



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO DE FIN DE GRADO

La Prueba Electrónica en el Proceso Laboral

Presentado por Brenda Sánchez Murillo

Tutorizado por Borja Olalquiaga Aranguren

Segovia, 16 de julio de 2021.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1 LA PRUEBA	
1. Significado general de la prueba	8
2. La prueba enfocada a la jurisdicción	8
3. La distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba	9
4. Concepto de prueba electrónica	10
5. Características de la prueba electrónica	11
5.1. El “test de admisibilidad”	12
CAPÍTULO 2 RÉGIMEN JURÍDICO	
1. Fase de obtención de la prueba y licitud en el proceso laboral	15
1.1. Obtención.....	15
1.2. Licitud.....	16
2. Fase de aportación de la prueba digital al proceso	16
2.1. Forma de aportación.....	17
2.2. La prueba electrónica incorporada al juicio por diferentes medios de prueba .	17
3. Fase de Valoración de la prueba	18
3.1. Integridad	18
3.2. Autenticidad.....	19
4. Eficacia	19
5. Conservación de la prueba electrónica	20
5.1. La cadena de custodia	20
6. Verificación de pruebas	21
6.1. ¿Es posible la manipulación de las pruebas electrónicas?	21
6.2. Medios de verificación: La prueba informática pericial	21
7. La práctica de la prueba	22
8. Impugnación	23
9. Los prestadores de servicios de confianza	23
CAPÍTULO 3 TIPOS DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS	
1. El documento electrónico	27
2. El correo electrónico	27
2.1. Acceso a la información de los dispositivos del emisor y/o receptor	27
3. La página web	28
3.1. La información que contiene la página web y su relación con los derechos fundamentales.	28
3.2. La página web como prueba	29
3.3. Uso de internet por el trabajador	29
4. El mensaje de teléfono móvil	29
4.1. El SMS	29
4.2. La prueba de una comunicación por SMS	30
4.3. EL WhatsApp	30
5. El registro fonográfico	31
6. La videgrabación.....	31
7. La fotografía digital	32
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

INTRODUCCIÓN

Pocos aspectos de la teoría y la práctica jurídica se han visto tan afectados por las nuevas tecnologías como ha sido la acción probatoria de pruebas electrónicas en el proceso judicial. Nuestro ordenamiento jurídico español no contiene aún ninguna regulación expresa para la prueba electrónica, a pesar de la importancia que presentan dichas pruebas modernas en la sociedad actual y necesarias en un proceso judicial, es por lo que, el objeto del presente trabajo consiste en tratar conceptos generales a la hora de referirnos a prueba, tecnología y procesos, e intentar estudiar de forma más específica la prueba electrónica en el proceso laboral.

En la sociedad actual los dispositivos electrónicos, los sistemas informáticos y herramientas digitales para la comunicación son elementos importantes y habituales para el funcionamiento de la empresa, su uso aumenta la productividad ya que el trabajador realizará su actividad en menor tiempo y facilita sus labores en la empresa, de tal forma que el empresario deberá controlar su adecuada utilización en la empresa. Además, las empresas podrán utilizar los medios de vigilancia a través de imagen y sonido para el control de las actividades que realizan los trabajadores y como prueba de sus incumplimientos.

En los procesos laborales serán relevantes las pruebas como: el correo electrónico o cualquier tipo de mensajería digital emitidos o recibidos por el trabajador; los documentos electrónicos que acrediten conductas fraudulentas (robo de información, competencia desleal,...); registros informáticos durante la jornada laboral que pongan en duda la conducta del trabajador; la videograbación mencionada en el párrafo anterior y/o cualquier prueba de dispositivos informáticos proporcionados por la empresa como herramienta de trabajo que se utilice inadecuadamente.

A continuación, el presente trabajo tiene como objeto el estudio general de la prueba y el conjunto de reglas de importancia en el proceso que regulan la prueba electrónica para ser llevada ante el juez.

ABREVIATURAS

Art. Artículo

CC Código Civil

CE Constitución Española de 1978

CP Código Pena

DRAE Diccionario de la Real Academia Española

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LFE Ley de la Firma Electrónica

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

UE Unión Europea

LA PRUEBA

CAPÍTULO 1

1. Significado general de la prueba

La prueba está presente en cualquier ámbito de nuestras vidas, por lo que forma parte de nuestra actividad humana y, sobre todo en un sentido fundamental en la vía judicial. La noción de prueba trasciende el campo del derecho, ya que se extiende a todas las ciencias que requieren del saber humano, e incluso en nuestra vida cotidiana, ya que en ocasiones necesitamos probar hechos o sucesos a otras personas para demostrar la veracidad de nuestros actos. Dellepiane (como se citó en Echandia, 1984) argumenta que el historiador, el sociólogo, el periodista, el químico, el investigador de cualquier campo incluso un artista, deben probar los hechos, los resultados, los efectos y las causas de éstos, reconstruyendo el pasado, analizando el presente y deduciendo el futuro.

La prueba es un concepto que encontramos con distintas acepciones según su contexto en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) que propone catorce significados. De los cuales los que más se aproximan y se refieren al contexto en el que vamos a trabajar son las siguientes acepciones:

“Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”¹ e “Indicio, señal o muestra que se da de algo”².

Además, resulta necesario referirnos a su origen. La etimología de la palabra “prueba” proviene del latín “*probus*”, que significa honrado, por tanto, auténtico. De este significado concluiremos con que la prueba y su acción de probar se refleja en autenticar algo positivamente.

2. La prueba enfocada a la jurisdicción

La prueba en nuestra jurisdicción es la herramienta que permite acercar a los hechos ocurridos en un pasado con el fin de descubrir la verdad. Es un medio jurídico, que la ley admite como elemento probatorio ya que *“la administración de justicia sería imposible sin la prueba”* (Echandia, 2002).

Su importancia se aprecia en el resultado de su ejercicio de convencer al juez sobre los hechos debatidos, es por ello por lo que, son las partes las encargadas de ejercer su derecho a la prueba, que viene reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE): *“todos tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...”*³. Concluyendo que se permite por parte del juez una actividad probatoria.

La prueba va a permitir acreditar *“la existencia, verdad o relevancia de los hechos alegados por las partes, cuando la inexistencia, falsedad o irrelevancia de los hechos contrapuestos a aquellos”*

¹ DRAE concepto 2 de “prueba”.

² DRAE concepto 3 de “prueba”.

³ Vid. Art. 24 CE.

(Mercader, 2018). Es necesario tener presente que no toda prueba aportada será admitida en el proceso (más adelante profundizaremos en este punto).

Cuando se trata de la prueba judicial es “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el conocimiento o la certeza de los hechos” Echandía (como se citó en Martínez, 2015).

En el proceso labora del Derecho Español, el derecho a la prueba se encuentra específicamente en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que se considera la norma de referencia para el objeto de nuestro presente trabajo; aunque no encontraremos explícitamente referencia sobre las pruebas electrónica, pero si nos permite aplicarlo a la hora de analizar y estudiar el presente tema y de manera supletoria utilizaremos la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

3. La distinción entre fuentes de prueba y medios de prueba

La fuente de prueba es un concepto extrajurídico, es el elemento material de donde se extrae la prueba, que consiste en cualquier elemento de la realidad social anterior al proceso, es decir, la fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso. Los medios de prueba consisten en los instrumentos que las leyes procesales permiten habilitar y con ello demostrar la existencia de los hechos consiguiendo generar un derecho o extinguirlo (Martínez, 2015). Los “medios de prueba” se encuentran en un contexto del derecho probatorio, que sirve para introducir las “fuentes de prueba” en el proceso.

“La regulación procesal no afecta a las fuentes de prueba, ya que se trata de la realidad social la que las manifiesta, mientras que a las leyes procesales sólo corresponde regular el modo por el cual tales fuentes de prueba acceden al proceso” (Ortuño, 2014).

En Definitiva:

- a. La fuente no es un concepto jurídico y es independiente a un proceso.
- b. El medio de prueba sí es un concepto jurídico y cobra sentido en relación con un proceso judicial.
- c. Las partes antes de iniciar un proceso buscan las fuentes de prueba y, una vez obtenidas, efectúan la proposición de los medios de prueba para introducirse las fuentes en el proceso.
- d. La fuente es lo sustantivo y material, lo exterior al ámbito jurídico.
- e. El medio se encuentra en relación con la actividad a desarrollar (acción probatoria).

Su distinción puede entenderse de la siguiente forma (Lluch & Joan, 2011):

- a. En la prueba del interrogatorio de las partes, la fuente es la persona y su conocimiento sobre los hechos, mientras que el medio de prueba es su declaración en el proceso a través de un interrogatorio.

- b. En la prueba documental, la fuente es el documento y el medio es el soporte que permite su aportación al proceso (formato digital o papel).
- c. En la prueba testifical, la fuente es el testigo y el medio es su declaración a través del interrogatorio.
- d. En la prueba pericial, el medio de prueba es el dictamen de peritos.
- e. En el reconocimiento judicial, la fuente es el lugar, cosa o persona reconocida, el medio es la actividad de percepción judicial.

El art. 299.1 LEC hace referencia a los tradicionales medios de prueba, y en su apartado 2 admite los medios de prueba con referencia a lo que nos atañe en el presente trabajo:

Art. 299.2 (LEC) “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.”

Con el art 299.2 citado en el párrafo anterior, entenderíamos que son fuentes de prueba: las palabras, datos, cifras, operaciones matemáticas, imágenes y sonidos. Y son medios de prueba los soportes (CD, DVD, USB, plataformas digitales, etc.) donde se encuentran almacenados tales fuentes, y la practica de la prueba consiste en la reproducción de la prueba ante el Tribunal.

4. Concepto de prueba electrónica

Será complejo definir “prueba electrónica”, porque podemos referirnos al mismo tema con otras equivalentes a la expresión, como: “prueba por medios tecnológicos”; “pruebas de soportes informáticos”; “pruebas por medios visuales”; etc., estas diferentes expresiones distorsionan su concepto, a esta ambigüedad se le añade el hecho de la carencia de una definición legal de “prueba electrónica”. De igual forma destaca por su escasez en su regulación legal en las leyes procesales generales, junto a su clara escasez de legislación específica.

Sanchis (como se citó en Ortuño, 2014) define “la prueba en soporte electrónico, o prueba electrónica, como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico o bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal”

Al inicio del presente trabajo nos referíamos a la prueba en general que viene reconocido en el art. 24.2 CE. Sin embargo, la acción de probar pruebas electrónicas nos deriva al Derecho informático, “disciplina que engloba el conjunto de leyes, normas y principios encaminados a disciplinar la utilización de la informática u telemática”.

El derecho de la prueba se ha visto profundamente afectado en los últimos años por la tecnología y la multitud de su aplicación en la vida social y cotidiana, de ahí su importancia de incluirlas continuamente en la actividad probatoria y a su relevancia en el proceso que responde

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

5. Características de la prueba electrónica

Como se ha mencionado en la introducción de este trabajo, uno de los problemas de la prueba electrónica es la insuficiencia de su normativa reguladora, al que se añade la dificultad de la actividad probatoria en relación con las nuevas tecnologías y su rápida evolución, lo que complica la labor del legislador. Tenemos que tener presente que nuestro Código Civil (CC) y la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) no pueden hacer referencia con exactitud a las pruebas electrónicas que se van presentando según avanza la sociedad en el tiempo. Cualquier avance electrónico o de modernidad no es equivalente a una nueva regulación para referirse a los nuevos medios probatorios, por lo que la doctrina y la jurisprudencia deben intentar adaptar dichos nuevos medios modernos a las leyes vigentes, mientras éstas sean objeto de la necesaria adaptación.

En cualquier orden jurisdiccional (civil, penal, mercantil, laboral...), la prueba electrónica atraviesa por algunas fases (Delgado, 2016):

1. Obtención de la prueba:

Las partes han de acceder a los datos o información de forma lícita (sin violar los derechos fundamentales)

2. Incorporación de los datos al proceso:

La información o datos deberán ser relevantes para su acreditación de hechos, para ello deberá reunir 3 tipos de requisitos:

- a. Pertinencia y necesidad
- b. Licitud
- c. Superar el “test de admisibilidad”

3. Valoración de la prueba:

Será el juez o Tribunal quien valorará los requisitos sobre obtención y práctica de las dos fases anteriores.

En el Capítulo 2 del presente trabajo se estudiarán las fases de la prueba.

1.1. El “test de admisibilidad”

La LEC establece unas exigencias comunes para la admisión de cualquier medio de prueba para ser incluida en un proceso:

- Pertinencia o adecuación entre el medio de prueba propuesto y el objeto de prueba (art. 281.1 y 283.1).
- Su necesidad o idoneidad (contrario a las pruebas inútiles) del medio propuesto para acreditar el hecho controvertido (art. 283.2).
- Su legalidad o licitud conforme a las formalidades de la ley (art. 283.3).

Lluch (2011) afirma que “la admisión de la prueba electrónica tendrá sus matices caracterizadores, pero en el mundo digital incorpora un soporte intangible y se llevará a cabo un proceso de registro y salida de datos que resulte verificable”.

La prueba electrónica debe superar el “test de admisibilidad”. En los siguientes apartados hablaremos concretamente de las garantías de autenticidad, integridad y licitud de las pruebas electrónicas para que puedan ser admitidas y por tanto integrarse en el proceso hasta llevar a cabo su eficacia probatoria.

RÉGIMEN JURÍDICO

CAPÍTULO 2

1. Fase de obtención de la prueba y licitud en el proceso laboral

1.1. Obtención

La Ley de Procedimiento Laboral⁴ (en adelante LPL) en su art. 90.1, hace referencia a la admisibilidad de los medios de pruebas electrónicas:

“...incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos.”

Se podrá obtener cualquier medio de prueba siempre que se proteja los derechos fundamentales y libertades públicas que se encuentran en la sección 1ª del capítulo II de nuestra Constitución Española (CE).

La norma ISO/IEC 27037:2012 - Directrices para la identificación, recopilación, adquisición y preservación de evidencia digital - actualmente sirve de referencia para el análisis digital forense con un alcance global, teniendo en cuenta que es una norma estándar de calidad, aceptada pero no tiene que ser aplicado o conocido por el juez (no quiere decir que no deba tenerse en cuenta). Oliva & Valero (2016) afirman que la base de sus normas es:

“La prueba digital debe ser adquirida del modo menos intrusivo posible, tras un proceso que sea trazable y auditable, tratando de preservar la utilidad y originalidad de la prueba. Ese proceso debe ser reproducible, comprensible y verificable, y para ello las herramientas utilizadas deben ser contrastadas” (p. 23).

Si se cumple lo anterior, ya sea un acta notarial como un correo electrónico tendrían la misma consideración, significando su admisibilidad en un juicio. También se añade la valoración del juez (tercera fase de la prueba que veremos en este presente trabajo), quien valora la confianza que transmite una prueba electrónica y en la seguridad del sistema empleado para obtenerla. En función de las circunstancias que han originado su obtención el juez debe ser cuidadoso a la hora de admitir estos medios de prueba (González J. , 2001).

Corresponde a las partes la obtención de pruebas electrónicas, y corresponde a la parte adversa la denuncia de la infracción de los derechos fundamentales, pudiendo generar un incidente de ilicitud (art. 287 LEC).

En el ámbito laboral, la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2008, en un supuesto de despido improcedente por utilización del correo electrónico para recibir y enviar archivos con un contenido pornográfico abundante y almacenados en el disco duro del trabajador, declara que las pruebas se obtuvieron vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador y se alega que “...al haberse efectuado el registro del ordenador sin una previa advertencia que tales controles podían realizarse, y además, sin causa alguna para ello” (STSJ Madrid, 2008)⁵. Es un claro ejemplo de que la obtención de pruebas vulnerando un derecho fundamental y en este

⁴ «BOE» núm. 245, de 11/10/2011. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁵ STSJ Madrid, Sala de lo Social, secc. 2ª, de 16 de enero de 2008. AS 2008/944 que revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº 27 de Madrid, y declara improcedente el despido del trabajador.

caso en concreto el derecho a la intimidad, no es admisible en un proceso, por lo que en este último ejemplo se declara el despido improcedente a pesar de que la pornografía es un delito, pero a su vez deja claro que obtener pruebas vulnerando los derechos fundamentales es ilícito.

1.2. Licitud

Consiste en la obtención de pruebas vinculadas al respeto de los derechos y libertades fundamentales. Las pruebas electrónicas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales puede ser ilícita desde el inicio del proceso, son aquellas que suceden tras una actividad realizada por alguna de las partes que suponga una infracción o violación de un derecho fundamental, ej.: Obtención de un vídeo con violencia o intimidación⁶.

Puede darse el caso de pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas al proceso de forma lícita, ej.: Obtención de un vídeo de un ordenador sin conocimiento, ni consentimiento del interesado (ob. cit.). Será el juez a quien le corresponde valorar si tener en cuenta la prueba o excluirlo en el caso de obtenerlo incurriendo en ilicitud, según Lluch & Joan, (2011) este acto se denomina principio de libre apreciación. Aunque, mayormente dichas pruebas son apartadas del proceso, no solo por ser de origen ilícito, sino por infringir los derechos fundamentales de la persona⁷, principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad personal.

La admisión, como fuente de prueba electrónica o de soportes informáticos es cuestionada cuando la obtención de prueba se haya realizado vulnerando directa o indirectamente derechos o libertades fundamentales.⁸ Por lo que la prueba electrónica y cualquier prueba en general en el proceso debe ser admitida y practicada siempre que se haya obtenido lícitamente y se proponga de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y a su vez sea pertinente con relación al tema de prueba y se considere útil.

2. Fase de aportación de la prueba digital al proceso

Cuando nos referimos a la aportación de prueba electrónica no se habla en sentido estricto, ya que la diferencia que existe con la prueba convencional es el formato en la que se presenta, que será físico o electrónico. La LEC en su *sección 8ª “De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso”*, y concretamente los arts. 382 a 384 ocupan el régimen de aportación de la prueba por medios e instrumentos

⁶ Las pruebas realizadas con violencia o intimidación son nulas, por infracción del art. 225.2 LEC “los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: [...] 2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación”. Y el art. 11 LOPJ sancionará que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

⁷ El art. 18 CE. prohíbe las pruebas realizadas ilícitamente en su apartado primero: “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y en su apartado tercero “el derecho al secreto de las comunicaciones”

⁸ Art. 11.1. de la Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)

tecnológicos que habrán de aportarse con la demanda o la contestación, o en momentos posteriores que se refieren los artículos de la LEC (265.4, 270 y 271).

Los medios e instrumentos tecnológicos son una prueba independiente a los documentos, aunque el legislador considera que “tienen carácter representativo y una eficacia probatoria similar y deja claro el deber de aportación inicial, para que actor y demandado, respectivamente, aporten los instrumentos fundamentales ya en la fase inicial de alegaciones, evitando posteriores aportaciones sorpresivas” (ob. cit.).

2.1. Forma de aportación

Por lo general en la prueba informática se aplica la normativa de los documentos convencionales en el momento de su aportación, sin embargo, existe una mayor dificultad y es su forma de aportación. No se aportará el ordenador o el servidor en el que se guarda la información, habrá que aportar dicha prueba en un soporte adecuado como un CD, DVD o pen drive o en su caso impreso, que se presentará como un “documento auxiliar o de referencia”, sin dejar de lado el archivo el autentico y original. (Garcia, 2005)

En cuanto a la forma o soporte material que contenga la prueba electrónica, algunos autores señalan que el legislador no lo ha previsto legalmente, de forma que se podrá aportar cualquier soporte idóneo (Pérez, 2001). Como único límite respecto de su forma de aportación será que lo aportado sea examinado por el tribunal y las partes con absoluto respeto a las garantías de inmediación y contradicción (art. 384.1 LEC).

2.2. La prueba electrónica incorporada al juicio por diferentes medios de prueba

Los datos que contiene un dispositivo electrónico o reproducidos por una red deben ser aportados al proceso en un soporte determinado, lo que determinará el medio de prueba utilizado. “En principio, todos los medios probatorios previsto por la Ley son válidos para incorporar al proceso los datos electrónicos” (Delgado, 2016, pág. 52).

Puede ser incorporado por diferentes medios de prueba:

- a) Documento en soporte papel: el contenido puede ser impreso en formato papel y presentado al proceso, de aplicación el régimen jurídico de la prueba documental.
- b) Aportación del propio documento electrónico: a través de la incorporación de los datos contenidos en soporte electrónico, de aplicación el régimen jurídico de la prueba de instrumentos electrónicos del art 299.2 (LEC), que se contiene en los arts. 383-394 (LEC) y en el art. 3 de la Ley de Firma Electrónica⁹ (en adelante LFE).
- c) Otros medios de prueba tradicionales: los datos también pueden ser aportados al proceso a través de otros medios, como son la prueba pericial; el interrogatorio de parte o la testifical (Gómez, 2001). Por ejemplo, se puede realizar en el interrogatorio de parte la pregunta sobre si ha recibido o remitido un correo electrónico o SMS.

⁹ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Debe tenerse en cuenta que en el mismo proceso pueden utilizarse varios medios probatorios de forma cumulativa, por ejemplo: aportación de un móvil que contiene una conversación de WhatsApp, junto con una transcripción escrita de la misma y un interrogatorio de parte o del acusado con referencia sobre el contenido de esa conversación (Alonso-Cuevillas, 2001).

Es necesario recordar que existen pruebas cuyo contenido es creado por máquinas de forma exclusiva (operaciones en cajeros automáticos, registro de actividad de un sistema o registro telefónico); en estos casos la finalidad de la actividad probatoria es demostrar que el sistema informático funcionaba correctamente en el momento de generar el contenido (VanDen, 2013). En los supuestos que debe probarse el contenido de un correo electrónico (o aquel documento creado por una persona) resulta necesario la manifestación del autor a través de la prueba testifical o en interrogatorio de parte.

3. Fase de Valoración de la prueba

Esta fase consiste en la valoración de la prueba por el Juez o Tribunal. “La valoración de una prueba significa otorgarle la credibilidad que merece de conformidad con el sistema de valoración (tasado o libre) establecido por la ley” Lluçh (como se citó en Delgado, 2016). Nuestras leyes procesales han optado por la libre valoración de la prueba por el Juez, frente al sistema de prueba legal o tasado.

- a. Las pruebas legales son las que la ley indica al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinados medios probatorios, Couture (como se citó en Delgado, 2016).
- b. El sistema de prueba libre, el juez realiza la valoración según el criterio racional según la motivación de la sentencia.

Si se cumple los requisitos de las fases anteriores (obtención e incorporación), la prueba puede desplegar eficacia probatoria.

3.1. Integridad

Nos referimos a la integridad de la prueba cuando la prueba no ha sido alterada y concuerda con su origen. Se pueden detectar modificaciones o alteraciones a través de pruebas periciales o de toma de muestras. En un documento electrónico, se realizan a través de una prueba pericial informática compleja que revela las modificaciones con fechas y cambios concretos. Ej.: Una alteración física de un documento escrito es una falsificación. Por otro lado, y en lo que respecta nuestro tema un documento electrónico al encontrarse en una red desde su creación, puede ser de fácil acceso a terceras personas, siendo posible su alteración (ob. cit.)

Las técnicas más habituales para asegurar la integridad y exactitud la verificación del código secreto “PIN” o la biometría (iris del ojo, huella dactilar...), estos métodos aseguran que el documento es original y estas técnicas no admiten posibles alteraciones sin consentimiento propio del autor o del programa desde que se realiza dicho documento.

La alteración o modificación de las pruebas es una violación de la integridad, por lo que claramente no serían admitidas en un proceso.

Los fraudes más frecuentes analizados por Ortuño (2014) son:

1. Presentar una copia modificando su contenido del documento original.
Resulta complejo distinguir una copia modificada con el real ya que el soporte es el mismo, están impresos del mismo modo. En este caso debería poder verificarse la fecha de la creación, pero no hay un método definitivo para resolver dicha cuestión.
2. Manipulación a través de infografía: una combinación de informática e imagen de internet. Imitando fotografías, gráficos o reconstrucciones virtual. Estos métodos alteran la realidad impidiendo su distinción. Se deberá recurrirse a la prueba tradicional para ampliar dicho suceso o aclarar lo sucedido y conocer la verdad a través de otro medio de prueba que no sea dicho documento electrónico.

3.2. Autenticidad

Es el proceso de verificación o autenticación de la prueba, que supone la identificación del autor de la prueba y del contenido. En el caso de un documento escrito la autenticidad puede acreditarse mediante la comprobación de la firma manuscrita o sello comercial, buscando la concordancia entre el autor de la firma y su origen. Por otro lado, en el documento electrónico, se identifica el ordenador desde el que se envía, pero no quien es su remitente, esto último supondría mayor facilidad para suplantar la identidad del remitente Cervelló, J. (como se citó en Lluch, 2011).

Para poder identificar al sujeto en un documento electrónico un método sería la firma electrónica que actualmente es el más fiable para aportar el vínculo entre autor real y el documento, ya que la “firma electrónica” se basa en un certificado reconocido y está generada mediante un dispositivo seguro.¹⁰ Aunque parece ser seguro para poder realizar identificaciones fiables dentro del mundo digital y especialmente en la autenticidad del documento electrónico puede darse la sustracción de la clave o de la coacción de su uso suponiendo una suplantación de personalidad (ob. cit.).

4. Eficacia

Las disposiciones legales para el tratamiento de la prueba documental son similares al de la prueba electrónica y, por tanto, también una equiparación en cuanto a su eficacia probatoria.

La eficacia de una prueba electrónica será otorgada por el juez según las reglas de valoración. El grado de eficacia de un medio probatorio dependerá, de sí existe incertidumbre sobre la autenticidad y/o integridad de los datos obtenido, por lo que sería muy probable que el juez deniegue la eficacia de la prueba electrónica.

Recordemos que en el sistema de prueba legal o tasada la ley señala por anticipado el grado de eficacia que el juez debe atribuir a un determinado medio probatorio.

¹⁰ Art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

5. Conservación de la prueba electrónica

Todo hecho aportado al juicio puede ser contradicho y por esta razón es necesario garantizar su conservación que tiene el fin de ser contrastado por un tercero. La conservación de la prueba electrónica y la obligación de almacenamiento de datos viene establecida en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. En su art. 3 en el apartado F determina la obligación de almacenamiento de datos de geolocalización, como se ha mencionado anteriormente es necesario identificar o en su caso localizar al ordenador o equipo desde que se genera cualquier documento electrónico para vincularlo con el responsable o autor de dicho documento, por lo que será necesarios la localización del equipo de comunicación.

5.1. La cadena de custodia

Con relación a la conservación de las pruebas debemos hablar de la cadena de custodia, por el cual entendemos el “procedimiento que permite verificar la identidad, integridad y autenticidad de los hechos relevantes para el asunto que se trata en el proceso en cuestión desde que son encontrados hasta que son efectivamente, aportados al proceso en forma de prueba” (Delgado, Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones, 2018, pág. 70).

En lo que se refiere a la prueba pericial informática, la cadena de custodia y su garantía presenta dificultad de demostrar que la información que se presenta ante el Juez es la misma que la que fue decomisada en un primer momento.

Según se interpreta el art. 338 (LEC) en la STC 179/2003 (STC, 2003), de 29 de septiembre, se debe cumplir una serie de condiciones en cuanto a la cadena de custodia:

- Descripción detalla del material, y precintado dicho material
- Velar siempre por el mantenimiento y evitar el deterioro (lugar elegido adecuadamente)
- Control judicial durante la recogida y la custodia.
- Si esto no se cumple, se podría alegar falta de validez.

Dicho esto, recordemos la dificultad de la prueba informática de demostrar su garantía de conservación.

La prueba electrónica puede ser clonada, que consiste en hacer una copia bit a bit (copia espejo) de la información original, de tal forma que tendríamos la información y datos originales desde el inicio del proceso hasta su presentación. Otra fase característica de la prueba pericial informática es el “código hash” basada en algoritmo y operaciones matemáticas e informáticas que verifica que los datos que se encontraron en un dispositivo no han sido manipulados. (Delgado, 2016).

6. Verificación de pruebas

La verificación es el proceso que comprueba la exactitud de la prueba aportada al proceso, consiste en probar y garantizar que no existe manipulación en la información o prueba obtenida que se quiera probar ante el juez.

La prueba electrónica tiene la dificultad de distinguir entre el original y la copia manipulada, pero se puede impugnar como las pruebas convencionales a través de su autenticidad, su exactitud, su licitud y su certeza (ob. cit.).

6.1. ¿Es posible la manipulación de las pruebas electrónicas?

Todo es manipulable y puede falsificarse, es suficiente con buscar en YouTube o en algún blog para aprender a alterar cualquier dato digital, esta actuación es tan común que el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de mayo de 2015, plantea el tema en la siguiente afirmación:

“... La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”

La manipulación de los archivos digitales es una alteración fruto de la voluntad humana, y dicha alteración es un hecho jurídico, y es delito también cualquier otra manipulación de prueba analógica. (TS Sala de lo Penal, 2015)

Art. 393 del Código Penal (CP): “El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.”

6.2. Medios de verificación: La prueba informática pericial

La pericial informática es una modalidad de prueba pericial y se encuentra regulado en los arts. 335 y 352 (LEC). Se caracteriza por la presencia de un perito que se caracteriza por tener y aportar sus conocimientos en un tema concreto especializado para probar la autenticidad y la veracidad de las pruebas presentadas en el proceso.

Podrá aportarse al proceso de las siguientes formas:

- A través de un dictamen pericial cuando ha sido solicitado por las partes
- Mediante un dictamen pericial que elabore el perito designado por el juez
- Mediante un informe confeccionado por una entidad oficial o una institución especializada en el tema concreto.

La prueba pericial informática normalmente se presenta con frecuencia para acreditar la autenticidad de la información que contiene el soporte electrónico aportado, es decir se presenta como una prueba auxiliar para valorar una prueba principal. La intervención del perito informático es útil en aquellos supuestos que se haya impugnado la falta de integridad o autenticidad del soporte informático.

A modo ejemplo, se afirma que la prueba pericial se utiliza para determina si una firma digital corresponde a una determinada persona o para descryptar el contenido de un disquete informático (Sanchis, 1999). El perito informático será un poseedor de unos conocimientos especiales denominado “informática forense” o “análisis forense de dispositivos digitales” Bevilacqua (como se citó en Lluch & Joan, 2011). A diferencia de un documento escrito que se examina de forma independiente, el documento informático que puede ser una imagen contenido en un ordenador debe verificarse si es posible en el contexto del ordenador, ya que si se examina fuera de dicho contexto puede perderse información necesaria para su verificación.

7. La práctica de la prueba

A diferencia de la prueba física y convencional, la prueba electrónica no es perceptible directamente, siendo necesario para acceder a la información del soporte electrónico un instrumento técnico. Como ejemplo podemos analizar el supuesto de la prueba por medios audiovisuales, en la que la práctica consiste en la reproducción de las palabras, sonidos o imágenes. Y en el caso de la prueba en un soporte electrónico, la práctica consiste en la reproducción ante el tribunal de una representación de la realidad, tras examinar dichos soportes a través de los medios de los que se disponga o con los que las partes hayan proporcionado (Ordoño, 2001, pág. 504).

La práctica de la prueba puede tener lugar en diferentes momentos del proceso:

1. Las diligencias preliminares, en el que las partes pueden solicitar que el tribunal lleve a cabo una serie de actuaciones previas al proceso.
2. La practica anticipada, que tiene por objetivo evitar que las pruebas que presentan un miedo fundado puedan desaparecer con el paso del tiempo.
3. La práctica ordinaria, que tiene lugar en el propio acto del juicio.
4. Práctica como diligencia final, acordadas y practicadas en el plazo para dictar sentencia. Son pruebas admitidas pero que no han podido ser practicadas por causa ajena a la parte que lo propone, o a pruebas que se desconocían previamente.

8. Impugnación

Conforme al art. 217 (LEC), se entiende que una vez es aportada la prueba, quien la impugne debe de especificar los motivos de su impugnación, y demostrarlo. Esta regla es reforzada con el art. 326.2 (LEC) que hace referencia a la situación de impugnar la autenticidad de un documento privado (prueba más frecuente)

La impugnación de un documento convencional puede depender de:

- a) Autenticidad, concordancia del autor aparente con el real
- b) Exactitud, concordancia de la copia del testimonio o certificación con el original
- c) La certeza, concordancia de los testimonios o declaraciones que contiene el documento con la realidad.

9. Los prestadores de servicios de confianza

Los prestadores de servicios de confianza nacen de la necesidad de firmar un contrato electrónico y ser guardado. La ley permite que otra persona (prestador de servicio o tercero de confianza), guarde una copia de las comunicaciones electrónicas que las partes han hecho.

Los prestadores de servicios de confianza o terceros de confianza se pueden definir como “aquel a que las partes de una transacción electrónica confían el archivo en soporte informático las declaraciones de voluntad que conforman su oferta y su demanda” (Rosales, 2015). Por tanto es una persona física o jurídica, que previo consentimiento de las partes de un contrato electrónico, recibe una oferta y demanda electrónica, y tiene la obligación de archivarla en ese mismo soporte.

La ley de Servicios de la Sociedad en la información y de Comercio Electrónico¹¹ es de aplicación a las actividades que realicen los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en su anexo apartado de Definiciones dice lo siguiente:

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
- La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- El envío de comunicaciones comerciales.
- El suministro de información por vía telemática.

El reglamento UE 010/2014, de 23 de julio, considera una serie de obligaciones y requisitos a los prestadores de servicios de confianza, por lo que establece la necesidad de auditorías y regula las “listas de confianza” que contiene la información sobre los prestadores cualificados de servicio de confianza que será responsable cada Estado. Además, se regulan servicios como la entrega electrónica certificada, los certificados cualificados de sello electrónico o la validación de firmas electrónicas cualificadas (Delgado, 2016)

¹¹ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

TIPOS DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS

CAPÍTULO 3

1. El documento electrónico

Es definido como “documento electrónico creado a través de medios o instrumentos informáticos o telemáticos, o que, poseyendo un origen distinto, ha sido objeto de algún tratamiento automatizado” (Jaume, 2010, pág. 96)

El régimen jurídico del procedimiento probatorio del documento electrónico viene regulado en el art. 3.5: (LFE) “Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”, y en el art. 384 (LEC) que será aplicable a todas las jurisdicciones (penal, laboral o del contencioso-administrativo).

Las modalidades más frecuentes de los documentos electrónicos son: el correo electrónico, la página web, un mensaje de teléfono, etc. No debe confundirse el documento con el soporte, ya que los soportes podrán ser: CD, pen drive o cualquier sistema de almacenamiento.

Muestra el problema de la dificultad de distinguir entre el original y la copia, por lo que resulta más exacta la referencia a los datos almacenados en el interior del soporte informático (original), la visualización de los datos en pantalla y la impresión en formato papel (que compone el sistema de su aportación al proceso).

2. El correo electrónico

Herramienta a través del cual se transfiere texto, imágenes, sonidos o documentos de forma inmediata entre un emisor y uno o varios destinatarios. Se encuentra regulado en el art. 384 (LEC). En la actualidad es una prueba admitida sin ningún inconveniente debido a su frecuente uso.

El contenido de los correos electrónicos como prueba se realiza a través del acceso a los datos contenido en los dispositivos electrónicos empleados entre el emisor y receptor. Debido a que el correo electrónico es creado por un sistema operativo (ordenador, Smartphone...) se aporta al proceso a través de una copia impresa que queda sujeta a las reglas previstas para la aportación de documentos.

2.1. Acceso a la información de los dispositivos del emisor y/o receptor.

La información que contiene los dispositivos electrónicos tiene la dificultad de poder acceder a los datos almacenados en los servidores, y la dificultad de incorporar al proceso la información que contiene los dispositivos utilizados para la emisión y/o recepción del correo electrónico.

El acceso al dispositivo siempre afecta al derecho fundamental a la intimidad, por lo que su introducción al proceso debe realizarse de forma lícita. La práctica de esta prueba tiene una eficacia probatoria menor en caso de que la parte contraria impugnara y será mayor cuando su presentación no formule alegaciones impugnatorias de su integridad y/o autenticidad (ob. cit.).

Una cuestión discutida es el si el empresario puede controlar el uso privado de un correo electrónico del trabajador durante la laboral, e incluso ser despedido por un uso indebido dentro de la jornada laboral, del correo electrónico. Debido a esta cuestión podríamos estudiar el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET): “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”

Algunas resoluciones judiciales han autorizado el registro de un ordenador para averiguar el contenido de un correo electrónico o el uso de las páginas web por el trabajador. Y a nivel empresaria es cada vez más frecuente formalizar códigos de conducta para el uso del correo electrónico y/o el uso de internet y demás dispositivos informáticos, además de incluir previsiones en los convenios colectivos, que detallan la extinción y límites del uso, como las sanciones disciplinarias por su uso indebido.

Legalmente puede afirmarse según la STS, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2007, que se autoriza un uso moderados y puntual a efectos privados (excepto, los supuestos de prohibición expresa). Y la gran dificultad en el proceso laboral es la resolución de peticiones de despido laboral, que consiste en distinguir entre el uso moderado y el uso abusivo.

3. La página web

La página web constituye una modalidad de documento electrónico. Para su utilización es necesario internet y su identificación mediante un enlace. Es definido como “documentos electrónicos publicados en internet, es decir colocados en servidores (ordenadores) a los que se accede para ver la información que contiene” (Martínez, 2007, pág. 162).

Las paginas web están codificadas para su uso a través de herramientas software de navegación (Explorer, Mozilla, Firefox, ...) y para facilitar la búsqueda y su posterior acceso a la página web se utilizan “buscadores”, que son páginas web que permiten encontrar un documento o página web a través de determinadas palabras (Google, Bing, ...). (Ob. cit.) (Delgado, Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones, 2016).

3.1. La información que contiene la página web y su relación con los derechos fundamentales.

La obtención que contiene una página web de libre acceso no afecta al secreto de comunicaciones porque es una información introducida en la web que tiene como destinatario un grupo de personas, por lo que no existe proceso de comunicación (ob. cit.).

El titular de la página presta su consentimiento de forma tácita a que otras personas accedan a la información de la página web, es una información pública que hace que dicha información no se encuentre protegido por el derecho a la intimidad como derecho fundamental regulado en el art. 18.4 CE (Velasco, 2013).

3.2. La página web como prueba

El contenido de una página web como fuente de prueba, puede acceder al proceso por diferentes medios probatorios según Delgado (2016):

- De forma documental en soporte físico (papel) o soporte electrónico
- Por reconocimiento judicial o inspección ocular del Juez
- Pericial
- Testifical o interrogatorio de parte o del acusado

Carmelo (como se citó en Delgado, 2016) señala que el Notario o el letrado de la Administración de Justicia puedan dar fe pública del contenido de una página web.

3.3. Uso de internet por el trabajador.

La prueba de la “navegación” del trabajador por Internet, mediante el acceso a datos que se encuentran almacenados en su ordenador (historial de páginas web, archivos descargados o usados, etc., afecta al derecho fundamental de la intimidad, ya que revelan información sobre aspectos de la vida privada del trabajador (ideología, aficiones, orientación sexual...) De tal forma que:

- La prueba obtenida así será nula por vulnerar el derecho fundamental (art. 11 LOP)
- Con excepción de que no se infringe el derecho a la intimidad si el acceso por el empresario está fundamentado en las reglas de uso y sistema de control previamente comunicado a los trabajadores, de forma que no será nula.

4. El mensaje de teléfono móvil

4.1. El SMS

El SMS es un servicio que ofrece las compañías de teléfono móviles que consiste en la posibilidad de enviar mensajes de texto cortos entre teléfonos móviles. Estos mensajes son posibles a través un terminal móvil que cuenta con un número de identificación denominado IMEI y una tarjeta SIM que son entregados con la contratación de una línea móvil.

Cuando se trata de mensaje multimedia se denomina MMS, que enviar y/o recibe mensajes de contenidos como vídeos, sonido y fotos.

Cuando se trata de enviar un SMS o MMS consiste en un canal cerrado (los datos son enviados a través de un servidor en el que se almacena hasta ser entregado al destinatario, por lo que se encuentra amparado por la protección del secreto de comunicaciones.

4.2. La prueba de una comunicación por SMS

La prueba abarca 3 elementos:

1. El remitente del mensaje utilizando un terminal: contribuye a un principal problema, y es identificar a la concreta persona que remitió el SMS. Para ello es necesario acreditar el concreto terminal móvil, identificándolo con el IMEI, que como se mencionó antes se utiliza a través de una línea móvil que con la SIM será identificada.
2. El destinatario del mensaje con otro terminal: suele aportar al proceso el contenido del mensaje recibido, por lo que no suele ser un problema la identificación del destinatario.
3. La integridad y autenticidad del mensaje:

Una vez identificado el número de IMEI se conocerá el teléfono móvil, y será necesario realizar actividades de investigación para vincular la línea de teléfono con la persona autora del SMS o MMS. En el proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), tras la reforma 2015, regula expresamente la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de su componente por la Policía Judicial, así como su identificación de los titulares o terminales por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial (Delgado, 2016).

4.3. El WhatsApp

En la actualidad WhatsApp es frecuente en los procedimientos de las distintas jurisdicciones o otros sistemas de mensajería instantánea como Skype, Line Telegram, etc. WhatsApp consiste en comunicaciones entre usuarios mediante la utilización de una aplicación en el teléfono móvil y Smartphone, se remiten mensajes de texto, fotografías, vídeos, audios de voz, permite compartir contactos o la ubicación. El administrador de la aplicación proporcionará la transmisión de información entre los contactos y utiliza protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de la información (ob. cit.).

El contenido de los mensajes de WhatsApp puede tener acceso al proceso a través de uno o varios medios probatorios:

1. Se aporta el terminal o Smartphone utilizado para enviar los mensajes.
2. Transcripción escrita del contenido de la conversación solicitando el cotejo por el Secretario Judicial
3. Testifical o interrogatorio de parte sobre el contenido de la conversación.

Hay que tener en cuenta la STS (penal) 300/2015, de 19 de mayo que afirma “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”. Por otra parte, también puede suceder la suplantación de identidad utilizando un sistema informático especializado que envía mensajes haciéndose pasar por una persona con una línea de teléfono suplantado, además de los robos o pérdida de los terminales.

5. El registro fonográfico

Se encuentra dentro de los instrumentos de filmación, grabación y semejantes y consiste en la grabación de la voz. Para garantizar su regulación del acceso de las grabaciones al proceso deben advertirse las siguientes garantías:

1. Parámetros que defina la intimidad
2. Poner a disposición judicial los soportes que registran la conversación
3. Verificación de la autenticidad para evitar manipulaciones

Si se impugnara la autenticidad de las voces recogidas en el registro fonográfico caben dos alternativas:

1. Cotejo de voces o llamado “pericial sobre voces”, que tiene como finalidad vincular el registro fonográfico con una determinada persona.
2. El dictamen pericial tecnológico que verificar si el soporte que recoge la voz ha sido objeto de manipulación.

6. La videograbación

Según el pensamiento de (Lluch & Joan, 2011) “la videograbación puede definirse como el registro mediante video, ya sea de la imagen y el sonido o solo de la imagen” (p.208).

La videograbación esta regulado en el art. 382 (LEC). Dentro de este medio se encuentra la modalidad de videovigilancia que capta y graba con fines de vigilancia. Existe la previsión legal de la aportación de una transcripción de su contenido:

Art. 382.1: “Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso”.

La transcripción escrita debe aportarse en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal en la fase de proposición de los medios de prueba.

“La falta de aportación de la transcripción no puede acarrear consecuencias negativas, aunque algunos autores consideran deseable que el legislador exigiera la transcripción con independencia del contenido del soporte o instrumento, a efectos de preservar el derecho de defensa de las demás partes, máxime cuando legalmente tampoco se exige la aportación de una copia” (Ordoño, 2001, pág. 499).

Este tipo de prueba electrónica plantea una cuestión en relación con su lícita obtención, deberá respetar el derecho al honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y al derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE).

La STSJ La Rioja de 30 de mayo de 2002 razona que no existe violación del art. 18.1 (CE) derecho a la intimidad personal, por la medida de instalación de videograbación efectuados por motivos

de prevención y control empresarial, que controlaba la zona por donde el trabajador desarrollaba su actividad laboral, efectuándose un motivo de prevención y reunir los requisitos del juicio de proporcionalidad.

Nos referimos a “juicio de proporcionalidad” a lo que el Tribunal Constitucional, requiere lo siguiente y según la STC de 16 de diciembre de 1996:

- a) Juicio de idoneidad: que la medida sea susceptible de conseguir el objeto propuesto.
- b) Juicio de necesidad: que la medida sea necesaria, no debe existir una medida menos gravosa para obtener la idéntica finalidad.
- c) Que la medida sea equilibrada, es decir que la prueba obtenida sea beneficiosa o ventajosa para el interés general y no un daño material o moral de conflicto.

7. La fotografía digital

Regulada en el art. 382 LEC: “Instrumentos de filmación, grabación y semejantes.” La fotografía digital ha sustituido la cámara fotográfica tradicional que consistía en un revelado posterior a su captación de imagen, mientras que las fotografías digitales permiten la visualización instantánea de la imagen en la pantalla que incluyen, con la ayuda de un almacenaje en el dispositivo. Cabe la posibilidad de una posible manipulación de la imagen en las fotografías digitales.

La fotografía digital puede incorporarse al proceso mediante su impresión en formato físico (papel) y bajo el sometimiento del régimen de la prueba documental, “debiéndose acompañar con los escritos de alegaciones en caso de reputarse documento fundamental, y estando sujeta al principio de libre aportación de considerarse complementaria o auxiliar” (ob. cit.).

A través de la prueba pericial podrá ser impugnada por alteración o manipulación. La práctica de la prueba de la fotografía digital consiste en su “reproducción” ante el tribunal mediante su impresión en papel y la parte que haya propuesto la fotografía digital según el art. 382.2 LEC “podrá aportar los dictámenes y medios de prueba”, que considere oportunos con el fin de acreditar su autenticidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso-Cuevillas, J. (2001). Internet y prueba civil. *Revista Jurídica de Catalunya*(4), 1073-1088.
- Delgado, J. (2016). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Delgado, J. (2018). *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*. Madrid: Wolters Kluwer.
- Echandia, H. D. (2002). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://es.slideshare.net/rubenradaescobar/teoria-general-de-la-prueba-judicial-tomo-i-hernando-devis-echandia>
- García, A. (2005). La prueba en juicio ¿y si es electrónica? *Revista de la contratación electrónica*, 62, 3-17.
- González, J. (2001). *Nuevas tecnologías y medios de prueba en el proceso Laboral*. Recuperado el Junio de 2021, de Biblioteca UVA: <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/11192>
- González, M. I. (2017). *La Prueba*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gómez, M. M. (2001). Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil. 77-90.
- Jaume, A. (2010). *Validez del documento electrónico y su eficacia en sede procesal*. Valladolid: Lex Nova.
- Lluch, X. A., & J. P. (2011). *La prueba electrónica*. Barcelona: Librería Bosch.
- Martínez, G. (2007). *Límites técnicos de la ayuda prestada por las operadoras en la investigación de los delitos*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- Martínez, H. A. (2015). La prueba electrónica en el proceso laboral. *Omnia*, 21(3), 276-296.
- Mercader, J. (2018). *Lecciones de Derecho de trabajo*. Tirant Lo Blanch.
- Montero, J. (2000). *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Oliva, R., & Valero, S. (2016). *La prueba electrónica validez y eficacia procesal*. Zaragoza: Juristas con Futuro.
- Ordoño, C. (2001). El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la ley de enjuiciamiento civil. *Régimen jurídico de internet*, 489-512.
- Ortuño, M. d. (2014). *La prueba electrónica ante los tribunales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez, J. (2001). Documento informático y firma electrónica. *El Comercio Electrónico*, 219-269.

- Picado, C., & S. A. (2016). La prueba en general. *A&B*, 1-46.
- Rosales, F. (02 de 02 de 2015). *Diferencia entre un Notario y el tercero de confianza*. Obtenido de Francisco Rosales de Salamanca Rodriguez: <https://www.notariofranciscorosales.com/diferencias-entre-un-notario-y-el-tercero-de-confianza/>
- Sanchis, C. (1999). *La prueba por soportes informáticos*. Valencia: Tirant lo blanch.
- STC, 1996/207 (STS, Sala 1ª 16 de diciembre de 1996).
- STC, 236/2002 (9 de diciembre de 2003).
- STC, 170/2003 (Tribunal Constitucional 23 de Octubre de 2003).
- STS, 2008/4648 (9 de mayo de 2008).
- STSJ Madrid, 2008/944 (16 de enero de 2008).
- STST La Rioja, 2002/2207 (Superior de Justicia 30 de mayo de 2002).
- TS Sala de lo Penal, 2047/2015 (Tribunal Supremo 19 de 05 de 2015).
- Universidad de Zulia. (2015). La prueba electrónica en el proceso laboral. *Revista Gaceta Laboral*, 21(3), 276-296.
- VanDen, A. (30 de noviembre de 2013). *Retos relacionados con la prueba electrónica (parte I)*. Recuperado el 06 de 2021, de Van Den Eynde: <https://eynde.es/es/retos-relacionados-con-la-prueba-electronica-parte-i/>
- Velasco, E. (4 de Noviembre de 2013). *Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica*. Recuperado el 05 de 2021, de Diario La Ley: https://diariolaley.laleynext.es/content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAA AAAAEAMtMSbF1CTEAAiMDU0MzC7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKti_JzSktTQokzbbK LSVAA18--zMQAAAA==WKE#I5