en las

²⁰ Véase la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El texto legal está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10727> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

²¹ Véase Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

comunicaciones, tanto para los profesionales de la justicia, como para los ciudadanos²².

Aunque, la intención de la modernización de la justicia era buena, la realidad no lo ha sido tanto, pues los colectivos de abogados y procuradores han manifestado públicamente su oposición por el caos en el que se ha convertido el «proyecto papel cero» del Ministerio de Justicia y han solicitado la suspensión del sistema digital de notificaciones judiciales conocido como «LexNet»²³.

Por todo ello, y al encontrarnos inmersos tanto en el «papel cero», como en el «expediente judicial electrónico» en la administración de justicia, cabe esperar que la implantación sea correcta y segura.

Las tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado cambios en nuestra sociedad, y por ende en la concepción tradicional que se tenía del Derecho.

Las TIC, han supuesto un nuevo medio para la comisión de delitos clásicos, y esta nueva realidad ha dado lugar a nuevas figuras delictivas desconocidas o inexistentes tanto para el legislador como para la sociedad.

Este aumento respecto al uso de las TIC, tanto en el tiempo dedicado como en los usuarios, se ve reflejado en los ilícitos penales cometidos a través de las mismas. En ese sentido, el Ministerio de Interior cifraba en 60.154 los ilícitos penales relacionados con la Cibercriminalidad en España en el año 2015²⁴.

²² Véase Preámbulo I 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. El texto legal está disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605> (última consulta el 22 de marzo de 2017)

²³ En este sentido véase <http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2016/02/12/abogados-procuradores-exigen-suspension-lexnet/828316.html> (última consulta el 4 de junio de 2017)

²⁴ Véase Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Gabinete de Coordinación de Estudios. Estudio sobre la Cibercriminalidad en España, año 2015. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Cibercriminalidad+2015.pdf/c10f398a-8552-430c-9b7f-81d9cc8e751b> (última consulta el 17 de marzo de 2017)

Hay que tener en cuenta que, España, de conformidad con el «Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001» se ha visto obligada a cumplir su contenido, teniendo que luchar contra los delitos informáticos.

Además, aparecen nuevos tipos penales cometidos de forma exclusiva a través del uso de la tecnología como pueden ser, el «sexting»²⁵, «ciberbullying»²⁶, «sextorsion»²⁷, «child grooming»²⁸, «phising»²⁹ o «stalking»³⁰.

²⁵ La SAP de Granada, núm. 351/2014, de 5 de junio, establece que el *sexting* supone «el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual de mayor o menor carga erótica entre personas que voluntariamente consienten en ello y, que forma parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre»

²⁶ La SAP de Pontevedra, núm. 380/2016, de 28 de julio, dice: para que podamos hablar de «ciberbullying» (ciberacoso) deben existir dos elementos superpuestos: a) Que una persona humille, amenace, hostigue o moleste a otra; y b) Que dicha actitud se produzca (y ahí es donde entra el prefijo «ciber») a través de lo que, comúnmente, llamamos nuevas tecnologías. Además, se debe dar cierta continuidad en las acciones, por lo que un hecho aislado no es ciberacoso; no obstante, sí es cierto que una acción puntual en el entorno virtual del acosado puede suponerle un sufrimiento prolongado durante el tiempo (por ejemplo, una determinada imagen colgada en la Red). El Auto AP de Cantabria, núm. 291/2012, de 25 de mayo, establece la diferencia con respecto al acoso, en que este, se comete utilizando la informática e internet

²⁷ Este tipo de chantaje requiere que exista un material de tipo sexual, normalmente fotografías o vídeos de la persona chantajada, en poses o actos sexuales, o simplemente desnuda o semidesnuda. Véase <https://www.sextorsion.es/sextorsion-como-se-origina/> (última consulta el 2 de abril de 2017)

²⁸ El «*child grooming*» son las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor, como así lo declara la STS, núm. 527/2015, de 22 de septiembre. Definición similar en Guía S.O.S. contra el Grooming. Padres y educadores. Instituto Nacional de Tecnología de la Comunicación (INTECO), Ministerio de Industria, Energía y Turismo, pág. 5. Véase https://www.adolescenciasema.org/usuario/documentos/sos_grooming.pdf (última consulta el 26 de marzo de 2017)

²⁹ El «*phishing*» es la captación de los datos confidenciales de las víctimas para el control de las cuentas «on line». Su denominación deriva del inglés «*fishing*» -ir de pesca-, la cual puede partir de un SCAM consistente en un envío masivo e indiscriminado (SPAM) de correos electrónicos (EMAIL) con un engaño para llamar la atención de la víctima (HOAX). En la Red se utiliza el envío masivo de correos electrónicos que simulan proceder de entidades bancarias y apremian al internauta a actualizar datos personales (nombres de usuario y contraseña de cuentas bancarias, números de tarjeta de crédito, etc.) aludiendo motivos de seguridad, mantenimiento, mejora en el servicio, confirmación de identidad o cualquier otro, rediriéndoles a una página que imita a la original (Web Spoofing), de tal manera que al introducir los datos en la página falsa, éstos son «pescados» por los ciberdelincuentes para utilizarlos de forma fraudulenta, Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante, núm. 296/2013, también se define en el ámbito civil el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, Sentencia núm. 69/2007, de 30 de marzo

³⁰ Se trata de una modalidad de acoso por la Red y aplicaciones móviles que describe un «acecho» incesante a otra persona. Véase ABC, Sociedad de fecha 24 de marzo de 2017, http://www.abc.es/sociedad/abci-stalking-nueva-forma-atormentar-traves-internet-201703242052_noticia.html (última consulta el 10 de abril de 2017)

Este informe resulta interesante además de por los datos de ciberdelincuencia cometidos, porque aporta datos comparativos de la sociedad española, respecto de años anteriores, así como sobre el uso de las TIC. Para ello se sirve de distintos estudios y encuestas de opinión realizadas por otros organismos públicos, nacionales (INE) y europeos (EUROSTAT).

Fijándonos en los datos del informe citado, vemos que la cifra total de detenciones e imputaciones, correspondientes al año 2015, fueron 5.445 y que las tipologías delictivas más comunes son estafas, amenazas, injurias, usurpación de estado civil, pornografía de menores y descubrimiento y revelación de secretos. De cuyo colectivo más numeroso comprende a ciudadanos de entre 26 y 40 años.

Además, se detecta una alta prevalencia en la comisión de delitos de amenazas, coacciones, acceso e interceptación ilícita y delitos sexuales, en el grupo de los menores de edad.

Cada vez más y con mayor frecuencia, los menores tienen acceso a dispositivos electrónicos y telemáticos a edades más tempranas, y con ello el acceso a redes sociales y la puerta abierta a todo tipo de peligros y riesgos.

EPÍGRAFE 2. LA PRUEBA ELECTRÓNICA

La prueba, en el procedimiento penal, tiene como finalidad convencer al órgano judicial sentenciador sobre la existencia de los hechos imputados, la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena a imponer en su caso y, por último, la determinación de la responsabilidad civil donde la hubiera³¹.

Dado que en la actualidad no existe una regulación específica y concreta, referida a la prueba electrónica, en general, y de la prueba electrónica penal, en particular en la LECrim., debemos remitirnos a sus normas análogas como la LEC (arts. 299.2, 300.1 5º, 326.3 y 382 a 384)³² y la LOPJ (arts. 229.3 y 230)³³.

La naturaleza jurídica de la prueba electrónica plantea particulares problemas. Tradicionalmente la mayoría de la doctrina y jurisprudencia consideran la prueba electrónica como prueba documental.

Para explicar esta naturaleza, ILLAN FERNÁNDEZ describe tres teorías distintas: la *autónoma*, la *analógica*, y la *de la equivalencia funcional*³⁴.

La *teoría autónoma*, con la que coincidimos, sostiene que la prueba electrónica es independiente de la prueba documental, de este modo, la regulación de los arts. 382 a 384 de la LEC se ve justificada. En esta tesis se hace referencia a las diferencias entre el documento clásico y lo que regulan

³¹ En este sentido véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», La Ley, Diario La Ley, nº 8487, Ref. D-68, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2015

³² Art. 4 de la LEC «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»

³³ En este sentido véanse DELGADO MARTÍN, J., «La prueba electrónica en el proceso penal», Ed. La Ley, Diario La Ley, nº 8167, Sección Doctrina, 2013, pág. 2, y DE URBANO CASTRILLO, E., «La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente», Wolters Kluwer, La Ley Penal, Nº 82, Sección Estudios, Mayo 2011, pág. 2 y ss.

³⁴ Vamos a seguir las teorías de 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*, Navarra, 2009, pp. 252 y ss.

dichos preceptos, principalmente a la exigencia práctica de reproducción de lo gravado o de los datos del dispositivo informático que serán examinados por el tribunal.

La *teoría analógica* defiende la correspondencia entre prueba documental y prueba electrónica. Es indudable que lo anterior presupone la sustitución del tradicional papel por el soporte electrónico y la aplicación a la prueba electrónica de varias de las disposiciones de la prueba documental, entre ellas, las relativas a la exhibición documental de los arts. 328 y ss. de la LEC. En este sentido véase SSTS núm. 523/1999, de 12 junio de 1999, FJ. 7º; núm. 1067/1992, de 30 noviembre de 1992, FJ. 1º; y núm. 1017/1996 de 2 diciembre.

La *teoría de la equivalencia funcional* opta por un término medio, y es establecer a ambas clases de documentos los mismos efectos jurídicos, siempre que se cumplan determinados requisitos: que sea un documento inteligible y se pueda conservar y recuperar; que pueda traducirse a un lenguaje común; que pueda atribuirse su autoría a un determinado sujeto; que se trate de un documento auténtico, y que el documento en cuestión se corresponda con el de la otra parte³⁵. En este sentido véase STSJ de Andalucía (Málaga), núm. 145/2000 de 28 enero, FJ. 1º.

Sin embargo, la LEC considera que se mueve entre la teoría autónoma (arts. 382 a 384) y la teoría analógica (la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales, Exposición de Motivos de la LEC).

A poco que reparemos en algunos artículos de la LEC, no solo no aclara la cuestión, sino que plantea cierta confusión. En los arts. 265, 269, 270 y 299.2 se produce una diferenciación entre documentos y medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen e instrumentos que permiten archivar y conocer o

³⁵ Sobre esta misma tesis puede verse a JURADO SALAZAR, A., «Valor probatorio del documento electrónico», Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela, Vol. V, nº 1 (enero-junio 2011), p. 56

reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase. Por el contrario, el art. 812, dice que «cuando la deuda se acredite de alguna de las formas» a través de una serie de documentos, independientemente de cual sea su forma, clase o soporte físico en el que se encuentren³⁶.

Además, en la jurisprudencia encontramos más argumentos que, lejos de aclarar el asunto, mantienen la confusión. En este estado de cosas, la STS de 19 de abril de 1991, establece que el concepto documento no puede referirse exclusivamente al papel por escrito (FJ. 4º). En idéntico sentido se pronuncia la STS de 3 de noviembre de 1997, en su FJ. 10º. La STS núm. 1844/2000 de 2 de diciembre de 2000, establece que «el documento no es solo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquello que se le puede asimilar, por ejemplo, un disquete, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc. » (FJ. 2º). Y por último, la STS núm. 1066/2009 de 4 de noviembre de 2009, dispone que *«el soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación y de la información. Cualquier sistema que permita elaborar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la habilidad y seguridad de los impresos en soporte magnético»* (FJ. 2º)³⁷.

Consideramos que la prueba electrónica es un medio al cual se le aplica el apartado 3º del art. 299 *«Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias»*. Pues entendemos que no puede ser encuadrada en el apartado 2º del mencionado artículo, ya que no se trata de un «medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen», ni de un instrumento que permite «archivar y conocer o reproducir

³⁶ Vid. PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 265 y ss

³⁷ Vid. PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos...*, *Op. Cit.*, pp. 265 y ss

palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

Pese a lo indicado sobre esta cuestión, falta de regulación específica, y lejos de tratar en este estudio si se trata de un medio autónomo o no, consideramos necesario sentar los presupuestos del *porqué* de la denominada «prueba electrónica» (electronic evidence).

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA

Es necesario definir un término que facilite la comprensión ya que existen distintos conceptos como prueba «electrónica», «tecnológica», «informática», «digital», etc., optando por concepto de «*prueba electrónica*».

Por «prueba» se entiende «*aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso*»³⁸.

En el mismo sentido, GIMENO SENDRA indica que «*consiste en convencer al juzgador sobre la veracidad de los hechos controvertidos y que fundamentan las respectivas pretensiones y resistencias*»³⁹.

Otros autores manifiestan que podemos entender por aquella la «*razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer*

³⁸ Véase ASECIO MELLADO, J. M., «La prueba» en *Derecho procesal civil. El proceso civil*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 103

³⁹ Véase GIMENO SENDRA, V., «La prueba (I): concepto, caracteres, regulación legal y objeto» en *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. 5ª edición, Colex editorial, 2014, p. 419

patente la verdad o falsedad de una cosa»⁴⁰, o aquel derecho para las partes y aquella obligación para el juez⁴¹.

Pero la característica principal que permite la construcción conceptual reside en su naturaleza «electrónica», es decir, en que utiliza un «lenguaje binario a través de un sistema que transforma impulsos o estímulos eléctricos o fotosensibles y, por cuya descomposición y recomposición informática grabada en un formato electrónico, genera y almacena la información. Dicho lenguaje es un código ininteligible para aquellos que no son informáticos. La visualización del texto en pantalla es una traducción en lenguaje alfabético común, descodificado»⁴².

De los primeros autores doctrinales en dar un concepto de prueba electrónica encontramos quien la define, desde un punto de vista teórico, como «todo soporte magnético, digital o electrónico, creado a través de medios automatizados, capaz de representar una declaración de voluntad, representar hechos, narraciones, datos, cifras, etc., archivado en un soporte electrónico según un formato determinado, el cual sirve para adquirir conocimiento de la certeza de un hecho»⁴³.

Más adelante, DE URBANO CASTRILLO, entiende por «prueba electrónica» (electronic evidence) o tecnológica, «la que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, a través de «los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen», creados por los modernos instrumentos tecnológicos de la información. Se presenta en un «soporte» o documento electrónico, en el que se encierra un contenido informativo, el cual consta de dos

⁴⁰ SENTIS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 65, Buenos Aires, 1979, pág. 35

⁴¹ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª edición, Ed. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 37 y ss.

⁴² Véase GARCÍA TORRES, M.L., «La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, según ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Especial referencia al proceso civil», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, núm. 3-2011

⁴³ ILLAN FERNÁNDEZ, J.M., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 397 y ss.

elementos: uno material, el hardware, y otro lógico, su contenido, proporcionado por un software que contiene un programa informático determinado»⁴⁴.

Otra de las definiciones utilizadas, la define como «*toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio*». Y destaca los siguientes elementos: «*se refiere a cualquier clase de información; que ha ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos; y que pueda tener efectos para acreditar hechos en el proceso abierto para la investigación de todo tipo de infracciones penales, y no solamente para los denominados delitos informáticos*⁴⁵.

BUENO DE MATA lo define como «*cualquier información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital que sirva para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho, siempre que sea correctamente obtenida, constituyendo así pruebas exactas, veraces y objetivas*»⁴⁶. Quizás la que considero más ajustada es la definición de prueba electrónica como «*aquel medio electrónico que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, ya sean físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales delimitan la especialidad de la prueba electrónica en relación al resto de medios probatorios: un elemento técnico o hardware, y un elemento lógico o software*»⁴⁷.

No somos conscientes de la magnitud de los elementos electrónicos, por la cantidad de información y datos que contienen sobre nosotros. Sirvan de ejemplo determinados casos concretos y relevantes en nuestro país: el «Caso Bretón», en el que el fallo de condena, a don José Francisco Bretón Gómez, se

⁴⁴ DE URBANO CASTRILLO, E., «La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente», Wolters Kluwer, La Ley Penal, Nº 82, Sección Estudios, Mayo 2011

⁴⁵ DELGADO MARTÍN, J., «La prueba electrónica en el proceso penal», LA LEY, Diario La Ley, nº 8167, Sección Doctrina, 2013, pág. 1

⁴⁶ BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 103

⁴⁷ BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 103 y 104

produce valiéndose de diversas pruebas electrónicas⁴⁸; el llamado «Caso Asunta», en el que también se condena a los progenitores de la niña, como autores responsables de un delito de asesinato⁴⁹; el «Caso Nóos», en el que se aportan gran cantidad de correos electrónicos⁵⁰. Y otros que aún están abiertos, como el «Caso de Diana Quer», el «Caso del Asesino de Pioz» o «Los acusados de la violación en grupo de Sanfermines 2016».

2.2. FUENTE DE PRUEBA

Para el estudio de la fuente de prueba, conviene recordar su distinción con el medio de prueba.

La fuente de prueba electrónica es cualquier información contenida o transmitida por medios electrónicos, como ejemplos cabe citar: el correo electrónico, el SMS, la mensajería instantánea («WhatsApp» y otros), las redes sociales y otros elementos web. Mientras que el *medio de prueba* será la forma a través de la cual esta fuente de prueba entra en el proceso.

Destacar que nuestra CE en su art. 24.2 recoge el principio de presunción de inocencia, presunción «*iuris tantum*», que puede quedar desvirtuada con una actividad probatoria. Es reiterada la doctrina constitucional que exige que la actividad probatoria deba respetar los derechos fundamentales y practicarse en el juicio oral, y además, ha de ser suficiente para generar en quien juzgue tanto la evidencia de que ha existido un hecho sancionado en nuestro Derecho como la responsabilidad penal que en él tiene el encausado.

⁴⁸ Véase STS núm. 587/2014, de 18 de julio; STSJ de Andalucía, Granada, núm. 35/2013, de 5 de noviembre y SAP de Córdoba, núm. 5/2012, de 22 de julio de 2013.

⁴⁹ Vid. STS núm. 875/2016, de 21 de noviembre; STSJ de Galicia núm. 2/2016, de 15 de marzo, y SAP de A Coruña, núm. 365/2015, de 11 de noviembre.

⁵⁰ Véase SAP de Islas Baleares, núm. 13/2017, de 17 de febrero.

En este asunto interesa citar la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 114/1984 de 29 de noviembre de 1984, la cual se inspira en la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

La sentencia del citado Tribunal trae a colación la «doctrina establecida por la Corte Suprema [...] respecto de la *«evidence wrongfully obtained»* (pruebas obtenidas indebidamente) y de la *«exclusionary rule»* (regla de exclusión), en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States V. Janis* (1976) la Corte declaró que «[...] *la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada [...]*»⁵¹.

Y en ella, el TC dejaba asentado en qué supuestos una prueba no debería tener carácter probatorio por considerarse ilícita.

Tal fue el impacto de dicha sentencia, que el legislador solo tardó siete meses en recogerla en el art. 11.1 de la LOPJ, que dispone que *«en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»*.

En este sentido cabe considerar el contenido de un mensaje de *«WhatsApp»*, o de cualquier otro sistema de mensajería instantánea, como fuente de prueba.

La aportación de este tipo de mensajes *«WhatsApp»*, es decir, una *comunicación digital*, es lo mismo que presentar como prueba un mensaje de correo electrónico, o la grabación de una conversación telefónica.

⁵¹ Vid. STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre

En cuanto a los mensajes de «WhatsApp», hemos de tener en cuenta los elementos necesarios para poder aportarla y que pueda ser utilizada como prueba con plenas garantías, como son: su *contenido*; su *autoría* y *remisión*, elementos que venían siendo habituales que correspondiera su prueba al acusado, así como la *persona remitente* de dichos mensajes⁵².

2.3. MEDIO DE PRUEBA

Como ya hemos indicado, el medio de prueba será la forma a través de la cual la información entra en el proceso⁵³.

En el art. 299.1 de la LEC, se establecen «*Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1º Interrogatorio de las partes. 2º Documentos públicos. 3º Documentos privados. 4º Dictamen de peritos. 5º Reconocimiento judicial. 6º Interrogatorio de testigos*».

Continúa, el mencionado artículo, en su apartado 2 «*También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*».

Y finalmente, en su apartado 3, establece «*Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de*

⁵² Véase STS núm. 300/2015, de 19 de mayo. Pues esta Sentencia viene a cambiar lo que era habitual, al invertir la carga de la prueba a la parte actora, si esta es impugnada por la otra parte

⁵³ Cfr. DELGADO MARTÍN, J., «*La Prueba electrónica en el proceso penal*», LA LEY, Diario La Ley, Nº 8167, Sección Doctrina, Año XXXIV, 10 octubre 2013, p. 2 y DELGADO MARTÍN, J., «*La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración*», *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Diario La Ley, Nº 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, p. 2

parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

Por tanto, como se ha dicho, consideramos que la incorporación como prueba de los documentos electrónicos está expresamente admitida por el art. 299.3 LEC.

Es preciso hacer referencia al «*documento electrónico*», como el medio probatorio por el que se aportan al juicio datos o información electrónica de las distintas fuentes de prueba, con un formato determinado y que sea susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

El concepto de documento electrónico, considerado por diversos autores, corresponde al contenido en el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que dice «*Se 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*»; en este concepto cabe incluir numerosos supuestos: «*no solamente documentos de texto u hojas de cálculo, sino también imágenes digitalizadas, ficheros de sonido, videos digitalizados o un registro o conjunto de registros dentro de una base de datos, y otros muchos*»⁵⁴.

En el proceso penal, no hay que olvidar que el art. 26 CP establece que «*a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese e incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*».

⁵⁴ Enumeración realizada por CASTILLEJO MANZANARES, R., en «Medios probatorios», dentro del libro Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios, 1ª edición, LA LEY, Madrid, octubre 2010

Distintos autores de la doctrina, entre ellos RAMOS MÉNDEZ⁵⁵ o SERRA DOMÍNGUEZ⁵⁶, consideraron que al término documento pueden adherirse determinados elementos no escritos, pues, «*vieron con agrado como otros instrumentos, que no eran signos escritos, se consideraban documentos, y no un posible objeto de otras pruebas tales como la pericial o el reconocimiento judicial*»⁵⁷.

Destacar también una amplia corriente jurisprudencial que se pronuncia sobre esta cuestión. La STS número 293/1994, de 24 de marzo en su FJ. 2º habla de la definición de documento desde una doble perspectiva: como sinónimo de escrito mediante el cual se plasma una idea, pensamiento o convención y un concepto más amplio de documento relacionado ya con cintas de película o de vídeo o discos⁵⁸.

No podemos olvidar, que cualquier medio de prueba que se proponga, deberá ser obtenido de forma lícita, es decir, de forma que, directa o indirectamente, no vulnere los derechos o libertades fundamentales. La aceptación de un mensaje de «WhatsApp», como prueba en un procedimiento, es que se haya obtenido sin haber vulnerado tanto el derecho a la intimidad, como el secreto de las comunicaciones.

La licitud o ilicitud de la prueba viene establecida por el art. 287 de la LEC. Adicionalmente la LECrim. regula estos términos para el ámbito penal en su capítulo IV, del Título VIII, «*Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la*

⁵⁵ Véase RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008, p. 743

⁵⁶ Véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *La prueba documental*, en «*Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*», Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), dijusa, Barcelona, 2000, p. 236

⁵⁷ Véase PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*, Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 251

⁵⁸ En el mismo sentido son las STS de 24 de febrero de 1956, de 5 de julio de 1984, la STC número 190/1992 de 16 de noviembre, y la número 128/1988, de 27 de junio

imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos».

Otro de los presupuestos de admisibilidad de un mensaje de «WhatsApp» es la preservación de la cadena de custodia. Si este presupuesto es importante en cualquier tipo de prueba, consideramos que en las pruebas tecnológicas lo es aún más, ya que *«determinar una posible alteración de la prueba en una evidencia de este tipo es una cuestión matemática y absolutamente dicotómica, esto es, o la prueba no ha sido alterada o la prueba ha sido alterada»*⁵⁹. Pues, *«no han sido pocas las ocasiones en las que los Tribunales han denegado la validez procesal a pruebas informáticas»*⁶⁰.

La cadena de custodia es definida por DELGADO MARTÍN como *«el procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios de un hecho relevante para el asunto, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas»*⁶¹ en la obtención y la conservación de la prueba, elemento fundamental para la validez y admisibilidad de la prueba, de modo que permita acreditar su autenticidad e integridad.

Además, de la definición anterior, es interesante traer a colación, la utilizada por el TS, por ser una de las definiciones más utilizadas en la literatura jurídica española indicando que *«es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba»*. Continuando el Alto Tribunal diciendo *«que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se*

⁵⁹ Véase RUBIO ALAMILLO, J., «Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática», Wolters Kluwer, Diario La Ley, Nº 8859, Ref. D-389, Sección Doctrina, 9 de noviembre de 2016

⁶⁰ Véase TARUFFO, M., La prueba, Marcial Pons, 2008, p. 85

⁶¹ Vid. DELGADO MARTÍN, J., «La prueba digital. Concepto... », Op. Cit.

traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia,, y en su caso, se destruye»⁶².

También consideramos necesario reseñar la definición de cadena de custodia a las evidencias informáticas, utilizada por el TC apuntando que «[...] *la incorporación al proceso penal de los soportes informáticos*» debe hacerse «*con el cumplimiento de las exigencias necesarias para garantizar una identidad plena e integridad en su contenido con lo intervenido y, consecuentemente, que los resultados de las pruebas periciales se realizaran sobre los mismos soportes intervenidos o que éstos no hubieran podido ser manipulados en cuanto a su contenido*»⁶³

De la prueba electrónica es importante conocer y comprender, tanto las formas de los medios probatorios de carácter electrónico, como el funcionamiento de los mecanismos existentes, los cuales permiten asegurar que los datos recogidos, no han sido modificados por las partes indebidamente, con el propósito de alterar la realidad, y así obtener una sentencia favorable a sus intereses.

2.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es considerada por GIMENO SENDRA como «*la operación final del procedimiento probatorio encaminada a la obtención por el juzgador de una convicción sobre la veracidad o falsedad de las afirmaciones normalmente fácticas, solo extraordinariamente jurídicas, que integran el “tema probandi”*»⁶⁴.

⁶² Véase STS núm. 1190/2009, de 3 de diciembre, FJ 3º.

⁶³ Véase STC núm. 170/2003, de 29 de Septiembre de 2003, FJ 3º

⁶⁴ Véase GIMENO SENDRA, V., «La prueba (II): Carga y valoración de la prueba» en *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. 5ª edición, Colex editorial, 2014

Dentro de la apreciación de la prueba, se distinguen las operaciones de «interpretar» y «valorar»⁶⁵. En el mismo sentido «se considera que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorga la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración establecido por el legislador»⁶⁶.

La prueba puede desplegar eficacia probatoria, y ser objeto de valoración por parte del Juez o Tribunal, de conformidad con las reglas de la sana crítica, si cumple los requisitos de obtención e incorporación de la misma.

Es frecuente distinguir entre un sistema de prueba legal o tasada, y un sistema de libre valoración. En la prueba legal o tasada, se atribuye a la prueba un efecto determinado. TARUFFO apunta que «la técnica de la prueba legal consiste en la producción de reglas que predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba»⁶⁷. SEOANE SPIELGEBERG afirma, que en un sistema de prueba tasada «es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma como ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales»⁶⁸.

⁶⁵ Esta distinción fue elaborada por CALAMANDREI, P., *La génesis lógica de la sentencia*, que puede consultarse en Sentís Melendo, S. en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945, pp.379 y ss. y recientemente ha sido abordada por MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp.421-424

⁶⁶ Véase ABEL LLUCH, X., «Valoración de los medios de prueba en el proceso civil», <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf> (última consulta el 30 de mayo de 2017)

⁶⁷ Véase TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid, 2002, p.387

⁶⁸ Véase SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p.374

En nuestro Derecho rige el principio de libre valoración de la prueba⁶⁹, la prueba se somete a las reglas de la sana crítica⁷⁰. Respecto del sistema de prueba libre, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, nos dice que el Juez realiza la valoración según las reglas de criterio racional; lo que no significa pura discrecionalidad o arbitrariedad⁷¹, sino que los criterios aplicados por el Juez a esa valoración han de recogerse en la motivación de la sentencia.

Nuestras leyes procesales han optado por la libre valoración de la prueba por el Juez, frente al sistema de prueba legal o tasada. No obstante, la LEC establece normas de valoración tasada, para el interrogatorio de las partes, cuando no siendo contradicho por otros medios de prueba, la parte interrogada admita como ciertos hechos enteramente perjudiciales y en lo que intervino personalmente⁷²; sobre fuerza probatoria de los documentos públicos⁷³; sobre fuerza probatoria de los documentos privados⁷⁴.

La LEC, también establece la valoración basada en la sana crítica, para el interrogatorio de parte cuando la declaración de la parte no versa sobre hechos personales, no resulta enteramente perjudicial o aparece contradicha por otros

⁶⁹ Vid. FUENTES SORIANO, O., «Las comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 297

⁷⁰ Véase ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp como fuente de prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 360

⁷¹ Véase CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Los procesos penales* (obra colectiva), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2000, p. 683

⁷² Arts. 316.1 LEC «Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial»

⁷³ Véanse arts. 319 LEC y 1218 CC

⁷⁴ Véanse arts. 326 LEC y 1225 CC

medios de prueba⁷⁵, para la prueba pericial⁷⁶, para el interrogatorio de testigos⁷⁷; para los instrumentos de filmación, grabación y semejantes⁷⁸.

En materia de prueba electrónica, la regla general es el sistema de libre valoración. Deducción que se produce del art. 384.3 LEC «*El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza*». Destacar que dado que no existe un precepto procesal penal sobre el particular «valoración de la prueba electrónica», el citado precepto resulta de aplicación subsidiaria a los procesos en todas las jurisdicciones, de conformidad con el art. 4 de la LEC.

La libre valoración contemplada en la Ley, no obliga al Juez a tener por probados los hechos de una prueba digital, así como tampoco determina que la prueba electrónica solamente puede tener eficacia probatoria si se cumplen ciertos presupuestos legales.

No podemos olvidar los posibles supuestos de colisión entre medios de prueba, entre los que pueden distinguirse tres tipos: la colisión entre medios de prueba de libre valoración; la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada y la colisión entre medios de prueba de carácter tasado⁷⁹.

⁷⁵ Véase art. 316.2 LEC «En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307 »

⁷⁶ Véase art. 348 LEC «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica»

⁷⁷ Véase art. 376 LEC «Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado»

⁷⁸ Véase art. 382.3 LEC «El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica»

⁷⁹ Seguimos la sistematización efectuada por JIMÉNEZ CONDE, F, La apreciación de la prueba legal y su impugnación, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977, pp. 346-352. Más recientemente, y del mismo autor, un resumen en El interrogatorio de partes en el proceso civil, Civitas, Madrid, 2007, pp. 182 y 183

El primer tipo se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio⁸⁰.

En segundo lugar, la colisión entre medios de prueba de libre valoración y valoración tasada. En tal caso, y por su propia naturaleza tasada, debe prevalecer el medio de prueba de carácter tasado o legal. Es el caso de colisión entre el interrogatorio de testigos y la prueba pericial con el contenido de un documento y, en parte, con el interrogatorio de partes.

Y en tercer lugar, la colisión entre medios de prueba de carácter tasado. En tal supuesto se neutralizan las pruebas tasadas, y deben ser valoradas libremente por el juez.

Podemos señalar, que cuando una parte aporta como prueba una grabación de sonido, de vídeo o fotografías, o por ejemplo un mensaje de «WhatsApp», deben cumplirse una serie de circunstancias para la valoración judicial, como la inexistencia de una impugnación, reconocimiento expreso de la conversación por parte del otro interlocutor, o la prueba pericial, pues, es, a día de hoy, la mayor garantía para conseguir el reconocimiento del valor probatorio.

La prueba plena en el proceso penal español, llamada también completa, perfecta y concluyente, es la que demuestra, sin género alguno de duda, la verdad del hecho litigioso controvertido, instruyendo suficientemente al juez para que pueda fallar, ya sea condenando o absolviendo. Entendiendo por plenitud, en los valores de una sociedad democrática, la que satisface las exigencias de la presunción de inocencia.

⁸⁰ Ello se produce cuando ninguno de los medios de prueba que entran en colisión goza de prueba legal, en cuyo caso el juez puede apreciarlos libremente. La contradicción simultánea entre varios medios de prueba de libre valoración será valorada por el juez según su prudente arbitrio

En el presente trabajo, y pese a ser de una sustancial importancia, vamos a considerar superadas las diferencias entre las categorías de la sospecha y el indicio⁸¹.

La expresión «indicio» implica distinguir entre dos tipos o criterios, el criminalístico y el probatorio. *Indicio criminalístico*, es «toda huella, marca, rastro o vestigio que usa y se produce en un contexto delictivo. Es la evidencia física que nos conduce al descubrimiento del delito, esclareciendo el *modus operandi* y la identificación de los autores del hecho»⁸². *Indicio probatorio*, es «una circunstancia de la que se puede extraer una conclusión en relación con la existencia o inexistencia de un hecho a probar. Es todo rastro, circunstancia, todo hecho conocido y debidamente comprobado susceptible de llevarnos, por la vía de la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Es una circunstancia que se apoya en un hecho y que conlleva a inferir otro. Supone un elemento fáctico que autoriza una declaración como consecuencia de él y permite afirmar un hecho oculto»⁸³.

Por tanto, por indicio hemos de entender todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Precisamente por ello, se ha dicho que más que una prueba estaríamos en presencia de un sistema o mecanismo intelectual para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero que no se configura propiamente como un verdadero medio de prueba⁸⁴.

Recordar que el indicio por sí solo no es suficiente para construir una prueba de cargo contundente, pues puede ser desmontado con facilidad ante elementos contradictorios. En el proceso penal, una vez que se presenta el indicio, tiene un valor como base para la prueba.

⁸¹ En este sentido véase GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria en el proceso penal», LA LEY, Diario La Ley, Nº 8374, Ref. D-274, Sección Tribuna, Año XXXV, 10 de septiembre de 2014

⁸² Véase GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria...», Op. Cit.

⁸³ Véase GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria...», Op. Cit.

⁸⁴ Véase STS núm. 241/2015, de 17 de abril de 2015

Según ASECIO MELLADO, la prueba indiciaria «es un medio probatorio esencial e imprescindible en el proceso penal, toda vez que por la propia naturaleza de los delitos y su forma de comisión en la cual la impunidad es buscada a propósito, difícilmente se pueden hallar pruebas directas de la culpabilidad»⁸⁵.

La prueba indiciaria, según expone la STS de 11 de noviembre de 1981 «[...] se dirige a demostrar la certeza de algunos hechos que no constituyen delitos por sí mismos pero de los que a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse dichos hechos y la participación del acusado en ellos, lo que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados, indicios y el delito cuya realización se trata de probar, a través de la ejecución de la actuación típica».

En cualquier caso, como queda dicho, la prueba indiciaria supone un proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos. Y como quiera que cuando se pone en marcha la cadena lógica, nos adentramos en el terreno de las incertidumbres, la necesidad de un plus argumentativo se justifica por sí sola. El juicio histórico y la fundamentación jurídica han de expresar, con reforzada técnica narrativa, la hilazón lógica de los indicios sobre los que se construye la condena. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena. Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica⁸⁶.

⁸⁵ Véase ASECIO MELLADO, J. M., «La prueba penal». *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

⁸⁶ Cfr. SSTS núm. 587/2014, de 18 de julio; núm. 947/2007, de 12 de noviembre y núm. 456/2008, de 8 de julio, entre otras

Según viene sosteniendo el Tribunal Constitucional en sus Sentencias núm. 174/1985, de 17 de diciembre, y 111/2008, de 22 de septiembre, «*a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan*» una serie de requisitos.

El TC continúa, en las citadas sentencias, haciendo una relación de los tres requisitos necesarios: que el hecho o los hechos base estén plenamente probados; que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de estos hechos base completamente probados y, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

En palabras de las SSTC 169/1989, de 16 de octubre (FJ. 2º), «*en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes*»⁸⁷.

En la STS número 31/2014, de 27 de enero, se realiza una exposición de los requisitos de indicio como factor probatorio equiparable a la prueba directa e inmediata de cargo, de la siguiente manera «*La prueba indirecta no es de menos intensidad convictiva que la directa, ni enerva la presunción de inocencia del acusado de forma diversa. En ambos casos, la culpabilidad del acusado ha de ser probada más allá de toda duda razonable. Y ello porque para que la prueba indirecta pueda servir para destruir tal principio presuntivo, es necesario que cumpla con unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en sí mismos, como a la deducción o inferencia. En cuanto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados; b) que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; y d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y*

⁸⁷ Véase SSTC núm. 220/1998, de 16 de noviembre, F. 4; núm. 124/2001, de 4 de junio, F. 12; y núm. 300/2005, de 21 de noviembre, F. 3

de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Continua el Alto Tribunal exponiendo que *«la presunción de inocencia impone, de manera inexcusable, que las sentencias condenatorias se fundamenten en auténticos actos de prueba que, practicada por regla general bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad, abarquen tanto la realidad del hecho como todo lo atinente a la participación y responsabilidad del acusado, siendo las partes acusadoras las que han de probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, incluyendo la actividad probatoria de cargo, idónea para destruir la presunción de inocencia, no sólo las pruebas directas, sino también las indirectas o indiciarias, mereciendo tal cualidad aquellas que reúnan las siguientes condiciones: a) Que se fundamenten en verdaderos indicios suficientemente acreditados y no en meras conjeturas o sospechas; b) que, entre los indicios probados y el hecho que se infiere de ellos, exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, y c) que en la sentencia se exprese el razonamiento que ha conducido al Tribunal a tener por probado que el hecho delictivo se ha cometido realmente y que el acusado ha participado en su realización».*

Por tanto, *«la prueba indiciaria, practicada con todas las garantías procesales y bajo la inmediación judicial, pretende paliar situaciones de manifiesta ilegalidad en las que no se cuenta con una prueba directa, evitando situaciones de injusticia, en las que el principio de presunción de inocencia debe contar con un límite, que es la motivación, la prueba y la sensatez del devenir de los acontecimientos, sin transformarse de un principio garantista a una auténtica patente de corso que pudiera legitimar situaciones netamente delictivas»⁸⁸.*

Es necesario que el razonamiento por el que derivan los indicios de los hechos base sea racional, sólido y concluyente. Por ello el TC considera

⁸⁸ Véase GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria...», Op. Cit.

vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «*cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada*» (STC 229/2003, de 18 de diciembre, F. 24).

Admitiendo que cualquier prueba tecnológica puede presentarse como medio en un procedimiento judicial, no por ello será decisiva para formular una condena al acusado. Será imprescindible que las pruebas extraídas a través de cualquier medio tecnológico, tengan la validez suficiente para acreditar suficientemente los hechos.

En la aplicación de la norma penal, es fundamental el principio de presunción de inocencia, el cual debe de contar con un límite para evitar transformarse de un principio garantista a una auténtica patente de corso que pudiera dar lugar y/o legitimar situaciones delictivas. Y es, entonces, cuando la prueba indiciaria surge para evitar evidentes situaciones de injusticia, cuando no se cuenta con una prueba directa, pretendiendo mitigar situaciones de manifiesta ilegalidad⁸⁹.

Respecto del material probatorio aportado directamente por las partes, debe aportarse la prueba original que «*el tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad*»⁹⁰, o en su defecto, «*copia o transcripción del mismo manteniendo en su poder, a disposición del tribunal, el original mientras subsista el proceso*»⁹¹.

No podemos olvidar que tratándose de documentos que contienen archivos informáticos, tecnológicos o audiovisuales, sólo el original puede

⁸⁹ Vid. GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria... », Op. Cit., p. 8

⁹⁰ Véase art. 726 de la LECrim.

⁹¹ Véase RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial en el proceso penal y los medios de prueba de naturaleza tecnológica», Wolters Kluwer, Diario La Ley, nº 1, Sección Ciberderecho, 12 de diciembre de 2016

constituir verdaderamente fuente probatoria al ser el único elemento que posibilita la contradicción y su valoración pericial por expertos.

En este orden de ideas es de recalcar la fe pública, esto es, *«la calidad que el Estado otorga a una serie de personas en virtud de la cual se consideran ciertos y veraces los hechos que reflejan, produciendo los efectos privilegiados que el Derecho les otorga»*⁹².

La fe pública judicial, *«es la que cualifica a las representaciones documentales de los actos realizados dentro del proceso»*⁹³. Y la persona reconocida por el Estado para el ejercicio de esta fe pública judicial es el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), *«funcionario público que constituye un Cuerpo Superior Jurídico único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, y que ejercen sus funciones con el carácter de autoridad»*⁹⁴.

La LOPJ establece que *«corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias»*⁹⁵.

Respecto a los *«WhatsApp»*, consideramos que la fe pública judicial sólo constata que en el terminal aparece un mensaje aparentemente remitido desde un determinado número de móvil, por lo que resultaría esencial acreditar la titularidad del número de teléfono asociado al *«WhatsApp»* y una pericial informática para determinar con seguridad que fue enviado desde el mismo y

⁹² Véase <https://www.dyrabogados.com/que-es-la-fe-publica-registral/> (última consulta el 16 de mayo de 2017)

⁹³ Véase http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjcONjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwsALi7wyCEAAAA=WKE (última consulta el 16 de mayo de 2017)

⁹⁴ Véase art. 440 de la LOPJ

⁹⁵ Véase art. 453.1 de la LOPJ

poder apreciar signos de una posible manipulación. De solicitar diligencia concreta de prueba al respecto, y dictarse auto por el cual se deniega, procedería la declaración de nulidad de la sentencia y retrotraerse las actuaciones al momento anterior del señalamiento previa práctica de la prueba indebidamente denegada⁹⁶.

Es habitual que se de fe pública de las transcripciones de los «*WhatsApps*», bien por Letrado de la Administración de Justicia, bien mediante acta notarial, si bien nuestra postura es contraria a esta práctica.

Hay sentencias que han admitido como prueba única las conversaciones mantenidas a través de «*WhatsApp*»⁹⁷. Normalmente el contenido de las comunicaciones de naturaleza informática y/o tecnológica, se transcriben a papel y se acuerda introducirlas en el proceso, como elemento de prueba, a través de Acta o Diligencia escrita de transcripción y cotejo extendida bajo la autoridad del Letrado de la Administración de Justicia como fedatario público⁹⁸.

Si nos fijamos en la LECrim., esta cuestión no está prevista en ella, en todo caso «[...] *esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal*»⁹⁹.

La transcripción a papel y el cotejo de su contenido, pretende que la información que contiene el archivo se maneje con más comodidad y comprobar que es fiel copia de su original.

⁹⁶ Véase http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/proteccion_de_datos/whatsapp-y-su-prueba-en-juicio (última consulta el 16 de junio de 2017)

⁹⁷ Véase a modo de ejemplo: SAP de Madrid núm. 533/2014, de 24 de julio; SAP de Córdoba núm. 159/2014, de 2 de abril; SAP de Alicante núm. 4/2014, de 9 de enero y SAP de Barcelona núm. 1396/2013, de 7 de noviembre

⁹⁸ Véase RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial...» *Op Cit.*

⁹⁹ Véase STS núm. 401/2012, de 24 de mayo 2012

En ocasiones, el resultado es que la copia cotejada y autenticada en papel se convierte en el elemento probatorio fundamental para sostener la acusación, obviando, lo que verdaderamente es la fuente del elemento probatorio, el documento original.

La aportación de elementos probatorios vinculados con la tecnología es cada vez más numerosa y compleja. En un principio, se trataba de intervenciones telefónicas, posteriormente el volcado informático de discos duros, y ahora los mensajes SMS, de «*Whatsapp*» o enviados a través de cualquier otra aplicación de comunicación accesible o instalada en el ordenador o en el teléfono móvil, tales como Facebook, Twitter y otras. Y, en todos los casos, la práctica habitual de extender la intervención de la Fe Pública Judicial no ha cambiado.

Entendemos que la transcripción en papel y cotejo del contenido de lo grabado o recibido por cualquier medio de comunicación por parte del Letrado de la Administración de Justicia constituye una práctica innecesaria, redundante y arriesgada, que no está prevista en la LECrim. Como señala el TS en su Sentencia núm. 401/2012 de 24 de mayo *«en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal»*.

Téngase en cuenta que, con la transcripción y el cotejo normalmente no sólo se pretende manejar con más comodidad el contenido de un archivo, sino, además, que aquí el uso de la Fe Pública Judicial se vuelva determinante para reforzar la autenticidad y veracidad de lo que se plasma en el papel. El resultado es que, en ocasiones, por el haz de verosimilitud que aporta la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, la copia cotejada y autenticada en papel se viene a convertir, de facto, en el elemento probatorio fundamental para sostener la acusación, obviando el propio documento original, verdadera fuente

del elemento probatorio; todo ello, con la aquiescencia de todos los intervinientes en el proceso, incluida la propia defensa del investigado o acusado¹⁰⁰.

Trasladando esta problemática a los mensajes de «*Whatsapp*», o de cualquier aplicación informática de Mensajería Instantánea, pensamos que se vuelve inestable el suelo que se pisa. En la práctica es habitual que las víctimas muestren, a través de las pantallas de sus terminales móviles, mensajes supuestamente recibidos utilizando cualquier aplicación de comunicación. Igualmente, sabemos que, siguiendo las costumbres habituales, a solicitud del Ministerio Fiscal o de oficio por el Instructor, se acuerda introducir en el proceso este elemento de prueba a través de Acta o Diligencia escrita de transcripción y cotejo extendida bajo la autoridad del Letrado de la Administración de Justicia como fedatario. Y es aquí donde empiezan los problemas más importantes relacionados con el riesgo¹⁰¹.

Existen Letrados de la Administración de Justicia, que consideran «*el ejercicio de esta función se ha de constreñir exclusivamente a, como dice el mencionado artículo, dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales y de la producción de hechos con trascendencia procesal*»¹⁰².

Considerando lo puesto de manifestado y constatado a lo largo de la presente investigación, es decir, la existencia de programas informáticos que permiten simular la emisión y recepción de mensajes de texto, así como el origen, destino, fecha y hora del mismo, constituye una práctica arriesgada. Puesto, que la fe pública judicial otorga veracidad a los medios de prueba introducidos en el proceso.

Por ello, en nuestra opinión, lo regulado en el art. 453.1 de la LOPJ conlleva, a propósito del tema que nos ocupa, dos consecuencias:

¹⁰⁰ Véase RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial en el proceso penal y los medios de prueba de naturaleza tecnológica», Wolters Kluwer, Diario La Ley, nº 1, Sección Ciberderecho, 12 de diciembre de 2016, p. 2

¹⁰¹ Vid. RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial en... », Op. Cit., p. 2

¹⁰² En este sentido véase RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial...», Op. Cit.

Primera: Que, si para dejar constancia fehaciente es necesario que algo resulte fidedigno, el contenido, fecha, hora, origen y destino de un mensaje recibido a través de cualquier aplicación de comunicación, correo electrónico o SMS y que se muestra en una pantalla de ordenador o de terminal móvil, no puede ser considerado como tal por un fedatario; pues, dadas las circunstancias, el fedatario carece de las herramientas necesarias para dar fe de la veracidad indubitada de todos estos extremos. Es más, desde este punto de vista, ni siquiera debería darse por cierta la existencia misma del mensaje simplemente por la información que capta la vista. Al fin y al cabo, lo único que estaría viendo el fedatario es un documento en formato electrónico, creado a partir de parámetros informáticos, del que desconocería elementos esenciales y determinantes.

Segunda: Que, dado que la LOPJ establece que la dejación de constancia se refiere a los actos procesales y de la producción de hechos con trascendencia procesal, el alcance de la Fe Pública Judicial no debería introducirse en el campo de las cuestiones de derecho material relativas al fondo que, además, se han producido fuera del proceso. Si la actuación del fedatario al transcribir y cotejar da pie a dar por cierto que el investigado o acusado remitió a la víctima las comunicaciones en la forma, manera y tiempo en que ésta exhibe, en realidad se podría estar cometiendo la ficción jurídica de trasladar a un acto realizado supuestamente en un momento anterior, y que el Letrado de la Administración de Justicia no presenció, el amparo de la Fe Pública.

Si el fedatario judicial, lo único que hace, al transcribir y cotejar los mensajes que se le muestran, es dar fe de que la víctima está compareciendo ante el Juzgado y del contenido de dicha comparecencia. La cual consiste en plasmar en papel lo que ésta muestra en una pantalla, sin que implique necesariamente que lo mostrado goce de certeza o verosimilitud alguna.

Pero, si ésta fuera la interpretación correcta, ¿Qué aportaría aquí de valor la intervención de la Fe Pública Judicial? Recordemos que el mencionado precepto de la LOPJ dice que se dejará constancia de la producción de hechos

con trascendencia procesal. Y, sobre todo, ¿cómo es posible entonces que, en ocasiones, en el plenario se otorgue plena validez probatoria a esta Diligencia de transcripción, pese a no tener supuestamente valor alguno en cuanto al fondo, dando por innecesaria la exhibición directa de los mensajes?

En relación a la intervención de los volcados informáticos por el Letrado de la Administración de Justicia, es interesante traer a colación la STS número 285/2016, de 6 de abril, cuando dice que «[...] *no es necesario el cotejo para que ese informe pueda ser valorado, como parece entender el recurrente. Sí lo es que el informe haya podido ser contradicho a través del interrogatorio de quienes lo firman.* [...]». También es verdad que la diligencia del Secretario no supe el visionado. Pero su supresión, no varía el panorama probatorio: nada aporta».

Por tanto, coincidimos con el Alto Tribunal, y con RUIZ NAVARRO¹⁰³, Letrado de la Administración de Justicia que la fe pública judicial no otorga ningún valor añadido a la Diligencia de transcripción y cotejo del Letrado en los medios de prueba de contenido informático o tecnológico.

Así, como tampoco existe en la LECrim. precepto alguno que señale la necesidad de, en sede judicial, transcribir y cotejar el contenido de documento audiovisual aportado. Por tanto la diligencia en la que se plasma la transcripción y el cotejo del citado documento, constituye «*una práctica para la mera comodidad del Tribunal o de las partes a la hora de estudiar las actuaciones*»¹⁰⁴.

Y en este sentido, se pronuncia el TS cuando dice «[...] *pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes, pero ya desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal*»¹⁰⁵. De igual modo se pronuncia el Alto Tribunal cuando dice «[...] *las transcripciones de las cintas,*

¹⁰³ En este sentido véase RUIZ NAVARRO, E., «*La Fe Pública Judicial...*», *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Véase RUIZ NAVARRO, E., «*La Fe Pública Judicial...*», *Op. Cit.*

¹⁰⁵ Véase STS núm. 401/2012 de 24 de mayo de 2012

estas solo constituyen un medio contingente —y por tanto prescindible— que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo están son las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes [...]»¹⁰⁶.

Por tanto, consideramos que el único material probatorio plenamente válido es el original, no su transcripción. Además, para que un proceso cumpla plenamente con todas las garantías establecidas el art. 24.2 de nuestra CE, su introducción en el proceso, su exhibición y valoración directa, se han de producir en el plenario, teniendo en cuenta todos los elementos de prueba existentes, así como su integridad.

No debemos olvidar la consideración tanto de la transcripción como del cotejo en sede judicial, en cuanto que solo constituye una herramienta para facilitar el trabajo del Tribunal y de las partes; pues debemos tener en cuenta que, en ningún caso, viene exigido por la Ley, ni es, por tanto, exigible.

Defendida la opinión de que no es a través de la Fe Pública Judicial la forma en que deben introducirse en el proceso los medios de prueba de naturaleza informática y tecnológica, debemos preguntarnos cuál sería entonces la forma de hacerlo.

En el caso de los volcados informáticos; es decir, el copiado de información desde el disco duro original al que aportan los funcionarios policiales, los principios aplicables serían los mismos, pues se trata de medios de prueba de la misma naturaleza que los anteriores. De lo resuelto en las Sentencias de la Sala Segunda del SSTS núm. 1599/1999 de 15 noviembre, núm. 256/2008 de 14 de mayo y núm. 342/2013 de 17 de abril, entre otras, se concluye, igualmente, la innecesaria concurrencia de la Fe Pública Judicial para la validez del copiado de datos entre discos duros; pues, en definitiva, nada aporta. Si, además, traemos a colación lo dispuesto en el art. 588 sexies b de la LECrim., introducido en la reforma operada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, nos

¹⁰⁶ Véase STS 265/2016 de 04 de abril de 2016

encontramos con que, corroborando la línea jurisprudencial señalada, nada se dice en la nueva regulación legal sobre la intervención del Letrado de la Administración de Justicia en las operaciones de volcado de datos.

Si hablamos de material probatorio aportado directamente por las partes, no deberíamos aplicar, en ningún caso, otros principios inspiradores. A nuestro juicio, dicho material debería aportarse de conformidad con las reglas que rigen la introducción de la prueba documental; esto es: aportando el original para que, como establece el art. 726 de la LECrim., el tribunal examine por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad; o en su defecto, copia o transcripción del mismo manteniendo en su poder, a disposición del tribunal, el original mientras subsista el proceso.

Lógicamente, tratándose de documentos que contienen archivos informáticos, tecnológicos o audiovisuales, las copias o transcripciones de los mismos se harán privadamente, sin intervención de la Fe Pública Judicial y con el único fin de facilitar el trabajo del Tribunal y de las partes; pues, en estos casos, aún con más fuerza si cabe, sólo el original puede constituir verdadera fuente probatoria al ser el único elemento que posibilita la contradicción y su valoración pericial por expertos que, si fuera necesario, certificarían la autenticidad e integridad de su contenido. Sólo de esta forma, examinando el Tribunal el material probatorio original, se daría cumplimiento a lo establecido en el mencionado art. 726 de la LECrim., y se podría asegurar que, efectivamente, el proceso cumple con todas las garantías, tal y como prevé el art. 24.2 de la CE.

Llegados a este punto, conviene tener presente que el Letrado de la Administración de Justicia no es un experto en todas las materias del saber, por lo que su intervención en este tipo de diligencias sólo puede servir para crear confusión sobre el alcance de su facultad fideidante. Como dice la Sala Segunda del STS núm. 256/2008 de 14 de mayo, la presencia que se reclama del Letrado de la Administración de Justicia en la operación de volcado de datos, habría sido, de facto, tan inútil —y, por tanto, innecesaria— como la que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otra de las muchas imaginables en cuya técnica el

fedatario judicial no fuera experto. Y esto mismo es, a nuestro juicio, plenamente aplicable a cualquier otro medio de prueba relacionado con las nuevas tecnologías; donde, sólo el reconocimiento de la persona responsable de su creación, o una pericial acordada de oficio o a instancia de parte pueden dotarles realmente de los atributos de veracidad e integridad.

Finalizamos, a modo de conclusión, recordando, de nuevo, lo que dispone el art. 453.1 de la LOPJ, cuando habla del uso que se ha de hacer de la Fe Pública Judicial: sirve para dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal; lo cual implica no extralimitar su aplicación más allá de aquellas actuaciones en las que, ciertamente, pueda aportar un valor añadido al proceso.



EPÍGRAFE 3. WHATSAPP COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

El presente trabajo se centra en el valor probatorio de «*WhatsApp*» en el proceso penal, por ser, de todos los servicios de mensajería instantánea, la más utilizada en España, y en el mundo¹⁰⁷.

Hablar de mensajería instantánea hoy por hoy en el «*smartphone*», es como hacerlo de «*WhatsApp*», sobre todo en España, donde tiene una cuota de mercado realmente alta, dejando muy poco espacio para otros competidores¹⁰⁸.

Es tan importante la aplicación, que hasta el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), realiza preguntas directamente relacionadas sobre «*WhatsApp*» u otras aplicaciones, sirva como ejemplo: «¿Con qué frecuencia consulta sus mensajes de «*WhatsApp*» u otra aplicación de mensajería instantánea?»¹⁰⁹.

Además, es habitual que en Juzgados, tanto de instrucción como de Violencia de Género, así como en las oficinas de denuncias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹¹⁰, que quien se considera víctima muestre, a través de las pantallas de sus terminales móviles, mensajes supuestamente recibidos por «*WhatsApp*».

¹⁰⁷ Sobre la cuestión véanse <http://voltaico.lavozdeg Galicia.es/2016/05/app-mensajería-más-utilizada-del-mundo/> y <https://www.similarweb.com/blog/worldwide-messaging-apps> (última consulta el 27 de febrero de 2017)

¹⁰⁸ Véase <https://www.xatakamovil.com/espacio-sony/la-mensajería-instantánea-va-más-alla-de-whatsapp-11-aplicaciones-alternativas> (última consulta el 5 de junio de 2017)

¹⁰⁹ Véase el último estudio existente hasta el momento sobre la cuestión, correspondiente al Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) del mes de febrero de 2016, pág. 18, pregunta nº 30, disponible en http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3120_3139/3128/es3128mar.pdf (última consulta el 27 de febrero de 2017)

¹¹⁰ Policía Nacional, Guardia Civil, y las Policías Autonómicas (Mossos d'Esquadra, Ertzaintza, Policía Foral de Navarra, Policía de Galicia, Policía Canaria)

3.1. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

La mensajería instantánea, conocida también en inglés por el acrónimo IM (Instant Messaging), es una aplicación que consiste en un servicio de comunicación que permite que dos o más personas se comuniquen usando el intercambio de mensajes de texto e imágenes en tiempo real, a través de dispositivos electrónicos (como Smartphone, Tablet, etc.), siempre que esté conectado a Internet.

Hoy en día, hablar de las plataformas y aplicaciones de mensajería instantánea, es referirnos al método para comunicarse más usado. El crecimiento de la mensajería instantánea comenzó con la popularización del «Smartphone».

A modo de ejemplo, y pese a riesgo de no citar algunos, los programas más populares actualmente de mensajería instantánea son: «Skype», «BBM de Blackberry», «Windows Live Messenger (antes MSN Messenger)», «Facebook» «WhatsApp», «Google Hangouts», «iMessage» (de Apple), «Telegram», «Yahoo! Messenger».

La utilización cada vez mayor de la mensajería instantánea, se debe a que cada vez esperamos que las comunicaciones personales y laborales sean más rápidas, empleando un menor tiempo de conexión, y además saber si la persona que lo recibe está disponible en ese momento para responder.

Hasta hace no mucho tiempo, las comunicaciones se llevaban a cabo a través del correo electrónico, pero eso no indicaba la disponibilidad, ni su lectura, pues no era posible saber si la persona que recibía ese email estaba disponible en ese momento para responder, por lo que en muchas ocasiones las respuestas y envíos de correos demoran conversaciones, negociaciones, que se agilizan mucho con el uso de App de mensajería instantánea.

La comunicación en este tipo de aplicaciones se inicia con su instalación y cuando el usuario accede a la misma teclea un nombre y una contraseña, lo

que le conecta a un servidor que verifica la identidad del usuario creando un registro temporal de la conexión y los contactos que tiene en la lista¹¹¹.

A continuación el servidor verifica que contactos están en línea y facilita esa información al usuario, a la vez indicará a los otros usuarios que éste está en línea. El cliente que decida iniciar una conversación, selecciona a la persona a la que le enviará el mensaje, teclea su nombre y lo envía. El destinatario, al contestar, repite el proceso descrito, produciéndose así una conversación. Cuando se sale de la App., el servidor advierte tal circunstancia, informando a los contactos que ya no está en línea.

Las plataformas de *mensajería instantánea*, tienen una estructura lógica, si bien, se rigen por pautas completamente distintas a las redes sociales. En estas aplicaciones, la labor de los prestadores de servicio, se limita a facilitar el tránsito de las comunicaciones; aplicando determinados protocolos de seguridad que garantizan su cifrado. La información que pueden facilitar estos prestadores de servicios se concreta en la constatación del tráfico de comunicaciones, origen y destino de las mismas, datos conservados sobre identidades y nombres de usuario y claves, incluido número de abonado telefónico asociado o IP de referencia¹¹².

Destacar que no se pueden explicar de igual forma, las plataformas de mensajería instantánea (IM), los blogs, y la comunicación a través de redes sociales, ni los emails, pues su funcionamiento es distinto.

La diferencia de este tipo de mensajería con respecto al correo electrónico, conocido también como «e-mail» («electronic mail»); es que, pese a que ambos permiten el envío y recepción de mensajes a otros destinatarios a través de sistemas de comunicación electrónicos, situados en cualquier lugar, a

¹¹¹ Más información, véase <http://aprenderinternet.about.com/od/ChatsForosEtc/a/Que-Es-Im-O-Mensajeria-Instantanea-Y-Como-Funciona.htm> (última consulta el 9 de junio de 2017)

¹¹² Véase RODRÍGUEZ LÁINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, nº 300/2015, de 19 de mayo)», LA LEY, Diario La Ley, Nº 8569, Sección Doctrina, Ref. D-256,25 de junio de 2015, p. 4

través de la red, para la mensajería instantánea es necesario un número de teléfono, mientras que para el e-mail se utiliza principalmente el protocolo SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol* o Protocolo de Transferencia de Correo Simple). Es necesario tener una dirección de correo electrónico, algo parecido a tener una casilla postal, pero sin la necesidad de tener que ir físicamente al lugar para recoger el correo, pues estos llegan directamente al dispositivo electrónico, a la espera de que su destinatario los pueda leer¹¹³.

Los *blogs* funcionan como dominios en los que toda la información que se genera va quedando almacenada en los archivos electrónicos del correspondiente servidor o proveedor de servicios de Internet, incluido el tráfico de comunicaciones residenciado en dicho blog (comentarios, adhesiones, consultas, actualizaciones de contenidos...), hasta que el titular del dominio virtual opta por su borrado. Aun así, es habitual que las empresas proveedoras realicen periódicamente copias de seguridad de estos alojamientos; lo que permitiría, en su caso, recuperar información de estas fuentes, al menos hasta la fecha de la última actualización anterior al borrado¹¹⁴.

Las *redes sociales* tipo «*Facebook*», «*Tuenti*», «*Twitter*», «*Instagram*», «*Google+*», etc., tienen un funcionamiento hasta cierto punto similar al de un blog. En estas aplicaciones, los usuarios aportan y publican imágenes, datos o contenidos multimedia que quedan almacenados en las bases de datos gestionadas por los correspondientes administradores; siendo accesibles a determinadas comunidades de usuarios, respecto de las que se pueden establecer determinados niveles de aceptación o accesibilidad. La información permanecería en las bases de datos del servidor en tanto en cuanto el usuario no decidiera borrarlas, bien por una acción voluntaria¹¹⁵, por causar baja en la comunidad, o por borrado de la App. de la red social. Ante el gran valor,

¹¹³ Para más información véase <http://www.differencebetween.net/technology/difference-between-email-and-im/> (última consulta el 9 de junio de 2017)

¹¹⁴ Véase RODRIGUEZ LAINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio... », Op. Cit., p. 4

¹¹⁵ Véase la STS núm. 515/2013, de 7 de junio, la cual se hizo eco de la imposibilidad de recuperación pericial de mensajes de «*Facebook*» borrados por el usuario titular del perfil o muro correspondiente

cuantitativo y cualitativo, y la trascendencia que supone la información almacenada en estas bases de datos, generalmente de forma gratuita, los grandes proveedores suelen conservar durante espacios de tiempo más o menos prolongados esta información; que suelen usar, aparte de como deferencia al usuario que pudiera decidir reincorporarse a la comunidad (durante el plazo de un mes generalmente), al menos que se sepa, para finalidades estadísticas o de estudios de mercado.

Blogs y redes sociales tienen en común que el sistema de acceso a los mismos se hace a nivel de usuario; por lo que para acceder a una cuenta de dominio, de usuario, perfil o muro de Facebook, o cualquier otra forma por la queramos nombrar lo que no deja de ser una identidad electrónica, debemos emplear un nombre de usuario y clave de acceso. Cada acceso generará unos datos de tráfico que, adheridos a la cabecera IP —IP header— de cada correspondiente paquete de datos, hará accesible información sobre la IP de origen, datación, volumen de información, etc. Evidentemente, estas aplicaciones suelen contar con herramientas de mensajería instantánea, a través de las cuales los usuarios pueden compartir información o, simplemente, conversar; las cuales, no por ello dejan de regirse por las mismas leyes innatas a su naturaleza. De hecho, según los casos, pueden comportarse como herramientas de mensajería instantánea canalizadas a través de la plataforma de la red, o valerse del mismo sistema de red social, como si de una simple utilidad del programa se tratara¹¹⁶.

Sin embargo, pensamos que un asunto común a todas ellas, es decir, a las plataformas de mensajería instantánea, los blogs, la comunicación a través de redes sociales y los «e-mail», y por ende a cualquier plataforma de mensajería instantánea como canal de comunicación que es y por el que se intercambia información a través de texto utilizando dispositivos conectados a la red, en la que circulan datos personales, consideramos que están sometidas a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos¹¹⁷.

¹¹⁶ Véase RODRIGUEZ LAINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio... », Op. Cit. p. 4

¹¹⁷ Véase Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, «BOE» núm. 298, publicado el 14 de diciembre de 1999 en

Además de la recién citada norma, debemos de tener en consideración lo establecido en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así como la «Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América»¹¹⁸.

Sobre el tratamiento de los datos personales, esta directiva dispone que en principio solo se pueden transferir datos a un país tercero si éste garantiza un nivel de protección adecuado de dichos datos.

Resaltar sobre la citada Directiva que la misma será derogada, por un nuevo Reglamento, circunstancia que se producirá definitivamente a partir del 25 de mayo de 2018, y cuya norma es denominada como «REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)»¹¹⁹.

El TJUE, en el año 2015 adoptó la decisión de declarar inválida la Decisión de la Comisión, ya citada, aunque deja abierto la puerta a que «*las autoridades nacionales de control a las que se haya presentado una solicitud pueden, aun*

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750&p=20110305&tn=2> (última consulta el 12 de junio de 2017)

¹¹⁸ Véase Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0520&from=ES> (última consulta el 6 de junio de 2017)

¹¹⁹ Véase Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), n° L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=es> (última consulta el 6 de junio de 2017)

cuando una Decisión de la Comisión declare que un país tercero ofrece un nivel de protección adecuado de los datos personales, examinar si la transferencia de los datos de una persona a ese país respeta las exigencias de la legislación de la Unión sobre la protección de esos datos así como acudir ante los tribunales nacionales, al igual que la persona interesada, con el fin de que éstos planteen una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión».

Estas premisas pueden servir para establecer que la mayoría de las empresas que gestionan las aplicaciones de mensajería instantánea, se llevan fuera de Europa, para que no haya acceso ni control a la información.

A colación en cuanto a normas europeas se refiere, también creemos necesario hacer una referencia al «Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior»¹²⁰, también denominado por algún autor como «Reglamento Eidas»¹²¹. Pues, contempla una serie de obligaciones y requisitos a los prestadores de servicios de confianza digital, entre los que cabe citar: los requisitos para los prestadores cualificados de servicios de confianza, así como los de seguridad aplicables a los mismos, el inicio de un servicio de confianza cualificado, así como las condiciones para la notificación de los sistemas de identificación electrónica, o el cumplimiento en los niveles de seguridad de los sistemas de identificación electrónica.

La importancia de este Reglamento radica en que a partir del día 1 de julio de 2016, es de aplicación general en toda la Unión Europea, lo que supone un

¹²⁰ Véase Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), DO L 257 de 28-8-2014, p. 73. <https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf> (última consulta el 02 de junio de 2017)

¹²¹ Véase ALAMILLO DOMINGO, N., cuando habla de la innovación principal de este Reglamento, se refiere a que «es un modelo regulatorio de fuerte control previo por el supervisor, así como la obligación de certificar la seguridad técnica de los dispositivos empleados para la creación de firma o sello electrónico cualificado, de modo que se alivia enormemente la carga de probar que en efecto una firma o sello electrónico, o un sello de tiempo electrónico, son realmente cualificados»; en «Los servicios de confianza y la prueba electrónica», E-book «La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal», Juristas con Futuro, 2016, pág. 150.

importante cambio en la actuación con todo lo que tenga que ver con la identificación electrónica y de los terceros de confianza.

El citado Reglamento, en su art. 3.19 considera «prestador de servicios de confianza», a una *«persona física o jurídica que presta uno o más servicios de confianza, bien como prestador cualificado o como prestador no cualificado de servicios de confianzas»*, y en el apartado 16, del mismo artículo, define «servicio de confianza», como el *«servicio electrónico prestado habitualmente a cambio de una remuneración, consistente en: a) la creación, verificación y validación de firmas electrónicas, sellos electrónicos o sellos de tiempo electrónicos, servicios de entrega electrónica certificada y certificados relativos a estos servicios, o b) la creación, verificación y validación de certificados para la autenticación de sitios web, o c) la preservación de firmas, sellos o certificados electrónicos relativos a estos servicios»*.

Son «prestadores de servicios» cualificados «de confianza» los que hayan obtenido la cualificación establecida en el art. 21.2, 2º, del Reglamento.

Además, también regula las *«listas de confianza»* (art. 22), la *«etiqueta de confianza “UE” para servicios de confianza cualificados»* (art. 23), los *«servicios de confianza cualificados»* (arts. 20 a 24), la *«firma electrónica»* (arts. 25 a 34), los *«sellos electrónicos»* (arts. 35 a 40), el *«sello de tiempo electrónico»* (arts. 41 y 42), los *«servicio de entrega electrónica certificada»* (arts. 43 y 44), la *«autenticación de sitios web»* (art. 45), así como los *«Efectos jurídicos de los documentos electrónicos»* (art. 46)¹²².

Normativas todas ellas, que pensamos que nos pueden aportar algo más de garantía en cuanto a la protección de datos se refiere, aunque no podemos olvidar la circunstancia internacional o transfronteriza de los mismos.

¹²² Véanse las «Directrices técnicas para proveedores de servicios fiduciarios» o *«Technical Guidelines for Trust Service Providers»*, disponible en la página web de la Agencia Europea ENISA: <https://www.enisa.europa.eu/topics/trust-services/technical-guidelines> (última consulta el 2 de junio de 2017)

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE WHATSAPP

«*WhatsApp*» “tal y como se conoce comúnmente a la aplicación «*WhatsApp Messenger*»” es una aplicación de mensajería instantánea que permite, de manera bidireccional o multidireccional, el envío y la recepción de mensajes de texto, imágenes, notas de audio y archivos multimedia de manera gratuita entre dispositivos electrónicos (como Smartphone, Tablet, etc.), a través del plan de datos móviles o una conexión wifi¹²³. El nombre «*WhatsApp*» es la combinación de «what’s up» (que pasa) y de la abreviatura de «app» (aplicación) en inglés.

Son muchas sus ventajas, como por ejemplo, es fácil de usar, pues tiene una interfaz bastante intuitiva y sencilla, podemos comunicarnos enviando mensajes con cualquier usuario que tenga instalada la aplicación, sin importar en qué país se encuentre la otra persona, está disponible para casi todos los sistemas operativos que existen en el mercado —«Android», «iOS», «Symbian» y «Windows Phone»—, y, por último, su gratuidad, aunque al principio tenía un coste de compra bajo.

Deseamos subrayar las desventajas existentes, como son la posibilidad de que los «*WhatsApp*» puedan ser objeto de manipulación de la conversación, eliminando, por ejemplo, parte de su contenido¹²⁴; lo intrusivo que puede resultar; su seguridad; etc., cuestiones que convierten a «*WhatsApp*» en la aplicación que más problemas ocasiona como medio de prueba de ilícitos penales.

Por un lado, respecto a la posibilidad de manipulación, los «*Whatsapp*» pueden servir para imputarle a una determinada persona la autoría de un previo mensaje interceptado y reenviado posteriormente con su contenido convenientemente modificado. Sirva como muestra, el siguiente dato aparecido en un medio de comunicación digital, en el que se difunde, ya en el año 2014,

¹²³ Más información sobre la aplicación en la siguiente página <http://www.androidpit.es/mejores-aplicaciones-mensajeria> (última consulta el 21 de marzo de 2017)

¹²⁴ Véase SAP de Barcelona núm. 1396/2013, de 7 de noviembre

«que el 40 % de los “WhatsApp” y “SMS” usados en juicios son falsos, según la Asociación de Internautas»¹²⁵.

Esta posibilidad de manipulación es compartida por peritos informáticos, como es el caso de Javier Rubio, perito informático del Colegio de Ingenieros en Informática de Madrid, quien *«ha demostrado la sencillez con la que se pueden manipular los mensajes sin dejar rastro y desaconseja que se usen como pruebas válidas en un juicio, pues la manipulación “no deja rastro”»¹²⁶.*

Rubio explica que la manipulación de los mensajes recibidos de «WhatsApp» es sencilla y no deja rastro, pues *«altera directamente la base de datos en la que se almacenan»* dentro del smartphone. Así como que *«los mensajes alterados pueden pasar perfectamente por auténticos y, ni siquiera un examen forense realizado por un perito informático, podría certificar que no han sufrido manipulación. La posibilidad de que los mensajes puedan ser manipulados de forma tan sencilla, genera una inseguridad muy alta cuando se presentan mensajes intercambiados mediante esta aplicación como prueba en procedimientos judiciales».*

La Asociación de internautas, al respecto, en una publicación de junio de 2016, y en otra de junio de 2013¹²⁷, en su página web, divulga un informe en el que documenta sobre las distintas posibilidades y modos de crear y alterar los mensajes recibidos de «WhatsApp», sin necesidad de tener grandes conocimientos técnicos. Como ejemplo, *«[...] se puede simular el envío y recepción de mensajes a los demás. Usted pone el teléfono de la persona que escribe el mensaje y elegir si usted está recibiendo o enviando. Con esto usted*

¹²⁵ Véase <http://www.publico.es/actualidad/40-whatsapps-y-sms-usados.html>, Diario Público, (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹²⁶ Sobre esta cuestión véase <http://www.hoy.es/tecnologia/201510/05/mensajes-whatsapp-pueden-falsificar-20151005183532.html> (última consulta el 23 de mayo de 2017)

¹²⁷ Véanse las publicaciones de junio de 2016 y junio de 2013, respectivamente, <https://www.internautas.org/html/8474.html> y <http://seguridad.internautas.org/html/4452.html> (última consulta el 18 de marzo de 2017)

puede generar un SMS mensaje corto con el texto que quiera y la hora, minutos, segundos, suplantando al original recibido por otro persona»¹²⁸.

Una de las técnicas más usadas y avanzada que la anterior, para alterar los «WhatsApp», es descargando la base de datos de la aplicación que almacena nuestro terminal al obtenerse los permisos de «root»¹²⁹, almacenar dicha información en un ordenador y, posteriormente, modificarlos con programas accesibles al público, como «WhatsApp Toolbox»¹³⁰, «Fake SMS Sender - SMS falsos»¹³¹, «SQLite Editor»¹³², o «SQLiteStudio»¹³³, entre otros. Una búsqueda rápida por internet de «¿cómo falsificar mensajes de “WhatsApp”?», nos devuelve aplicaciones, herramientas y videos de cómo realizarlo.

Dado que los mensajes de «WhatsApp» son una realidad en el ámbito legal, cabe destacar, la publicación de fallos contradictorios. Hay asuntos en los que han sido admitidos «WhatsApp» como medio de prueba, por la simple aceptación, o no impugnación¹³⁴, y en otros en los que no se han admitido; como medio de prueba, por la negativa del acusado a reconocer la autoría o no haber resultado debidamente probada¹³⁵.

¹²⁸ Vid. <https://www.internautas.org/html/8474.html> (última consulta el 18 de marzo de 2017)

¹²⁹ Por «root», en el argot informático, se entiende el acceso a un dispositivo móvil con los permisos de «superusuario». Esto es, permite al usuario tener privilegios elevados para sobrepasar las limitaciones que impone el fabricante de hardware o la operadora que vendió el Smartphone, Tablet. Este acceso, tiene la capacidad de reemplazar las distintas aplicaciones del sistema, sus configuraciones, o ejecutar software especializado que de otra forma es inaccesible. Véase <https://hipertextual.com/archivo/2014/01/acceso-root-android/> (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹³⁰ Véase http://blackenvelope.net/apps/whatsapp_toolbox (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹³¹ Se puede descargar en <https://play.google.com/store/search?q=Fake+SMS+Sender> (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹³² Se puede descargar en <https://play.google.com/store/search?q=sqlite+editor> (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹³³ Véase <http://www.redeszone.net/2015/10/02/asi-se-pueden-falsificar-los-mensajes-de-whatsapp/> (última consulta el 24 de abril de 2017)

¹³⁴ Véase SSTS número 126/2015, de 12 de mayo («WhatsApp»); 258/2015, de 8 de mayo (Chats); 264/2015, de 7 de mayo («Twitter»); 298/2015, de 13 de mayo («WhatsApp»); 899/2014, de 26 de diciembre («WhatsApp»); 112/2014, de 23 de septiembre («Facebook» y «SMS»)

¹³⁵ Véase STS núm. 836/2014, de 11 de diciembre, SAP de Pontevedra, núm. 10/2014, de 10 de enero, y SAP de Cádiz, núm. 31/2014, de 28 de enero

Es decir, del estudio de la jurisprudencia, se observan dos cosas. Por un lado, cuando «WhatsApp» es aceptado o no impugnado, se admite, y cuando el acusado niega su autoría, o esta no está probada, no es considerado como prueba.

Dada la facilidad para manipular este tipo de pruebas, es lo que hace que los Tribunales, se vean obligados a tener una «especial cautela» para su valoración. De este asunto se ha ocupado el TS en sendas sentencias de 19 de mayo y 27 de noviembre de 2015, siendo la más destacada la número 300/2015, de 19 de mayo, y aunque se trate de la mensajería instantánea «Tuenti», destacar que es perfectamente extrapolable a «WhatsApp»: «[...] *la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. 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 cualquier de estas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante 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*».

Esta sentencia desplaza la carga de la prueba a quien pretenda aprovecharse de la prueba electrónica, considerando que la prueba pericial informática será indispensable a la hora de identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido.

Por otro lado, considerar «WhatsApp» intrusivo, pues, para la correcta instalación de la aplicación, es necesario aceptar todos los permisos. Entendiendo por un lado, que estos son excesivos en relación a las funciones

que presta la aplicación, acceso a fotos, archivos, micrófono, agenda, etc.¹³⁶, y por otro, que no ofrecen una información clara sobre cómo van a ser utilizados, recopilados, y divulgados los datos.

No podemos olvidar que la utilización o el uso inadecuado de los datos personales de los usuarios, — no sabemos por quién, ni como— podría suponer un grave riesgo a la protección de los datos. Pues, en muchas aplicaciones existentes, no es posible encontrar información relativa a la privacidad y al destino de la información recopilada, antes de proceder a su instalación.

Insistir en que «*WhatsApp*», como prestador de servicios de comunicación, transfiere total o parcialmente a un país tercero (California, Estados Unidos) los datos de los residentes de la Unión Europea, donde son objeto de tratamiento¹³⁷.

Por tanto, la garantía que ofrece el nivel de protección como país tercero, es escasa, y además «*WhatsApp*» tiene las desventajas citadas anteriormente por las desventajas expuestas, a lo largo del presente trabajo. Sobre «*WhatsApp*» humildemente proponemos, que sería conveniente tenerlas todas ellas en cuenta, en cuanto a lo que medio de prueba judicial se refiere, sabiendo que existen otras aplicaciones alternativas que son respetuosas con la protección de datos, y nos evitan estos inconvenientes¹³⁸.

Los siguientes niveles que vamos a tratar, aunque se refieren a intrusiones ajenas, que en principio poco parece que tengan que ver con «*WhatsApp*», sin embargo, no por ello debemos olvidar, que los dispositivos móviles («*Smartphone*») sí que están expuestos a ellos. Indicar que la intrusión más habitual de «*WhatsApp*», es la que se realiza desde el propio terminal teléfono.

¹³⁶ Sobre los permisos de «*WhatsApp*», pueden verse http://www.tecnoplora.com/apps/permisos-que-whatsapp-pide-instalarse-uno-uno_2014070257f787b70cf2fd8cc6aa8c89.html, así como la web oficial <https://faq.whatsapp.com/es/bb10/28095296> (última consulta el día 10 de junio de 2017)

¹³⁷ Véase apartado 1.3 del presente trabajo, «Especial atención a la mensajería instantánea»

¹³⁸ Entre otras aplicaciones, con idénticas prestaciones a «*WhatsApp*», podemos citar: «*Noysi*», «*Slack español*», en ambas aplicaciones sus servidores se encuentran en España.

RODRÍGUEZ LAINZ, reconoce tres niveles de intrusión. Considerados uno básico, «*que partiría del ataque a las vulnerabilidades de seguridad de una red local Wi-Fi. Pues, la sola intrusión ya supone la posibilidad de imputar a las IP que se asignen al router o punto de acceso el origen de una determinada comunicación; como sugiriera la STS núm. 987/2012, de 3 de diciembre [...].* El segundo nivel lo considera más devastador, pues, pasaría por desvelar el nombre de usuario o contraseña de perfiles concretos de redes sociales. «*Como software malicioso, del tipo de troyanos, spywares o keyloggers, que permiten hacer establecer un control remoto del terminal o acceso a las pulsaciones del teclado del terminal objeto de intrusión [...].* Y por último, el tercer nivel, podría no dejar rastro alguno en el terminal objeto de intrusión, ya que copiaría o clonaría la MAC, o el número asignado que identifica al terminal físico que interconecta con la red, «*mediante el empleo de programas conocidos como ARP Spoofing, o tipo spoofer, los cuales suelen dificultar la trazabilidad de la comunicación alojándose en servidores situados físicamente en Estados en los que no es previsible una fácil o fluida comunicación [...].*»¹³⁹.

Por último, el gran problema de la aplicación «WhatsApp», desde sus inicios, ha sido siempre la seguridad¹⁴⁰. Su falta de seguridad colocaba a la aplicación en una situación comprometida, pues aparecieron servicios similares, lo que provocó su mejora, y el fin a las críticas vertidas. Esta situación se ha solucionado con el «*cifrado de extremo a extremo*» —«E2EE» («end-to-end») —, que se puso en funcionamiento en abril de 2016¹⁴¹.

¹³⁹ Véase RODRIGUEZ LAINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio... », Op. Cit.

¹⁴⁰ En este sentido véanse «La seguridad de “WhatsApp” era un chiste» en <http://www.lopdat.es/noticias/como-funciona-el-cifrado-extremo-extremo-de-whatsapp-y-que-implicaciones-tiene-para-la> (última consulta el 27 de mayo de 2017), y en <https://www.xataka.com/seguridad/como-funciona-el-cifrado-extremo-a-extremo-de-whatsapp-y-que-implicaciones-tiene-para-la-privacidad> (última consulta el 27 de mayo de 2017), así como «El funcionamiento de “WhatsApp” y sus problemas de seguridad» http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/derecho-penal/item/2946-las-conversaciones-de-whatsapp-como-medio-de-prueba-en-el-proceso-penal-revision-de-algunos-casos?utm_content=buffer2bcf9&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer (última consulta el 27 de mayo de 2017)

¹⁴¹ Véase informe obtenido de la página oficial «WhatsApp. Encryption Overview» (WhatsApp. Descripción del cifrado) <https://www.whatsapp.com/security/WhatsApp-Security-Whitepaper.pdf> (última consulta el 2 de abril de 2017)

Para poder entender las diferencias existentes antes y después del cifrado de extremo a extremo, es necesario tener en cuenta dos cuestiones. Una de ellas, es el examen realizado por la empresa *Electronic Frontier Foundation*, dedicada a analizar los mecanismos de seguridad en internet. En noviembre de 2014 decía que «*WhatsApp*» solo cumplía dos de los siete parámetros clave de un buen sistema de cifrado, y dos años después, en abril de 2016, que cumple seis de siete, a falta tan solo de uno¹⁴².

Otro aspecto a destacar, es la forma en la que se gestionan las claves de cifrado de extremo a extremo que utiliza actualmente «*WhatsApp*», que solo se almacena en cada uno de los dispositivos de cada usuario. Sistema que difiere de otros de mensajería instantánea y de redes sociales o servicios en internet en los que las claves además de almacenarse en los dispositivos, lo hacen en servidores centralizados.

Eso hace que tanto las empresas como los gobiernos puedan tener acceso a dichos datos, y supone también una forma de que hackers y crackers puedan tratar de violar nuestra privacidad.

Los responsables de «*WhatsApp*» han publicado un documento técnico en el que se explica con más detalle el sistema de cifrado, basado en el protocolo Signal (antes conocido como Axolotl¹⁴³) diseñado por la empresa *Open Whisper Systems*¹⁴⁴.

En el documento se explica el proceso con el cual se van utilizando y eliminado claves de un solo uso durante el proceso de comunicación tanto entre comunicaciones de usuario a usuario como en las comunicaciones de grupos,

¹⁴² Véase examen <https://www.eff.org/es/node/82654> (última consulta el 2 de abril de 2017)

¹⁴³ Véase <https://whispersystems.org/blog/signal-inside-and-out/> (última consulta el 21 de marzo de 2017)

¹⁴⁴ Véase documento oficial de «*WhatsApp. Encryption Overview. Technical white paper*» en <https://www.whatsapp.com/security/WhatsApp-Security-Whitepaper.pdf> (última consulta el 21 de marzo de 2017)

para los que existe una implementación ligeramente distinta que toma en cuenta ese escenario en el que lógicamente también se produce ese cifrado extremo a extremo. Las comunicaciones y los adjuntos que se envían también están cifrados.

Este nuevo sistema de seguridad ha recibido halagos, pues realiza una explicación «distinta» del funcionamiento del protocolo, considerando el cifrado de extremo a extremo diseñado para evitar que «WhatsApp» y terceras partes tengan acceso al texto plano, tanto de las llamadas como de los mensajes. Y es más, incluso las claves de cifrado de un dispositivo de usuario, no podrán descifrar mensajes transmitidos con anterioridad, ni ser usadas para volver atrás en el tiempo¹⁴⁵.

El nuevo cifrado que ofrece «WhatsApp» no solo implica una prácticamente impenetrable privacidad de los usuarios de la aplicación, sino también frente a terceros sin legitimidad como pueden ser los hackers, así como a terceros con legitimidad para hacerlo»¹⁴⁶.

Aunque este sistema parezca ideal para preservar la intimidad y seguridad de nuestras conversaciones, el hecho de que «Whatsapp» no almacene copia de lo que enviamos en sus servidores supone un quebradero de cabeza para aquellos procesos penales en los que se ha aportado, como prueba por alguna de las partes, las comunicaciones a través del servicio de mensajería instantánea, pues el cifrado de extremo a extremo («*end-to-end*») no permite a las autoridades acceder a los mensajes.

En los aparatos electrónicos con aplicaciones de mensajería instantánea, podemos considerar la existencia de dos tipos de información, una la «*información transmitida*» y otra la denominada como «*metadatos*». La

¹⁴⁵ Véase <https://www.slideshare.net/ChristineCorbettMora/axolotl-protocol-an-illustrated-primercodexgalactic.com/2014/01/27/axolotl-protocol-for-cryptographically-secure-messaging/> (última consulta el 21 de marzo de 2017)

¹⁴⁶ Víd. Siempre Derecho. El blog del despacho Cremades & Calvo-Sotelo. Encriptación punto a punto de WhatsApp y estado, <http://www.cremadescalvosotelo.com/blog/2016/04/encriptacion-punto-punto-de-whatsapp-y-estado/> (última consulta el 21 de marzo de 2017)

información transmitida, es decir la ya emitida, no es conservada en ningún servidor externo perteneciente al administrador, por lo que sólo se conserva en los dispositivos de quienes se comunican¹⁴⁷.

Por el contrario, los denominados metadatos o datos de tráfico, esto es, la información generada por los usuarios al hacer uso de las tecnologías digitales¹⁴⁸, sí son accesibles y por tanto susceptibles de ser facilitados e interceptados mediante la correspondiente autorización judicial. Estos son: la constatación del tráfico de las comunicaciones, origen y destino de las mismas, datos conservados sobre identidades y nombres de usuario y clases, el número de abonado telefónico asociado a la IP.

3.3. REFERENCIA A LA STS 300/2015, DE 19 DE MAYO

La Sala de lo penal del TS ha dictado sentencia núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015, (en adelante 300/2015), en la que se afianzan criterios para aceptar como fuerza probatoria a las capturas de pantalla o «pantallazos», en los que se refleja el contenido de mensajes enviados a través de mensajería instantánea.

La Sala en esta sentencia quiere puntualizar una idea básica: que «la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas», pues, «la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales [...], forma parte de la realidad de las cosas». El Alto Tribunal continúa afirmando «el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo». Por tanto, «será indispensable» la

¹⁴⁷ Véase RODRIGUEZ LAINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio...», Op. Cit. pp. 6-7

¹⁴⁸ PÉREZ ASTUDILLO, N., «Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso», Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos digitales de Formación nº 3, 2015, p. 8

realización de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de sus interlocutores y la integridad de su contenido.

Continúa la resolución afirmando 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 pretende aprovechar su idoneidad probatoria».

La Sentencia de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo número 300/2015, de 19 de mayo, se ha convertido en uno de los pronunciamientos más importantes en lo que se refiere a la impugnación de la autenticidad de las conversaciones mantenidas en aplicaciones de mensajería instantánea. En primer lugar, el TS desplaza la carga de la prueba a quien pretende aprovecharse de ella, esto es, *«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 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»* (FJ. 4º in fine).

Advertimos que se debe tener presente que la sentencia a la que estamos haciendo referencia (300/2015) se falló antes de que entrara en vigor determinadas modificaciones a la LECrim¹⁴⁹.

Y en ese sentido la publicación de la sentencia, se enmarca en un momento huérfano de regulación efectiva sobre el procedimiento de la prueba electrónica. Consiste eso sí, en una de las primeras pronunciamientos jurisprudenciales sobre la misma.

¹⁴⁹ Véase «Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», cuya entrará en vigor se produjo el día 6 de diciembre de 2015, con excepción de los apartados uno, tres, cuatro, cinco y seis del artículo único que lo harán el 1 de noviembre de 2015, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725 (última consulta el 11 de junio de 2017)

La STS 300/2015, pese a entrar a valorar una cuestión sobre la aplicación de mensajería instantánea bidireccional «*Tuenti*», puede ser extrapolada a «*WhatsApp*», ya que establece un criterio único en cuanto a la autenticidad de los mensajes instantáneos, que deberá ser seguido por los tribunales españoles¹⁵⁰.

Además, consideramos que la repercusión de la sentencia sobre los «pantallazos» se debe, por un lado, a la necesidad de resoluciones que demandaba este campo, y por otro, a los requisitos de validez que deben cumplir como prueba los mismos.

El Tribunal establece criterios para la eficacia probatoria de los «pantallazos», y es que *«las conversaciones mantenidas [...], incorporadas a la causa mediante "pantallazos" obtenidos a partir del teléfono móvil de la víctima, no son propiamente documentos a efectos casacionales. Se trata de una prueba personal que ha sido documentada a posteriori para su incorporación a la causa. Y aquéllas no adquieren de forma sobrevenida el carácter de documento para respaldar una impugnación casacional. Así lo ha declarado de forma reiterada esta Sala en relación, por ejemplo, con las transcripciones de diálogos o conversaciones mantenidas por teléfono, por más que consten en un soporte escrito o incluso sonoro (por todas, SSTS 956/2013 de 17 diciembre; 1024/2007, 1157/2000, 18 de julio y 942/2000, 2 de junio)»* (FJ 2º).

El TS, por tanto, es consciente de la posibilidad de que cualquier persona con conocimientos tecnológicos suficientes podría crear pruebas electrónicas falsas. En este sentido se refiere BUENO DE MATA al considerar que *«la justicia vuelve a caer en errores del pasado y cierra la puerta a una modernización efectiva»*¹⁵¹.

¹⁵⁰ En este sentido véase: «WhatsApp: Importante sentencia sobre su validez en juicio». Publicado en el Blog personal de Manuel Pomares en <https://www.euroresidentes.com/empresa/derecho-mercantil/whatsapp-importante-sentencia-sobre-su-validez-en-juicio> (última consulta el 30 de octubre de 2016)

¹⁵¹ Véase BUENO DE MATA, F., «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica», La Ley, Diario La Ley, Nº 8728, Sección Tribuna, Ref. D-126, 23 de marzo de 2016

Continua, el citado autor, manifestando que *«este tipo de prueba será realmente bien tratada cuando dejemos de permitir “mutar” la naturaleza de una prueba electrónica con componentes intangibles en cuestiones digitales o incluso analógicas a través de la impresión y conversión de algo electrónico en algo físico como el papel»*¹⁵².

Y acaba defendiendo *«que la aportación de este tipo de material probatorio se realice a través de dispositivos electrónicos con el fin de preservar su propia naturaleza»*¹⁵³.

Los «pantallazos» o «captura de pantalla» de una determinada aplicación, como puede ser *«WhatsApp»*, *«es únicamente aquello que el desarrollador ha decidido exteriorizar. Elementos que adoptan una forma más visual y comprensible para el usuario, pero que en realidad no es la totalidad de lo que se encuentra almacenado en el soporte electrónico de que se trate»*¹⁵⁴.

Por tanto, reflejar únicamente lo dicho en un documento electrónico, bien sea público, bien sea privado, va a suponer la pérdida de importante información, lo que ocasionará que reduzca valor probatorio ante la impugnación de la otra parte.

La impresión (en papel) de un mensaje enviado por *«WhatsApp»*, para su posterior aportación al proceso judicial, supone omitir datos importantes de los que puede depender la valoración que finalmente se haga de los mismos. Pues, no se está dejando constancia de la integridad de los medios en los que originariamente se almacena la información, y en particular su preservación a los efectos de posteriores comprobaciones e informes. Considerando que la

¹⁵² Véase BUENO DE MATA, F., «La validez de los pantallazos... », Op. Cit.

¹⁵³ Véase BUENO DE MATA, F., «La validez de los pantallazos... », Op. Cit.

¹⁵⁴ Véase CARRASCO MAYANS, S., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, (Coords. OLIVA LEÓN, R y VALERO BARCELÓ, S.), Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales, Septiembre 2016, p.

transcripción y presentación en papel debe limitarse a facilitar su lectura, lo importante es la prueba del documento electrónico en su soporte original.

Para los documentos electrónicos se cuenta con herramientas que nos permiten crear una huella digital del mismo o códigos «*hash*»¹⁵⁵, de tal forma que cualquier cambio, realizado sobre el mismo, por pequeño que sea, sería detectado. Además de permitirnos realizar duplicados idénticos del original y poder probar en cualquier momento que se corresponden plenamente con el original.

Además, la citada Sentencia del Alto Tribunal también habla de: «*La impugnación de la autenticidad de cualquiera de estas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria*». Lectura de la cual se puede extraer, que el Alto Tribunal está tratando de manifestar, que quien quiera hacer valer una conversación de mensajería como prueba en juicio, debe aportar prueba de que efectivamente es auténtica.

Por tanto, a partir de esta sentencia quien quiera hacer valer una conversación de «*WhatsApp*» como prueba en juicio, deberá aportar prueba de su autenticidad. Pese a la facilidad de manipulación que ya se ha puesto de manifiesto¹⁵⁶.

Este como cualquier otro medio de prueba que se proponga en un proceso, deberá ser obtenido de forma lícita, es decir, de forma que, directa o indirectamente, no se violenten los derechos o libertades fundamentales¹⁵⁷. En

¹⁵⁵ El código «*hash*» es una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca dicho documento

¹⁵⁶ Vid. ¿Se pueden manipular bajo el control de un virus troyano nuestros SMS y WhatsApp?, Publicado en la página web de la Asociación de Internautas. En este documento se demuestra cómo se pueden manipular nuestros «SMS» y «WhatsApp» bajo el control de un virus troyano o de forma manual y encausar a un inocente en un juicio o viceversa. <http://www.internautas.org/html/8474.html> (última consulta el 30 de octubre de 2016)

¹⁵⁷ Artículo 11.1 de la LOPJ «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

otras palabras, el primer presupuesto de la aceptación de un mensaje de «WhatsApp» como prueba en un procedimiento, es que en su obtención no se hayan vulnerado ni el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones¹⁵⁸.

Advertir, que lo que se trata con este tipo de conversaciones, no es otra cosa que la reproducción de la palabra, la imagen y/o el sonido, por lo que nos encontramos ante medios de prueba electrónica, compuesto del soporte material (en nuestro caso «WhatsApp», sería el smartphone), de la información que contiene el soporte, y de su posible relevancia jurídica.

Respecto de la manipulación, el TS, en esta sentencia, es consciente de la volatilidad de las comunicaciones bidireccionales que se dan en redes sociales, reconociendo que las mismas deben ser abordadas «con todas las cautelas». Porque «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».

En cuanto a la prueba pericial electrónica, debemos de tener en consideración el momento en que ha de realizarse su práctica, pues si nos fijamos en el FJ. 4º de la STS 300/2015, que dice: «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».

Respecto a los informes periciales, de los que habla la citada sentencia, estamos de acuerdo en la misma línea que RODRÍGUEZ LAINZ, pues, «en no pocas ocasiones una prueba electrónica o soporte basado en una prueba electrónica ha de someterse a complejas y costosas herramientas de corroboración para que la misma pueda tener plena fuerza probatoria»¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Véase artículo 18 de la CE

¹⁵⁹ Véase RODRÍGUEZ LÁINZ, J.L., «Sobre el valor probatorio de... », Op. Cit.

A la vista de los acuerdos de varias Salas de Gobierno de Tribunales Superiores de Justicia, en los que se dispone la transcripción a soporte papel de las informaciones testificales o periciales, que se graban en soporte digital durante la fase de instrucción.

Sobre esta cuestión la Comisión permanente del CGPJ ha aprobado un informe, el pasado 20 de abril de 2017, en el que se establece que *«las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse [...]»*, por lo que *“tales prácticas no se ajustarían al ordenamiento jurídico”*, sobre la base del art. 230.3 de la LOPJ. Como ya habían acordado las Salas de Gobierno de varios Tribunales Superiores de Justicia en sentido contrario.

Por último, resulta curioso como el propio TS en la 300/2015 expone lo fácil que es manipular una prueba de este tipo —los pantallazos—, y defiende la conveniente que es aportar un dictamen pericial para verificar la autenticidad de este tipo de pruebas. Y sin embargo el propio Tribunal en la misma sentencia admite una prueba, que no es tan siquiera prueba electrónica, y además no cumple con ninguna de sus advertencias.

En otras palabras, el Tribunal Supremo es consciente de que la prueba electrónica encaja dentro del contenido del apartado tercero del art. 299 de la LEC, de ahí que, si se impugna la transcripción de una conversación o los «pantallazos» realizados a la misma, ello no tiene validez alguna, pues hay que cuestionar el soporte original de almacenamiento de las conversaciones. En cualquier caso, esta valoración no queda exenta de polémica, pues muchos autores siguen considerando que la conversación que queda registrada en un soporte informático es un documento, digital, pero al fin y al cabo un documento.

Finalmente, estipula que *«la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. 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» (FJ. 4º in fine).

Por tanto, a la técnica de las capturas de pantalla se le otorgará valor probatorio siempre y cuando se certifique la autoría y la autenticidad de las conversaciones. En otras palabras, el TS, consciente de la fácil manipulación de las conversaciones de WhatsApp y de la difícil determinación de la autoría de las mismas, ofrece poca eficacia a la técnica del «pantallazo», pues claramente tiene que ir acompañada de la práctica de una prueba pericial informática o de la aportación del sistema original de almacenamiento de la información del teléfono móvil. Así y a falta de su reconocimiento expreso por la otra parte, será necesario un informe pericial que identifique el teléfono emisor de los mensajes delictivos, o una prueba testifical que acredite su remisión.

Tras haberse publicado esta Sentencia, una de las cuestiones que mayor problemática ha suscitado ha sido la de la privatización del proceso. En este sentido, muchos autores advierten lo que significa que el TS dé prioridad a la práctica de prueba pericial informática y además desplace la carga de la prueba hacia quien pretende valerse de ella. Pues bien, es recomendable que, teniendo en cuenta los bienes jurídicos que están en juego, sea el mismo órgano jurisdiccional el que de oficio mande efectuar la pericial informática valiéndose de los funcionarios públicos especializados en la materia. Es recomendable, entonces, exigir de oficio la práctica de prueba pericial informática, pues de realizarse a instancia de parte colisionaría con la capacidad económica de la víctima.

CONCLUSIONES

- Primera.** El uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia, tanto por el «papel cero», como por el «expediente judicial electrónico» es muy positivo, pues sirve al Derecho fundamental de la Tutela Judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, pero no se nos puede olvidar que su implantación y aplicación práctica debe realizarse de modo correcto y seguro.
- Segunda.** La concepción de la prueba electrónica, según la teoría autónoma, sostiene que la prueba electrónica es independiente de la prueba documental, y en la que la regulación de la LEC (arts. 382 a 384) se ve justificada.
- Tercera.** La transcripción desde el soporte digital a soporte papel, es una medida facilitadora del manejo de las grabaciones, y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones en la sede judicial y a disposición de las partes, por lo que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal, y su uso debe limitarse a facilitar su lectura. Pues, tratándose de documentos que contienen archivos informáticos, tecnológicos o audiovisuales, sólo el original puede constituir verdaderamente fuente probatoria al ser el único elemento que posibilita la contradicción y su valoración pericial por expertos.
- Cuarta.** Cuando una parte aporta como prueba una grabación de «WhatsApp», deben cumplirse una serie de circunstancias para la valoración judicial, como la inexistencia de una impugnación, reconocimiento expreso de la conversación por parte del otro interlocutor, o la prueba pericial, pues, es, a día de hoy, la mayor garantía para conseguir el reconocimiento del valor probatorio.

- Quinta.** La prueba electrónica se enmarca en el medio de prueba del art. 299.3 de la LEC, pues entendemos que no queda encuadrada por ningún otro medio expresamente previsto en los apartados anteriores de este mismo artículo.
- Sexta.** Respecto del indispensable peritaje informático, pensamos que cualquier conversación aportada en un proceso judicial, en la que no se haya estudiado o valorado por el perito informático ambos extremos de la comunicación (emisor y receptor), podría estar validando mensajes que podrían haber sido modificados. Por lo que convendría confrontar la supuesta conversación con otro tipo de pruebas, así como poder tener en cuenta la postura de las partes implicadas.
- Séptima.** Nos parece bien el aporte de las capturas de pantalla o «pantallazos» de «WhatsApp», o su pericial, teniendo muy en consideración que la preservación de la cadena de custodia en la obtención y conservación de la prueba, es tanto un presupuesto esencial en la admisibilidad de mensajes de «WhatsApp», como un elemento fundamental para la validez y admisibilidad de la misma.
- Octava.** Resaltar lo difícil que será que el soporte que contiene la información, y por tanto la prueba, permita considerar que nos hallamos ante una prueba fehaciente, ni aún con la fe del Letrado de la Administración de Justicia al no ser un experto en este tipo de materia.
- Novena.** Por las desventajas expuestas «Whatsapp», lugar de custodia de los datos personales, la dificultad de los registros transfronterizos, la manipulación, el intrusismo, etc., y en lo que a medio de prueba judicial se refiere, nos atrevemos a proponer que se utilicen otras aplicaciones alternativas más respetuosas, con las desventajas expuestas, y que nos eviten ciertos inconvenientes.

Décima. La posición del Tribunal Supremo sobre la prueba electrónica, resulta contradictoria, pese a su considerable doctrina sobre la misma. A nuestro parecer, respecto de la STS 300/2015, de 19 de mayo, pensamos que el tribunal adopta una posición contradictoria, entre las propias valoraciones recogidas en la sentencia, y la admisión que realiza sobre las conversaciones objeto del recurso.

Undécima. El Hash, constituye una técnica informática importante en lo que al aseguramiento de la prueba electrónica se refiere. Se trata de una copia exacta de toda la información digital contenida en un soporte electrónico e identificando la información que se copia de forma única. La utilización del mencionado elemento —Hash— reduce considerablemente las dificultades probatorias y aseguran la originalidad del documento.



BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., «Valoración de los medios de prueba en el proceso civil», disponible en <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>
- ALAMILLO DOMINGO, N., «Los servicios de confianza y la prueba electrónica», E-book *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016
- ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp como fuente de prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba». *Derecho procesal civil. El proceso civil*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La prueba penal». *Derecho procesal penal*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- BUENO DE MATA, F., «La validez de los pantallazos como prueba electrónica: comentarios y reflexiones sobre la STS 300/2015 y las últimas reformas procesales en materia tecnológica», *La Ley*, Diario La Ley, Nº 8728, Sección Tribuna, Ref. D-126, 23 de marzo de 2016
- CALAMANDREI, P., *La génesis lógica de la sentencia*, que puede consultarse en Sentís Melendo, S. en «Estudios sobre el proceso civil», Buenos Aires, 1945
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000

- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Medios probatorios», *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, 1ª edición, LA LEY, Madrid, octubre 2010
- CARRASCO MAYANS, S., «La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica», en *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, (Coords. OLIVA LEÓN, R. y VALERO BARCELÓ, S.), Juristas con Futuro, Colección Desafíos Legales, Septiembre 2016
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Los procesos penales* (obra colectiva), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2000
- DE URBANO CASTRILLO, E., «La regulación legal de la prueba electrónica: una necesidad pendiente», Wolters Kluwer, La Ley Penal, Nº 82, Sección Estudios, Mayo 2011
- DELGADO MARTÍN, J., «La prueba electrónica en el proceso penal», LA LEY, Diario La Ley, nº 8167, Sección Doctrina, 2013
- DELGADO MARTÍN, J., «La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración», *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Diario La Ley, Nº 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017
- DELGADO MARTÍN, J., «La valoración de la prueba digital», *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Diario La Ley, Nº 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017
- FUENTES SORIANO, O., «Las comunicaciones telemáticas: práctica y valoración de la prueba», en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (Coord. FUENTES SORIANO, O.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016
- GARCÍA PAZ, D., «La prueba indiciaria en el proceso penal», LA LEY, Diario La Ley, Nº 8374, Ref. D-274, Sección Tribuna, Año XXXV, 10 de septiembre de 2014

- GARCÍA TORRES, M.L., «La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, según ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Especial referencia al proceso civil», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, www.riedpa.com, núm. 3-2011
- GASCÓN INCHAUSTI, F., «La e-Justicia en la Unión Europea: balance de situación y planes para el futuro», en *Presente y Futuro de la e-Justicia en España y la Unión Europea* (Coord. SENÉS MOTILLA, C.), Navarra, 2010.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. 5ª edición, Colex editorial, 2014
- 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*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2009
- JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1977
- JIMÉNEZ CONDE, F., *El interrogatorio de partes en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2007
- JURADO SALAZAR, A., «Valor probatorio del documento electrónico», *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Maracaibo, Venezuela, Vol. V, nº 1 (enero-junio 2011)
- MONTERO AROCA, J., *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, en III Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006
- PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos probatorios y soportes informáticos*, Aranzadi, Navarra, 2013

- PÉREZ ASTUDILLO, N., «Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso», Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Cuadernos digitales de Formación nº 3, 2015
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Atelier, Barcelona, 2008
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., «Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial», LA LEY, Diario La Ley, nº 8487, Sección Doctrina, Ref. D-68, 24 de febrero de 2015
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, nº 300/2015, de 19 de mayo)», LA LEY, Diario La Ley, Nº 8569, Sección Doctrina, , 25 de junio de 2015
- RUBIO ALAMILLO, J., «Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática», Wolters Kluwer, Diario La Ley, Nº 8859, Ref. D-389, Sección Doctrina, 9 de noviembre de 2016
- RUIZ NAVARRO, E., «La Fe Pública Judicial en el proceso penal y los medios de prueba de naturaleza tecnológica», Wolters Kluwer, Diario La Ley, nº 1, Sección Ciberderecho, 12 de diciembre de 2016
- SENTIS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 65, Buenos Aires, 1979
- SEOANE SPIELGEBERG, J. L., *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., «La prueba documental», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Alonso-Cuevillas Sayrol, J. (coord.), dijusa, Barcelona, 2000

- TARUFFO, M., *La prueba de los hechos* (traducción Jordi Ferrer Beltrán), Trotta, Madrid, 2002
- TARUFFO, M., *La prueba*, Marcial Pons, 2008



ENLACES WEB CONSULTADOS

- http://blackenvelope.net/apps/whatsapp_toolbox
- http://cincodias.elpais.com/cincodias/2016/05/10/lifestyle/1462894604_072508.html
- http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/derecho-31/derecho-penal/item/2946-las-conversaciones-de-whatsapp-como-medio-de-prueba-en-el-proceso-penal-revision-de-algunos-casos?utm_content=buffer2bcf9&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer
- http://data.cnmc.es/datagraph/jsp/inf_men.jsp
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aj0007>
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l24226b>
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0520&from=ES>
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0329&from=ES>
- <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10533-las-contenidos-de-whatsapp-como-medio-probatorio-en-el-ambito-de-las-diligencias-urgentes-por-delitos-de-violencia-contra-la-mujer-cuestiones-en-torno-a-su-impugnacion-y-a-la-pract/>
- http://politica.elpais.com/politica/2017/03/04/actualidad/1488647914_007106.html
- <http://seguridad.internautas.org/html/4452.html>

- <http://voltaico.lavozdegalicia.es/2016/05/app-mensajeria-mas-utilizada-del-mundo/>
- http://www.abc.es/sociedad/abci-stalking-nueva-forma-atormentar-traves-internet-201703242052_noticia.html
- <http://www.androidpit.es/mejores-aplicaciones-mensajeria>
- http://www.antena3.com/noticias/sociedad/uno-cada-veinte-espanoles-sufre-adiccion-telefono-movil_2017040458e35b770cf2abec9e092768.html
- http://www.cis.es/cis/export/sites/default-Archivos/Marginales/3120_3139/3128/es3128mar.pdf
- <http://www.cremadescalvosotelo.com/blog/2016/04/criptacion-punto-punto-de-whatsapp-y-estado/>
- <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/el-exito-de-la-banccat-ic-por-christian-onetto/225877>
- http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmjc0NjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwsALi7wyCEAAAA=WKE
- <http://www.hoy.es/tecnologia/201510/05/mensajes-whatsapp-pueden-falsificar-20151005183532.html>
- http://www.ine.es/dynqs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiDatos&idp=1254735572981
- <http://www.interior.gob.es/documents/10180/3066430/Informe+Cibercriminalidad+2015.pdf/c10f398a-8552-430c-9b7f-81d9cc8e751b>
- <http://www.internautas.org/html/8474.html>
- <http://www.lopdat.es/noticias/como-funciona-el-cifrado-extremo-extremo-de-whatsapp-y-que-implicaciones-tiene-para-la>

- http://www.mjusticia.es/estatico/cs/mjusticia/pdf/PEModernizacion2009_2012.pdf
- <http://www.monografias.com/trabajos67/tics/tics.shtml#ixzz4c3q023s0>
- <http://www.publico.es/actualidad/40-whatsapps-y-sms-usados.html>,
[Diario Público](#)
- <http://www.redeszone.net/2015/10/02/asi-se-pueden-falsificar-los-mensajes-de-whatsapp/>
- <http://www.socinfo.info/contenidos/pdf26mayo06/p58-66seguros.pdf>
- <http://www.ticsalut.cat/flashticsalut/html/es/articulos/doc34875.html>
- <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117es.pdf>
- <https://hipertextual.com/archivo/2014/01/acceso-root-android/>
- <https://play.google.com/store/search?q=Fake+SMS+Sender>
- <https://play.google.com/store/search?q=sqlite+editor>
- <https://whispersystems.org/blog/signal-inside-and-out/>
- https://www.adolescenciasema.org/usuario/documentos/sos_grooming.pdf
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750&p=20110305&tn=2>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10727>

- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733>
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10727
- <https://www.boe.es/doue/2014/257/L00073-00114.pdf>
- <https://www.dyrabogados.com/que-es-la-fe-publica-registral/>
- <https://www.eff.org/es/node/82654>
- <https://www.enisa.europa.eu/topics/trust-services/technical-guidelines>
- <https://www.euroresidentes.com/empresa/derecho-mercantil/whatsapp-importante-sentencia-sobre-su-validez-en-juicio>
- <https://www.internautas.org/html/8474.html>
- <https://www.internautas.org/html/8474.html>
- <https://www.sextorsion.es/sextorsion-como-se-origina/>
- <https://www.similarweb.com/blog/worldwide-messaging-apps>
- <https://www.slideshare.net/ChristineCorbettMora/axolotl-protocol-an-illustrated-primercodexgalactic.com/2014/01/27/axolotl-protocol-for-cryptographically-secure-messaging/>
- <https://www.whatsapp.com/security/WhatsApp-Security-Whitepaper.pdf>
- <https://www.xataka.com/seguridad/como-funciona-el-cifrado-extremo-a-extremo-de-whatsapp-y-que-implicaciones-tiene-para-la-privacidad>

MARCO NORMATIVO

- Constitución Española
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
- Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones
- Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
- REGLAMENTO (UE) 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

- REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
- Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos



JURISPRUDENCIA CONSULTADA

(Ordenada por órganos jurisdiccionales y cronológicamente)

Tribunal Constitucional

- STC núm. 111/2008, de 22 de septiembre
- STC núm. 300/2005, de 21 de noviembre
- STC núm. 170/2003, de 29 de Septiembre
- STC núm. 229/2003, de 18 de diciembre
- STC núm. 124/2001, de 4 de junio
- STC núm. 220/1998, de 16 de noviembre
- STC núm. 169/1989, de 16 de octubre
- STC núm. 174/1985, de 17 de diciembre
- STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre

Tribunal Supremo

- STS núm. 875/2016, de 21 de noviembre
- STS núm. 285/2016, de 6 de abril
- STS núm. 265/2016, de 4 de abril
- STS núm. 126/2015, de 12 de mayo
- STS núm. 258/2015, de 8 de mayo
- STS núm. 527/2015, de 22 de septiembre
- STS núm. 264/2015, de 7 de mayo
- STS núm. 298/2015, de 13 de mayo
- STS núm. 300/2015, de 19 de mayo
- STS núm. 241/2015, de 17 de abril
- STS núm. 899/2014, de 26 de diciembre
- STS núm. 836/2014, de 11 de diciembre
- STS núm. 112/2014, de 23 de septiembre
- STS núm. 587/2014, de 18 de julio
- STS núm. 31/2014, de 27 de enero
- STS núm. 956/2013, de 17 diciembre
- STS núm. 515/2013, de 7 de junio
- STS núm. 342/2013, de 17 de abril

- STS núm. 987/2012, de 3 de diciembre
- STS núm. 401/2012, de 24 de mayo
- STS núm. 1190/2009, de 3 de diciembre
- STS núm. 1066/2009, de 4 de noviembre
- STS núm. 456/2008, de 8 de julio
- STS núm. 256/2008, de 14 de mayo
- STS núm. 1024/2007, de 30 noviembre
- STS núm. 947/2007, de 12 de noviembre
- STS núm. 1157/2000, de 18 de julio
- STS núm. 1844/2000, de 2 de diciembre
- STS núm. 942/2000, de 2 de junio
- STS núm. 1599/1999, de 15 de noviembre
- STS núm. 523/1999, de 12 junio
- STS de 3 de noviembre de 1997
- STS núm. 1017/1996, de 2 diciembre
- STS núm. 1067/1992, de 30 noviembre
- STS de 19 de abril de 1991

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Andalucía, núm. 35/2013, de 5 de noviembre
- STSJ de Galicia, núm. 2/2016, de 15 de marzo
- STSJ de Andalucía (Málaga), núm. 145/2000 de 28 enero,

Audiencias Provinciales

- SAP de Pontevedra, núm. 380/2016, de 28 julio
- SAP de A Coruña, núm. 365/2015, de 11 de noviembre
- SAP de Madrid, núm. 533/2014, de 24 de julio
- SAP de Granada, núm. 351/2014, de 5 de junio
- SAP de Córdoba núm. 159/2014, de 2 de abril
- SAP de Cádiz, núm. 31/2014, de 28 de enero
- SAP de Pontevedra, núm. 10/2014, de 10 de enero
- SAP de Alicante núm. 4/2014, de 9 de enero
- SAP de Barcelona, núm. 1396/2013, de 7 de noviembre

- SAP de Córdoba, núm. 5/2012, de 22 de julio
- Auto AP de Cantabria, núm. 291/2012, de 25 de mayo

Juzgados de lo Penal

- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 7 de Alicante, núm. 296/2013

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Murcia, núm. 69/2007, de 30 de marzo

