

# VALOR COMO PRUEBA DE LOS MENSAJES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

MANUEL RICHARD GONZALEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA  
Miembro de la Junta Directiva de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio

## INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. SOBRE EL HECHO ELECTRÓNICO. ....	3
2.1. Los hechos como objeto y finalidad de la actividad probatoria.....	3
2.2. Que son y cómo se prueban los hechos electrónicos (o mejor dicho los hechos tratados, transmitidos y reproducidos mediante la electrónica).....	4
III. LA «PRUEBA ELECTRONICA» EN EL MARCO DEL SISTEMA LEGAL DE MEDIOS DE PRUEBA.....	7
3.1 El fundamento último de los medios de prueba previstos en la LEC.....	7
3.1 ¿La prueba electrónica se regula como un medio de prueba en la LEC? .....	8
3.2 Ámbito y características de la prueba pericial electrónica.....	10
IV. PRACTICA DE LA «PRUEBA ELECTRONICA» EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.....	11
3.1 Introducción. ....	11
3.2 Investigación y obtención de los hechos electrónicos (mensajes, correos electrónicos), objeto y licitud de la prueba.....	12
3.2.1 La regulación de la investigación de hechos en la LEC. ....	12
3.2.2 Algunas consideraciones generales respecto a la investigación de los mensajes y/o correos electrónicos transmitidos por aplicaciones gratuitas como WhatsApp o Gmail. ....	14
3.3 Los derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal como límites de la investigación del hecho electrónico.....	15
3.2.1 Concepto y contenido del derecho al secreto de las comunicaciones.....	16
3.2.2 Alcance del derecho a la intimidad personal y familiar. ....	19
3.4 Investigación y obtención de mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por persona distinta a la parte procesal.....	21
3.5 Investigación y obtención de mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por el que es parte tanto en la comunicación como en el proceso. ....	23
3.6 Garantía de la cadena de custodia del dispositivo que contiene el mensaje o correo electrónico.....	23
3.7 Aportación, impugnación y práctica de la «prueba electrónica».....	24
3.7.1 La impugnación de contrario respecto a los documentos, informes y otros elementos de prueba aportados de contrario. ....	25
3.7.2 La aportación de los mensajes y correos electrónicos en formato electrónico.....	26
3.7.3 La aportación de los mensajes y correos electrónicos mediante la impresión y/o transcripción de la imagen de pantalla. ....	26
3.7.4 La aportación de los mensajes y correos electrónicos mediante la impresión de la imagen de pantalla incluyendo la cabecera del mensaje en el caso del correo electrónico.....	28
3.7.5 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados y acreditados por una empresa o entidad certificadora de la integridad y autenticidad de la comunicación. ....	28
3.7.6 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados mediante Acta notarial acreditativa de su contenido y su ubicación en un dispositivo concreto.....	29

3.7.7 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados mediante Acta del Letrado de la Administración de Justicia y eventualmente del Juez como prueba de reconocimiento judicial. ....	29
3.7.7 La aportación de informe pericial informático o tecnológico sobre la integridad y autenticidad de los mensajes y/o correos electrónicos.....	31
3.7 Valoración de la «prueba electrónica» por los Tribunales de Justicia. ....	32
V. BIBLIOGRAFIA.....	34

## I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de dos materias complejas. En primer lugar, la prueba electrónica como especialidad, en sentido amplio, de prueba. En segundo lugar, las especificidades concretas que esta clase de prueba ofrece en el ámbito de los procesos de familia.

Respecto a lo primero pretendo ofrecer una visión amplia, entendible y útil de qué sea la prueba electrónica en sentido general y específicamente del modo en el que esta clase de prueba se incardina en el sistema de medios de prueba regulados en el art. 299 LEC. Desde este punto de vista general también considero de especial interés hacer referencia, siquiera que breve y limitada, a las características técnicas de los más habituales sistemas de comunicación y mensajería gratuitos que suelen ser los que sirven al fin de probar determinadas cuestiones en el proceso de familia. Entre los que se hallan la telefonía clásica por medio de voz, los mensajes de texto, sonido y/o video, correo electrónico o, finalmente, mensajes de «WhatsApp», Facebook o Instagram. Se trata de explicar el modo en el que funcionan esta clase de técnicas o dispositivos y sus características en orden a poder obtener y comprobar datos respecto a su contenido y autenticidad.

En cuanto a la práctica de la prueba electrónica en los procesos de familia debemos atender a sus especificidades que se relacionan con la importancia indudable que esta clase de pruebas, consistentes en mensajes de teléfono, correos electrónicos y similares, pueden tener para la acreditación de hechos de interés en esta clase de procesos. Piénsese en la utilidad que pueden tener los mensajes intercambiados entre las partes en un proceso de familia para acreditar, por ejemplo, la capacidad económica o la idoneidad de cada uno de los cónyuges relativa a la custodia de los hijos menores de edad. Se trata de información a la que las partes acceden sea porque reciben personalmente un mensaje o comunicación o bien acceden a mensajes recibidos por terceros. Antes de plantearnos el valor probatorio que pudiera tener tal hecho se plantea el problema de la licitud del acceso a esta clase de hechos. Téngase presente, a este respecto, que debemos atender a las circunstancias previas y actuales para valorar la licitud de acceder a un determinado mensaje o comunicación cuando no somos los destinatarios. Esto es así teniendo en cuenta las especiales características de confianza y auto-renuncia expresa o tácita a cuotas importantes del derecho personal a las comunicaciones y/o a la intimidad que se dan en el contexto familiar. Situación que, en muchos casos quiebra abruptamente una vez aparece el conflicto. A este respecto, hace poco tiempo leía en Internet el comentario de una abogada de derecho de familia que se preguntaba si todo valía en la prueba del proceso de familia refiriéndose a la posibilidad de presentar en juicio como prueba documentos a los que una parte ha tenido acceso, precisamente, en virtud de la especial relación de confianza que, normalmente, se da en el ámbito familiar hasta que se produce una ruptura o conflicto que da lugar a un proceso judicial. Ciertamente, la previa especial relación de confianza entre los integrantes de la familia aparentemente difumina los límites que nos permiten determinar cuándo estamos violando el derecho a las comunicaciones o la intimidad de otras personas al acceder y/o aportar a juicio determinadas pruebas. Más aún esta dificultad se ha acrecentado en el momento presente en el que las relaciones humanas en general y las familiares en particular se articulan mediante multitud de mensajes y comunicaciones en formato electrónico que pueden ser de fácil acceso a cualquier miembro de la familia y que, en principio, pueden ser disponibles para su aportación en juicio. Todas estas cuestiones son objeto de análisis en el apartado cuarto en el que estudia

la investigación, aportación, impugnación y prueba en el proceso de esta clase de hechos de origen o naturaleza electrónica.

Finalmente se atiende en el trabajo a la valoración de la prueba electrónica por parte de los tribunales de justicia. A ese fin, se reseñan resoluciones judiciales que han tratado sobre esta materia. Las sentencias que se citan, y que también son objeto de comentario y análisis en este trabajo, proceden no sólo de la jurisdicción civil en la que se incluyen los procesos de familia, sino también de la penal y la social en tanto que respecto de esta materia pueden y deben tenerse en cuenta los distintos pronunciamientos que se han producido en las distintas jurisdicciones sin perjuicio de valorar la oportunidad y la posible aplicación de cada doctrina jurisprudencial al supuesto concreto de los procesos de familia.

## **II. SOBRE EL HECHO ELECTRÓNICO.**

### **2.1. Los hechos como objeto y finalidad de la actividad probatoria**

La finalidad de la prueba, sea electrónica o de cualquier otra clase, consiste en acreditar en el proceso los hechos controvertidos en la disputa procesal al efecto de poder servir de fundamento de la sentencia en tanto que el tribunal los declare probados. Únicamente los hechos discutidos serán objeto de prueba, no así los no discutidos, los admitidos por todas las partes o los notorios que no necesitan prueba por ser de común aceptación y conocimiento.

El hecho es el objeto de la prueba y se puede definir como un acontecimiento que puede manifestarse de formas distintas y que, a efectos procesales, da cuenta de una determinada situación o actividad que puede tener trascendencia para decidir un litigio. Cada hecho es distinto y puede ser probado de forma distinta según sean sus manifestaciones que se suelen denominar indicios cuando nos referimos al ámbito del derecho. En este punto podemos comparar los hechos con las enfermedades en el sentido de que hay que distinguir entre la patología o la enfermedad (que sería el hecho y que es una, aunque se puedan acumular varias) y los síntomas (manifestaciones o indicios) (que pueden ser uno o varios). La patología, al igual que un hecho con relevancia jurídica, puede ser acreditada de formas diversas según sus distintas manifestaciones o síntomas. Por ejemplo, mediante un análisis de sangre o una resonancia o un scanner. Igual sucede con los hechos que son uno o varios pero que se pueden manifestar de muchas formas. Un sencillo, y espero que ilustrativo, ejemplo puede servir para comprender mejor la anterior afirmación. La muerte de una persona es un hecho que puede acreditarse de distintos modos en un proceso judicial. Así, los testigos dirán que presenciaron como «*fulano*» disparó a «*zutano*» en la cabeza presenciando su muerte (prueba testifical), luego declarada y certificada por el médico que le atendió «*in situ*» (prueba documental y testigo-perito) y finalmente también puede aportarse el dictamen de un experto en medicina forense (prueba pericial) que se pronunciará sobre la muerte desde el punto de vista de la ciencia médica. Cualesquiera de los medios de prueba anteriores, todos juntos o sólo alguno de ellos, son aptos para acreditar el hecho de la muerte en un proceso judicial. Es decir que el hecho muerte se puede acreditar con todos o con solamente alguno de los medios de prueba de los que disponemos. Piénsese en la circunstancia de que el cuerpo de la persona que se presume muerta no fuese hallado, aunque los testigos vieron como recibía un disparo en la cabeza. En este caso, no podrá aportarse al proceso el mismo objeto de la prueba que es el cadáver, ni tampoco un dictamen pericial forense conteniendo la autopsia del cadáver. Ahora bien, un tribunal puede tener por acreditada la muerte teniendo en cuenta la declaración de los testigos, así como informes periciales, qué aunque no lo sean de la autopsia del cadáver pueden dar cuenta de otras circunstancias de interés procesal. Por ejemplo, una pericia que analiza otros indicios o manifestaciones como el análisis de la sangre hallada en el lugar en el que presumiblemente sucedió el hecho. Si bien se piensa, en realidad, la prueba de cualquier hecho en un proceso judicial resulta una tarea imposible si se pretende que la convicción alcanzada sea del 100% en tanto que en un proceso judicial se recrea una realidad pretérita que es imposible en esencia de reproducir exactamente tal y como sucedió. En su lugar, los abogados traen al escenario procesal (nunca mejor

dicho) sujetos, objetos e informes que dan cuenta aproximada de aquellos hechos pasados, con la finalidad de poder convencer al tribunal de que lo que sucedió es tal y como se dice en sus escritos y alegaciones y que, por tanto, el Juez debe obrar en consecuencia.

## **2.2. Que son y cómo se prueban los hechos electrónicos (o mejor dicho los hechos tratados, transmitidos y reproducidos mediante la electrónica).**

Los hechos electrónicos son hechos que tienen relación con la electrónica ya sea por su origen, por su tratamiento técnico o por manifestarse por o mediante dispositivos electrónicos. Con base en esta definición son hechos electrónicos los que sirven al fin de la comunicación mediante teléfonos, servidores de comunicación y/o computadoras, la trama de píxeles y datos que soporta un archivo de imagen o video, las líneas de programa que permiten la ejecución de tareas de todo tipo, etc. El hecho electrónico en su estricta naturaleza únicamente puede ser observado, detectado, almacenado o utilizado mediante el uso de dispositivos técnicos.

En el ámbito social y jurídico los hechos electrónicos «*stricto sensu*» carecen, por lo general de interés a efectos del proceso. Es decir, que lo que nos interesa en un litigio judicial no es, en principio, el proceso técnico electrónico de comunicación por el cual una voz humana (al mismo tiempo resultado de un proceso bioquímico de procesamiento mental y físico de composición en las cuerdas vocales) se transforma en información digital mediante la intervención inicial de un micrófono, se transmite en forma de paquetes de información digital y se entrega finalmente al receptor mediante la intervención final de un altavoz o auricular, sino el hecho mismo de la comunicación y su contenido. Carece, por lo general, de interés el sistema o técnica utilizada para producir la comunicación. Lo relevante a nivel procesal será qué se dijo en el marco de un litigio o disputa jurídica. Esto es así porque la electrónica sirve, por el momento, al interés humano y suele intervenir como técnica para captar, transmitir y ofrecer la información en formatos accesibles directamente por los seres humanos. En el ámbito de lo social lo más usual es que el hecho electrónico se muestre como resultado de un proceso de comunicación (mensajes de texto, voz y/o sonido), de redacción de ideas (documentos electrónicos en formatos diversos como word, rtf, pdf, etc) o de toma y/o transmisión o reproducción de imágenes (archivos de imagen jpg, mp4, etc.).

Efectivamente, por lo general, el resultado final de un hecho electrónico, que suele traer origen de un hecho ordinario, se manifiesta de un modo no electrónico. En este sentido, piénsese en una fotografía que parte de una realidad física y concreta que se trata electrónicamente en un dispositivo electrónico digital y que se ofrece en una pantalla también electrónica que puede ser objeto de impresión en papel. Todo este proceso puede todavía realizarse sin la menor intervención de la electrónica utilizando a ese fin técnicas químicas. De hecho las técnicas químicas eran mayoritarias hasta hace sólo unos 20 años<sup>1</sup>. Todavía hoy día pueden obtenerse fotografías mediante técnicas no electrónicas, pudiendo por tanto emplear una u otra técnica (digital o química) para obtener una imagen en soporte papel. Véase que siendo el mismo el resultado (una imagen impresa en un papel) el modo de obtención es en un caso químico y en otro electrónico o digital. Pero, esta diferencia será, en la mayoría de los casos, intrascendente puesto que lo relevante será la imagen y lo que de a entender o acredite. Piénsese en una fotografía en la que uno de los cónyuges realiza una actividad de interés procesal para decidir las medidas a adoptar en el proceso de divorcio. En principio, el hecho puede resultar probado perfectamente con la fotografía que lo acredita siendo indiferente que se haya obtenido química o digitalmente. Y, por supuesto, en ambos casos, la prueba a practicar será una documental a cuyo fin se aporta la fotografía.

Ahora bien, aquí deben añadirse una consideración, en tanto que la intervención de la electrónica permite introducir en la «*ecuación jurídica*» información que puede ser relevante para la prueba de los hechos y la resolución de los litigios. Así, en el caso anterior de la fotografía puede ser de utilidad e interés procesal, a

---

<sup>1</sup> La primera cámara digital de la historia la inventó un ingeniero de Kodak en 1975, aunque el dispositivo no podía equipararse a las cámaras actuales. Esa primera cámara digital tenía un tamaño similar a una pequeña máquina de escribir, pesaba 3,6 kilos y que sólo tomaba imágenes en blanco y negro con una calidad de 0,01 megapíxeles. Finalmente, tardaba 23 segundos en grabar una foto y el soporte en el que se almacenaba la información digital era una cinta de cassette.

efectos de prueba, acreditar el lugar y el momento concreto en el que se hizo la fotografía. Esta información no es posible extraerla si se ha utilizado una técnica fotográfica química, pero sí si se ha empleado tecnología digital que nos puede ofrecer datos de la fecha y la hora de captura de la imagen, e incluso información sobre la ubicación si el dispositivo fotográfico tuviere activado el GPS. Resulta claro que la intervención de la electrónica en los actos sociales humanos permite obtener un buen número de datos que pueden tener un indudable interés probatorio.

Desde mi punto de vista lo importante es destacar que a efectos jurídico-procesales los hechos electrónicos no son distintos de los hechos en general y es por ello que ninguna regulación especial debe proponerse o aprobarse con esta finalidad. Nadie discutiría que un programa informático o la comunicación inalámbrica funcionan mediante procedimientos y técnicas electrónicas. Ahora bien, ello no implica que en cualquier caso sea necesario probar el hecho electrónico en sí mismo, sino que lo más frecuente será que la prueba lo sea de la manifestación del hecho que suele ser, generalmente, lo importante. Veamos un ejemplo. Nadie discute hoy día que todo lo que una persona dice y hace tiene su base en actividad cerebral que tiene lugar mediante impulsos eléctricos que, a su vez, tienen su origen en procesos bioquímicos. Pues bien, resulta claro que por lo general oímos al testigo (prueba testifical), a las partes (prueba de interrogatorio de partes) sobre aquello que previamente ha visto, leído, vivido o pensado; o leemos lo que las personas han escrito (prueba documental). Pero, resultaría insólito tener que aportar un informe pericial que diera cuenta de la actividad cerebral que tuvo lugar al decidir contratar o realizar cualquier actividad social. Y piénsese que teóricamente es posible, ya que nada impide que se pueda practicar un scanner que acredite la actividad cerebral que pudiera haberse producido al hacer o decir algo al efecto de valorar, por ejemplo, si el declarante mintió<sup>2</sup>. Claramente, no es necesario ni útil practicar esta clase de prueba pericial neurocientífica, sino que bastará con acudir a alguno de los medios de prueba al efecto de acreditar la voluntad del sujeto mediante sus actos y consecuencias en el mundo social. A ese fin bastará con utilizar los medios de prueba previstos en la ley que atienden al modo como los seres humanos adquieren conocimiento. Solamente existe una excepción a la afirmación anterior que es la referida a la prueba pericial en la que se combinan distintos elementos que determinan que podríamos denominar a esta clase de prueba como esencialmente intelectual.

La prueba de los hechos electrónicos no es, por tanto, distinta de la que debe practicarse respecto de cualquier hecho que no tenga esa naturaleza. Así, lo importante es acreditar los hechos con trascendencia procesal con base en el efecto que tienen en el mundo social mediante la aportación, por ejemplo, de documentos impresos, fotografías, videos, etc. y ello con independencia de que la relación social-comercial hubiese tenido lugar mediante dispositivos electrónicos. De modo que, a efectos probatorios, puede bastar con aportar el documento impreso o escaneado o con tomar declaración a la persona que envió, recibió o accedió a un determinado correo electrónico o mensaje con independencia de que se hubiera generado o transmitido mediante algún dispositivo electrónico. Ello no es óbice, naturalmente, para que podamos acreditar determinados aspectos de la cuestión debatida mediante un informe pericial que acredite determinados hechos electrónicos a los que sólo se puede acceder mediante el uso de técnicas de análisis pericial forense. Esto será así por lo general cuando tengamos indicios de que los documentos van a ser impugnados o, con carácter general, cuando queramos reforzar la prueba de ese hecho. En ese caso utilizaríamos una prueba pericial informática o electrónica que será de la misma clase y naturaleza que cualquier otra prueba pericial<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> El ejemplo citado lo es a efectos meramente instrumentales. De modo que nadie piense que este profesor está postulando por la validez de los exámenes neurocientíficos como un modo útil de obtener hechos relevantes en el proceso. Todo lo contrario. Véase sobre esas cuestiones: RICHARD GONZALEZ M., «La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia» en Neurociencia, Neuroética y bioética» Director: DE LA TORRE DIAZ J., Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, colección Dilemas Éticos de la Medicina actual nº 27, págs. 167. Madrid 2014.

<sup>3</sup> Véase en este sentido el trabajo de MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH E., Valor probatorio de un correo electrónico, Diario La Ley, Nº 8014, Sección Práctica Forense, 1 Feb. 2013, en el que se refiere a todos los metadatos que contiene un correo electrónico que pueden ser objeto de un examen pericial a fin de acreditar su autenticidad. Ahora bien, no estoy de acuerdo en su tesis de punto de partida según la cual: « *La realidad es que el valor intrínseco de dicha prueba (la impresión del correo electrónico) es prácticamente nulo y queda a expensas de que la otra parte no lo impugne ya que, caso de hacerlo, difícilmente se puede defender su*

Un ejemplo de lo anterior puede ser el siguiente. Piénsese en un mensaje o correo electrónico que uno de los cónyuges en conflicto recibe en un dispositivo electrónico en el que se contiene información de interés para el proceso judicial<sup>4</sup>. A esta información accede el interesado que muestra a personas de su entorno la pantalla en las que se halla el mensaje. El hecho que se intentará probar puede ser la injuria o la calumnia, el insulto o cuestiones de relevancia económica. Para acreditar ese hecho pueden utilizarse distintos medios de prueba fundados en las distintas manifestaciones del hecho y las personas que han accedido al mismo. Así, podrá aportarse una prueba testifical de las personas que declararán que pudieron ver el contenido del mensaje mostrado por el destinatario/a. También podrá aportarse como prueba documental la impresión de la pantalla que contenga el mensaje o correo electrónico. Esas capturas podrán también obtenerse en una navegación en presencia de notario que podrá dar fe pública de la existencia de tales mensajes además de los datos referentes al aparato, el día y la hora de la navegación. Nótese que hasta ahora no hemos hablado de aportar una prueba que pudiera llamarse electrónica. Y, sin embargo, entiendo que no cabe ninguna duda de que el hecho electrónico puede quedar perfectamente acreditado mediante los medios de prueba citados que pueden dar cuenta de un hecho (la existencia de un mensaje o correo con un contenido relevante para el proceso) que tiene su origen en una comunicación telemática, pero cuya manifestación física puede ser objeto de prueba mediante los medios ordinarios previstos en la Ley. Ahora bien, nada impedirá, más aún será conveniente, que la parte acredite manifestaciones del hecho sustancial que únicamente pueden ser percibidos mediante el uso de la técnica. Así, cuestiones como la trazabilidad del mensaje o correo analizando los equipos y programas utilizados para acreditar la certeza e integridad del mensaje. Resulta evidente, en este sentido, que toda la prueba que se pueda aportar a un proceso que pueda dar cuenta de aspectos técnicos que no son directamente aprehensibles por el ser humano puede resultar útil para acreditar nuestra pretensión. A ese fin podremos solicitar un informe pericial a un perito informático o experto en telecomunicaciones que informará sobre el análisis de los dispositivos principalmente en orden a acreditar la licitud de la obtención y la autenticidad del documento aportado, prueba que, sin ninguna duda reforzará nuestra posición procesal. Ahora bien, y esta es una de las conclusiones principales de este trabajo la necesidad del informe pericial no viene dada por la naturaleza electrónica del hecho, sino que quedará determinada por las circunstancias concurrentes, el resto de pruebas de las que se disponga y, especialmente, la posición de la parte adversa admitiendo o negando ciertos hechos.

De lo expuesto resulta que «lo/a electrónico/a», como adjetivo de los hechos a los que se atribuye esta naturaleza, suele ser una característica del hecho que hace relación a su origen, modo de transmitirse o de manifestarse. Pero la adjetivación del hecho no supone, necesariamente, ninguna diferencia respecto de su prueba. Si fuera así, todos los documentos que se aportan a un proceso jurisdiccional desde la demanda hasta cualquier informe pericial habría que calificarlos como prueba electrónica, ya que en el momento presente prácticamente todos ellos han sido elaborados, transmitidos y/o impresos mediante procedimientos electrónicos. Efectivamente, lo que denominamos como electrónico puede intervenir en la generación o manifestación del hecho sin que afecte a su naturaleza ni al modo en que debe ser introducido en el proceso. Siguiendo con el ejemplo anterior, del mensaje o correo electrónico, el contenido relevante para el proceso de familia lo constituye la información que se contiene en el mensaje, mientras que lo «*electrónico*» es intrascendente porque la electrónica, por lo general, no suele tener valor como hecho en sí misma. Ningún sentido tendrá enfrascarse en determinar si todo el flujo de bits almacenado en algún oscuro refugio de datos acredita que efectivamente se produjo el envío del mensaje porque para acreditar ese extremo bastará, por lo general, con la aportación del documento impreso con el contenido del mensaje incluyendo, en su caso, los metadatos asociados al mismo. De modo que la prueba del hecho electrónico puede ser practicada válidamente mediante la documentación de su manifestación y, complementariamente, mediante un informe pericial informático o tecnológico. A ese fin

---

*legitimidad sin el adecuado soporte técnico. Esta carencia de fuerza probatoria se debe a que lo que se aporta en una copia impresa del correo y, como tal, es extremadamente sencillo generar documentos de texto con una apariencia idéntica, por lo que se genera una duda razonable sobre su autenticidad».*

<sup>4</sup> El ejemplo puede variar sin que se produzca merma de su significado. Así, puede tratarse de una información accesible en Internet que resulta ofensiva o denigratoria para otra empresa o persona; supuestos de competencia desleal etc.

servirán los medios de prueba previstos en la ley con el uso ordinario ya conocido. Documental: aportamos la impresión de los documentos que acreditan la actividad. Testifical: mediante la declaración de aquellos que participaron, o terceros que pudieron visualizar el mensaje, interrogatorio de partes, reconocimiento judicial, etc. Ello sin perjuicio que nada impide utilizar una pericial informática para dar cuenta de todos los detalles técnicos referidos a la integridad de los datos su veracidad, etc.

### **III. LA «PRUEBA ELECTRONICA» EN EL MARCO DEL SISTEMA LEGAL DE MEDIOS DE PRUEBA**

#### **3.1 El fundamento último de los medios de prueba previstos en la LEC**

Los medios de prueba se regulan en el art. 299.1 LEC que dispone que los medios de prueba de los que se podrá hacer uso en juicio son los siguientes: 1º) Interrogatorio de las partes; 2º) Interrogatorio de testigos; 3º) Dictamen de peritos; 4º) Reconocimiento judicial; 5º) Documentos públicos y privados. Además, la ley contiene dos normas más sobre medios de prueba. En primer lugar, el apartado segundo del art. 299 LEC dispone que: *«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»*. En segundo lugar, el apartado 3º del art. 299 LEC que sirve de cierre del sistema que prevé que: *«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»*.

Los medios de prueba descritos resultan de aplicación a cualquier clase de proceso judicial y su fundamento radica en el recto conocimiento de la naturaleza humana y, especialmente, el referido a los sentidos de los que estamos dotados todas las personas. Efectivamente, la relación de los medios de prueba previstos en la ley de los que se puede valer la parte en el proceso sigue una lógica inimpugnable. A saber, cada medio de prueba se relaciona con actividades que proporcionan información al cerebro del juzgador mediante los receptores sensoriales propios de los seres humanos con la finalidad de convencerle de la certeza de un hecho determinado que le sirva para fundamentar una sentencia favorable. De modo que los medios de prueba están relacionados directamente con nuestra dotación biológica como especie que nos ha provisto de varios sentidos, que no son sino canales de comunicación con nuestro cerebro: vista, tacto, oído, gusto y olfato. De los descritos, únicamente utilizamos plenamente dos como receptor de la actividad desarrollada mediante la prueba. Estos son la vista y el oído (testifical, interrogatorio, documental). Otros dos sentidos se emplean muy limitadamente: el tacto y el olfato (reconocimiento judicial). Y otro sentido directamente no se relaciona con ningún medio de prueba: el gusto. La razón de discriminar entre sentidos se halla en la mayor o menor precisión de cada uno de ellos y, consecuentemente, en la calidad de la información que pueden proporcionar al juzgador. También se dan otra clase de razones como los usos y convenciones sociales, que no consideran adecuado, por ejemplo, tocar u olfatear a una persona. Aunque, ciertamente, nada impide que un reconocimiento judicial pueda incluir, eventualmente esta clase de actividad olfativa<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Esto es así sencillamente por una razón de fiabilidad y eficacia de cada uno de los distintos sentidos. Así, no cabe ninguna duda que en un improbable tribunal canino en una improbable sociedad regida por perros inteligentes el catálogo de medios de prueba de su legislación procesal incluiría uno que tendría como base el olfato que en el caso de los perros es aproximadamente 300 veces más potente que el humano lo que les permite obtener información a partir de un determinado olor sin necesidad de emplear técnicas de ningún tipo. Sin embargo, en el mundo de los humanos precisamos informes periciales de modo que si queremos demandar a nuestra competidora por copiar nuestro perfume patentado va a ser necesario aportar un informe pericial, ya que de otro modo será imposible que una persona normal (como lo son los jueces) pueda diferenciar con alguna precisión entre olores similares. Nada de lo descrito es inmutable, de modo que si por azar o evolución biológica en unos años los seres humanos nacemos con desarrollado sentido olfativo no cabe duda que una de las actividades esenciales en el reconocimiento judicial será el olfateo de objetos y personas por parte del

La explicación anterior pudiera parecer poco técnica. Sin embargo, da perfecta cuenta del fundamento último del sistema de medios de prueba de aplicación general en los procedimientos judiciales en los de lo que se trata es de proveer al juzgador de los elementos de juicio en favor de cada parte con la finalidad de convencerle de la bondad de su pretensión conforme al derecho vigente en cada lugar. A este fin el Juez como ser humano únicamente puede aprehender la realidad captada mediante sus sentidos en el marco técnico, aquí sí, de las normas procesales que determinan el modo de aportar los hechos y probar en el proceso.

En este punto debo llamar la atención sobre la prueba pericial a la que no me he referido hasta el momento y que constituye un medio de prueba singular en tanto que se independiza de la servidumbre de los sentidos humanos para conectar directamente con el intelecto. Es mediante la pericia como las partes pueden acreditar determinados hechos en el proceso que no son directamente aprehensibles por el ser humano, sea porque nuestros sentidos carecen de la sensibilidad necesaria (el ser humano no puede percibir la luz infrarroja o infravioleta, pero sí algunos animales), sea porque el hecho de que lo que se pretende acreditar se fundamenta en un razonamiento científico o técnico que precisa de la exposición y conclusión por un experto en la materia sobre la que verse el dictamen. Este es el ámbito del análisis de los metadatos generados en los sistemas electrónicos de comunicación e información cuya obtención, análisis y exposición de los resultados que ofrecen exige de la intervención de un perito técnico que lleve a cabo esta tarea en el proceso. Naturalmente, esto será así en tanto los seres humanos no nazcan, por mor de la evolución, con una conexión USB 3, 5, plus (o la que sea), en cuyo caso seremos capaces de entender lo que las máquinas dicen y cuentan en su lenguaje electrónico (básicamente digital). Pero, mientras eso no sea así deberemos acudir al informe pericial para obtener el análisis técnico que nos permita acceder a los datos e información que se alberga en «lenguaje» electrónico o digital, cuando esa información fuese relevante para el litigio objeto de enjuiciamiento.

### **3.1 ¿La prueba electrónica se regula como un medio de prueba en la LEC?**

La respuesta que demos a la pregunta que encabeza este apartado resulta de gran interés puesto que se trata de un concepto nuevo que, en ocasiones, resulta de difícil comprensión dando lugar a dudas y equívocos tanto en los abogados como en el juzgador. Sin embargo, la respuesta a la cuestión no resulta especialmente difícil de obtener a partir del análisis de cuál sea el ámbito y significado de cada una de las palabras expresadas: prueba / electrónica, que juntas aluden, en un sentido no técnico, a una clase o medio de prueba caracterizado por la intervención de la electrónica.

En una primera aproximación, resulta claro que la Ley no regula ningún medio de prueba que podamos denominar electrónica. Efectivamente, como hemos visto y comprobable con un mero examen del contenido del art. 299 LEC la Ley no regula ningún medio de prueba denominado prueba electrónica. Sin embargo, es cierto que el párrafo 2º del art. 299 LEC hace referencia a conceptos y técnicas que se asocian a lo que se entiende por electrónica en sentido general. Por otra parte, algunos autores han pretendido ubicar una eventual prueba electrónica en el marco de medios de prueba previstos en la ley utilizando a ese fin distintos razonamientos. Concretamente, la doctrina suele razonar que respecto a la prueba electrónica caben tres posibilidades: 1ª Ubicarla como una especialidad de la prueba documental regulada como uno de los medios de prueba regulados en la Ley. 2ª Considerar la prueba electrónica como un medio de prueba previsto en el art. 299.2 LEC que dispone que: «*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*». 3ª Como un nuevo medio de prueba eventualmente incardinado en el art. 299.3 LEC: «*Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este*

---

Juez. Incluso la testifical podría incorporar la inspección olfativa que, eventualmente, pudiera detectar el miedo o la inseguridad como indicios, por ejemplo, del falso testimonio.



*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».*

La posibilidad de ubicar la prueba electrónica en alguno de los medios de prueba previstos en el art. 299.1 LEC resulta extraña salvo que pretendamos asociarla a la prueba pericial como se explica en el siguiente apartado. Sin embargo, algunos autores han defendido que la prueba electrónica puede estudiarse como una especialidad de la prueba documental adoptando un punto de vista amplio del concepto documento<sup>6</sup>. Desde mi punto de vista, sin embargo, la prueba electrónica no puede ubicarse como una especialidad de la prueba documental, sin perjuicio de que la prueba documental tiene un ámbito amplio y residual, ya que todo lo que se aporte sea papel, grabación de video y/o audio en soporte digital de memoria o Cd debe considerarse a efectos procesales como documento. En su virtud, la documental consistente en la impresión de correos electrónicos es prueba documental, sin que sea necesario ni adecuado denominar a esa prueba documental prueba electrónica o documental electrónica. Naturalmente tampoco denominaremos testigo electrónico a aquel que accede por sí mismo, y por invitación del destinatario, al contenido de un mensaje o correo recibido por la parte en el proceso. Esto es así, porque los documentos aportados sólo podrán ser valorados directamente por el Juez si contienen información aprehensible mediante la vista y el oído o son reproducibles en juicio mediante algún dispositivo electrónico. En otro caso, el documento será un complemento que deberá ser acreditado o interpretado mediante otra prueba, casi siempre la pericial. Así, si aporto una fotografía impresa, un documento escrito, un video o una grabación el Juez lo puede valorar directamente como máximo utilizado algún dispositivo técnico de reproducción. Pero, no será así si se aportan al proceso soportes informáticos que contienen códigos de programas u otros datos técnicos que no son entendibles sin conocimientos técnicos especializados. Estos hechos se admitirán como documentos a efectos de su clasificación material residual, pero resulta claro que no pueden servir al propósito de ser prueba documental, sino que se deberán acreditar mediante una prueba pericial. De este modo, y con este ejemplo, pretendo demostrar la inexistencia de lo que se ha venido en llamar una documental electrónica. Desde mi punto de vista el documento electrónico es un concepto sustantivo que en el proceso debe materializarse ya sea mediante una impresión de texto de imagen o video, o reproducirse en el juicio oral mediante el dispositivo adecuado que, en todo caso, debe ofrecer una información aprehensible por el juzgador<sup>7</sup>. En cualquiera de los casos anteriores el documento será un medio de prueba al que accede el juzgador, en tanto que medio de prueba, a efectos de su valoración. Ahora bien, cuando el contenido del documento no es directamente accesible por el juzgador el hecho a probar que contenga el documento deberá introducirse en el proceso mediante una prueba pericial, que puede ser una prueba informática o tecnológica.

Otros autores han pretendido ubicar la prueba electrónica en el marco de los apartados 2º o 3º del art. 299 LEC que prevén que se admitirán como medio de prueba: *«..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»* (art. 299.2 LEC); así como cualquier otro no expresamente previsto cuando mediante su utilización: *«.... pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes»* art. 299.3 LEC. Ciertamente ambos preceptos tienen por finalidad la introducción de hechos que se contienen en dispositivos de almacenamiento de datos, imagen o sonido, utilizando para ello modernos dispositivos de reproducción. Ahora bien, desde mi punto de vista resulta claro que de ningún modo se puede denominar prueba electrónica a la reproducción y/o visualización en juicio de datos, imágenes o sonidos, porque en cualquier caso estos hechos se contendrán en formato humano. Es decir, serán captados por la vista y el oído que son los canales humanos básicos de comunicación y recepción de información. En consecuencia, queda claro que lo que regula la ley en el art. 299.2 LEC no es sino un medio de

---

<sup>6</sup> Véase en este sentido ABEL LLUCH X., que estudia el hecho electrónico entendido como una extensión del concepto de documento. PICO JUNOY y ABEL LLUCH, La prueba electrónica, Ed. J.Bosch, Barcelona 2011, págs. 27 y ss.

<sup>7</sup> Evidentemente ningún sentido tiene reproducir en el acto del juicio oral una señal digital mediante, por ejemplo, un osciloscopio que ofrece una información visual sobre distintas características de las ondas electromagnéticas. Es por ello que el art. 299.2 LEC debe entenderse en el sentido que la reproducción puede servir por sí sola como prueba únicamente cuando el Juez pueda adquirir directamente conocimiento del resultado ofrecido por el aparato.

prueba complementario de los establecidos en su párrafo primero que son los ya descritos que recogen todas las manifestaciones físicas que los seres humanos somos capaces de captar mediante los sentidos. Por lo tanto, eso que «dicen» las máquinas lo debemos conocer mediante nuestro oráculo especial y particular que no es otro que el perito. Así, será mediante la pericia con la que vamos a poder acreditar específicamente los detalles concretos del hecho electrónico, más allá de su manifestación en el mundo analógico de la sociedad humana. Nada nuevo, por tanto, sino la utilización de la pericia para acreditar hechos que requieren de conocimientos y/o procedimientos técnicos por no ser aprehensibles directamente por el ser humano.

En conclusión, y desde mi punto de vista, la expresión prueba electrónica no tiene un significado legal o normativo, sino meramente enunciativo referido al modo en el que podemos acreditar en el proceso una categoría o clase de hechos que vienen caracterizados por su naturaleza que es, efectivamente, electrónica, pero sin que de ello se desprenda la necesidad de prever un medio específico de prueba para esta clase de hechos. Más aún, considero que, además de que no sea necesario, es contraproducente y poco útil analizar la prueba electrónica partiendo de la innecesaria adscripción de esta clase de hechos a un determinado medio de prueba u otorgándole una categoría de medio de prueba autónomo. Por el contrario, conocido el modo en el que las nuevas tecnologías intervienen en la vida social se aprecia con relativa facilidad que el modo de probar sigue siendo el mismo que tiene lugar cuando se pretende acreditar cualquier clase de hecho en el proceso atendiendo eso sí a las especificidades que los hechos adquieren cuando se producen o transmiten por medios electrónicos, concretamente con relación a la prueba de su autenticidad e integridad, del modo que se expone a continuación.

### **3.2 Ámbito y características de la prueba pericial electrónica**

Resulta claro, a mi parecer, que la prueba electrónica no existe como tal ni legal ni conceptualmente. En primer lugar, porque no se regula en la Ley ningún medio de prueba de esa clase. En segundo lugar, porque es evidente que la prueba es siempre un acto humano, por lo que resulta imposible «probar electrónicamente» sea un hecho electrónico o no. Pero, ello no impide que se pueda probar la manifestación de un hecho electrónico mediante cualquiera de los medios de prueba previstos en la LEC o también que se pueda probar estrictamente el propio hecho electrónico o usar la electrónica para probar un hecho lo que, de ordinario, deberá tener lugar en este caso mediante una prueba pericial. En consecuencia, el hecho electrónico se acreditará en el proceso por los medios de prueba ordinarios previstos en el art. 299.1 LEC y, en su caso, mediante el complemento de la reproducción de datos, imagen o sonido (art. 299.2 LEC). A ese fin, podrán aportarse al proceso los documentos que contienen los correos, mensajes o contratos enviados o formalizados por vía telemática o se tomará declaración a las partes o testigos sobre las cuestiones de interés en el proceso y, en su caso, se podrá aportar un dictamen pericial informático o tecnológico que explique, interprete o precise algún extremo controvertido del hecho electrónico. En este último punto la pericial será el modo ordinario de acreditar la autenticidad e integridad del mensaje o correo electrónico.

Siendo las cosas como las he explicado ¿tiene sentido hablar de prueba electrónica? Naturalmente, siempre que lo hagamos atendiendo a su naturaleza de prueba pericial. La única prueba que admite el adjetivo «electrónica» es la prueba pericial que puede denominarse así prueba electrónica o también informática o tecnológica. No es preciso por tanto agotarse con disquisiciones sobre si la prueba electrónica se regula aquí o allá, que si es una prueba documental especial o si se incluye entre los medios de reproducción del art. 299.2 LEC.

El ámbito de la prueba pericial electrónica es el de la acreditación en el proceso de los hechos o manifestaciones de hechos de naturaleza electrónica. Tal y como resulta de su propio nombre se trata de una prueba pericial ordinaria que se distingue por su contenido que consistirá en el análisis de programas, sistemas de comunicación, archivos informáticos de cualquier clase y, en general, todos aquellos hechos que se produzcan, transmitan o manifiesten en forma electrónica. Lo que se persigue con la prueba pericial electrónica es acreditar hechos de esta naturaleza que afectan a las personas y sus relaciones comerciales y sociales. Téngase en cuenta, en este

sentido, que las máquinas hoy por hoy no hablan entre ellas, salvo que un humano les diga que lo tienen que hacer. De modo que si una persona recibe un determinado mensaje en su dispositivo tecnológico es porque un tercero lo ha redactado y lo ha enviado y no por propia decisión de ningún dispositivo o aplicación<sup>8</sup>. Siendo así, el objeto final de la tarea del abogado, respecto a un hecho electrónico, será, finalmente, acreditar los hechos relevantes para fundar nuestras pretensiones en el proceso con la dificultad o la facilidad que nos proporcionan hoy día las TICs, en tanto que la prueba electrónica versa, básicamente, sobre la comunicación, negociación y contratación de ideas, bienes y servicios<sup>9</sup>.

El objeto de la prueba pericial electrónica tendrá el alcance y el contenido que se requiera en cada caso según lo que se pretenda acreditar. Téngase presente que el hecho electrónico es, contrariamente a lo que se dice en ocasiones, persistente, redundante y en gran medida inalterable al paso del tiempo. De hecho, los sistemas redundantes de conservación, gestión y tratamiento de la información permiten hoy día el acceso a cualquier evidencia sin perjuicio del tiempo que haya pasado y de la disponibilidad física para almacenar documentos<sup>10</sup>. Con carácter general la prueba electrónica respecto de mensajes y correos electrónicos puede tener por objeto dos ámbitos concretos: El medio de comunicación en sí y los datos almacenados en dispositivos y servidores. Cuando hablo del medio me refiero a las especificaciones técnicas y de seguridad del canal de comunicación utilizado; y cuando hablo de los datos y contenido objeto de comunicación y almacenamiento me refiero a la recuperación y análisis de los datos que dan cuenta de la actividad realizada entre las partes que van a contender en un proceso judicial (contratos, pactos, expresiones o afirmaciones que acreditan diversas cuestiones, etc). Por ejemplo, un objeto típico de la prueba pericial electrónica será un correo electrónico en aquello que se refiere a cualquier aspecto del envío, transmisión o su recepción en tanto que todas esas actividades se sirven de la electrónica. En su virtud si se pretende acreditar con absoluta precisión cualquiera de las cuestiones referidas será de especial utilidad la prueba pericial electrónica. Ahora bien, nada obliga a que todo hecho o indicio relacionado de algún modo con la electrónica deba ser introducido en el proceso mediante una prueba electrónica, ya que en la mayoría de ocasiones bastará con la aportación de la impresión del correo para acreditar su realidad y contenido. Lo importante es que todo tiene valor probatorio desde la impresión de la pantalla o del correo electrónico hasta los registros que se hallan en nuestra computadora de esa actividad o, finalmente, los datos que se hallan en el servidor de nuestro proveedor. Y que cada hecho tendrá su propio modo de introducirse en el proceso para su acreditación mediante la prueba que proceda, que no siempre deberá ser pericial.

#### **IV. PRACTICA DE LA «PRUEBA ELECTRONICA» EN LOS PROCESOS DE FAMILIA**

##### **3.1 Introducción.**

Los denominados procesos de familia se regulan en el Libro IV de la LEC que regula los procesos especiales distinguiendo entre procesos dispositivos (Títulos II y III) y no dispositivos (Título I). Estos últimos se caracterizan por afectar a derechos e intereses de naturaleza pública y, por tanto, indisponibles. Es por ello, que la LEC establece normas especiales que se aplican, con carácter general, a estos procesos y que excepcionan los principios técnicos comunes de la LEC: Vg. el principio dispositivo y de aportación de parte, que se matizan

---

<sup>8</sup> De acuerdo, los sistemas informáticos actuales permiten poner en marcha programas informáticos que obran con un gran grado de discrecionalidad enviando correos masivos, o no, sin una intervención directa de los seres humanos. Pero, en cualquier caso, el funcionamiento del programa está preordenado por las instrucciones del programador, que hoy por hoy es una persona física.

<sup>9</sup> Ello sin perjuicio de que alguna prueba pericial electrónica pueda tener por objeto cuestiones de funcionamiento o diseño técnico de dispositivos electrónico.

<sup>10</sup> Todo está guardado y, en principio, para siempre porque los soportes en los que se puede almacenar hoy día la información digital pueden tener, a diferencia de a diferencia de libros, casetes o incluso los Cd y Dvd, una perdurabilidad más allá de cualquier expectativa de vida humana. Por utilizar una idea a conocida podemos decir que se ha producido ya otro salto en el ámbito de la trasmisión de conocimiento. Así hemos pasado de la tablilla, al rollo de papiro, del papiro al códex, del códex al libro impreso y en el momento presente del libro impreso al libro digitalizado, lo cual equivale a decir a la información digital que puede copiarse y reproducirse ilimitadamente sin merma de su calidad y guardarse en dispositivos sólidos prácticamente inalterables.

notablemente. A este fin, la ley regula unas disposiciones generales aplicables a los procesos especiales no dispositivos: capacidad, filiación, matrimoniales, los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores y los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y sobre la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 748 LEC).

Las disposiciones generales se refieren a las siguientes cuestiones: a) Procedimiento. Los procesos especiales no dispositivos se sustanciarán por el juicio verbal, excluyéndose la publicidad de los actos procesales (art. 754 LEC); b) Partes. El Fiscal intervendrá, preceptivamente, como parte en los procesos sobre incapacitación, filiación y nulidad matrimonial, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. También comparecerá como interviniente cuando alguno de los interesados en el proceso fuera menor, incapacitado o estuviere ausente (art. 749 LEC); c) El objeto del proceso es indisponible. De modo que, en estos procedimientos, no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, salvo que se trate de materias disponibles, según la legislación civil aplicable (art. 751 LEC). Y, finalmente, c) con relación a la prueba no rigen en estos procesos las normas generales sobre la alegación y prueba de los hechos derivadas del principio dispositivo y de aportación de parte. Así, el Juez resolverá el asunto conforme a los hechos objeto del debate y que resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Además, la prueba se practicará a instancia de parte o de oficio por el Juez que podrá acordar la práctica de aquellas pruebas que estime pertinentes. Tampoco se aplicarán las reglas de valoración legal de algunos medios de prueba. En este sentido, no vinculará al Juez la conformidad de las partes sobre los hechos, la admisión de hechos con base en el silencio o respuestas evasivas de la parte o el valor tasado de los documentos públicos (art. 752 LEC). La aplicación de principios de orden público a la práctica de la prueba permite cierta flexibilidad lo que facilita que las partes puedan «reaccionar» ante la impugnación de la prueba aportada por la adversa, para solicitar la admisión, por ejemplo, de un dictamen pericial que inicialmente no se aportó. También permitirá al tribunal acordar prueba de oficio cuando considere que resulta necesario practicar prueba pertinente no solicitada por las partes.

### **3.2 Investigación y obtención de los hechos electrónicos (mensajes, correos electrónicos), objeto y licitud de la prueba**

#### *3.2.1 La regulación de la investigación de hechos en la LEC.*

La investigación en el ámbito concreto de la prueba electrónica, y más específicamente, la relacionada con mensajes, correos electrónicos u otra información que se halle en dispositivos electrónicos, tendrá por objeto el examen de terminales telefónicos, tablets, computadoras y otros dispositivos en los cuáles se almacena información que puede ser relevante en el proceso de familia por sus concretas especificidades. A este respecto en esta clase de procesos el problema al que se enfrenta la investigación del hecho electrónico es además de su obtención, el del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que determinarán la licitud y validez de la prueba obtenida. Esto es así en tanto que en los procesos de familia la situación previa al conflicto suele ser de la de la máxima confianza entre los integrantes del núcleo familiar lo cual propicia la flexibilidad en el acceso y utilización de los dispositivos de comunicación existentes en el hogar familiar. A esta cuestión me refería en la introducción a este trabajo haciendo referencia a la imprecisión de los límites establecidos en el entorno familiar, respecto a los derechos a las comunicaciones y a la intimidad de todos los integrantes de la unidad familiar. Es por ello que es preciso atender, especialmente, al modo adecuado de acceder a la información contenida en los dispositivos electrónicos con la finalidad de que los hechos obtenidos sean lícitos y, por tanto, puedan ser utilizados eficazmente en el proceso jurisdiccional. Nótese que esta es una situación distinta a la que se plantea en el marco de disputas de otra naturaleza por ejemplo laboral o civil relacionada con el ámbito

empresarial o negocial<sup>11</sup>. Aunque ello no es óbice para que puedan resultar de utilidad algunos pronunciamientos judiciales dictados en esa clase de procedimientos.

La LEC no prevé una regulación sobre la investigación preprocesal destinada a obtener hechos que puedan ser objeto de prueba. Aunque, ningún problema plantea, en principio, el acceso a dispositivos propios de la parte que investiga y obtiene hechos que se hallan en dispositivos electrónicos de su titularidad. Ello sin perjuicio de observar las reglas en orden a la debida aportación de la prueba en la forma que sea más adecuada y la necesaria custodia de la fuente de prueba al objeto de facilitar eventuales comprobaciones ulteriores. A estas cuestiones me refiero más adelante.

Distinta es la situación respecto a la investigación de hechos electrónicos que se hallaren en dispositivos de titularidad ajena a la parte. Ciertamente, las posibilidades existentes en el marco del proceso civil para realizar una investigación forense de dispositivos electrónicos de la adversa se hallan limitados por la propia naturaleza y reglas del proceso civil, incluyendo aquí las reglas sobre carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC. Sin embargo, es una realidad que en ocasiones la única forma de probar hechos de relevancia en el proceso civil será mediante el acceso a la fuente de prueba (dispositivos electrónicos) de la adversa. A ese fin, podrían servir, mediante un esfuerzo interpretativo las normas sobre diligencias preliminares (arts. 256 y ss LEC), sobre prueba anticipada (arts. 293 y ss LEC) o sobre solicitud de exhibición documental entre partes (arts. 328 y ss LEC). No obstante, no se ha producido hasta el momento una jurisprudencia que permita la alegación de tales preceptos al fin indicado. Sin embargo, puede citarse un supuesto legal que permite una investigación de dispositivos electrónicos del demandado. Este es el previsto en el art. 732.2 LEC, en sede de medidas cautelares, que dispone que: «... Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud»<sup>12</sup>.

Una problemática específica se plantea en aquellos supuestos en los que se comparten dispositivos y/o aplicaciones o cuentas de correo o de mensajería con otros miembros de la familia inclusive con quien es la

---

<sup>11</sup> A ese fin, resulta necesario que las estructuras empresariales, y también a nivel de la persona física, tengan protocolos de seguridad, almacenamiento y recuperación de la multiplicidad de hechos y datos de naturaleza electrónica que se generan en el tráfico ordinario. Véase sobre la investigación en esta clase de procesos RICHARD GONZÁLEZ M., «Análisis crítico sobre la naturaleza y características de la de la prueba pericial electrónica en el proceso jurisdiccional», en La prueba civil Aspectos problemáticos, Ed. Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona 2017; «la investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos». Revista General de Derecho Procesal, nº 43, 2017; «Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos Electrónicos y grabación de imagen y sonido», Ed. La Ley. Madrid 2017.

<sup>12</sup> El art. 732.2 LEC es utilizado como el único medio puesto a disposición de la parte actora en el proceso civil para realizar una investigación forense de los equipos informáticos de la adversa. Es por ello que es el medio usual por el que las empresas propietarias de programas informáticos solicitan al Juez que se autorice un registro de los dispositivos, que para que sea eficaz debe ser acordado «inaudita parte». La aplicación de este precepto en sede de medidas cautelares constituye una singularidad, ya que de lo que se trata es de obtener elementos de prueba de que se ha producido una infracción, a cuyo efecto la demandante de la «medida cautelar» deberá aportar un principio de prueba para sustentar su petición (art. 728.2 LEC). De modo que, finalmente, es la propia pretensión la que se pretende fundamentar mediante los elementos de prueba que se puedan hallar en los dispositivos electrónicos de la requerida (que por lo general no habrá sido demandada todavía). De suerte que de no hallar elementos de prueba la demanda no se interpondrá decayendo la medida cautelar (que en realidad no es una medida cautelar) acordada (de conformidad con el art. 730.2 LEC). Como vemos resulta difícil justificar la ubicación en sede de medidas cautelares de esta clase de medida que por naturaleza y efectos debería hallarse regulada en sede de diligencias preliminares en una modalidad especial que tendría por efecto la obtención de elementos de prueba que se hallaren en poder del demandado (o futuro demandado). Posibilidad que habría que restringir a una utilización casi excepcional. Lo que no tiene sentido es que se ubique en sede de medidas cautelares, porque no es una medida cautelar, ni que se limite a los supuestos de: «... prohibición o cesación de actividades ilícitas» (art. 732.2 LEC), ya que pueden darse otros supuestos en los que pueda ser útil y necesaria esta clase de medida. En cualquier caso, lo importante es advertir de los problemas que plantea una medida como la analizada que, de algún modo, trastoca los principios de funcionamiento del proceso civil. Esta circunstancia se pone de manifiesto en la realización práctica de la diligencia que autoriza una entrada y registro en la sede de una empresa con auxilio de la fuerza pública para examinar sus dispositivos electrónicos con base, muchas veces en meras presunciones de fraude

adversa en el procedimiento de familia. También pueden plantearse dudas en el caso en el que se investigan los dispositivos electrónicos de los hijos de los menores de edad que, en general, están sufragados por los progenitores. Tanto el aparato en sí, como los gastos de acceso a la red telefónica y de internet.

Con base en estos distintos supuestos el análisis subsiguiente distingue, en orden a la investigación y obtención del hecho electrónico, entre dos supuestos básicos: 1º Cuando lo que se investiga y eventualmente se obtiene son mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por persona distinta a la parte, que no es interviniente directo en la comunicación. 2º Cuando se trata de mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por el que es parte tanto en la comunicación como en el proceso. En ambos casos entendemos que el que recibe el mensaje o el correo es el titular del dispositivo y/o la aplicación de mensajería o de correo.

### *3.2.2 Algunas consideraciones generales respecto a la investigación de los mensajes y/o correos electrónicos transmitidos por aplicaciones gratuitas como WhatsApp o Gmail.*

Una de las cuestiones que resulta de interés precisar es la referida a las características que tienen los típicos y usuales programas y aplicaciones utilizados en el ámbito familiar y que son objeto de prueba en los procesos de familia. En este sentido, y con carácter general, podemos afirmar que en el ámbito familiar el objeto de prueba va a venir referido a mensajes y/o correos que pueden contener texto, sonido o video transmitidos mediante aplicaciones informáticas gratuitas tan conocidas como Gmail, Hotmail, Thunderbird, WhatsApp, Instagram, Facebook, etc. Todas estas aplicaciones permiten el envío y recepción de mensajes a cuyo fin utilizan la red global de internet. Además, comparten otras características: — Se transmiten de persona a persona o de persona a un grupo; — se trata de programas gratuitos; y — su funcionamiento incluye protocolos de seguridad, confidencialidad e encriptación que dificulta, o hace casi imposible, la obtención de evidencias absolutas técnicas respecto al contenido, integridad y/o autenticidad del mensaje.

La delimitación efectuada deja al margen otras situaciones y problemas que puede presentar el uso de programas de certificación de comunicaciones o de firma electrónica. Naturalmente que la utilización de aplicaciones seguras resulta en una ventaja importante para probar en el proceso las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, ese no es el escenario real de los procesos de familia en el que las comunicaciones con interés procesal van a tener lugar mediante el uso de alguno de los programas expresados de los que son representativos la aplicación WhatsApp y el correo electrónico gratuito de Gmail. Se trata de aplicaciones que permiten la comunicación sin atender a los requisitos de confidencialidad y seguridad que son habituales en otros ámbitos sociales como son el laboral, de empresa o el jurídico. Efectivamente, nadie en una familia ordinaria envía a sus familiares SMS o correos certificados o firmados electrónicamente. Es por ello que debemos atender en este trabajo a la investigación y prueba de los mensajes y correos transmitidos mediante las aplicaciones gratuitas señaladas con las peculiaridades que plantean.

Respecto a ambas clases de comunicaciones debemos tener en cuenta una diferencia esencial que resulta importante en orden a su valor como prueba en el proceso, y que es la referente a la ubicación y almacenamiento de los mensajes de WhatsApp frente a los correos electrónicos.

En primer lugar, los mensajes de WhatsApp no se almacenan en un servidor online o en ningún otro lugar, sino que la aplicación los remite directamente al terminal del destinatario del mensaje quedando almacenados el mismo en los dispositivos electrónicos emisor y receptor en tanto que el usuario no los elimine. Esos mensajes son accesibles directamente desde la aplicación o bien desde la copia de seguridad local que se almacena en el propio teléfono. Esa copia de seguridad puede servir para acceder a los mensajes guardados en caso de eliminación accidental de los mensajes disponibles en la aplicación. Pero, esa copia de seguridad sólo permite recuperar los mensajes de hasta 7 días atrás, ya que la aplicación reescribe cada día los archivos de seguridad

de más de una semana. Además, debe tenerse en cuenta que la eliminación de mensajes lo será de la memoria del dispositivo personal sin que afecte a otros destinatarios del mensaje que pueden ser uno o varios. La única excepción a la regla anterior es la de los mensajes que la aplicación no ha podido entregar al destinatario porque, por ejemplo, no haya conectado su teléfono a la red de datos. En ese caso, WhatsApp conserva el mensaje hasta un máximo de un mes tras lo cual se elimina. Finalmente, otra peculiaridad es la posibilidad de eliminar un mensaje de WhatsApp hasta el límite de una hora, ocho minutos y dieciséis segundos (hasta hace poco el límite era de tan solo siete minutos). De modo que eliminado el mensaje desaparecerá del dispositivo del receptor con independencia de que lo haya recibido y leído. Por esa razón puede ser útil capturar la pantalla de la aplicación con el mismo dispositivo electrónico para evitar que una posterior eliminación del mensaje nos imposibilite su aportación al proceso. Téngase en cuenta, que otras aplicaciones de mensajería como Snapchat, Instagram o Telegram, permiten el envío de mensajes secretos o temporales.

De lo anterior se deriva que en la actualidad no es posible acreditar la autenticidad e integridad de un mensaje de Whatsapp. Esto es así debido a las características expuestas de funcionamiento y de seguridad de la propia aplicación que no guarda ninguna copia en servidor alguno. El problema consiste en el hecho cierto que los mensajes contenidos en el teléfono son fácilmente accesibles y editables por el titular del teléfono y, por extensión, por cualquiera que pueda acceder al dispositivo por conocer la clave de acceso. De modo que el mensaje de WhatsApp es «*per se*» sospechoso por la posibilidad de manipulación, aunque ello no impide que pueda ser valorado y servir como prueba en el marco de las circunstancias relacionadas con el hecho y el resto de prueba practicada. En el caso de los mensajes de esta aplicación el informe pericial que se pueda aportar tendrá una eficacia relativa, por las razones apuntadas, pero no cabe duda que puede servir para una mejor acreditación del hecho. También caben otros modos de probar como la simple impresión del pantallazo o la cibernavegación ante Notario o, incluso, Letrado de Justicia que levantará acta de constancia.

Respecto al correo electrónico el procedimiento de funcionamiento es completamente diferente, ya que los correos electrónicos no se guardan en el dispositivo del usuario, sino que se almacenan en los servidores electrónicos de la aplicación utilizada. Servidores que, en el caso del correo gratuito, especialmente de Gmail y similares, lee, analiza y extrae datos para sus servicios de análisis y publicidad, pero que no atienden a ninguna petición de certificación del envío de correos electrónicos. De modo que, siendo distinto el funcionamiento de la aplicación de correo respecto a la de WhatsApp, el usuario se halla ante la misma imposibilidad de obtener una certificación de la autenticidad e integridad del correo recibido o enviado. Sin embargo, a diferencia de los mensajes de WhatsApp el correo electrónico permite, como se explica más adelante, imprimir con facilidad la cabecera del correo electrónico que es un archivo de datos que contiene una información precisa de todos los datos referentes al correo recibido o enviado. Entre estos datos la fecha, identidad de los comunicantes y los servidores y dispositivos por los que ha pasado el correo electrónico. Esta información adicional no garantiza, sin embargo, la autenticidad e integridad del mensaje, por cuanto los datos que se contienen en la cabecera son modificables cuando se cuentan con conocimientos informáticos. En cualquier caso, y a diferencia del WhatsApp, la aportación de la cabecera del correo permite un mayor nivel de confianza y seguridad respecto a la validez como prueba del correo.

### **3.3 Los derechos constitucionales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad personal como límites de la investigación del hecho electrónico.**

La investigación y obtención de información de cualquier clase está absolutamente limitada por la vigencia de los derechos fundamentales que protegen cualquier inmisión ajena tanto en el proceso de comunicación como en el de obtención de hechos privados de los ciudadanos cuando se afecte a su intimidad personal. De modo que deben respetarse los derechos fundamentales descritos que impiden de forma absolutamente nítida la prohibición de intervenir de algún modo las comunicaciones ajenas, salvo claro está que medie orden judicial

acordada en un proceso penal. Mientras que el derecho a la intimidad tiene una distinta naturaleza en tanto que su ámbito y exigencia depende de distintos elementos de juicio.

### 3.2.1 Concepto y contenido del derecho al secreto de las comunicaciones

El secreto de las comunicaciones está reconocido y protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y por los Convenios firmados por España, tales como el Pacto Internacional de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio Europeo de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 8). También está reconocido y garantizado en el art. 18.3 CE que dispone que: *«se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»*. El bien constitucionalmente protegido, mediante la invocación al secreto, es el de la libertad de las comunicaciones que incluye el derecho a comunicarse libremente sin que sea posible, por conculcar el derecho: *«la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de 'secreto', que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»* STC 123/2002, de 20 de mayo <sup>13</sup>.

El derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE está directamente relacionado con el derecho a la intimidad personal y, más allá, con el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la persona. Esto es así, ya que el derecho al secreto de las comunicaciones se trata en realidad de una extensión del derecho a la libertad individual que únicamente puede ser real y efectivo si las personas pueden comunicarse libremente y sin injerencias externas. También se relaciona directamente con el derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18.1 CE. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el derecho al secreto de las comunicaciones se relaciona directamente con las garantías y características fundamentales del Estado de Derecho por su evidente proyección pública que hace que trascienda de su carácter individual para ser, como decimos, una de las enseñanzas del Estado de Derecho<sup>14</sup>. El contenido del derecho al secreto de las comunicaciones se proyecta sobre toda clase de comunicación, incluyendo cualquier clase de transmisión de información entre personas ya sea

---

<sup>13</sup> Véase en este sentido la STC 123/2002, de 20 de mayo que declara: «... el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE "consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del 'secreto'- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) ... Y puede también decirse que el concepto de 'secreto', que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»

<sup>14</sup> Véase refiriéndose a esta dimensión social del derecho al secreto de las comunicaciones la STS 714/2016 de 26 Sep. 2016, que declara que: «El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social ( STC núm. 281/2006, de 9 de octubre (LA LEY 110153/2006) y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre (LA LEY 189441/2008) ), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales» STS 714/2016 de 26 Sep. 2016, Rec. 1951/2015; Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón. LA LEY 126702/2016. Véanse también ABAD YUPANQUI, S.B.; El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial; Pensamiento Constitucional Año XVI N° 16 / ISSN 1027-6769; <<https://goo.gl/2U36xi>>; LÓPEZ-BARAJAS PEREA I.; Garantías constitucionales en la investigación tecnológica del delito: Previsión legal y calidad de la Ley; Revista de derecho político, N° 98, 2017, págs. 91-119; RODRÍGUEZ LAINZ J.L.; Los límites a la dimensión formal del derecho al secreto de las comunicaciones, Diario La Ley, N° 7669, Sección Doctrina, 8 de Julio de 2011, Año XXXII, Ref. D-283, Editorial LA LEY; RODRÍGUEZ LAINZ J.L.; Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica; Diario La Ley, N° 7647, Sección Doctrina, 8 de Junio de 2011, Año XXXII, Ref. D-237, Editorial LA LEY.



mediante procedimientos tradicionales (cartas, envíos postales), como mediante sistemas los modernos de comunicación que en los últimos años se han expandido con carácter general permitiendo la transmisión de datos, imagen y sonido, mediante dispositivos cada vez más pequeños que pueden llevarse consigo. Al mismo tiempo las nuevas tecnologías han posibilitado que los dispositivos técnicos puedan grabar imagen y sonido o que puedan servir como una suerte de baliza localizadora de la ubicación del dispositivo y, por extensión, del poseedor del mismo.

La categorización como derecho fundamental del derecho al secreto de las comunicaciones le otorga una protección reforzada frente a todo género de intromisiones, no sólo las que pudiera realizar la policía sino también particulares con independencia del grado de parentesco o familiaridad que pueda existir. Es por ello que cualquier intromisión en el ámbito de las comunicaciones personales deberá estar plenamente justificada tanto a nivel constitucional como a nivel legal. Justificación que debe ofrecer el único que la puede autorizar que es el Juez de Instrucción<sup>15</sup>.

El Tribunal Constitucional ha venido manteniendo un criterio amplio y flexible para proteger el proceso comunicativo con independencia del canal o aparato que se utilice a ese fin. De otro modo la protección del derecho a la comunicación habría quedado a expensas de las evoluciones de los avances de la técnica<sup>16</sup>. En este sentido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo mantienen una jurisprudencia reiterada declarando que el derecho al secreto de las comunicaciones alcanza a cualquier forma de aparato, interceptación o canal de comunicación: «*la protección alcanza frente a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación mientras el proceso está teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar, ya sea la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los elementos externos del proceso de comunicación*» STS de lo Penal, Sentencia 940/2008 de 18 Dic. 2008, Rec. 10542/2008. Ponente: Granados Pérez, Carlos. LA LEY 216123/2008<sup>17</sup>. De modo que es intrascendente el modo en el que se produce el proceso comunicativo que puede tener lugar por medio de cable, señales radioeléctricas, ópticas etc. También resulta intrascendente el modo o el medio por el que se accede a la red de comunicación. De forma que estará protegida la comunicación que se realiza mediante la conexión personal de pago por contrato, mediante tarjeta prepago<sup>18</sup>, o usando la conexión o el teléfono de un amigo, la del vecino, la del café, restaurante o Centro Comercial.

---

<sup>15</sup> El derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la libre comunicación y secreto de los comunicantes y del contenido de la comunicación, sin que pueda admitirse ninguna intromisión que no se halle legitimada por alguno de los modos previstos expresamente en la Constitución y la Ley, sea cual sea el medio de comunicación que se pueda emplear. Véase, en este sentido, la STS 714/2016 de 26 Sep. 2016 (Rec. 1951/2015; Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón. LA LEY 126702/2016) que declara que: «*la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse*». Véase también en este sentido la STS núm. 367/2001, de 22 de marzo (LA LEY 3268/2001) y núm. 1377/1999, de 8 de febrero.

<sup>16</sup> Véase en este sentido la STC 123/2002 de 20 de mayo (LA LEY 5840/2002), que declara que: «En el actual estado de la jurisprudencia, la necesidad de proteger la inviolabilidad de las comunicaciones, con independencia del formato en el que aquéllas se desarrollen, representa un hecho ratificado por numerosos precedentes. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la especial protección que dispensa el art. 18.3 de la CE se produce "...con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico, etc.- de la misma"». Véase también en ese sentido la STC 70/2002 de 13 de abril (LA LEY 3534/2002), 13 de abril; y la STS de lo Penal, Sentencia 940/2008 de 18 Dic. 2008, Rec. 10542/2008. Ponente: Granados Pérez, Carlos. LA LEY 216123/2008.

<sup>17</sup> Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional SSTC 114/1984, de 29 de noviembre (LA LEY 9401-JF/0000); 123/2002, de 20 de mayo (LA LEY 5840/2002); 137/2002, de 3 de junio (LA LEY 6260/2002); 281/2006, 9 de octubre (LA LEY 110153/2006). Y las sentencias del Tribunal Supremo SSTS 1231/2003, 25 de septiembre (LA LEY 2885/2003) y 1219/2004, 10 de diciembre (LA LEY 252/2005).

<sup>18</sup> Véase en este sentido la STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 249/2008 de 20 May. 2008 que declara que «En consecuencia, a falta de autorización judicial, cualquier forma de interceptación del contenido de la comunicación verificada por telefonía móvil, incluida su modalidad de tarjeta prepago, determinaría una flagrante vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 de la CE (LA LEY 2500/1978) , con la inevitable consecuencia de la nulidad probatoria sancionada por el art. 11 de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) . STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 249/2008 de 20 May. 2008, Rec. 10983/2007. Ponente: Marchena Gómez, Manuel. LA LEY 68707/2008.

Incluso también está protegida la comunicación en el ámbito laboral. Aunque en ese caso hay que tener en cuenta otros factores que pueden determinar la posibilidad de un control empresarial que suponga la monitorización de las comunicaciones del trabajador<sup>19</sup>.

La protección constitucional se extiende a los siguientes elementos de la comunicación: — Los datos de los comunicantes<sup>20</sup> — Datos indicativos del origen y del destino de la comunicación. — Tiempo y duración de la misma<sup>21</sup>. — Clase y contenido concreto de la comunicación realizada<sup>22</sup>. Esto supone que, por ejemplo, está protegido como un secreto personal que atañe al derecho al secreto de las comunicaciones: a quien se llama, cuantas veces y por cuanto tiempo, aunque la intervención no haya tomado conocimiento de ninguna de las comunicaciones efectuadas. En consecuencia, será ilícita la prueba obtenida mediante la intervención de las comunicaciones de terceros que están amparadas por el Derecho Constitucional. Así, supone una violación del derecho al secreto de comunicaciones se produce por el mero acceso a la cuenta de correo o de mensajería ajena sin consentimiento de su titular. Véase en este sentido la AAP Audiencia Provincial de Les Illes Balears de 5 de Septiembre de 2017 <sup>23</sup>. Ahora bien, no se vulnera ese derecho cuando el que utiliza hechos o datos de la comunicación es parte de aquella. En ese caso puede plantearse una violación del derecho a la intimidad, pero no al secreto de las comunicaciones. Así sucederá en el caso de comunicaciones realizadas en grupos de usuarios de WhatsApp o envíos de correo electrónico.

---

<sup>19</sup> Véase sobre estas cuestiones, DELGADO MARTÍN, J.; Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos; Diario La Ley, Nº 8202, Sección Doctrina, 29 Nov. 2013, Año XXXIV, Ref. D-410, Editorial LA LEY; RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones, Diario La Ley Año: 2011, Número: 7598.

<sup>20</sup> «el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, establecido en este último la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. También que el concepto de secreto que aparece en el artículo 18.3 "no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo la identidad subjetiva de los interlocutores o corresponsales (...). Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia "erga omnes") ajenos a la comunicación misma» STC 114/1984 (LA LEY 9401-JF/0000). Véase también reafirmando que el secreto a las comunicaciones también protege la identidad de los comunicantes: SSTC 123/2002, de 20 de mayo; 114/1984, de 29 de noviembre; 56/2003, de 24 de marzo, 26/2006 de 30 de enero.

<sup>21</sup> Véase la STS nº 130 de 19 de febrero de 2007 (LA LEY 4627/2007) que declara que se debe: «insertar dentro del derecho al secreto de las comunicaciones todo lo referente al desvelamiento de los interlocutores de una conversación telefónica, así como el día, hora y duración de la misma, aunque no se haya interferido en el contenido de la comunicación».

<sup>22</sup> La protección de los datos relativos a las comunicaciones, que no al contenido de las mismas, resulta exigido desde la STEDH Caso Malone de 2 de agosto de 1984 (Sentencia 8691/79) tan citada en esta materia. Efectivamente, en ese caso el TEDH se cuestionaba si la técnica del recuento -open register o comptage- estaba o no protegida por el art. 8 CEDH. El recuento consiste, según la STEDH, en: «...el uso de un instrumento -un contador combinado con un aparato impresor- que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y la duración de cada llamada» (§ 56). La conclusión a la que llega el TEDH es que en los datos y registros obtenidos se contiene información privada y referente a las comunicaciones (en aquel caso telefónicas), que debe estar protegida y a la que sólo podrá tener acceso la policía mediante una orden judicial<sup>22</sup>. El concepto de datos externos manejado por el TEDH en la tantas veces invocada sentencia del Caso Malone, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución "datos de tráfico", en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea.

<sup>23</sup> «La sentencia se equivoca en este punto. El mero acceso al correo electrónico de la denunciante a través de Internet, sin su consentimiento, con uso de las claves de la denunciante y con el objeto de conocer sus comunicaciones y en definitiva sus secretos: aquello que está oculto y no permanece al alcance de terceros, supondría, ya de por sí, sin más consideraciones, el apoderamiento de mensajes de correo electrónico y por ende de cartas o papeles que sanciona el apartado 1 del artículo 197 del CP . (LA LEY 3996/1995). Para la consumación del delito objeto de acusación en este caso no es necesario el efectivo descubrimiento o revelación del contenido de la correspondencia electrónica, cuyo contenido es en sí mismo secreto, en el sentido de que permanece oculto. Como es lógico, el delito ha de ser doloso y el mero acceso sin consentimiento de la titular ya presupone el dolo, esto es, la conciencia de que se está accediendo al correo electrónico ajeno sin autorización y pese a ello se produce el acceso o apoderamiento. El tipo admite formas imperfectas ( STS 553/2015, de 6 de octubre (LA LEY 136682/2015) , 532/15 de 23 de septiembre (LA LEY 131066/2015) y la muy clarificadora STS 544/16, de 21 de junio ). Con todo, la errónea interpretación del tipo penal carece de trascendencia a los efectos que se pretende por la parte apelante, porque la recurrida no estima acreditado que el apelado fuera quien hubiera accedido al correo electrónico de la recurrente en fecha 3 de julio de 2015, único acceso que se produjo desde el domicilio del apelado, puesto que la recurrida admite como probable o posible que dicho acceso pudo haber sido efectuado por la hija de los litigantes y no por el acusado, o, al menos estima que existe una duda razonable que ha de favorecerle» SAP Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 2ª, Sentencia 431/2017 de 5 Sep. 2017, Rec. 286/2017. Ponente: Gómez-Reino Delgado, Diego Jesús. LA LEY 155124/2017.

### 3.2.2 Alcance del derecho a la intimidad personal y familiar<sup>24</sup>.

El derecho a la intimidad personal supone una derivación de la dignidad de la persona e implica: *«la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana»* (TC SS 209/1988 (LA LEY 1103-TC/1989), de 27 Oct.; 231/1988 (LA LEY 1166-TC/1989), de 1 Dic.; 197/1991, de 17 Oct. (LA LEY 1822-TC/1992); 99/1994, de 11 Abr. (LA LEY 13125/1994); 143/1994 (LA LEY 2567-TC/1994), de 9 May., FJ 6; 207/1996, de 16 Dic. (LA LEY 1527/1997), FJ 3; 98/2000, de 10 Abr. (LA LEY 78877/2000), FJ 5; 156/2001, de 2 Jul., FJ 4, entre otras)» STC Sala Primera, Sentencia 70/2002 de 3 Abr. 2002, Rec. 3787/2001; Ponente: Garrido Falla, Fernando. LA LEY 3534/2002. Pero, el derecho a la intimidad personal no tiene carácter absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes<sup>25</sup>. En este sentido, debe destacarse la relativa flexibilidad con la que se trata el derecho a la intimidad respecto al derecho al secreto de las comunicaciones. Esto es así porque el derecho a la intimidad no se halla absolutamente protegido con una reserva constitucional y admite una modulación de su contenido en función de la conducta de la persona y de las circunstancias concurrentes. De modo que el consentimiento del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno<sup>26</sup>. De ello resulta que, por ejemplo, el Tribunal Supremo respecto a la jurisdicción penal haya declarado que la policía puede realizar determinadas actividades de investigación que aunque afecten el derecho a la intimidad pueden quedar amparadas por la existencia de un fin constitucional legítimo respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad: *«la posibilidad de que el derecho a la intimidad ceda ante fines o intereses constitucionales legítimos, recordando que, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre (LA LEY 1527/1997), se establecieron como "requisitos que proporcionan una justificación*

---

<sup>24</sup> Véase MORENO VERDEJO J.; Afectación de otros derechos fundamentales distintos del protegido por el artículo 18.3 de la Constitución Española; Diario La Ley, Nº 7573, 21 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY.

<sup>25</sup> «Constituye, igualmente, doctrina reiterada de este Tribunal, que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (TC SS 57/1994, de 28 Feb. (LA LEY 2445-TC/1994), FJ 6; 143/1994 (LA LEY 2567-TC/1994), de 9 May., FJ 6; 98/2000, de 10 Abr. (LA LEY 78877/2000), FJ 5, 186/2000, de 10 Jul. (LA LEY 9715/2000), FJ 5; 156/2001, de 2 Jul., FJ 4)» STC Sala Primera, Sentencia 70/2002 de 3 Abr. 2002, Rec. 3787/2001; Ponente: Garrido Falla, Fernando. LA LEY 3534/2002.

<sup>26</sup> «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto «aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida» (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre (LA LEY 2437/2004), FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre (LA LEY 139143/2007), FJ 5; 70/2009 (LA LEY 14334/2009), de 23 de marzo, FJ 2). En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que este no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito. Así, en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, en que se analizaba si un reconocimiento médico realizado a un trabajador había afectado a su intimidad personal, reconocimos no sólo la eficacia del consentimiento prestado verbalmente, sino además la del derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad (FJ 9). También llegamos a esta conclusión en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero (LA LEY 8565-JF/0000) y 209/2007 (LA LEY 154004/2007), de 24 de septiembre, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE (LA LEY 2500/1978), manifestando en la primera que este consentimiento no necesita ser «expreso» (FJ 3) y en la segunda que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (FJ 5). Por otra parte, tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009 de 29 de junio, FJ 3). A esto se refiere nuestra doctrina cuando alude al carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales, de forma que el derecho a la intimidad personal, como cualquier otro derecho, puede verse sometido a restricciones (SSTC 98/2000, de 10 de abril (LA LEY 78877/2000), FJ 5; 156/2001 (LA LEY 4591/2001), de 2 de julio, FJ 4; 70/2009, de 23 de marzo (LA LEY 14334/2009), FJ 3)» STC Sala Segunda, Sentencia 173/2011 de 7 Nov. 2011, Rec. 5928/2009; Ponente: Gay Montalvo, Eugeni. LA LEY 211654/2011.

*constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad); y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto"» STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 311/2015 de 27 May. 2015, Rec. 10813/2014; Ponente: Monterde Ferrer, Francisco. LA LEY 70098/2015<sup>27</sup>.*

Respecto al ámbito familiar la cuestión es compleja teniendo en cuenta las especiales relaciones de confianza y de derechos y deberes paternofiliales. Con carácter general podríamos decir que, en principio, rigen también todas las garantías que ofrece la protección constitucional del derecho a la intimidad, pero en el contexto de los actos propios de cada persona y de los deberes que le incumben en el ámbito familiar. Así, se ha establecido que no incurre en delito de revelación de secretos el progenitor que accede a los mensajes albergados en el teléfono del hijo por entenderse que la vigilancia de la actividad en las redes sociales de los menores de edad por los padres se incluye entre las obligaciones que el art. 154 Cc imponen a los que ejercen la patria potestad<sup>28</sup>. Tampoco se incurrirá en ninguna clase de infracción el uso por parte de un miembro de la familia de aquellas

---

<sup>27</sup> «Tal como precisa la STS nº 1148/2010, de 12 de diciembre (LA LEY 236961/2010), "sobre el examen o la observación del listado de teléfonos de la agenda de un teléfono móvil tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala que no se trata de una intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad; por lo cual, se le aplica la doctrina que el Tribunal Constitucional tiene plasmada sobre la limitación de ese derecho fundamental con motivo de las investigaciones delictivas por los agentes policiales, principalmente las SSTC 114/1984 (LA LEY 9401-JF/0000), de 14 de febrero, 70/2002, de 3 de abril (LA LEY 3534/2002), y 120/2002, de 20 de mayo (LA LEY 5839/2002). La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles (SSTS 316/2000, de 3-3 (LA LEY 5811/2000); 1235/2002, de 27-6 (LA LEY 7146/2002); 1086/2003, de 25-7 (LA LEY 2728/2003); 1231/2003, de 25-9 (LA LEY 2885/2003); 449/2006, de 17-4 (LA LEY 43923/2006); y 1315/2009, de 18-12 (LA LEY 283766/2009)» STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 311/2015 de 27 May. 2015, Rec. 10813/2014; Ponente: Monterde Ferrer, Francisco. LA LEY 70098/2015.

<sup>28</sup> «Como informa el Ministerio Fiscal los hechos no constituyen el delito del artículo 197.1 CP. (LA LEY 3996/1995) El denunciado comparte con la denunciante la patria potestad de sus hijos menores Petra de 9 años de edad y Marino y por tanto tiene la obligación conforme al artículo 154 Código Civil (LA LEY 1/1889), de velar por ellos, educarles y procurarles una formación integral. El desarrollo de las redes sociales como también lo es el whatsapp requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores. En el presente caso, el padre habría revisado con la propia menor, a su presencia determinadas conversaciones de whatsapp. El artículo 197.1 dispone: "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses." Además de ello, como dice la STS, Penal sección 1 del 23 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3874/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3874) al interpretar el artículo 197 del CP (LA LEY 3996/1995) "Hay que distinguir entre la irrelevancia "objetiva" del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre "secreto" y "reservados" a efectos de la intimidad personal y familiar. Una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término "reservados" que utiliza el Código hay que entenderlo como "secretos" o "no públicos", parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP. (LA LEY 3996/1995) Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.". No puede decirse por el relato de la denuncia que el padre se apoderare sin consentimiento de la hija menor de sus conversaciones de whatsapp, por el hecho de repasar con ella determinadas conversaciones; tampoco que las mismas merecieran la calificación de dato "reservado" como datos atinentes a la intimidad desconocida u oculta de la menor y que esta no quisiera que el padre conociera y menor aún que el denunciado buscara descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de la menor. Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, imponiendo a la apelante cuyas pretensiones son totalmente rechazadas las costas de la apelación». SAP Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2ª, Auto 893/2017 de 25 Oct. 2017, Rec. 914/2017. Ponente: Cimadevila Cea, María del Rosario. LA LEY 179329/2017.

aplicaciones que se utilizan por varios familiares de común acuerdo. Aunque el consentimiento a ese fin es revocable y, por supuesto, ninguna utilización ilícita se puede hacer de los contenidos o información de la aplicación que perjudique a cualquiera de los usuarios de la misma.

### **3.4 Investigación y obtención de mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por persona distinta a la parte procesal.**

Expuesto lo anterior resulta claro que la investigación y obtención de hechos electrónicos, y concretamente mensajes y/o correos electrónicos queda supeditada al respeto del derecho a las comunicaciones y la intimidad de la adversa o de terceros. Ahora bien, las limitaciones expuestas no impiden absolutamente la investigación de hechos que puedan obtenerse de o mediante dispositivos electrónicos, aunque el que la realiza no sea parte en la comunicación. En este sentido, probablemente lo más útil sea ejemplificar distintos supuestos que pueden darse a efectos de ilustrar sobre los límites que deben ser observados a fin de evitar que los datos que se obtengan puedan estar contaminados o viciados de nulidad y que, por tanto, no puedan acceder al proceso.

1º — No cabe, en ningún supuesto, la intervención de las comunicaciones de ninguna persona excepto en el supuesto que exista una resolución judicial que únicamente puede dictar un Juez en el marco, expreso y concreto, de una investigación penal para la averiguación de alguno de los delitos previstos en la ley (arts. 579, 588. quater.b y 588septies LECrim). De modo que ninguna clase de escucha o intervención se puede hacer que suponga una intromisión en el acto de la comunicación de ningún ciudadano, aunque en el momento de realizarla exista alguna clase de vínculo personal o familiar con el que interviene la comunicación.

2º — No existe ningún obstáculo legal para obtener y utilizar los datos personales de terceros a los que se puede acceder a través de Internet. Por ejemplo, los mensajes, notas, fotografías, archivos de audio o video que cualquier persona incorpora a su «perfil» en la red al que se puede acceder siendo sencillamente usuario de la aplicación. Téngase presente que el nivel de libre acceso a los datos depende de los criterios de privacidad establecidos por el usuario. De modo que si estos son absolutamente o limitadamente abiertos cualquier usuario de la aplicación de que se trate podrá acceder a los contenidos personales y obtener grabaciones o copias impresas para su uso en el proceso.

3º — Un supuesto especial es el de cuentas de aplicaciones compartidas por varias personas o también cuentas o dispositivos de titularidad personal, pero en las que voluntariamente se acepta el acceso de persona distinta al titular. Este es un supuesto muy común que se produce cuando miembros distintos de la unidad familiar comparten una cuenta de correo, un teléfono y las correspondientes aplicaciones de comunicación o una aplicación de comunicación con alguna entidad bancaria. También es el supuesto de grupos de usuarios que comparten los mensajes por ejemplo en WhatsApp<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase la SAP Zaragoza de 17 septiembre de 2015 que se pronuncia respecto a la valoración como prueba de los mensajes de WhatsApp en un grupo aportados por uno de los miembros para acreditar su pretensión frente a otro: «*TERCERO*.- Así las cosas, son substancialmente los argumentos de la resolución combatida los que propician su ratificación: En efecto, el llamado estado de whatsapp, es simplemente eso, el contenido del mismo en un determinado momento y al que tienen acceso las personas que en aquel grupo participan. Por lo tanto, los argumentos de la recurrente intentando explicar algo tan banal como lo es que no se trata de mensajes o correos, carecen de toda consistencia, pues al tener acceso a su contenido todas las personas integrantes del grupo y que se supone que acceden al mismo con frecuencia (de lo contrario carecería de sentido la formación de tales grupos o sus miembros se borrarían del mismo) es obvio que quien inserta un nuevo comentario, noticia, video, foto o cualquier otro material lo hace para que los demás miembros tengan acceso al mismo. Ello es lo que parece suceder en el caso presente, pues aunque el denunciante se había borrado del grupo, su novia o actual compañera sentimental seguía en el mismo, hecho conocido por la recurrente quien a través de esta última transmitía los mensajes o comentarios inquietantes a su ex pareja sentimental. Las explicaciones dadas por la recurrente en el acto de la vista en el sentido de que se trataba de "casualidades" son del todo inverosímiles e increíbles y ello ante la evidencia de que a través de los estados de whatsapp se estaban transmitiendo situaciones a tiempo real, y no en una sino en cuatro concretas ocasiones tal y como de los hechos probados se desprende» SAP Zaragoza Sección n. 1, Sentencia: 00089/2015. 17 septiembre de 2015.

En este último supuesto lo que resulta claro es que no se producirá una infracción del derecho a la comunicación en tanto que los que participan han aceptado expresa o tácitamente la intervención de otras personas en el acto de comunicación. Ahora bien, ello no impide que se pueda afectar el derecho a la intimidad de alguno de los intervinientes, lo que podrá suceder cuando se haga valer información personal de uno de los que pueden acceder a la comunicación con fines ilícitos. Véase, en este sentido, la SAP de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 280/2018 de 29 Jun. 2018, que claramente señala que no existe prueba ilícita cuando una parte aporta archivos de audio de conversaciones tenidas con terceros en calidad de interlocutor<sup>30</sup>.

Esta cuestión es trasladable al ámbito de las conexiones a Internet refiriéndonos en este caso a conexiones y páginas Web. Ello sin perjuicio de que con relación a Internet el propio usuario puede determinar el grado de exposición pública al que se somete en su navegación virtual. Es absolutamente usual, en este sentido, que las páginas web, navegadores, sistemas operativos o de correo electrónico interaccionen unos con otros recogiendo información del usuario que, por una parte, facilita la navegación y personaliza las búsquedas y resultados, pero que por otro supone una transmisión de datos a empresas de Internet que los utilizan generalmente con motivos comerciales. Esto es lo que sucede cuando uno permite al teléfono inteligente compartir ubicación con programas de Internet a los que uno está suscrito. Ubicación que es utilizada por esas empresas para realizar estudios de mercado. Pues bien, a pesar de la propia dejación o aceptación del usuario los datos así obtenidos están protegidos y no pueden ser utilizados en una investigación de clase alguna sin una orden judicial que así lo autorice. No obstante, podría argüirse que siendo el propio comunicante el que permite que los datos de su comunicación sean conocidos por terceros estaría haciendo dejación de un derecho al secreto al que el mismo renuncia<sup>31</sup>. A ese respecto en alguna sentencia del Tribunal Supremo se ha hecho referencia, precisamente, a la necesidad de que las comunicaciones se realicen: en el ámbito de la privacidad y en ejercicio de su derecho a la intimidad, es decir, con voluntad de excluir toda injerencia de terceros en esa relación comunicativa, situación que habrá de ponderarse en cada supuesto atendiendo a las circunstancias concurrentes<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> «Los archivos de audio aportados por la parte apelante cumplen el requisito temporal, y desde luego no constituyen prueba ilícita porque es sabido que no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni, implica contravención de lo dispuesto en el [art. 18.3 de la constitución](#), la retención por cualquier medio del contenido del mensaje.... Dicha retención, la grabación en este caso podía ser en muchos casos el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aún considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las conversaciones. Ocorre en efecto, que el concepto del secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado... quien emplea durante su conversación un aparato que permita copiar aquella conversación, no está violando el secreto de las comunicaciones, salvo que entrase en la esfera íntima del interlocutor (art. 18.1). Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de un interlocutor o de sus corresponsales, el art. 18.3 se terminaría vaciando de sentido en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal, el art. 18.1 garantiza ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo solo al objeto de preservar dicha intimidad. La grabación por ello de los interlocutores de la conversación no conculca acto alguno impuesto por el art. 18.3, quien graba una conversación de otro atenta, independientemente de toda otra consideración al derecho reconocido en el art. 18.3 C. E.; por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado. Así pues, descartado que los archivos de audio aportados con el recurso hayan sido obtenidos vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones o constituyan una intromisión en la intimidad personal de su interlocutor, debe ello no obstante concluirse que no son relevantes para la decisión del proceso porque, más allá de lo desabrido de determinadas expresiones, solo ponen de manifiesto incidencias propias del periodo de reajuste que implica el paso de una custodia exclusiva a otra compartida» SAP de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 280/2018 de 29 Jun. 2018, Rec. 193/2018. Ponente: Riaza García, Jaime. LA LEY 114787/2018.

<sup>31</sup> Véase CARRETERO SÁNCHEZ S., Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales : aproximación general; Diario La Ley, Nº 8718, Sección Doctrina, 9 de Marzo de 2016, Ref. D-99, Editorial LA LEY.

<sup>32</sup> «Sin embargo, considera esta Sala que, en cualquier caso, y en principio, la comunicación de una persona con otra, a través de las posibilidades que ofrece la Red, se encuentra dentro del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 18.3 C.E., que, recordemos, garantiza el secreto de las comunicaciones en general, aunque "en especial" de las postales, telefónicas y telegráficas siempre, claro está, que en cada caso quede constatado que tales comunicaciones se realizan en el ámbito de la privacidad de los comunicantes y en el ejercicio de su derecho a la intimidad, es decir, con voluntad de excluir toda injerencia de terceros en esa relación comunicativa,

— Un supuesto especial relacionado con el anterior es aquél en el que es el letrado el que dispone de correos o mensajes remitidos por la parte contraria ofreciendo cierta información al objeto, por ejemplo, de intentar obtener un acuerdo. En ese caso, en principio y al igual que en supuesto anterior, nada impide la aportación de ese hecho a un procedimiento judicial por cualquiera de los intervinientes de dicha comunicación. Ello sin perjuicio del incumplimiento eventual de las normas de deontología profesional respecto a las comunicaciones entre letrados.

### **3.5 Investigación y obtención de mensajes, correos u otras comunicaciones electrónicas recibidas por el que es parte tanto en la comunicación como en el proceso.**

La investigación y obtención de hechos electrónicos, como mensajes y correos electrónicos, cuando el destinatario es la propia parte en el proceso no plantea ningún problema en tanto que todos los que son parte en una comunicación pueden servirse de ella, sin que ello afecte, en ningún caso, al derecho a la comunicación, en tanto que el receptor es partícipe del envío. Tampoco afecta, en principio, al derecho a la intimidad o a la confidencialidad la utilización del mensaje como elemento de prueba para acreditar determinados hechos en el proceso, siempre que el contenido del mensaje sea relevante y necesario (pertinente) para probar hechos de interés en el proceso.

Lo importante en este caso será la debida atención a los distintos modos en los que el hecho electrónico puede ser acreditado. En este sentido, tal y como se expresó anteriormente, lo más adecuado será guardar una copia en formato electrónico; imprimir el mensaje, correo o comunicación; mostrar el mensaje a terceros y, finalmente, también cabe que un notario o un perito tecnológico examine el dispositivo para levantar un acta y/o realizar un informe pericial. Nótese que las actividades descritas no son todas necesarias ni tampoco son excluyentes. De modo que será el abogado el que deba elegir que medios de prueba va a utilizar para introducir el hecho electrónico en el proceso. A ello me refiero en el siguiente apartado.

### **3.6 Garantía de la cadena de custodia del dispositivo que contiene el mensaje o correo electrónico.**

La datos y dispositivos obtenidos mediante la investigación forense pueden precisar de la debida custodia a efectos de poder servir para futuros análisis que permitan garantizar la autenticidad e integridad de los mensajes y correos objeto de prueba en el proceso. Ciertamente, la atención a la cadena de custodia de los dispositivos y datos obtenidos dependerá de la importancia de esta clase de prueba en el contexto del concreto litigio. De forma que probablemente no sea necesaria una atención especial a esta cuestión cuando se trata, sencillamente, de acreditar en el proceso de familia la recepción de determinados correos o mensajes que coadyuvan a nuestras pretensiones, pero sin que sean en realidad esenciales para la suerte del litigio. En cualquier caso, cabe atender al modo en el que cabría garantizar del mejor modo posible los hechos obtenidos a fin de evitar la pérdida del hecho que se pretendía probar por nulidad de la prueba o, incluso, incurrir en responsabilidad penal por afectar los derechos fundamentales de las personas relacionadas con los hechos objeto de investigación y prueba<sup>33</sup>. La vigilancia sobre la debida cadena de custodia es una competencia del abogado que debe decidir qué clase de prueba va a practicar en el proceso y decidiendo, en consecuencia, si la garantía del examen del dispositivo corresponderá al propio abogado, al perito o un notario.

En primer lugar, la investigación de los dispositivos electrónicos debe efectuarse garantizando que los dispositivos electrónicos examinados no han sido manipulados por nadie y que el resultado del análisis

---

situación que habrá de ponderarse en cada supuesto atendiendo a las circunstancias concurrentes» STS Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 292/2008 de 28 May. 2008, Rec. 2002/2007. Ponente: Ramos Gancedo, Diego Antonio. LA LEY 86395/2008.

<sup>33</sup> Véase sobre la cadena de custodia: GUTIERREZ SANZ R., La cadena de custodia en el proceso penal español, Civitas, Pamplona 2016; RICHARD GONZÁLEZ M., La cadena de custodia en el proceso penal español, Diario La Ley, N° 8187, Sección Tribuna, 8 Nov. 2013.

corresponde con el contenido del dispositivo al momento de producirse el mismo<sup>34</sup>. A ese fin resulta necesario reseñar debidamente la numeración técnica (marca, modelo y número de serie) de todos los aparatos que se utilizan ya sean los que sean objeto de investigación, como los que se utilizan para el análisis, como los dispositivos en los que se almacenan las copias extraídas del dispositivo original. En segundo lugar, resulta necesario proveer a la posibilidad de que la parte contraria pueda, eventualmente, acceder también a una copia de los archivos contenidos en los dispositivos a fin de garantizar su derecho de contradicción en el proceso. Esta posibilidad se deberá producir a petición de parte que podrá realizar una pericia respecto a la información incautada. También cabe, en proceso de familia, que sea el Juez quien acuerde una prueba de oficio que tenga por objeto el dispositivo en el que recibió, envió o se contiene el mensaje.

### **3.7 Aportación, impugnación y práctica de la «prueba electrónica»**

Como se ha planteado con anterioridad en este trabajo la única prueba electrónica que puede denominarse de ese modo es una prueba pericial electrónica en la que un perito informático o tecnológico examine e informe sobre los mensajes y correos objeto de prueba transmitidos y/o almacenados en dispositivos tecnológicos como teléfonos o computadoras. También se ha mantenido que la prueba del mensaje o del correo electrónico no precisa, necesariamente, de la aportación de una prueba pericial electrónica, sino que puede bastar con la impresión del mensaje («pantallazo»), la testifical de quien vio el mensaje en la pantalla, el acta notarial o del letrado de la administración de Justicia dando fe de la existencia en un dispositivo determinado de un mensaje o correo, etc. El criterio sobre que «*dosis de prueba*» es necesaria dependerá del asunto en concreto y de la propia práctica de la prueba en el acto del juicio que aporta al juzgador una visión de conjunto del litigio y la posibilidad de valorar la normalidad de cada una de las conductas que se pretenden probar.

De modo que corresponde a la dirección técnica del asunto decidir qué medio de prueba debe servir al efecto de probar en el proceso los hechos puestos de manifiesto por el mensaje o correo electrónico. En cualquier caso, cualquiera que sea la prueba a utilizar, el abogado deberá adjuntar con su demanda todos los documentos e informes en los que funde su pretensión. En este sentido, el art. 265.1 LEC dispone que se adjuntarán a la demanda y la contestación los siguientes documentos: «*1.º Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden. 2.º Los medios e instrumentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 299, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes. 3.º Las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase. 4.º Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley. En el caso de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o con la contestación el dictamen, sino simplemente anunciarlo de acuerdo con lo que prevé el apartado 1 del artículo 339. 5.º Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical*». En consecuencia, los documentos, resultado de la impresión de los mensajes, las actas notariales y los informes periciales deberán adjuntarse con la demanda y contestación a fin de servir de prueba de las respectivas pretensiones en el proceso. Ello sin perjuicio de las posibilidades que prevé la Ley en orden a presentar documentos a posteriori en el caso no disponer del mismo (art. 264.2 LEC) o de tratarse de hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286 LEC). También debe tenerse en cuenta el art. 752 LEC que dispone, con relación a la prueba en los procesos de familia que éstos se decidirán: «*arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento*». Finalmente, el art. 770 LEC, en sede de proceso matrimonial, dispone que: «*1.ª A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el*

---

<sup>34</sup> Véase sobre esas cuestiones RUBIO ALAMILLO J., Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática; Diario La Ley, Nº 8859, Sección Doctrina, 9 de Noviembre de 2016, Ref. D-389.



*cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales».*

### *3.7.1 La impugnación de contrario respecto a los documentos, informes y otros elementos de prueba aportados de contrario.*

La validez de la prueba en cualquier clase de procedimiento depende en gran medida de cual sea la posición de las partes respecto a la aportada de contrario. Los procesos de familia se sustancian por el juicio verbal en el que no está regulada una audiencia previa en la que las partes pueden, y deben, pronunciarse sobre los hechos controvertidos admitiéndolos o negándolos (art. 428 LEC). Sin embargo, también es posible impugnar los hechos y documentos aportados de contrario en el escrito de contestación a la demanda previsto con carácter general para el juicio verbal en el art. 438 LEC y de modo específico, respecto a los procesos de familia, en el art. 753.1 LEC. En su virtud, en el escrito de contestación el demandado podrá pronunciarse sobre la validez y autenticidad de la prueba de los hechos electrónicos aportados con la demanda. Por su parte el demandante podrá alegar estas cuestiones en el acto de la vista del procedimiento, momento en el que podrá impugnar los hechos y documentos aportados por el demandado<sup>35</sup>.

La impugnación abre la posibilidad, siempre sujeta al criterio judicial, de aportar otros hechos, documentos o informes que permitan reforzar la prueba de la autenticidad e integridad de los hechos aportados con los escritos iniciales del proceso. Esta posibilidad no debe ser restringida en esta clase de procesos en los que rige la flexibilidad teniendo en cuenta los principios de orden público que rigen, en la mayoría de las ocasiones, en los procesos de familia. Es por ello que la Ley permite, en los procesos de familia, habilitar trámites de prueba, de oficio o a instancia de parte. Véanse en este sentido el art. 752.1 LEC que dispone que: *«1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento. Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes»*. Por su parte, el art. 770.4 LEC dispone que: *«4.ª Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días»*. Estas posibilidades permitirán a la parte solicitar la práctica de prueba que acredite de un modo complementario la validez, integridad y autenticidad de los mensajes

---

35 Véase, en este sentido, la SAP Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de mayo de 2017 que señala que: *«Hay que recordar al apelante en primer lugar, que en cuanto se refiere a los textos de las conversaciones de chat mantenidas por whatsapp, estas obran en autos desde el mismo día de la denuncia. Se aportaron al Juzgado y a la policía y en el acto de la vista se aportan nuevamente, solo que en este caso están transcritas bajo la fe de un notario al mismo tiempo que se aporta el teléfono móvil desde el que se emitieron y recibieron. El propio notario ya advirtió a la señora compareciente que el acta de constancia otorgada no presuponía ni la existencia ni la veracidad intrínseca del contenido de los mensajes transcritos, porque podían haber sido manipulados y el notario carecía de conocimientos informáticos y de nuevas tecnologías, lo cual además es algo obvio, lógico y sabido por todos pues el notario no puede dar fe de la ni de la autoría material de dichas conversaciones, ni si son auténticas o no, sino sólo de que las mismas están en este teléfono. El denunciado está en su derecho a impugnar y negar su autoría, pero la parte denunciante puede lógicamente aportar el medio o el instrumento o la fuente del delito que denuncia lo que no solo posibilitan los artículos 326 (LA LEY 1/1882), 334 etc de la ley de enjuiciamiento criminal (LA LEY 1/1882), de la ley de enjuiciamiento criminal, sino que además es algo necesario. Es la primera vez que el Tribunal se encuentra un caso en que se postule una nulidad de actuaciones simplemente por haberse admitido la aportación por parte de la persona afectada titular del dispositivo receptor y emisor de los mensajes, de piezas de convicción relativas al objeto del delito legítimamente obtenidas por lo que este motivo de oposición que alega el apelante que se refiere a la nulidad de actuaciones no puede ser estimado pues ni es nula la prueba, sino totalmente válida, sin perjuicio del valor que a la misma se pueda otorgar conforme a las reglas del artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal (LA LEY 1/1882), y ni mucho menos es nulo el juicio celebrado, con independencia del valor que la prueba controvertida haya merecido para el Juzgador de Instancia»*. SAP Audiencia Provincial de Cantabria que señala que: , Sección 1ª, Sentencia 177/2017 de 8 May. 2017, Rec. 878/2016. Ponente: Rivas Díaz de Antoñana, María. LA LEY 60473/2017.

electrónicos. Por ejemplo, solicitando la práctica de una prueba pericial. Ahora bien, entiendo que la simple impugnación de la prueba no debe producir o significar un sobreesfuerzo probatorio de la adversa. De modo que la impugnación de cualquier prueba por ilícita, incompleta, manipulada etc. debe estar fundada en indicios que permitan a la adversa, así como al juzgador valorar la impugnación y decidir en consecuencia si se aporta prueba complementaria de la aportada<sup>36</sup>.

### *3.7.2 La aportación de los mensajes y correos electrónicos en formato electrónico.*

El principio de normalidad nos aconseja que los hechos que se hallan en formato electrónico se aporten al proceso en ese mismo formato a efectos de que puedan ser valorados como prueba. A ese fin se podrá aportar un soporte de memoria en el que se contenga el mensaje o bien el propio dispositivo o el disco duro o tarjeta de memoria en el que se almacenó y solicitar la reproducción de su contenido en el juicio oral al amparo de lo previsto en el art. 299.2 LEC. Este modo de aportar y practicar prueba no ofrece excesivas garantías, ya que el hecho que el mensaje o correo se halle en un dispositivo no acredita su integridad y autenticidad. Ahora bien, el sentido común también nos aconseja que, con carácter general, será conveniente aportar una impresión escrita de los mensajes y correos con el soporte, o no, de un informe pericial, para permitir al tribunal una ilustración directa e inmediata del contenido de las comunicaciones electrónicas que se pretenden hacer servir como prueba.

### *3.7.3 La aportación de los mensajes y correos electrónicos mediante la impresión y/o transcripción de la imagen de pantalla<sup>37</sup>.*

Digamos desde el principio que no existe ningún obstáculo legal o jurisprudencial para la plena validez de la impresión de la imagen de pantalla de un mensaje o correo electrónico. De modo que el hecho de relevancia en el proceso que se contiene en el mensaje o correo electrónico puede quedar acreditado simplemente mediante la impresión obtenida directamente de la pantalla del dispositivo. Naturalmente que ello no es óbice para que esa prueba tenga un valor probatorio determinado que dependerá en primer lugar de si la adversa ha impugnado la validez del documento que contiene la impresión del mensaje. Si no ha sido impugnada su autenticidad no existe ningún obstáculo para que el tribunal pueda valorar como prueba el contenido del mensaje o correo introducido en el proceso mediante la impresión de la imagen de pantalla. Pero, aunque hubiere sido impugnada nada impide al tribunal acoger como probado el mensaje o correo y su contenido en el marco de la valoración conjunta de la prueba.

La cuestión de la aportación al proceso de las impresiones o también llamados «*pantallazos*» de mensajes o correos electrónicos ha sido objeto de pronunciamientos judiciales de los que se han pretendido extraer consecuencias que las resoluciones no prevén. Una de las sentencias más citadas, a este respecto, es la STS de 19 de mayo de 2015 (300/2015). Se trata de una sentencia penal en la que el Tribunal Supremo se pronunció

---

<sup>36</sup> En este sentido, PRENAFETA señala que: «la parte que la niega debe aportar una prueba o indicio de dicha manipulación (y no indicar su posible manipulación en abstracto). Así sucede con los mensajes de fax, que se aceptan aún cuando también pueden manipularse ni se acredita, de forma indubitada, su recepción por el destinatario. Habitualmente, en estos casos, no nos encontramos ante un único medio de prueba, por los estos mensajes deben ponerse en relación con los demás elementos del caso y valorarse en conjunto. En el presente, se admite la validez del correo electrónico en la medida en que, además, el comportamiento de las partes es coherente con el contenido del mensaje». PRENAFETA J., <http://www.jprenafeta.com/2005/05/05/valor-probatorio-del-correo-electronico/>.

<sup>37</sup> Véase sobre esta materia: RUBIO ALAMILLO J., El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales, Diario La Ley, Nº 8808, Sección Práctica Forense, 21 de Julio de 2016, Editorial LA LEY, Diario La Ley, Sección Ciberderecho; PUIG FAURA S., La prueba pericial informática en el procedimiento civil, o.cit.; RODRÍGUEZ LAINZ. J.I, Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo), Diario La Ley, Nº 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Ref. D-256; MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH E., Valor probatorio de un correo electrónico ob. Cit.

con relación a la acreditación del contenido de mensajes de aplicaciones de telefonía. En el supuesto objeto de la sentencia del Tribunal Supremo se trataba de mensajes transmitidos por medio de la red social Tuenti, pero podría ser WhatsApp o un mensaje de correo electrónico. En la STS se declara lo siguiente: « *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*». De la resolución se ha pretendido deducir que la simple impugnación de las copias de pantalla o impresiones de los mensajes o correos de los que pueda disponer una persona al proceso jurisdiccional determina que se deba practicar prueba pericial sobre su realidad y contenido. Sin embargo para el correcto entendimiento de esta cuestión hemos de tener en cuenta las siguientes cuestiones: 1º El fundamento transcrito se contiene en la sentencia, aunque a modo de «obiter dicta», ya que a continuación el tribunal otorga valor probatorio al contenido de los mensajes sin necesidad de practicar un dictamen pericial al entender que su autenticidad había quedado acreditada por las circunstancias concurrentes y la declaración de un testigo que admitió la existencia de los mensajes. 2º La sentencia se dicta en el ámbito del proceso penal en el que rige con absoluta fuerza la presunción de inocencia. De modo que ante cualquier duda que se plantee por la impugnación del acusado será exigible que se proceda a obtener la mayor certeza posible mediante un informe pericial.

La citada STS 19 de mayo de 2015 fue mal interpretada anunciándose irreflexivamente que la impresión de un mensaje o correo electrónico no tenía valor probatorio debiendo, necesariamente, aportar un dictamen pericial que acreditase su existencia y autenticidad del mensaje electrónico. Sin embargo, como hemos visto en realidad el Tribunal Supremo si bien afirmó (obiter dicta) que se precisaba de una prueba pericial, finalmente acogió el documento impreso como prueba del mensaje valorando no sólo el documento, sino por las circunstancias acreditadas por la prueba practicada, especialmente la testifical de un tercero que había podido ver los mensajes en el terminal al que habían sido remitidos.

Este criterio ha sido admitido sin mayores problemas en otras resoluciones dictadas en distintos órdenes jurisdiccionales. Así, la SAP Alicante 753/2015 de 9 Dic. 2015 se refiere a los WhatsApp en el marco de un proceso penal y señala que se pueden aportar como prueba documental: «*En la legislación procesal actual no existe regulación específica de la prueba electrónica pese a que, como canal de comunicación, actos jurídicos y hechos con trascendencias jurídica se producen cada vez en más ocasiones a través de WhatsApp, por lo que se hace necesario atender al artículo 26 C.P. (LA LEY 3996/1995) que establece que "A los efectos de este código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica"*». También se ha pronunciado sobre esta cuestión la SAP de Asturias de 15 de febrero de 2017, que dispone que las consecuencias que deben extraerse de la STS de 19 de mayo de 2015 son las siguientes: « *1º.- Que el contenido de mensajes de WhatsApp, tuenti, etc. pueden constituir una prueba a favor del que los presente en el Juzgado, siempre que sean aportadas al procedimiento mediante archivos de impresión (ejemplo: debe imprimirse el contenido que aparece en el móvil, ordenador etc. 2º.- Ahora bien, si se impugna la prueba del contenido de mensajes de WhatsApp, tuenti, etc., es decir la autenticidad de dicha conversación, la persona que quiere valerse de dicha prueba debería practicar una prueba pericial que identifique el origen de la conversación, los interlocutores y el contenido, por lo que la carga de la prueba del contenido del mensaje recae sobre esa persona. Con ello, lo que el Alto Tribunal está diciendo es que quien quiera hacer valer una conversación de WhatsApp como prueba en juicio debe aportar prueba de que efectivamente es auténtica*» (SAP Audiencia Provincial de Asturias, Sección 8ª, Sentencia 39/2017 de 15 Feb. 2017, Rec. 15/2017. Ponente: Pallicer Mercadal, José. LA LEY 12281/2017). 3º.- No obstante lo anterior, el Juez valorará los mensajes de whatsapp con el resto de pruebas practicadas, teniendo en cuenta la postura de las partes al respecto de dicha prueba.

En consecuencia, la aportación de la impresión del «*pantallazo*» resulta de interés y valor procesal y por sí misma puede servir para acreditar el hecho de la existencia y contenido de la comunicación electrónica. Será

conveniente que la impresión lo sea de toda la cadena de mensajes que se refieran al mismo asunto o se hubiese transmitido en un tiempo cercano. Ello ofrece mayor solidez a la prueba al permitir al tribunal una mejor valoración del contexto en el que se envía el mensaje. Lo dicho no es óbice para que en caso de impugnación por la adversa la validez como prueba del mensaje introducido como documento impreso pueda ser necesario reforzar la prueba con otra actividad probatoria que permita acreditar la validez, integridad y autenticidad de los mensajes electrónicos. Por ejemplo, solicitando la práctica de una prueba pericial. Pero, al contrario, la falta de impugnación de la adversa permitirá al tribunal apreciar el valor probatorio de la impresión del mensaje sin mayores obstáculos<sup>38</sup>.

### *3.7.4 La aportación de los mensajes y correos electrónicos mediante la impresión de la imagen de pantalla incluyendo la cabecera del mensaje en el caso del correo electrónico.*

La documentación de un correo electrónico mediante su sencilla y directa impresión puede mejorarse extraordinariamente mediante la impresión de su cabecera en la que constan datos de especial relevancia para acreditar la autenticidad e integridad del correo electrónico. Esta posibilidad no existe en el caso de mensajes de WhatsApp. Los datos que se contienen en la cabecera de correo son bastante exhaustivos e incluyen, entre otras cuestiones la siguiente información: el remitente del mensaje, el asunto, la fecha y hora en la que el mensaje fue compuesto, a quien se dirigía el mensaje, la fecha y hora en la que el correo fue recibido por el servicio o cliente de correo del destinatario, la lista de todos los servidores / ordenadores por las que el correo ha viajado para llegar al destinatario, el formato del mensaje y finalmente el contenido del correo electrónico en sí y los adjuntos si los tuviere.

Prácticamente todos los ítems, o líneas, relacionados en la cabecera del correo electrónico son susceptibles de modificación, algunos más fácilmente que otras. Por ejemplo, la línea, o ítem, «from» que indica de quien viene el mensaje puede ser fácilmente modificada. De hecho, es la menos fidedigna. Otras líneas de la cabecera son de más confianza, como la titulada «Received» que señala el iter de servidores y dispositivos por los que ha pasado el correo<sup>39</sup>. En cualquier caso, resulta evidente que la aportación de la cabecera del correo aporta confianza en la autenticidad del correo electrónico reforzando el valor probatorio del documento en el que se contiene simplemente el contenido del mensaje o correo electrónico. El acceso a esta clase de información es sencillo, aunque no suele ser conocido por los usuarios, y es diferente según el servidor de correo que estemos utilizando. En el conocido Gmail la cabecera de correo es accesible pulsando un icono titulado «más» que se halla a la derecha de la pantalla justo al lado del icono que sirve para responder. Pulsado el icono aparece un desplegable que nos ofrece varias posibilidades entre ellas la siguiente: «mostrar original». Esa opción nos abre una pantalla en la que aparece la información exhaustiva sobre el correo electrónico contenida en su cabecera que puede ser impresa y aportada al proceso.

### *3.7.5 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados y acreditados por una empresa o entidad certificadora de la integridad y autenticidad de la comunicación.*

---

38 Véase en este sentido la SAP de Madrid de 12 de diciembre de 2008 que en un procedimiento de filiación valora la impresión de los mensajes telefónicos, que acreditaban la relación entre las partes, al no existir impugnación de la adversa: « *Cierto es que las fotografías acompañadas a la demanda no revelan, por sí solas, la existencia de relaciones íntimas entre los litigantes, lo que es de predicar igualmente de la transcripción (documento nº 9) de los mensajes enviados al teléfono móvil de la actora, si bien en estos últimos, respecto de los que el demandado reconoce ser su autor y remitente, ya se intuye una cierta intimidad entre aquéllos, pues en los mismos don Antonio se interesa por " Carlos Antonio ", esto es el menor cuya paternidad se reclama o bien se hace referencia a la ayuda prestada por la Sra. Remedios , y lo bien que la misma hizo sentirse al recurrente "en ls csas q m dijists, tu siempr prndt in bien cnmig y yo encnbio..."*». Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, Sentencia 826/2008 de 12 Dic. 2008, Rec. 978/2008. Ponente: Hijas Fernández, Eduardo. LA LEY 262865/2008.

39 Véase una explicación sobre el entendimiento correcto de las cabeceras de correo: «<https://clouding.io/kb/entender-una-cabecera-de-correo/>»

El problema principal que plantea la aportación de un correo electrónico al proceso es el de la acreditación de su autenticidad. Sin embargo, ese problema puede quedar soslayado si se emplea un sistema de certificación electrónica prestado por un proveedor de servicios de certificación entre otras comunicaciones. Concretamente los correos electrónicos, SMS o Buofaxes. De ese modo se garantiza la integridad y autenticidad de las comunicaciones. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, las comunicaciones electrónicas en los procesos de familia no se suelen someter a procedimientos de seguridad como sí es usual hacerlo en el ámbito empresarial o profesional. Tampoco se emplean aplicaciones profesionales de comunicación que pueden incluir servicios de certificación. Por supuesto, los programas gratuitos de mensajería no prestan el servicio de certificación, para lo cual deberá procederse a probar mediante los medios de prueba ordinarios y, en su caso, mediante una prueba pericial.

### *3.7.6 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados mediante Acta notarial acreditativa de su contenido y su ubicación en un dispositivo concreto.*

El notario puede ser utilizado como fedatario público con la finalidad de reforzar el valor probatorio de los mensajes y correos electrónicos recibidos o enviados. La actividad del notario se puede producir de diferentes modos: 1º La protocolización notarial de la comunicación electrónica impresa, dando cuenta de la identidad del solicitante, del documento entregado y la fecha en que lo recibe (arts. 251 y ss. Reglamento Notarial). 2º Redacción de un acta de presencia notarial dando fe de determinados hechos: acceso por el propio notario al terminal telefónico o dispositivo electrónico, al mensaje y transcripción de su contenido (véanse arts. 198 y ss. Reglamento Notarial). 3º El notario como depositario de los dispositivos electrónicos de comunicación y/o almacenaje en los que se contiene el correo o mensaje objeto de prueba. Nótese que la actividad notarial no puede servir de garantía indubitada de la autenticidad e integridad del mensaje y correo, sino únicamente del hecho del que da fe que es el de la comprobación del mensaje en el dispositivo y de su contenido, sin que ello acredite la autenticidad última del mensaje y su integridad. También puede el Notario ser el depositario del dispositivo electrónico garantizando que desde ese momento no se produce ninguna alteración o manipulación del mismo<sup>40</sup>.

### *3.7.7 La aportación de los mensajes y correos electrónicos documentados mediante Acta del Letrado de la Administración de Justicia y eventualmente del Juez como prueba de reconocimiento judicial.*

La función del notario puede ser también realizada por el Letrado de la Administración de Justicia que actuaría levantando acta y dando fe pública del contenido y transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esta es una posibilidad admitida, y llevada frecuentemente a la práctica en la jurisdicción penal y Social. Precisamente, en el marco de un litigio de la jurisdicción social se pronuncia el TSJ de Galicia que acoge sin reservas esta posibilidad en la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 556/2016 de 28 Ene. 2016, Rec. 4577/2015. Esta sentencia es interesante porque ejemplifica las distintas posibilidades existentes para la prueba de un mensaje telefónico. En su sentencia

---

<sup>40</sup> Véase VALMAÑA CABANES A. que señala acertadamente que «... no está de más tampoco contar con la presencia de un notario que levante acta del modo en que se trata toda aquella información y que refleje que, efectivamente, aquel correo está en aquella bandeja de entrada (realidad expresada, eso sí, con todas las prevenciones que el lenguaje notarial acostumbra a utilizar). Pero lo único que probaría el acta notarial sería la existencia de unos correos en una bandeja de entrada o en una determinada carpeta electrónica y, a lo sumo, podría dejar constancia de la fecha en que –según se viera en el ordenador– podrían haber sido enviados o recibidos. En definitiva, ninguna de estas prevenciones conseguirá probar de forma indubitada que verdaderamente fue una determinada persona quien escribió o recibió el correo, pero, sumadas a las circunstancias antes expuestas, harán que resulte muy razonable pensar que sí lo hizo o que sea más verosímil pensar que no fue así. Tal vez la declaración de testigos o, mejor aún, una grabación en vídeo que acreditase esa autoría del correo sería el modo más óptimo de ir sumando visos de autenticidad al correo electrónico aportado, aunque no siempre será fácil contar con este tipo de pruebas adicionales sobre la prueba electrónica. Se tratará de saber si, con todo ello, se puede ir acercando a Juan y a [juan@correo.com](mailto:juan@correo.com) hasta dejar claro que coincidieron a la hora de enviar o recibir el correo o que, aplicando las reglas de la sana crítica, resulte la opción más plausible». VALMAÑA CABANES A., <http://www.cecamagan.com/lo-escrito-escrito-esta/>.

el TSJ de Galicia declara inicialmente que para que un mensaje o correo pueda tenerse como prueba deberá aportarse: *«no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente, «pantallazo» -que es lo único se cumple por el actor-, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que de que ésta se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes; o, incluso, mediante la aportación de un acta notarial sobre los mismos extremos»*. Ahora bien a continuación el TSJ rectifica, de algún modo, su previa declaración y señala que: *«Apurando nuestras consideraciones sobre la prueba de mensajería instantánea y con fines esclarecedores, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos: (a) cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; (b) cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; (c) cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); o, finalmente, (d) cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores»*. En definitiva, lo que establece el tribunal es una gradación en la perfección de la prueba que dependerá de las circunstancias concurrentes pudiendo servir la impresión de la imagen del correo o mensaje en pantalla, sin perjuicio de que la impugnación de la parte contraria determine la necesidad de aportar una prueba pericial sobre la autenticidad del contenido y del envío del mensaje o correo.

Ciertamente, resultará difícil lograr que el Letrado de la Administración de Justicia realice la función expresada de comprobar por sí mismo el dispositivo electrónico, aunque en realidad no existe ninguna norma que lo impida y así se admite en la jurisdicción social y penal. Véase en este sentido la SAP de Alicante, Sección 1ª, Sentencia 753/2015 de 9 Dic. 2015 (Rec. 531/2015. Ponente: Gayarre Andrés, María Eugenia. LA LEY 239218/2015), que declara la validez del estado de la pantalla del teléfono móvil debidamente cotejado por el Letrado A. Justicia (en un supuesto de violencia de género)<sup>41</sup>..

En cualquier caso, como se ha explicado en el apartado anterior, siempre cabe la posibilidad de solicitar al notario que levante acta dando fe de los extremos apuntados que podrá aportarse al proceso a efectos de prueba del mensaje o correo recibido. También cabe la posibilidad de llevar a cabo un reconocimiento judicial del teléfono por parte del Juez a efectos de constatar los extremos referidos respecto al contenido de los mensajes o correos y los teléfonos de envío y destino.

---

<sup>41</sup> «Si bien en la práctica, los juzgados y tribunales suelen admitir dichas pruebas e incorporarlas al procedimiento tras realizar un cotejo de las mismas. En el caso de los mensajes de whatsapp, se requiere a la parte que los alega para que acuda al juzgado con el dispositivo móvil y se proceda, por parte del secretario judicial, a cotejar su contenido desde el propio dispositivo con las transcripciones aportadas en papel, levantando acta por la que se da fe de que dicha documental es fiel reflejo del contenido de la conversación guardada en el móvil, así como del modelo y número de teléfono del mismo. En el presente supuesto la perjudicada se personó ante el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° 1 de Denia aportando el aparato de telefonía y el n° de teléfono cotejando y adverando el Sr. Secretario la carpeta correspondiente a Whatsapp coincidiendo su contenido con el escrito de transcripción de fecha 4 de octubre del 2013 aportado por la acusación particular. Examinada la grabación del juicio se está en condiciones de refrendar la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de instancia. Leídos los mensajes al acusado, éste manifestó no recordarlos; haber cambiado de teléfono hacía 5 o 6 meses, no recordando el n° de teléfono del que era usuario en el momento de los hechos. Sí reconoció que siempre se ha comunicado con su ex-mujer por Whatsapp llegando a manifestar que se trata de mensajes sacados de contexto para presionarle porque estaban haciendo un nuevo convenio, reconociendo algunos y otros no, minuto 7:30. Reconoce que cuando le ha enviado WhatsApp no ha sido con la intención de amenazarle sino de explicarle que si no lo arreglaban a buenas iban a tener un montón de problemas de abogados y juzgados. Minuto 8:30, expresión que corresponde a los WhatsApp n° 4, 6. La declaración de la víctima en cuanto a la autoría de los mensajes viene corroborada por el propio contenido de los WhatsApp que obran en actuaciones cotejados por el Sr Secretario y cuyo contenido se refiere a la reclamación por impago de alimentos que formalizó judicialmente la perjudicada y que no tienen otra finalidad que la de perturbarla anímicamente para que la retire» SAP de Alicante, Sección 1ª, Sentencia 753/2015 de 9 Dic. 2015 (Rec. 531/2015. Ponente: Gayarre Andrés, María Eugenia. LA LEY 239218/2015).

### *3.7.7 La aportación de informe pericial informático o tecnológico sobre la integridad y autenticidad de los mensajes y/o correos electrónicos.*

La forma más adecuada de introducir en el proceso el resultado del análisis del contenido de un dispositivo informático ya sea un teléfono móvil o una computadora será mediante una prueba pericial. Ello con independencia de que determinados elementos de prueba como imágenes, documentos o fotografías puedan acreditarse directamente mediante su visionado, audición o lectura en el plenario (art. 299.2 LEC). También será de especial utilidad la comparecencia como testigos de aquellas personas que puedan dar cuenta de las rutinas y modos de comunicación empleados por las partes.

El ámbito de la prueba pericial informática (o electrónica o tecnológica) es el de la acreditación en el proceso de los hechos o manifestaciones de hechos de naturaleza electrónica. Tal y como resulta de su propio nombre se trata de una prueba pericial ordinaria que se distingue por su contenido que será el del análisis de programas, sistemas de comunicación, archivos informáticos de cualquier clase y, en general, todos aquellos hechos que se produzcan, transmitan o manifiesten en forma electrónica. Lo que se persigue con la prueba pericial informática es dar cuenta y acreditar hechos de esta naturaleza que traen causa del resultado de la investigación efectuada por el perito. En este sentido, y con carácter general, la que entendemos por prueba informática o electrónica se extiende sobre la comunicación interpersonal respecto a dos ámbitos concretos: El medio en sí y los datos almacenados en dispositivos y servidores. Cuando hablo del medio me refiero a las especificaciones técnicas y de seguridad del canal de comunicación o los dispositivos analizados y cuando hablo del almacenamiento me refiero a la recuperación y análisis de los datos que dan cuenta de la actividad relevante registrada que puede tener valor de prueba en el proceso. Por ejemplo, un objeto típico de la prueba pericial electrónica será un correo electrónico en aquello que se refiere a cualquier aspecto del envío, transmisión o su recepción en tanto que todas esas actividades se sirven de la electrónica. En su virtud si se pretende acreditar con absoluta precisión cualquiera de las cuestiones referidas será de especial utilidad la prueba pericial electrónica. Ahora bien, nada obliga a que todo hecho o indicio relacionado de algún modo con la electrónica deba ser introducido en el proceso mediante una prueba electrónica, ya que en la mayoría de ocasiones bastará con la aportación de la impresión del correo para acreditar su realidad y contenido.

El objeto de la prueba pericial electrónica tendrá el alcance y el contenido que se requiera en cada caso según lo que se pretenda acreditar. Téngase presente que el hecho electrónico es, contrariamente a lo que se dice en ocasiones, persistente. De hecho, los sistemas redundantes de conservación, gestión y tratamiento de la información permiten hoy día el acceso a cualquier evidencia sin perjuicio del tiempo que haya pasado y de la disponibilidad física para almacenar documentos. Todo está guardado y, en principio, para siempre. De este modo un análisis pericial podrá rastrear, por ejemplo, mensajes o correos electrónicos que dejan constancia de su práctica o realización mediante una actividad de registro del sistema más o menos útil según las circunstancias de seguridad del sistema. Lo importante de la cuestión es que todo puede tener valor probatorio desde la impresión de la pantalla o del correo electrónico hasta los registros que se hallan en la computadora investigada producto de una concreta actividad o, finalmente, los datos que se hallan en el servidor de nuestro proveedor. Y que cada hecho tendrá su propio modo de introducirse en el proceso para su acreditación mediante la prueba que proceda, que no siempre deberá ser pericial.

El informe pericial seguirá la forma y requisitos previstos en los arts. 335 y ss LEC, teniendo presente que la reseña de los dispositivos electrónicos examinados debe ser completa y no puede limitarse al modelo comercial de los dispositivos, sino que debe ser lo más precisa posible. A ese fin, el perito informático debe identificar además de la marca y modelo del dispositivo las referencias de identificación de los medios de almacenamiento que contuvieren. Concretamente, me refiero a los discos duros y/o tarjetas de almacenamiento de memoria que pudieran estar alojadas en el dispositivo. También puede ser útil que el informe pericial contenga un análisis del dispositivo electrónico en funcionamiento examinando los programas activos y los accesos a páginas de

internet, registros de eventos del sistema, correos enviados y recibidos o cualquier otro aspecto del funcionamiento del sistema que sea de interés para la investigación pericial.

### 3.7 Valoración de la «prueba electrónica» por los Tribunales de Justicia.

La valoración de la prueba electrónica se producirá siguiendo el criterio general legal que no es otro que el de la sana crítica. En su virtud el tribunal decidirá sobre la eficacia y valor probatorio de la prueba electrónica conforme con la prueba practicada, a ese fin, en el marco de apreciación conjunta de la prueba. Así, será la valoración de las distintas pruebas practicadas con relación al hecho electrónico lo que determinará la decisión judicial con relación a valor como prueba en el proceso. Sobre este particular, existe una gran dificultad de acreditar fuera de toda duda la autenticidad e integridad de los mensajes y correos electrónicos, sencillamente porque como se ha señalado acertadamente: « *Juan y juan@correo.com son dos realidades distintas y autónomas que tanto pueden haber coincidido en el tiempo y en el espacio de envío de un correo como no*»<sup>42</sup>. Ello determina que, salvo casos muy concretos, sea prácticamente imposible, al menos en el supuesto de uso de aplicaciones gratuitas, acreditar fuera de toda duda que un concreto mensaje fue efectivamente enviado por el titular de una cuenta de correo y/o de un dispositivo. Partiendo de lo anterior podemos concluir que la valoración del mensaje o correo electrónico por los tribunales de justicia debe partir de las siguientes premisas.

1ª La necesidad de realizar un análisis de la licitud del mensaje en relación a su obtención, velando por los derechos fundamentales a la comunicación y a la intimidad y declarando la nulidad de aquellos mensajes, correos o cualquier otra comunicación electrónica que se hubiere obtenido mediante una violación de algún derecho fundamental.

2ª Teniendo presente que la identidad digital puede ser fácilmente objeto de suplantación de modo que cuando recibimos un mensaje o correo electrónico lo único que podemos afirmar que es auténtico es que hemos recibido un mensaje de la cuenta de correo de [antonio@correo.com](mailto:antonio@correo.com), pero sin que podamos probar a ciencia cierta que ese mensaje o correo fue remitido fuera de toda duda por Antonio que es el titular de la cuenta de correo.

3ª Consecuencia de lo anterior debe tenerse en cuenta que la prueba de la realización de determinados hechos por la persona digital no puede atribuirse sin más a la persona física. Así, la prueba en el proceso del envío y recepción de un correo con un contenido determinado acreditado en el proceso no supone necesariamente que se deba dar por acreditada la responsabilidad de las personas física.

4ª Naturalmente que en esta materia de prueba debe regir el principio de normalidad por el cual acreditada la comunicación y su contenido la parte a quien perjudique este hecho es la que debe probar las eventuales circunstancias que pudieran acreditar la existencia de una suplantación digital que pudiera servir para enervar el hecho probado de la autoría de un determinado mensaje o correo electrónico. A ese respecto, resultará de especial interés acreditar cuáles fue el dispositivo desde el que se envió el mensaje o correo. Es decir, si se envió desde el dispositivo personal del titular de la identidad digital o desde otro distinto. Y si es otro distinto ¿cuál es? ¿se trata de un dispositivo sito en un lugar privado, una oficina, centro universitario, etc.? ¿Se utilizó una red pública o privada? En fin, se trata de valorar la existencia o no de prueba suficiente que permita decidir conforme a las reglas de la sana crítica si puede entenderse acreditado el hecho de la comunicación y su contenido. A ese fin, servirá especialmente el informe pericial conteniendo el análisis técnico de las cuestiones señaladas que puede ser determinante para la prueba del mensaje o correo electrónico.

En definitiva, se trata de valorar la prueba en su conjunto partiendo, eso sí, de la desconfianza que suscita esta clase de prueba (teniendo en cuenta la posibilidad de manipulación de mensajes y correos). De una forma clara

---

42 Véase en este sentido VALMAÑA CABANES A., <http://www.cecamagan.com/lo-escrito-escrito-esta/>.



lo explica la SAP de Asturias de 15 de febrero de 2017 que señala que: «si bien es cierto que los mensajes de WhatsApp almacenados como 'recibidos' en un teléfono móvil o en un 'Smartphone' "pueden ser objeto de manipulación mediante la utilización de aplicaciones u otros instrumentos informáticos que actúen sobre las bases de datos y otros contenidos del propio dispositivo electrónico .../...esta posibilidad de manipulación no determina en modo alguno una exclusión de la prueba documental consistente en los mensajes aportados por la propia persona que los ha recibido en su dispositivo electrónico, ya sea en soporte papel (transcripción de los mensajes) o bien en soporte electrónico (aportación del propio dispositivo al que se puede acompañar una transcripción en papel). .../... Para apreciar los efectos del riesgo de manipulación en el caso concreto, el Juez atenderá a los siguientes elementos : en primer lugar, a la valoración del conjunto de las pruebas practicadas en relación con los mensajes de WhatsApp; y, en segundo lugar, a la postura procesal de las partes, tanto de quien ha aportado los mensajes como de la defensa del acusado»<sup>43</sup>.

Por último, existe otra dimensión distinta de la valoración de los mensajes de WhatsApp que va más allá de su licitud y admisión como prueba. Esta es la referida a la interpretación de su contenido que en ocasiones es sumamente críptico. Este es el supuesto del que conoce la SAP Audiencia Provincial de Madrid de 20 Sep. 2017 en la que lo que, precisamente, se plantea el tribunal es el valor que debe darse al mensaje teniendo en cuenta lo que se quiso decir en el marco de la especial forma de redactar usada en esta clase de aplicaciones<sup>44</sup>.

5º Y último la prueba pericial es la prueba más adecuada, pero no la única ni tampoco necesaria, para acreditar la autenticidad e integridad de los mensajes y correos electrónicos. A reforzar su valor probatorio también

---

43 «3º.- No obstante lo anterior, el Juez valorará los mensajes de whatsapp con el resto de pruebas practicadas, teniendo en cuenta la postura de las partes al respecto de dicha prueba. Es por este motivo que la sentencia de la sección 27 de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 24 de noviembre de 2015 y otras, han estimado que es cierto que los mensajes de Whatsapp almacenados como 'recibidos' en un teléfono móvil o en un 'smartphone' "pueden ser objeto de manipulación mediante la utilización de aplicaciones u otros instrumentos informáticos que actúen sobre las bases de datos y otros contenidos del propio dispositivo electrónico, lo que llevaría consigo un menoscabo de las garantías de autenticidad y/o de integridad". Sin embargo, "esta posibilidad de manipulación no determina en modo alguno una exclusión de la prueba documental consistente en los mensajes aportados por la propia persona que los ha recibido en su dispositivo electrónico, ya sea en soporte papel (transcripción de los mensajes) o bien en soporte electrónico (aportación del propio dispositivo al que se puede acompañar una transcripción en papel). " Téngase en cuenta que la exclusión de dicha prueba solamente podría tener lugar por la concurrencia de una causa de nulidad, que existiría en caso de que la obtención de dicha prueba documental se hubiera producido con la infracción de un derecho fundamental, especialmente el derecho a la intimidad; lo que en este caso no ocurre dado que han sido aportados al proceso por la propia persona titular del dispositivo electrónico que ha recibido los mensajes. La posibilidad de manipulación sí que tendrá consecuencias en el ámbito de los efectos de la prueba documental aportada por la denunciante. De esta forma, si el Juez entiende que en el caso concreto ha existido una posibilidad seria de alteración de la autenticidad (el acusado es el autor de los mensajes) o de la integridad (el contenido de los mensajes no ha sido alterado), denegará eficacia probatoria al citado medio probatorio. Recordemos que este tipo de pruebas, como todas en el proceso penal, está sometido al principio de libre valoración que se contiene en el Art. 741 LECriminal (LA LEY 1/1882)según el cual " el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en juicio....dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley". Para apreciar los efectos del riesgo de manipulación en el caso concreto, el Juez atenderá a los siguientes elementos : en primer lugar, a la valoración del conjunto de las pruebas practicadas en relación con los mensajes de whatsapp; y, en segundo lugar, a la postura procesal de las partes, tanto de quien ha aportado los mensajes como de la defensa del acusado» (SAP Audiencia Provincial de Asturias, Sección 8ª, Sentencia 39/2017 de 15 Feb. 2017, Rec. 15/2017. Ponente: Pallicer Mercadal, José. LA LEY 12281/2017).

44 «vista la secuencia de los whatsapp consideramos que existen dudas fundadas sobre el hecho de que dicha frase se refiera a que el acusado deja una caja de cartuchos en un armario de la denunciante para amedrentarla, y ello porque tal y como se dice en el recurso el hecho de que un whatsappno esté una palabra acentuada no puede dársele la trascendencia que se da en la sentencia porque hay veces que la ortografía de las personas elude la acentuación de las palabras y más en la actualidad que los mismos teclados corrigen en muchos casos automáticamente. Pero sobre todo porque la secuencia de las frases enlazadas con el adverbio ya implica una secuencia de pasado, por lo que lo lógico es que se haga referencia a la persona del padre de la denunciante. Y en cuanto al párrafo de veremos como acaba esto, en la transcripción está seguido de la posible venta del piso común. Las expresiones para considerar que estamos ante unas amenazas deben interpretarse en la globalidad de los mensajes remitidos y la duda de la falta de tilde en el verbo dejar debió interpretarse a favor del reo, duda que esta Sala no comparte porque consideramos que deben enlazarse las frases precedidas de la palabra ya, y si la primera hace referencia al padre de la denunciante, también lo hace la segunda. A ello hay que añadir que la frase sin el acento en el verbo dejar es una construcción sintáctica poco común». SAP Audiencia Provincial de Madrid, Sección 26ª, Sentencia 498/2017 de 20 Sep. 2017, Rec. 1339/2017. Ponente: Arconada Viguera, María Teresa. LA LEY 142858/2017.

coadyuvan, según el caso, la prueba testifical, las actas de constancia del Notario o incluso del Letrado de la Administración de Justicia.

## V. BIBLIOGRAFIA

- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Internet y prueba civil, Revista Jurídica de Catalunya, 2001.
- BARRIUSO RUIZ, C. La contratación electrónica, ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- BEVILACQUA, M., ¿Qué es el computer forensics?, en e-newsletter Cybex, septiembre, 2008, núm. 41, págs. 21-24
- BORNARDELL LOZANO, R., La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos, Notariado y contratación electrónica, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.
- BUENO DE MATA FEDERICO, Prueba Electrónica y Proceso 2.0, ed. Tirant lo Blanch Valencia 2014.
- CANELO, C., ARRIETA, R., MOYA, R., ROMO R. Documento electrónico, aspectos procesales, Revista Chilena de Derecho Informático. Puede consultarse en la dirección electrónica <http://goo.gl/PbqBH>
- CARRETERO SÁNCHEZ S., Las redes sociales y su impacto en el ataque a los derechos fundamentales: aproximación general, Diario La Ley, Nº 8718, Sección Doctrina, 9 de Marzo de 2016, Ref. D-99.
- CARRIZOSA PRIETO E., El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 octubre 2011. TEMAS LABORALES núm. 116/2012. Págs. 251-267
- CORAZÓN DE MARÍA MIRA ROS, La prueba documental electrónica: algunas concesiones a la seguridad jurídico preventiva, [www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp6mir.pdf](http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/sp6mir.pdf).
- DE URBANO CASTRILLO, E. La valoración de la prueba electrónica, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.
- DELGADO MARTÍN J., La prueba electrónica en el proceso penal, Diario La Ley, Nº 8167, Sección Doctrina, 10 Oct. 2013.
- DELGADO MARTÍN, J., Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015, Diario La Ley, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de Febrero de 2016, Ref. D-48.
- ELÍAS BATURONES, JJ. La prueba de documentos electrónicos en los Tribunales de Justicia, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- FERNANDEZ BLEDA, D., Informática Forense. Teoría y Práctica, Hackmeeting, Sevilla, 2004.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. (con ARAGÓN REYES, M.), Nuevas Tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- GUTIERREZ SANZ R., La cadena de custodia en el proceso penal español, Civitas, Pamplona 2016;
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M<sup>a</sup>, 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, ed. Aranzadi, Navarra, 2009.
- JAUME BENNASAR, A., La validez del documento electrónico y su eficacia procesal, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.
- MAGRO SERVET V., El domicilio electrónico como garantía de la agilización de los actos de comunicación entre la Administración pública y los ciudadanos, Diario La Ley, Nº 8131, Sección Doctrina, 22 Jul. 2013, Año XXXIV, Ref. D-275.
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH E., Valor probatorio de un correo electrónico, Diario La Ley, Nº 8014, Sección Práctica Forense, 1 Feb. 2013
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH, E., Informática Forense, 44 casos reales, ed. Ernesto Martínez de Carvajal Hedrich, Julio, 2012.
- MARTÍNEZ DE CARVAJAL HEDRICH E., Valor probatorio de un correo electrónico, Diario La Ley, Nº 8014, Sección Práctica Forense, 1 Feb. 2013

A. MONTALBÁN AVILÉS, «Propiedad intelectual y medidas cautelares» en W.AA. «Medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil», Madrid: CGPJ, 2004, p. 284).

NIEVA FENOLL, J., La prueba en documento multimedia, en “Jurisdicción y proceso”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar o conocer datos, ed. La Ley, Madrid, 2000.

ORTUÑO NAVALÓN, MC, La prueba electrónica ante los Tribunales, ed, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2014.

PALOP BELLOCH, M., Sistema de vigilancia electrónica; Diario La Ley, Nº 8698, Sección Tribuna, 9 de Febrero de 2016, Ref. D-58.

PASAMAR, A., Empresa y prueba informática, en el libro del mismo título “Empresa y prueba informática”, Abel Luch, X. (dir.), Colección de Formación Continua de la Facultad de Derecho ESADE-URL, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2006.

PICO JUNOY J., ABEL LLUCH X. (Directores), La prueba electrónica, Ed. JMB, Barcelona 2011.

PRENAFETA J., <http://www.jprenafeta.com/2005/05/05/valor-probatorio-del-correo-electronico/>.

PUIG FAURA S., La prueba pericial informática en el procedimiento civil, ed. La Ley, Madrid 2015.

RICHARD GONZALEZ M., «La prueba de la culpabilidad atendiendo al nuevo paradigma propuesto por la neurociencia» en Neurociencia, Neuroética y bioética» Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid 2014.

RICHARD GONZALEZ M., Reflexiones sobre la práctica y valor de la prueba científica en el proceso penal (a propósito del asunto de los niños desaparecidos en Córdoba), en Diario La Ley, año XXXIII, núm. 7930, 25 de septiembre de 2012.

RICHARD GONZALEZ M., Conductas susceptibles de ser intervenidas por medidas de investigación electrónica. Presupuestos para su autorización, Diario La Ley, Nº 8808, Sección Tribuna, 21 de Julio de 2016, Ref. D-292.

RICHARD GONZALEZ M., Requisitos y límites de la investigación preprocesal y la prueba pericial sobre dispositivos electrónicos de la empresa usados por el empleado, La Ley 8943 17 de marzo de 2017.

RICHARD GONZALEZ M., la investigación y prueba de hechos y dispositivos electrónicos. Revista General de Derecho Procesal, nº 43, 2017.

RICHARD GONZALEZ M., «Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos Electrónicos y grabación de imagen y sonido», Ed. La Ley. Madrid 2017, 422 páginas.

RICHARD GONZALEZ M., Análisis crítico sobre la naturaleza y características de la de la prueba pericial electrónica en el proceso jurisdiccional, en La prueba civil Aspectos problemáticos, Ed. Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona 2017.

RICHARD GONZÁLEZ M., La cadena de custodia en el proceso penal español, Diario La Ley, Nº 8187, Sección Tribuna, 8 Nov. 2013.

RIFÁ, RICHARD, RIAÑO, Derecho Procesal Penal, 2ª Ed. Amazon, 2016.

RICHARD GONZÁLEZ M., «Análisis crítico sobre la naturaleza y características de la de la prueba pericial electrónica en el proceso jurisdiccional», en La prueba civil Aspectos problemáticos, Ed. Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona 2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. ¿Podría un juez español obligar a Apple a facilitar una puerta trasera para poder analizar información almacenada en un iPhone 6?, Diario La Ley, Nº 8729, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2016, Ref. D-125.

RODRÍGUEZ LAINZ. J.I, Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo), Diario La Ley, Nº 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Ref. D-256.

RODRÍGUEZ LAINZ. J.I. SITEL: nuevas tendencias, nuevos retos; Diario La Ley, Nº 8082, Sección Doctrina, 14 May. 2013, Año XXXIV, Ref. D-181.

RUBIO ALAMILLO J., El correo electrónico como prueba en procedimientos judiciales, Diario La Ley, Nº 8808, Sección Práctica Forense, 21 de Julio de 2016, Editorial LA LEY, Diario La Ley, Sección Ciberderecho.

SANCHIS CRESPO, C., La prueba por soportes informáticos, ed. Tirant lo Blanch, Valencia: 1999.

VALMAÑA CABANES A., <http://www.cecamagan.com/lo-escrito-escrito-esta/>