

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL Y EL
VALOR PROBATORIO DE CONVERSACIONES MANTENIDAS
UTILIZANDO PROGRAMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA

*ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE AND PROBATIVE
VALUE OF CONVERSATIONS MAINTAINED THROUGH INSTANT
MESSAGING THIRD PARTY PROGRAMS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 536-549

"Se ha vuelto terriblemente obvio que nuestra tecnología ha superado nuestra humanidad."
- Cita atribuida a Albert Einstein.



Raquel BORGES
BLÁZQUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de marzo de 2017

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2017

RESUMEN: Con el abaratamiento de los costes de acceso a la tecnología su uso se ha extendido a todos los ámbitos de la vida. Y también la comisión de delitos haciendo uso de medios tecnológicos. El reto del proceso penal del siglo XXI es perseguir y castigar aquellas conductas informáticas delictivas haciendo uso de los medios de prueba admitidos en derecho.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; prueba electrónica; medios de prueba; Tecnología y Derecho; valoración de la prueba.

ABSTRACT: With the lowering of the costs of access to technology its use has been extended to all areas of life, including the commission of crimes making use of technological means. The challenge of 21st century criminal procedure is to prosecute and punish those criminal computer behaviors using the means of proof admitted by law.

KEY WORDS: Criminal procedure; electronic evidence; means of proof; Technology and Law; Assessment of proof.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROBLEMA JURÍDICO.- III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL.- I. La posible afectación de Derechos Fundamentales.- 2. Valoración probatoria de comunicaciones por mensajería instantánea. Especial referencia a la STS 300/2015.- IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.- V. REFLEXIONES FINALES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Las tecnologías de la información y de las comunicaciones (en adelante, TICs) han cambiado y siguen cambiando las sociedades en todo el mundo: mejorando la productividad industrial, revolucionando los procesos laborales y haciendo que tanto capitales como información se transmitan a una velocidad impensable hace unas décadas. Sin embargo, toda esta tecnología también ha sido utilizada para fines menos loables que ha desencadenado en nuevas formas de delincuencia. Es difícil conceptualizar plenamente la delincuencia informática debido al gran catálogo de delitos que pueden cometerse por medio de ésta. Este tipo de delincuencia es considerada como una conducta proscrita por la legislación y/o la jurisprudencia que implica el uso de tecnologías digitales como medio para la comisión o como objeto de un delito¹. El derecho no puede quedar al margen de la evolución de las nuevas tecnologías².

La sociedad de la información, la inexistencia de fronteras y los empleos masivos de comunicaciones inmateriales mediante dispositivos electrónicos entre cualquier punto cardinal del planeta hacen que los límites temporales y espaciales que han caracterizado al Derecho Penal sean puestos en tela de juicio. La delincuencia informática supone un tipo de criminalidad especial debido a los medios a través de los que se materializan sus conductas. Desde los años 80 estudios criminológicos apuntan a que el avance de las TICs así como su extensión a prácticamente todas las áreas de la vida iban a hacer que los delincuentes también ampliaran su ámbito

1 Naciones Unidas: Oficina contra la Droga y el Delito. Medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional. Medidas para combatir los delitos informáticos. 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, A/Conf.203/14, Bangkok (Tailandia), 2005, pp.3-8.

2 Amplía esta idea BUENO DE MATA, F.: "Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica", *Diario La Ley*, núm. 8672, 2015, pp. 1-11.

• Raquel Borges Blázquez

Grado en Derecho (2014), Master de Acceso a la Abogacía (2016) y Master en Derecho y Violencia de Género (2016) por la Universidad de Valencia. Actualmente es Becaria FPI adscrita al proyecto DER 2015-70568-R en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de dicha universidad. Ha publicado un artículo científico en la revista indexada *Diario La Ley* y presentado comunicaciones en dos congresos. Correo electrónico: Raquel.Borges@uv.es.

de actuación a los medios informáticos para la comisión de toda clase de ilícitos³. Es en esta década cuando, con la expansión de la tecnología, comenzaron los delitos informáticos. Desde entonces, su tipología se ha diversificado, su importancia ha aumentado a velocidades de vértigo y actualmente los delitos informáticos son de los más comunes de la sociedad.

Podemos dividir los delitos más perseguidos en el terreno virtual en tres grandes grupos: aquellos relativos a estafas y extorsiones, los que se refieren al sabotaje o daños informáticos y los que afectan a la intimidad y al honor de las personas debiendo hacer énfasis en las personas especialmente vulnerables como menores de edad o víctimas de violencia de género⁴. En los últimos años, este tercer grupo ha aumentado exponencialmente tanto su comisión como su capacidad para atacar bienes jurídicos de las víctimas.

A día de hoy prácticamente cualquier persona dispone de un terminal móvil o de una cuenta de Facebook debido al abaratamiento de la tecnología durante los últimos años. Así, delitos que antes quedaban restringidos a la barra del bar, el patio del colegio, el parque del barrio o la salida de la oficina han adquirido dimensiones extraordinarias y han demostrado, una vez más, la crueldad humana. Parece que el uso de la tecnología y la necesidad de fehcencia de contenido de los medios de prueba electrónicos difumina y enmascara la responsabilidad de los actores este drama. Estos casos deberían ser tratados como lo que son, puros y simples delitos cometidos por medios electrónicos. Hablemos de inducción al suicidio (art 143 CP), de delito de coacción (art 172 CP), de acoso sexual (art 184 CP), de delito de amenazas (art 169-171 CP), de calumnias (art 205-207 CP) e injurias (art 208-210 CP), de *child grooming* (art 183 ter CP) y *cyberbulling* (extensión del acoso por medios tecnológicos), del discurso del odio (Recomendación num. (97) 29, del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de Octubre de 1997), de extorsión (art 243 CP), de violencia doméstica y de género (Art 153 y 173.2 y 3 CP), de delito de pornografía infantil (art 189 CP), de *sexting* (art 197.7 CP), de *stalking* (art 172 ter CP) y de delito de lesiones (art 147-156 CP) entre otros muchos delitos que son susceptibles de cometerse a través de la red. Algunos de estos delitos – *sexting*⁵– han sido creados expresamente para regular un hecho que antes no existía y otros –amenazas y coacciones– simplemente han cambiado el medio de comisión⁶.

3 PUGA, S.: "Delitos informáticos. Aspectos criminológicos de los delitos informáticos", *El Derecho.com Lefebvre – El Derecho*, 2015.

4 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 141.

5 Delito introducido en el CP tras el escándalo mediático de "el caso Olvido Hormigos" y la imposibilidad de condena de acuerdo con la legislación vigente. Para más información Auto de 15 de marzo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N°1 de Orgaz.

6 Con referencia al *sexting*: sentencia AP de Granada (Sección 1ª) número 351/2014 de 5 de junio donde se absuelve a los menores denunciados por la difusión de la imagen desnuda de la víctima, también menor de edad, a través de la aplicación de *Whatsapp* porque el primer envío lo realizó la propia víctima al que era su novio y no cabía en el tipo delictivo del descubrimiento y revelación de secretos.

La prueba electrónica deviene fundamental para resolver estos litigios y es por ello que en España existe tanto legislación como jurisprudencia asentada al ser consciente nuestro legislador de la gravedad de esta forma de delinquir⁷.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

A día de hoy colgamos fotografías, vídeos e información personal de la que desconocemos su uso potencial. No somos conscientes de la difusión que puede llegar a tener una foto ni del peligro de que jamás pueda ser borrada. Los datos que las páginas de administración tienen son muchos y la legislación penal y civil no ha sabido actuar rápidamente ante este cambio brusco de comunicaciones interpersonales. Nuevamente, el derecho va por detrás de la sociedad y en el caso de las TICs hay quienes afirman que la doctrina hace tarde. No obstante, la buena doctrina permanece en el tiempo. La intimidad de las personas es un derecho fundamental (art 18 CE y 8 CEDH) y lo que los intérpretes y aplicadores del derecho debemos hacer es moldear la doctrina existente para que su contenido esencial no quede desvirtuado por las nuevas tecnologías. Sabemos que podemos ejercer nuestro derecho cuando han atacado nuestra intimidad u honra, pero también sabemos que el derecho actúa tarde, que el mal está ya hecho y que una de las características de la red es la posibilidad de anonimato, de la sensación de que la conducta del infractor va a quedar impune, de que el elevado número de injurias y calumnias vertidas haciendo uso de las TICs colapsaría la justicia. Y, como muchos individuos saben, insultar o acosar las más de las veces no tendrá consecuencias jurídicas para el/la o los/las infractores/as⁸. Insultos que alcanzan dimensiones desproporcionadas, dando lugar a trágicos desenlaces en los que las víctimas llegan a pensar en el suicidio o incluso llegan a quitarse la vida. Son fenómenos frecuentes el *cyberbullying* por parte de compañeros de colegio que hace que el niño en cuestión viva en un constante acoso ya que los mensajes hirientes acostumbran a continuar fuera de horas lectivas o el reenvío de vídeos y fotos con carácter sexual que una vez son filtrados, generalmente por la ex pareja, escapan de cualquier control siendo reenviados por grupos privados de *whatsapp* y descargados por sus miembros. El simple hecho de reenviar un vídeo ya de por sí puede ser un delito, con independencia de que llegue o no a oídos de la víctima. Siendo más grave en el caso de que la víctima sea consciente dado que encontraríamos ante un concurso de delitos y un daño moral susceptible de ser indemnizado⁹.

Los ciberdelitos se pueden definir como aquella actividad delictiva o abusiva relacionada con los ordenadores y las redes de comunicaciones porque utiliza un dispositivo electrónico como herramienta del delito o porque la información

7 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 141-142.

8 CARRETERO SÁNCHEZ, S.: "Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general", *Diario La Ley*, núm. 8718, 2016, p. 3.

9 Encontramos una muy buena reflexión acerca de los daños morales en: MAGRO SERVET, V.: "El daño moral indemnizable en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017, pp. 1-8.

contenida en éste es el objetivo del delito. Por lo que al orden jurisdiccional penal respecta, la mayoría de casos en los que se juzgan ciberdelitos tienen como único elemento probatorio la prueba electrónica¹⁰. No obstante, en la realidad resulta muy difícil la prueba de estos delitos y ser un “delincuente virtual” sale muy barato. Es tarea del derecho procesal penal encontrar el medio para que estos actos puedan ser juzgados.

III. LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL.

Definimos la prueba como la actividad procesal de las partes -de demostración- y del juez -de verificación- mediante la que se busca el convencimiento psicológico en el juzgador sobre la verdad de los datos allegados al proceso¹¹. La prueba puede ser un fin y un medio. La prueba como fin es la encaminada a la demostración de la existencia y el contenido de un hecho del que depende un derecho. Como medio es el conjunto de recursos que pueden utilizarse para obtener dicha demostración, el fin de la prueba¹². Los principios que rigen el proceso penal y sus diferencias con los procesos dispositivos se aplican al ámbito probatorio siendo que para establecer los elementos típicos de la prueba en el proceso penal debemos tener en cuenta: (1) la presunción de inocencia como garantía procesal sobre la culpabilidad-inocencia y máxima procesal que determinará el contenido de la sentencia dando lugar a la absolución si no puede probarse la culpabilidad del sujeto; (2) la no obligación de declarar unida a la posibilidad de practicar la prueba de oficio; (3) y la libre valoración de la prueba o en conciencia que, de acuerdo con nuestro Tribunal Supremo, significa apreciación lógica de la prueba (art 741 LECrim y STS 31/1981 de 28 de Julio)¹³.

Por prueba electrónica penal entendemos la información de valor probatorio contenida o transmitida por un medio electrónico. Ésta es cualquier clase de información, que deberá encontrarse en medios electrónicos y es capaz de acreditar hechos en un proceso abierto para la investigación de todo tipo de infracciones penales. La fuente de prueba radica en la información contenida o transmitida por medios electrónicos y el medio de prueba será como se incorpora al proceso (normalmente como prueba documental o pericial, aunque cabe mediante la testifical)¹⁴.

10 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 140-141.

11 BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, I. ESPARZA LEIBAR, JOSÉ F. ETXEBERRÍA GURIDI (Comps.): *Derecho Jurisdiccional III*, 2016, p. 380.

12 LLAGARIA VIDAL, F., CID FERNÁNDEZ, J. M.: “Tema 26: La Prueba”, en *Apuntes de Notaría de la Academia de Opositores del Colegio Notarial de Valencia*, 2015.

13 BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, cit., pp. 382-390.

14 DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013, p. 1.

I. La posible afectación de derechos fundamentales.

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla la posibilidad de que ciertos trámites sean admitidos en soporte electrónico. La tecnología digital forma parte de nuestra vida profesional, pero también de la personal siendo que los dispositivos informáticos acaban siendo auténticos diarios digitales. Consecuentemente, una investigación que pretenda requisar soportes informáticos o interceptar comunicaciones es susceptible de incidir en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁵. Afectará en todo caso a la intimidad personal (art 18.1 CE) salvo que la injerencia se haya realizado previa autorización judicial o consentimiento del afectado (STC 173/11) sin perjuicio de la posible intervención policial en casos de urgente necesidad y respetando el principio de proporcionalidad (STS 115/2913). También se puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones (Art 18.3 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (Art 18.2 CE) si el dispositivo se encuentra en el interior de un lugar cerrado constitutivo de domicilio o el derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito de protección de datos personales (Art 18.4 CE)¹⁶.

Un dispositivo electrónico es una prolongación artificial de nuestra memoria que conserva datos que permiten conocer nuestras amistades, pensamientos y hasta movimientos. Y el peligro reside en que podría hacerse un perfil psicológico concreto de la persona, así como conocer su situación económica, social y familiar. El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito del *caso Lliya Stefanox contra Bulgaria*, de 22 de mayo de 2008 (JUR 2008, 149511) y, de acuerdo con el art 8.1 CEDH, la lectura de correos electrónicos y la interceptación de las conexiones a través de la red de cualquier ciudadano supone una injerencia en su vida probada. Una investigación criminal podrá restringir dicho derecho fundamental cuando los ciudadanos conozcan previamente las circunstancias y condiciones en las que puede realizarse dicha injerencia, en este aspecto incide la STEDH del *caso Halford contra Reino Unido*, de 25 de Junio de 1997 (TEDH 1997,37). Desde nuestra perspectiva constitucional el legislador debe limitar el uso de las TICs para preservar la intimidad personal, el honor y la vida familiar de las personas (art 18.4 CE).

La posible afectación de Derechos Fundamentales mediante el examen policial de dispositivos de titularidad o uso de sospechosos es una cuestión controvertida. El hecho de necesitar una clave hace que el dispositivo no pueda asimilarse a un maletín, bolso o mochila cuya inspección podría realizar la policía sin la autorización de un órgano jurisdiccional (FJ 3 STS Sala de lo Penal número 835/2008, de 4

15 PORTAL MANRUBIA, J.: "La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal", *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013, p. 27.

16 DELGADO MARTÍN, J.: "La prueba electrónica en el proceso penal", cit., p. 3.

de diciembre)¹⁷. La STS 97/2015, con cita de sus precedentes SSTS 985/2009 y 587/2014, concluye que este tipo de exámenes y, en concreto, el acceso a perfiles de redes sociales de la persona sospechosa, estuviera o no detenida, necesitaba autorización judicial expresa. No obstante, de acuerdo con la STC 173/2011 no se excluye la posibilidad de que, ante el riesgo de destrucción de evidencias por el sospechoso o un tercero, se pueda justificar la actuación policia¹⁸ con pleno respeto del principio de proporcionalidad (STC 115/2013).

2. Valoración probatoria de comunicaciones por mensajería instantánea. Especial referencia a la STS 300/2015

La mayoría de la doctrina centra sus estudios en la figura del documento electrónico, llevándonos al equívoco de considerar documento electrónico sinónimo de prueba electrónica cuando es solo una de las distintas modalidades de pruebas electrónicas. Por lo que respecta a la mensajería instantánea, es aplicación habitual en los teléfonos móviles y se ha convertido en sistema de comunicación imprescindible, llegando incluso a crear una cultura propia acortando palabras o añadiendo emoticonos¹⁹. Para la elección del medio probatorio puede utilizarse el soporte papel, un documento electrónico, interrogatorio de parte o del acusado, testifical o de forma cumulativa. Quizá lo más adecuado es aportar al proceso el propio dispositivo electrónico junto con la copia escrita de los mensajes que han de ser probados para que el Letrado de la Administración de Justicia proceda al cotejo de dichos mensajes o acudir al Notario para obtener un acta notarial. La prueba entrará válidamente en el proceso, sin perjuicio de la valoración sobre la eficacia probatoria que haga el juez o tribunal (el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario dan fe de que en el dispositivo electrónico existe un determinado mensaje, pero no de la posible manipulación de éste). Si la otra parte no la impugna, existen muchas posibilidades de que el juez le otorgue eficacia probatoria. En cambio, si procede a su impugnación por considerar que el contenido ha sido manipulado o la identidad suplantada el juez o tribunal deberá valorar una serie de elementos: los motivos de impugnación y otros medios probatorios relativos a los mensajes que pretenden ser probados pudiendo ayudarse, si lo estimase conveniente, de periciales acerca de la integridad de los mensajes que deberán recaer sobre el dispositivo electrónico aportado por la parte interesada en la prueba y sobre el otro dispositivo electrónico implicado en la conversación, este último punto en la práctica acostumbra a ser difícil pues se trata del dispositivo de la parte contraria. Para grupos de *Whatsapp* pueden aportarse al proceso otros dispositivos electrónicos que participen en el grupo y

17 PORTAL MANRUBIA, J.: "La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal", cit., pp. 27-32.

18 RODRIGUEZ LAINZ, J. L.: "Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de Mayo)", *Diario La Ley*, núm. 8569, 2015, p. 14.

19 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., p. 161.

así comprobar si los mensajes han sido manipulados. Pero seguimos sin resolver el problema de la autoría porque, aunque sería razonable pensar que el titular es el que ha enviado el mensaje esto es solo una presunción. La parte que lo niegue deberá aportar elementos fácticos que lo demuestren pues exigir a la acusación la prueba de que el dispositivo no ha sido utilizado por un tercero, un hecho negativo, se convertiría en una prueba diabólica²⁰.

Encontramos ejemplos diversos de prueba electrónica en nuestra jurisprudencia actual. En la SAP de Cuenca de 30 de junio de 2009 la prueba aportada en juicio eran los mensajes intercambiados entre demandado y demandada que demostraban una relación sentimental y con contenido sexual que, junto a la negativa de éste de someterse a la prueba biológica, constituía un indicio de paternidad. La SAP de Castellón de 9 de marzo de 2012 niega la autoría de los SMS y los correos electrónicos del acusado ante la imposibilidad de acreditar la titularidad de la línea telefónica y de su cuenta de correo. Esta misma tesis fue defendida por la SAP de Badajoz de 21 de febrero de 2002²¹. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (STS 300/2015) sienta los criterios a seguir para aceptar la fuerza probatoria en el ámbito penal de las capturas de pantalla o “pantallazos” de mensajes transmitidos en redes sociales y que pasamos a analizar.

La STS 300/2015, trata de los abusos sexuales realizados por la pareja de la madre a una niña menor de edad, cuya única prueba es un diálogo mantenido con un amigo a través de *Tuenti*. La sala comienza puntualizando “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 pues, continúa diciendo, 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”, apuntando así a la mayor vulnerabilidad de la prueba electrónica. La realidad es que la verdad procesal absoluta no existe y todas las pruebas son susceptibles de ser falsificadas y un contrato privado puede haber sido manipulado del mismo modo que puede serlo una conversación entablada mediante aplicaciones de mensajería instantánea. No se excluyen estas conversaciones como medio de prueba, sino que desplazamos la carga de la prueba a “quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria siendo 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”. No obstante, en este caso el Tribunal Supremo no vio necesario un dictamen pericial por dos razones. “La primera, el hecho de

20 DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba de whatsapp”, *Diario La Ley*, núm. 8605, 2015, pp. 7-8.

21 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit. p. 164.

que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Ana María fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima -Ana María- y el testigo -Constancio- mantuvieron aquel diálogo”.

Es esta misma idea la que subyace en el FJ 2º de la resolución combatida (Sentencia de la Sección Segunda de la AP de Valladolid nº 346/2014) “... respecto de la conversación de Tuenti cuya impresión fue aportada por la Acusación Particular, porque las dos personas que la mantuvieron, Ana María y su amigo Constancio, en el plenario han manifestado que efectivamente mantuvieron esa conversación y en esos términos, sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación, que consta no solamente aportada por la Acusación Particular en los folios 178 a 190 sino también en las fotografías que del teléfono móvil de la menor adjuntó la Guardia Civil (folios 199 y siguientes), ya que según consta en el oficio, Ana María accedió en su presencia a su cuenta de Tuenti a través de un ordenador, pero el historial solo permitía retroceder hasta el 26 de Octubre de 2013, por lo que únicamente pudieron visualizarlo a través de la aplicación de Tuenti para teléfonos móviles, haciendo los agentes fotografías de las pantallas correspondientes a la conversación, que coinciden exactamente con las hojas impresas que fueron aportadas por la Acusación Particular. Precisamente, en el escrito con el que se adjuntaban estas impresiones, la Acusación Particular facilitó las claves personales de Ana María en Tuenti y solicitaba que, si había alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a ‘Tuenti España’, indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto. Teniendo en cuenta que tanto Ana María como Constancio han reconocido el contenido de la conversación que se ha facilitado tanto por la Acusación Particular como por la Guardia Civil, no puede estimarse la impugnación de la Defensa, quedando dicha documental dentro del acervo probatorio para su valoración con el conjunto de las restantes pruebas que han sido practicadas”.

Así, por medio de una prueba que en realidad era circunstancial y que actuaría a modo de indicio²² corroborándola con el testimonio de ambas partes implicadas, el hecho de que la víctima pusiera a disposición del juzgado sus claves o que indicase que, en caso de haber alguna duda técnica se oficiase a “Tuenti España”

22 RODRIGUEZ LAINZ, J. L.: “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2ª, 300/2015, de 19 de Mayo)”, cit., p. 2.

sin que la defensa realizase dicha petición hace que de la valoración en conjunto con el resto de pruebas sea suficiente para una condena.

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.

Podríamos agrupar las ventajas en cuatro. La primera es que, siempre y cuando el material no haya sido objeto de manipulación, estas pruebas ofrecen una información más objetiva, clara, precisa, completa y neutra que otros medios de prueba como pueden ser las declaraciones de testigos que siempre pueden contradecirse. La segunda es que la revolución tecnológica ha traído consigo una nueva ola de actividades (regulares o ilícitas) que se apoyan en las TICs y que requieren de las pruebas electrónicas en los distintos órdenes jurisdiccionales como elemento clave en el desarrollo del proceso. La tercera es que su tratamiento procesal es relativamente sencillo pues en casi la totalidad de los casos los peritos informáticos obtienen fácilmente la información y por medio de un análisis forense dan veredicto sobre su veracidad, existiendo incluso casos en los que no será necesaria su colaboración. La cuarta es que con el paso del tiempo estas pruebas acabarán conllevando una reducción del coste global del proceso además de agilizarlo al disminuir tanto los costes procesales de impresión de miles de folios como la burocracia dedicada a la gestión y tramitación. Y esto ayudará a reforzar los principios de economía procesal, concentración, unidad de actos y publicidad dando lugar a procesos más rápidos que reviertan en una justicia moderna, ágil y cercana al ciudadano. Sus inconvenientes serán de carácter legal y técnico. El principal escollo de carácter legal es que pese a las buenas intenciones de los legisladores europeos y nacionales no existe regulación suficiente y esto trae consigo incertidumbre jurídica en torno a la prueba electrónica. Los inconvenientes técnicos pueden agruparse en tres. El primero se refiere a la realidad diaria de los tribunales, esto es, la falta de medios unida a la brecha digital en los profesionales del sector judicial -que se solucionaría ofreciendo formación especializada a los profesionales para familiarizarlos con el nuevo entorno digital-. El segundo a la complejidad de la materia que conlleva la necesidad de recurrir a profesionales para la prueba pericial debido a la dificultad técnica implícita de un material probatorio conectado con las TICs y que el juez, por regla general, no posee -complejidad que también se da en otros supuestos en los que el juez necesita ayudarse de profesionales de otras materias (médicos, ingenieros, arquitectos...)-. El último inconveniente, y que deviene el talón de Aquiles de la prueba electrónica, es su alta volatilidad o facilidad de manipulación del documento²³.

23 BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, cit., pp. 172-179.

V. REFLEXIONES FINALES.

Las TICs han reportado innumerables ventajas a las sociedades modernas, pero también han constituido una vía novedosa y eficaz para la comisión de conductas delictivas aprovechando la poca legislación en la materia y su continua innovación que hace que el derecho las más de las veces se encuentre uno o varios pasos por detrás de la realidad. Es por esto que la prueba electrónica va camino de convertirse en la prueba estrella en los diversos órganos jurisdiccionales. Aunque el trabajo esté escrito haciendo referencia a normativa y jurisprudencia española y europea, este problema va a encontrarse en todos los puntos cardinales del planeta debido a la globalización y el uso masivo de las TICs para asuntos tanto profesionales como personales. Es por ello que continuar investigando en la materia, así como hacer uso del derecho comparado para combatir la ciberdelincuencia deviene un mandato para los procesalistas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: “Capítulo II: La prueba”, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR, I. ESPARZA LEIBAR, JOSÉ F. ETXEBERRÍA GURIDI (Comps.): *Derecho Jurisdiccional III*, 2016.

BUENO DE MATA, F.: “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8672, 2015.

BUENO DE MATA, F.: *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

CARRETERO SÁNCHEZ, S.: “Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general”, *Diario La Ley*, núm. 8718, 2016.

DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba de whatsapp”, *Diario La Ley*, núm. 8605, 2015.

DELGADO MARTÍN, J.: “La prueba electrónica en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8167, 2013.

LLAGARIA VIDAL, F., CID FERNANDEZ, J. M.: “Tema 26: La Prueba”, en *Apuntes de Notaría de la Academia de Opositores del Colegio Notarial de Valencia*, 2015.

MAGRO SERVET, V.: “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017.

PORTAL MANRUBIA, J.: “La regulación de la prueba electrónica en el proceso penal”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 31, 2013.

PUGA, S.: “Delitos informáticos. Aspectos criminológicos de los delitos informáticos”, *El Derecho.com Lefebvre – El Derecho*, 2005.

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, 300/2015, de 19 de Mayo)”, *Diario La Ley*, núm. 8569, 2015.