



FACULTAD DE DERECHO

MEDIOS DE PRUEBA A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Autor: M^a Teresa Villaverde Hernando
5^o E-3 D
Derecho Procesal

Tutor: Manuel Díaz Baños

Madrid
Junio 2020

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es realizar un breve estudio de la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico y, especialmente, en los procesos judiciales en España y en relación con los medios de prueba. Por otro lado, también se pretende analizar la casuística de los Tribunales al respecto y, valorar, la viabilidad de la admisión de nuevos medios de prueba digitales y la problemática que presenta.

La elección de este tema se ha debido, en primer lugar a que se trata de un tema de actualidad, puesto que al ser las nuevas tecnologías tan cambiantes, siempre podemos encontrar novedades al respecto. Además, también se ha debido a mi especial interés en cuanto al uso de *Big Data* en el Derecho, como futuro, aunque incierto, hacia el que nos encaminamos.

En cuanto a la metodología seguida para dar respuesta a los objetivos planteados, comenzamos haciendo un estudio de la situación actual del sector jurídico, en relación con el uso e implementación de nuevas tecnologías. Posteriormente, se plantea una exposición de la regulación y situación actual de los medios de prueba tanto tradicionales como digitales, para poder tener una base de conocimiento a la hora de exponer las distintas sentencias que reflejan la casuística de las pruebas digitales en nuestros Tribunales.

Por último, hemos concluido que dada la significativa influencia de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad, a pesar de la falta de preparación en muchas ocasiones para acogerlas adecuadamente, esta debe hacerse de todas formas para garantizar que se imparta justicia. Los medios de prueba digitales deben, por tanto, admitirse en nuestro sistema y su regulación facilitará la labor de los jueces que se enfrentan a ellas a diario, todo ello siempre respetando los derechos fundamentales, como presupuesto básico para usar las nuevas tecnologías en los procesos judiciales.

Palabras clave:

Medios de prueba, nuevas tecnologías, prueba digital, WhatsApp.

ABSTRACT

The purpose of this study is, on the one hand, to carry out a brief study of the influence of new technologies in the legal sector and, especially, in judicial processes in Spain and in relation to the means of proof. On the other hand, it also aims to analyze the case law of the Courts in this regard and to assess the viability of the admission of new sources of proof.

The choice of this subject has been made for various reasons. Firstly, it is a topical issue, due to the proper nature of new technologies. In addition, the choice was also due to my special interest in the use of Big Data in law, as the future, although uncertain, towards which we are heading.

As for the methodology followed to respond to the objectives set, we began by studying the current situation of the legal sector in relation to the use of new technologies. Secondly, we study the regulation and current situation of both traditional and digital means of evidence, in order to have a knowledge base to proceed with the study of the case law.

Finally, we have concluded that, given the significant influence of new technologies on our society, new digital means of evidence must be therefore admitted into our system and their regulation will probably help judges in their day to day work. All the while respecting fundamental rights, as a basic assumption for the use of new technologies in judicial proceedings.

Key words:

Sources of proof, new technologies, digital evidence, WhatsApp.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1	INTRODUCCIÓN	6
1.1	Objetivos	6
1.2	Metodología	7
1.3	Estado de la cuestión	8
1.3.1	<i>Importancia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico</i>	8
1.3.1.1	<i>Modernización de la Administración de Justicia española</i>	9
1.3.1.2	<i>Modernización del sector legar en general</i>	10
1.3.1.2.1	<i>LegalTech</i>	10
1.3.1.2.2	<i>Big Data e Inteligencia Artificial</i>	12
1.3.2	<i>Principales retos de la era digital a los que se enfrenta el sector legal</i>	13
1.4	Estructura	14
2	LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL	15
2.1	Definición de prueba	15
2.2	Distinción entre fuente y medio de prueba	16
2.3	Medios de prueba	17
2.3.1	<i>Interrogatorio de las partes</i>	18
2.3.2	<i>Prueba documental</i>	19
2.3.3	<i>Prueba pericial</i>	20
2.3.4	<i>Reconocimiento judicial</i>	21
2.3.5	<i>Interrogatorio de testigos</i>	21
2.3.6	<i>Reproducción de la palabra, el sonido o la imagen</i>	22
3	LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL	23
3.1	Definición de prueba digital	23
3.2	Medios de prueba digitales	24
3.3	Fuentes de prueba digitales	26
3.3.1	<i>Páginas web</i>	26
3.3.2	<i>Correo electrónico</i>	27
3.3.3	<i>Mensajería instantánea: especial referencia a WhatsApp</i>	28
3.3.4	<i>Redes sociales</i>	31
4	PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA DIGITAL	33
4.1	Aportación de la prueba	33
4.1.1	<i>Alterabilidad</i>	33
4.1.2	<i>Volatilidad</i>	34
4.2	Admisión de la prueba y colisión con derechos fundamentales	36
5	LOS JUECES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS BAJO UN PRISMA ÉTICO	38
6	CONCLUSIONES	41
7	BIBLIOGRAFÍA	43
7.1	Legislación	43
7.2	Jurisprudencia	43
7.3	Obras doctrinales	44
7.4	Recursos de internet	45

Abreviaturas

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CD	Compact Disk
CE	Constitución Española
COMPAS Sanctions	Correctional Offender Management Profiling for Alternative
COVID-19	coronavirus disease
HTML	HyperText Markup Language
IP	Internet Protocol
LawTech	Law Technology
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LegalTech	Legal Technology
RAE	Real Academia Española
SyRI	Sistema Indicativo de Riesgo
TIC	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
USB	Universal Serial Bus

1 INTRODUCCIÓN

En este apartado se van a presentar, en primer lugar, los objetivos que persigue el trabajo, así como la metodología utilizada para poder extraer las conclusiones que ayuden a dar respuesta a los objetivos planteados. Por otra parte, se presenta la introducción, entendida en sentido estricto, al tema elegido, a través del análisis de la importancia que las nuevas tecnologías están teniendo en el derecho y las amenazas que dicho avance puede representar. Por último, se muestra cuál va a ser la estructura del trabajo, para que el lector pueda tener una dimensión de conjunto del tema antes de entrar a profundizar en cada uno de los distintos apartados.

1.1 Objetivos

El objetivo de este trabajo es analizar el impacto que el avance de las nuevas tecnologías tiene en el seno de los procesos judiciales en España y, especialmente, en relación con los distintos medios de prueba de los que uno puede valerse para acreditar la existencia de determinados hechos en los procesos judiciales. También se pretende analizar la viabilidad de la adopción de nuevos medios de prueba dada la situación actual del sector, las limitaciones que existen y los retos a los que se enfrentan. A pesar de que el fenómeno de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (en lo sucesivo, TIC) surgió hace ya tiempo, los constantes avances en la materia hacen que debamos hacer una revisión continua de la adecuación, en este caso, de los medios de prueba admitidos para acreditar los hechos ocurridos en los distintos procesos.

A raíz de la reciente crisis de la *coronavirus disease* (en lo sucesivo, COVID-19), se ha puesto aún más de manifiesto la importancia que la tecnología tiene en nuestro día a día y, por tanto, la necesidad de que el mundo jurídico se adecúe a la realidad de las circunstancias en las que viven las personas cuya convivencia en sociedad se regula. Si bien es cierto que, a día de hoy, resulta imposible la idea de tramitar íntegramente un proceso por medios telemáticos, puede ser que llegue el día en el que esto se vuelva una realidad, donde tanto el envío y traslado de demandas como sus contestaciones, así como las vistas o juicios se puedan realizar sin necesidad de pisar un juzgado. De hecho, durante la crisis, la actividad de casi todos los juzgados se ha visto paralizada, incrementando aún más si cabe el atasco y la dilación en la resolución de los procesos que ya había antes de la pandemia. Esta situación nos ha hecho ver más que nunca cuán conectados y expuestos

estamos, y cómo, si no estamos suficientemente preparados, nuestra vida puede verse paralizada de un día para otro sin saber a ciencia cierta cuándo se podrá retomar, lo que no es viable para ningún país en el largo plazo. Es por ello que nuestros sistemas y procedimientos judiciales deben adaptarse y modernizarse y, nuestros medios de prueba en consonancia, también.

Es precisamente para lograr la conciliación entre el mundo real y el jurídico, que el mismo debe abrirse a otras disciplinas como puede ser la del *Legal Technology* (en lo sucesivo, *LegalTech*) o el *Big Data* que se tratarán más adelante, para lograr, por ejemplo, ahorrar costes no solo a los abogados sino también al personal al servicio de la Administración de Justicia y en los distintos juzgados. De igual forma, el mundo de las pruebas debe adaptarse a la realidad y a las nuevas formas de vida, facilitando paulatinamente la admisión de nuevos medios de prueba, si queremos que los procesos judiciales ganen tanto en eficiencia como en justicia.

Por último, es importante también tener en cuenta la incidencia que todos estos cambios tienen sobre los operadores del mundo jurídico. Principalmente para los jueces, que son aquellos encargados de tratar la prueba en el proceso, pero también del resto de profesiones jurídicas, que deben de igual forma enfrentarse a los retos de las nuevas tecnologías. En este sentido, es importante hacer una revisión de la ética y adaptar sus principios también a las nuevas circunstancias, para asegurar en todo momento que se garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos y se imparte verdadera justicia.

1.2 Metodología

En cuanto a la metodología a seguir en la elaboración de este trabajo, y con carácter previo a entrar en el estudio de los medios de prueba, debemos partir del conocimiento de la relación que actualmente existe entre las nuevas tecnologías y el mundo del derecho en general. Es importante conocer qué cambios se están produciendo y cuál va a ser el impacto real en el futuro de las profesiones jurídicas para poder valorar la situación en conjunto y que los juicios de valor que eventualmente se emitan, estén no solo fundados, sino también contextualizados.

Una vez analizada la importancia y la incidencia que las nuevas tecnologías tienen en el mundo jurídico, debemos pasar al análisis de las fuentes externas que fundarán el núcleo

del trabajo. Es decir, se trata de una recopilación de la información disponible para realizar un análisis tanto teórico como jurídico de la cuestión. Para ello utilizaremos tanto la normativa que sea de aplicación que esté vigente en España, como la jurisprudencia de los Tribunales, doctrina, libros, artículos y demás recursos disponibles que traten la materia de los medios de prueba y que permitan mostrar su situación actual.

Una vez que partimos de esa base, debemos hacer un repaso de la evolución de la admisión de distintos medios de prueba y del punto en el que nos encontramos actualmente, así como un análisis de la problemática existente. Todo ello se hará, principalmente, a través del estudio de la jurisprudencia de los Tribunales.

Por último, debemos tener en cuenta una vez hecho el análisis de la cuestión, qué problemas plantea la admisión de nuevos medios de prueba y el avance de las nuevas tecnologías en nuestro sistema, a través de una reflexión acerca de su viabilidad y de la verdadera preparación de nuestras instituciones y de los operadores jurídicos para acogerlos adecuadamente.

1.3 Estado de la cuestión

A continuación se va a mostrar la importancia que las nuevas tecnologías van teniendo cada vez más no solo en la Administración de Justicia española, sino también en el ámbito jurídico en general y cómo se apuesta en mayor medida por la digitalización de los procedimientos. De igual forma, se van a plantear los principales retos a los que se enfrenta el sector legal en el seno de la era digital, para poder calibrar al final de este trabajo si verdaderamente dichos retos son superables y, por tanto, si la modernización en el ámbito de los medios de prueba es o no viable u oportuna en nuestro país.

1.3.1 Importancia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico

Desde una perspectiva general del proceso judicial en España, no necesariamente centrándonos en la especialidad del ámbito de los medios de prueba, observamos cómo se han venido introduciendo paulatinamente distintos elementos digitales.

Uno de los principales aspectos positivos que la evolución al modelo digital ha tenido en los procesos judiciales, es el de la reducción de los tiempos. No solo por la mayor facilidad y rapidez en el envío y recepción de documentos, sino también por las ventajas

de la automatización de procesos manuales, que permiten una mayor eficiencia en el trabajo del personal al servicio de la Administración de Justicia¹. De igual forma, la implantación de un modelo digital ha facilitado también la economización del espacio, permitiendo un aprovechamiento más eficiente de las sedes judiciales y un menor caos a la hora de acceder a expedientes u organizar los mismos. En relación con esto último, también se gana en seguridad en cuanto a la mayor facilidad en el acceso a los datos y la posibilidad de recuperar los mismos si ocurriera algún imprevisto que pudiera hacer que se extraviaran algunos documentos.

1.3.1.1 Modernización de la Administración de Justicia española

Algunos ejemplos prácticos del impacto de la modernización de la Administración de Justicia en nuestro país, la podemos encontrar, por ejemplo, en la implantación del expediente judicial electrónico, o en la adopción de normas tales como la Ley 18/2011 reguladora del uso de las Nuevas Tecnologías en la actividad judicial². En relación a esta última, tal y como se establece en su exposición de motivos, su aprobación venía siendo necesaria dados algunos antecedentes normativos con los que ya podíamos encontrarnos. Principalmente, nos referimos a la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que posibilitó el uso de medios técnicos, electrónicos e informáticos en el ejercicio de la actividad de juzgados y tribunales o a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas y que, si bien no es plenamente aplicable a la Administración de Justicia, sí son adoptables sus principios y valores. Así las cosas, cabe destacar que la Ley 18/2011, no hace modificaciones de las leyes procesales con respecto al cómputo de plazos por ejemplo, sino que su objetivo es adecuar dichas normas para el caso de que aquellos actos que se regulen sean electrónicos y establecer, por tanto, los criterios que deban ser considerados para el cómputo de los mismos en esas circunstancias.

¹ De las Heras Muñoz, M., “El impacto de las nuevas tecnologías en la modernización de la administración de justicia”, *Universidad Autónoma de Madrid*, 2015 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=58505>; última consulta 27/04/2020).

² Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE 6 de julio de 2011).

Atendiendo a medidas más actuales, hace poco más de un año el Gobierno puso en marcha una serie de objetivos y programas estratégicos a adoptar para impulsar la modernización de la Administración de Justicia³. Entre las medidas propuestas, podemos observar aquella que se refiere a la modernización de los equipos, a través de la sustitución de los mismos, la transformación digital de las salas de vistas para renovar los sistemas de grabación, o la implantación de sistemas que permiten textualizar las declaraciones, subtitulando las imágenes automáticamente. Además, también se van a introducir nuevas aplicaciones que permitan anonimizar los datos de los documentos judiciales electrónicos de forma automática para otorgar una mayor protección de la intimidad de los individuos. Se va a incrementar el tipo de escritos que pueden presentarse a través de la Sede Judicial Electrónica y se va a crear un almacén electrónico judicial en la nube para los abogados y procuradores, operadores que, a través del Escritorio para Profesionales, podrán tener acceso remoto a los expedientes judiciales.

1.3.1.2 Modernización del sector legar en general

Por otra parte, avanzando hacia una perspectiva aún más general que no se centre específicamente en la modernización de la Administración de Justicia española, es también interesante observar los cambios que disciplinas modernas como el *LegalTech* o el *Big Data* a los que nos referíamos anteriormente, o incluso la inteligencia artificial, han venido y siguen produciendo en el sector legal.

1.3.1.2.1 LegalTech

Se podría decir que el fenómeno del *LegalTech* nació hacia 1979, cuando la compañía norteamericana LexisNexis lanzó UBIQ, el primer terminal que contaba con un automarcador telefónico que permitía conectarse con las bases de datos de leyes y jurisprudencia de algunas bibliotecas de Estados Unidos.

Cuarenta años después, el mundo del *LegalTech* ha experimentado una gran evolución, hasta poder llegar a definirlo como el uso de tecnología en la prestación de servicios legales. Parece una definición muy simple, sin embargo, su implementación puede

³ Consejo de Ministros, Gobierno de España, “Estrategia de Modernización de la Justicia”, 2019 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/120419-enlaceestjusticia.aspx>; última consulta 28/04/2020).

conllevar importantes ventajas, pues es una gran fuente de ahorro en costes y de aumento de la eficiencia.

Este uso de la tecnología al que nos referimos, puede emplearse para crear software que disminuya la necesidad de tener que acudir al sector jurídico presencialmente, para ahorrar en el tiempo que los profesionales jurídicos invierten en sus gestiones o para facilitar la conexión entre los profesionales entre sí, o de estos con sus potenciales clientes. En este sentido, Richard Susskind ha publicado numerosos libros acerca del futuro de la profesión de abogado y sobre la aparición de las que él denomina *online courts*⁴. En relación con esto último, pretende mostrar cómo la tecnología va a transformar cómo se llevan a cabo los procesos judiciales. Se trata de tribunales en línea en los que, si bien intervienen jueces humanos, su procedimiento se lleva a cabo de manera no presencial. Sin embargo, deja la puerta abierta a que, en un futuro, las decisiones de los tribunales puedan incluso llegar a ser tomadas por sistemas basados en la inteligencia artificial. Todo lo anterior resulta muy relevante para nuestro caso puesto que, en función de cómo evolucione la forma en la que se vayan a desarrollar los procesos judiciales, se deberán adaptar también los distintos medios de prueba de que las partes puedan valerse.

Sin embargo, en la actualidad y sobre todo en el mundo anglosajón, se ha considerado que el concepto de *LegalTech* puede resultar algo anticuado y que, hoy en día, sería más propio hablar de *LawTech*. Este nuevo concepto, iría un paso más allá, pues se centra más en tratar de sustituir la labor de los abogados, por ejemplo a través de auto servicios legales, que en ser una herramienta que los asista y que ayude a realizar su labor de una forma más eficiente⁵. A pesar de ello, muchos autores como Richard Trommans consideran que el término adecuado y que debe seguir utilizándose para hablar de la tecnología dentro del sector legal es el de *LegalTech*, puesto que el término *Law de LawTech* se refiere a la práctica del Derecho o aplicación de la Ley y, por tanto, no llega a abarcar la totalidad del concepto de la industria legal.

⁴ Susskind, R., *Online courts and the future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 143.

⁵ Barrio Andrés, M., *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, La Ley, Madrid, 2019, p. 63.

En España, aquellos servicios en los que está más especializada la industria del *LegalTech* son por ejemplo, plataformas para generar contratos online o para facilitar el encuentro de clientes con abogados, servicios para plantear reclamaciones online o servicios para recopilar o generar evidencias digitales⁶. En relación con esto último, existen diversas páginas que ofrecen distintos servicios como puede ser la de prestar servicios de confianza. En este sentido, se ofrece la posibilidad de realizar firmas o identificación electrónicas, comunicaciones fehacientes o certificación y custodia electrónica de eventos o documentos. Asimismo, también se ofrece el servicio de encriptado de documentos, para poder asegurar su protección e integridad durante todos los procesos a los que deba ser sometido como puede ser su envío o su almacenamiento en la nube.

1.3.1.2.2 Big Data e Inteligencia Artificial

En cuanto al uso de *Big Data*, lo primero que debemos hacer es definir a grandes rasgos cuál es el concepto que vamos a tratar. *Big Data* se refiere al tratamiento masivo de datos, no solo en cantidad sino también en variedad, que permite extraer conclusiones tales que facilitan la toma de decisiones⁷.

En cuanto a la inteligencia artificial, se refiere a la capacidad que tiene una máquina de procesar información de manera similar a la que lo haría un ser humano, pero en base a unos algoritmos. En el ámbito del Derecho, una de las grandes utilidades que este tipo de tecnología tiene, se refiere a la posibilidad de que, dada una serie de documentación y jurisprudencia de un caso, se ofrezca una solución jurídica. Esto se debe a que las máquinas pueden “aprender” y, por tanto, pueden procesar grandes cantidades de texto de sentencias, por ejemplo, y extraer conclusiones tales que, cuando se han cumplido determinadas circunstancias en un caso, el fallo la mayoría de las veces es este. Esto es lo que se conoce como *Machine Learning*, que las máquinas aprendan a extraer conclusiones y, con ellas, llegar a soluciones razonadas basadas en precedentes existentes. Por lo anterior, podemos deducir que esta rama busca más la sustitución de tareas de los operadores jurídicos, que el apoyo a los mismos a través de distintas

⁶ Morell Ramos, J., “¿Cuál es la situación de la Legaltech en España?”, *The Valley*, 2019 (disponible en <https://thevalley.es/blog/legaltech-espanola-2019/>; última consulta 29/04/2020).

⁷ Barranco Fragoso, R., “¿Qué es Big Data?”, *IBM Developer*, 2012 (disponible en <https://developer.ibm.com/es/articulos/que-es-big-data/>; última consulta 29/04/2020).

herramientas, aunque a día de hoy esto aún no sea así. En este sentido, esta disciplina se acerca más al concepto de *LawTech* del que hablábamos anteriormente, con todas las reticencias que ello puede generar dada la posible consecuencia de la desaparición de ciertos puestos de trabajo. En este caso, si se pudiera llegar a facilitar de tal manera la labor de los jueces en el examen de la documentación de los casos, podría dar lugar a un cambio sustancial en la regulación de la prueba, como elemento fundamental a la hora de efectuar un pronunciamiento.

Por otro lado, también se puede usar la inteligencia artificial para mejorar la búsqueda de jurisprudencia en bases de datos. Por ejemplo, se puede permitir que el usuario realice directamente preguntas al sistema y que éste entienda el contexto de la frase a buscar. En este sentido, se facilita la tarea de búsqueda, puesto que ya no es tan imprescindible hallar la palabra perfecta para poder obtener la información precisa que requieres.

1.3.2 Principales retos de la era digital a los que se enfrenta el sector legal

Uno de los principales retos a los que nos enfrentamos a la hora de introducir nuevas tecnologías en los procesos judiciales es el de la seguridad. En este sentido, seguridad puede referirse a distintos aspectos, no como hablábamos anteriormente acerca de la accesibilidad o certeza en la recuperación de documentos, sino en cuanto a la protección de los datos y derechos de las partes o la posibilidad de asegurar la legalidad o integridad de las pruebas y su adecuado tratamiento y conservación.

Por otro lado, otro de los grandes retos que nos encontramos a la hora de enfrentar el avance tecnológico, es el de la “brecha digital”. En este sentido, todavía no existen muchos juristas expertos en Derecho digital⁸. Además, es una materia que obliga a un estudio constante, a reinventarse y adaptarse asiduamente, con los costes que eso conlleva.

Asimismo, el avance tecnológico conlleva la aparición de nuevos tipos delictivos o formas de celebrar contratos, lo que puede dar lugar a la necesidad de adaptar los medios de prueba existentes para acreditar la existencia o condiciones de los mismos.

⁸ Redacción Noticias Jurídicas, “Los 10 puntos críticos del Derecho en la era digital”, *Noticias Jurídicas*, 2015 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10724-los-10-puntos-criticos-del-derecho-en-la-era-digital/>; última consulta 29/04/2020).

También, debemos tener en cuenta que, tal y como ya comentábamos, el uso de la inteligencia artificial en el derecho puede suponer la desaparición de determinados puestos de trabajo o, desde luego, la reinención de los mismos. En este sentido, es también importante destacar que el lenguaje humano es difícil de procesar y que, por tanto, puede hacernos dudar acerca de la fiabilidad de los resultados obtenidos a través del *Machine Learning*. Además, puede ocurrir que los datos que se hayan usado como base para realizar el aprendizaje sean erróneos. Esto supondría que las conclusiones a las que hubiera llegado el programa, serían totalmente inadecuadas e inservibles.

Por último, hay que tener en cuenta que a pesar de este nuevo contexto en el que nos encontramos, las reglas deontológicas deben seguir siendo cumplidas. Es por ello que habrá ciertos aspectos en los que debemos extremar las precauciones, ya sea en la observancia del secreto profesional o en la confidencialidad de los datos transmitidos entre cliente y letrado. De igual forma, deberá tenerse cuidado con el uso que se haga de las redes sociales, así como de las cookies de las páginas web de los distintos abogados.

1.4 Estructura

El presente trabajo se divide en tres partes fundamentales; en primer lugar la introducción incluye la exposición de los objetivos que se pretenden conseguir con la realización del mismo, así como el proceso o metodología que se va a seguir para lograrlos. Además, incluye el apartado dedicado al estado de la cuestión, que muestra a través de distintos datos la importancia del sector tecnológico en el ámbito legal que es objeto de nuestro estudio.

La segunda parte del trabajo se centra en la revisión de la literatura o marco teórico, que incluye una aproximación sobre el tema que se trata, a través de definiciones y análisis de la evolución y situación actual de la cuestión. Primero partimos del estudio de los medios de prueba que tradicionalmente se han venido admitiendo en España, para después pasar a analizar los nuevos medios de prueba o medios de prueba digitales que cada vez cobran más importancia en los procesos.

Por último, se tratará la problemática que el avance de las nuevas tecnologías en el sector legal conlleva y se hará una reflexión sobre las implicaciones éticas que traen consigo los retos a los que estos cambios nos enfrentan.

2 LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

A continuación se va a realizar una introducción al concepto de prueba que existe en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, dentro del ámbito del proceso civil.

El presente apartado tiene como objetivo definir lo que es la prueba, delimitar el contenido de lo que se entiende por medio de prueba, separándolo de otros conceptos que pueden ser afines como el de las fuentes de prueba y, por último, presentar aquellos medios de prueba que tradicionalmente se han venido aceptando en España.

2.1 Definición de prueba

Según el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española (en lo sucesivo, RAE), se puede definir la prueba como la “*actuación procesal de parte, a través de los medios regulados en la norma procesal, por la que se intenta acreditar los hechos que invoca como fundamento de su pretensión, con el propósito de acreditar al tribunal su certeza probatoria*”⁹.

En cuanto a la definición que nuestro legislador hace de lo que se entiende por objeto de prueba, podemos encontrarla en el artículo (en lo sucesivo, art.) 281.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰ (en lo sucesivo, LEC). Dicho artículo establece, de forma general, que “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”.

Ahora bien, el mismo art. 281 LEC¹¹, también realiza una breve delimitación de qué debe y qué se excluye de ser probado en nuestro ordenamiento. Así, aquellos hechos sobre los

⁹ Real Academia Española, “Prueba”, *Diccionario del Español Jurídico*, 2020 (disponible en <https://dej.rae.es/lema/prueba>; última consulta 30/04/2020).

¹⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

¹¹ **Artículo 281 LEC. Objeto y necesidad de la prueba.**

1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso.

2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes.

4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

que las partes estén de acuerdo y, por tanto, no exista controversia, estarán exentos de prueba, así como aquellos hechos que se definen como “notorios”¹² y que son los que se tienen por ciertos por ser generalmente considerados como tal por la mayoría de la población, en el lugar y época en el que se desarrolle el proceso.

En cuanto a las normas jurídicas, éstas, en principio, no deben ser probadas atendiendo al principio de *iura novit curia* (los Tribunales conocen el Derecho), salvo en lo referente a aquellas normas que no estuvieran publicadas en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma que corresponda. En cuanto a la costumbre, se establece que ésta sí debe ser probada, al igual que ocurre con el Derecho extranjero, si bien de forma excepcional, en caso de que las partes no puedan acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, se podrá aplicar el Derecho español.

Por último, debemos hablar también de las presunciones. Esto se da cuando se deduce la veracidad de un hecho (hecho presunto), de otro cuya certeza ya ha quedado demostrada en el proceso por cualquiera de las demás vías admitidas (hecho base o indicios), a través de una conexión directa y precisa entre ambos. Las presunciones pueden ser bien legales, cuando el enlace viene establecido en un precepto legal, en cuyo caso estaremos ante presunciones tanto *iuris tantum* (que sí admiten prueba en contrario) como *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contrario) o bien judiciales, si el enlace lo fija el Juez en el caso concreto, en cuyo caso la presunción será siempre *iuris tantum*.

2.2 Distinción entre fuente y medio de prueba

Con carácter general, podríamos decir que una de las principales diferencias entre las fuentes y los medios de prueba es que, mientras las primeras se sitúan en un plano extrajudicial, los medios de prueba se sitúan en el terreno del proceso¹³.

¹² Es importante diferenciar lo que se entiende por hechos notorios y por conocimiento privado del Juez, pues, atendiendo al principio dispositivo, esa forma de acreditar un hecho puede generar indefensión para la parte que no ha podido pronunciarse al respecto. Que el Juez por su propia cultura o formación, conozca de la existencia de un hecho, no lo convierte automáticamente en notorio y no podrá usarse para fundamentar un fallo si la parte a quién beneficia no lo alegó oportunamente en el proceso. De no ser así, podríamos estar ante un caso de error judicial, tal y como ocurrió en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 644/2003, de 19 de junio de 2003.

¹³ Meneses Pacheco, C., “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et praxis*, vol. 14, n. 2, 2008, p. 50.

Tal y como establece Santiago SENTÍS MELENDO, las fuentes de prueba son “los elementos que existen en la realidad”, mientras que los medios de prueba son “la actividad para incorporarlos al proceso”¹⁴. Es decir, las fuentes de prueba son algo que ocurre fuera y con anterioridad al proceso y cuya existencia se da con independencia de que se inicie o no dicho proceso, mientras que los medios de prueba son la forma en la que se permite incorporar al proceso dichos hechos.

En la misma línea se pronuncia Juan MONTERO AROCA que establece que el medio de prueba es, en fin, la “actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso”¹⁵.

Como ejemplo, para comprender la distinción desde una perspectiva más práctica, podríamos decir que en el caso de una prueba testifical, el testigo con sus conocimientos de los hechos sería la fuente de prueba, mientras que la declaración judicial de éste, sería el medio o la forma de incorporar dicho conocimiento al proceso en cuestión.

2.3 Medios de prueba

Según el art. 299 LEC, los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento jurídico y de los que, por tanto, se puede hacer uso en juicio son; el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos, así como aquellos medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. Estos últimos medios de prueba que están recogidos en el apartado segundo del mencionado artículo y son lo que podríamos denominar los nuevos medios de prueba o prueba instrumental, mientras que los demás recogidos en el apartado primero, son los clásicos o tradicionales. Además, el apartado tercero del mencionado artículo, recoge también la posibilidad de que exista y se use cualquier otro medio no expresamente previsto en la norma pero del que pueda obtenerse certeza sobre los hechos.

Para la elaboración del siguiente apartado, además de lo establecido en la LEC, se tomarán como referencia, entre otras, las consideraciones que sobre los medios de prueba

¹⁴ Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 141-144.

¹⁵ Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, p. 138.

hace Julio BANACLOCHE PALAO¹⁶. Todo ello para poder hacer las puntualizaciones que, sobre cada uno de los mencionados medios de prueba, resulten más relevantes.

De forma general, cabe decir que la idoneidad del uso de un determinado medio de prueba u otro, vendrá dado por la naturaleza del hecho que queramos probar y sus circunstancias, siempre en relación con la pretensión que se quiera ejercitar. Además, todos los medios de prueba deberán ser propuestos formalmente a instancia de parte, en el momento oportuno y su práctica se llevará a cabo, generalmente, en el orden previsto en el art. 300 LEC.

Los distintos medios de prueba que a continuación se van a tratar, pueden clasificarse en medios de prueba personales o reales, en función de si su fuente de prueba es una persona o una cosa. Dentro de los primeros encontraríamos el interrogatorio de parte y de testigos así como el dictamen de peritos y, en los segundos, estarían la prueba documental, la instrumental y el reconocimiento judicial.

2.3.1 *Interrogatorio de las partes*

Se trata de un medio de prueba por el que se pretende acreditar un hecho en el que ha participado la parte contraria, a través de su interrogatorio ante el Juez.

Una de las principales particularidades de este medio de prueba, es que no se exige que la contraparte haga juramento de decir la verdad, lo que puede llevar a distintos problemas en el ámbito de la valoración de la prueba. Ahora bien, sí que existe la obligación, para el citado a declarar, de comparecer y contestar sin evasivas a las preguntas que se le formulen. En caso contrario, se le podría tener por conforme con los hechos contenidos en ellas, a través de la llamada *ficta confessio*.

El objeto del interrogatorio, según establece el art. 301.1 LEC, serán los hechos o circunstancias personales de los que tenga noticia el declarante y que resulten relevantes. Es decir, que guardan relación con el objeto del juicio.

¹⁶ Banacloche Palao, J., Cubillo López. IJ., *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil*, La Ley, Madrid, 2018, pp. 317 – 340.

Con respecto a la valoración de este tipo de prueba, se tendrán por ciertas las respuestas que perjudiquen al declarante, salvo que sean contradichas por otros medios de prueba, y las respuestas que le beneficien, serán valoradas libremente por el Tribunal¹⁷.

2.3.2 *Prueba documental*

Dentro de este tipo de medio de prueba podemos encontrar tanto documentos públicos como privados. Los primeros son, según el art. 1216 de nuestro Código Civil (en adelante, CC) “los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Es decir, aquellos elaborados por un fedatario público tales que Notarios, Registradores, Letrados de la Administración de Justicia o funcionarios con facultad para dar fe pública. Los segundos, por el contrario, son elaborados por un sujeto particular.

Dicha prueba debe aportarse por las partes bien en la demanda o en su contestación, salvo algunos supuestos excepcionales en los que se permite una aportación posterior. En caso de tratarse de documentos que obren en poder de la contraparte, podrá solicitarse la exhibición de los mismos.

Además, el art. 427.1 LEC establece que, en la audiencia previa, las partes deberán pronunciarse sobre los documentos que se hayan aportado de contrario, manifestando si los mismos se admiten, impugnan, reconocen o si se propone prueba acerca de su autenticidad.

En relación con la valoración de este tipo de prueba, el documento público hace prueba plena salvo si se ataca el documento por falsedad o manipulación y en cuanto al documento privado, adquiere la misma eficacia probatoria que el documento público, cuando su autenticidad no es impugnada por la otra parte. Ahora bien, es importante señalar con respecto a este extremo, que el concepto de “prueba plena” al que se refiere

¹⁷ Con respecto a este extremo, cabe destacar que la valoración, por parte del Tribunal, del interrogatorio de las partes, debe hacerse de forma conjunta con el resto de las pruebas, atendiendo a las distintas circunstancias del caso, inducidas de los diferentes medios de prueba presentes en el proceso. Esto no quiere decir que deba hacerse mención de todas las pruebas practicadas en el fallo, sino que, el mismo, debe obtenerse de la valoración conjunta de todas ellas, pues deben haber ayudado a formular la conclusión jurídica del Tribunal. Entre otras; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 64/2010, de 23 de febrero de 2010.

el art. 326.1 LEC con respecto a los documentos privados no significa que la prueba no deba ser valorada por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, ello solo hace referencia a la autenticidad o veracidad de los documentos aportados, pero no exime al juzgador de la labor de valorar su contenido, también en relación con el resto de pruebas aportadas. En cuanto a lo establecido para los documentos públicos, debemos recordar también que con independencia de la autenticidad de los mismos, es posible que su contenido no se adecúe al del negocio jurídico que pretende documentar, lo que podría afectar a la veracidad de dicho contenido y, por tanto, también al concepto de prueba plena.

2.3.3 *Prueba pericial*

En este caso, para poder acreditar la veracidad de un hecho, se necesita la opinión o dictamen de una persona experta en la materia de que se trate, pues el Juez no tiene elementos suficientes para determinar la certeza o no de un hecho alegado. Todo ello con el fin de que el perito aporte al proceso sus “conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos” tal y como establece el art. 335.1 LEC.

Con la anterior regulación de la LEC de 1881, solo el Tribunal podía solicitar que se elaborara un dictamen pericial. Con la nueva regulación sin embargo, este extremo cambió por completo, hasta el punto de que el Juez tiene vedada la solicitud de dictámenes, salvo en determinados casos específicos recogidos en la ley por causa de interés público. Son ahora las partes las que solicitan esta prueba, bien aportando sus propios dictámenes (a sabiendas de que pueden ser objeto de *tacha* por la otra parte), o bien solicitando al Juez que se designe un perito de oficio, el cual podrá ser recusado si concurre causa para hacerlo. La *tacha* se formulará cuando la contraparte tenga dudas razonables sobre la verdadera imparcialidad del perito propuesto. No invalida el dictamen elaborado, pero el Juez la tendrá en cuenta a la hora de realizar la valoración de la prueba, con las posibles consecuencias que ello pueda derivar.

En cuanto a los deberes principales del perito, este debe emitir el dictamen, comparecer en el acto del juicio o vista para, por ejemplo, ratificarse sobre su informe o contestar a las preguntas que sean oportunas y actuar con imparcialidad, pues de lo contrario podrá

ser objeto de *tacha* o recusación según ya se ha expuesto. La valoración de este tipo de prueba por parte del Juez será libre.

2.3.4 *Reconocimiento judicial*

Este medio de prueba es aquel por el que se pretende probar la veracidad de un hecho solicitando al Juez que sea él mismo quien valore el estado de la cosa, lugar o persona sobre la que se refiera. Su uso suele darse mayoritariamente en procesos de incapacitación, en los que se debe valorar el estado de la persona interviniente.

Se levantará acta del reconocimiento y además se grabará el acto, pudiendo pedir las partes una copia del mismo. La valoración de este tipo de medio de prueba por el Tribunal es completamente libre.

2.3.5 *Interrogatorio de testigos*

Este medio de prueba tiene por objeto acreditar la veracidad de un hecho, a través de la declaración de un tercero que ha tenido conocimiento del mismo a través de alguno de sus sentidos.

Las obligaciones de los testigos son triples; deben comparecer, declarar y decir la verdad. Con respecto a la primera, en caso de no comparecer, se podrían enfrentar a una sanción económica o incluso penal por desobediencia. Con respecto a la obligación de decir la verdad, a diferencia de los que ocurría en el interrogatorio de parte, en caso de incumplimiento del juramento de decir la verdad por parte de un testigo, podría incurrir en un delito de falso testimonio.

Con respecto a las *tachas* que se les puede hacer a los testigos, habrá que tener en cuenta, con carácter previo a la práctica del interrogatorio, qué tipo de relación tienen con las partes o con el mismo proceso, para lo que se les hace una serie de preguntas generales de la Ley. Todo ello a fin de condicionar, no la validez de su declaración, sino para ser tenidas en cuenta por el Tribunal a la hora de hacer la valoración de la prueba (que es libre) al igual que ocurría con las *tachas* de los peritos.

Por último, cabe destacar que a pesar de que un testigo sea presentado por una de las partes, una vez admitida e iniciada la práctica de la prueba, opera el principio de

adquisición procesal, por el que el testigo podrá ser interrogado por la parte no proponente e incluso por el Juez.

2.3.6 *Reproducción de la palabra, el sonido o la imagen*

Una vez vistos los medios de prueba que podríamos considerar más clásicos, o que tradicionalmente se han venido utilizando y regulando en nuestro país, pasamos a tratar aquellos medios de prueba que, si bien se incluyen en nuestra actual LEC desde su redacción original, se introdujeron como novedad en el año 2000, por lo que muchos los han bautizado como los “nuevos medios de prueba” o medios de prueba “modernos”. Se podrían definir, por tanto, como aquellos medios que no aparecen regulados en las antiguas leyes de enjuiciamiento o aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de promulgarse dichas leyes y que son fruto de los avances científicos o tecnológicos¹⁸.

En este tipo de prueba, a la que también podemos llamar prueba instrumental, la veracidad de los hechos que se pretende demostrar se hace con la presentación de medios técnicos que permiten recoger lo sucedido, como pueden ser cintas, vídeos, USB, etc. En aquellos casos en los que sea posible, por tratarse de medios que reproduzcan palabras, además deberá acompañarse una transcripción del texto.

Uno de los principales problemas que plantean este tipo de medios de prueba, es el de la veracidad y autenticidad de los mismos. Es por ello que el art. 382.2 LEC, permite que se solicite el examen por parte de un perito, de la prueba propuesta, a fin de determinar si existe algún tipo de manipulación o falsedad en el soporte presentado.

La valoración de este tipo de prueba también es totalmente libre por parte del Tribunal, si bien en ocasiones y dada la poca confianza que muchas veces se tiene en este tipo de medios de prueba, su fuerza de convicción dependerá de que su contenido se pueda ver respaldado por algún otro de los medios de prueba propuestos o de su falta de impugnación.

¹⁸ Gómez del Castillo, MM., “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento*, n. 1, 2001, p. 77.

3 LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

A día de hoy, podríamos decir que el mayor reflejo de la influencia que las nuevas tecnologías tienen en los medios de prueba, podemos encontrarlo en las que se denominan pruebas digitales o electrónicas que son el principal objeto de estudio de este trabajo.

En el presente apartado, se va a tratar de definir en primer lugar qué es una prueba digital, para poder comprender más adelante cómo ésta, o a través de qué medios, se incorpora al proceso judicial.

Después, se va a hacer una exposición de las principales fuentes de prueba digitales con las que podemos contar hoy en día ya que cada vez tienen más importancia en el proceso judicial, dado el uso cada vez más intenso de las mismas en nuestra vida cotidiana y que presentan ciertas especialidades con respecto a las pruebas tradicionales.

3.1 Definición de prueba digital

No existe hasta la fecha ninguna norma en nuestro país que defina, con carácter general, lo que se entiende por prueba digital o electrónica. En este sentido, cabe destacar la definición que al respecto propone Federico BUENO DE MATA, que establece que se trata de “cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material que depende de un hardware, la parte física y visible de la prueba para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un Smartphone o una memoria USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas”¹⁹.

Por otro lado, podríamos decir que existen dos modalidades básicas de prueba electrónica, de un lado aquellos datos que se encuentran almacenados en sistemas o aparatos informáticos y de otro, la información que se transmite electrónicamente a través de las redes de comunicación.

Asimismo, es interesante considerar cuáles son las principales características de este tipo de pruebas, a fin de diferenciarlas de las pruebas tradicionales. En primer lugar, se trata

¹⁹ Bueno de Mata, F., *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130.

de pruebas de tipo intangible, puesto que su formato es electrónico y no físico. Además, son en muchos casos evidencias volátiles o destruibles, puesto que son fácilmente accesibles y también, por tanto, manipulables. Por último, se trata de pruebas que en ocasiones pueden resultar muy intrusivas, puesto que su recogida puede afectar a derechos y libertades fundamentales de las personas tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos de carácter personal que se tratarán en un apartado específico más adelante.

3.2 Medios de prueba digitales

La forma de incorporación de este tipo de pruebas al proceso, se realiza haciendo uso de los medios de prueba que recoge el art 299 LEC. Su tratamiento procesal es el establecido para esos medios de prueba, con independencia de su formato electrónico y de que las especialidades que puedan presentar sus fuentes de prueba hagan aparecer una serie de problemas con respecto a su aportación, admisión o valoración en el proceso.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal, no existe, como decíamos, un procedimiento probatorio particular para valorar la prueba electrónica. Ello significa que serán de aplicación las normas que se refieren a los llamados medios probatorios análogos. Por tanto, a la prueba electrónica le serán aplicables las reglas procesales generales sobre los medios de prueba que ya se han tratado.

Los medios de prueba más usados a la hora de incorporar este tipo de pruebas al proceso son; los documentos, el reconocimiento judicial, y los informes periciales.

Con respecto a la prueba documental, puede tratarse de un documento tanto público como privado. Esto puede ser así, bien porque se firme electrónicamente por un fedatario público o bien porque, siendo un documento privado, se acompañe de un acta Notarial que puede acreditar, o no, el contenido del mismo, dependiendo del tipo de acta que se levante y de si el Notario hace la cibernavegación oportuna para confirmar dicho contenido. En el caso del documento privado, para la aportación de pruebas digitales en soporte papel, se puede simplemente recurrir a la impresión de la información contenida en ellas, por ejemplo, a salvo de las impugnaciones que la contraparte decida iniciar.

En cuanto al reconocimiento judicial, cabe también que se acredite la información contenida en un soporte electrónico a través de la constatación directa del contenido por el propio Tribunal. Esta se puede llevar a cabo bien en sede del tribunal, bien en el lugar en el que se halle el soporte electrónico y podrá contar con la asistencia de una persona técnica en la materia, todo ello garantizando el respeto de los derechos fundamentales.

En el caso de la prueba pericial, esta está estrechamente ligada con la incorporación de fuentes de prueba digitales al proceso. Esto es así puesto que es una forma de acreditar que el contenido de la misma no ha sido manipulado y poder probar la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El dictamen pericial podrá acompañarse como elemento autónomo, como auxiliar de la prueba presentada, o bien como medio para frenar posibles impugnaciones de la prueba presentadas. Con respecto a esto último, debemos destacar que salvo que la prueba sea impugnada por la otra parte, no es necesario acreditar la autenticidad o integridad del contenido de la prueba aportada. En caso contrario, sin embargo, el Tribunal Supremo parece venir exigiendo que se aporten pruebas periciales para poder admitir una prueba tecnológica. De hecho, para poder establecer su autenticidad indudable, el análisis pericial debe validar la cadena de custodia de los documentos digitales aportados según los procesos recogidos en la norma ISO/IEC 27037²⁰ que regula qué pasos se deben seguir para poder determinar que la mencionada cadena de custodia no ha sufrido ninguna alteración²¹.

Por último, también se pueden incorporar al proceso las pruebas en un soporte electrónico, aplicándose entonces las reglas contenidas en los artículos 382 y 384 LEC. Tanto es así, que con carácter general será preferible la aportación de pruebas digitales en este soporte, siempre que sea posible. De esta forma, podríamos aportar soportes tipo CD o USB que contengan la información de la que se pretende hacer uso en el proceso.

²⁰ Norma ISO/IEC 27037:2012 “Information technology – Security techniques – guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence”. Recoge tres procesos básicos: identificación física y lógica de la prueba, recolección de la prueba y conservación para garantizar su originalidad.

²¹ Herranz Martín, FJ., “La prueba electrónica: su uso procesal”, *LegalToday*, 2019 (disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-prueba-electronica-su-uso-procesal>; última consulta 01/06/2020).

3.3 Fuentes de prueba digitales

A continuación, se van a tratar las distintas fuentes de prueba digitales con las que podemos encontrarnos. Como ejemplos a comentar se han seleccionado las páginas web, el correo electrónico, servicios de mensajería instantánea y redes sociales, que son los que considero más relevantes.

Resulta interesante conocer las características propias de cada una de estas fuentes de prueba, puesto que son precisamente estas diferencias con las fuentes de prueba tradicionales, las que conforman su especialidad en la incorporación al proceso y las que pueden llevar a generar distintos problemas que se tratarán más adelante.

3.3.1 Páginas web

Se podría definir la página web como el “*documento electrónico que puede contener cualquier tipo de contenido (texto, sonido, vídeo, programas, enlaces, imágenes, etc.), desarrollado mediante un lenguaje de programación, generalmente el HTML, y que puede ser interpretado por un navegador*”²². Se trata, por tanto, de un documento fácilmente accesible desde cualquier navegador con acceso a internet y en el que pueden concurrir al mismo tiempo un número inimaginable de personas.

Dentro de los tipos más comunes de página web, podemos encontrar las que son dinámicas, es decir, aquellas en las que los usuarios pueden colaborar en el contenido, como sería el caso por ejemplo, de blogs o foros. Por el contrario, encontramos las páginas de tipo estático, que son aquellas en las que el contenido no puede ser modificado por el usuario, no hay interacción y la información que aparece en ella es permanente. Por último, existen también tiendas online en las que los usuarios pueden adquirir distintos productos o los buscadores, que son aquellas páginas en las que el usuario puede buscar contenido sobre diversos temas de su interés.

Con respecto al uso de páginas web como fuente de prueba en el seno de un proceso judicial, cabe destacar la importante labor complementaria que desarrollan profesionales como los Notarios o peritos en estos casos. Esto es así puesto que, de un lado, los Notarios

²² Real Academia Española, “página web”, *Diccionario del Español Jurídico*, 2020 (disponible en <https://dej.rae.es/lema/p%C3%A1gina-web> última consulta 02/06/2020).

pueden dar fe de la existencia de un determinado contenido en una página web, por ejemplo, cómo se presenta dicho contenido, su acceso a través de un enlace, los códigos que incorpora, etc. y de otro, los peritos pueden determinar si dicha página ha sufrido alteraciones, si el código incorporado presenta algún error o si los archivos descargados se han modificado maliciosamente. De esta forma, los Notarios pueden constatar la existencia y forma de presentación de determinados hechos y los peritos pueden valorarlos, atendiendo a sus conocimientos técnicos en la materia.

3.3.2 *Correo electrónico*

El correo electrónico es uno de los medios de comunicación escrita electrónica cuyo uso es más habitual hoy en día. Sirve para enviar todo tipo de archivos incluso a varios destinatarios al mismo tiempo y, sobre todo, es el medio de comunicación más frecuente en el seno de las relaciones laborales.

Al igual que ocurría con las páginas web, podríamos considerar el correo electrónico como un documento electrónico. Siendo así, resulta interesante la definición de documento electrónico que propone el Real Decreto que regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad, “información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”²³.

Asimismo, en esa misma norma, se establecen los requisitos que debe tener un documento electrónico, enviado por medios electrónicos, para que se considere como válido, este debe:

- a). "Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.
- b). Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.
- c). Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.

²³ Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (BOE 29 de enero de 2010).

- d). Incorporar los metadatos mínimos exigidos.
- e). Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable."²⁴

Por todo ello, podemos decir que un correo electrónico tendrá la consideración de prueba documental pero, para evitar que la misma sea impugnada, habrá que adoptar las medidas necesarias para garantizar su autenticidad. Así, existen distintas empresas de certificación electrónica cuyo trabajo es demostrar y acreditar la transmisión y contenido de dichos correos.

Como ejemplos de los mecanismos a los que podemos recurrir para evitar la impugnación de este tipo de prueba, podemos acudir, en primer lugar, al correo electrónico firmado digitalmente. Se trata del envío de un email certificado, donde un tercero actúa como intermediario para acreditar el contenido, fecha de envío o recepción, direcciones IP, etc. del correo²⁵. El problema que presenta este mecanismo es que se debe contratar con carácter previo a la transmisión de correos, pues después será imposible hacer uso de este sistema.

Como alternativa a lo anterior, podemos optar también por la verificación del correo *a posteriori* a través de un informe pericial, tal y como ya se ha comentado, por ejemplo, en el caso de las páginas webs. Aquí, un experto informático se encargaría de elaborar un informe en el que “diera fe” del contenido de los correos, las direcciones de envío, fechas y demás datos relevantes para poder determinar la autenticidad e inalterabilidad de los mismos.

3.3.3 Mensajería instantánea: especial referencia a WhatsApp

La mensajería instantánea, y en estos últimos años especialmente *WhatsApp*, es probablemente la fuente de prueba que más casuística presenta. Esto es así puesto que se trata del medio de comunicación más usado en nuestro día a día y por tanto, contiene

²⁴ Art. 26.2 del Real Decreto 4/2010. [*vid.* nota al pie núm. 23]

²⁵ Espada Bueno, P., “El correo electrónico como prueba judicial: ¿Tiene validez?”, *El Derecho*, 2018 (disponible en <https://elderecho.com/el-correo-electronico-como-prueba-judicial-tiene-validez>; última consulta 08/06/2020).

mucha información que puede ser útil o necesaria, a la hora de afrontar un proceso judicial.

A continuación, se va a tratar de compendiar los principales aspectos de esta fuente a través del repaso de la jurisprudencia al respecto. Muchas de las Sentencias que se presentan son del ámbito de lo penal, pero son perfectamente aplicables al tema de este trabajo y permiten mostrar las principales características que presenta *WhatsApp* como prueba dentro del proceso judicial.

En primer lugar, debemos comentar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 300/2015, como una de las más relevantes en relación al valor probatorio de los *WhatsApps* en juicio. En ella, observamos cómo inicialmente la postura de los Tribunales con respecto a esta fuente de prueba era de cautela, debido a los numerosos problemas que presentan tanto en la licitud de su obtención como en la autenticidad e integridad del contenido. Así establece el Tribunal 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.”*²⁶. De igual forma y, adelantándonos a lo que se expondrá en el siguiente párrafo, el Tribunal también establece que en el caso en el que exista impugnación por la parte contraria de la autenticidad de la conversación, se deberá practicar una prueba pericial para poder identificar su verdadero contenido e interlocutores.

Con respecto a la forma de aportación de este tipo de pruebas al proceso, tal y como adelantábamos en el apartado de los medios de prueba digitales, no siempre será necesario acreditar el contenido de los mensajes aportados, por ejemplo, si la contraparte no ha

²⁶ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015.

impugnado la prueba o si la ha admitido expresamente. Así lo establece la Audiencia Provincial de Córdoba cuando dice que *“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”*²⁷. Por otro lado, esta misma sentencia, admite como medio para acreditar el contenido de los mensajes aportados, un Acta del Letrado de la Administración de Justicia. De esta forma, establece que *“el Secretario Judicial, según consta en la diligencia extendida por el mismo (...) procedió a la “transcripción xerográfica de los mensajes recibidos por doña Dolores en el terminal número NUM003” Por tanto, (...) resulta que quien ostentaba la fe pública judicial, (...) dejó constancia de un hecho con trascendencia procesal. Nada hay que objetar a un acto consistente en reflejar, merced a una serie de fotocopias de las diversas pantallas del terminal presentado por la denunciante, determinados mensajes a través de “WhatsApp” asociados a un usuario con nombre “José Miguel“, el del denunciado”*²⁸.

Otros medios que se han venido admitiendo para probar la autenticidad de este tipo de mensajes son, las actas notariales, los informes periciales o el cotejo de los mensajes con el dispositivo de la parte contraria. Con respecto a esta última, así lo estableció la Audiencia Provincial de Barcelona *“dado que se trata de una conversación vía WhatsApp (...), la misma puede llegar a conocerse a través de ambos terminales. Y el Sr. Gustavo entregó el suyo voluntariamente y con carácter previo, incluso, a la solicitud de información a las compañías telefónicas”*²⁹. Con respecto a los informes periciales, su aportación, como ya se ha comentado en otras ocasiones, puede otorgar a una prueba digital toda la fiabilidad que, por sus propias características, esta no tiene. Así, en este otro caso, la Audiencia Provincial de Madrid no considera corroborada una declaración, por no haber ningún tipo de acreditación de los mensajes, *“no existiendo (...) prueba que avale su declaración, pues los mensajes (...) no han sido reconocidos por el acusado, ni se ha practicado sobre los mismos prueba pericial informática que acredite su autenticidad y su envío”*³⁰.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 159/2014, Sección 3ª, de 2 de abril de 2014.

²⁸ SAP Córdoba 159/2014. [vid. nota al pie núm. 27]

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 143/2014, Sección 7ª, de 7 de mayo de 2014.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 51/2013, Sección 27ª, de 23 de septiembre de 2013.

Por último, debemos aclarar que todo lo expuesto anteriormente no afecta a la valoración que deba hacer el Juez sobre el contenido de la prueba, sino que simplemente garantiza que la misma sea auténtica y que el contenido de los mensajes aportados se corresponda con la realidad, para así poder pasar a realizar dicha valoración.

3.3.4 *Redes sociales*

Las redes sociales son el medio de interacción social electrónica cuyo uso está más generalizado dentro la población. Hoy en día es poco frecuente encontrar en una franja media de edad, quien no tenga alguna aplicación en su ordenador o su móvil. Es precisamente por ello, al igual que ocurría en el caso de las aplicaciones de mensajería instantánea, que su importancia como prueba dentro de los procesos judiciales es también habitual.

En relación con las formas de incorporación al proceso de este tipo de pruebas, podrá hacerse, al igual que ocurría con las demás, haciendo uso de cualquiera de los medios de prueba que establece la LEC. Además, en cuanto a la verificación de la autenticidad del contenido de la prueba, igualmente se podrá recurrir a la expedición de un acta del Letrado de la Administración de Justicia, de un Notario o al dictamen de un perito informático experto en la materia.

Otra cuestión interesante que plantean las redes sociales, es la del valor probatorio de las expresiones que se pueden utilizar a la hora de escribir un *tweet*, un *post*, o un *blog*. Con respecto a este extremo se pronunció en 2013 el Tribunal Supremo, estableciendo que se entiende que las publicaciones a las que nos referimos son redactadas con suficiente meditación como para entender que existe una debida proporcionalidad entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de quien haya podido ser ofendido por ellas. Así, entiende que *“las expresiones ofensivas no se profirieron oralmente en el calor de un debate, sino con el sosiego y la meditación que es presumible en quien redacta una entrada en su blog (...) No existe por tanto la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión atendido su contenido y finalidad y el respeto al*

*honor de la persona jurídica, habiéndose producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo.*³¹”

De otro lado, las redes sociales también pueden jugar un papel muy importante como pruebas en el seno de un procedimiento de divorcio, a la hora de determinar las diferentes pensiones que se deben abonar, sus cuantías y la proporción en la que se van a satisfacer los distintos gastos existentes por las partes. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Gerona estableció que “*La diferencia de contribución establecida se hizo, en la Sentencia impugnada, en atención a la ausencia de ingresos de la madre, sin embargo la misma se halla trabajando en la empresa Max Plastic SA, tal y como ella misma público en su Facebook, cuya copia se aportó con el recurso del padre, y es por ello que la contribución a todo tipo de gastos del menor lo debe ser al 50% por progenitor*”³². Por todo ello, hay que tener mucha cautela a la hora de publicar o actualizar detalles de nuestras vidas en este tipo de plataformas, puesto que toda la información que aparece públicamente en ellas, puede ser utilizada en nuestra contra en un juicio después.

Por último, también debemos hacer una breve comparativa entre las dos fuentes de prueba que más incidencia tienen en los procesos hoy en día. Estas son, las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea y, en concreto las aplicaciones de *Instagram* y *WhatsApp*. En este sentido, en el caso de “La Manada”³³ observamos cómo se admitió como prueba en el proceso una foto que la víctima había subido a su cuenta de *Instagram*, pero no se aceptaron unos mensajes de *WhatsApp* de los acusados. Según las explicaciones de peritos informáticos, esto se había debido a la mayor facilidad de manipulación que presentan los *WhatsApps*. Esto es así puesto que, a diferencia de *Instagram*, *WhatsApp* no almacena una copia de los mensajes intercambiados, por lo que las únicas copias disponibles son las que se almacenan en los terminales, lo que hace que una fotografía publicada en *Instagram* como prueba en el proceso resulte más fiable.

³¹ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 811/2013, de 12 de diciembre de 2013.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 806/2017, de 7 de septiembre de 2017.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 000038/2018, Sección 2ª, de 20 de marzo de 2018.

4 PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA DIGITAL

Las pruebas digitales son muy fácilmente alterables o manipulables, lo que las hace muy frágiles o poco fiables dentro del proceso. Es por eso mismo, que en muchas ocasiones conviene tomar medidas de aseguramiento de la prueba, para poder garantizar la inalterabilidad del contenido de la misma. Estas medidas de aseguramiento pueden obtenerse bien en sede judicial, o bien con carácter previo, acudiendo a los servicios de Notarios, peritos u otros terceros prestadores de servicios de confianza.

Precisamente por todo ello es que debemos prestar especial importancia a la forma en la que se obtienen las pruebas, tanto en cuanto a su posible ilicitud, como a la forma en la que esta puede o debe ser incorporada al proceso. En cuanto a este último extremo, comentaré los problemas de aportación de la prueba que he considerado más relevantes, tales que, su alterabilidad y volatilidad.

Por último, se hará mención también de los requisitos de admisibilidad de la prueba. Este apartado muestra la posibilidad de colisión con derechos fundamentales a la hora de obtener la prueba digital. Esto último es muy relevante puesto que la falta de respeto a los derechos fundamentales conllevará la nulidad de la prueba que se haya aportado.

4.1 Aportación de la prueba

Dentro de la fase de aportación o incorporación de la prueba al proceso, es importante detectar y conocer cuáles son los problemas que, por las especialidades que presentan las fuentes de prueba digitales, nos podemos encontrar, ya que puede ser muy relevante a la hora de determinar la fiabilidad de la prueba aportada, probablemente el principal reto al que nos enfrentamos en el uso de pruebas digitales. Para ello, se van a comentar diferentes sentencias que tratan distintas características de la prueba electrónica que la hacen conflictiva dentro del proceso.

4.1.1 Alterabilidad

Uno de los principales problemas que presentan las pruebas digitales es la facilidad con la que éstas pueden ser manipuladas. Así, podemos observar pronunciamientos de distintos Tribunales que hacen hincapié en esta cuestión. Como ejemplo adicional a las

Sentencias que ya se han comentado, encontramos esta de la Audiencia Provincial de Cádiz que establece que *“(...) pues no habiendo declarado los dos implicados, de la existencia de lesiones no puede desprenderse el origen de su autoría y unos mensajes de wasap sobre los que ningún técnico ha declarado y que no consta que sean veraces o emitidos por el apelante o que no hayan podido ser manipulados, no es suficiente prueba para sustentar en ella el pronunciamiento condenatorio que se combate, razón que hace procedente la estimación del recurso (...)”*³⁴.

Puesto que las pruebas digitales son fácilmente manipulables, tal y como ya hemos visto, existe la posibilidad certificar electrónicamente por un prestador de servicios de certificación, entre otras comunicaciones, los mails, SMS o Burofaxes, lo que garantiza la integridad y autenticidad de dichas comunicaciones. Así lo establece en Tribunal Supremo en un Auto de 21 de marzo de 2013³⁵.

Sin embargo, es interesante observar cómo el hecho de que una prueba digital haya sido manipulada, no implica la exclusión de la misma del proceso. Así, la Audiencia Provincial de Madrid se pronunció al respecto, estableciendo 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”*³⁶.

4.1.2 Volatilidad

Con respecto a la volatilidad de la prueba, es una realidad que el contenido disponible en documentos electrónicos como puede ser una página web, por ejemplo, se actualiza casi de forma diaria y que, por tanto, resulta complicado conservar los archivos o pruebas contenidos en ellas. Es entonces cuando cabe que nos preguntemos de qué forma se puede acreditar el contenido de una página web que ya no está disponible.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 31/2014, Sección 3ª, de 28 de enero de 2014.

³⁵ Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso núm. 855/2010, de 21 de marzo de 2013.

³⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 702/2015, Sección 27ª, de 24 de noviembre de 2015.

En este sentido, resulta muy interesante comentar la sentencia al respecto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de mayo de 2019. En ella, el Tribunal acepta como prueba un informe del portal *Wayback Machine*, una herramienta gratuita gestionada por la fundación *The Internet Archive* que permite recuperar los datos de un dominio web en una fecha y hora precisa. Considera el Tribunal que dicha herramienta es perfectamente válida y admisible como prueba dado que es gestionada por un tercero imparcial.

En este caso concreto, el demandante afirma que el demandado había registrado una patente sin contar con el requisito de la novedad, haciendo uso de una idea suya y que, durante un periodo de tiempo, el demandado había incluido dicho producto en su web. La principal cuestión en el asunto era, poder probar que a pesar de que la página ya no existiera, en su momento sí se había publicado un catálogo que incluía la patente en conflicto.

Así las cosas, el demandante decide acudir a *Wayback Machine* para poder aportar en el proceso un informe que incluye pantallazos de la página web en el momento en el que se vendió el producto y un certificado que acredita que el contenido de la web en la fecha solicitada, se corresponde con el que aparece en el informe de *Wayback*. La parte demandante calificó la prueba de poco fiable y el juzgado falló en su favor, recurrida la sentencia sin embargo, la Audiencia ha corregido el fallo. Esta última entiende, como decíamos al inicio, que *“Este sitio puede ser considerado un tercero imparcial por cuanto carece de vínculo con las partes, es gratuito, lo que excluye cualquier tipo de interés, y funciona de manera automática, lo que evita posibles manipulaciones”*³⁷, lo que implica que, unido al hecho de que se aportara un certificado y acta notarial acreditando el contenido del informe, no se pueda dudar de la fiabilidad de la prueba aportada.

En este sentido, la Oficina de Patente europea a través de la resolución T286/10, ha avalado el uso de esta herramienta como fuente probatoria. De hecho, indica que *“Aunque la cámara no niega que puedan surgir dudas acerca de las entradas individuales en el archivo Internet, considera que el archivo presenta garantías suficientes para hacerse*

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 450/2019, Sección 5ª, de 31 de mayo de 2019. [*non vidi*, en este mismo sentido; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 156/2018, Sección 15ª, de 12 de marzo de 2018 y *United States v. Gasperini* núm. 17-2479, de 2 de julio de 2018.]

beneficiario de una presunción de ser una fuente de información fiable y de confianza”³⁸.

De todas formas, para que la parte contraria desacredite este tipo de prueba, la Oficina de Patente insiste en que no basta con que ponga en duda su fiabilidad, sino que deberá aportar pruebas suficientes que destruyan la presunción.

Por último, conviene resaltar aquí la posibilidad que existe hoy en día de borrar, durante un periodo de tiempo, mensajes de *WhatsApp* que ya han sido enviados. A pesar de que aún no ha dado tiempo a que haya jurisprudencia al respecto, parece una posibilidad que generará mucha casuística y dará de que hablar en un futuro próximo.

4.2 Admisión de la prueba y colisión con derechos fundamentales

La admisión en el proceso de la prueba electrónica, se condiciona al cumplimiento de los mismos requisitos que le son exigidos a cualquier otro medio de prueba. Estos son; pertinencia, utilidad y licitud. Con respecto a este último, se considera que una prueba es lícita cuando se ha obtenido sin vulnerar derechos y libertades fundamentales. Puesto que, como ya se ha comentado, una de las notas características de las pruebas digitales es que pueden resultar muy intrusivas, es importante conocer cuáles son los límites para su obtención y tratar su problemática en relación a este extremo, para poder asegurar su admisión en el proceso, pues una prueba que se obtuviera de forma ilícita sería también ilícita.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, observamos que los principales derechos fundamentales que se pueden ver afectados son; el de intimidad personal y secreto de las comunicaciones, recogidos en el art. 18 de la Constitución Española (en adelante, CE).

En relación con estos derechos, es interesante comentar la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo que establece que *“El derecho al secreto de las comunicaciones (...) salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida”*³⁹. De esta forma, llegamos a la conclusión de que, no habrá vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones

³⁸ Resolución T286/10, de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes.

³⁹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 298/2013, de 13 de marzo de 2013.

cuando quien haya aportado el contenido hubiera sido una de las partes que mantenía dicha comunicación⁴⁰.

En este mismo sentido, se pronuncia también la Audiencia Provincial de Valencia cuando establece que *“no puede perderse de vista que cualquier medio de prueba que se proponga, deberá ser obtenido de forma lícita de forma que, directa o indirectamente, no se violenten los derechos o libertades fundamentales. En otras palabras, el primer presupuesto de la aceptación de un mensaje de WhatsApp como prueba en un procedimiento, es que en su obtención no se hayan vulnerado ni el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones”*⁴¹.

⁴⁰ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 276/2017, Sección 4ª, de 25 de abril de 2017.

5 LOS JUECES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS BAJO UN PRISMA ÉTICO

En primer lugar, debemos hacer una breve mención a uno de los principales retos a los que se enfrentan los jueces como juzgadores dentro de la era de las nuevas tecnologías. Nos estamos refiriendo a la problemática de la valoración de la prueba digital.

Los jueces, como responsables encargados de realizar la esencial tarea de valorar cada una de las pruebas aportadas por las partes en el proceso y, en tanto que la valoración de muchas de ellas es libre, deben estar mínimamente familiarizados, al menos, con este tipo de pruebas y de tecnologías para poder valorarlas adecuadamente.

Es aquí cuando los jueces se enfrentan al problema de la brecha digital, la exigente necesidad de aprendizaje continuo sobre una materia que se encuentra en constante cambio o la desconfianza ante este tipo de fuentes de prueba frente a las tradicionales. Es precisamente por lo anterior que un juez, dentro de su libre valoración, puede caer en la tentación de otorgarle un mayor valor probatorio a una determinada fuente de prueba por estar más familiarizado con esta, o considerarla más fiable por no ser electrónica, a pesar de las garantías con las que se haya podido aportar esta última. Es entonces cuando es importante hacer referencia al plano de la ética, para que los jueces puedan superar adecuadamente estos y todos los demás retos que suponen las nuevas tecnologías.

Paralelamente, la actitud positiva de los jueces hacia las nuevas tecnologías ha de ser siempre manteniendo la transparencia y sigilo profesional que caracteriza el ejercicio de su profesión, de forma que se vigile que el uso de herramientas novedosas no introduzca sesgos ilegales e inconstitucionales o exagere aquellos ya existentes.

Este desafío ético se ha visto abordado recientemente en la XV Reunión de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, en la cual se elaboró un dictamen⁴² que examinaba los beneficios y retos que conllevan las novedades tecnológicas y proponía una serie de

⁴² Noveno Dictamen, de 12 de marzo de 2020, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso por el juez de las nuevas tecnologías: ventajas y desafíos éticos (disponible en https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/CIEJ/Noveno_Dictamen_CIEJ.pdf; última consulta 22/06/2020).

pautas de actuación éticas que facilitaran el respeto la protección de la privacidad de los ciudadanos y la transparencia de los poderes públicos⁴³ en la actuación judicial.

En este sentido, hemos de ser conscientes de que los avances tecnológicos han ido paralelos a un aumento de la protección de nuestros datos personales, lo que se plasma también en el contexto de las comunicaciones digitales. Esta protección no sólo se debe al derecho a la vida privada de los ciudadanos, sino también radica en su dignidad, algo garantizado gracias al Reglamento General de Datos Personales de la Unión Europea y al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁴. Cabe ilustrar esta afirmación con un ejemplo reciente en relación con la utilización de determinados programas informáticos de tratamiento de datos a modo de apoyo en la actuación de los jueces;

El Tribunal Supremo de Wisconsin y el Tribunal de Distrito de la Haya se han enfrentado recientemente a casos muy similares en lo que se refiere a la utilización de programas con algoritmos a la hora de juzgar⁴⁵, resolviendo de forma prácticamente opuesta. Mientras que el tribunal americano aceptaba que los jueces se apoyaran en este programa para dictar su veredicto siempre que los instrumentos del programa se controlen y reajusten a la población en que se aplica, el tribunal de la Haya considera la utilización de este programa una vulneración al derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶. El Tribunal de la Haya explica en el cuerpo de la sentencia que no se asegura la debida transparencia y verificabilidad en la aplicación del programa. Es además muy interesante la intervención del relator especial de las Naciones Unidas sobre extrema pobreza, que puso de manifiesto una posible discriminación al aplicar el SyRI en distritos de bajos ingresos holandeses ya que en estos

⁴³ Noveno Dictamen, de 12 de marzo de 2020, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial p. 2 párrafo 5º.

⁴⁴ Ordóñez Solís, D., “Los jueces y las nuevas tecnologías bajo un prisma ético”, *Diario LA LEY. Wolters Kluwer*. Nº 9619, de 20 de abril de 2020, p. 3 (última consulta 22/06/2020).

⁴⁵ El tribunal americano se enfrentaba a la utilización del COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), un programa diseñado por una empresa privada que evaluaba las probabilidades de reincidencia de los sujetos. Por otro lado, el tribunal europeo tenía que evaluar la utilización del SyRI (Systeem Risico Indicatie- Sistema Indicativo de Riesgo), programa diseñado por el gobierno holandés que interconectaba datos administrativos con el fin de identificar a aquellos ciudadanos con probabilidades altas de defraudar en materia de impuestos y de beneficios y ayudas sociales.

⁴⁶ *vid.* Ordóñez Solís, D., “Los jueces y las nuevas tecnologías bajo un prisma ético” p. 2.

es muy poco frecuente la comisión de fraude, por lo que la intromisión en la vida privada de los ciudadanos residentes en estos barrios no quedaría justificada en ningún caso.

Así, tal y como se comentaba anteriormente, los jueces han de moverse entre el máximo respeto a los derechos fundamentales y la flexibilidad requerida para afrontar los retos de las nuevas tecnologías, formándose en las herramientas informáticas que tengan a su disposición para saber utilizarlas adecuadamente dentro del proceso, ya que pueden llegar a ser muy útiles en lo que se refiere a cuestiones objetivas o cuantitativas, pero en cuanto a la valoración de la prueba, a fecha de hoy ha de prevalecer el discernimiento del juez⁴⁷.

Otro problema muy diferente que puede surgir a raíz de las nuevas tecnologías y se tratan en el Dictamen es el uso de las redes sociales por los jueces, lo que puede resultar problemático por dos cuestiones; reserva (y secreto profesional) e imparcialidad.

Los jueces, como cualquier ciudadano, pueden hacer uso de las redes sociales, lo que podrá además suponer un acercamiento y una mayor sensación de cercanía a la sociedad, así como servir para difundir conocimientos legales. Sin embargo, también han de ser conscientes de los posibles perjuicios que puede acarrear su presencia en redes sociales si no adoptan las cautelas necesarias para preservar su imagen de independencia, imparcialidad e integridad.⁴⁸ Aunque aquí la casuística es extensísima, se aconseja extremar la prudencia en tres aspectos fundamentales; cómo se presenta (mostrando su condición de juez o no), qué tipo de publicaciones realiza (de carácter político o intervenciones personales, se ha de evitar la utilización de logotipos oficiales) y la interacción con el resto de usuarios presentes en dicha red (manteniendo siempre la imparcialidad).

⁴⁷ En este sentido establece la recomendación VI de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial para el Uso de las Tecnologías por los Jueces; “VI. *En todo caso, la motivación acerca de la existencia de duda, probabilidad o certeza en el thema decidendi corresponderá al juez y no al soporte tecnológico.*”

⁴⁸ Noveno Dictamen, de 12 de marzo de 2020, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial p. 16 párrafo 63°.

6 CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo, tal y como se expuso en el apartado introductorio del mismo, consistía, de un lado, en hacer un estudio de la influencia de las nuevas tecnologías sobre los procesos judiciales en nuestro país y, más concretamente, dentro del ámbito de los medios de prueba en el proceso civil. Por otro lado, también se pretendía analizar la viabilidad de la introducción de nuevas tecnologías en el proceso, tomando como base el examen de la casuística de los Tribunales y la problemática actual acerca de la cuestión que de ellos se desprende, con especial referencia a las cuestiones éticas que, en relación con los juzgadores, se desprenden.

En relación con el primero de los objetivos, partimos de la observación del estado actual de la cuestión, que mostró de qué forma está incidiendo en el ámbito jurídico la creciente utilización de las nuevas tecnologías en nuestro día a día. Así, vemos cómo disciplinas como la inteligencia artificial han llegado al mundo jurídico para revolucionar nuestro actual sistema y cómo, a pesar de las ventajas que presentan en cuanto a mejorar la eficacia de nuestros procesos, su introducción presenta también importantes problemas, sobre todo en relación con el respeto a los derechos de las partes y a la obtención de verdadera justicia. En este sentido, cabe que nos preguntemos hasta dónde puede digitalizarse una disciplina como el Derecho, en la que la interpretación de los hechos y las palabras por parte de los operadores jurídicos juega un papel tan relevante, si las máquinas (al menos por el momento) no poseen dicha cualidad humana.

Más concretamente en el ámbito de los medios de prueba, hemos podido observar cómo la ley va siempre por detrás de la realidad social. No existe, a día de hoy, una norma que trate expresamente la cuestión de la prueba digital y nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, solo hace una vaga referencia a los medios de reproducción del sonido o de la imagen, dejando la puerta abierta a la aparición de otros medios de prueba pero, sin entrar en ellos. A pesar de que la LEC fue reformada en 2015, dicha reforma no ha supuesto ningún cambio significativo para el tema que ocupa este trabajo, por lo que hemos tenido que acudir al estudio de la jurisprudencia al respecto.

En relación con lo anterior, observamos cómo el tema de las pruebas digitales es muy popular en nuestros tribunales, puesto que la casuística al respecto es inmensa. A tenor de todas las sentencias que se han comentado, podemos concluir que los tribunales

parecen haber fijado una línea bastante clara al respecto. Lo primero que se trata, es la problemática de garantizar la autenticidad e inalterabilidad de las pruebas aportadas, presupuesto básico para poder tenerlas en cuenta dentro del proceso. Así, podemos deducir que dada la facilidad de manipular este tipo de pruebas, la labor de verificación y certificación que a este respecto realizan peritos y Notarios es, en la mayoría de casos, clave para poder introducir adecuadamente este tipo de pruebas en el proceso.

En cuanto al estudio de la viabilidad de admisión de nuevos medios de prueba digitales y, en general, de la introducción en el proceso de nuevas tecnologías, considero que, para poder impartir verdadera justicia, esta debe ser acorde con la vida que regula, pues no sería propio, por ejemplo, no permitir a una parte defender sus intereses con una determinada fuente o medio de prueba, solo porque su modernidad y la falta de conocimientos sobre ella, nos hagan recelar sobre su uso.

Esto último se relaciona estrechamente con la cuestión de la ética y los jueces. Estos deben adquirir un compromiso de formación permanente sobre las nuevas tecnologías y sus implicaciones en el proceso, puesto que ellos son los encargados de realizar la valoración de las pruebas y esta es la única forma de garantizar que se imparta justicia y que la misma no resulte obsoleta o incluso arbitraria. Además, se debe cuidar especialmente el respeto a los derechos fundamentales tales como la protección de la privacidad e intimidad de las personas, pues la obtención de las pruebas digitales en muchos casos, puede colisionar con estos derechos, lo que convertiría la prueba en ilícita.

A pesar de que nuestra legislación no está al día en la materia, nuestros Jueces sí se enfrentan con la casuística de los medios y fuentes de prueba digitales. Estimo que, sobre todo en temas tan cambiantes, técnicos y complejos como las nuevas tecnologías, nunca se va a estar del todo preparados para acogerlos con total seguridad. Ahora bien, el paso hacia adelante debe darse de todas formas puesto que, si la realidad avanza, el Derecho, para que sea justo, debe hacerlo también. Considero que las nuevas tecnologías en materia probatoria son una realidad y que, por tanto, estas deben ser admitidas con las garantías que sean necesarias. La regulación de la materia, podría minorar el esfuerzo adicional que realizan los jueces en su uso e interpretación dentro del proceso. En todo caso, se deberá garantizar el respeto de los derechos de las partes, como presupuesto básico para poder realizar cualquier uso de nuevas tecnologías en un proceso judicial.

7 BIBLIOGRAFÍA

7.1 Legislación

Constitución Española de 1978

Código Civil de 1889

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (BOE 6 de julio de 2011).

Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (BOE 29 de enero de 2010).

Norma ISO/IEC 27037:2012 “Information technology – Security techniques – guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence”.

7.2 Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 298/2013, de 13 de marzo de 2013.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 644/2003, de 19 de junio de 2003.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 64/2010, de 23 de febrero de 2010.

Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el recurso núm. 855/2010, de 21 de marzo de 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 276/2017, Sección 4ª, de 25 de abril de 2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 450/2019, Sección 5ª, de 31 de mayo de 2019.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 143/2014, Sección 7ª, de 7 de mayo de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 51/2013, Sección 27ª, de 23 de septiembre de 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 702/2015, Sección 27ª, de 24 de noviembre de 2015.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 159/2014, Sección 3ª, de 2 de abril de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 806/2017, Sección 1ª, de 7 de septiembre de 2017.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 000038/2018, Sección 2ª, de 20 de marzo de 2018.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 31/2014, Sección 3ª, de 28 de enero de 2014.

7.3 Obras doctrinales

Banacloche Palao, J., Cubillo López. II., Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Civil, La Ley, Madrid, 2018, pp. 317-340.

Barrio Andrés, M., *Legal Tech. La transformación digital de la abogacía*, La Ley, Madrid, 2019, pp. 55-64.

Bueno de Mata, F., *Prueba Electrónica y Proceso 2.0*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130.

Gómez del Castillo, MM., “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento*, n. 1, 2001, pp. 77-90.

Meneses Pacheco, C., “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et praxis*, vol. 14, n. 2, 2008, pp. 43-86.

Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, Thomson – Civitas, Navarra, 2005, pp. 137 y 138.

Resolución T286/10, de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes.

Sentís Melendo, S., *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Ejea, Buenos Aires, 1979, pp. 141-144.

Susskind, R., *Online courts and the future of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 143-153.

7.4 Recursos de internet

Barranco Fragoso, R., “¿Qué es Big Data?”, *IBM Developer*, 2012 (disponible en <https://developer.ibm.com/es/articles/que-es-big-data/>; última consulta 29/04/2020).

Consejo de Ministros, Gobierno de España, “Estrategia de Modernización de la Justicia”, 2019 (disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/120419-enlaceestjusticia.aspx>; última consulta 28/04/2020).

De las Heras Muñoz, M., “El impacto de las nuevas tecnologías en la modernización de la administración de justicia”, *Universidad Autónoma de Madrid*, 2015 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=58505>; última consulta 27/04/2020).

Espada Bueno, P., “El correo electrónico como prueba judicial: ¿Tiene validez?”, *El Derecho*, 2018 (disponible en <https://elderecho.com/el-correo-electronico-como-prueba-judicial-tiene-validez>; última consulta 08/06/2020).

Herranz Martín, FJ., “La prueba electrónica: su uso procesal”, *LegalToday*, 2019 (disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-prueba-electronica-su-uso-procesal>; última consulta 01/06/2020).

Morell Ramos, J., “¿Cuál es la situación de la Legaltech en España?”, *The Valley*, 2019 (disponible en <https://thevalley.es/blog/legaltech-espanola-2019/>; última consulta 29/04/2020).

Noveno Dictamen, de 12 de marzo de 2020, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso por el juez de las nuevas tecnologías: ventajas y desafíos éticos (disponible en https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/CIEJ/Noveno_Dictamen_CIEJ.pdf; última consulta 22/06/2020).

Ordóñez Solís, D., “Los jueces y las nuevas tecnologías bajo un prisma ético”, *Diario LA LEY. Wolters Kluwer*. Nº 9619, de 20 de abril de 2020 (última consulta 22/06/2020).

Redacción Noticias Jurídicas, “Los 10 puntos críticos del Derecho en la era digital”, *Noticias Jurídicas*, 2015 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10724-los-10-puntos-criticos-del-derecho-en-la-era-digital/>; última consulta 29/04/2020).

Real Academia Española, “Prueba”, *Diccionario del Español Jurídico*, 2020 (disponible en <https://dej.rae.es/lema/prueba>; última consulta 30/04/2020).

Real Academia Española, “página web”, *Diccionario del Español Jurídico*, 2020 (disponible en <https://dej.rae.es/lema/p%C3%A1gina-web> última consulta 02/06/2020).