

WHATSAPP Y OTRAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIO DE PRUEBA

EN BREVE

Las pruebas electrónicas más frecuentes en la actualidad son el correo electrónico, las páginas web, y, en particular, los mensajes cruzados a través de aplicaciones de mensajería móvil -principalmente WhatsApp-, los cuales suponen un sistema eficaz e instantáneo de comunicación a través del cual se transmite no solo texto sino también imágenes y notas de voz.

En cuanto a su aceptación por parte de los Juzgados y Tribunales, el artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente la aceptación de los medios de prueba electrónicos, sin embargo, no existe una definición legal de «prueba electrónica» como tal, ni existe una regulación específica de su valor probatorio, de forma que deben aplicarse las disposiciones generales sobre la prueba.

SUMARIO

1. Introducción
2. Admisión de la prueba
3. Jurisprudencia del supremo
4. Conclusiones



JOSÉ MARÍA ABELLA



Socio de las áreas de
Procesal y Arbitraje de ECIJA

LIBRADO LORIENTE



Manager del área de
Dispute Resolution

INTRODUCCIÓN

La cada vez más habitual utilización de medios tecnológicos en nuestra vida cotidiana ha supuesto, en gran medida, la transformación de los medios e instrumentos de prueba habituales que se utilizan en los procedimientos judiciales. Y es que, la prueba electrónica cada vez tiene un papel más importante en todos los órdenes jurisdiccionales, llegando en algunos casos a ser el único material probatorio de las partes para acreditar los hechos en los que sustentan sus pretensiones.

En concreto, **las pruebas electrónicas más frecuentes en la actualidad son el correo electrónico, las páginas web, y, en particular, los mensajes cruzados a través de aplicaciones de mensajería**



LEGISLACION

www.globaleconomistjurist.com

- Constitución Española (Marginal: 69726834)
- Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio) (Marginal: 69726851)
- Ley de Enjuiciamiento Civil (Marginal: 12615) Arts. 297, 298 y 299

móvil -principalmente WhatsApp-, los cuales suponen un sistema eficaz e instantáneo de comunicación a través del cual se transmite no solo texto sino también imágenes y notas de voz.

En cuanto a su aceptación por parte de los Juzgados y Tribunales, el artículo 299.2¹ de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé expresamente la aceptación de los medios de prueba electrónicos, sin embargo, **no existe una definición legal de «prueba electrónica» como tal, ni existe una regulación específica de su valor probatorio, de forma que deben aplicarse las disposiciones generales sobre la prueba.**

En este sentido, el acceso habitual de la prueba electrónica al procedimiento se suele realizar generalmente a través de (i) documentos privados -presentada mediante impresión en papel o a través de elementos informáticos como CDs o pendrives-; (ii) a través de documentos públicos – normalmente a través de actas de protocolización notarial en las que el notario hace constar la identidad, el contenido entregado y la fecha en que lo recibe y

“LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS Y, EN PARTICULAR EL WHATSAPP, SE CARACTERIZAN POR SER FÁCILMENTE MANIPULABLES, POR LO QUE CADA VEZ RESULTA MÁS NECESARIO EL ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA ANTES DEL INICIO DEL PROCESO O DURANTE EL CURSO DEL MISMO (ARTS. 297 Y 298 LEC) TODA VEZ QUE LA APORTACIÓN DE LA MISMA ESTÁ LIMITADA A QUE LA PRUEBA PUEDA SER EXAMINADA POR EL TRIBUNAL Y LAS PARTES CON PLENO RESPETO A LAS GARANTÍAS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN”

¹ Art. 299.2 LEC “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”.

JURISPRUDENCIA www.globaleconomistjurist.com

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2019. Núm. 332/2019 Rec. núm. 10732/2018 (Marginal: 70989519).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2018. Núm. 375/2018 Rec. núm. 1461/2017 (Marginal: 71125768).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 2015. Núm. 754/2015 Rec. núm. 10333/2015 (Marginal: 69469620).
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de mayo de 2015. Núm. 300/2015 Rec. núm. 2387/2014 (Marginal: 69342311).

“ESTE TIPO DE PRUEBAS DIGITALES PUEDEN APORTARSE AL PROCESO MEDIANTE ACTA NOTARIAL, O ADVERACIÓN DE TELÉFONOS MÓVILES Y SUS CONTENIDOS ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, O MEROS “PANTALLAZOS” COMO FOTOGRAFÍAS DE UN “HILO” DE MENSAJES DE WHATSAPP, PERO HAY QUE RECORDAR QUE EN LOS CASOS EN LOS QUE LA DEFENSA IMPUGNE ESTA “PRUEBA DIGITAL” EN EL ESCRITO DE DEFENSA MOTIVA Y OBLIGA A LA ACUSACIÓN A PROPONER PRUEBA PERICIAL INFORMÁTICA ACERCA DE LA VERACIDAD DEL CONTENIDO DE ESTOS MENSAJES Y QUE ESTOS NO HAN SIDO ALTERADOS”

(iii) mediante reconocimiento judicial, lo que supone el examen de la prueba de modo directo por el propio Juzgado o Tribunal **-ya sea en la sede del tribunal, o en el lugar donde se halle el soporte electrónico en el que se encuentra la prueba-**.

ADMISIÓN DE LA PRUEBA

Respecto a la admisión de la prueba electrónica, al igual que cualquier medio de prueba, la LEC establece unos criterios generales para su admisión como es la pertinencia, utilidad y legalidad.

Así, **a pesar de las particularidades de la prueba electrónica, derivada principalmente de las dudas sobre la posibilidad de distinguir el original y la copia, el legislador no ha previsto unos criterios específicos para la aportación de la prueba electrónica.** Ante este vacío legal, los Juzgados y Tribunales suelen admitir las pruebas electrónicas cuando se demuestra principalmente que los datos introducidos lo han sido conforme a un programa que refleja la exactitud de dicho proceso.

Y es que, las pruebas electrónicas y, en particular el WhatsApp, se caracterizan por ser fácilmente manipulables, por lo que cada vez resulta más necesario el aseguramiento de la prueba antes del inicio del proceso o durante el curso del mismo (arts. 297 y 298 LEC) toda vez que la aportación de la misma está limitada a que la prueba pueda ser examinada por el tribunal y las partes con pleno respeto a las garantías de inmediación y contradicción.

Como consecuencia de lo anterior, los Juzgados y Tribunales se han ido encargando de fijar los criterios jurisprudenciales relativos al valor probatorio de estos medios de prueba, destacando el WhatsApp por ser el más utilizado, sobre todo teniendo en cuenta cuando los mismos han sido impugnados.

JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO

En este sentido, la STS 300/2015 de 19 de mayo², entendió que como existe la posibilidad de que las comunicaciones pueden ser objeto

² STS 300/2015 de 19 de mayo. Sala de lo Penal. Pte. Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

de manipulación, **en caso de que la prueba sea impugnada por alguna de las partes es necesario que la misma sea sometida a un reconocimiento pericial.** Así, dijo:

“Respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por Ana María con Constancio a través del Tuenti, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas.

La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. **El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.** De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien 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”.

En el caso resuelto por esta Sentencia no hubo duda en cuanto a la autenticidad de las conversaciones ya que las partes intervinientes admitieron que la mantuvieron en los términos aportados, sin que se hubiera producido ningún tipo de manipulación.

En los mismos términos, en relación con los mensajes de WhatsApp, se manifestó la STS 754/2015³ de 27 de noviembre.

A pesar de lo dicho por estas Sentencias, la STS núm. 375/2018 de 19 julio⁴ matizó que no se puede entender que en las mismas se establezca una presunción iuris tantum del WhatsApp como medio de prueba, la cual deba ser combatida por medio de una prueba pericial que tenga que practicarse en todo caso, y que confirme su autenticidad, sino que para que realmente se tenga que realizar dicha prueba

“A PESAR DE LAS PARTICULARIDADES DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA, DERIVADA PRINCIPALMENTE DE LAS DUDAS SOBRE LA POSIBILIDAD DE DISTINGUIR EL ORIGINAL Y LA COPIA, EL LEGISLADOR NO HA PREVISTO UNOS CRITERIOS ESPECÍFICOS PARA LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA. ANTE ESTE VACÍO LEGAL, LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES SUELEN ADMITIR LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS CUANDO SE DEMUESTRA PRINCIPALMENTE QUE LOS DATOS INTRODUCIDOS LO HAN SIDO CONFORME A UN PROGRAMA QUE REFLEJA LA EXACTITUD DE DICHO PROCESO”

pericial el mensaje debe haber sido impugnado por la existencia de sospechas o indicios de manipulación, pero no de forma genérica y retóricamente. De hecho, **dicha pericial no sería necesaria cuando no exista duda de su autenticidad mediante la valoración y práctica de otros medios de prueba.**

El Tribunal Supremo en este último caso entendió que no había motivos para dudar sobre la autenticidad de los WhatsApp, ya que la víctima puso a disposición del Juez de instrucción su teléfono móvil, del cual, **por parte del Letrado de la Administración de Justicia, se transcribieron íntegramente el contenido de los mensajes cruzados, el teléfono donde se encontraban, y el número de teléfono del que procedían, siendo éste el de la acusada.** Como consecuencia de lo

³ STS 754/2015 de 27 de noviembre. Sala de lo Penal. Pte. Excmo. Sr. Pte. Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar.

⁴ STS núm. 375/2018 de 19 julio. Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

“HAY QUE SEÑALAR QUE EN AQUELLOS CASOS EN LOS QUE LA PRUEBA PRESENTE UNA IMPORTANTE COMPLEJIDAD TÉCNICA, EL JUEZ TENDRÁ QUE RECURRIR A LAS PRUEBAS PERICIALES COMO INSTRUMENTO PARA FUNDAMENTAR TÉCNICAMENTE SU VALORACIÓN SOBRE LA PRUEBA, PARA, DE ESTA MANERA, NO MERMAR LA TUTELA JUDICIAL”

anterior, el hecho de que la acusada alegara que los mensajes podían haber sido objeto de manipulación, o que existían serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, realmente se trataba de argumentos retóricos, los cuales no estaban sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así.

Por último, **hay que destacar la STS núm. 332/2019 de 27 junio⁵ que dijo que el escrito de defensa es el momento procesal donde debe llevarse a cabo la impugnación de la prueba digital**, que en el caso concreto se trataba de unos pantallazos de mensajes de WhatsApp. Así, dijo:

“Este tipo de pruebas digitales pueden aportarse al proceso mediante acta notarial, o adveración de teléfonos móviles y sus contenidos ante el Letrado de la Administración de Justicia, o meros «pantallazos» como fotografías

BIBLIOGRAFÍA www.globaleconomistjurist.com

LIBROS

Disponible en www.globaleconomistjurist.com

- BALAGUÉ SIERRA, CARMEN. CodiTIC. *El Código de las tecnologías de la información y la comunicación en la era digital*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2012.
- ABEL LLUCH, XAVIER Y PICÓ I JUNOY, JOAN. *La prueba electrónica*. Barcelona. Ed. J.M. Bosch Editor. 2011.
- ABEL LLUCH, XAVIER Y PICÓ I JUNOY, JOAN. *La prueba documental*. Barcelona. Ed. J.M. Bosch Editor. 2010.

ARTÍCULOS JURÍDICOS

Disponible en www.globaleconomistjurist.com

- CHIVA ESPEJO, ALBERT Y SOLER PUEBLA, JESÚS. *Las claves para invalidar o desacreditar las pruebas en soportes tecnológicos de la parte contraria*. Economist&Jurist N° 211. Junio 2017. (www.economistjurist.es)
- REDACCIÓN EDITORIAL. *Notificaciones por whatsapp en las relaciones laborales*. Fiscal y Laboral al Día N° 253. Marzo 2017. (www.fiscalaldia.es)
- BACARIA MARTRUS, JORDI. *El caso Whatsapp. Las aplicaciones de mensajería instantánea como medio de prueba en el procedimiento judicial*. Economist&Jurist N° 185. Noviembre 2014. (www.economistjurist.es)

⁵ STS núm. 332/2019 de 27 junio. Sala de lo Penal. Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

de un «hilo» de mensajes de Whatsapp, pero hay que recordar que en los casos en los que la defensa impugne esta «prueba digital» en el escrito de defensa motiva y obliga a la acusación a proponer prueba pericial informática acerca de la veracidad del contenido de estos mensajes y que estos no han sido alterados. **Y no se trata de que esta impugnación se haga en la fase de instrucción, sino que haciéndolo en la fase propia de la calificación provisional debe contrarrestar la acusación esta impugnación por la oportuna pericial informática”.**

Por último, hay que señalar que en aquellos casos en los que la prueba presente una importante complejidad técnica, **el juez tendrá que recurrir a las pruebas periciales como instrumento para fundamentar técnicamente su valoración sobre la prueba, para, de esta manera, no mermar la tutela judicial.**



CONCLUSIONES

- Sobre la base de las Sentencias previamente analizadas, debemos señalar que el contenido de los sistemas de mensajería instantánea como WhatsApp pueden constituir perfectamente un medio de prueba, siempre y cuando hayan sido obtenidos de forma lícita, pero si se impugna la autenticidad de dicha conversación es recomendable que la parte que ha propuesto dicha prueba practique una prueba pericial que identifique claramente el origen de la conversación, sus interlocutores y el contenido
- Sin perjuicio de lo anterior, el Juez deberá valorar el contenido de dichos medios de prueba electrónicos conjuntamente con el resto de pruebas practicadas, con independencia de que se realice una consideración individualizada de cada prueba, aplicando las reglas legales o de la sana crítica

INTERPOSICIÓN DE QUERELLA POR DELITO DE AMENAZAS

AL JUZGADO

D./D^a, Procurador/a de los Tribunales de, en nombre y representación de D./D^a, mayor de edad, vecino/a de, con D.N.I, que acredito con poder debidamente bastantado, y que acompaño al presente escrito, para que se inserte en autos, y me sea devuelto por necesitarlo para otros usos, ante ese Juzgado, comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Que en el ejercicio de la acción de mi representado/a, conforme a lo dispuesto en el art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el presente escrito, formulo QUERELLA criminal contra D./D^a, como presunto autor del delito de amenazas tipificado en el art. 169 del Código Penal y otro de coacciones tipificado en el art. 172 del mismo texto legal,

En base a los siguientes hechos:

PRIMERO. Tengo cedida en arrendamiento la vivienda sita en el domicilio expresado en el encabezamiento del presente escrito, mediante contrato celebrado con el querellado en fecha

Su duración es indefinida y pago en concepto de renta la cantidad mensual de € (euros).

SEGUNDO. Desde hace algún tiempo vengo informando al querellado, en su condición de arrendador, del deficiente estado de las cañerías y de la humedad existente en la vivienda, lo que produce escapes continuos de agua y malos olores, además de causar daños en la consistencia de su estructura interna.

Como quiera que no puedo afrontar los gastos que tales reparaciones suponen y que según un informe elaborado por los servicios municipales de inspección son del orden de € (euros) (Documento nº 1), debo soportar esta situación ante la sistemática negativa del querellado en ejecutar las obras de conservación.

Pero es que, además, me ha amenazado en diversas ocasiones de ir contra mí y mi familia si se me ocurre en cualquier momento llevar a cabo cualquier tipo de obra; amenazas que vienen acompañadas de escritos anónimos dejados en mi buzón (Documento nº 2), prohibiéndome cualquier reparación, ya que según él debo soportar esos inconvenientes. **También dispongo de conversaciones de Whatsapp guardadas en mi móvil en las que se recogen estas amenazas.**

Además, se niega a reparar la puerta de acceso al inmueble, tolerando la entrada de personas ajenas al mismo que suelen dormir y hacer sus necesidades en el vestíbulo con las lógicas incomodidades y falta de seguridad y salubridad que ello comporta, a lo que el arrendador se resiste a emprender cualquier actuación impidiéndonos tomar cualquier iniciativa, bajo la amenaza de echarme de la vivienda o de denunciarme.

TERCERO. Esta situación me ha provocado un estado de angustia y de depresión del que he requerido asistencia médica continuada, tal como acredito mediante el informe médico aportado (Documento nº 3).

Conforme al anterior relato y de acuerdo con lo establecido en el art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

I. Esta querella se presenta ante los Juzgados de Instrucción de, por tener éste competencia según lo dispuesto en el art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II. El querellante es mi representado/a, vecino/a de con domicilio en y D.N.I.

III. El querellado es D./D^a, vecino/a de, con domicilio en, sin perjuicio de dirigir las acciones civiles y penales pertinentes contra aquellas otras personas que a lo largo del proceso aparezcan relacionadas con los hechos en que se basa este escrito.

IV. Como diligencias que se deben practicar para la comprobación de los hechos que motivan el presente escrito, interesa al derecho de esta parte, sin perjuicio de proponer otras en el momento oportuno, y de aquellas que estime oportunas el Juez instructor, solicitar las siguientes:

1. Documental. - Se aportan los siguientes documentos, relativos a los mensajes mencionados por en su declaración, remitidos desde la línea 606..... titularidad de a la querellante y que forma parte del denunciado, como Conjunto documental número UNO.

(En caso de no estar protocolizados los textos de las conversaciones de Whatsapp)

COTEJO POR EL LAJ.- Solicitamos nos sea señalado día y hora para que por parte del Letrado de la Administración de Justicia se proceda al cotejo de todos los sms y mensajes de WhatsApp que constan en los dos terminales telefónicos de mi representada

1º.- Hasta 2015 inclusive un SONY (Xperia S,7), el cual, contiene mensajes de texto (SMS), procedentes del número 606 1....., desde 2013 hasta enero de 2016. Sólo conserva los mensajes de 2015 (y enero 2016).

2º.- Actualmente un HUAWEI, P8 lite (HUAWEI ALE-.....0, Versión de Android, 6.0), donde pueden encontrarse WhatsApp -diarios- procedentes del mismo número (606 1.....) durante todo el año 2016 y 2017; en este último año, hasta el pasado 10 de septiembre de 2017.

2. Interrogatorio del querellado/a

3. Testifical de

4. Reconocimiento por el médico forense de mi actual estado de salud, en comprobación de mi estado depresivo y de angustia, así como del tratamiento que sigo.

En virtud de todo lo anteriormente expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito, por el que se formula Querrela contra D./D^a, junto con los documentos que se acompañan, y los admita y tenga por promovida querrela criminal contra D./D^a, la admita a trámite, ordene las diligencias que se interesan en el presente escrito y se tomen las pertinentes medidas cautelares sobre la situación personal y sobre los bienes del querellado/a, a resultas de este proceso, así como aquellas otras que el Juzgado estime oportunas para la averiguación de los hechos en que se funda, disponga la detención y prisión del querellado/a o se exija (cuando proceda) fianza de libertad provisional por la cantidad de euros, para asegurar la restitución y reparación del daño y la indemnización por los perjuicios causados, y para el caso de que no se proceda al pago de la fianza, se decrete el embargo de los bienes suficientes para cubrirlos.

El Procurador

El Abogado

En a de de 200 ...