

LA PRUEBA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

**Evidence in women's violence procedures committed through new
technologies**

Por Miguel Bueno Benedí
Letrado de la Administración de Justicia
miguelbuenobenedi@gmail.com

Artículo recibido: 31/07/2020 | Artículo aceptado: 23/11/2020

RESUMEN

El estudio de este tema se debe principalmente al estado de alerta en el que se encuentra la sociedad hoy en día como consecuencia de los distintos casos que estamos conociendo de violencia de género, que van más allá de lo que tradicionalmente se conocía como tal. Internet es una herramienta en plena expansión al alcance de cualquier individuo, lo que hace que su uso más intensificado junto con el de utilidades como redes sociales o aplicaciones como las de servicios de mensajería instantánea o de geolocalización, esté propiciando la aparición de conductas relacionadas con la violencia de género, que hasta entonces estaban pasando desapercibidas o no se sabía cómo afrontar. Y no sólo eso, sino la posibilidad de incorporar estas comunicaciones como medio probatorio dentro de estos procesos penales es un aspecto novedoso en el que no hay opiniones unánimes debido a los problemas que ello conlleva: principalmente sobre su valor probatorio y la necesidad o no de una prueba pericial sobre los mismos.

ABSTRACT

The study of this topic is mainly due to the state of alert in which society is today as a consequence of the different cases that we are hearing about gender violence, which go beyond what was traditionally known as such. Internet is a tool in full expansion within the reach of any individual, which makes its more intensified use along with that of utilities such as social networks or applications such as those of instant messaging services or geolocation, is promoting the appearance of behaviors related to gender violence, which until then had gone unnoticed or did not know how to deal with it. And not only that, but the possibility of incorporating these communications as evidence in these criminal proceedings is a novel aspect in which there are no unanimous opinions due to

the problems that this entails: mainly about their probative value and the need or not for expert evidence on them.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, Violencia sobre la Mujer, Nuevas tecnologías, Prueba judicial, Valor probatorio.

KEYWORDS

Gender violence, Violence against women, New technologies, Judicial evidence, Evidentiary value.

Sumario: 1. Introducción. 2. Nuevas formas de violencia sobre la mujer a través de las nuevas TIC. 3. Los medios de prueba de esta nueva violencia sobre la mujer. 3.1. ¿Cómo se pueden introducir estos medios de prueba en el proceso penal? 3.2. ¿Cuál es el valor probatorio de estas comunicaciones? 3.3. La impugnación de estos medios de prueba. 4. La prueba pericial electrónica de estas comunicaciones. 5. Problemas de la prueba pericial. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Es difícil encontrar hoy alguna persona que no disponga de un dispositivo móvil o “smartphone” conectado a Internet. También es clara la tendencia a que cada vez se disponga de uno de estos dispositivos con edades más tempranas. Por lo tanto, es particularmente sensible la preocupación sobre la correcta utilización de los mismos pues es evidente que cada vez se están dando más conductas de violencia de género, incluso entre menores de edad.

En muchas ocasiones se pueden llegar a cometer delitos de amenazas, acoso, maltrato o coacciones incluso sin ser plenamente consciente de ello, sobre todo en el ámbito juvenil. Por ello, cobran mucha importancia las campañas para sensibilizar, educar y visibilizar acciones que realizan algunos chicos en la adolescencia con sus parejas o exparejas y así provocar la reflexión y su posterior rechazo. Entre ellas, podemos destacar la Campaña “Diez formas de violencia de género digital” en la que se han destacado las siguientes conductas: 1. Acosar o controlar a tu pareja usando el móvil; 2. Interferir en las relaciones de tu pareja en Internet con otras personas; 3. Espiar el móvil de tu pareja; 4. Censurar las fotos que tu pareja publica y comparte en redes sociales; 5. Controlar lo que hace tu pareja en redes sociales; 6. Exigir a tu pareja que demuestre dónde está con la geolocalización; 7. Obligar a tu pareja a que te envíe imágenes o vídeos íntimos.; 8. Comprometer a tu pareja para que te facilite sus claves personales; 9. Obligar

a tu pareja a que te muestre un chat con otra persona; y 10. Mostrar enfado por no obtener siempre una respuesta inmediata online¹.

La Fiscalía General del Estado ya ha manifestado su preocupación en su Memoria sobre Violencia de Género del año 2017, donde se puso de manifiesto el incremento de los menores de edad enjuiciados por violencia machista en ese año, con 253 casos y, especialmente, en el ámbito digital cometidos por jóvenes y adolescentes. En la Memoria, la Fiscalía destaca que en un 93,61% de los juicios se adoptaron medidas y que ascendieron las diligencias preliminares incoadas (de 543 del 2016 a 648 de 2017), siendo la franja de edad entre los 16 y 17 años la que marcaba una mayor incidencia². Según el estudio “Percepción de la violencia de género en la adolescencia y la juventud” realizado por el CIS para la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, las situaciones de violencia de género en la adolescencia se están manifestando con una frecuencia creciente y cada vez en más ocasiones.

Datos más recientes muestran una situación abrumadora. Durante el confinamiento provocado por la pandemia mundial de la COVID-19, los niños y adultos han estado casi las 24 horas del día conectados a Internet y a las redes sociales, de manera que los delitos a través de estos medios se han visto incrementados. En su último informe de 2020, la Europol ha observado el aumento del consumo e interés por la pornografía infantil, especialmente en España, donde el número de conexiones que buscaron el consumo de este tipo de pornografía creció un 25% en la semana del 24 al 31 de marzo³. También preocupa el informe de la red de investigación EU Kids Online, publicada este año, sobre la experiencia digital de los menores europeos de entre 12 y 16 años. En este informe se pone de manifiesto que el 30% de los niños y niñas españolas recibió mensajes sexuales, ya fuesen palabras, imágenes o vídeos. Un 9% de los menores envió fotos sexuales a otras personas y, de los que enviaron dicho material, un 6% tenían entre 12 y 14 años y un 17%, 15 y 16 años⁴.

Ante esta situación y nueva realidad social, nos vemos sometidos en muchas ocasiones en los Juzgados y Tribunales a la cuestión de tener que lidiar

¹ Extraído de la Campaña “Diez formas de violencia de género digital” de mujeresenigualdad.com. Consultado el 5/7/2020.

² Datos extraídos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado en la web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> [Consultado el 20 de julio de 2020]

³ EXPLOITING ISOLATION: Offenders and victims of online child sexual abuse during the COVID-19 pandemic.

⁴ EU Kids Online 2020. Survey results from 19 countries. Extraído de la web <http://www.is4k.es/sites/default/files/contenidos/informe-eukidsonline-eu-2020.pdf> [Consultado el 18 de julio de 2020]

con pruebas que emanan de estos dispositivos electrónicos y los principales problemas que ello conlleva. Principalmente su incorporación al procedimiento, su validez, su impugnación, su examen pericial... Desde un punto de vista legal, el artículo 299.2 de la LEC ya prevé la aceptación de los medios de prueba electrónicos: "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". No obstante, en la práctica, se trata de una cuestión más compleja.

El estudio de este tema que, en nuestro caso, vamos a abordar desde una perspectiva más técnica, cobra una especial relevancia ahora más que nunca. Centraremos el estudio en los nuevos delitos de violencia de género que están surgiendo como consecuencia de las nuevas tecnologías, los medios de prueba de este tipo de delitos en el proceso penal, la necesidad de prueba pericial para el caso en que éstos fuesen impugnados y los problemas procesales que se pueden plantear.

2. Nuevas formas de violencia sobre la mujer a través de las nuevas TIC

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el Código Penal afectó a varias materias relacionadas con la violencia sobre la mujer con la finalidad de ejercer una mayor protección a las víctimas de violencia de género y adaptar el propio Código Penal a las nuevas circunstancias sociales que hemos mencionado anteriormente. Así, por fin, quedan tipificados los delitos de "stalking", "sexting" y "grooming", que aparecieron como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías y que antes de la reforma carecían de ubicación legal, por lo que era común que estas conductas quedaran impunes y encontráramos sentencias absolutorias por atipicidad al no estar contempladas en el Código Penal y como consecuencia del principio de legalidad⁵. Véase, por ejemplo, la SAP Granada de 5 de junio de 2014 en la que se revoca la sentencia de instancia, absolviendo a un menor que difundió por Whatsapp una foto desnuda de una menor que previamente ésta le había enviado.

Nadie duda de que las innovaciones digitales traen a la sociedad muchísimas oportunidades, pero también comportan amenazas y riesgos,

⁵ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. T. Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting. En: Sección Tribunal, de 29 de noviembre de 2016, España. [Consultado el 6 de julio de 2020] Disponible en la web LEFEBVRE EL DERECHO <https://elderecho.com/incidencia-de-la-ultima-reforma-del-codigo-penal-por-lo-12015-de-30-de-marzo-en-materia-de-violencia-de-genero-especial-referencia-a-la-agravante-de-genero-y-a-los-nuevos-delitos-de-stalking-y-sex>

especialmente para los adolescentes. Lamentablemente, el problema que está emergiendo es que muchos de los problemas que existen en la sociedad offline (abuso, violencia y adicciones) han encontrado su hueco en Internet. De esta manera, el bullying se transforma en cyberbullying y el abuso en las relaciones románticas se convierte en ciberacoso en la pareja. Además, algunas características de Internet tales como su posibilidad de acceso desde cualquier lugar o dispositivo, el anonimato que permite y su inmediatez, agravan los problemas mencionados a la vez que facilitan el surgimiento de nuevos problemas específicos del entorno digital, tales como la adicción a internet y el online grooming.

En definitiva, tanto en el ámbito de la juventud como de las relaciones de pareja, se va observando cómo la tecnología que ofrecen los smartphones hace más fácil la comisión de agresiones y nuevos delitos como los ya mencionados. Ya tuvo ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional en la STC 115/2013, de 9 de mayo, donde vino a decir que la versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.), susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), lo que implica que el parámetro de control a proyectar sobre la conducta de acceso a dicho instrumento deba ser especialmente riguroso.

3. Los medios de prueba de esta nueva violencia sobre la mujer

Es evidente que la nueva violencia de género (cuya base se encuentra en las nuevas tecnologías y las TIC) trae consigo nuevas formas de prueba para el proceso penal que no pueden pasar desapercibidas por parte de nuestro Derecho, ni éste mostrarse ajeno a ellas. Es sabido que nuestro Derecho siempre va por detrás de la realidad y necesidades sociales y así ha quedado reflejado en que muchas de estas conductas han quedado impunes antes de la reforma del Código Penal del año 2015.

Es cierto que nos encontramos ante un tema emergente del que apenas hay jurisprudencia pacífica o estudios específicos. No obstante, ya hemos superado esa fase y a día de hoy es claro que todas estas comunicaciones que se hacen a través de Internet pueden y deben alcanzar valor probatorio en el proceso. Nos estamos refiriendo a foros, redes sociales u otras aplicaciones que permiten comunicaciones bidireccionales o multidireccionales y que pueden afectar al

proceso penal planteando el reto de encontrar la manera de introducir estas comunicaciones y demás archivos derivados de ellos en el marco específico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, en este mismo sentido, la STS 1066/2009, de 4 de noviembre de la Sala Segunda determinó que el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ratifica esta tendencia al establecer que "los documentos emitidos por los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozaran de la validez y eficacia de un documento original, cualquiera que sea su soporte". Añade, que gozarán de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Conviene precisar que, a pesar de que todas estas pruebas se generan como consecuencia de la utilización de comunicaciones electrónicas, existen muy distintos tipos con diferentes características y particularidades probatorias. No obstante, en este estudio nos vamos a centrar en dos grandes grupos: por un lado, las aplicaciones de mensajería instantánea bidireccional o multidireccional (Whatsapp, Line, Telegram, Messenger, Viber, WeChat...); y, por el otro, los foros o redes sociales (Facebook, Instagram, Twiter, LinkedIn, Snapchat, Youtube, Tumblr...).

Sea cual fuere la forma que se utilice, se trata de un medio de prueba de grandísima trascendencia, hasta el punto de que puede llegar a ser el medio a través del cual se ha cometido el delito, como pudiera ser, por ejemplo, el caso de un quebrantamiento de la medida de protección consistente en la prohibición de las comunicaciones con la víctima.

3.1. ¿Cómo se pueden introducir estos medios de prueba en el proceso penal?

La práctica procesal nos muestra que lo correcto conforme a los artículos 289.2 y 3 en relación con el artículo 137.1 y 3 de la LEC, es que deberá llevarse la prueba ante el Letrado de la Administración de Justicia bajo el principio de inmediación, pudiendo incurrir en nulidad de pleno derecho en caso contrario. Lo correcto sería citar al que presenta la prueba a una comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia aportando la documentación del modo que sea más apropiado (dependiendo de la naturaleza del mismo) para que por éste se proceda a su cotejo. Se puede hacer de diversas formas:

- Aportando una copia impresa de la imagen de la pantalla o "pantallazo" como se conoce comúnmente, en cuyo caso, tras el oportuno cotejo, se tramitará conforme a lo establecido para la prueba documental. No obstante, hay que aclarar que el Letrado de la Administración de Justicia sólo puede realizar la oportuna adveración respecto del soporte que se traiga.

- Aportando a la comparecencia que tiene por objeto el cotejo el propio dispositivo móvil para que sea el propio Letrado de la Administración de Justicia el que envíe la conversación o imagen de la red social al correo electrónico del juzgado y así, posteriormente incorporarlo al expediente como prueba documental o digital (si existiese el expediente judicial electrónico). De esta forma el cotejo es todavía más ágil y efectivo.
- Consignándose a efectos probatorios el propio dispositivo o smartphone receptor ante el Letrado de la Administración de Justicia, en cuyo caso deberá garantizar la cadena de custodia de la que es responsable conforme a la Ley.
- En el caso de que se tratase de audios enviados a través de Whatsapp o similares, existe la posibilidad de que se traiga una transcripción por escrito y que el propio Letrado de la Administración de Justicia haga el cotejo. No obstante, considero más recomendable aportar el propio dispositivo móvil y tras ser escuchado por el Juez, si lo considera relevante a efectos probatorios, reproducir ese audio en las propias declaraciones de víctima y acusado que, si además éstas se graban, queda ya el audio original introducido en el propio procedimiento e incluso siendo éste el momento en que también es escuchado por el representante del Ministerio Fiscal, con lo que comúnmente hablando, se matan dos pájaros de un tiro.
- También, aunque es práctica poco habitual, se podría aportar un acta notarial o escritura notarial relativa al contenido de la conversación y que ésta se corresponde con el teléfono y con los números que aparecen en la misma.
- Por último, a través de otros medios más clásicos como el interrogatorio de parte, una prueba pericial, testifical o incluso el propio reconocimiento judicial.

Sabiendo esto, “existe la posibilidad (y es más que recomendable) de utilizar varios de estos medios dentro del proceso, lo que sería un acierto, pues ayudaría a afianzar su valor probatorio de cara a una posterior valoración. Y se trata de un tema complejo pues [...] ni la fe del Letrado de la Administración de Justicia podrá acreditar que se ha producido el hecho sin lugar a dudas”⁶.

Respecto al momento en que debe aportarse, parece lógico que la prueba se traiga al procedimiento (con su correspondiente diligencia de cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia) inmediatamente después de que se incoen las diligencias urgentes (en el caso de que así se hubiesen incoado), con el fin de que se encuentre disponible en el momento de tomar declaración a la denunciante y al investigado, pues probablemente existan aspectos de ambas declaraciones que pudieran tener relación con el contenido de esos mensajes o comunicaciones realizadas a través de los medios tecnológicos.

⁶ PEREZ ASTUDILLO, N. Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso. En: Cuadernos Digitales de Formación nº 3, 2015, Consejo General del Poder Judicial, página 6.

En alguna ocasión estas pruebas documentales deben practicarse con carácter anticipado al juicio oral (en aquellos casos en los que no existiese conformidad), durante la fase de instrucción. De hecho, cada vez es más frecuente ver que las declaraciones de la víctima sean corroboradas por mensajes recibidos a través de estos medios digitales por parte de su agresor y que han sido aportados al proceso como prueba documental, tal y como se desprende, por ejemplo, de la STS 909/2016, de 30 de noviembre. El órgano judicial no esperará hasta el juicio oral, sino que procederá a su lectura en cuanto tenga conocimiento de los mismos, pudiendo incluso acordar medios complementarios para acreditar la identidad y autenticidad de los mismos.

“En cualquier caso, si estos medios de prueba fueron incorporados en fase de instrucción, el soporte deberá ser apto para su reproducción. Y se darán por reproducidos, tras su correspondiente lectura o escucha, en el acto de la vista. Las partes también podrán aportar nuevos documentos hasta el momento del juicio oral, siempre que, evidentemente, previamente hubieran sido admitidos por el Juez”⁷.

Sin embargo, el hecho de compatibilizar la unidad de acto de un juicio rápido con las pruebas que estamos comentando podría llegar a generar problemas de tiempo. En la práctica no existe limitación legal respecto del contenido material de las diligencias de instrucción que pueden practicarse, pero sí existe un límite temporal y es que la mayor parte de las denuncias que se interponen por delitos relacionados con éstos que son objeto de estudio, se tramitan como diligencias urgentes, que casi siempre se instruyen en unidad de acto hasta que se señala vista para el juicio oral. Por tanto, surge un problema preocupante cuando estas diligencias de prueba no pueden practicarse durante la instrucción o en aquellos supuestos en los que ésta se haya impugnado por alguna de las partes, como más adelante veremos. En estos casos parece que lo correcto sería que el procedimiento dejase de ser “rápido” para transformarse en una instrucción normal (transformándose en diligencias previas).

En este sentido se han pronunciados los fiscales, poniendo de manifiesto que en los supuestos de violencia habitual del artículo 173.2 o de acoso del artículo 172 ter del Código Penal, en los que se denuncian conductas reiteradas a lo largo de un período más o menos largo de tiempo con los perniciosos efectos sobre la víctima, no parece que el trámite oportuno sean las DUJR (juicio rápido), por lo que procederán a solicitar la transformación en DIP (diligencias previas), a fin de poder instruir la causa recabando los informes de la Unidad de Valoración Integral Forense (UVIF) y/o psicosociales, así como otras pruebas que permitan acreditar los hechos y valorar de forma adecuada la situación de riesgo

⁷ MONTESINOS GARCÍA, A. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº 17, enero de 2017, pp. 127-165.

en que se encuentra la víctima. En estos casos, se deberá impulsar la rápida tramitación y conclusión de la instrucción conforme al artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸.

3.2. ¿Cuál es el valor probatorio de estas comunicaciones?

Ya avisamos de que la respuesta a esta pregunta no va a ser clara y va a depender de muchos aspectos como de lo sólida que se muestre la autenticidad, genuidad e integridad de lo comunicado, del propio medio o instrumento que se haya utilizado, de la manera en que se haya introducido en el proceso... Lo que sí deberíamos tener claro es que hay que simplificar y ser ágiles y eficientes a la hora de abordar el tema en la práctica. Desde un punto de vista amplio, pero no por ello menos correcto, de lo que depende principalmente el valor probatorio es, a nuestro juicio, de la actitud procesal del resto de partes.

Por lo tanto, si la parte contraria no impugna el medio de prueba en cuestión, sí que parece razonable que lo aportado alcance valor probatorio. Aunque sin perder de vista, claro está, el criterio de libre valoración de la prueba que el Juez motive y razone en su sentencia, que ya es otra cuestión aparte. Debemos entender esta no impugnación de la prueba de la comunicación tanto como la ratificación por parte de los interlocutores de la misma, como el silencio de la parte a la que la aportación de la prueba podría perjudicar. Así se expresa en la STS 300/2015, de 19 de mayo, que posteriormente analizaremos con más detalle. El caso es que, desde un punto de vista puramente procesal, no tiene sentido ni estaría justificado cargar a la parte que aporta el medio de prueba con aportar, además, un informe pericial sobre la autenticidad de la prueba que nadie ha puesto en duda. Esto no quita, como es la opinión no desdeñable de muchos expertos informáticos, que pudiera estar falseada. Sin embargo, a pesar de que existe tal posibilidad, hay que ser prácticos y la experiencia nos ha enseñado que si una prueba es admitida por la parte a quien perjudica, puede tenerse por cierta.

En el caso de las redes sociales o blogs podría darse el supuesto de que alcanzasen valor probatorio sin necesidad de prueba pericial a partir de otras pruebas practicadas en el proceso, como podría ser el caso de que las partes y/o los testigos reconociesen que el "*nickname*" o pseudónimo con el que se ha cometido el delito es usado con frecuencia por el investigado. O incluso el hecho de que unos testigos pusieran de manifiesto cómo el investigado les reconoció que iba a comunicarse con la víctima a través de alguna de redes sociales o blogs.

⁸ Extraído de las Conclusiones del XIV Seminario de Fiscales en Violencia Sobre la Mujer de los días 13 y 14 de noviembre de 2018, página 7. [Consultado el 15 de agosto de 2019] <http://observatorioviolencia.org/wp-content/uploads/Conclusiones-del-XIV-seminario-de-Fiscales-Delegados-en-Violencia-sobre-la-Mujer.pdf>

O, simplemente, como en el caso anterior, que el investigado no impugnara la autenticidad de la comunicación o prueba aportada.

Necesariamente en aquellos casos en los que exista un reconocimiento expreso de la conversación y de su contenido por la parte contraria no será necesaria la prueba pericial y podría considerarse que tiene un valor probatorio pleno. Así quedó determinado por la SAP de Córdoba 159/2014, de 2 de abril: "...es, además, llamativo que se impugne por la defensa dicha documental cuando el propio acusado ha llegado a reconocer en el acto del juicio (...) haber remitido uno de los mensajes de "Whatsapp".

De igual modo podríamos considerar estas comunicaciones como prueba totalmente válida cuando así resultara en caso de exhibición o cotejo con el otro dispositivo implicado en la comunicación de que se trate. Así lo ha dispuesto la SAP de Barcelona 143/2014 de 7 de mayo: "...dado que se trata de una conversación vía WhatsApp (...), la misma puede llegar a conocerse a través de ambos terminales. Y el Sr. Simón entregó el suyo voluntariamente y con carácter previo, incluso, a la solicitud de información a las compañías telefónicas".

Así las cosas, ni siquiera el Letrado de la Administración de Justicia puede dar fe de que los hechos se hayan producido sin lugar a dudas. Y es aquí donde nos encontramos el principal problema de este tipo de pruebas que vamos a analizar a través de la conocida STS 300/2015, de 19 de mayo, en el que el Ponente era el Ilustrísimo Señor Magistrado Don Manuel Marchena Gómez.

En este caso se trata de una niña que ha sufrido abusos sexuales por parte de la pareja sentimental de su madre. Todos estos sucesos fueron confesados por parte de la afectada a distintos amigos. Entre ellas, una que centra el interés y el punto central de estudio: una conversación a través de la red social Tuenti entre la niña y un amigo. Es decir, la prueba de estas conversaciones a través de una red social y que se incorporan al proceso a través de la técnica del «pantallazo» son admitidas por el juzgador al tiempo que son objeto de crítica por el mismo tribunal. Concretamente la Sentencia establece que la prueba de una comunicación bidireccional mediante sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con "todas las cautelas", debido a que "la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas". En este sentido, el alto tribunal afirma que "el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo". Por tanto, se hace indispensable realizar una prueba pericial sobre los documentos que se aporten para identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de sus interlocutores y la integridad de sus contenidos.

En nuestro estudio, nos ha sido muy sencillo averiguar que existen a nuestro alcance y de forma gratuita aplicaciones como "Whatsfake" o "Fakechat" que permiten sustituir o suplantar una conversación real de Whatsapp. Incluso

se puede modificar la hora del envío, el estado de recepción, el emisor del mensaje, enviar audios, vídeos y fotos que pueden configurarse igual que los mensajes. Asimismo, existe la conocida herramienta “Photoshop” (o cualquiera similar), que podría modificar un “pantallazo” haciendo que pareciera muy real.

En el caso de aplicaciones como Whatsapp, Telegram, Line u otros de comunicación instantánea bidireccional o multidireccional, la información no queda almacenada en servidor externo alguno que pertenezca al administrador, de manera que sólo se conserva en el dispositivo de los participantes de la conversación⁹. De esta forma, si alguno de ellos borra todo o parte del contenido, desaparece de ese dispositivo sin dejar rastro. En palabras técnicas, “el administrador de la aplicación se limita a hacer posible el tránsito de la información entre los comunicantes utilizando protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de esa información”¹⁰. Por lo tanto, resulta patente que estas comunicaciones a través de las aplicaciones mencionadas resultan fácilmente alterables o falsificables. Sin embargo, en nuestra opinión, no más que cualquier otro documento impreso tradicional que se haya aportado al proceso, cuyo valor probatorio no se pone en duda si no es impugnado. Así lo establece el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 1 que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos privados al determinar que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen¹¹.

Esto demuestra que “estamos perdiendo cada vez más la perspectiva de la libre valoración de la prueba practicada ante el Juez según las máximas de la experiencia y las reglas de la sana crítica pasando a un sistema en el que, como en series americanas como “CSI”, se tiende a absolver a los acusados en aquellos casos en los que no se haya presentado ninguna evidencia científica”¹².

Por el contrario, tanto en los blogs como las redes sociales (Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Tuenti...), la información sí queda temporalmente

⁹ ARRABAL PLATERO, P. Whatsapp, una fuente de prueba en el proceso penal. En FUENTES SORIANO, O. El proceso penal: Cuestiones fundamentales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Página 351.

¹⁰ BETRÁN PARDO, A. I. Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo. Publicado en la web www.noticias.juridicas.com, el 30 de septiembre de 2015. [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

¹¹ PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. Extraído de la web LEFEBVRE EL DERECHO <https://elderecho.com/por-que-no-es-valida-una-conversacion-de-whatsapp-en-juicio> [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

¹² ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Madrid: Colex, 2013, pp. 163-164.

almacenada en un servidor propiedad del administrador. Para poder acceder a este tipo de plataformas es necesario hacerse con un nombre de usuario y contraseña, creándose un perfil o dominio en el que el usuario genera unos datos de tráfico concretos que quedan almacenados y que, por lo tanto, podrán ser rastreados de manera más sencilla. Expertos informáticos como PICÓN RODRIGUEZ, coinciden en que alterar este tipo de contenidos es mucho más complicado y que la única manera sería hackeando los servidores de la red social en cuestión¹³. Así las cosas, estas plataformas plantean otro problema no menos grave, y es la posibilidad de que los delitos que se cometen por estos medios se lleven a cabo bajo un nombre o identidad falsa o pseudónimo.

Retomando la sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, respecto de la necesidad de aportar una prueba pericial que identifique el origen real de la conversación, la identidad de los interlocutores y la integridad del contenido, a nuestro parecer, toma una posición bastante contradictoria. Curiosamente, después de exponer lo fácil que es manipular una prueba de este tipo, criticar los pantallazos y defender que sería conveniente aportar un dictamen pericial para verificar la autenticidad de este tipo de pruebas, admite la conversación de las redes sociales a través de un pantallazo y sin dictamen pericial que avale la autoría y su integridad.

Todo ello basado en dos razones que, conforme a la opinión de los magistrados, hacen excluir cualquier duda sobre su veracidad. A saber:

- la primera, que la víctima ponga «a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial»;
- y la segunda es que el amigo con el que conversó por Tuenti fue llamado como testigo y acudió al juicio reconociendo haber mantenido esa conversación y «sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación».

Es decir, a pesar de que parece exigir la práctica de una prueba pericial informática, contrariamente reconoce que se puedan utilizar otros mecanismos de aseguramiento de la autenticidad de la prueba aportada como la ratificación por parte de los interlocutores o el hecho de facilitar la contraseña para acceder al contenido. Al igual que parece desprenderse de la sentencia que si finalmente

¹³ PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. Extraído de la web LEFEBVRE EL DERECHO <https://elderecho.com/por-que-no-es-valida-una-conversacion-de-whatsapp-en-juicio> [Consultado el 13 de septiembre de 2019]

no se llegó a practicar prueba pericial informática fue debido a la falta de impugnación por la contraparte.

“Es opinión mayoritaria, y que compartimos, el hecho de que no se puede condicionar todo el valor probatorio de una comunicación electrónica que se aporte al proceso al eventual acompañamiento de un informe pericial sobre la misma. Quizás esta opinión podría sustentarse o tener mayor sentido, en el caso infrecuente y extraño en que únicamente se contase con esa comunicación como única fuente probatoria, o bien, en aquellos casos en los que se quisiera y pudiera otorgar a esa comunicación un carácter indubitado (genuidad, originalidad, integridad, temporalidad de la secuencia comunicadora, identificación de los terminales...)”¹⁴, pero esto no significa que la única posibilidad de que se dote de valor probatorio a la comunicación aportada sea a través de una prueba pericial. En cualquier caso, la aportación de otro examen o informe que no sea un informe detallado elaborado por un perito informático que respete la cadena de custodia, puede ser considerado indicio que no se debe rechazar.

Visto esto, “otro de los aspectos que consideramos importantes analizar de la referida sentencia es el hecho de que afirma que si las conversaciones se ponen en duda cuando se aportan a la causa archivos impresos, la carga de la prueba se desplaza hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. A nuestro entender, el Tribunal Supremo está instando así a que si alguna de las partes aporta conversaciones electrónicas en estas vías, la contraparte proceda a su impugnación ya que gracias a ello desplazarán la carga de la prueba hacia la parte proponente de dicho material probatorio. Cuestión ésta poco utilizada en los juzgados debido al desconocimiento aún existente por parte de muchos abogados pero también de muchos juzgadores sobre ese material probatorio”¹⁵. En cualquier caso, debemos incidir en la idea de que será la parte a la que beneficia la prueba la que deberá acreditar su veracidad y autenticidad.

Aun así, deberíamos tener presente que el principio de libre valoración de la prueba debe llevar al Juez a formar su convencimiento con un sumatorio de otros elementos como es la declaración de las partes, de testigos, la existencia de denuncias previas similares, informe del Ministerio Fiscal, la disposición del investigado a mostrar su dispositivo o a dar sus claves de acceso a la red social en cuestión, etcétera. Así se ha reflejado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 455/2015, de 10 de junio, en la que se llega a reconocer el valor

¹⁴ FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: Revista General de Derecho Procesal, nº 44, enero 2018. En la web https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=44&id=9, página 8. [Consultado el 12 de octubre de 2019]

¹⁵ BUENO DE MATA, F. Reseñas de Jurisprudencia Procesal. Vol. 3, diciembre 2015, página 323.

probatorio de las conversaciones de Whatsapp que se aportaron al proceso junto con la declaración testifical. En palabras textuales dice que “el intercambio de whatsapp entre la directora de zona y la demandante, en que ésta mantiene su posición de dejar el trabajo, ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados, por impedirlo la técnica suplicatoria”. Por lo tanto, esto viene a decir que las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración del Juez de este tipo de prueba deja fuera de juego la regla de distribución formal de la carga de la prueba en caso de que fuese impugnada, puesto que ello implica analizar y valorar precisamente todas las circunstancias concurrentes para decidir su eficacia probatoria.

Así se ha determinado en numerosas sentencias, destacando dos como ejemplo. Una de ellas es la SAP de Las Palmas 180/2011, de 15 julio donde se puede leer que “la sentencia apelada no incurre en error alguno pues valora las manifestaciones de las partes dando más credibilidad a una de las versiones (...) que se corrobora con las manifestaciones de los testigos. (...), y en segundo lugar la testigo, conocida de ambos, quien afirmó haber visto en Facebook los comentarios efectuados...” La otra es la SAP de Oviedo de 29 de julio de 2013 en la que queda plasmado lo siguiente: “... testimonio que viene averado por (...) el parte de lesiones (...) donde se describen lesiones tanto a nivel de cuello como de extremidad superior izquierda, plenamente compatibles con el iter criminis denunciado, como por la documentación donde se contienen transcritas las conversaciones vía WhatsApp”.

Podemos concluir pues, que ni la aportación de la prueba pericial va a ser determinante por sí sola para advenir la comunicación cuestionada, ni toda impugnación de la misma va a implicar una inversión en la regla general de carga de la prueba, como vamos a estudiar a continuación.

3.3. La impugnación de estos medios de prueba

Partimos de la premisa de que no toda impugnación va a suponer una inversión en la carga de la prueba. Debemos recordar en este punto que la STS 300/2015, de 19 de mayo, otorgó eficacia probatoria a la prueba fundándose en las dos razones explicadas con anterioridad, siendo una de ellas la de que la víctima puso a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial y recogiendo posteriormente la alusión de la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que la defensa no hizo ninguna petición al respecto. Por lo tanto, creemos que se ha defendido con acierto que la impugnación deberá estar, cuanto menos, fundada en argumentos serios, claros y exhaustivos. Sólo esto es lo que va a

provocar el efecto desplazamiento de la carga de la prueba en la parte que los aportó.

Podemos decir que existen dos elementos básicos para apreciar si la impugnación tiene la suficiente seriedad:

En primer lugar, la razón o razones en las que se fundamente la impugnación concreta, así como el contenido de ésta o éstas, pues no es raro ver en la práctica meras impugnaciones sin respaldo alegatorio alguno.

En segundo lugar, la propia diligencia o esmero de la parte que impugna al proponer los medios probatorios que puedan poner en cuestión la autenticidad, originalidad, genuidad o integridad de la comunicación cuestionada aportada de contrario¹⁶.

Así ha quedado plasmado en la SAP de Vizcaya 90308/2014, de 24 de julio de 2014 donde se determina que la mera invocación genérica de esa vulnerabilidad (si no va acompañada de prueba alguna) no habrían de afectar a la validez probatoria de las conversaciones a través de programas de mensajería, en aquellos casos en que, además de la falta de prueba de alteración concreta, la valoración conjunta de la prueba sea corroborada con el contenido de los mensajes.

En ese sentido, más que razonable, más allá de la existencia o no de fallos de seguridad, la sentencia dice que “...en cuanto a los mensajes de whatsapp, no pueden ser tenidos en cuenta, según la recurrente, por cuanto los mismos no son fiables por su fácil manipulabilidad (...) Frente a ello, la mera protesta de que el whatsapp es manipulable (...) es manifiestamente insuficiente para alterar la valoración probatoria en el sentido interesado en el recurso. Todo apunta a la autoría (...) por el acusado (...) ya que los objetos sustraídos aparecen en el teléfono que él dice adquirido de segunda mano, sin dar ningún dato sobre a quién, persona desconocida que además habría resultado ser el autor de los mensajes de whatsapp”.

4. La prueba pericial electrónica de estas comunicaciones

Venimos defendiendo durante todo este trabajo la necesidad de dar más importancia a las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración de la prueba, debiendo el Juez considerar la prueba pericial electrónica con el resto de circunstancias que se desprendan del proceso en sí.

Dicho esto, no cabe duda de que si lo que se pretende es determinar la autenticidad, originalidad, integridad, origen o genuidad de una comunicación que es relevante para la causa y así se ha acordado por el Juez, sí será necesaria

¹⁶ DELGADO MARTIN, J. La prueba del whatsapp. En: *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, Ref. D-331, Editorial La Ley, La Ley 5350/2015, extraído de <https://laleydigital.laley.es/>, página 6. [Consultado el 3 de abril de 2020]

la elaboración de un informe pericial. Un perito informático dispondrá de los conocimientos, técnicas y herramientas para extraer las conversaciones originales de Whatsapp u otra aplicación similar y está capacitado para mantener esa cadena de custodia que corresponderá finalmente garantizar al Letrado de la Administración de Justicia. Esto resulta complejo porque en aplicaciones como Whatsapp o similares, el administrador no guarda en sus archivos el contenido de las conversaciones.

Distinto es el caso de los blogs o redes sociales como Facebook. En este tipo de plataformas digitales la información sí queda almacenada (en ocasiones temporalmente y en otras ocasiones de manera permanente) en los servidores del administrador. Por tanto, el hecho de que para acceder a ellos sea necesario un nombre de usuario y contraseña creando un dominio, hace que se generen unos datos de tráfico con cada acto de comunicación que también quedan almacenados, siendo más sencillo y factible su rastreo.

Los medios que podrían usarse para garantizar la autenticidad de las comunicaciones vertidas en redes sociales y blogs, no obstante, puede ser diversa: por un lado, autorización judicial para que el administrador del servicio ceda los datos; por otro, oficiar a la policía para acceder a una dirección IP y mediante su labor de rastreo, investigar la actuación delictiva; también se podría oficiar a la compañía telefónica para la identificación o localización del terminal al que se asocia la dirección IP; o por último, podría ser la posibilidad de que se captase por la policía los números IMSI, IMEI o cualquier otro que identificase el dispositivo o tarjeta utilizados en la comunicación.

No obstante, lo anterior, hay que saber que es relativamente fácil comprobar la autenticidad con total solvencia de una comunicación emitida por Facebook u otra red social o blog, precisamente por la característica mencionada anteriormente y el carácter público (de acceso general) de las mismas. Por lo tanto, el valor probatorio que estas comunicaciones puedan alcanzar en el proceso debería no poder ser cuestionado por la contraparte en aras de ser completamente fiable, aunque, por supuesto, siempre fundamentándose detalladamente en la sentencia.

En general, como ha determinado el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) en la Sentencia nº208/2014, de 10 de marzo de 2014, la cadena de custodia es el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba. En lo que a nuestro análisis respecta en lo relativo a la cadena de custodia, la idea principal es que el perito informático deberá mantener la cadena de custodia que le es exigida como profesional, mientras que es el Letrado de la Administración de Justicia el encargado de garantizar

(conforme a las funciones que le otorga la Ley) que se ha mantenido esa cadena de custodia. Se trata de dos funciones distintas pero relacionadas, cada una de ellas en el ámbito de las competencias profesionales que competen a cada uno. De hecho, podemos decir que el correcto mantenimiento de la cadena de custodia siempre implica que no se haya modificado la prueba informática en cuestión, mientras que una “no modificación” de la prueba no implica que se pueda garantizar ante un Tribunal que se ha conservado la cadena de custodia. En resumen, la función de mantener la cadena de custodia por el perito informático consiste en asegurarse y seguir las pautas de extracción y protección de las evidencias digitales desde que se realiza el examen del dispositivo, pasando por la obtención de la prueba y terminando cuando se expone ante el juzgado junto con el informe que se haya elaborado, en su caso, indicando todos los detalles de su trabajo y por qué fases ha pasado para que se tenga constancia de que no ha sido desvirtuada en ningún momento. Por lo que respecta a la función del Letrado de la Administración de Justicia, conviene recordar que se trata de un fedatario público y que, como tal, su actuación en esta materia se limitará a dar fe en el procedimiento penal del estado de la prueba antes y después de que se hayan llevado a cabo los trabajos periciales, así como de que, a la vista del informe, el perito ha respetado el mantenimiento de la cadena de custodia correctamente.

5. Problemas de la prueba pericial

En muchas ocasiones se pasa por alto un aspecto que no es baladí en este tipo de análisis procesales. Se trata del valor o precio de las cosas, ignorando o pasando por alto de manera inconsciente que los recursos de la Administración de Justicia son limitados. En este sentido, la prueba pericial electrónica es una prueba ardua y complicada que resulta de trámites lentos, lo que la convierte en una prueba realmente cara desde un punto de vista económico. Dicho esto, podemos imaginar que en un ámbito privado como es el de la violencia de género, se trata de una prueba complicada de asumir, tanto por su coste como por el tiempo que ha de emplearse en ello (con los problemas que ello conlleva y que ya hemos estudiado anteriormente). Es por ello que, en la mayoría de los casos, va a resultar prácticamente imposible que se lleve a cabo. Sin embargo, si se realizase, podría tener un coste tal que podría llegar a ser desproporcionado en relación con el resultado que se pretendía obtener de ella.

De esta forma, es fácil defender su interés o viabilidad en procesos en los que esté en juego mucho dinero como macro causas económicas, pero no en el ámbito de la violencia de género.

Insistimos en la idea de que la característica principal de aplicaciones de mensajería instantánea bidireccional o multidireccional como Whatsapp es que la información no queda grabada o almacenada en el servidor del administrador,

haciendo muy complicado su rastreo o seguimiento y, en consecuencia, su comprobación. Esto hace que la prueba pericial quede eminentemente limitada al no poder contar con una copia auténtica e indubitada del contenido de las comunicaciones, resultando realmente costoso mantener la cadena de custodia exigida.

En el caso, sin embargo, de Facebook y otras redes sociales o blogs, el principal problema radica en la facilidad para que los usuarios las utilicen bajo el anonimato o identidades falsas, lo que pone en duda que se pueda hacer un rastreo o una investigación de su cuenta hasta dar con el autor o responsable del delito cometido a través del mismo. Es decir, hasta hace relativamente poco no había duda de que la obligación de los administradores de estas plataformas de facilitar a la autoridad judicial los datos que le fuesen requeridos, se limitaba a los supuestos de investigaciones de delitos graves (los que lleven aparejada una pena de privación de libertad superior a 5 años). Esto es así porque lo establece la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones en su artículo uno relativo al objeto de la misma donde dice que "esta Ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales".

No obstante, las dudas generadas por esta Ley 25/2007 han quedado resueltas tras el Auto de la AP de Madrid (Sección 4ª), de 25 de febrero de 2015 en el que viene a decir que los "delitos graves" a que se refiere la Ley 25/2007 no son exclusivamente los delitos castigados con pena superior a cinco años, sino que también han de incluirse en tal expresión aquellos otros delitos castigados con pena inferior y que, por tanto, tienen la calificación legal de "delitos menos graves", pero que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento. En este punto no puede desconocerse que los efectos socialmente nocivos de determinados hechos delictivos pueden verse incrementados exponencialmente desde el momento en que se alcanza la convicción social de su impunidad, con el consiguiente fracaso de los fines preventivos que su tipificación penal persigue.

Continúa justificando la gravedad que supone la trascendencia social del delito cuando dice que las expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es internet,

incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar. Pero es que, además, los efectos sociales indeseables de tal tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación social generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de la utilización de seudónimos, nombres supuestos o "nicknames" y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer su verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de dichas conductas y de sus autores.

El resultado no sería otro que la absoluta desprotección penal de un bien jurídico tan importante como el derecho fundamental al honor, cuando el ataque se encauza a través de internet u otros servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, sin ningún beneficio socialmente apreciable, pues no puede considerarse como tal el exponencial incremento en la red de conductas abiertamente calumniosas o injuriosas, de graves repercusiones personales y sociales para las personas que se viesen sometidas a ellas.

Por último, en nuestra opinión, hay que huir del error de entender que sólo cuando tecnológicamente se identifique al autor de los hechos, pueden estos serle efectivamente imputados. De esta manera, resultaría perfectamente posible que el autor de las amenazas o injurias quedara total y absolutamente identificado corroborando la información por el conjunto de resto de pruebas practicadas en el proceso, incluso sin investigación o pericial tecnológica alguna. Esta misma opinión ha sido expresada por autores como FUENTES SORIANO¹⁷.

6. Conclusiones

El avance de las nuevas tecnologías es imparable y ello conlleva una serie de retos como, por ejemplo, desde el punto de vista que nos concierne, saber afrontar la novedad de los problemas que ello genera en el proceso penal. La espontánea creación de nuevas formas de comunicación y relación social lleva ligado una nueva violencia mucho más sofisticada. La reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo fue un primer paso, pero es tarea

¹⁷ FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: Revista General de Derecho Procesal, nº 44, enero 2018. Extraído de la web https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=44&id=9, página 10. [Consultado el 12 de octubre de 2019].

necesaria unificar criterios y prácticas en este sentido y así evitar que la realidad del derecho vaya por detrás de la realidad social.

En relación con esto, uno de los mayores retos a los que nos enfrentamos en los Juzgados es la dificultad probatoria derivada del uso de estas nuevas tecnologías y las nuevas formas de comisión delictiva derivada de ellas (amenazas, “stalking”, “sexting”, el uso del estado de Whatsapp o Facebook con carácter intimidatorio...).

Estas dificultades probatorias a las que nos referimos inciden en distintas fases del procedimiento. La aportación o introducción en el mismo de estas pruebas tecnológicas genera dudas y dificultades en la práctica. Queda patente la relevancia que en este aspecto cobra el Letrado de la Administración de Justicia, pues ha quedado claro que, una vez admitida por el Juez la prueba propuesta de que se trate, ésta deberá llevarse siempre ante el Letrado de la Administración de Justicia bajo el principio de inmediación, pudiendo incurrir en nulidad de pleno derecho en caso contrario.

Consideramos clave entender también que este tipo de pruebas han de estar disponibles en el momento de tomar declaración a la denunciante y al investigado, pues probablemente existan aspectos de ambas declaraciones que pudieran tener relación con su contenido. Por lo tanto, conviene que estas pruebas fuesen aportadas inmediatamente después de haberse incoado el procedimiento por el Juzgado, y sin perjuicio de que pudiesen existir en un momento posterior a este trámite procesal.

Tampoco es sencillo determinar qué valor probatorio tendrán este tipo de pruebas. No obstante, nos parece fundamental la idea de eficiencia y practicidad en el proceso penal, por lo que, a nuestro juicio, se deberá hacer depender de la actitud procesal del resto de partes. Es decir, darle validez a aquella prueba que no se haya impugnado por la parte a la que pudiera perjudicar.

Sobre esto ha dado un paso el Tribunal Supremo con la sentencia comentada nº 300/2015, de 19 de mayo, pero en nuestra opinión ha dejado pasar una buena oportunidad para fijar criterios y dar recomendaciones más concretas respecto de la aportación de pruebas electrónicas al proceso, pues básicamente acabó admitiendo como prueba los “pantallazos” de Tuenti por la falta de impugnación.

A pesar de lo anterior, puede darse el caso de que exista una impugnación seria y fundada sobre la prueba aportada. En ese caso, la carga de la prueba corresponde a quien la aporta y será clave determinar la autenticidad, originalidad, integridad, origen o genuinidad de la misma. Aquí es donde cobra especial relevancia la labor del perito. La elaboración de un informe pericial en este caso va a ser fundamental, pero sin olvidar la dificultad técnica que conlleva, así como los altos costes tanto económicos como de tiempo que implica.

Por tanto, aunque este tipo de pruebas tecnológicas estén cobrando cada vez más importancia, insistimos en la necesidad de dar todavía más importancia a las reglas de la sana crítica y la experiencia en la valoración de la prueba. Esto es, que el Juez deberá tener en cuenta la prueba pericial tecnológica junto con el resto de pruebas existentes y demás circunstancias que se desprendan del proceso en sí.

En consecuencia, y para concluir, no va a ser conveniente condicionar todo el valor probatorio de las comunicaciones objeto del proceso a un informe pericial sobre éstas, por los problemas de tiempo y coste que conllevan, hasta el punto de poder llegar a desvirtuar su sentido. Tal y como se puede constatar en la práctica, en la mayoría de los casos es posible identificar al autor con el delito corroborando la información por el conjunto de resto de pruebas practicadas en el proceso, incluso sin investigación o pericial tecnológica alguna.

6. Bibliografía

ARRABAL PLATERO, P. Whatsapp, una fuente de prueba en el proceso penal. En FUENTES SORIANO, O. *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BETRÁN PARDO, A. I. Los contenidos de WhatsApp como medio probatorio en el ámbito de las diligencias urgentes por delitos de violencia contra la mujer. Cuestiones en torno a su impugnación y a la práctica de la prueba pericial a la que se refiere la STS 300/2015, de 19 de mayo. Publicado en la web www.noticias.juridicas.com, el 30 de septiembre de 2015

BUENO DE MATA, F. Reseñas de Jurisprudencia Procesal. Vol. 3, diciembre 2015.

DELGADO MARTIN, J. La prueba del whatsapp. En: *Diario La Ley*, nº 8605, Sección Tribuna, 15 de septiembre de 2015, Ref. D-331, Editorial La Ley, La Ley 5350/2015.

FUENTES SORIANO, O. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. En: *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, enero 2018.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. T. Incidencia de la última reforma del Código Penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, en materia de violencia de género. Especial referencia a la agravante de género y a los nuevos delitos de stalking y sexting. En: *El Derecho, Lefebvre*. Sección Tribunal, de 29 de noviembre de 2016, España.

MONTESINOS GARCÍA, A. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. En: *Revista de Derecho Penal y criminología*, nº 17, enero de 2017.

ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Ed. Madrid: Colex, 2013.

PEREZ ASTUDILLO, N. Los medios telemáticos como prueba de cargo en el proceso. En: *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 3, 2015, Consejo General del Poder Judicial.

PICÓN RODRIGUEZ, E. ¿Por qué no es válida una conversación de Whatsapp en juicio? En: Sección Tribuna. [LEFEBVRE EL DERECHO](#).

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.