

PROCESSO PENALE
e POLITICA CRIMINALE

Collana diretta da

G. Paolozzi - S. Moccia - L. Marafioti
L. Lupária - P. Marchetti - N. Selvaggi

14

Howe



Capítulo I

La prueba electrónica. 3 cuestiones controvertidas

Vicente Pérez Daudí

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La prueba electrónica. – 3. El hecho notorio, las redes sociales e *internet* y la acreditación de su contenido en el proceso. – 3.1. Concepto de hecho notorio. – 3.2. Las redes sociales. – 3.3. El contenido de las páginas *web*. – 4. La aportación en formato digital de los documentos adjuntos a los escritos de alegaciones. – 4.1. Regulación. – 4.2. La posibilidad de presentar los documentos digitalizados junto con los escritos de alegaciones. – 4.3. La no posibilidad de admitir los documentos en un momento inicial. – 4.4. Momento procesal para requerir la aportación del documento original. – 5. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos. – 5.1. La impugnación. – 5.2. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos.

1. Introducción

Una de las revoluciones que ha sufrido la humanidad a lo largo de su historia es la aparición de la informática y su influencia en la vida diaria. Es sorprendente como en apenas treinta años hemos pasado de utilizar los ordenadores para realizar simples tareas de ofimática a ser imprescindibles en muchas facetas de la vida, tanto a nivel personal como profesional. Además, la tecnología nos sorprende con la capacidad de procesar datos en un escaso lapso temporal e identificar pautas en los mismos.

Es decir, esos ordenadores personales de uso limitado a la informática y que tan sólo podían almacenar unos megas se hayan convertido en máquinas con una capacidad ilimitada debido al almacenamiento en la nube y con unas posibilidades de procesar los datos inalcanzables para las personas, además de la posibilidad de remitirse mensajes casi de forma instantánea entre ellos y con

dispositivos móviles que tienen similares características. Todo ello ha provocado que se hayan creado programas y algoritmos que permiten predecir el comportamiento humano, que es lo que se denomina Inteligencia Artificial, además del auge de la comunicación electrónica.

En la vida cotidiana donde lo habitual es enviar y recibir comunicaciones en formato electrónico, además de la facilidad que nos dan las nuevas tecnologías para grabar sonidos o imágenes e intentar documentar alguna situación concreta.

Esta revolución tecnológica también se ha trasladado al proceso judicial. Concretamente identifico las siguientes instituciones a las que ha afectado o afectará directamente el uso masivo de las nuevas tecnologías: el acceso a la Justicia, las notificaciones, la tramitación del procedimiento, la prueba, la relación entre el derecho a la prueba como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y otros derechos fundamentales como el de la intimidad (art. 18 CE), la decisión judicial y el proceso de ejecución.

Precisamente la incidencia de las fuentes de prueba tecnológicas en el proceso penal fue el objeto de análisis en la jornada celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad Roma Tre el 4 de diciembre de 2018 bajo la dirección del profesor Luca Lupária, en un acto organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Roma Tre y la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez con el título "*Dimensione tecnologica e prova penale*". La presentación la realizó el profesor Luca Lupária e intervinieron como ponentes los profesores Vicente Pérez Daudí, Giovanni Paolozzi, Teresa Armenta Deu, Francesco Caprioli, Ignacio Colomer Hernández y Marco Pittiruti. El profesor Luca Marafioti se encargó de la conclusión de la jornada.

En las ponencias se expusieron los distintos aspectos afectados por la dimensión tecnológica y la prueba penal, poniendo especial atención a los problemas generales que se plantean en todos los procesos, prestando especial atención al proceso civil y penal, y aspectos concretos del proceso penal como la obtención de la prueba tecnológica y la afectación a los derechos fundamentales.

En la práctica procesal se genera la duda de cómo aportar estas fuentes de prueba al proceso, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones será complicado reproducirla, salvo que se haya preconstituido la prueba.

Los problemas comunes que se plantean son la localización y obtención de los datos telemáticos, la posibilidad de eliminarlos y el acceso a los mismos. Aparentemente el problema está resuelto porque el artículo 54 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información prevé la conservación de los datos por el operador del servicio durante un año con fines de investigación criminal. Pero todo ello debe realizarse respetando los derechos fundamentales, en especial el de la intimidad que está recogido en el artículo 18.4 de la Constitu-

ción Española. Es una cuestión controvertida ante los Tribunales. Así por ejemplo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una cuestión prejudicial en la Sentencia de 2 de octubre de 2018, asunto C-07/16, en que se planteaba el acceso a los titulares de Tarjetas SIM activadas en teléfonos móviles sustraídos declarando que no se oponía al derecho de la Unión que se pudiera realizar debido a la escasa injerencia en el derecho a la intimidad ya que tan sólo se facilitaba el acceso a los titulares de las tarjetas SIM, pero no a sus comunicaciones.

Todos estos temas fueron desarrollados por los participantes de la Jornada. Yo me voy a centrar en este trabajo en exponer una introducción a la prueba electrónica y la naturaleza jurídica de la misma, si se puede aplicar el concepto de hecho notorio al contenido de las páginas web o de las redes sociales y la impugnación de la prueba electrónica. Me centraré en el proceso civil, pero las conclusiones son trasladables al proceso penal por el carácter supletorio en el proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal como prevé el artículo 4 de la LEC¹.

2. La prueba electrónica

Tal como he descrito es habitual que, en nuestras actividades cotidianas, tanto a nivel personal como profesional, utilicemos medios de comunicación electrónicos. Esto se extiende tanto a los contactos con las personas de nuestro entorno como para la adquisición de productos o tener relaciones comerciales. Ello provoca que una gran parte de las fuentes de prueba que se generan pueden calificarse como electrónicas².

El reto del proceso judicial es permitir que éstas tengan acceso a través de los medios de prueba. Con la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la forma de aportar al proceso las fuentes de prueba electrónicas era a través de la prueba documental³. Serra Domínguez afirmaba al analizar en

¹ A. DEL MORAL GARCÍA, *Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Penal*, en *Jueces Para la Democracia*, n. 40, 2001, p. 43, afirma que «todas las normas que contemplan el uso de nuevas tecnologías en la actividad procesal resultan también aplicables supletoriamente en el proceso penal».

² Tal como indica F. BUENO MATA, *Prueba electrónica y proceso 2.0. especial referencia al proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, TOL4.147.241 Doctrina, p. 21, de la verificación digital, será la prueba estrella o clave en los distintos órdenes jurisdiccionales.

³ Ver el análisis que efectuaron con la vigencia de la LEC de 1881 A. MONTON REDONDO, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977; L. VILABOY LOIS-E. GONZÁLEZ PILLADO, *La prueba por medio de los modernos avances científicos-tecnológicos en el proceso civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1993.

1981 los medios modernos de reproducción, que no «pueden considerarse pruebas autónomas, sino simples especialidades o variantes de medios de prueba regulados en la Ley, principalmente de la prueba documental, pero también, en lo que respecta a los medios de reproducción mediante la imagen, del reconocimiento judicial»⁴. Tal como afirma a continuación «lo importante en la prueba documental o es tanto la escritura en sí como la representación de unos hechos. El carácter representativo y reproductivo, unido a su finalidad de preconstitución de unos hechos, es lo que justifica la prueba documental y explica su regulación actual»⁵.

La Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente⁶ es consciente de esta circunstancia y en el artículo 299.2 de la LEC prevé que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso»⁷.

La práctica de este medio de prueba se desarrolla posteriormente en los artículos 382 a 284 LEC. Aparentemente el legislador distingue entre la reproducción de las «palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes» (art. 382 LEC) y el examen por los medios adecuados de «los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas». Consecuentemente la primera clasificación antes de abordar la cuestión debemos realizarla entre los medios audiovisuales y los instrumentos informáticos⁸.

Posteriormente se han actualizado las leyes procesales para incorporar la prueba tecnológica en el proceso, tanto civil como penal⁹. También se ha a-

⁴M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. II, dir. Manuel Albaladejo, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 93. Publicado más recientemente en *La prueba de las obligaciones*, en *Estudios de Derecho Probatorio*, edit. Communitas, Lima, 2009, p. 160.

⁵M. SERRA DOMÍNGUEZ, *ibidem*.

⁶La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero. En adelante LEC.

⁷Sobre este medio de prueba ver ampliamente A.J. BENNASAR, *La validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*, Valladolid, 2010; J.M. ILLÁN FERNÁNDEZ, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, Pamplona, 2009; J. NIEVA FENOLL, *La prueba en documento multimedia*, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Barcelona, 2000, tomo II, p. 441 ss.; ID., *Práctica y valoración de la prueba documental multimedia*, en *Diario La Ley*, 2009, referencia R1876, versión electrónica; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Madrid, 2000; L. PRIETO SANCHÍS-E.A. CHAVELI DONET, *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivos en la LEC 1/2000*, Valencia, 2002.

⁸Ver ampliamente G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental*, cit., p. 183 ss.

⁹El proceso civil se reformó por la Ley 42/2015 y el proceso penal por la Ley Orgánica

probado la ley 42/2015, que ha pretendido regular el proceso telemático en España. Pero no resuelve la aportación de las fuentes de prueba electrónica al proceso.

La regulación es escasa si se compara con el resto de medios de prueba, fundamentalmente con el que está más próximo y que en mi opinión no es más que una especialidad, como es la prueba documental¹⁰. En la práctica de los Tribunales la aportación de la prueba electrónica se realiza aplicando analógicamente los criterios de este medio de prueba¹¹. Es cierto que existen especialidades, pero las mismas derivan de la forma de acceder al soporte y no de su contenido.

Sobre la distinción entre la prueba documental y la electrónica, Serra Domínguez nos indicaba que existen tres nociones de documentos: una postura amplia que considera como documento «cualquier objeto físico mueble que pueda ser trasladado a presencia judicial, independientemente de su carácter escrito o representativo»; otra que considera que es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, lo que incluiría tanto la escritura como los modernos medios reproductivos ya que lo importante es tanto la grafía como la representación; y los que lo reducen a todo objeto escrito, independientemente del soporte material y lenguaje gráfico utilizado. A continuación, Serra Domínguez afirma que la LEC 2000 se inclinó por el concepto estricto de documento. Finalmente critica la limitación del documento a

13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

¹⁰J. NIEVA FENOLL, *La prueba en documento multimedia*, cit., p. 450, realiza un análisis de las analogías y diferencias entre el documento y el soporte multimedia y llega a la conclusión de que estas últimas no son tales, por lo que opta por utilizar el término de documento multimedia. En el mismo sentido se pronuncia F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, tomo I, p. 778, afirmando que «en principio, el hecho del cambio de soporte podría ser irrelevante en cuanto a sus repercusiones probatorias. Lo importante de los medios de prueba es su capacidad para transmitir datos y elementos de juicio, que el Tribunal pueda asumir, escuchar o percibir para formar su convicción sobre el caso. Desde este punto de vista, nos encontraríamos simplemente ante una nueva modalidad de documentos». También considera que nos hallamos ante una prueba documental X. ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, edit. José María Bosch, Barcelona, 2012, p. 921 ss., pero afirma que hay que reformular el concepto de documento partiendo de que es un documento representativo de un hecho de interés para el proceso, comprensivo de una unidad de información y de naturaleza mueble. Del mismo modo se había pronunciado anteriormente L. PRIETO SANCHÍS-E.A. CHAVELI DONET, *La prueba por medios audiovisuales*, cit., referencia TOL 234.88, que defendía una ampliación del concepto de documento.

¹¹F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 778. Del mismo modo J. MONTERO AROCA, *Capítulo 34. Otros medios de prueba*, en *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, Referencia TOL4.091.455.

la representación escrita y concluye que «incluso dentro de nuestro derecho positivo no vemos inconveniente alguno en asimilar el tratamiento de la prueba documental no escrita al de la prueba documental escrita»¹².

Tal como indicaba Nieva Fenoll el legislador tenía dos opciones al regular la prueba electrónica: considerar que eran los documentos del siglo XXI y reformular la regulación de la prueba documental; o constituir un medio de prueba autónomo de la documental. En este sentido De La Oliva Santos¹³ y Ormazabal Sanchez¹⁴ consideran que son dos medios de prueba distintos¹⁵ al entender que el documento se limitaba a la representación escrita.

La discusión sobre la naturaleza jurídica del documento electrónico puede parecer irrelevante, pero considero que es necesario delimitarlo porque la prueba electrónica, si se considera un medio de prueba autónomo, está regulada de una forma deficitaria¹⁶. Los artículos 382 a 384 LEC prevén la forma en que se va a practicar la prueba electrónica en el proceso judicial debiendo aportar la transcripción escrita de las palabras (art. 382 LEC), el acta y la custodia de los materiales (art. 383 LEC) y el examen de los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso (art. 394 LEC). Es decir, no se realiza una regulación completa de un medio de prueba sino determinadas especialidades que derivan del soporte electrónico. Todo ello me ratifica en la conclusión de que estos preceptos complementan al resto de medios de prueba que pueden ser aportados en formato electróni-

¹² M. SERRA DOMÍNGUEZ, *La prueba documental*, en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, edit. Difusión, Barcelona, 2001, p. 237. También en *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., p. 212 y p. 213.

¹³ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal Civil*, edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 154 y p. 155, defiende un concepto restringido de documento que concibe como «el objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento o acto humano». Para él debe mantenerse por la característica de la autenticidad. A continuación, analiza el documento electrónico y la firma electrónica y no lo considera como documento sino como «instrumento que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras» (p. 162).

¹⁴ G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 3 ss. Posteriormente, *Informática y prueba judicial. Especial referencia a la firma electrónica*, en *Empresa y prueba informática*, dir. X. ABEL LLUCH, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2006, p. 43 ss.

¹⁵ Ver el análisis que efectúa P. ARRABAL PLATERO, *Tratamiento procesal de la prueba tecnológica*, Tesis Doctoral. Universidad Miguel Hernández, 2019, p. 239 ss.; F. BUENO MATA, *Prueba electrónica y proceso 2.0.*, cit., ref. TOL4.147.241 Doctrina.

¹⁶ X. ABEL LLUCH, *Derecho probatorio*, cit., p. 951 ss., analiza el régimen jurídico de la prueba electrónica atendiendo a su aportación, perdurabilidad (conservación), el proceso de verificación, la práctica, eficacia probatoria y la impugnación. Éste debería ser el contenido mínimo de la regulación como medio de prueba autónomo. Además, debería tenerse en cuenta que la fuente de prueba tecnológica puede ser objeto de prueba y medio de prueba (en este sentido ver el análisis que efectúa J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Internet y prueba civil*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, n. 4, p. 138 ss.).

co, especialmente a la prueba documental¹⁷ pero que se podría extender también a la prueba pericial o a la inspección personal del juez¹⁸.

Lo que es cierto es que los artículos 382 a 384 LEC han permitido que se superen las dificultades que se plantearon con la aportación de las fuentes de prueba electrónica al proceso antes de su aprobación¹⁹.

Finalmente, las razones prácticas se han tenido que imponer sobre cuestiones meramente dogmáticas. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información que, en su exposición de motivos, apartado IV, declara que una de sus finalidades es favorecer la celebración de contratos por vía electrónica asegurando «la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de forma escrita que figura en diversas leyes», conteniendo diversas obligaciones de los prestadores de los servicios. Por otro lado la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, regula los documentos firmados electrónicamente previendo en el artículo 3.8 que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio»²⁰. Del mismo modo en la LEC encontramos referencias al documento electrónico en el artículo 318, 319 y 326.3.

Tal como afirma Colomer Hernández por un lado la tradición histórica, especialmente en la jurisprudencia, que ha defendido la asimilación de estos medios de prueba con la documental y la labor del legislador en su intento de potenciar las transmisiones electrónicas ha elaborado un documento amplio de documento electrónico²¹.

Otra cuestión al margen de lo anterior es que hay muchas fuentes de prueba de carácter electrónico que accederán al proceso judicial no a través de la prueba documental ni el de la prueba electrónica, sino a través de otros medios de prueba como la inspección personal del juez²². Lo habitual es que la

¹⁷ La exposición de motivos de la LEC parece avalar esta interpretación ya que afirma en el epígrafe XI que «la utilización de nuevos instrumentos probatorios como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales». Sin embargo, es contradictorio con el concepto de documento que regula, que aparentemente es sólo el escrito (A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho procesal Civil*, cit., p. 155; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *La prueba documental y los medios*, cit., p. 3 ss.).

¹⁸ J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Internet y prueba civil*, cit., p. 138 ss.; X. ABEL LLUCH, *Derecho probatorio*, cit., p. 932 ss.

¹⁹ En este sentido, L.A. CUCARELLA GALIANA, *Derecho Procesal Civil*, 15ª edición, edit. Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 347.

²⁰ Ver, X. ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, cit., p. 1000 ss.

²¹ I. COLOMER HERNÁNDEZ, *Capítulo X. La prueba tecnológica*, en *La prueba (civil)*, dir. M.I. ROMERO PRADAS-M.I. GONZÁLEZ CANO, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, TOL6.433.965, p. 4, de la edición digital.

²² J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Internet y prueba civil*, cit., p. 143 ss.; X. ABEL LLUCH, *Derecho Probatorio*, cit., p. 937 ss.

forma a través de la que se introduce la fuente de prueba electrónica será a través de la documental en sentido amplio, sin perjuicio de que pueda ser corroborada a través de otros medios de prueba como los indicados.

También debo aclarar que hay que distinguir entre la prueba electrónica o documental-electrónica y la utilización de medios electrónicos para practicar otros medios de prueba. Así por ejemplo se ha planteado la inspección personal del Juez para que visite determinadas páginas web²³ o pueda analizar la situación de un bien inmueble en su entorno físico utilizando aplicaciones informáticas que permiten el acceso a mapas vía satélite, como *Google maps*²⁴. Otra opción será la práctica de la prueba testifical o de declaración de parte a través de videoconferencia. La aplicación de la tecnología al proceso judicial va más allá de la aportación de las fuentes de prueba tecnológicas a través de los medios de prueba, ya que incluye la práctica de éstos a través de los medios técnicos existentes.

En todo caso, en la actualidad legislativa nos encontramos ante tres medios de prueba con una regulación diferenciada: el documento electrónico; la prueba audiovisual; la prueba de instrumentos.

El primero se desarrolla en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de la Ley de Firma Digital y 318, 319 y 326 LEC. Además, en muchos casos la misma se aportará a través de su copia en soporte papel. Como ejemplo se podría citar el de un contrato concertado electrónicamente entre dos partes a través de internet. En este caso al presentar la demanda o la contestación a la demanda lo aconsejable es adjuntar una copia impresa del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 265.1.2 LEC.

En la prueba audiovisual y de instrumentos la regulación es diversa, a pesar de la aplicación analógica de la regulación de la prueba documental. Precisamente una de las principales críticas que se ha realizado a la regulación de estos medios de prueba es la parquedad de esta²⁵. Se dedican tan sólo tres artículos a desarrollar la prueba audiovisual y de instrumentos, lo que provoca que deba integrarse con la aplicación analógica de la prueba documental.

En mi opinión nos hallamos en todos estos casos ante una prueba documental. La diferencia es que mientras el documento con soporte papel es directamente accesible por sí mismo, aquel que tiene un soporte electrónico (bien sea una representación del pensamiento humano a través de palabras, datos,

²³ J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *ibidem*.

²⁴ Ver C. FONS RODRIGUEZ, *Reconocimiento judicial y nuevas tecnologías. ¿Puede solicitarse la prueba de un reconocimiento judicial para que el juez presencie, a través de videoconferencia, las márgenes que reocotge una persona sobre un determinado lugar o espacio fuera de la circunscripción judicial, y con ello evitar que se tenga que acudir al auxilio judicial*, en *La prueba de Reconocimiento Judicial*, dir. X. ABEL LLUCH-J. PICO JUNOY, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2011, p. 475 ss.

²⁵ Ver por todos, J. NIEVA FENOLL, *La prueba en documento multimedia*, cit., p. 458.

imágenes o sonidos) precisa de un aparato concreto para poder acceder a su contenido. En la actualidad los instrumentos para “leer” los archivos electrónicos son de general difusión en el ámbito judicial y de los operadores jurídicos, ya que es inconcebible que no se utilice un ordenador. Además, la administración de justicia tiende a la digitalización a través del expediente electrónico y el envío de comunicaciones electrónicas. Por todo ello la única especialidad que se podría generar deriva del acceso al medio electrónico, debiendo aplicarse en todo lo demás la regulación de la prueba documental.

A continuación, analizaré tres cuestiones sobre las que ha existido controversia o se han planteado dudas en la práctica y que son: si el contenido de una página web o de una red social se puede considerar hecho notorio, la aportación de la prueba electrónica al proceso y su impugnación.

3. El hecho notorio, las redes sociales e internet y la acreditación de su contenido en el proceso

3.1. Concepto de hecho notorio

En la antigua LEC no existía referencia alguna al hecho notorio, por lo que la doctrina y la jurisprudencia tuvieron que definirlo y delimitar sus características²⁶. De forma general se puede concebir el hecho notorio como aquel que forma parte del conocimiento general de la sociedad en un momento y tiempo determinado. La cuestión se plantea cuando se quiere delimitar en qué medida debe estar asumido el carácter de indiscutible. Por ello se ha planteado las siguientes distinciones: notoriedad permanente y notoriedad ocasional; notoriedad local y general; notoriedad judicial.

A nivel doctrinal se ha evolucionado desde la consideración de la notoriedad como la percepción colectiva de un suceso por los miembros de la sociedad a aquellos que forman parte de la cultura media de la sociedad en un momento y lugar determinado²⁷. Así Serra Domínguez afirma que “un hecho

²⁶ Ver ampliamente J. ARRIBAS ALTARRIBA, *La prueba del hecho notorio*, en *Objeto y carga de la prueba*, Barcelona, 2007, versión electrónica Vlex id. VLEX-444458; J. CABANAS GARCÍA, *Premisas básicas para una posible redefinición de la teoría procesal sobre el hecho notorio*, en *Justicia*, 1991, n. III, p. 565 ss.; J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2005, p. 83 ss.; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., p. 86 ss.

²⁷ Ver ampliamente J. CABANAS GARCÍA, *Premisas básicas*, cit., p. 574 ss. J. BONET NAVARRO, *Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil*, en *Diario la Ley*, 6 de octubre de 2009, referencia D-103, p. 6 de la versión electrónica, propone que se tome como referencia para delimitar el carácter notorio de un hecho los programas de estudios de la ESO o bachillerato. B. RIZO GÓMEZ, *La exclusión de los hechos notorios de la actividad proba-*

es notorio, aunque no lo conozca el Juez, siempre que pueda procurarse fácilmente dicho conocimiento²⁸. Montero Aroca lo concibe como “el hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial”²⁹. De La Oliva Santos afirma que “la notoriedad es la cualidad que el tribunal atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho”³⁰. Cabañas García afirma que es “aquel dato o hecho aceptado como verdadero por los magistrados de último grado de la jurisdicción en la que cabe se discuta el asunto, por ser conocido a la mayoría de los habitantes de la circunscripción judicial de dicho tribunal, de los cuales el Magistrado se provee de información, caso de no conocerlo”³¹.

En todo caso nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado de perfiles no definidos. Ello hace que cuando la parte alegue el hecho no tenga la certeza de si el Tribunal lo va a considerar como notorio o no³². Es decir, desde un punto de vista práctico tendrá que estar preparado para proponer los medios de prueba pertinentes para acreditar la afirmación fáctica o su carácter notorio.

En la actual LEC el hecho notorio se regula en el artículo 281.4 que prevé que “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”³³.

El momento procesal en el que el hecho debe ser declarado como notorio es el de la admisión de la prueba por el Tribunal. La eficacia directa en el proceso del hecho notorio es que es un supuesto de exención de prueba. La alegación se tiene como cierta y no precisa de la práctica de ningún medio de prueba. En el juicio ordinario el Tribunal deberá decidir que el hecho es notorio en la audiencia previa al admitir los medios de prueba propuestos por las

toria y la prueba de la costumbre, en *Práctica de los Tribunales*, n. 43, sección estudios, Noviembre 2007, p. 4 de la versión electrónica, afirma que el hecho notorio exige la «necesidad de que la colectividad lo tenga como cierto ... en todo tiempo y lugar».

²⁸ M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., p. 89.

²⁹ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 83.

³⁰ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2009, p. 282.

³¹ J. CABANAS GARCÍA, *Premisas básicas*, cit., p. 586. El concepto transcrito en el texto corresponde a la concepción del hecho notorio en términos globales, en términos particulares referencia la aceptación como cierto al Juez de la causa.

³² Tal como afirma A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 514, «la decisión sobre esa característica de un hecho solo puede corresponder al Tribunal».

³³ Ver la crítica que realiza J. ARRIBAS ALTARRIBA, *La prueba del hecho notorio*, cit., p. 6, con cita de doctrina en el mismo sentido.

partes. En el juicio verbal el momento procesal oportuno será al inicio del juicio, pero después de la fijación de hechos controvertidos³⁴.

Otra cuestión distinta es que si realmente el hecho es notorio nos hallaremos ante un hecho no controvertido, ya que la totalidad de las partes lo reconocerá³⁵. En caso contrario es conveniente que la parte que lo haya alegado proponga los medios de prueba adecuados para acreditar la afirmación efectuada o su carácter notorio. Si es inadmitida por el Tribunal por tener el carácter de notorio³⁶ sería conveniente que en el juicio ordinario se recurriera en reposición y posterior protesta para el caso en que sea desestimado de conformidad con lo previsto en el artículo 285.2 LEC. En el juicio verbal la parte deberá protestar contra la inadmisión del medio de prueba. Posteriormente, al interponer el recurso de apelación o la oposición al mismo debería proponer la práctica de la prueba. De esta forma si el Tribunal superior no considera que el hecho sea notorio se podrá practicar la prueba propuesta, bien para acreditar la alegación o su notoriedad³⁷.

Por último, también debe ser admisible la contraprueba, que consiste tanto en demostrar que el hecho no es notorio como que no es cierto³⁸.

³⁴ Tal como afirma J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 88, «si en la actualidad, con la LEC de 2000, se quiere que se haya producido un cambio real de contenido en la manera de hacer el proceso, no habrá más remedio que sacar las consecuencias inevitables de lo dispuesto en los artículos 428 y 429. Al final de la audiencia previa, el Juez con las partes tiene que dejar claramente establecido si existen hechos necesitados de prueba y, en su caso, cuáles son, de modo que no podrá dejar de pronunciarse sobre la notoriedad cuando ha sido afirmada por la parte».

³⁵ En este sentido se pronuncia L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1993, p. 38, afirmar que «tamaño perplejidad habrá de darse muy pocas veces, por cuando siendo una de las aplicaciones primordiales de la notoriedad el rellenar las lagunas de prueba, no se habrá generalmente producido una negativa específica de la contraparte sobre el hecho en cuestión».

³⁶ Estoy de acuerdo con L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 45, cuando afirma que «no es prudente que el juez de instancia inadmita una prueba basándose en su notoriedad». Una cuestión distinta es que la notoriedad sea una circunstancia admitida por las partes con lo que se convierte en un hecho no controvertido.

³⁷ Ver en el mismo sentido L. MUÑOZ SABATÉ, *ibidem*, que afirma que «si el órgano de apelación desecha la notoriedad tiene el deber de comunicarlo a las partes e invitarlas a probar la afirmación desposeída de aquella notoriedad, ya que de otro modo se habría producido una manifiesta indefensión». Estoy de acuerdo con lo afirmado por Muñoz Sabaté, pero con la regulación actual de la LEC el plazo para proponer prueba en segunda instancia precluye en los escritos de interposición y de oposición a la apelación (arts. 460 y 461.3 LEC respectivamente), por lo que es conveniente proponerla para el caso en que el tribunal considere que el hecho no es notorio. Si no se realiza la parte afectada podrá alegar la indefensión que se le ha causado a través de la declaración de nulidad de actuaciones que se regula en los artículos 228 y ss. LEC, pudiendo subsanarse permitiendo la proposición de la prueba.

³⁸ Tal como afirma A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios*, cit., p. 283, si la parte impugna la notoriedad o sostiene que lo notorio es falso «debe permitirse siempre que la contradicción hacia lo notorio no sea manifiestamente infundada». J. ARRIBAS ALTARRIBA, *La prueba del hecho notorio*, cit., p. 11 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 2008, p. 350.

3.2. Las redes sociales

La revolución que ha supuesto el uso de internet entre la población ha motivado la creación de redes sociales, que pueden ser generales como *Facebook* o *Twitter*, o profesionales como *LinkedIn*. La cuestión que se plantea es si el contenido que existe en las mismas es un hecho notorio.

De antemano debemos plantearnos si el hecho se convierte en notorio por la circunstancia de que se incluya en una red social. La respuesta debe ser negativa ya que, si concebimos como hecho notorio aquello que es asumido como cierto por la sociedad en un momento determinado, la sola circunstancia de que se incluya en el contenido de una red social no determina este carácter.

Además, debe distinguirse entre la existencia de una red social y su contenido. Respecto de la existencia podemos considerar como hecho notorio ya que es de general conocimiento por la sociedad y se puede acceder a las mismas fácilmente. Sin embargo, el acceso al contenido de cada uno de los usuarios dependerá de cómo se hayan configurado los perfiles de acceso a los mismos. Aunque tuviera carácter público, ello no determina por sí solo que tenga carácter de hecho notorio ya que no es asumido como cierto por la sociedad.

Una cuestión distinta es que la divulgación a través de la red social puede contribuir a que un hecho se convierta en notorio³⁹. Actualmente estamos viendo una revolución en el acceso al contenido de la información lo que contribuye a que la información acerca de los hechos se divulgue con más rapidez. Así por ejemplo la información acerca de los informes de las torturas a los presos iraquíes que estaban bajo custodia de las autoridades militares británicas divulgadas por *Wikileaks* han tenido repercusión universal y se ha divulgado rápidamente. Pero esta simple circunstancia no lo convierte en notorio, sino que debe ser asumido como cierto el contenido de dichos informes. Para ello indudablemente contribuye el grado de conocimiento del hecho que viene reforzado por el uso de las redes sociales.

3.3. El contenido de las páginas web

Otra cuestión distinta es si el contenido de una página web debe ser considerado como un hecho notorio. De forma similar a la distinción que realizaba

³⁹ Tal como afirma R. GARCIMARTIN MONTERO, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997, p. 78, «no debemos confundir el conocimiento directo del hecho con su divulgación; el conocimiento directo del hecho no es necesario para la notoriedad, por tanto, puede suceder que un hecho presenciado por muy pocas personas e incluso por una sola, se transforme en notorio merced a su divulgación».

en el apartado anterior hay que distinguir entre existencia y contenido. Actualmente es un hecho notorio la existencia de internet y de las páginas web, sobre todo aquellas que son más populares como el buscador google o la página de *Microsoft msn.es*. También se puede considerar un hecho notorio que las principales empresas y administraciones tienen un nombre de dominio que suele coincidir con su nombre comercial, marca o denominación pública.

Pero la afirmación realizada no convierte en notoria el contenido de dichas páginas web, sobre todo si se tiene en cuenta que muchas de ellas se actualizan con bastante periodicidad. Además, el contenido o distribución de la página web puede ser notorio para el grupo de personas que acceden con regularidad a las mismas, pero no para toda la sociedad. Así por ejemplo para los miembros de las comunidades universitarias es notorio que las webs de las distintas universidades permiten el acceso a un campus virtual, pero ello no significa que este hecho sea conocido por toda la sociedad.

Por ello podemos concluir que es notoria su existencia, pero no su contenido. Una cuestión distinta es que a través de la divulgación que se realiza a través de las páginas web el hecho se pueda convertir en notorio. Pero también hay que advertir que las noticias no siempre están contrastadas, con lo que se tiene que facilitar la posibilidad de proponer una contraprueba⁴⁰.

Otra influencia que puede tener la inclusión de un hecho notorio en una página web es que se facilita el acceso al mismo. Ello puede ser relevante cuando nos encontremos ante un hecho notorio local. La doctrina se ha planteado si este carácter exime de la práctica de prueba, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de acceder a tribunales superiores. Las soluciones son contradictorias:

– Por un lado, Serra Domínguez afirma que «únicamente cuando las notoriedad haya rebasado el carácter local podrá ser estimada como tal ante los Tribunales Superiores»⁴¹.

– Sin embargo, Montero Aroca parece reconocerlo al afirmar que «para que un hecho sea notorio no es preciso que sea conocido por todo el mundo», distinguiendo a continuación entre la notoriedad universal, nacional, regional y local⁴².

Por último, la circunstancia de que un hecho esté recogido en el contenido

⁴⁰ Tal como advierte A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios*, cit., p. 283, «no es de creer a pies juntillas todo lo que publica cualquier periódico o se dice en la radio o en la televisión, pero no cabe negar que periódicos, radio y televisión han aumentado la aplicabilidad prudente de la notoriedad».

⁴¹ M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Probatorio*, cit., p. 88 y p. 89.

⁴² J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 83. En el mismo sentido se pronuncia R. GARCIMARTIN MONTERO, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, cit., p. 77.

de una página web también facilita el acceso a la información por parte del juez, aunque en este ámbito hay que delimitar entre el hecho notorio y el conocimiento privado del juez. Nos hallamos ante una distinción muy difícil de realizar y de carácter controvertido⁴³.

4. La aportación en formato digital de los documentos adjuntos a los escritos de alegaciones

4.1. Regulación

La legislación aplicable a la cuestión planteada es el artículo 230.5 LOPJ, los artículos 135.3, 162.2, 267 y 268 LEC y el Real decreto 84/2007, de 26 de enero (BOE de 13 de febrero).

4.2. La posibilidad de presentar los documentos digitalizados junto con los escritos de alegaciones

El artículo 162.3 LEC prevé que «*Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, podrán, no obstante, ser presentados en soporte electrónico mediante imágenes digitalizadas de los mismos, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 de esta Ley, si bien, en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse aquéllos en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale*».

Este precepto fue modificado en su redacción original por la disposición final 6.1.4 de la ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del Mercado Hipotecario. Hasta esta modificación legislativa la única forma en que se podían aportar los documentos era en formato papel. Cuando empezaron a hacerse pruebas con lo que sería posteriormente el sistema LEXNET el Consejo General del Poder Judicial, en el acuerdo 44 del Pleno de 28 de septiembre de 2005, realizó la observación 1.3: «*se hace preciso que a la mayor brevedad se aborde las pertinentes reformas procesales en las que se dé respuesta jurídica a la nueva realidad, consecuencia del uso de medios electrónicos tanto en la presenta-*

⁴³ Ver ampliamente el desarrollo que efectúa L. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, cit., p. 42, nota 53.

ción de demandas y escritos por parte de los profesionales como de las notificaciones a estos de las resoluciones judiciales. Así, sin ánimo exhaustivo, se considera oportuno que la reforma trate cuestiones tales como la presentación de documentos electrónicos con la demanda, la determinación del inicio de los efectos jurídicos tanto de la presentación telemática de escritos como de las notificaciones, clarificación de la eficacia de los acuses de recibo que el sistema genera, el uso o utilización de dicho sistema por los intervinientes en el proceso, (...) En definitiva, resulta imprescindible para el adecuado funcionamiento del sistema propuesto la fijación o determinación concreta del instante procesal exacto en el que deba entenderse por todos efectuado un acto procesal por esta vía, objetivo que debe ser abordado mediante las reformas procesales que correspondan».

Este acuerdo lo reproduce en el informe que emite al proyecto de Real Decreto sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de Telecomunicaciones Lexnet para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos, que aprobó en la sesión del Consejo General del Poder Judicial de 4 de julio de 2006.

La reforma que exigía el Consejo General del Poder Judicial se realizó mediante la disposición final sexta de la ley 41/2007, de 7 de diciembre por la que se modifica la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia por la que se establece determinada norma tributaria, publicada en el BOE de 8 de diciembre y con entrada en vigor el 9 de diciembre de 2007. Esta disposición y a pesar de que el objeto de la ley era totalmente distinto, que da nueva redacción a los artículos 135, 162, 267 y 268 de la LEC para permitir la aportación de documentos en formato digital al proceso civil.

A través de esta reforma se adaptó el régimen de aportación de los documentos a la nueva regulación de presentación telemática de escritos y documentos prevista en el Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, publicado en el BOE de 13 de febrero de 2007 y con entrada en vigor el 14 de febrero. Lo que hizo el legislador fue introducir la reforma de la LEC en un proyecto de ley que ya se estaba tramitando.

El anexo V del Real Decreto 84/1007 enumera como una de las funcionalidades del sistema LEXNET permitir la presentación, transporte de escritos procesales y documentos que con los mismos se acompañen, así como su distribución y remisión a la Oficina Judicial encargada de su tramitación.

El artículo 4 del Real Decreto 84/2007 prevé que el uso de LEXNET por parte de los secretarios judiciales y los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia destinados en oficinas judiciales que dispon-

gan del sistema y estén dotadas de los medios necesarios tiene carácter obligatorio. Una vez modificada la LEC para permitir la aportación de documentos en formato digital, no existe ningún inconveniente para que se puedan presentar por este mecanismo.

Por otro lado al Tribunal también le vincula la firma de los protocolos para la presentación de escritos de trámite por medios telemáticos en el ámbito de la Administración de Justicia que se han firmado en las distintas Comunidades Autónomas. Por ejemplo, en Catalunya se firmó el Convenio de Colaboración entre la Administración de Justicia, mediante el Departamento de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de Catalunya para el envío de documentos en los procedimientos judiciales el 13 de junio de 2013. Es cierto que estos protocolos tienen carácter gubernativo, pero la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2014, de 7 de abril afirma que «el recurrente no puede verse perjudicado en su Derecho al seguir las pautas establecidas en un acto, si bien de carácter gubernativo, de un órgano judicial». Por ello puedo concluir que la aplicación de los protocolos firmados tiene carácter obligatorio para la presentación de escritos procesales y sus documentos.

Procesalmente se podría discutir si la contestación a la demanda es un escrito de tramitación, y al respecto no existe ninguna duda. La contestación a la demanda es un trámite del procedimiento por lo que se puede presentar por medios telemáticos junto con los documentos en formato electrónico como anexo. Además, el artículo 135.1 LEC indica literalmente que «cuando las Oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos». Es decir, la previsión legislativa incluye la posibilidad de presentar telemáticamente la demanda y el resto de escritos procesales de parte.

Este precepto fue modificado por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Su finalidad, entre otras, fue implantar el papel cero en los juzgados, que tenía que ser efectivo el 1 de enero de 2016. Lo cierto es que en la actualidad no se ha conseguido, aunque es cierto que se va implantando poco a poco en los distintos ordenes jurisdiccionales. Actualmente se han aprobado protocolos por los Tribunales Superiores de Justicia de las 17 Comunidades Autónomas que integran el Estado español, pero aún no se ha implantado totalmente.

4.3. La no posibilidad de admitir los documentos en un momento inicial

Otra de las cuestiones que se plantea es si el órgano judicial puede inadmi-

tir la contestación a la demanda o los documentos adjuntos por haberse presentado en formato digital. La respuesta debe ser negativa. El artículo 135.1 LEC permite la presentación telemática de los escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de manera alternativa al original o a las copias. Por ello la no presentación en papel ante el Juzgado no puede ser motivo de inadmisión.

Por otro lado, se podría plantear si el Tribunal puede requerir a las partes para que subsanen la no presentación de los documentos por escrito cuando se hubieran aportado en forma electrónica. La LEC regula posibilidad en el artículo 162.3 in fine que prevé que cuando se hubiera presentado el documento mediante imagen digitalizada, en la forma prevista en los artículos 267 y 268 LEC, «en caso de que alguna de las partes, el tribunal en los procesos de familia, incapacidad o filiación, o el Ministerio Fiscal, así lo solicitasen, habrán de aportarse en su soporte papel original, en el plazo o momento procesal que a tal efecto se señale».

Es decir, con carácter general se puede afirmar que el Tribunal de oficio no podrá requerir la aportación del documento en el soporte papel original. Sólo de forma excepcional está previsto en alguno de los procesos civiles regulados en el Libro IV de la LEC, que se caracterizan por la ampliación de las facultades probatorias del Tribunal para defender el interés público concurrente, podrá requerir la aportación de oficio.

4.4. Momento procesal para requerir la aportación del documento original

Otra de las cuestiones que se plantean es cuál sería el momento procesal oportuno. La LEC no lo prevé expresamente, pero entiendo que esta solicitud debe estar vinculada con la impugnación del documento aportado en forma electrónica, de forma análoga al tratamiento procesal que recibe la copia del documento. Los artículos 267 y 268 LEC regulan la impugnación de la autenticidad de la imagen digitalizada de los documentos públicos y privados respectivamente. El momento procesal adecuado para realizarlo es en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal. De una forma preventiva es conveniente que la parte que haya aportado la copia digitalizada lleve el original al acto de la audiencia previa o del juicio verbal para que se pueda cotejar en ese momento si se impugnase. En caso contrario debe darse un plazo a la parte aportante para que facilite el documento original para su cotejo. Ello es especialmente relevante en el caso en que se tenga que realizar una prueba caligráfica.

5. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos

5.1. La impugnación

El artículo 427.1 LEC regula el posicionamiento de las partes antes los documentos y dictámenes presentados. El tenor literal del mismo es el siguiente: «En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o impugna o reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad».

En la práctica se ha planteado la cuestión del alcance de las facultades de las partes. En mi opinión la parte puede realizar dos actividades en este momento procesal⁴⁴: impugnar la validez formal o autenticidad; impugnar la validez material.

Por lo tanto en este momento procesal la parte demandante deberá posicionarse respecto del documento electrónico presentado por la adversa, incluyendo la posibilidad de formular alegaciones sobre el contenido del documento aportado de contrario⁴⁵. Así debemos distinguir entre los documentos constitutivos y declarativos, siendo los primeros aquellos que encierran en sí mismos un determinado acto o negocio jurídico y los segundos los que proporcionan un dato o saber relativo a un negocio jurídico. En el segundo supuesto, es decir, en relación con el documento que incluya un tramo de narrativa⁴⁶ o provoque una consecuencia jurídica como puede ser la prescripción⁴⁷, la parte adversa debe tener la posibilidad de realizar alegaciones sobre el contenido del mismo en el ámbito de la impugnación prevista en el artículo 427 LEC. Y todo ello sin perjuicio de que es una distinción meramente teórica y en la práctica nos podemos hallar con supuestos en los que un documento

⁴⁴ Ver ampliamente el artículo que he publicado junto con J. SÁNCHEZ GARCÍA, *Pronunciamento de las partes ante los documentos aportados de contrario*, en *Diario La Ley*, n. 79494, 22 de octubre de 2010, referencia La Ley 134/2010.

⁴⁵ En el mismo sentido X. ABEL LLUCH, *La prueba documental*, en *La prueba Documental*, Barcelona, 2010, p. 193, que afirma que «con anterioridad a la valoración judicial en sentencia, el documento puede ser objeto de impugnación en a la fase de alegaciones, en la fase de audiencia previa o vista, y en la fase de conclusiones. El término impugnar se entiende en sentido amplio, no circunscrito a la interposición de los recursos ordinarios o extraordinarios, sino como facultad de formular alegaciones o aportar medios e prueba que desvirtúen el contenido de un documento de adverso».

⁴⁶ L. MUÑOZ SABATÉ, *¿Cuándo se deben impugnar los documentos acompañados con la demanda?*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2008, n. 2, p. 561.

⁴⁷ Por ejemplo, por la remisión de un SMS o un correo electrónico reclamando el cumplimiento de la obligación.

tenga carácter dispositivo y declarativo, como sucede de forma habitual en los contratos donde en primer lugar se realiza una serie de alegaciones de las partes contratantes para a continuación expresar la parte dispositiva del contrato.

La problemática que se genera es que el legislador no ha previsto en el artículo 427.1 LEC el pronunciamiento de las partes sobre los medios de prueba audiovisuales o de instrumentos. Tal como afirma Montero Aroca «no se sabe si atribuir a un olvido que en el artículo 427, dentro de la audiencia previa, se exija que las partes se pronuncien sobre los documentos aportados de contrario, admitiéndolos o impugnándolos, y proponiendo prueba sobre su autenticidad, y también sobre los dictámenes periciales presentados hasta el momento, mientras que no se dice nada respecto de los medios de reproducción del sonido o de la imagen»⁴⁸.

Para resolver esta cuestión debo partir de unas consideraciones previas:

– en el artículo 382 LEC, que regula los «instrumentos de filmación, grabación y semejantes» el legislador permite que las partes impugnen la autenticidad y exactitud, proponiendo o aportando los dictámenes periciales y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes.

– en el artículo 384 LEC, que regula «los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso», permite que las partes puedan alegar y proponer lo que su derecho convenga.

Es decir, a pesar de no prever el momento procesal adecuado en el que realizar la impugnación de la autenticidad y exactitud de estos medios de prueba, sí que está previsto que la parte pueda realizarlo. Otra cuestión que se plantea es cómo se practican estos medios de prueba.

Las diferencias entre la prueba documental y estos medios de prueba consisten en la práctica de esta y concretamente en el modo de acceder al contenido del soporte. Ello exige que en el caso de la prueba audiovisual y por instrumentos deba reproducirse y accederse a su contenido en el acto del juicio en el procedimiento ordinario o de la vista en el juicio verbal⁴⁹.

En relación con la práctica de estos medios de prueba se genera una dificultad práctica con importantes repercusiones procesales. La prueba audiovisual y de instrumentos informáticos debe aportarse en la demanda o contestación, pero si no aplicamos de forma analógica la regulación de la prueba documental la LEC no obliga de forma expresa a que se adjunte una copia para facilitarla a la parte contraria⁵⁰. Es cierto que la parte contraria podrá solicitar

⁴⁸ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 451.

⁴⁹ En este sentido J. MONTERO AROCA, *ibidem*, para la reproducción del sonido y de la imagen y para la prueba de instrumentos informáticos.

⁵⁰ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 449.

que se expida un testimonio de la misma para acceder a la información y poder realizar las alegaciones pertinentes. En mi opinión el problema se genera desde una doble perspectiva:

– desde la posición de la parte demandada ésta no tendrá conocimiento del contenido de la prueba audiovisual o de instrumentos informáticos hasta que no se le facilite la copia del soporte, para lo que debe requerirlo a la oficina judicial. La solicitud no suspende el plazo para contestar a la demanda, por lo que ninguna alegación podrá realizar al respecto en la misma. Por ello se plantea la cuestión de cuál será el momento procesal en el que deberá realizarlo, si en la audiencia previa o en el acto del juicio.

– desde la posición de la parte actora no se le va a facilitar la copia de los soportes aportados por el demandado en la contestación a la demanda salvo si el lo requiere, lo que planteara la misma cuestión.

Una posible solución es que las alegaciones y la impugnación de la autenticidad se realicen después de haber visionado el soporte audiovisual en el acto del juicio, pero éste no es el momento más adecuado para realizarlo ya que ello puede generar dilaciones procesales. Concretamente la parte puede proponer la práctica de la prueba pertinente para acreditar la autenticidad o veracidad del contenido del soporte, y que consistirá habitualmente en un dictamen pericial o testifical para acreditar que la parte no es el autor de esa declaración al hallarse en ese momento en otro sitio distinto.

En mi opinión esta solución no es satisfactoria ya que la LEC no prevé que en el acto del juicio del procedimiento ordinario se pueda proponer la práctica de prueba. Por otro lado, aunque se permitiera ello generaría la suspensión del juicio con las dilaciones procesales que implicaría. Entiendo que esta solución puede ser evitada realizando una interpretación integradora de los artículos 382 a 384 LEC con la regulación de la prueba documental ya que la única diferencia radica en el modo en que se accede al contenido del soporte, y exigir que se presente la copia junto con el escrito de demanda o de contestación. Si ello no se realizara el Secretario Judicial debería hacer notar dicha omisión y conceder un plazo de subsanación de 5 días (art. 275 LEC).

De esta forma se garantiza que las partes tengan la copia del soporte antes de la contestación a la demanda o de la audiencia previa, para que puedan impugnarlo o realizar las alegaciones relacionadas con el contenido, aplicando de forma analógicamente la previsión del artículo 427 LEC para la prueba documental. En este momento también se deberá poner de manifiesto si la parte no ha podido acceder al soporte por no ser uno de los formatos de reproducción habituales en la sociedad o requerir un medio de reproducción específico que no sea de acceso generalizado.

Posteriormente a la impugnación o realización de las alegaciones pertinen-

tes se podrá proponer la práctica de la prueba correspondiente, tal como desarrollaremos en el siguiente apartado. Concretamente nos centraremos en la prueba de los siguientes aspectos: autenticidad y veracidad; atribución de la autoría; el contenido.

5.2. La impugnación del documento electrónico y de la prueba por instrumentos audiovisuales o electrónicos

Recordemos que la LEC regula de forma parcial el documento electrónico en los artículos 318 y 319 al hacer referencia al documento electrónico público y en el 326.3 al regular la fuerza probatoria de los documentos privados. Además, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y la Ley de Firma Electrónica se refieren expresamente al mismo, regulándolo parcialmente esta última en su artículo 3.

La Ley de Firma Electrónica parece reservar la denominación de documento electrónico a aquél que haya sido firmado digitalmente de conformidad con lo previsto en la misma. Sin embargo, debe entenderse que incluye toda representación que esté recogida en un soporte electrónico⁵¹, y ello con independencia de que esté firmado digitalmente o no.

Las posibilidades de impugnación del documento electrónico se extienden a su autoría y a su integridad. Estos extremos se acreditan a través de la firma electrónica, regulada en la Ley de Firma Electrónica. Esta ley distingue dos tipos de firmas digitales: la firma electrónica reconocida; la firma electrónica avanzada.

La diferencia entre ambas es que la firma electrónica reconocida acredita que el documento ha sido firmado por el titular de la firma electrónica, pero la firma electrónica avanzada está rodeada de unas garantías que intentan garantizar que la misma sea intransferible. Además, con la firma electrónica se garantiza el contenido del documento⁵².

Si a pesar de estar firmado electrónicamente se impugna su autenticidad el artículo 326 de la LEC se remite al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica. El artículo 3.8, inciso tercero de la Ley de Firma Electrónica prevé que “si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo esta-

⁵¹ Ver ampliamente la enumeración que realiza J. NIEVA FENOLL, *La prueba en documento multimedia*, cit., p. 453 ss. Tal como advierte F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 778, nota 2, la enumeración ha quedado superada por la evolución de la técnica.

⁵² Al respecto ver ampliamente A. DE LA OLIVA SANTOS, *Comentarios*, cit., versión electrónica; J. NIEVA FENOLL, *Práctica y valoración*, cit., versión electrónica; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *¿Avanzan en paralelo*, cit., p. 163 ss.

blecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". El artículo 326.2 LEC prevé que "cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto". Es decir, el artículo 326.3 LEC se remite al artículo 3 de la ley de Firma Electrónica, que a su vez se remite al artículo 326.2 LEC.

Finalmente, la conclusión es que si se impugna la validez de la firma electrónica avanzada deberá acreditarse su autenticidad a través de un dictamen pericial. Desde esta perspectiva existe la posibilidad de determinar la autenticidad de la firma a través de la IP de los ordenadores utilizados o de los rastros informáticos de su posible uso fraudulento.

Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida el artículo 3.8, inciso primero y segundo regula la forma de acreditar la autenticidad de la misma⁵³. La forma de proceder que será el siguiente: «El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros».

Es decir, deberá aportarse un certificado por parte de la entidad certificante de que ha cumplido con los requisitos y condiciones establecidas en la ley y que la firma se ha generado mediante un certificado seguro de creación de firma electrónica. El inciso segundo afirma que se presume la autenticidad de la firma electrónica si las comprobaciones obtienen un resultado positivo. Por ello el impugnante deberá acreditar que la firma electrónica ha sido utilizada fraudulentamente o que no reúne las condiciones necesarias para ser calificada como firma electrónica avanzada, debiendo aportar o proponer la práctica de

⁵³Sobre los antecedentes de este precepto ver ampliamente G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *¿Avanzan en paralelo*, cit., p. 788 ss.

la prueba pericial o cualquier medio de prueba que tienda a acreditar que la parte que supuestamente firmó electrónicamente el documento no estaba en el lugar que indica la IP del ordenador utilizado o no tenía acceso a ningún sistema que le permitiera realizar la transacción.

Si el documento no ha sido firmado electrónicamente deberá acudir a la prueba pericial para determinar el IP del ordenador y así localizarlo, pudiendo acreditar que el supuesto autor del documento no lo ha podido utilizar.

Otra opción sería solicitar un certificado al prestador del servicio de la sociedad de la información por el impugnante para que acreditara que no ha utilizado los servicios contratados para enviar ese documento. El artículo 12 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información obliga a las empresas prestadoras del servicio a guardar los datos de los usuarios en los siguientes términos:

«1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo.

2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información».

En principio el apartado tercero de este artículo prevé que la finalidad de la retención de la información es para fines penales. En el ámbito penal cuando se ordena judicialmente la intervención de las comunicaciones de un imputado en un proceso penal las compañías suministradoras dan acceso libre a la autoridad judicial a la información recopilada relacionada con un número de teléfono o una línea *adsl*. Si es un teléfono móvil no sólo se da acceso al contenido de las conversaciones de voz, mensajes *sms* o correos enviados y recibidos, sino también del lugar a través del que se realizó.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información prevé que dicha información se retiene a los efectos de una posible investigación criminal. Pero debe tenerse en cuenta que el titular de la misma es el contratante, por lo que puede solicitar que se emita un certificado en el que figuren los datos recopilados de la conexión que tuviera contratada⁵⁴. De esta forma se facilitaría que en el proceso civil se acreditara el envío o recepción de un *sms* o de un correo electrónico.

⁵⁴Ver J. NIEVA FENOLL, *Práctica y valoración*, cit., versión electrónica.

En la práctica se suele acudir a la preconstitución de la prueba acudiendo a un fedatario público para que acredite que en el teléfono móvil o en el ordenador de la parte existe un mensaje de correo electrónico con un determinado contenido. Pero en muchos casos puede no ser suficiente ya que actualmente es relativamente sencillo enviar un correo electrónico o un *sms* desde un ordenador aparentando que se envía desde una cuenta de correo o número de teléfono distinto al realmente utilizado.

En el orden penal el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la impugnación de la autenticidad de los mensajes remitidos por el imputado por el delito a la víctima utilizando algún sistema de mensajería instantánea en las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo número 300/2'15, de 19 de mayo y 754/2015, de 27 de noviembre. La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 375/2018, de 19 de julio, resume la doctrina jurisprudencial fijadas declarando que «no existe presunción *iuris tantum* de falsedad que deba ser destruida mediante la prueba pericial (...) tal pericia no será precisa cuando no exista dudas al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba»⁵⁵.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, al aplicar esta doctrina, ha exigido que la impugnación fuera razonable⁵⁶.

La posición de los Tribunales se puede resumir en que:

- la parte a quién perjudique un mensaje remitido por mensajería instantánea puede impugnar su autenticidad.
- La impugnación debe ser razonable, sin que sea suficiente una negación de carácter genérico e indeterminado.
- Una vez realizada debe proponerse la elaboración de un dictamen pericial sobre la autenticidad del mensaje, aunque el mismo también se puede acreditar a través e otros medios de prueba como la declaración de parte o la prueba testifical.

En el orden social también se ha planteado la impugnación de la autenticidad de los mensajes remitidos por servicios de mensajería instantánea. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 556/2016, de 28 de enero, resuelve un caso en el que se había planteado la impugnación de un mensaje remitido a través de *Whatsapp*. En esta sentencia el Tribunal plantea cuatro hipótesis: que la parte interlocutora de la conversación no la impugne; cuando reconoce su existencia y contenido; cuando

⁵⁵ Ver el comentario realizado por O. FUENTES SORIANO-P. ARRABAL PLATERO, *Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un principio de prueba. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio*, en *Revista General de Derecho Procesal*, n. 47, 2019.

⁵⁶ Ver por todas la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja número 166/2018, de 15 de noviembre.

se compruebe mediante el cotejo con el otro terminal implicado; y cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación. También advierte de los riesgos de manipulación derivados de la existencia de programas informáticos.

Si las partes implicadas en la conversación reconocen el envío y contenido de los mensajes, o no los impugnan, no se plantean problemas probatorios en relación con su acreditación. Nos hallaríamos ante unos hechos no controvertidos que no precisan de prueba, tal como prevé el artículo 281.3 LEC.

En el caso en que se impugne la existencia y contenido de los mensajes aportados por una de las partes nos hallaríamos ante un hecho controvertido, que sería objeto de prueba en el proceso. Para ello se pueden utilizar cualquiera de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico. La prueba más adecuada según las sentencias expuestas es el dictamen pericial de un experto que acredite que la conversación no ha sido manipulada y que fue remitida por la parte que la ha impugnado.

Pero debo advertir, que estos dictámenes periciales no son concluyentes. Estos no pueden acreditar ni la autenticidad ni la manipulación de forma absoluta. Por ello no se les puede otorgar este carácter dirimente de la controversia que se le pretende atribuir. Es cierto que la tentación de afirmar una cosa u otra porque existe el dictamen de un experto es muy tentadora y lo hemos visto en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en el que la decisión de la controversia depende de razones técnicas, como puede ser los conflictos derivados de la construcción.

Además, existe otro factor a tener en cuenta que es el coste de la emisión del dictamen. Su realización implica una importante inversión económica para las partes y no en todos los casos está justificada por los intereses en juego.

Por todo ello considero que efectivamente el dictamen pericial puede ser importante para valorar la autenticidad o manipulación de una conversación o de un mensaje remitido por vía electrónica, pero no puede ser determinante. Habrá que atender también a otros hechos o indicios que ratifiquen su autenticidad o falsedad, además de exigir que su impugnación sea razonable.

Si se ha impugnado la integridad del documento electrónico o su contenido también se puede acreditar mediante otros medios de prueba⁵⁷. La ventaja e inconveniente de los servicios electrónicos es la huella digital que se deja. Así se puede intentar acreditar la existencia de esta para demostrar que el mensaje o la conversación es auténtica y no ha sido manipulada. Otras opciones sería

⁵⁷ Tal como afirman O. FUENTES SORIANO-P. ARRABAL PLATERO, *Impugnación de la prueba*, cit., «la acreditación de la prueba tecnológica impugnada puede venir dada por cualquier medio probatorio puede constituir prueba instrumental para acreditar la autenticidad de la prueba tecnológica impugnada y no, únicamente, por medio de la prueba pericial informática».

facilitar la terminal en que se ha recibido el mensaje para que el Tribunal comprobase la realidad de su recepción⁵⁸.

Desde un punto de vista práctico se puede solicitar al proveedor del acceso a internet o donde estén almacenados los datos, que suele ser una sociedad externa y sin vinculación con la parte, que certifique el contenido concreto de la página en un día y momento determinado. Otra forma sería aportar como prueba documental el histórico de esa página web, que es posible generar a través de determinados buscadores como google. Una última opción es preconstituir la prueba solicitando a un fedatario público que realice un acta de constancia en la que acceda a una página web determinada y acredite su contenido.

En la actualidad existen servicios independientes que realizan el envío de *sms* o correos electrónicos firmados electrónicamente que pretenden acreditar el contenido y la fecha de envío y recepción.

Respecto de los instrumentos audiovisuales e informáticos se puede impugnar tanto la autoría como la autenticidad del instrumento, pero también la atribución de la voz a una persona determinada. En este caso se podrá proponer cualquier medio de prueba para acreditar el extremo impugnado.

A pesar de todo ello, puede suceder que al Órgano Jurisdiccional no le quede acreditado que el mensaje o la conversación electrónica se ha producido. En este caso deberán aplicarse las normas de carga de la prueba.

En el proceso penal el Tribunal deberá aplicar la norma de presunción de inocencia y dictar sentencia absolutoria. Sin embargo, en el proceso civil aplicará las normas de carga de la prueba previstas en el artículo 217 LEC. Sobre las mismas debo advertir que no tienen carácter automático, sino que el Tribunal también deberá apreciar la existencia de una mayor disponibilidad o facilidad probatoria de una de las partes, tal como prevé el apartado 7º de este precepto. Así, por ejemplo, en el caso en que a la parte impugnante se le requiera el móvil, el ordenador o el acceso al sistema de mensajería para analizar la autenticidad y contenido de los mensajes remitidos y éste no lo facilite alegando razones no creíbles se podría invertir la carga de la prueba.

⁵⁸ Así por ejemplo en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 375/2018, de 19 de julio, el Tribunal tuvo en cuenta que la parte aportó su contraseña de Tuenti para el caso en que la conversación fuera cuestionada y que se practicó la prueba testifical con el tercero con el que había mantenido la conversación ratificándola.

Capitolo II

Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie

Francesco Caprioli

SOMMARIO: 1. La verità digitale. – 2. Spargimenti di sangue. – 3. Logiche non monotoniche. – 4. Nuovi diritti. – 5. Nuove garanzie.

1. La verità digitale

Nell'ultimo bellissimo romanzo di Jonathan Franzen, *Purity*, c'è un singolare personaggio – una specie di mecenate miliardario un po' folle – che si è fatto installare una videocamera sul cappello perché ha deciso di videoregistrare ogni singolo momento della sua vita. A un certo punto, inaspettatamente, si mette a disquisire di procedura penale. Ma poi, si domanda, questa teoria delle prove penali ... chi ci crede più, ormai? La "ricerca della verità"! Ce l'ho io la verità, ce l'ho qui registrata: e aspetto con impazienza il giorno in cui il processo penale consisterà nel sedersi a guardare la verità digitale¹.

Forse tra cento anni il processo penale sarà davvero qualcosa del genere: tutti seduti a guardare la verità digitale. Chi lo sa. Quel che è certo è che lo sviluppo tecnologico sta travolgendo l'intera nostra dogmatica della prova, ancora costruita sul modello della prova dichiarativa come ai tempi della Rivoluzione francese. Contraddittorio, oralità, immediatezza cominciano ad assumere un fascino *vintage* da film storico in costume. Altrettanto certo è che la tecnologia ha ormai assunto le fattezze di un autentico sistema *regolativo* dei rapporti umani, che affianca il diritto e deve relazionarsi con il diritto esatta-

¹J. FRANZEN, *Purity*, Einaudi, Torino, 2016, p. 550.