



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

Los medios de prueba audiovisuales y telemáticos

Presentado por:

Pablo Alonso Alonso

Tutelado por:

M^a José Moral Moro

Valladolid, 14 de julio de 2025

RESUMEN

Los medios de prueba audiovisuales y telemáticos se consideran pruebas de naturaleza real y se insertan dentro del concepto más amplio de prueba electrónica o digital en cuanto incorporan las nuevas tecnologías. La normativa distingue dos tipos principales dentro de esta categoría. Por un lado, los dispositivos de filmación, grabación y similares. Por otro lado, aquellos instrumentos que permiten almacenar, acceder o reproducir datos que resulten relevantes para el proceso judicial.

En el primer caso, se propone como medio probatorio la presentación ante el tribunal de imágenes, sonidos o palabras captadas mediante dichos dispositivos. Es la prueba de reproducción

En cuanto al segundo tipo de prueba, incluye los dispositivos que permiten almacenar, conocer o reproducir datos, cifras, palabras y operaciones matemáticas, realizadas con fines contables o de otro tipo. Es la prueba de registro, que incorpora la prueba telemática cuando la información se transmite a través de la red.

Dichas pruebas serán valoradas por el tribunal mediante los instrumentos presentados por la parte que los propone o los que el mismo órgano judicial disponga.

PALABRAS CLAVE: medios de prueba; prueba electrónica; prueba lícita

ABSTRACT

Audiovisual and telematic evidence are considered real evidence and fall within the broader concept of electronic or digital evidence as they incorporate new technologies. The regulations distinguish two main types within this category. On one hand, filming, recording, and similar devices. On the other hand, those instruments that allow for the storage, access, or reproduction of data that are relevant to the judicial process. In the first case, the presentation before the court of images, sounds, or words captured by such devices is proposed as evidence. It is the reproduction evidence. Regarding the second type of evidence, it includes devices that allow the storage, knowledge, or reproduction of data, figures, words, and mathematical operations, carried out for accounting or other purposes. It is the record evidence, which incorporates telematic evidence when the information is transmitted through the network. Such evidence will be evaluated by the court using the instruments presented by the proposing party or those available to the same judicial body.

KEYWORDS: means of evidence; electronic evidence; lawful evidence

“LOS MEDIOS DE PRUEBA AUDIOVISUALES Y TELEMÁTICOS”

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN	7
2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL	8
2.1 Significado, objeto, necesidad probatoria y carga de la prueba	8
2.2 Regulación de la prueba en el proceso civil. Medios y fuentes de prueba	13
3. EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y TELEMÁTICA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	16
3.1 La prueba en la era de las nuevas tecnologías. La prueba electrónica	16
3.1.1 Noción y características	16
3.1.2 Régimen jurídico	27
3.1.3 Naturaleza	29
3. 2 Fases de la prueba electrónica.....	31
4. LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA	33
4.1 La prueba ilícita como límite del derecho a la prueba	33
4.2 La tutela judicial de la vulneración de derechos fundamentales en primera instancia: el incidente de ilicitud probatoria en el proceso civil.....	37
4.3 Autenticidad y conservación de la prueba. La cadena de custodia: el problema de su fiabilidad	39
5. LA INCORPORACIÓN AL PROCESO DE LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y TELEMÁTICA ..	41
5.1 Aspectos comunes	41
5.1.1 Medios de prueba. La prueba documental como medio válido	41
5.1.2 La prueba pericial como medio instrumental. La pericial informática	46
5.2 Régimen jurídico de la aportación al proceso de los medios de reproducción. Arts. 382-383 LECiv	49
5.2.1 Momento procesal para su aportación al proceso.....	49
5.2.2 Modo de incorporación al proceso	51
5.2.3 Práctica de la prueba.....	51
5.3 Régimen jurídico de la aportación al proceso de los instrumentos informáticos o telemáticos de registro. Art. 384 LECiv	53
5.3.1 Requisitos generales. Momento y modo de incorporación al proceso	53
5.3.2 Práctica de la prueba.....	54
6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA	56
6.1 Significado de la valoración en la actividad probatoria	56

6.2 Sistemas de valoración probatoria en el proceso civil	58
6.2.1. Sistema de valoración tasado	59
6.2.2 Sistema de libre valoración: la valoración de la prueba tecnológica.....	63
6.2.3 Valoración conjunta de la prueba	66
7. CONCLUSIONES	67
ANEXOS	

1.INTRODUCCIÓN

El art. 24.2 CE reconoce el derecho fundamental de toda persona a utilizar los medios de prueba necesarios para su defensa incorporando el derecho a la actividad probatoria en el proceso como contenido esencial del derecho de defensa. Pero el ejercicio del derecho a la prueba ha de respetar los derechos sustantivos y procesales de los demás litigantes y de tercera persona. Entre los límites de la prueba, además del respeto a las normas procesales, ocupan un lugar destacado los derechos fundamentales reconocidos en la CE cuyo contenido esencial debe respetarse en la obtención de las pruebas. Su vulneración será sancionada procesalmente con la ilicitud de la prueba que acarrea su ineficacia probatoria (art. 11.1 LOPJ).

La incorporación al proceso judicial de las nuevas tecnologías afecta de modo especial a la actividad probatoria. El incremento masivo de la utilización de instrumentos electrónicos ha determinado un aumento continuado de las fuentes que pueden ser relevantes para acreditar afirmaciones sobre determinados hechos en un proceso. En la investigación que proponemos nos centraremos con carácter fundamental en utilización en el proceso civil de las pruebas audiovisual y telemática, que se incorporan expresamente a las clases de prueba en el art. 299.2 LECiv. Con carácter previo no renunciaremos a realizar un tratamiento general de la prueba en el proceso al objeto de poder adelantar elementos interpretativos que permitan resolver alguna de las consideraciones que realizaremos en el estudio, que discurrirá tomando como referentes normativos los contenidos de los arts. 382 y 384 LECiv que incorporan las disposiciones específicas aplicables a tales medios de prueba. De este modo nos centraremos en aspectos tales como el objeto y necesidad de la prueba o la iniciativa de la actividad probatoria en el proceso civil (arts. 281-282 LECiv) o la clásica diferenciación en la doctrina procesalista entre medios y fuentes de prueba que nos conducirá a un análisis sistemático del art. 299 LECiv.

El trabajo abordará el tratamiento de la prueba ilícita en el proceso civil que en general afecta a la etapa de obtención de la prueba en todos los órdenes jurisdiccionales. Partiremos de que el acercamiento a estos medios de prueba no puede realizarse sin considerar los mecanismos adecuados para decidir sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales como pilares del Estado de Derecho -en el tema objeto de nuestro estudio con carácter preferente los derechos a la protección de datos, secreto de las comunicaciones

y a la intimidad personal (art. 18 CE)- donde ocupan un lugar destacado las posiciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional sobre el juicio de ponderación entre los intereses afectados en la obtención de las pruebas. Establecida la vulneración de derechos fundamentales como presupuesto de la prueba ilícita analizaremos la vía procesal prevista para impedir su práctica en el proceso civil, esto es, el incidente de ilicitud probatoria (art. 287 LECiv).

El resto de la investigación versará sobre las siguientes fases de la actividad probatoria en los medios de prueba de reproducción y registro, cuales son su incorporación al proceso y su valoración para destacar los aspectos más conflictivos que plantea la práctica de tales medios de prueba y las soluciones que se asumen por la doctrina y la jurisprudencia.

2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

2.1 Significado, objeto, necesidad probatoria y carga de la prueba

El termino de “prueba” en el proceso, como ha destacado la doctrina, se define como: como la *justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.* ¹ Según este concepto la prueba tiene diversas acepciones:

- Se habla de “prueba”, en primer lugar, como término sinónimo al “medio de prueba”. Así, afirma la existencia de la “*prueba pericial*” o “*prueba testifical*” para designar las diferentes modalidades que puede revestir la aportación al proceso de las distintas fuentes de acreditación de los hechos.
- También se emplea el término “prueba”, en segundo lugar, como equivalente a *resultado* de la actividad probatoria desplegada en el proceso. Se dice, así, que tal o cual extremo fáctico *está probado*, o que sobre un hecho concreto *hay*

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA de la Real Academia Española. 23 edición. RAE

prueba, queriendo significar con ello que el resultado arrojado por la prueba de los distintos medios de prueba en el proceso, a juicio de quien lo sostiene, ha conseguido su finalidad acreditativa de la realidad o veracidad de tal hecho.

- Finalmente, y en un sentido jurídico técnicamente más preciso, se habla también de “prueba” para designar la *actividad* procesal que tiene por objeto llevar a la convicción del órgano judicial la realidad y veracidad de los hechos constitutivos alegados por el autor².

Para dar un significado completo a la prueba dentro del proceso civil, hay que analizarla desde el conjunto de los conceptos anteriores y empezar diciendo que la prueba en el proceso civil es la actividad que, en el marco de un proceso, desarrollan las partes con el tribunal. Tal actividad probatoria tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de una afirmación o fijar ésta como cierta a los efectos de un proceso.³

El legislador constituyente convirtió la prueba procesal en un derecho fundamental, consignándolo en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), que expresamente reconoce el derecho que tienen todas las personas a “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Desde entonces el Tribunal Constitucional (TC) ha venido desarrollando mediante su jurisprudencia el contenido, las características y los límites, entre otros aspectos, del derecho de prueba.

Según el TC, el derecho a la prueba debe ejercerse siempre de acuerdo con el ordenamiento jurídico que lo regula y puede ser definido como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”⁴.

La actividad probatoria tiene una suma importancia a la hora de encontrar el éxito para con las pretensiones de las partes. Pues para ganar un pleito, es tan importante tener razón como saberla probar. Ya que, si no se acredita debidamente, difícilmente se obtendrá la tutela judicial que se solicita.⁵

² GARBERÍ LLOBREGAT, J, “Procesos declarativos y procesos de ejecución” *Disposiciones generales y procedimiento probatorio*, Wolters Kluwer, S.A. Barcelona. 2015. p. 294.

³ SIGÜENZA LÓPEZ, J, “Prueba electrónica y proceso civil”, *Proceso civil y nuevas tecnologías*. Aranzadi. Pamplona. 2021, pp.26.

⁴ MADRID BOQUÍN, C M, Prueba ilícita en el proceso civil. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p.30.

⁵ SIGÜENZA LÓPEZ, J, “Prueba electrónica y proceso civil”, *Proceso civil y nuevas tecnologías*. Aranzadi. Pamplona. 2021, pp.26.

Del concepto ofrecido, y fijándonos en la perspectiva de la prueba dentro del proceso, podemos considerar que la actividad probatoria tiende a fijar “hechos” para que el juez los tome como verdaderos en su sentencia; por consiguiente, no se trata de trasladar al proceso los hechos tal y como ocurrieron o de demostrar en el proceso las afirmaciones tal como se produjeron. La actividad probatoria no busca la verdad material. Se trata, por el contrario, de convencer al juez buscando con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe una coincidencia entre lo realmente ocurrido y lo que hemos probado⁶.

La prueba está constituida por las alegaciones fácticas y jurídicas que sirven de fundamento a la pretensión. Sin embargo, no todos los hechos sirven a tal fin, sino solo aquellos que guarden relación con el objeto litigioso, -la prueba pertinente- y los que contribuyan a esclarecer el objeto del proceso, -esto es, la prueba útil-. En el proceso civil, tampoco es pertinente la prueba de los hechos admitidos por las partes, en tanto en cuanto, su reconocimiento por ellas implica que son ciertos y, por ende, exentos de prueba, salvo que se trate de una materia no disponible para las partes, afecten a terceros o al interés legal⁷.

La función jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde a jueces y tribunales determinados por las leyes, tarea que deberá desarrollarse de conformidad con el sistema de fuentes establecido. Así se establece en el art. 117.3 CE y se desarrolla por el art. 1.7 Código Civil (CC) y 11.3 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

El proceso civil -igual el contencioso-administrativo y el social- presupone la presencia, al menos de dos partes. El demandante que solicita la tutela jurisdiccional (art. 24 CE) y el demandado frente al que se requiere dicha tutela. El objeto del proceso viene determinado por la petición que el actor hace al órgano jurisdiccional fundada en un conjunto de hechos entre los que destacan los hechos constitutivos del supuesto de hecho de la norma que contiene la consecuencia jurídica que solicita. El demandado puede resistirse alegando los hechos que estime relevantes para fundamentar su rechazo a dicha petición, ya sean impeditivos, extintivos o excluyentes.

El proceso civil se rige por el *principio dispositivo* por lo que sólo existe y continúa si así lo considera el demandante, salvo que la renuncia esté expresamente prohibida. La actividad procesal estará determinada por las actuaciones procesales que estime convenientes y la

⁶CORTÉS DOMÍNGUEZ, V, “Concepto y objeto de la prueba”, *La prueba en el proceso civil*. Tomo I (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 20-21.

⁷ ARRABAL PLATERO, P, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 28-29.

sentencia estará acotada por sus peticiones en la demanda. Por su parte, el demandado será libre de comparecer o no en el proceso, de aceptar las peticiones de la parte contraria que considere oportunas, así como de reconocer por completo su decisión. Como consecuencia deriva el principio de *aportación de parte* según el cual son las partes procesales las que asumen la función de aportar y probar los hechos en los que está interesados. Dicho de otro modo, el proceso es un instrumento en el que los particulares pueden disponer de los derechos e intereses que se intentan defender en el mismo. Bien entendido que la dirección del proceso corresponde a los jueces y tribunales para que discurra por los cauces legalmente previstos. El juez puede comprobar si los hechos se han introducido en el pleito del modo legalmente previsto e inadmitir los medios de prueba propuestos cuando así resulte de la norma, aunque no pueden investigar si son ciertos o no los hechos expuestos. Así el propósito de la actividad probatoria no es esclarecer la verdad de lo sucedido, sino convencer al juez de la verdad de determinados hechos para que pueda decidir sobre el pleito en su sentencia. A salvo quedan los “procesos civiles no dispositivos donde los jueces tienen más poderes que en el resto a fin de garantizar al Estado la tutela de determinados derechos.

De todo resulta que la actividad probatoria en el proceso es la actividad que desarrollan las partes, sobre los hechos controvertidos y a través de los medios de prueba reconocidos por la ley, que tiene por objeto convencer al juez de la verdad de sus alegaciones para obtener la tutela que se solicita, sin que el juez pueda dejar de considerar aquellos sobre los que existe consenso. La actividad probatoria en el proceso forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), el cual comprende el derecho a proponer medios de prueba dentro de los límites constitucional y legalmente establecidos; el derecho a que se admita la prueba propuesta o, en su caso, se inadmita de forma motivada; y el derecho a que dicha prueba sea practicada y valorada por el órgano jurisdiccional.

De este modo podemos dar por sentado los siguientes presupuestos que nos sirven, con carácter general, para acotar la delimitación de la actividad probatoria en el proceso civil tal y como puede desprenderse de la lectura conjunta de los art. 281 y 282 LECiv:

- 1.- Las partes-y no el juez- tienen que aportar al proceso los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión- el demandante, los hechos constitutivos- o de su resistencia - el demandado, los hechos impositivos, extintivos o excluyentes que le sean favorables-
- 2.- Las partes tienen la facultad de admitir como ciertos los hechos alegados por su contrario, lo que determina que el juez los tenga como fijados, pronunciándose en su sentencia sobre las consecuencias jurídicas que derivan de ellos, pudiendo sólo valorar como ciertos o no los

que sean controvertidos por ser negados por quien se encuentre en la posición procesal contraria.

3.-Las partes tienen la carga de probar solamente los hechos discutidos que guarden relación con la tutela que se pretende obtener en el proceso y por tanto que sean alegados para fundamentar sus pretensiones. En el desarrollo de esta función deben solicitar el juicio a prueba y proponer los medios de prueba que estimen adecuados, recayendo sobre las mismas las consecuencias de que los medios de prueba no queden suficientemente acreditados. Tal afirmación conduce a matizar que las partes sólo pueden probar los hechos afirmados por ellas en el proceso. Para ello es preciso que tales afirmaciones se hayan hecho en el momento procesal oportuno y que versen sobre hechos controvertidos, (siempre que además no sean notorios, en cuanto su conocimiento forma parte del acervo cultural o tácitamente admitidos, por no haber expresamente negados) aunque los no controvertidos existen para el juez que no los puede ignorar y debe considerarlos al dictar la sentencia que resuelva el pleito⁸.

4.- El ejercicio obligatorio de la potestad jurisdiccional conlleva una prohibición non liquet que no permite que la cuestión se quede impreguzgada. En este sentido el juez aplica en su labor decisoria las reglas de la carga de la prueba ante situaciones de incerteza, que le facilitan el sentido del fallo en todos los asuntos en los que conozca. No obstante, el último apartado del art. 217 LECiv recoge la regla flexible de la disponibilidad y facilidad probatoria que rompe la regla de distribución de la carga de la prueba según la cual cada parte prueba sus alegaciones. El fundamento de estos principios está en el deber de colaboración con los tribunales de justicia (art. 118 CE) y con la debida buena fe de los litigantes⁹. La aplicabilidad de tales principios como criterios que flexibilizan la regla general de la carga de la prueba permiten al juez imponer las consecuencias de la falta de prueba a la parte obstuccionista en favor de quien ejercita su pretensión de buena fe¹⁰.

En resumen, como ha destacado el TC el derecho de prueba puede definirse como “el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso”¹¹

⁸ Vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., “Prueba electrónica y proceso civil”, *Proceso Civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 22-48. ARRABAL PLATERO, P., *La Prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27-30

⁹ ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 399

¹⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La ley, Madrid, 2006, p. 160.

¹¹ STC 131/1995, de 11 de septiembre (Tol 82870)

Cuando las pruebas no pueden practicarse dentro del momento previsto para la actividad probatoria por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado, o versan sobre hechos nuevos o conocidos con posterioridad proceden en el proceso civil las llamadas diligencias finales, que pueden practicarse a propuesta de parte o del juez dentro del plazo para dictar sentencia. Una vez practicadas, “las partes podrán dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado” (art. 436 LECiv)

5.- Una vez que la prueba es presentada y puesta en conocimiento del juez, existen tres métodos de valoración de la prueba¹²:

- En primer lugar, la prueba tasada, con cierto valor probatorio determinado por la ley con base de máximas de experiencia (reglas generales del razonamiento humano independientes de los conocimientos técnicos de cada persona).
- En segundo lugar, la prueba libre, que permite la libre convicción del juez o tribunales sobre la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica.
- En tercer lugar, la valoración conjunta de la prueba, que atiende a la totalidad de las practicadas, que pueden ser objeto de pruebas de valoración libre y tasada.

En el caso de que el juez no alcance el pleno convencimiento con las pruebas aportadas, acudirá a las reglas de la carga de la prueba. De acuerdo con estas normas, corresponderá al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión y, al demandado, la acreditación de los extintivos, impeditivos y excluyentes que anulen la eficacia jurídica de los hechos alegados por su contraparte.

2.2 Regulación de la prueba en el proceso civil. Medios y fuentes de prueba

La LECiv regula las disposiciones generales y medios de prueba, respectivamente, en los capítulos V y VI del Libro II. Por un lado, el Capítulo V se divide en cuatro secciones relativas a: el objeto, necesidad e iniciativa de la prueba (Sección primera, arts.281 a 283), la

¹² ARRABAL PLATERO, P, *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 30.

proposición y admisión (Sección segunda, arts.284 a 288), a otras disposiciones generales sobre la práctica de la prueba (Sección tercera, art. 289.a), y a la anticipación y aseguramiento de la prueba (Sección cuarta, art. 293 a 298).

Por otro lado, el Capítulo VI se divide en nueve secciones en las que se examinan diferentes medios de prueba y su práctica (art. 299 y 300), específicamente el interrogatorio de partes (Sección primera, art. 301 a 316), la documental pública y privada (Sección segunda a cuarta, art.317 a 334), el dictamen de peritos (Sección quinta, art. 335. a), el reconocimiento judicial (Sección sexta, art 353 a 359), el interrogatorio de testigos (Sección séptima, art 360 a 381), los modernos medios de prueba (Sección octava, art. 382 a 384) y las presunciones legales y judiciales (Sección novena, art. 385 a 386)¹³.

Una vez que se ha analizado, qué es la prueba, qué ha de probarse y quién debe probar, la siguiente pregunta es: ¿con qué debe probarse? La prueba se puede determinar a través de dos conceptos importantes, que son las fuentes y los medios de prueba. El primer concepto lo desarrolla a la perfección CARNELUTTI, por la que dice que son fuentes de prueba los elementos que existen en la realidad y son aptos para convencer de determinados datos de hecho, como, por ejemplo, el testigo y el conocimiento que tiene de algunos sucesos o acontecimientos¹⁴. En cuanto al segundo concepto, los medios de prueba las actividades que hace falta desplegar para incorporar las mencionadas fuentes al proceso

El art. 299.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) dispone que son medios de prueba tradicionales de los que se podrán valer las partes en el juicio el interrogatorio de las partes, los documentos públicos y privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos.

A renglón seguido el art. 299.2 LECiv establece que también se admitirán como tales *“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”*. Además, el art. 299.3 faculta a los jueces y tribunales para que, a instancia de parte puedan admitir las nuevas fuentes de prueba que vayan descubriéndose o inventándose, adoptando al efecto *“las medidas que en cada caso resulten necesarias”* a fin de que puedan incorporarse al proceso y verificarse en él. La interpretación

¹³ GIMENO SENDRA, V. *El proceso de declaración. Parte General*. Castillo de la Luna, Madrid, 2017, p. 498.

¹⁴ CARNELLUTTI, F. *La prueba civil*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67-71.

gramatical del precepto transcrito apunta a la existencia de un número ilimitado de medios de prueba

El precepto pone de relieve que en materia probatoria hay que distinguir dos conceptos: fuentes y medios de prueba¹⁵. Sentado el objeto de la actividad probatoria, el concepto de “medio de prueba” hace referencia a las actividades que se despliegan para probar los hechos controvertidos y que vienen admitidos por el ordenamiento jurídico. Tales medios incorporan al proceso las llamadas “fuentes de prueba” que son elementos que existen en la realidad y que son adecuados para convencer de determinados datos de hecho cuya existencia depende del progreso técnico y científico. La fuente de prueba es un concepto ajeno al proceso al existir en la realidad con independencia de que se incorpore o no al proceso. En sentido diverso el medio de prueba es una noción eminentemente procesal que supone la introducción al proceso de las fuentes de prueba mediante la actividad procesal de las partes y el juzgador.

En este sentido, es donde podemos valorar la importante función de la prueba ya que será el elemento que corrobore o no una pretensión y que por lo tanto califique un hecho como verdadero. Por este motivo adquiere una gran relevancia el establecer, no sólo que medios de prueba pueden ser pertinentes, sino además entender las características que la acreditación debe reunir para poder tener valor probatorio. Es decir, los datos que se aporten como prueba deberán reunir unas características sin las cuales carecerían totalmente de valor probatorio.

No obstante, la norma procesal utiliza los conceptos de manera confusa. En el párrafo primero alude expresamente a “*medios de prueba tradicionales*”, pero en los párrafos segundo y tercero, referidos a los elementos probatorios que se incorporan como resultado de la evolución tecnológica y científica, y que por tanto no son tradicionales, se refiere a los “medios de reproducción y registro” y a otros que vayan descubriéndose como “medios” adecuados para convencer, lo que parece aludir al concepto de *fuentes de prueba*. Tal afirmación parece confirmarse en el art. 382 LECiv al regular los “*instrumentos de filmación, grabación y semejantes*” y en el art. 384 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*”, disponiendo en ambos casos que deben ser valorados por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

¹⁵ CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª edición, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp 67-71

El legislador regula reglas para su aportación al proceso, así como la aportación de medios de prueba instrumentales (arts 382.2 y 384.2 LECiv).

Tal redacción creemos que exige una labor interpretativa más allá de una simple lectura gramatical. Acogiendo la diferenciación clásica entre medio y fuente de prueba puede concluirse que el legislador confunde los términos en cuanto las fuentes de prueba son ilimitadas mientras los medios de prueba son limitados a los previstos expresamente en los apartados 1 y 2 del art 299 LECiv, incorporando este último las nuevas tecnologías a la actividad probatoria.

3. EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y TELEMÁTICA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

3.1 La prueba en la era de las nuevas tecnologías. La prueba electrónica

3.1.1 Noción y características

El sistema judicial ha de responder a los nuevos retos derivados del uso de las nuevas tecnologías para la adquisición y difusión de información. En este contexto en numerosas ocasiones el hecho relevante para un proceso ha sido registrado a través de un soporte electrónico o digital. Como hemos adelantado la prueba es la acreditación de la realidad de un hecho afirmado por las partes y que es relevante para el objeto del proceso. La actividad probatoria tiene como finalidad que el juez perciba la información sobre ese hecho a través de los distintos medios de prueba. En la sociedad de la información es muy habitual que el juez tenga que percibir una información que ha sido obtenida y registrada a través de un instrumento o dispositivo electrónico.

La aproximación al concepto de “prueba electrónica” pone de relieve la dificultad de acometer esta tarea dado que encontramos distintos términos en los distintos estudios doctrinales para identificar una modalidad de prueba que aparece vinculada al uso de las nuevas tecnologías en el Derecho procesal. Así las denominaciones para este tipo de prueba se refieren indistintamente a la prueba electrónica, tecnológica, digital o informática. Ante esta diversidad hemos optado por identificar la prueba objeto de nuestro estudio con “prueba electrónica” en cuanto con este vocablo aludimos a los dos componentes que la conforman, esto es, el dispositivo electrónico y la información que en él se contiene¹⁶.

La prueba tecnológica, también llamada como prueba electrónica, es aquella que contiene metadatos y comprende múltiples fuentes de prueba que comparten características comunes y se refiere, por un lado, a los datos informáticos, es decir, a impulsos electrónicos que pueden ser almacenados en cualquier lugar del mundo, transferidos a grandes distancias en cuestión de segundos, modificados o copiados con facilidad, ocultos en carpetas invisibles, alojados en servidores remotos, protegidos mediante cifrado, entre otras posibilidades. Estos datos pueden tener relevancia dentro de un proceso judicial, por ejemplo, un pendrive o un disco duro¹⁷.

Por otro lado, también abarca aquellos elementos que se obtienen mediante el uso de tecnología, como puede ser un informe pericial informáticos o comunicaciones interceptadas a través de herramientas tecnológicas¹⁸.

Dentro de la prueba tecnológica, se encuentra el documento electrónico, que es aquel redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén formados electrónicamente. Será soporte de documentos públicos o privados que tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable¹⁹.

Precisando las ideas anteriores, por **prueba electrónica -o tecnológica-** hay que entender una información que tiene valor probatorio y que está contenida en un dispositivo electrónico o se transmite por dicho medio. En esta definición se pueden extraer 3 elementos:

¹⁶ Vid. TIerno BARRIOS, S., “Hacia una Justicia digital en una era tecnológica: la prueba electrónica en el proceso civil español”, *Actualidad Civil*, La Ley, núm 10, 2023, pp- 9-10

¹⁷ ARRABAL PLATERO, P. La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp.35/41.

¹⁸ ARRABAL PLATERO, P. La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p.35.

¹⁹ MAGRO SERVET, V., “Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil”, *Diario La Ley*, N° 14, Sección Ciberderecho, 9 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer, p. 2.

- 1.- Se refiere a cualquier clase de información
- 2.- La información ha de ser producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos
- 3.- La información puede utilizarse para acreditar hechos en un proceso judicial

A estos elementos generales estructurales puede incorporarse como nota esencial para identificar su noción que los elementos electrónicos que contienen la información probatoria son fuentes de prueba y tienen que incorporarse al proceso a través de un medio de prueba previsto por el ordenamiento jurídico (Art. 299 LECiv)²⁰. Entre tales medios probatorios se encuentran los de reproducción y registro que constituyen el objeto de esta investigación e incorporan, con autonomía respecto de los medios tradicionales de prueba las fuentes de prueba que incorporan las nuevas tecnologías, esto es, informaciones o datos que, en términos generales, se identifican con un documento electrónico o tecnológico.

Debido a la amplitud de las fuentes de prueba electrónica podemos destacar los principales instrumentos que incorporan información aplicando las nuevas tecnologías y que con más frecuencia se utilizan para la actividad probatoria en el proceso civil:

1.- En primer término, hay que referirse al correo electrónico utilizado como principal vía de comunicación en la sociedad actual. Es un sistema que permite la remisión de un mensaje por parte de una persona, utilizando una determinada dirección electrónica, a otra, que usa la dirección electrónica utilizada por el remitente, mediante una red de telecomunicación. Cuando el remitente da la orden de enviar un mensaje de mail, éste no se dirige directamente a su destinatario, sino que pasa por diversas máquinas que se encargan de dirigirlo y que van introduciendo sus huellas, de tal modo que se puede encontrar la dirección IP desde la que se ha remitido el correo²¹. Los mensajes de correo electrónico pueden borrarse (conservándose a veces copias de seguridad por determinadas aperadoras durante cierto tiempo) o almacenarse por el emisor o receptor tanto en el dispositivo electrónico propio como en el servidor. Los mails pueden aportarse al proceso a través de los dispositivos electrónicos de emisión o recepción o por cualquiera de los servidores implicados.

El medio plantea serios interrogantes al poder ser fácilmente manipulado por la parte que lo aporta en cuanto a su contenido, el receptor, emisor o incluso del dispositivo

²⁰ SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Proceso civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 62; DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 43

²¹ FERNÁNDEZ LÁZARO, F., "Medios técnicos en la investigación de los delitos telemáticos", *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la videovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial II, CGPJ, 2007, p. 136

empleado. Tal dificultad puede solventarse mediante una prueba pericial que avale su autenticidad en el sentido de comprobar la dirección de correo electrónico que emite el mensaje, la identidad numérica del dispositivo del que se envía, la fecha y hora de su emisión y recepción, así como los servidores entrante y saliente del mensaje.

2.- Otra fuente de información electrónica que tiene especial importancia probatoria son las páginas web a las que se puede acceder a través de internet tras la identificación de un enlace. La información que puede obtenerse de esta fuente es inmensa, aunque también cambiante en cuanto sus contenidos están sometidos a constante actualización. Por ello la aportación al proceso de su contenido puede acompañarse de un acta notarial levantada en una determinada fecha²².

3.- En la actualidad los teléfonos móviles y demás instrumentos de grabación o filmación permiten la grabación de conversaciones o la captación de imágenes de manera sencilla por lo que se han convertido en un soporte de información que se utiliza habitualmente para acreditar las pretensiones de las partes procesales.

4.- En consonancia con la afirmación anterior, el teléfono móvil también se utiliza para la mensajería a través de los SMS o los WhatsApp. Por esta razón el TS ha atribuido la carga probatoria a quien aporte capturas de pantalla con la finalidad de evitar la falsificación de los intervinientes en la conversación.

El SMS es un servicio para titulares de teléfonos móviles que consiste en la posibilidad de enviar mensajes de texto móviles entre teléfonos móviles. Cada mensaje SMS es emitido por un teléfono móvil que tiene un número-IMEI_ que usa una línea móvil identificada con una tarjeta SIM, y es recibido por otro teléfono móvil-con un número IMEI-que se utiliza por otra línea telefónica móvil identificado con otra tarjeta SIM. Se trata de un sistema de comunicación en canal cerrado en el que los datos también se envían a través de un servidor, donde se almacenan hasta que se entregan al destinatario. Tiene la misma naturaleza que el correo electrónico y plantea los mismos problemas para su valoración probatoria.

WhatsApp permite las comunicaciones entre usuarios mediante una aplicación para teléfonos móviles para remitir normalmente mensajes de texto, aunque a veces se utiliza para remitir fotografías o mensajes de video y audio. La información transmitida no se conserva

²² SIERRA, S., *El impacto de las nuevas tecnologías en materia probatoria en el proceso civil y penal*, Universidad Pontificia, Madrid, 2019, p. 11

por un servidor externo a los dispositivos electrónicos de ellos comunicantes. Es el administrador de la aplicación quien realiza el tránsito de la información entre los comunicantes. La información contenida en un mensaje de WhatsApp posteriormente puede incorporarse al proceso a través del teléfono móvil que la contiene o mediante su transcripción escrita, interrogatorio o testifical incluso. Sobre la aportación de la información de WhatsApp o en cualquier medio de mensajería instantánea, la STS penal, 300/2015, de 19 de mayo y advertía que “la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se realiza el 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 el único usuario se relaciona consigo mismo”. De este modo quien aporte estos mensajes como prueba al proceso deberá ser consciente de los riesgos de manipulación y además deberá elegir cautelosamente el medio probatorio que se utilice considerando la posición procesal que eventualmente puede adoptar la parte contraria. De este modo la parte interesada en la prueba deberá tener en cuenta una posible impugnación de la contraria, por lo que resulta recomendable aportar no sólo el dispositivo electrónico (para su cotejo por el Letrado de la Administración de Justicia o para su reconocimiento judicial) que la contenga sino también otros elementos probatorios instrumentales tales como un informe pericial, la aportación de otro dispositivo implicado en la conversación, así como la testifical de sus titulares²³

5.- La fotografía digital también es una fuente de prueba en el proceso civil que puede manipularse a través del uso de las nuevas tecnologías que apuntan al uso de la inteligencia artificial. Por ello también será necesario acreditar su autenticidad recurriendo a profesionales que aseguren la realidad de la fecha, lugar y hora en que se han captado.

6.- Finalmente las redes sociales y sus plataformas constituyen una importante fuente de información con relevancia probatoria en el proceso de fácil acceso a cualquier persona para intercambiar datos de manera rápida y sencilla. El desarrollo de tecnologías de la información permite que todas las partes del mundo pueden conectarse simultáneamente a través de la red. Las redes sociales públicas pueden utilizarse por cualquier usuario que cuente con un dispositivo electrónico que permita el acceso a Internet sin necesidad de pertenecer a un grupo social concreto. Al contrario, las redes sociales privadas sólo son accesibles a

²³ DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 182-184

determinados usuarios que pertenecen a un grupo social específico. La aportación de la información de las redes sociales puede utilizarse para probar hechos ya sean cometidos o no en las redes sociales, si resultan relevantes en el proceso judicial. Las informaciones contenidas en las redes sociales son en todo caso datos que los titulares de las cuentas “muestran” libremente en la red, por lo que no concurre ninguna expectativa razonable de privacidad. De esta forma, como principio general puede afirmarse que el acceso a tal información no vulnera el derecho a la intimidad ni ningún otro derecho fundamental. No obstante, este principio general puede sufrir matizaciones en supuestos tales como la transmisión de la información entre un grupo delimitado de interlocutores, donde es aplicable el derecho al secreto de las comunicaciones. También tiene especialidades, con lesión de derecho fundamental a la intimidad, el supuesto en el que se accede a una información en la red utilizando la contraseña de su titular sin su consentimiento. También puede suponer una invasión del derecho a la intimidad o al derecho de protección de datos personales, el acceso al ordenador del trabajador por el empresario sin respetar las garantías legalmente establecidas (Ley Orgánica de Protección de Datos, de 5 de diciembre de 2018) así como sin respetar el principio de proporcionalidad impuesto por el TC. En cualquier caso, no puede desconocerse que la información que se recoge en un determinado perfil no siempre se corresponde con la realidad.

La prueba electrónica está recogida expresamente en el art. 299 en sus puntos 2 y 3 LECiv. El precepto reconoce en el apartado 2 como medios de prueba junto a los tradicionales del apartado 1 (interrogatorio de las partes; documentos públicos y privados; dictamen de peritos; reconocimiento judicial; declaración de testigos) los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir datos, cifras u operaciones matemáticas. El apartado se refiere expresamente a dos medios de prueba electrónica o tecnológica autónomos: la prueba audiovisual que puede o no ser digital o informática y de registro que incluye la telemática cuando la información circula por la red. Si bien es recomendable, como examinaremos, que venga reforzada por otros medios de prueba para corroborar los hechos alegados. Para el caso en que sean varios los medios de prueba se seguirá el orden de la práctica legalmente previsto. Así el artículo 300 LECiv para el proceso civil, y subsidiariamente para otros órdenes jurisdiccionales, se establece que en el orden prima el interrogatorio de las partes, seguido de la prueba testifical, la pericial, el reconocimiento judicial, finalmente, la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Cuando alguna de estas pruebas no

pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.

Además, y poniendo de manifiesto que el art. 299 no recoge un listado cerrado de los medios de prueba se autoriza en el apartado 3 a emplear otros medios de prueba que puedan surgir en un futuro como consecuencia del avance tecnológico.

En este contexto el objeto de nuestra investigación se centra en los medios de prueba electrónicos recogidos expresamente en el art. 299.2, esto es la prueba de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen y la prueba de registro que incorpora específicamente la prueba telemática cuando los datos informáticos circulan por la red.

La prueba electrónica tiene unas características comunes²⁴:

- 1.- Es volátil: se puede manipular de un modo sencillo. Por este motivo es esencial que la prueba electrónica se incorpore al proceso civil con garantías de autenticidad, acreditada mediante acta notarial, prueba pericial y la cadena de custodia. Especialmente, las nuevas tecnologías comportan el riesgo de la generación de identidades ficticias derivado del anonimato y también el riesgo de la usurpación de identidad.
- 2.- Es intrusiva: Puede suponer una intromisión en los Derechos fundamentales regulados por la CE, como el derecho a la intimidad personal, el derecho al secreto de las comunicaciones o el derecho a la protección de datos. Esto tendrá efectos en su eficacia probatoria en cuanto de constatarse tal vulneración de derechos fundamentales no surtirá efecto.
- 3.- Es de visualización mediata: se requiere un instrumento electrónico para poder acceder a su contenido
- 4.- La información contenida en el dispositivo o soporte electrónico es intangible: Se encuentra almacenada en un formato electrónico por lo que hará más difícil que en las pruebas físicas diferenciar el original de las que no lo son por lo que se va a permitir su impugnación en base a su autenticidad o veracidad.
- 5.- Heterogeneidad: Está relacionada con las tecnologías de la información y de la comunicación y abarca multitud de supuestos. Pueden constituir prueba electrónica medios de grabación o reproducción de imagen y sonido (DVD, MP3, telefonía móvil o fija), los

²⁴ TIERNO BARRIOS, S., “Hacia una Justicia digital en una era tecnológica: la prueba electrónica en el proceso civil español, *Actualidad Civil*, La Ley, núm 10, 2023, p. 10; ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp 42-54

sistemas de comunicación en información (internet y todas sus manifestaciones como el correo electrónico, WhatsApp; o redes sociales), el registro y tratamiento de datos (ordenador, Tablet). Tal amplitud en el elenco de fuentes de prueba electrónica pone de manifiesto que las nuevas tecnologías avanzan a ritmo muy rápido por lo que es necesario que el legislador regule de manera minuciosa la era digital. En cualquier caso, pese a su diversidad, tienen en común la llamada “huella digital” que hace referencia a la información que se genera con el uso de un medio tecnológico. Estos vestigios que se generan en los dispositivos tecnológicos pueden quedar almacenados en archivos remotos ubicados en la red o en el propio terminal de modo que la prueba digital deja un rastro que puede mantenerse infinitum.²⁵

Desarrollando tales notas comunes podemos destacar algunas puntualizaciones sobre las características propias de la prueba tecnológica. Las pruebas tecnológicas tienen una serie de características propias, entre las que se señalan:

En primer lugar, la heterogeneidad, es la nota más relevante y la que probablemente mejor define la prueba tecnológica. Las tecnologías de la información y la comunicación permiten obtener pruebas de una amplia variedad de fuentes y mediante métodos diversos lo que hace que no exista una única forma ni modelo de prueba tecnológica. Por ello, existen múltiples formas de prueba tecnológica, como el contenido de páginas web, mensajes de WhatsApp, publicaciones en redes sociales, difusión de datos personales en Internet o correos electrónicos usados en fraudes, entre otros.

Esta diversidad de formas y contenidos conlleva que el tratamiento jurídico de cada prueba deba adaptarse a su naturaleza concreta. La forma de obtención puede implicar la afectación de diferentes derechos fundamentales, y los métodos técnicos varían considerablemente. Por ello, resulta muy complicado establecer criterios procesales uniformes aplicables a todas las pruebas tecnológicas.

En segundo lugar, se encuentra la fácil manipulación, que es una característica frecuentemente atribuida a la prueba tecnológica. Este rasgo ha sido señalado tanto por la doctrina como por peritos informáticos, quienes han señalado la necesidad de realizar un informe pericial para garantizar la autenticidad de este tipo de pruebas²⁶.

²⁵ NEFTALÍ NICOLÁS GARCÍA, J., “Las nuevas tecnologías y la prueba electrónica en el procedimiento judicial”, *Proceso Civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, pp. 308-312

²⁶ ARRABAL PLATERO, P. La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. p 42-43.

Este aspecto fue claramente reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo 300/2015, de 19 de mayo, que advierte sobre la posibilidad de alterar archivos digitales, especialmente en contextos donde se permite el anonimato o el uso de identidades falsas. Según esta resolución, es técnicamente factible fabricar una comunicación falsa donde una persona simula interactuar consigo misma, lo que obliga a los tribunales a extremar la cautela en su valoración²⁷.

Existen incluso medios disponibles en Internet que explican cómo modificar mensajes de WhatsApp o falsificar ubicaciones en dispositivos móviles, lo que demuestra el riesgo de alteración de pruebas. En este sentido, se considera que las pruebas tecnológicas son volátiles, ya que pueden modificarse o destruirse con la misma rapidez con la que se generan, y de ahí las cautelas de incorporación al proceso como medio de prueba de este tipo de pruebas, tal y como señala la SAP de Barcelona, 486/2016, de 6 de septiembre²⁸.

No obstante, esta posibilidad de manipulación no es exclusiva del entorno digital. Los documentos físicos también pueden ser alterados o destruidos, y aún así siguen siendo comúnmente admitidos como prueba sin mayores objeciones. Por ello, aunque la vulnerabilidad técnica existe, no debe subestimarse frente a otros medios probatorios tradicionales.

En tercer lugar, aparece una nueva característica de la prueba tecnológica que conecta directamente con la evidencia de los metadatos, la huella digital, que como afirma DELGADO MARTÍN, “cuando una persona realiza una actividad utilizando tecnologías de la información y/o de la comunicación (TIC) hace surgir informaciones (huella o rastro digital) que pueden resultar útiles para la investigación por parte de los poderes públicos de actuaciones ilícitas”²⁹.

Los rastros de los que habla DELGADO MARTÍN son generados por los dispositivos tecnológicos y pueden almacenarse tanto en el propio terminal como en servidores remotos accesibles a través de Internet. Esta particularidad resulta especialmente relevante en el contexto de la investigación de delitos informáticos propiamente dichos, así como en aquellos casos en los que, sin ser delitos tecnológicos en sentido estricto, intervienen elementos probatorios de naturaleza digital, como correos electrónicos, direcciones IP u

²⁷ STS 300/2015, de 19 de mayo (Tol 5002579).

²⁸ SAP de Barcelona, 486/2016, Sección 4ª, de 6 de septiembre (Tol 6016233).

²⁹ DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, Diario La Ley, nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Editorial LA LEY, p. 1.

otros datos similares. En consecuencia, las pruebas digitales tienen la capacidad de dejar huellas que pueden permanecer indefinidamente en el tiempo, lo que facilita su recuperación y análisis dentro del proceso.

Aunque el desarrollo tecnológico permite acceder a una gran cantidad de datos útiles, no siempre es posible garantizar su integridad incluso su accesibilidad. Las pruebas digitales presentan su integridad o incluso su accesibilidad. Las pruebas digitales presentan una doble realidad: pueden ofrecer información valiosa para el proceso judicial, pero también pueden resultar ininteligibles o haber sido manipuladas. En este contexto, las periciales informáticas tienen un valor limitado, ya que los expertos no siempre pueden determinar si los datos han sido alterados, algo que, no obstante, también ocurre con otras pericias técnicas³⁰. La doctrina y la jurisprudencia como en el caso de la STS 300/2015, de 19 de marzo, en la que se analiza un supuesto de validez de una prueba que consistía en una fotografía de la pantalla del ordenador en la que aparecía una conversación mantenida a través de un programa de mensajería instantánea bidireccional, han reconocido expresamente el riesgo real de manipulación de este tipo de pruebas³¹.

A continuación, se habla de la ubicuidad, aunque actual y más concretamente se denomina dimensión transnacional, como una de las características más relevantes de la prueba tecnológica.

Los principales desafíos derivados de la dimensión transnacional se deben, por un lado, a que muchas veces los servidores pertenecen a empresas privadas radicadas en otros Estados, y por otro, a la falta de una normativa internacional armonizada. Esta ausencia de uniformidad normativa dificulta la investigación y enjuiciamiento de delitos transnacionales que dependen de pruebas digitales, generando inseguridad jurídica en cuanto a la admisibilidad y obtención lícita de las mismas³².

En el marco europeo, existe algún instrumento como el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest de 23 de noviembre de 2001, que promueven la cooperación judicial en la lucha contra delitos tecnológicos. Estas normativas permiten, por ejemplo, el registro transfronterizo de sistemas informáticos, la conservación urgente de datos, o la creación de canales de comunicación rápidos entre Estados. A nivel práctico, también se

³⁰ ARRABAL PLATERO, P. La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 46-47.

³¹ STS 300/2015, de 19 de marzo (Tol 5002579).

³² ARRABAL PLATERO, P. La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 48-49.

contempla el uso de fuentes abiertas o el consentimiento voluntario del titular de los datos, como vías para obtener información sin necesidad de auxilio internacional³³.

Cuando se requiere acceder a pruebas almacenadas en Estados no pertenecientes al espacio judicial europeo, es preciso recurrir a tratados internacionales, comisiones rogatorias o a la Orden Europea de Investigación (OEI). En todo caso, la obtención de estas pruebas debe respetar tanto las leyes del país de origen como los requisitos del proceso penal español. Por ello, resulta imprescindible avanzar hacia mecanismos más ágiles de cooperación internacional que permiten sortear los efectos negativos de la deslocalización de la prueba y asegurar una tutela judicial efectiva sin merma de derechos fundamentales³⁴.

La llamada media electrónica es una característica particular de las pruebas tecnológicas que pone de relieve los riesgos del anonimato en el entorno digital. Este anonimato facilita tanto la creación de las identidades ficticias como la usurpación de identidades reales. Aunque es posible rastrear el dispositivo desde el que se emite la acción, en muchas ocasiones no se puede identificar a la persona que realmente está detrás. Esto genera incertidumbre sobre la autoría de ciertas pruebas, especialmente cuando la acción digital está asociada a un perfil social o identidad virtual que no siempre refleja un individuo real y verificable³⁵.

La usurpación de identidad puede manifestarse en dos formas: mediante la creación de una identidad completamente ficticia o a través del uso indebido de la identidad real de otra persona, actuando en su nombre sin su consentimiento. Esta segunda modalidad es más grave, ya que vulnera derechos fundamentales como el derecho a la imagen o la intimidad. Casos como el robo de contraseñas o el uso de fotografías ajenas para suplantar a alguien son ejemplos comunes³⁶.

En este punto destaca FUENTES SORIANO: “La facilidad con la que las comunicaciones telemáticas pueden ser manipuladas o incluso efectivamente mantenidas pero realizadas con suplantación de la personalidad de alguno de los comunicantes”³⁷, exige

³³ Vid. Artículo 32 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, ratificado por España en el BOE del 17 de septiembre de 2010.

³⁴ ARRABAL PLATERO, P., “La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 50-51.

³⁵ ARRABAL PLATERO, P., “La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 51.

³⁶ ARRABAL PLATERO, P., “La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 51.

³⁷ FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 278.

una especial cautela jurídica y un análisis que valore el grado de suplantación y la posible afectación a derechos constitucionalmente protegidos”.

Por último y para concluir con las características de la prueba tecnológica cabe mencionar la publicidad que se puede manifestar de algunas de las pruebas tecnológicas que se obtienen directamente de Internet. Esta particularidad concurre en la información que los ciudadanos publican en la Red voluntariamente y sin filtros para su acceso³⁸. Como señala RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, la información contenida en los distintos perfiles de las redes sociales resultará, cada vez más una prueba decisiva en muchas causas. En relación con este último apunte, destacamos la STS 185/2019, de 2 de abril, por la que se confirma una condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo por unos mensajes publicados en la red social Twitter, actualmente X³⁹.

3.1.2 Régimen jurídico

Una primera aproximación a la prueba electrónica en el proceso civil requiere hacer un breve recorrido por el régimen jurídico regulador que se ubica en la LECiv (Ley 1/2000, de 7 de enero) y será de aplicación supletoria a otras jurisdicciones.

Como punto de partida, y tal y como ya hemos avanzado, la LECiv vigente incorpora expresamente al proceso civil las nuevas tecnologías al reconocerlas como medios de prueba autónomos en el art. 299. 2. A su vez los arts. 282-284 desarrollan ampliamente los medios audiovisuales como aquellos de *“reproducción de la palabra, el sonido y la imagen”* y los medios de registro al incorporar *“los medios que permiten archivar y conocer datos importantes para el proceso”*.

En los medios audiovisuales la fuente de prueba son las imágenes, sonidos o palabras que se captan mediante instrumentos de filmación, grabación o semejantes. Tales fuentes de prueba se encontrarán recogidas en un soporte material que también puede ser informático o digital. Cuando la fuente de prueba sea la palabra, ésta deberá ser hablada. El medio probatorio hace referencia a la reproducción ante el Tribunal de la concreta fuente de que se trate.

³⁸ ARRABAL PLATERO, P., “La prueba tecnológica: aplicación, práctica y valoración”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 52-53

³⁹ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Redes sociales y proceso penal. Una radiografía”, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES; Coord. ALFONSO SALGADO), Atelier, Barcelona, 2019.

En los medios de registro, la fuente es en primer lugar, los datos e informaciones almacenados en un dispositivo electrónico, incluyendo tanto sistemas informáticos-ordenador- como cualquier medio de almacenamiento masivo de memoria -tablet-; por otra parte, los que son transmitidos por cualquiera de las redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija o móvil u otras. Los medios de prueba son los instrumentos en que estas fuentes se contienen. Cuando los datos se transmiten a través de una red global (Internet -correo electrónico-), o de una red social –Whatsapp, Twitter, Facebook, Instagram, TikTok- la prueba de registro se refiere específicamente a la prueba telemática –que no presenta ninguna especialidad en cuanto al régimen jurídico aplicable a la actividad probatoria que el resto de las pruebas de registro-. Esto es, en la prueba de registro se engloban las informaciones almacenadas en un soporte que incorpora la aplicación de las nuevas tecnologías -generalmente datos informáticos- y las informaciones o datos que se transmiten por la red, siendo éstas últimas las fuentes que constituyen la llamada prueba telemática. Por su parte la prueba de reproducción incorpora los soportes audiovisuales que pueden consistir o no en un soporte informático.

Así el art. 382 LECiv regula *“los instrumentos de filmación, grabación y semejantes”*, y determina la posibilidad de proponer como medio de prueba ante el Tribunal la reproducción de palabras, imágenes y sonidos que hayan sido captados mediante tales instrumentos, debiendo acompañar al proponerla la transcripción escrita de las palabras de que contengan en el instrumento de reproducción y sean relevantes para el fondo del asunto. Además, se admite la posibilidad de aportar dictámenes y otros medios de prueba que se consideren necesarios. Según el art. 383 se levantará acta de los actos anteriores que se practiquen y se conservarán a disposición del Letrado de la Administración de Justicia para evitar cualquier manipulación.

El art. 384 LECiv regula *“los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso”*. Mediante los medios que la parte que los proponga aporte o mediante los que disponga el Tribunal. Se deberá garantizar que el resto de las partes puedan alegar y probar lo que estimen conveniente. También se permite la aportación de dictámenes y otros medios de prueba. Todo se custodiará por el Letrado de la Administración de Justicia

La lectura conjunta de los arts. 382 y 384 sugiere que los medios de reproducción y los instrumentos de archivo guardan una gran semejanza. La diferencia radica en que los medios de reproducción captan lo que sucede en un momento concreto de la realidad. Los instrumentos de registro no tienen tal objeto, sino que recogen información sobre un hecho

que facilita su conocimiento. En cualquier caso, el encuadramiento de un medio en una u otra tipología tendrá consecuencias sobre las fases de la actividad probatoria que se regulan con regímenes diferentes en los arts- 382 y 384 LECiv.

3.1.3 Naturaleza

Aproximarse a la **naturaleza** de la prueba electrónica exige bien atribuirle naturaleza autónoma e independiente respecto del resto de los medios de prueba o bien asignarla naturaleza de documento electrónico con los mismos efectos jurídicos que los documentos privados, siempre que goce de las características de autenticidad y fiabilidad.

En el ámbito del proceso laboral, el art. 299 LECiv se interpreta por la STS, Sala 4ª, núm 720/2020, de 26 de julio. En su argumentación incorpora que en los tiempos actuales dominados por la digitalización es frecuente la aportación a los procesos judiciales de medios probatorios relacionados con los modernos sistemas electrónicos (ordenador, Tablet, móvil) o telemáticos (donde ubica el correo electrónico, comunicaciones en foros, chats y redes sociales, mensajes en programas de mensajería instantánea. WhatsApp, Skype, Messenger-) de forma que sirvan para acreditar determinados hechos y apoyar las posiciones de las partes.

Considera la Sala que acudiendo a los instrumentos interpretativos del art. 3.1 CC, y en particular al contexto y a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas, al espíritu y finalidad de aquellas, aunque sin perder de vista la interpretación meramente gramatical realiza una interpretación del art. 299 LECiv para determinar si el precepto configura medios o fuentes de prueba en los puntos 2 y 3. La Sala considera que la LECiv no regula “dos medios de prueba nuevos” tras enumerar los medios de prueba tradicionales en su párrafo primero. Así los medios audiovisuales y de registro enunciados en el punto 2 del art. 299 son fuentes de prueba. Por ello los arts 299.2, 382.1 y 384.1 LECiv” se limitan a enunciar diferentes instrumentos y actividades”, pero los medios de prueba están tasados y se refieren exclusivamente a los referenciados en el punto primero del art. 299 como medios tradicionales.

Así a juicio del TS, los medios audiovisuales y los soportes electrónicos tienen que incorporarse al proceso a través de alguno de los medios de prueba enunciados como tradicionales en el precepto. Justifica que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten en juicio a través de los nuevos soportes

electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, aunque sean necesarias adaptaciones, como la prueba de autenticación. De este modo es preciso acoger un concepto amplio de prueba documental, que incorpora el documento electrónico, o llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos cuyo uso desaparecerá con el tiempo.

En otro orden de cosas y centrando la atención en el proceso civil, con independencia de que se asuma su naturaleza autónoma o documental⁴⁰, es un tema recurrente en la doctrina procesalista plantarse si cabe aplicar analógicamente las reglas de valoración legal aplicables a los documentos para valorar la prueba de reproducción y registro. La duda interpretativa tiene su razón de ser ante la ausencia de una regulación legal en al LECiv que aplique a las pruebas del art. 299.2 LECiv las reglas de valoración tasadas de la prueba documental. Así según el art. 382.3 LECiv referido a los medios de reproducción de palabras, imagen y sonido expresa que *“el Tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado primero de este artículo según las reglas de la sana crítica”*. En idéntico sentido el art. 384.3 LECiv sobre la prueba de registro electrónico prevé que *“el Tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de la sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza”*.

Según la dicción literal de la ley la valoración de estas pruebas no queda sujeta a normas legales que impongan al juez un criterio para apreciar su fuerza de convicción dado que legalmente tienen un tratamiento autónomo respecto a la prueba documental. Someter pues a valoración tasada unas pruebas cuya apreciación deja la Ley al libre criterio del juzgador parece a priori una interpretación que choca con una disposición legal clara. No obstante, la gran similitud entre la prueba de registro y la prueba de reproducción de imágenes y sonidos –al menos aquella cuya información consiste en signos o representaciones- con la prueba documental y también razones de oportunidad práctica han llevado tradicionalmente a la doctrina postular la aplicación analógica de la norma de valoración legal relativa al documento privado no impugnado por inauténtico o incluso impugnado pero autenticado que se contiene en el art. 326 LECiv⁴¹.

⁴⁰ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes y sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, p. 20, niega naturaleza documental a esta prueba y considera que la prueba de reproducción y registro en el art. 299.2 LECiv es autónoma. SERRA DOMÍNGUEZ, M, “Prueba documental”, Estudios de Derecho Probatorio, Communitas, Lima, 2009, manifiesta su adhesión a la naturaleza documental de tales pruebas que representan hechos, aunque no sean documentos escritos.

⁴¹ Vid. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes y sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 202-208.

Planteada la controversia en torno a la posibilidad de asumir una configuración amplia del documento que incorpore “el documento electrónico o tecnológico” que asimilaría las pruebas de reproducción y registro al documento privado, más acorde con la evolución del avance tecnológico y un importante sector del ordenamiento jurídico, lo cierto es que la interpretación estrictamente gramatical de la LECiv excluye tal conclusión desoyendo las posiciones de una importante tendencia doctrinal y jurisprudencial anterior al último posicionamiento del TS - Sala IV- en la sentencia comentada de 26 de julio de 2020. A mayores esta configuración autónoma de la prueba electrónica por la LECiv, reprochable según un importante sector doctrinal, resulta contraria a la propia exposición de motivos de la LECiv que en el punto XI sostiene, aunque después lo incumpla, que a estos instrumentos probatorios habría que otorgarles “*una consideración análoga a la de las pruebas documentales*”⁴².

Expuesto el problema interpretativo en estos términos y contando existen partidarios de ambas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia, asumimos la interpretación gramatical del art. 299.2 LECiv y con ello la naturaleza autónoma de la prueba de reproducción y registro para abordar el tratamiento normativo del tema objeto de este trabajo. De esta forma las pruebas tecnológicas no deben de tratarse como documentos, sino que tienen autonomía propia contemplada en los artículos 382 a 384 LECiv, y toda la referencia al carácter de documento que pueda hacerse se hará siempre de forma subsidiaria para poder interpretar lagunas que pudiera haber en los artículos antes dichos⁴³.

3. 2 Fases de la prueba electrónica

En el orden procesal civil -y en cualquier orden jurisdiccional- la prueba electrónica discurre por las siguientes fases:

- 1.- Obtención de la información o datos
- 2.- Incorporación de los datos al proceso

⁴² Vid. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos”, *Diario la Ley*, núm 6158, 30 de diciembre de 2004, p. 7; PÉREZ GIL, J., “Tema 37: Medios de prueba (VI): Medios audiovisuales e instrumentos de archivo y reproducción de datos” en *AAVV, Materiales de Derecho. Derecho Procesal Civil*, IUSTEL, pp. 1-2; NIEVA FENOLL, J., “La prueba en documento multimedia” en *Instituciones del nuevo proceso civil, Vol II*, Madrid, 2000, pp. 441ss

⁴³ MAGRO SERVET, V., “Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil”, *Diario La Ley*, N° 14, Sección Ciberderecho, 9 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer, p. 6.

3.- Valoración de los datos incorporados

A modo de resumen -dado que posteriormente analizaremos con detenimiento las distintas etapas de la prueba electrónica- las distintas fases de la prueba tecnológica podemos resumir las siguientes ideas:

1.- La primera fase consiste en obtener los datos que están producidos, almacenados o transmitidos. Para ello es preciso acceder a las fuentes de prueba. La obtención de la información, en primer término, evitar lesionar derechos fundamentales para estar al margen del régimen de la prueba ilícita. Además, los datos obtenidos deben reunir tres características para tener un valor probatorio irrefutable:

-Verificables: El dato debe poder ser comprobado y para ello es fundamental que pueda ser contextualizado para tener visos de veracidad

-Inalterables: Deben estar en un formato o almacenados en un lugar en el que nadie pueda alterar su naturaleza. Es aquí donde los sistemas descentralizados juegan un papel fundamental.

Trazables: Es fundamental poder establecer la cadena del dato. Es decir, poder determinar quién lo originó, dónde y en qué contexto

Además, en cuanto que los medios probatorios, en líneas generales son similares en los procesos de todos los órdenes jurisdiccionales por el valor supletorio de la LECiv., el dato se constituye en todos ellos como el elemento clave.⁴⁴

2.- La segunda fase supone introducir en el proceso la información obtenida cuando sea relevante para acreditar los hechos alegados. En esta fase se deben cumplir tres requisitos

a) La pertinencia y la necesidad, con independencia de la normativa aplicable.

-Exige que la prueba sea relevante -necesidad- para acreditar los hechos del proceso y que sea idónea -pertinencia- para formar la convicción del juez

-Además tales requisitos suponen que la prueba sea útil para esclarecer los hechos controvertidos

⁴⁴ FALCIANI, H., “La prueba digital en el proceso civil: la cadena de prueba”, *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 368

- La nota de necesidad tiene eficacia en el momento de su práctica; la de pertinencia en la fase de admisión de la prueba

b) la licitud, que implica el respeto a los derechos fundamentales durante la práctica probatoria

c) El cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas procesales, esto es la prueba en cuanto la incorporación al proceso se lleve a cabo respetando los requisitos exigidos por las normas que regulan el procedimiento probatorio en cada orden jurisdiccional

-Supone por un lado que los datos obtenidos por la fuente de prueba se incorporen al proceso por cualquier medio de prueba admitido por la correspondiente ley procesal

- Por otra parte, se tiene que respetar el procedimiento regulado por la ley para el concreto medio de prueba que se utilice (admisibilidad procedimental).

3.- La tercera fase consiste en la valoración de la información o datos por el Juez que está enjuiciando el caso. Si se cumplen los requisitos adelantados en las fases de obtención e incorporación, la prueba electrónica puede desplegar eficacia probatoria lo que supone que será valorada por el Juez o Tribunal⁴⁵.

4. LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA

4.1 La prueba ilícita como límite del derecho a la prueba

La obtención de la prueba tiene una importante conexión con la licitud de la prueba, es decir, si se ha obtenido de forma correcta o no.

Por ello, cuando se habla de obtención, se habla de la licitud de la actividad probatoria, que más adelante se pretende introducir en el proceso a través de los medios de prueba legalmente admitidos. Y “así es posible cuestionarse si, cabe que luego se use en el proceso civil, con el fin de intentar formar la convicción judicial o para fijar un hecho”⁴⁶.

⁴⁵ Vid. DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, 2017, pp. 2-4

⁴⁶ MONTERO AROCA, J., “La prueba en el proceso civil”, 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 75.

En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no son ilimitados ni desmedidos, sino que se relacionan y complementan entre sí. En algunas ocasiones, los derechos de un sujeto encuentran su límite en los derechos de otra. Por ello, para defender los intereses de los sujetos, se recurre al derecho de prueba, el cual de manera general está delimitado por la norma constitucional, y de manera particular, por las leyes procesales que establecen un marco de reglas formales y requisitos, dentro del cual las personas puedan ejercer tal derecho. De acuerdo con lo anterior se llega a la conclusión, que la prueba tiene que ser pertinente y respetuosa con los demás derechos constitucionales, por ende, no puede abarcar la utilización de pruebas ilícitas, entendiendo como tales aquéllas que hayan sido obtenidas vulnerando los derechos fundamentales⁴⁷.

Según la jurisprudencia constitucional el derecho a la prueba, igual que sucede con todos los derechos fundamentales, no es ilimitado. Así ha de respetar otros derechos fundamentales y en general los bienes constitucionalmente protegidos siendo en otro caso la consecuencia la existencia de una prueba ilícita que determinara su exclusión para garantizar el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 11 LOPJ y 287 LECiv). Por consiguiente, la prueba ilícita es límite para el ejercicio del derecho de prueba en el proceso y consiste en la que se obtenido directa o indirectamente, violentando un derecho o libertad fundamental y que por tanto no puede surtir efecto en el proceso judicial- arrastrando ese efecto de exclusión a todas las pruebas que deriven de la que sea considerada ilícita. La ilicitud de la prueba es una institución común a todos los medios probatorios que en su obtención- o aportación al proceso- vulneren los derechos fundamentales, siendo frecuente en los medios de prueba de registro y reproducción que su ilicitud venga motivada por la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE, especialmente la intimidad personal (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y de protección de datos (art. 18.4 CE)⁴⁸.

Para poder identificar la prueba ilícita es necesario que se produzca un conflicto entre intereses con relevancia constitucional cuales son el derecho de prueba-derecho fundamental procesal al formar parte del derecho a un proceso con todas las garantías- y los derechos fundamentales materiales que puedan vulnerarse en su obtención. La solución de tal conflicto requiere la ponderación de los intereses en juego de manera que el derecho de prueba solo

⁴⁷ MADRID BOQUÍN, C M., “La prueba ilícita en el proceso civil”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 38-39.

⁴⁸ DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 101-144.

puede ceder -a través de su exclusión en el proceso- cuando se ha obtenido violentando un derecho de igual o superior rango como son los derechos fundamentales. Afirmar la primacía de los derechos fundamentales materiales y el derecho fundamental procesal al derecho a un proceso con todas las garantías reconocidos por la constitución implica que las pruebas obtenidas mediante su vulneración no sean válidas. La posición de los derechos fundamentales es preferente frente al derecho de prueba dado que son pilares del Estado de Derecho por lo que el ordenamiento en cualquier orden jurisdiccional vela por la ineficacia de los actos que los hayan vulnerado reaccionando con la sanción procesal de su exclusión

Siendo comúnmente admitido que los derechos fundamentales pueden sufrir limitaciones o modulaciones, será necesario comprobar si tal injerencia resulta adecuada, necesaria y proporcionada. En este caso la injerencia en el contenido esencial del derecho fundamental al respetar el principio de proporcionalidad no supone su vulneración, que es el presupuesto esencial de la prueba ilícita. En caso de no respetarse el juicio de proporcionalidad tras ponderación de intereses en conflicto sucederá que se vulnera el contenido esencial del derecho fundamental y que el derecho de prueba no se está desarrollando dentro de sus parámetros constitucionales, en cuando el derecho a la actividad probatoria constitucionalmente reconocido no ampara en su contenido esencial de derecho a obtener pruebas ilícitas por vulnerar derechos fundamentales.

La ponderación de los derechos y valores de los intereses con relevancia constitucional que entren en conflicto en la obtención de la prueba concluirá con una resolución judicial que determinará que la limitación a que se somete un derecho fundamental deba soportarse si supera el test de proporcionalidad por ser idónea, necesaria y proporcionada. Esto es si la prueba obtenida con limitación de derechos fundamentales es susceptible de conseguir el objetivo propuesto respetando las reglas del art. 281 LECiv sobre el objeto y la necesidad de la prueba (juicio de idoneidad); si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y por último, si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, esto es si no irroga sacrificios innecesarios el derecho fundamental que se limita (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).⁴⁹

De este modo el principio de proporcionalidad, que será aplicado a través del triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es el instrumento del que se valdrá el

⁴⁹ Vid., entre otras, STC 186/2000, de 17 de julio

órgano judicial para ponderar los derechos con relevancia constitucional en conflicto y decidir si se vulneran o solamente se limitan los derechos fundamentales en la obtención de la prueba. Exclusivamente si el resultado de tales comprobaciones es la vulneración del derecho fundamental estaremos ante el elemento conceptual esencial para que el juez decida la ilicitud de la prueba⁵⁰.

La vulneración de derechos fundamentales se produce fundamentalmente por las partes en el proceso que de ordinario asumen la obtención de las pruebas en el proceso. No obstante, también se pueden vulnerar derechos fundamentales por el juez al que interesan las partes la obtención de las pruebas, en actuaciones procesales como son las diligencias preliminares, la anticipación y aseguramiento de la prueba o durante la práctica de la prueba - o en algunos casos actúa de oficio-. También pueden colaborar en la obtención de pruebas ilícitas el Ministerio Fiscal o incluso investigadores privados. De otro lado la vulneración de los derechos fundamentales normalmente se produce en las partes del proceso que por ello solicitan su impugnación. No obstante, la amplitud en la redacción del art. 11 LOPJ también ampararía en la noción de prueba ilícita su obtención vulnerando derechos fundamentales de terceras personas.

La sanción que lleva aparejada la prueba ilícita obtenida por un sujeto público o privado con vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales debe ser reconocida por el órgano jurisdiccional y se fundamenta de manera general en el art. 11 LOPJ al establecer que éstas no surtirán efecto, es decir queda prohibida su admisión y con ello su práctica y valoración -sin posibilidad de subsanación-. En definitiva, esta sanción impide fundamentalmente su expulsión del proceso en el momento procesal en que se constate su ilicitud lo que en todo caso va a suponer la prohibición de su valoración. Lo contrario vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas sus garantías (art. 24.2 CE) y el principio de igualdad de partes (art. 14 CE) por el juez para no vulnerar el principio. Si la ilicitud se constata cuando ya ha sido admitida la prueba e incorporada al proceso, pero antes de su práctica la prueba se excluirá del proceso a través del incidente de ilicitud probatoria (art. 287 LECiv). Si la ilicitud se constata antes de admitirse al proceso el art. 283.3 LECiv declara contundentemente que no deberá ser admitida.

Finalmente, por efecto reflejo las pruebas que deriven de una ilícita también deben ser excluidas para que tenga eficacia la sanción del art. 11.1 LOPJ que de este modo asume

⁵⁰ Vid. MADRID BOQUÍN, C., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 164-168

la doctrina de los frutos del árbol envenenado⁵¹ al establecer que no surtirán efecto las pruebas que se hayan obtenido indirectamente violentando los derechos y libertades fundamentales. Sanción que en ningún caso afectará a las pruebas independientes de la ilícita. En el proceso civil será el juez quien en el marco del incidente de ilicitud probatoria regulado en el art. 287 LECiv declarará la ilicitud probatoria oyendo previamente a las partes y tras practicar las pruebas pertinentes para decidir sobre la ilicitud probatoria.

4.2 La tutela judicial de la vulneración de derechos fundamentales en primera instancia: el incidente de ilicitud probatoria en el proceso civil

El art. 287 LECiv establece un cauce específico para expulsar del proceso las pruebas ilícitas. Es un incidente contradictorio mediante el que se denuncia y prueba la ilicitud probatoria y se permite a la parte que ha propuesto la prueba impugnada que demuestre su legalidad.

Las notas más relevantes de este incidente serán las siguientes:

- 1.-El incidente para denunciar la ilicitud probatoria se podrá plantear por las partes o por el órgano jurisdiccional. En ningún caso la denuncia podrá proceder de un tercero ajeno al proceso. Ello sin perjuicio de que si el tercero considera que el proceso le perjudica por estar afectados sus derechos o intereses puede optar por intervenir en él y posicionarse como litisconsorte o coadyuvante de alguna de las partes del proceso (art. 13 LECiv). Desde este momento podría impugnar las pruebas que considere ilícitas, pero como parte en el proceso y no como tercero.
- 2.-El incidente puede plantearse una vez que se han admitido por el órgano jurisdiccional las pruebas que se estiman vulneradoras del derecho fundamental en su obtención. Según el art.

⁵¹ Vid VELASCO NUÑEZ, E. “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)”, *Revista General del Derecho*, nº 624, 1996, pp.10149-10174

287 LECiv debe además plantearse una vez admitidas las pruebas con carácter inmediato al conocimiento de la vulneración de un derecho fundamental.

3.-El incidente se resolverá por el juez en el acto del juicio antes del comienzo de la práctica de la prueba ya se trate de juicios ordinarios o verbales. El momento procesal en que debe denunciarse, en cuanto el art 287 LECiv remite a que se haga inmediatamente que se conoce, es favorable a evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita en el órgano judicial.

4.- Para iniciar la sustanciación del incidente se requiere que la ilicitud se denuncie por alguna de las partes o el juez que además deben indicar qué prueba se considera ilícita y cuáles son los motivos por los que existe vulneración de un derecho fundamental.

5.- La denuncia de ilicitud probatoria puede realizarse oralmente en audiencia previa, sin que en este caso sea necesario dar traslado a las partes dada su presencia en el acto oral. Si la denuncia es por escrito, lo cual será necesario si la cuestión se suscita después de la audiencia previa en el tiempo que media entre ésta y la celebración del juicio, en cuyo caso se dará traslado a las demás partes.

En resumen, la denuncia se puede producir en la contestación a la demanda, en la audiencia previa (antes o después de la admisión de la prueba), o al principio del juicio o vista, antes de practicar las pruebas.

No obstante, existe una posición doctrinal que defiende la posibilidad de denunciar la ilicitud de la prueba una vez comenzada su práctica, siendo necesario justificar en este caso que se trata de un hecho de nuevo conocimiento y que por eso no pudo alegarse anteriormente. Aunque si no se denuncia en el momento procesal adecuado por mala fe, no le será permitido a esta parte suscitar en apelación la cuestión de ilicitud⁵².

6.- El incidente se sustanciará de forma contradictoria pudiendo las partes hacer alegaciones y proponer pruebas para acreditar o desvirtuar la ilicitud al comenzar el juicio o la vista-que es cuando se sustancia el incidente-.

7.- El juez hará una evaluación de la pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas en atención a que lo que se discute es la ilicitud en su obtención, y si ello es así las admitirá y se procederá a su práctica.

⁵² 52 Vid. MADRID BOQUÍN, C., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 348-351

8.- La proposición y práctica de las pruebas en este incidente es facultativa no imperativa. Por ello es posible resolver el incidente aun si no se plantean pruebas de acuerdo con las normas de la carga de la prueba.

9.- Durante la sustanciación el juez velará porque se respeten las garantías procesales de igualdad, contradicción, derecho a la prueba y derecho de defensa.

10.- Una vez celebrado el incidente el órgano judicial valorará si la prueba es ilícita por haberse obtenido vulnerando los derechos fundamentales en cuyo caso será excluida del proceso o, en otro caso, si es lícita y debe practicarse y valorarse en la sentencia que ponga fin al proceso.

11.- La resolución del incidente se hará oralmente por el órgano judicial en el mismo acto del juicio y la vista, indicando el sentido del fallo y una breve motivación.

12.- La resolución será documentada por el Letrado de la Administración de Justicia, documentándose en el acta del juicio.

13.- Pronunciada la resolución si las partes expresan su decisión de no recurrir, en el mismo acto se producirá la firmeza del pronunciamiento. En otro caso la parte disconforme dispondrá de los recursos reconocidos en la LECiv.

14.- Contra la resolución del incidente procede recurso de reposición, siempre durante el acto del juicio o la vista. Contra esta resolución no cabrá recurso posterior, pero la parte perjudicada puede reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación que formule contra la sentencia definitiva

4.3 Autenticidad y conservación de la prueba. La cadena de custodia: el problema de su fiabilidad

La aplicación de las tecnologías a la actividad probatoria facilita la producción de datos que puedan acreditar hechos de modo irrefutable. En este sentido la prueba tecnológica debe obtenerse sin vulnerar derechos fundamentales, como hemos analizado en los apartados anteriores, pero además los datos electrónicos obtenidos deben reunir unas características, esencialmente seguir una cadena de custodia digital.

El dato electrónico puede definirse de forma amplia como la información sobre algo concreto obtenida mediante el recurso a herramientas de innovación tecnológica que nos facilita un conocimiento exacto sobre un hecho o nos servirán para deducir las consecuencias derivadas de un hecho concreto relevante. Tales datos digitales pueden aparecer en diversos formatos, incluyendo imágenes o sonidos, por lo que resulta más fácil obtener certeza material sobre tal hecho controvertido.

Obtenidos los datos digitales sin vulnerar los derechos fundamentales y respetando la cadena de custodia quedará garantizada la autenticidad de la prueba y el hecho de que en ningún momento ha sido alterada o cambiada ya que queda un registro de cada una de las personas que han estado en contacto con dicha prueba.

Gracias a los avances tecnológicos resulta posible establecer la trazabilidad del dato introduciendo un tipo de cadena de custodia para trazar con certeza el recorrido del dato y así poder determinar su valor probatorio.

De todo resulta que la prueba tecnológica será aquella que en la fase de su obtención no vulnera derechos fundamentales, pero también que consisten en datos trazables, inalterables, geolocalizados, situados de forma exacta en el tiempo y en el espacio. Datos almacenados de modo descentralizado, Datos que por el modo de obtención y almacenamiento se constituyen como pruebas irrefutables⁵³

Lo cierto es que la información que se pretende incorporar al proceso mediante medios electrónicos es volátil, mudable, inconstante y fácilmente manipulable. De ahí la necesidad ineludible de que intervengan peritos informáticos; de que se adopten sistemas de seguridad que garanticen la cadena de custodia; que se solicite la anticipación de la práctica de la prueba o la adopción de medidas de aseguramiento probatorio.

Señaladamente, en esta primera fase de la actividad probatoria los sistemas de seguridad resultan imprescindibles para corroborar que la información obtenida o almacenada en un dispositivo electrónico o en una red social tiene valor probatorio en cuanto reúne las notas de autenticidad, inalterabilidad e indemnidad. A través de la disposición de tales sistemas se asegura tanto la intangibilidad de los dispositivos físicos o materiales en los que se almacena dicha información como de la información misma.

⁵³ FALCIANI, H., “La prueba digital en el proceso civil: la cadena de prueba”, *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 370-372

Tales mecanismos de seguridad deben orientarse a preservar los datos que residan en su interior antes de desconectarlos de la corriente eléctrica y de interrumpir el flujo eléctrico para evitar que se pierdan los datos definitivamente. En idéntico sentido tales modelos de seguridad se dirigirán a duplicar la información para evitar su pérdida lo que resulta sumamente recomendable para protegerla de cualquier posible destrucción o manipulación y, finalmente, deberán garantizar la inviolabilidad de dicha copia para asegurar que aquella en ningún caso ha sido modificada⁵⁴.

5. LA INCORPORACIÓN AL PROCESO DE LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y TELEMÁTICA

5.1 Aspectos comunes

5.1.1 Medios de prueba. La prueba documental como medio válido

La regulación por medios de reproducción e instrumentos de registro se recoge expresamente en el art. 299.2 LECiv y se desarrolla en los artículos 382-384 LECiv bajo la rúbrica 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. Sin tener reconocimiento expreso en la legislación, cuando los instrumentos de registro circulen por la red tal prueba será telemática-correo electrónico-, sin que presente ninguna especialidad normativa frente al resto de los instrumentos de registro.

En esta etapa de la actividad probatoria se produce la incorporación al proceso de la información o datos obtenidos previamente a través de la aplicación de las nuevas tecnologías mediante un concreto medio de prueba, siempre que tal información sea *pertinente y necesaria* para la acreditación de hechos. La pertinencia es el presupuesto de la prueba electrónica que

⁵⁴ SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Proceso civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 87 y 88

actúa en la fase de admisión. La necesidad en cambio tiene su ámbito de actuación en la práctica de la prueba

- Pertinencia de la prueba: La prueba electrónica deberá ser relevante para acreditar los hechos objeto del proceso en cuanto exista una relación lógica entre el hecho que pretende acreditarse mediante el concreto medio probatorio y los hechos que constituyen el objeto de la controversia, así como la debida idoneidad para formar la convicción del juzgador
- Necesidad de la prueba: La prueba electrónica ha de resultar útil para esclarecer los hechos controvertidos, esto es su práctica ha de ser indispensable para formar la convicción del juzgador.

A mayores la prueba electrónica se incorporará al proceso siempre que sea *lícita*, esto es mientras se respeten los derechos fundamentales durante la práctica del concreto medio probatorio

Finalmente, para la incorporación de una fuente de prueba al proceso civil es presupuesto necesario que se cumplan los requisitos exigidos por las normas procesales civiles para el acceso al proceso. Ello exige básicamente dos presupuestos:

-La información o datos obtenidos tienen que incorporarse por un medio de prueba admitido por la legislación procesal civil

- Ha de respetarse el procedimiento que se establece en las normas procesales civiles para el concreto medio probatorio utilizado dado que en caso contrario no se producirá la admisibilidad procedimental.

Centrándonos en el último presupuesto mencionado, esto es el cumplimiento de las normas procesales civiles de los medios probatorios legalmente admitidos por la LECiv, el art. 299.2 introduce dos medios autónomos para incorporar al proceso la prueba electrónica: el medio de reproducción y el de registro, regulados en los arts. 282-284 LECiv. A ellos nos referiremos posteriormente en cuanto constituyen el objeto específico de investigación de este trabajo. No obstante, en este apartado dejamos constancia que la información o datos obtenida mediante el empleo de las nuevas tecnologías puede incorporarse al proceso mediante los medios de prueba tradicionales enumerados en el art. 299.1 LECiv.

Así los datos contenidos en un dispositivo electrónico o que circulan por la red han de incorporarse al proceso mediante un soporte determinado que alude al empleo de un concreto medio de prueba. Como exponíamos, en principio todos los medios probatorios

tradicionales admitidos legalmente en el art. 299.1 LECiv pueden incorporar al proceso la información tecnológica, resultando en cada caso de aplicación la ordenación normativa incorporada a la LECiv para la admisibilidad de es concreto medio probatorio. Incluso sería legalmente admisible utilizar acumulativamente distintos medios probatorios para incorporar la información obtenida

En primer lugar, pueden incorporarse al proceso mediante la aportación de un soporte electrónico, ya sea de reproducción o registro. Resultará entonces de aplicación el régimen legal de los arts 299.2 y 282-284 LECiv. Tales medios probatorios se valorarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La incorporación de la información tecnológica a través de los medios de reproducción y de registro que aplican las nuevas tecnologías en un sentido amplio -sean o no digitales o informáticas- determina la incorporación al proceso de un documento electrónico o tecnológico.

En segundo término, la información puede ser impresa en formato papel e incorporada al proceso como un documento en soporte papel resultando de aplicación el régimen jurídico de la prueba documental. El valor probatorio de este documento privado dependerá de la postura procesal de las partes en relación a la impugnación de su contenido. Así la falta de impugnación determinará una mayor fuerza probatoria (art. 326 LECiv). Si es impugnada su autenticidad, la parte interesada podrá acumular otros medios probatorios para reforzar su eficacia probatoria. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprende la autenticidad del documento se aplican las normas de la eficacia probatoria de los documentos públicos (art. 320 LECiv). Así, las costas, gastos y derechos que origine el cotejo o comprobación serán a cargo exclusivo de quien hubiese formulado la impugnación. Incluso, si a juicio del Tribunal la impugnación hubiera sido temeraria además podrá imponerles una multa de 120 a 600 euros (art. 320 LECiv sobre eficacia probatoria de documentos públicos al que remite el art. 326 LECiv sobre la eficacia probatoria de documentos privados cuando se desprenda la autenticidad del cotejo o de otro medio de prueba).

Debido a la eficacia tasada de los documentos públicos y privados no impugnados atribuida por la LECiv en lo relativo a la existencia cierta del documento, no en lo que respecta a la veracidad intrínseca de su contenido, la incorporación al proceso de las fuentes de prueba tecnológicas a través de impresión en papel ya sea documento público o privado, es cada vez más frecuente. Del mismo modo dado que la eficacia tasada de un documento privado que se ha impugnado exige la práctica de una prueba instrumental que indique su autenticidad, lo más frecuente es que se impugne automáticamente. Debido a este hecho

cierto el TS⁵⁵ ha exigido un “principio de prueba” sobre su manipulación en las alegaciones impugnatorias que introduzcan solvencia a las sospechas de fiabilidad de este tipo de fuentes de prueba tecnológicas. De todo resulta que es recomendable que la prueba documental que se aporte al proceso para incorporar una información tecnológica se refuerce con otros medios probatorios⁵⁶.

Los documentos aportados a un proceso como documental son la impresión de un archivo tecnológico bien sea una fotografía, un manuscrito o un documento PDF en papel. Esta definición de documento se aleja del requisito de la escritura, pero atiende al papel como formato necesario. Este documento no necesariamente incorpora los metadatos del archivo como pueden ser la fecha de edición, datos biométricos asociados, el ordenador desde el que se ha enviado o la identidad del usuario que lo ha modificado, que sí se conservan si el archivo se aporta por otro medio de prueba previsto expresamente en el art, 299.2 LECiv. La impresión o no de estos datos dependerá de lo que se quiera probar y de la posibilidad de que esos datos puedan o no incorporarse al documento en papel. Por lo que respecta a la validez de los pantallazos como prueba documental la jurisprudencia es controvertida, requiriéndose en general requisitos reforzados para su admisión tales como la copia en papel además de la transcripción de la conversación electrónica y la justificación de que la conversación se corresponde con el teléfono y número respectivos, resultando relevante el acta del LAJ o un acta notarial sobre tales aspectos, que al considerarse un documento público tienen valor tasado.

En este sentido el TS, Sala 2ª, en sentencia de 19 de mayo de 2015 sostuvo que la prueba de una comunicación bidireccional mediante sistemas de mensajería instantánea deberá abordarse con todas las cautelas debido a las amplias posibilidades de su manipulación y afirma que en este sentido “el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una autenticidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un mismo usuario se relaciona consigo mismo”. Jurisprudencia posterior ha interpretado que la postura del TS sobre los reparos para aceptar la fuerza probatoria de las capturas de pantalla no debe quedar circunscrita a las comunicaciones mantenidas a través de un

⁵⁵ STS 30072015 de 19 de mayo EDJ 2015/77775

⁵⁶ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica; aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pp. 294-307

programa de mensajería instantánea, sino que deben extenderse a cualquier comunicación electrónica, incluyendo, correos electrónicos, mensajes de texto por teléfono y WhatsApp⁵⁷.

El art. 326 LECiv diferencia claramente la fuerza probatoria de los documentos privados de los documentos electrónicos, que son aquellos que incorporan firma electrónica. Para los documentos privados se determina que cuando se impugne su autenticidad, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o promover cualquier otro medio de prueba que resulte pertinente y útil al efecto (art. 326.2 LECiv). Por el contrario, en los documentos electrónicos se modifica el art 326.3 y se introduce un nuevo apartado 4 por la 1/2000, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza que deroga la ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica. De este modo si se impugna la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento privado electrónico y se hubiera utilizado algún servicio electrónico de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento de la UE 910/2014, se presumirá que el documento reúne la cuestionada característica. *“Si aún así se impugna el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, serán las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiere formulado la impugnación. Si a juicio del Tribunal la impugnación hubiese sido temeraria podrá, además, imponerle una multa de 300 a 1200 euros”*.

En cualquier caso, resulta conveniente que la prueba tecnológica que se incorpora al proceso por los medios de prueba de reproducción y registro lo haga con el refuerzo de otros medios de prueba legalmente reconocidos en la LECiv. Tal apreciación deriva de la facilidad para su manipulación tal como el interrogatorio de parte o del imputado, la testifical; la pericial; o el reconocimiento judicial que tienen su regulación autónoma en la LECiv.⁵⁸

En este sentido, además de la prueba documental, útil como hemos señalado para incorporar la prueba tecnológica cuando lo esencial para el proceso sea un contenido que pueda imprimirse, es viable, y conveniente recurrir al refuerzo de otros medios de prueba. los informes periciales tienen capacidad de aportar conocimientos técnicos que puedan servir para formar la convicción del juzgador sobre los aspectos más técnicos de las fuentes electrónicas. En lo que respecta al reconocimiento judicial permite al juzgador observar

⁵⁷ MARTÍNEZ DE SANTOS, a., “La proposición de la prueba electrónica en el proceso civil: medios de prueba, aportación y práctica”, *Práctica de los Tribunales*, no 130, 2018, p.8

⁵⁸ DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital, concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, 2017, pp. 5-13

directamente la fuente de prueba, de forma que pueda formarse una convicción sobre su relevancia para el proceso.

Además, se pueden adicionar medios de refuerzo como la declaración del acusado que puede reconocer hechos trascendentes en el ámbito tecnológico como el envío de mensajes electrónicos o el reconocimiento de la propiedad de una cuenta de correo electrónico. También la prueba testifical puede servir de refuerzo para que un tercero reconozca la percepción directa o indirecta de unos hechos informáticos. En definitiva, en función del soporte que incorpore la información o la transmita se deberán elegir los medios de refuerzo para asegurar la autenticidad de los medios de reproducción y registro- art. 299.2 LECiv-⁵⁹.

5.1.2 La prueba pericial como medio instrumental. La pericial informática

El medio de prueba pericial consiste en la emisión de una declaración de contenido técnico, práctico, artístico o científico especializado en todo caso que realiza una persona ajena al proceso -perito- cuando tales conocimientos resultan necesarios para acreditar hechos relevantes en el proceso. De este modo la prueba pericial aporta al proceso información técnica y científica que no puede incorporarse a través de otros medios de prueba, de manera que aporta normalmente total convicción científica sobre la autenticidad de una información tecnológica que haya sido obtenida de manera lícita y sin vulnerar derechos fundamentales.

Los informes periciales informáticos constituyen una modalidad de la prueba pericial que se realiza sobre las informaciones tecnológicas, ya sean datos almacenados o contenidos en dispositivos electrónicos o los transmitidos por redes de comunicación. La prueba pericial informática es útil en aquellos casos en los que exista un gran volumen de datos e informaciones que analizar, aunque altamente compleja y costosa.

Desde el punto de vista de su relación con otros medios probatorios, la prueba pericial informática puede tener lugar en los siguientes supuestos:

⁵⁹ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 279-283

-Como prueba complementaria a otro medio probatorio, en nuestro caso para acreditar la autenticidad o integridad del contenido de la información contenida en un documento electrónico (art. 299.2 LECiv)

-Como prueba autónoma: Para aportar al juez los datos contenidos en una fuente electrónica que sean de acceso difícil a una persona sin conocimientos técnicos: número de visitas que ha recibido una página web; rutas de acceso; la posible instalación de cookies; acceso a los archivos ocultos, encriptados o eliminados. También en este supuesto se puede recurrir a la pericial informática para acceder a datos que no resulte dificultoso sin conocimientos técnicos, bastando con la propia aportación del documento electrónico.

- Como prueba practicada de manera conjunta con el reconocimiento judicial

Desde la perspectiva de la forma de acceso al proceso, caben tres posibilidades:

-Aportación al proceso de un dictamen pericial previamente elaborado a instancia de parte por un perito libremente elegido por la parte demandante o demandada.

-Elaboración del informe por un perito designado por el juez a instancia de las partes procesales

-Elaboración del informe por personal de una institución o entidad oficial especializada en la materia controvertida⁶⁰.

Según lo expuesto la pericial informática resulta especialmente valiosa para acceder a información de un dispositivo que tenga difícil acceso sin conocimientos especializados; Para acreditar la autenticidad o integridad del contenido de la información, estableciendo el origen de la misma o su no manipulación; finalmente para analizar el contenido de la información cuando sea necesario para conocer aspectos tan esenciales como las fechas de creación o modificación de archivos, el origen y destino de la información enviada o recibida por medios electrónicos o fijar la existencia de daños en el software.

En cualquier caso, la pericial informática exige el respeto a la cadena de custodia que garantice que la información analizada procede de la fuente original sin que haya sufrido modificaciones. Tales comprobaciones requieren obtener los códigos *del tipo SHA-256* que determinan que el disco duro original no se ha modificado, a la vez que comprueban que el disco duro clon es una copia exacta del otro.

⁶⁰ DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer., Madrid, 20016, pp. 65-69

La prueba pericial culmina con la elaboración de un dictamen que se presenta ante el juez para su valoración aplicándose las reglas de la sana crítica. El contenido del informe incorporará:

- El método científico utilizado, así como las titulaciones que se poseen en relación con el objeto del dictamen pericial
- La fuente de información o datos utilizada
- Las conclusiones sobre la pericia

El dictamen se incorporará al proceso en un documento en soporte papel que puede acompañarse de los datos en soporte digital que el perito estime necesarios. El informe se presentará en forma escrita, sin perjuicio de su ratificación en juicio oral, sometiéndose a la contradicción de las partes ante la presencia del juez, siendo preceptiva la remisión del dictamen pericial por medios electrónicos.

El tribunal podrá acordar, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para mejor comprender y valorar el dictamen realizado -Art. 346 LECiv-

Respecto a la obtención, el dictamen pericial deberá recoger las circunstancias de la aprehensión del dispositivo o, del acceso al contenido de internet o de una comunicación electrónica y por tanto:

-La acreditación del origen y existencia de los datos, siendo en este caso relevante la intervención en el momento del acceso de un fedatario público (Letrado de la administración de justicia o Notario)

-La licitud de la obtención de datos

-el propio acceso por el perito a los datos que se encontrasen en poder de la otra parte⁶¹

⁶¹ MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La proposición de la prueba electrónica en el proceso civil: medios de prueba, aportación y práctica”, *Práctica de Tribunales*, nº 130, 2018, pp. 4-5

5.2 Régimen jurídico de la aportación al proceso de los medios de reproducción. Arts. 382-383 LECiv

Como hemos adelantado, en este supuesto las fuentes de prueba son las imágenes, sonidos o palabras -habladas- captadas a través de instrumentos de filmación, grabación o similares. Tales fuentes de prueba estarán recogidas en un soporte material que será un medio audiovisual -puede ser o no un soporte informático-. El medio probatorio hace alusión a la reproducción ante el órgano judicial de tales palabras, imágenes o sonidos captados mediante tales instrumentos electrónicos (art. 299.2 LECiv). El precepto se refiere a los diferentes sistemas o técnicas de audición o visualización de la información contenida en soportes donde encajan cintas magnetofónicas, cintas de video, o discos compactos. También se incluyen aquí soportes informáticos siempre que la información que contengan sean imágenes o sonidos captados. El medio de prueba consiste en la reproducción- mediate conversión, transposición o transformación- de las imágenes o sonidos que se contiene en tales soportes.

Tales fuentes de prueba estarán recogidas en un soporte material audiovisual -que puede ser o no un soporte informático-. El régimen jurídico específico se contiene en los arts. 299. 2 y 382-383 LECiv.

5.2.1 Momento procesal para su aportación al proceso

A.- Cuando las partes funden su pretensión de tutela en tales medios de prueba, el soporte que recoja las imágenes, sonidos o palabras deberá ser aportado por las partes en sus escritos de alegaciones iniciales, esto es en la demanda y contestación a la misma (art. 265.1.2º LECiv). El fundamento de tal contenido normativo es facilitar a las partes que puedan preparar debidamente su correspondiente estrategia procesal.

La aportación al proceso sigue las reglas de aportación de los documentos, dada la similitud de ambas pruebas (art. 265, 269-271 LECiv), aunque como hemos señalado la LECiv los configure como medios probatorios con naturaleza autónoma.

La regla general es que si las partes no lo aportan en este momento procesal no pueden hacerlo posteriormente (art. 269 LECiv) No obstante existen excepciones:

1.- Si en el momento de la demanda o contestación la parte no dispone de tales pruebas el art. 265.2 LECiv le permite designar el protocolo, archivo o lugar en que se encuentre

2.- El actor puede presentar en la audiencia previa al juicio, o en la vista del juicio verbal. Los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuya relevancia solamente se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (Art. 265.3 LECiv)

3.- Se admite que hasta el momento del juicio o de la vista en el juicio verbal puedan aportarse otros soportes de fecha posterior al momento de la demanda o contestación, o anteriores a estas fechas que no pudieron presentarse siempre que se justifique que no se conocían por causas ajenas a la voluntad de la parte que las propone (art. 270.1 LECiv)

4.- También pueden admitirse en primera instancia como diligencias finales.

5.- Finalmente, porque se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia (Art. 435.1.3º LECiv)

B.- Si las partes no fundan su pretensión en tales medios de reproducción, éstos pueden ser propuestos para acreditar hechos controvertidos en la audiencia previa al juicio o en la vista si estamos en un juicio verbal (arts 429.1 y 443.3 LECiv), es decir en el momento procesal previsto para proponer la actividad probatoria, salvo que existan razones legales para solicitar su práctica anticipada.

En cualquier caso, si el órgano judicial inadmite la prueba por no presentarse en el momento procesal oportuno, por entender que debió presentarse junto con los escritos de alegación iniciales, cabe recurso de reposición oral frente a la decisión de inadmisión (art. 285.2 LECiv)

Respecto de la práctica anticipada de la prueba hace referencia a la práctica de un medio de prueba con anterioridad al acto del juicio cuando concurren circunstancias que la impidan en su momento procesal oportuno. La práctica anticipada de un medio de prueba supone la aplicación mitigada de los principios que rigen la actividad probatoria, cuáles son los de contradicción, concentración, oralidad, y publicidad que rigen en el acto del juicio con la finalidad de atender situaciones excepcionales que impidan la práctica de la prueba en el

plenario con el objeto de evitar la indefensión de la parte. No obstante, es necesario cumplir determinados requisitos procesales para la validez y aportación de la prueba anticipada. Así es necesario que exista la posibilidad de contradicción de las partes y del juez durante su práctica y se constate a través de un acta del LAJ o por medio de una grabación con imagen y sonido⁶².

5.2.2 Modo de incorporación al proceso

El art. 382 LECiv que la parte que proponga como medio de prueba la reproducción ante el Tribunal de palabras, sonidos e imágenes captadas mediante instrumentos de filmación, grabación o semejantes *“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”*. Por asimilación puede entenderse que en el caso de las imágenes supone exigir a la parte que propone la prueba acompañar otro soporte en el que se copien⁶³. El fundamento de esta indicación legal se dirige a garantizar la igualdad procesal de las partes y el derecho de defensa al permitir que el adversario pueda plantear su defensa correctamente. Esta transcripción escrita que debe acompañarse al soporte no es voluntaria sino absolutamente necesaria. Además, la obligación para la parte proponente también queda al servicio de poder valorar la licitud de la prueba. Para la consecución de tal finalidad falta en la ley la referencia expresa (que sí se contempla para la prueba documental) no sólo a su aportación en el momento preciso sino también que la parte contraria tenga conocimiento de su contenido a través de una copia. Sin perjuicio de que si se solicitan tales copias por el litigante contrario el juez estaría obligado a su entrega por analogía con lo dispuesto en los art. 147.3 y 359.2 LECiv.

5.2.3 Práctica de la prueba

La actividad probatoria consiste en reproducir en presencia del tribunal la fuente de prueba que está incorporada en el correspondiente sistema técnico de reproducción. Tal y

⁶² ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp 327-329

⁶³ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes, sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, p. 156

como reconoce el art. 289.2 LECiv la presencia del juez en la actividad probatoria de reproducción es inexcusable. En cualquier caso, ello vendría exigido por el principio de inmediación en el proceso civil, según el cual el juicio será nulo si el juez que decide sentencia no ha presenciado la práctica de la prueba. La posición del juez en la práctica probatoria se asemeja a la que le corresponde en la prueba de reconocimiento judicial. La reproducción ante el juez ha de llevarse a cabo en el acto del juicio o en la vista en el juicio verbal. Por analogía con la prueba documental sólo será preceptiva tal reproducción ante el juez si alguna de las partes considera necesaria su reproducción ante el juez⁶⁴.

La parte que propone la prueba puede aportar dictámenes o medios de prueba instrumentales si así lo considera conveniente. El mismo derecho asiste a la parte contraria que cuestiona la exactitud o autenticidad de lo reproducido (art. 382.2 LECiv). La prueba pericial puede ser una prueba instrumental de enorme apoyo, pero exigiría colmar una laguna legal cual es que en todo caso se facilite una copia del soporte que se reproduce a las restantes partes⁶⁵. Además, en general pueden aportarse otros medios de prueba tradicionales para reafirmar o rebatir el poder de convicción del material reproducido cuales son el interrogatorio de la parte contraria o el interrogatorio de testigos.

Finalmente, de todo lo acontecido sobre el cumplimiento legal del modo de incorporar la prueba al proceso o en su caso sobre la proposición de dictámenes o medios de prueba alternativos por las partes se levantará acta. Además, el instrumento que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducido habrá de conservarse por el Letrado de la Administración de Justicia para evitar que sufra alteraciones. La previsión legal resulta consecuente con la similitud del medio de reproducción con el reconocimiento judicial.

⁶⁴ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes, sonidos o archivar y conocer datos*, La ley, Madrid, 2000, pp. 187-189

⁶⁵ Vid. SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Proceso civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p.71

5.3 Régimen jurídico de la aportación al proceso de los instrumentos informáticos o telemáticos de registro. Art. 384 LECiv

En este caso la fuente de prueba consiste en las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas contenidas o transmitidas en un soporte apto para archivarlas, mientras que el medio probatorio se refiere al examen por el juez de los instrumentos en los que las mismas se contienen - CD, pendrive, disco duro-.

Si los datos se transmiten por una red global-Internet- o una red social nos situamos ante la fuente de prueba de registro telemática -correo electrónico, WhatsApp, página web-. Además de los instrumentos de carácter informático cabrían otro tipo de instrumentos o soportes como los de tipo magnético-algunas tarjetas de crédito-. El régimen jurídico se regula específicamente en los arts. 299.2 y 384 LECiv.

La similitud con los medios de reproducción radica en que los instrumentos precisan un acto de reproducción visualizable o audible para reproducir ante el tribunal los datos e información en general -no imágenes y sonidos- que se contienen en los soportes informáticos -disquete, por ejemplo, que debe introducirse en un ordenador y visualizarse en una pantalla o ser impresa en un papel-.

La diferencia fundamental se encuentra en que los medios captan o recogen imágenes o sonidos que ocurren en un determinado momento mientras los instrumentos contienen datos o información en sentido genérico para su conocimiento exacto.

5.3.1 Requisitos generales. Momento y modo de incorporación al proceso

El art. 384 LECiv alude a los requisitos generales para la aportación al proceso de los instrumentos que tienen como característica esencial el ser idóneos para archivar, conocer o

reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase con la finalidad de que sean conocidos por el juez

A.- Cuando los litigantes funden su pretensión de tutela en tales instrumentos de registro hay que reproducir lo dicho anteriormente para la prueba de reproducción.

Ante la falta de previsión normativa puede interpretarse que el momento en el que deben presentarse los instrumentos es el de presentación de los escritos alegatorios iniciales (art. 265.1.2º). De forma excepcional podrá presentarse posteriormente en los casos del art. 279 LECiv. Cabe la práctica anticipada de la prueba y la designación de archivos si concurren las circunstancias del art. 265.2 LECiv.

El problema radica en que el legislador no prevé expresamente en el art. 384 que se acompañe el instrumento de una transcripción o que se de copias al resto de los litigantes. No obstante, el art. 384 introduce para el caso de los instrumentos una regla expresa que facilita aplicar la obligatoriedad del Juez de facilitar traslado o de copia o transcripción a los otros litigantes al disponer que el examen del instrumento se llevará a cabo por el tribunal *del modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga*.

Finalmente, dada la remisión del art. 384 al 382.2 LECiv quien presente estos instrumentos como prueba podrá también presentar dictámenes periciales para comprobar su exactitud, u otros medios instrumentales con el mismo fin. Posibilidad que también se reconoce a las restantes partes si cuestionan la realidad o fidelidad de lo reproducido.

B.- Cuando los litigantes no funden sus pretensiones en tales instrumentos de prueba se aplica el mismo régimen que para los medios de reproducción por lo que las partes pueden proponer su examen en el momento legalmente previsto para proponer la actividad probatoria, esto es, en la audiencia previa al juicio o en la vista si estamos en un juicio verbal.

5.3.2 Práctica de la prueba

Como señala el art. 384.1 LECiv el modo de llevarse a cabo la prueba mediante instrumentos consiste en *su examen por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el Tribunal disponga utilizar y del modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga*.

Por tanto, el modo en que deba llevarse el examen del instrumento queda en manos del Tribunal que podrá seguir el propuesto por quien aporta el instrumento o el que él mismo crea conveniente. Si el tribunal prescinde del modo propuesto por el aportante y decide utilizar otro diferente tiene que motivarlo. Si quien aporta el instrumento no propone el modo de examen será el Tribunal quien decida sobre el medio de proceder.

El precepto intenta salvaguardar los principios de igualdad y defensa al establecer que las partes deben tener conocimiento sobre las operaciones llevadas a cabo por el Tribunal para examinar el documento con el objeto de alegar y probar lo que convenga a su derecho.

Dada que la regulación de la prueba de instrumentos es escasa en la LECiv la doctrina procesalista recurre a la aplicación del régimen de la prueba documental cuya naturaleza es análoga:

- La prueba admitida se practicarán el juicio o vista (art. 289.1 LECiv). Mediante la reproducción del instrumento técnico o dispositivo electrónico o tecnológico que permita conocer el contenido del documento o información tecnológica, convirtiendo la información cifrada en un texto, imagen, video u otro elemento que pueda visualizarse en la pantalla del dispositivo
- Los medios técnicos que permitan el examen de la información deben encontrarse a disposición del tribunal en el momento de la práctica de la prueba. Si el mismo no tuviera dicha disposición, esos medios deberán ser aportados por la parte que propone la prueba.

Finalmente, sobre la documentación de la aportación de los instrumentos, el art. 384.2 LECiv establece que “la documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que estime necesarias”

Llama la atención que si la documentación en los medios de reproducción del art. 382 LECiv se verifica en un acta, como obliga el art. 383 LECiv, en este caso se deja a la opción del Tribunal el modo en que se documenta la prueba. Se estará al tipo de documento y a la posibilidad de su documentación. Por ejemplo, si se

tratara de un correo electrónico podrá verificarse su aportación con testimonio del Letrado de la Administración de Justicia respecto de su contenido.⁶⁶

6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

6.1 Significado de la valoración en la actividad probatoria

Si se cumplen los requisitos de obtención e incorporación al proceso de la prueba tecnológica ésta puede desplegar eficacia probatoria, siendo objeto de valoración por el juez o tribunal de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es, de acuerdo con el sistema de libre valoración de la prueba. La prueba electrónica lícita, útil y pertinente, practicada con todas las garantías de inmediación, contradicción y oralidad, admitida por cumplir los requisitos procesales aplicables al proceso civil y, en su caso, impugnada y confirmada, es finalmente valorada por el juez.

En esta última fase de la actividad probatoria el juez decidirá si los medios de prueba utilizados en el juicio acreditan o no los hechos controvertidos alegados por las partes. En esta fase el juez ante el que se ha practicado la prueba -por el principio de inmediación- concluye si los hechos alegados por las partes sobre los que han versado los medios de prueba, de interés para el pleito, han quedado demostrados. En este caso se aplicará la consecuencia jurídica prevista legalmente. En el relato que realiza el juez sobre la actividad probatoria dejará evidenciado si ha adquirido el convencimiento sobre una determinada posición fáctica defendida en el proceso.⁶⁷ En este sentido no le corresponde al juez para la fundamentación de la sentencia evaluar las cuestiones técnicas que exija el examen de la prueba tecnológica porque concluirá sobre su convicción sobre unos hechos valorando el conjunto de la actividad probatoria donde, como vimos, ocupa un lugar destacado en este tipo de pruebas el dictamen del perito propuesto por la parte o por él mismo⁶⁸.

⁶⁶ MAGRO SERVET V., “Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil”, *Diario La Ley*, nº 14, 2018, p. 13.

⁶⁷ MIRANDA VAZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, en *Estudios sobre prueba Penal*, Volumen III, La Ley, Las Rozas, 2013, 339-341

⁶⁸ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 282-284

En esta fase de la prueba el juez sigue varias etapas:

1.- El análisis individual de cada medio de prueba: los del art. 299.2 LECiv y los utilizados como refuerzo. En esta tarea el juez normalmente utilizará las reglas de la sana crítica, es decir su libre valoración, aunque como vimos existe algún medio con eficacia probatoria tasada como el documento público o el privado no impugnado.

2.- La apreciación en conjunto de los medios de prueba utilizados por las partes. En esta actividad sus conclusiones serán congruentes, completas y coherentes. El resultado alcanzado sobre el conjunto se trasladará a los fundamentos judiciales de la sentencia donde se mostrará el camino razonado que ha seguido en la apreciación de las pruebas y ha conducido a su convicción sobre la certeza o no de los hechos alegados. Tales razonamientos están al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia y garantiza el derecho de defensa de las partes.

De lo dicho deducimos que una sentencia que está incorrectamente motivada incurre en arbitrariedad, irracionalidad o error aparente y afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que incorpora el derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho. Además, una sentencia sin soporte probatorio suficiente vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia dado que la valoración de la prueba necesita de la existencia de actividad probatoria⁶⁹.

Para los casos en que la valoración del juez sobre la actividad probatoria sea incompleta, arbitraria o errónea es viable plantear la revisión de la sentencia ante una instancia superior a través de los recursos de apelación o casación.

3.- Si aún tiene dudas sobre la certeza o no de algún hecho, aplicará las reglas de la carga de la prueba para la solución del asunto que determinan qué hechos tiene que probar cada parte e indirectamente orientan al juzgador para resolver sobre los hechos respecto de los que existe inseguridad probatoria. Según las reglas de la carga de la prueba la misma se atribuye tomando como razonable medida el beneficio jurídico que reporta a cada una la certeza de los hechos que alega para fundamentar la estimación de la pretensión o de la estimación de la oposición⁷⁰

⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014, p. 368

⁷⁰ TAPIA FERNÁNDEZ, I, “Comentario al art. 217”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Volumen I*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 787

Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la potestad jurisdiccional lleva consigo una prohibición *non liquet que no permite que la cuestión se quede imprejuzgada*. El juez debe siempre afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del petitum de la demanda. Así debe en todo caso en el proceso civil o condenar al demandado o rechazar la demanda para que estén cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. Tal afirmación que expresa que el contenido de la sentencia debe ser en todo caso o condenar al demandado o rechazar la demanda⁷¹.

De este modo, las reglas de la carga de la prueba sólo se aplican por el juez en los casos en que no pueda llegar al convencimiento en una situación de hecho incierta evitando que su decisión sea arbitraria y salvaguardando el principio de seguridad jurídica. Así las reglas de la carga probatoria operan cuando tras la valoración probatoria el juez no tiene plena certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes para el proceso. En ningún caso tienen aplicación cuando los hechos alegados han quedado suficiente mente probados⁷².

A juicio de la doctrina mayoritaria la prueba tecnológica no tiene reglas especiales sobre la carga de la prueba que regulen la interpretación del juez ante hechos dudosos. No obstante, dado que sobre la misma existen problemas sobre su fiabilidad el acento debe ponerse en la fase de obtención para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

También debe justificarse por el impugnante de su autenticidad al menos someramente por qué la prueba que se impugna es falsa, con la finalidad de evitar las impugnaciones automáticas que dilaten, a veces innecesariamente el proceso, y que supongan costes económicos excesivos⁷³.

6.2 Sistemas de valoración probatoria en el proceso civil

La valoración de una prueba significa otorgarle credibilidad de conformidad con el sistema de valoración establecido por el legislador. En el proceso civil existen dos modelos

⁷¹ ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017, p.24. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006, p. 26

⁷² GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil, Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 306.

⁷³ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 433-434.

de valoración de la prueba; tasado o libre, siendo este último el que se prevé expresamente para la valoración de los medios de reproducción y registro (arts. 382 y 384 LECiv)

6.2.1. Sistema de valoración tasado

El proceso interpretativo por el juez en el sistema de valoración tasado se facilita en cuanto supone que existen reglas interpretativas imperativas que determinan al juez al sentido interpretativo que procede en determinados medios probatorios. Así cuando se obtiene un resultado por tal medio probatorio el mismo ha de tenerse por acreditado excluyendo cualquier otro resultado que haya concurrido en relación con el mismo hecho. Estas reglas jurídicas favorecen la seguridad jurídica al limitar las facultades del juez dado que otorgan a determinados medios de prueba un valor previamente fijado.

Por lo que respecta a la prueba tecnológica que puede incorporarse al proceso a través de todos los medios probatorios previstos en el art. 299 LECiv únicamente tendrá carácter tasado si se introduce en el proceso a través del documento público, el documento privado no impugnado y en algunos supuestos el interrogatorio de parte. En el caso de la prueba tecnológica ya analizamos la conveniencia de reforzar su incorporación al proceso con un documento público cual puede ser un acta notarial que acredite la autenticidad de la información contenida en un documento tecnológico, en cuyo caso por aplicación del art. 319 LECiv. Tal documento público tiene carácter tasado, aunque no por lo que respecta a su contenido, sino en relación al hecho, acto o estado de las cosas que documenten, la fecha e identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en ellas. Esto es, el acta notarial no acredita la veracidad intrínseca del documento, aunque sí el hecho que motiva el otorgamiento del documento, su fecha, las manifestaciones efectuadas por los intervinientes y la fehaciencia de haberse realizado. Esta afirmación aplicada a la prueba tecnológica implica que el documento público no dará fe sobre si un documento tecnológico ha sido o no modificado, aunque sí lo hará sobre que el fedatario público realizó el documento público en una fecha concreta, con la presencia de las personas identificada y sobre la realidad percibida por el fedatario⁷⁴.

⁷⁴ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 399-400

La naturaleza tasada del documento público atribuida por la ley deriva de la confianza que se deposita en la intervención de determinados fedatarios legalmente autorizados o habilitados, lo que determina una presunción de veracidad. En este sentido la STS 32/2001, de 26 de enero-rec.3738/1995-afirma que la eficacia del documento público no se extiende a su contenido a las declaraciones que en él hagan los otorgantes, ya que su veracidad puede ser desvirtuada por prueba en contrario, sin que los documentos públicos tengan prevalencia probatoria frente a los restantes medios de prueba.

El art. 318 LECiv supedita tal eficacia probatoria de los documentos públicos a que las partes aporten los documentos originales al proceso, por copia o certificación fehaciente, o por copia simple cuando la parte perjudicada no haya impugnado su autenticidad.

La misma eficacia tasada otorga la LECiv a los documentos oficiales, que son documentos administrativos, aunque no otorgados por funcionarios públicas con habilitación para dar fe de ellos otorgado. Esto es así salvo que la ley les otorgue otro valor probatorio. No obstante, los documentos oficiales no tienen las garantías de autenticidad de un documento notarial, aunque tengan eficacia en juicio⁷⁵.

Asimismo, dado que los documentos privados también tienen valor probatorio tasado, sólo si no se han impugnado, ello se aplicará si la prueba electrónica se aporta a través de un documento impreso que contiene un correo electrónico. Esto supone, en este caso, si la prueba no se impugna por la parte a quien perjudica, también estos documentos privados son prueba legal sobre los mismos extremos de los documentos públicos: el hecho, el acto o estado de las cosas que documenten, la fecha en que se produce esa documentación y la identidad de las personas que intervienen en su elaboración. Este valor probatorio de los documentos privados no exige desde la LECiv de 2000 -a diferencia de los que sucedía en la Ley anterior-, que se reconozcan en sede judicial bajo juramento de la persona a la que perjudican. Desde esta fecha solo se exige su no impugnación y se hace recaer en la parte contraria la obligación de impugnarlo⁷⁶. Así si el documento impreso con el correo electrónico es impugnado, pero la prueba instrumental de contrario declara su autenticidad, tendrá valor tasado el hecho, acto o estado que documente, la fecha y la identidad de las personas que en él intervengan. Con la posibilidad de que el juzgado imponga una multa en caso de impugnación temeraria (art. 326.4 párrafo 2º) Por el contrario, si es impugnado por la

⁷⁵ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al art. 319”, en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1121

⁷⁶ VILLAGÓMEZCEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Tecnos, Madrid, 2000, p. 55

contraparte para demostrar su no autenticidad, pero la parte que lo aportó no propone prueba o con la propuesta no puede demostrar su autenticidad, el juez procederá a valorar según las reglas de la sana crítica al no tener el documento privado que contiene el correo electrónico impreso valor probatorio tasado.

Si el documento privado aportado tiene firma electrónica nos sitúa ante el documento electrónico, no ante un documento privado con un contenido digital que es el supuesto probatorio que hemos analizado en líneas precedentes. En el caso de que lo que se aporte al proceso sea un documento privado electrónico, la doctrina procesalista tradicionalmente ha considerado que sólo tendrá valor probatorio tasado si se acredita la autenticidad de la rúbrica reconocida o avanzada. Esto es, hay que estar a la actitud probatoria de la contraparte, es decir, se necesita la no impugnación o, si hay impugnación, que se acredite la autenticidad de la firma por la parte que lo aporta. Por el contrario, los documentos privados electrónicos aportados al proceso con firma electrónica simple serán valorados por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica⁷⁷.

Para interpretar esta posición doctrinal es preciso aclarar que la firma electrónica común, simple o no avanzada es el conjunto de datos en forma electrónica asociados a otros, que pueden utilizarse como medio de identificación del firmante pero que no tienen carácter de avanzada. La firma electrónica avanzada es la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. Además de servir como un medio de identificación del firmante, también garantiza la integridad y autenticidad del documento firmado impidiendo cambios o alteraciones posteriores al momento de la firma. La firma electrónica reconocida es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido que se genera mediante un dispositivo seguro de creación de firma. Tales definiciones se contenían en el art. 3.2 de la Ley de Firma electrónica (Ley 59/2003 de 19 de diciembre, que ha sido derogada por la Ley 6/2020 reguladora de los servicios electrónicos de confianza que regula las cuestiones que el Reglamento Europeo sobre identificación electrónica y servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior remite a la decisión de los Estados Miembros o que no se encuentran armonizados, evitando los vacíos normativos que se habían creado.

⁷⁷ NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica” en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Bosch, Barcelona 2008, pp. 132-134.

El Reglamento dispone que sólo las personas físicas están capacitadas para firmar electrónicamente por lo que no prevé la emisión de certificados de firma electrónica a favor de las personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica. A estas últimas les quedan reservados los sellos electrónicos, que garantizan la autenticidad e integridad de los documentos, por ejemplo, las facturas electrónicas. El Reglamento en relación con los servicios cualificados realiza la previsión de un sistema de verificación previa del cumplimiento de los requisitos contemplados en tal norma europea.

Tras las modificaciones en la LECiv en el art. 326.2 por la disposición final 2 de la ley 6/2020, de 11 de noviembre, la LECiv en el art. 326.2 dispone expresamente que si se impugna la autenticidad del documento electrónico que no utiliza un servicio cualificado de confianza para las transacciones electrónicas en el marco de la normativa europea el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letra u otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto de demostrar su autenticidad. Es decir, se procederá de acuerdo con las reglas de valoración probatoria de la sana crítica. Pero si se ha utilizado un servicio de confianza cualificado de los previstos en la normativa europea se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente. Si aún con ello, se impugna el documento electrónico, la carga de la prueba corresponde a quien presente la impugnación. Si de dichas pruebas el resultado es negativo, serán las costas, gastos y derechos a cargo de quien formule la impugnación -pudiéndose imponer una multa si a juicio del tribunal la impugnación es temeraria-

Por último, cabe la posibilidad de que la prueba aportada sea un documento público electrónico. Ello requiere que el documento sea público, esto es autorizado por un funcionario público habilitado para dar fe, y que además tenga firma electrónica. En este caso, el valor probatorio es el de los documentos públicos, esto es, tasado (art. 319 LECiv). Si fueran impugnada su autenticidad las copias, certificaciones o testimonios fehacientes se cotejarán con los originales ya se hayan presentado en soporte papel o electrónico. El cotejo o comprobación se practicará por el letrado de la Administración de justicia. Es necesario verificar la validez de la firma electrónica si el documento público es electrónico a través del Código Seguro de Verificación, pudiendo el Letrado de la Administración de Justicia valerse de la asistencia de un experto que emita un informe, de inicio a cargo del impugnante, sin perjuicio de lo que se determine en la imposición de costas (art. 320 1 y 2 LECiv). Además, se introduce una modificación en el párrafo 3º del art. 320 LECiv por el art. 103.57 del RD-ley 6/2023, de 19 de diciembre según la cual, si del cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonios impugnados, las costas, gastos y derechos

que origine el cotejo o comprobación serán exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la comprobación. Si a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle además una multa de 120 a 600 euros. Como vimos, a este párrafo tercero del art. 320 LECiv se remite el art 326.2 en su párrafo 2º cuando el documento privado fuera impugnado y de las comprobaciones propuestas por quien lo hubiera presentado se deduce su autenticidad.

Finalmente, la prueba tecnológica tendrá valor tasado en el caso que se incorpore al proceso a través del interrogatorio de parte en dos supuestos. En primer término, el juez tendrá por ciertos los hechos que el litigante reconozca que le sean perjudiciales, en los que hubiera intervenido personalmente y que no hayan sido contradichos por el resultado de otras pruebas. En segundo lugar, la misma eficacia probatoria será de aplicación cuando el llamado a declarar no comparezca o cuando sus respuestas sean evasivas o inconcluyentes - arts. 304 y 316.2 LECiv-. Esta interpretación se deduce de la interpretación literal de los preceptos de la LECiv pese a que en su Exposición de motivos parece deducirse la interpretación contraria. La doctrina procesalista opta por la prioridad de la interpretación literal de la LECiv frente al tenor de su Exposición de Motivos⁷⁸. Así, concretando esta conclusión en la prueba telemática, tiene valor tasado si una parte reconoce que ha enviado correos electrónicos que le son perjudiciales, si le son perjudiciales y no ha sido contradichos por el resultado de otras pruebas.

6.2.2 Sistema de libre valoración: la valoración de la prueba tecnológica

En este sistema de valoración el juez valora libremente, pero responsablemente⁷⁹, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica sirviéndose del razonamiento humano que corresponde a la lógica interpretativa de los ciudadanos. Es decir, se sirve de elementos de la lógica o la razón que forman parte del acervo cultural de los ciudadanos para decidir si los hechos objeto de la prueba son o no verosímiles.

⁷⁸ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 405-406

⁷⁹ FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba en *el proceso penal*”. *Cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 297

De este modo, la libre valoración de la prueba en ningún caso puede significar una valoración arbitral. Las conclusiones absurdas o irracionales del juez que resulten de un razonamiento contrario al razonar humano consecuente son contrarias a la sana crítica y suponen la vulneración de las reglas de valoración probatoria. Para evitar una ponderación arbitraria de la prueba, el sistema de libre valoración exige que el juez explique qué reglas de experiencia ha utilizado, cuál ha sido el razonamiento lógico que le ha llevado a su convicción y que desarrolle su conclusión de manera que resulte razonada, motivada, responsable y limitada por las reglas de la lógica. Este contenido de las sentencias no se deduce de las disposiciones legales, que no aluden a tales extremos expresamente. No obstante, estas exigencias en el contenido de las sentencias traen su causa en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del art. 24.1 CE⁸⁰.

La LECiv aplica este sistema de valoración probatoria para las pruebas de videovigilancia y telemáticas. Así se valorarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica la reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes (art. 382,3 LECiv); y la de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (art. 384.3 LECiv).

La aplicación del sistema de libre valoración a la prueba tecnológica significa:

1.- La ley no obliga al juez a tener probados los hechos que surjan de la prueba electrónica, salvo que se incorporen al proceso a través de medios de prueba respecto de los que, como vimos, el legislador asigna el valor de prueba tasada.

2.- La ley no determina que la prueba electrónica solo puede tener eficacia probatoria si se cumplen ciertos requisitos legales. En otro sentido, se puede utilizar cualquier prueba electrónica en el proceso para acreditar hechos. Cuestión diferente es que el juez concluya si es o no verosímil para tal fin.

3.- El juez valorará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir de manera ajustado a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos

4.- En la valoración conforme a las reglas de la sana crítica el juez habrá de tener en cuenta la postura procesal de cada parte en relación con la prueba electrónica. Especialmente

⁸⁰ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Aranzadi, Pamplona, pp. 144-145

habrá de considerar si ha habido impugnación por la parte que no la ha propuesto y el fundamento de esta impugnación.

5.- La prueba pericial tiene importancia relevante para la valoración de la prueba tecnológica.

Sobre la aplicación del sistema de libre valoración probatoria a la prueba tecnológica que se aporta al proceso a través de los medios de prueba audiovisuales o telemáticos hay dualidad de posiciones en la doctrina procesalista a la hora de determinar si el juez tiene que solicitar en todo caso un informe pericial en cuanto carece de conocimientos especiales sobre nuevas tecnologías. Según un primer posicionamiento el Juez puede dar por probado el hecho sin necesidad de que exista un dictamen pericial de naturaleza científica si a ello conducen las reglas de valoración de la sana crítica⁸¹. Para afianzar esta primera posición algún autor especifica que tampoco se exigen al juez conocimientos específicos para valorar pruebas diferentes a las tecnológicas como puedan ser aquellas que se relacionan con el arte, la mecánica o la medicina⁸². Para otro sector doctrinal, la valoración de la prueba tecnológica exige reglas de la sana crítica especialísimas por lo que el juez en todo caso tiene que solicitar un informe científico al carecer de conocimientos suficientes sobre la prueba tecnológica⁸³.

Cuando el juez procede a la valoración de un prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica tiene que atender especialmente a dos características: la autenticidad del origen y la integridad del contenido. Estas dos exigencias legales de la valoración probatoria libre en la prueba tecnológica se desprenden expresamente de los arts 382.2 y 384.2 LECiv. El principal instrumento técnico para garantizar la autenticidad y la integridad de la prueba electrónica es el código hash que posibilita concluir que los datos hallados en el dispositivo en el momento de su aprehensión no han sido objeto de posterior manipulación. El código citado consiste en un algoritmo matemático que se elabora sobre el conjunto de los datos contenidos en un concreto soporte digital o informático y si se modifica algún bit del conjunto de datos el valor del hash es diferente.

Profundizando en tales exigencias legales podemos hacer las siguientes observaciones:

⁸¹ FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 300.

⁸² GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario (8ª edición)*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976, p. 296

⁸³ BUENO DE MATA, f., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 262.

1.- La autenticidad en la prueba electrónica consiste en garantizar la fuente de la que proceden los datos. Si de la valoración de la prueba electrónica conforme a las reglas de la sana crítica el juez duda de su autenticidad, la aplicación de las reglas de la lógica le conducirá al juez a negar valor probatorio a la prueba electrónica

2.- La integridad de la prueba electrónica implica que los datos digitales o informáticos no han sido alterados de manera no autorizada. Esto es, se trata de aplicar la construcción de la cadena de custodia, es decir, la preservación de los datos.

Si tras la práctica de la prueba se concluye que ha existido una manipulación de la prueba electrónica, las reglas de la sana crítica determinarán la negación de eficacia probatoria al medio electrónico⁸⁴.

6.2.3 Valoración conjunta de la prueba

La valoración conjunta de la prueba exige la necesidad de contrastar el resultado de unos medios de prueba con otros⁸⁵. La valoración de la prueba tecnológica en un proceso ha de apreciarse en relación con el valor probatorio del resto de las pruebas practicadas. Tal valoración conjunta ha de seguir las siguientes etapas para evitar conclusiones injustificadas, que serán trasladadas a la motivación de la sentencia para garantizar la tutela judicial efectiva.:

a.- Solo deben valorarse las pruebas que cumplan los requisitos para su incorporación al proceso:

- Pertinencia y necesidad
- Licitud
- Cumplimiento de los requisitos procesales

b.- Hay que dejar constancia de las pruebas que conforman el conjunto probatorio que debe valorarse por el tribunal

⁸⁴ DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 81-83

⁸⁵ ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 418-424

c.- Hay que ponderar las diferentes pruebas de manera que de conformidad con las reglas de la sana crítica se otorgue a las pruebas mayor o menor eficacia probatoria

d.- Hay que tomar posición sobre los hechos que la sentencia declara probados o no probados⁸⁶.

En cualquier caso, la valoración conjunta de la prueba cobra especial importancia en la prueba tecnológica en cuanto puede incorporarse al proceso a través de los diferentes medios de prueba y unos tienen eficacia tasada y otros no y pueden conducir a resultados contradictorios. La valoración conjunta de la prueba se recoge en el art. 218 LECiv al disponer que la motivación de las sentencias deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en su conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. Si la colisión entre pruebas recae en medios de libre valoración, el juez solventará la contradicción según su prudente arbitrio⁸⁷.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA: La prueba electrónica puede definirse como la información con valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por este medio. Esta definición, asumida como punto de partida para realizar este Trabajo asume como elementos esenciales, que se refiere a cualquier clase de información; que es producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos que utilizan las tecnologías de la información y que tiene efectos para acreditar hechos en un proceso judicial.

El concepto incorpora que la fuente de prueba se refiere a la información contenida o transmitida por medios electrónicos, mientras que el medio de prueba sería la forma a través de la cual esa información se incorpora al proceso. Las fuentes de prueba de naturaleza electrónica se han incrementado de manera considerable, pero deben tener acceso al proceso a través de uno de los medios de prueba legalmente previstos.

⁸⁶ DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 87-89

⁸⁷ ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 504

Pese a su reconocimiento jurisprudencial, la LECiv no reguló expresamente la prueba electrónica, ni aludió a ello en la enumeración de los medios de pruebas tradicionales (art. 299.1 LECiv), sino que hizo referencia a unos novedosos medios e instrumentos (art. 299.2 LECiv) distinguiendo entre los “instrumentos de filmación, grabación y semejantes” (art. 382.1 LECiv) -sometidos a las reglas de la sana crítica (art. 382.3 LECiv)- y los “instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso” (art. 384.1 LECiv)- para someterlos a unas novedosas reglas de la sana crítica, aplicables a aquellos según su naturaleza (art. 384.3 LECiv).

Con respecto a la naturaleza jurídica de la prueba electrónica en el sentido de considerar si tiene autonomía (teoría autónoma) o no (teoría analógica) respecto de la prueba documental (arts. 317-334 LECiv), la LECiv opta en su articulado (arts 382-384) por su autonomía. Pese a ello, la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil crea una enorme confusión en cuanto a la ordenación autónoma de la prueba electrónica, al crear una sección ex novo al efecto. Este posicionamiento en el articulado de la Ley choca con las argumentaciones de la Exposición de Motivos que afirma que la utilización de estos nuevos instrumentos probatorios como soportes de datos, cifras, y cuentas debe conllevar “una consideración análoga a las de las pruebas documentales”.

SEGUNDA: En cualquier orden jurisdiccional -también en el proceso civil- la prueba electrónica atraviesa por las siguientes fases: obtención de la información; incorporación de los datos al proceso y finalmente, su valoración.

La prueba electrónica que puede utilizarse en la actividad probatoria de las partes en el proceso civil –a diferencia del penal- implica que los datos deberán encontrarse en el dispositivo del que sea titular la parte interesada, ya que en otro caso sólo podrán aportarse por orden judicial. Siendo esto así, su válida incorporación al proceso exige la concurrencia de tres presupuestos:

- 1.- La prueba digital habrá de ser relevante para acreditar los hechos objeto del proceso y tener una aptitud o idoneidad para formar la debida convicción del juzgador (pertinencia), y así mismo habrá de ser útil para esclarecer los hechos controvertidos (necesidad)

2.- Habrá de ser lícita, y por ello respetuosa con los derechos fundamentales, señaladamente el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

En la búsqueda de criterios que delimiten la ponderación de intereses afectados con la finalidad de que los órganos judiciales se pronuncien sobre la validez de las pruebas en el proceso o, por el contrario, sobre su ilicitud por vulnerar derechos fundamentales en su obtención, resultan de gran interés las pautas que a tales efectos derivan de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) especialmente la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017 conocida como el Caso Barbulescu II (dictada acogiendo el recurso formulado por un trabajador despedido contra la sentencia dictada por la Sala IV del TS el 12 de enero de 2016 que desestimó por 6 votos contra uno la demanda por violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH-).

La Sentencia introduce elementos de interpretación para la ponderación de los intereses en juego ordenando de manera muy precisa la estructura del principio de proporcionalidad, que tiene que utilizarse para decidir si se vulneran a o no los derechos fundamentales de *intimidad personal* (art. 18.1 CE) y *el secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE).

Para aplicar el principio de proporcionalidad el juez debe realizar un triple juicio: objetividad; necesidad y proporcionalidad en relación con el objetivo perseguido por la vigilancia:

En primer lugar, es necesario que el empresario justifique la vigilancia de los medios electrónicos en un motivo legítimo, que garantice que existe una verdadera adecuación entre el motivo de control y la limitación que sufre la intimidad o correspondencia del trabajador

Por otro lado, se exige que la vigilancia sea idónea, de modo que se pudiera haber utilizado un sistema de control alternativo menos invasivo para el derecho fundamental afectado (por ejemplo, si es suficiente un informe de frecuencia de uso de elemento electrónico para usos particulares o es necesario acceder al contenido de las comunicaciones).

Finalmente, deberá considerarse si el derecho fundamental del trabajador ha sufrido sacrificios innecesarios para descartar medidas de vigilancia más agresivas para los derechos fundamentales.

No encontraría acomodo en el proceso civil la argumentación del TEDH para la tutela del derecho de protección de datos (prohibición expresa para usos particulares e

información previa de los medios de control y su finalidad) dado que a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, la protección de datos exige, para el tratamiento de los datos de carácter personal, el consentimiento expreso del titular de los datos como una manifestación de voluntad expresa, inequívoca y afirmativa (art. 4.1 LO 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales).

De este modo, en el proceso civil el “test Barbulescu” se utiliza para determinar si la vigilancia empresarial es legal o si las pruebas obtenidas vulneran la privacidad del trabajador por afectar al derecho a la intimidad o secreto de las comunicaciones. En este último caso, el juez ordenaría la nulidad de las pruebas obtenidas de manera irregular que no podrían utilizarse para probar las acusaciones contra el trabajador.

3.- Por último y, en tercer lugar, deberá acceder al proceso de conformidad con los requisitos exigidos por la normativa procesal del orden jurisdiccional civil. Así, la prueba electrónica puede acceder al proceso por los medios de prueba previstos por la LECiv y con respeto a los requisitos exigidos legalmente para cada uno de ellos. Por ello puede acceder al proceso por los medios autónomos de reproducción y de registro previstos en el art. 299.2 LECiv, que han sido objeto de estudio en este Trabajo. Ello no impide recurrir a los medios tradicionales de prueba para su incorporación (art. 299.1 LECiv): documento-incluso mediante la aportación del documento electrónico- y otros medios de prueba como el interrogatorio de parte, la testifical, la pericial o el reconocimiento judicial.

TERCERA: La prueba electrónica ostenta frecuentemente la nota de la volatilidad, es decir, la información obtenida es mudable o sometida a un constante cambio, especialmente en relación con los contenidos de internet y, por ello adquiere una gran relevancia la necesidad de preconstituir o adelantar la prueba. Distintos mecanismos previstos por el legislador se adaptan a tal característica de la prueba electrónica y pueden ser utilizados para asegurar tal actividad probatoria, señaladamente su integridad y autoría.

Así, los arts. 256-263 LECiv regulan como “mediadas preliminares” un conjunto de mecanismos cuyo objeto, lejos de obtener pruebas, será la preparación de un futuro juicio, permitiendo la investigación de hechos cuyo conocimiento facilitará la obtención de datos y elementos fácticos

Por otro lado, en fase de medidas cautelares, el art. 732 LECiv prevé la posibilidad de que el tribunal requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no

pueda aportar o llevar a cabo y resulten necesarias para resolver sobre la solicitud. En este caso se trata de asegurar la ejecución de la sentencia y no la investigación o la prueba.

Los arts 328-334 LECiv, con una finalidad probatoria, regulan otro cauce para acceder a las fuentes de prueba en poder de la parte contraria o terceros. Se trata de una serie de normas que facilitan al litigante el acceso a documentos que se hallan en poder de la parte contraria o de terceros

El art. 297 LECiv regula “las medidas de aseguramiento” que tienen como objeto garantizar la preservación de los datos que puedan con posterioridad constituir prueba en el proceso. Tales medidas servirán en el ámbito de la prueba para evitar el riesgo de eliminación, deterioro o manipulación del propio dato o dispositivos electrónicos.

Finalmente, el art. 336.5 LECiv permite que el perito acceda y examine la información existente en dispositivos electrónicos si el estado o circunstancias de tal información es relevante para el proceso o para la preparación de informes periciales.

CUARTA: El art. 382 LECiv dispone que la parte que proponga como medio de prueba la reproducción ante el Tribunal de palabras, sonidos e imágenes captadas mediante instrumentos de filmación, grabación o semejantes *“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”*. Por asimilación puede entenderse que en el caso de las imágenes supone exigir a la parte que propone la prueba acompañar otro soporte en el que se copien. El fundamento de esta indicación legal se dirige a garantizar la igualdad procesal de las partes y el derecho de defensa al permitir que el adversario pueda plantear su defensa correctamente. Esta transcripción escrita que debe acompañarse al soporte no es voluntaria sino absolutamente necesaria.

La ley impone que los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas sean examinados por el tribunal, por los medios que la parte que los propone aporte o que el tribunal disponga utilizar (art. 384.1 LECiv). De este modo, como sucede en cualquier otro medio de prueba, por aplicación de los principios de contradicción y defensa, las demás partes del proceso pueden alegar y proponer lo que a su derecho convenga pudiendo aportar los dictámenes y medios de prueba que se consideren convenientes cuando se cuestione la autenticidad de lo reproducido.

Cuando las partes funden su pretensión de tutela en tales medios de prueba de reproducción o registro, el soporte que recoja la información (con las excepciones tasadas

previstas por la Ley) deberá ser aportado por las partes en sus escritos de alegaciones iniciales, esto es en la demanda y contestación a la misma (art. 265.1.2º LECiv). El fundamento de tal contenido normativo es facilitar a las partes que puedan preparar debidamente su correspondiente estrategia procesal.

El problema radica en que el legislador no prevé expresamente para los medios de registro en el art. 384 que se acompañe el instrumento de una transcripción o que se de copias al resto de los litigantes. No obstante, el art. 384 introduce para el caso de los instrumentos una regla expresa que facilita aplicar la obligatoriedad del Juez de facilitar traslado o de copia o transcripción a los otros litigantes al disponer que el examen del instrumento se llevará a cabo por el tribunal *del modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga*.

Si las partes no fundan su pretensión en tales medios de reproducción o registro, éstos pueden ser propuestos para acreditar hechos controvertidos en la audiencia previa al juicio o en la vista si estamos en un juicio verbal (arts 429.1 y 443.3 LECiv), es decir en el momento procesal previsto para proponer la actividad probatoria, salvo que existan razones legales para solicitar su práctica anticipada.

QUINTA: Debido a la eficacia tasada de los documentos públicos y privados no impugnados atribuida por la LECiv en lo relativo a la existencia cierta del documento, no en lo que respecta a la veracidad intrínseca de su contenido, la incorporación al proceso de las fuentes de prueba tecnológicas a través de impresión en papel ya sea documento público o privado, es cada vez más frecuente. Del mismo modo dado que la eficacia tasada de un documento privado que se ha impugnado exige la práctica de una prueba instrumental que indique su autenticidad (art. 326.2 LECiv), lo más frecuente es que se impugne automáticamente. Considerando este hecho cierto, el TS ha exigido un “principio de prueba” sobre su manipulación en las alegaciones impugnatorias que introduzcan solvencia a las sospechas de fiabilidad de este tipo de fuentes de prueba tecnológicas. De todo resulta que es recomendable que la prueba documental que se aporte al proceso para incorporar una información tecnológica se refuerce con otros medios probatorios.

Por el contrario, en los documentos electrónicos se modifica el art 326.3 y se introduce un nuevo apartado 4 por la ley 8/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que deroga la ley 59/2003,

de 19 de diciembre de firma electrónica. De este modo si se impugna la autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento privado electrónico y, se hubiera utilizado algún servicio electrónico de confianza cualificado de los previstos en el Reglamento de la UE 910/2014, se presumirá que el documento reúne la cuestionada característica. *“Si aun así se impugna el documento electrónico, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya presentado la impugnación”*.

SEXTA: En el proceso civil existen dos modelos de valoración de la prueba, tasado o libre, siendo este último el que se prevé expresamente para la valoración de los medios de reproducción y registro (arts. 382 y 384 LECiv). La libre valoración de la prueba en ningún caso puede significar una valoración arbitral por exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24.1 CE).

El juez valorará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir de manera ajustado a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En este razonamiento será necesario tener en cuenta la postura procesal de cada parte en relación con la prueba electrónica. Especialmente habrá de considerarse si ha habido impugnación por la parte que no la ha propuesto y el fundamento de esta impugnación.

La prueba pericial tiene importancia relevante para la valoración de la prueba tecnológica. No obstante, según un importante sector doctrinal el Juez puede dar por probado el hecho sin necesidad de que exista un dictamen pericial de naturaleza científica, si a ello conducen las reglas de valoración de la sana crítica.

En cualquier caso, la valoración conjunta de la prueba cobra especial importancia en la prueba tecnológica en cuanto puede incorporarse al proceso a través de los diferentes medios de prueba y, unos tienen eficacia tasada pero otros no, por lo que pueden conducir a resultados contradictorios.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X., *Derecho probatorio*, Bosch, Barcelona, 2012
- ARRABAL PLATERO, P., *La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020
- BUENO DE MATA, f., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos”, *Diario la Ley*, núm 6158, 30 de diciembre de 2004
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª edición, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982
- CASTRO DURAN, E., “La prueba electrónica en el proceso civil”, *Diario La Ley*, nº 9964, Wolters Kluwer, 2021
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Concepto y objeto de la prueba”, *La prueba en el proceso civil*. Tomo I (Dir. GONZÁLEZ CANO, M.I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- DELGADO MARTÍN, J., “Investigación del entorno virtual: el registro de dispositivos digitales tras la reforma por LO 13/2015”, *Diario La Ley*, Nº 8693, Sección Doctrina, 2 de febrero de 2016, Editorial LA LEY
- DELGADO MARTÍN, J., “La prueba digital, concepto, clases, aportación al proceso y valoración”, *Diario La Ley*, nº 6, 2017
- DELGADO MARTÍN, J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwer., Madrid, 2016
- ESCALER BASCOMPTE, R., *La carga de la prueba*, Atelier, Barcelona, 2017, p.24.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga d la prueba en la práctica judicial civil*, La Ley, Madrid, 2006
- FALCIANI, H., “La prueba digital en el proceso civil: la cadena de prueba”, *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020
- FERNÁNDEZ LÁZARO, F., “Medios técnicos en la investigación de los delitos telemáticos”, *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la videovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial II, CGPJ, 2007
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, La ley, Madrid, 2006
- FUENTES SORIANO, O., “Las comunicaciones telemáticas: aportación y valoración de la prueba”, en *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., “Comentario al art. 319”, en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. I*, Aranzadi, Navarra, 2001

GIMENO SENDRA, V. *El proceso de declaración. Parte General*. Castillo de la Luna, Madrid, 2017

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Aranzadi, Pamplona

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal Civil, Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1976

MADRID BOQUÍN, C., *La prueba ilícita en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020

MAGRO SERVET V., “Aspectos prácticos de la prueba electrónica en el proceso civil”, *Diario La Ley*, nº 14, 2018

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “La proposición de la prueba electrónica en el proceso civil: medios de prueba, aportación y práctica”, *Práctica de los Tribunales*, nº 130

MIRANDA VAZQUEZ, C., “Valoración de la prueba. La prueba indiciaria”, en Estudios sobre prueba Penal, Volumen III, La Ley, Las Rozas, 2013

MONTERO AROCA, J., “La prueba en el proceso civil”, 2ª Edición, Civitas, Madrid

NEFTALÍ NICOLÁS GARCÍA, J., “Las nuevas tecnologías y la prueba electrónica en el procedimiento judicial”, *Proceso Civil y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona

NIEVA FENOLL, J., “La prueba en documento multimedia” en *Instituciones del nuevo proceso civil, Vol II*, Madrid, 2000

NIÑO ESTÉBANEZ, R., “La prueba audiovisual e informática en el proceso civil. Referencia a la firma electrónica” en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Bosch, Barcelona 2008

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes y sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid

PÉREZ GIL, J., “Tema 37: Medios de prueba (VI): Medios audiovisuales e instrumentos de archivo y reproducción de datos” en *AAVV, Materiales de Derecho. Derecho Procesal Civil*, IUSTEL

PINO PÉREZ, Mª A., “El entorno digital: el nuevo escenario del siglo XXI”, *La Ley Penal*, nº 167, 2024

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2014

RODRIGUEZ ÁLVAREZ, A., “Redes sociales y proceso penal. Una radiografía”, (Dir. CASTILLEJO MANZANARES; Coord. ALFONSO SALGADO), Atelier, Barcelona, 2019

Sanjurjo Ríos, I., *La prueba indiciaria en el proceso civil: el impacto de las presunciones*, Atelier, Barcelona, 2025

- SERRA DOMÍNGUEZ, M, “Prueba documental”, Estudios de Derecho Probatorio, Communitas, Lima, 2009
- SIERRA, S., *El impacto de las nuevas tecnologías en materia probatoria en el proceso civil y penal*, Universidad Pontificia, Madrid, 2019
- SIGÜENZA LÓPEZ, J, “Prueba electrónica y proceso civil”, *Proceso civil y nuevas tecnologías*. Aranzadi. Pamplona. 2021
- TAPIA FERNÁNDEZ, I, “Comentario al art. 217”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Volumen I*, Aranzadi, Pamplona, 2001
- TIERNO BARRIOS, S., “Hacia una Justicia digital en una era tecnológica: la prueba electrónica en el proceso civil español, *Actualidad Civil*, La Ley, núm 10, 2023
- VELASCO NUÑEZ, E. “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EEUU y España)”, *Revista General del Derecho*, nº 624, 1996
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La prueba. Los recursos. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo III*, Tecnos, Madrid, 2000

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, nº 61496/08, de 12 de enero

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 131/1995, de 11 de septiembre

STC 186/2000, de 17 de julio

TRIBUNAL SUPREMO

STS 1203/2002, de 18 de julio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5439)

STS 1215/2008, de 9 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2010:16369AA)

STS 278/2001, de 28 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2457)

STS 300/2015 de 19 de mayo (EDJ 2015/77775)

STS 43/2013, de 6 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1011)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Barcelona 236/2009, de 4 de mayo de 2009 (ECLI:ES: APB:2009:4550)

SAP Las Palmas 453/2014, de 17 de octubre de 2014 (ECLI:ES: APGC: 2014:2916)

SAP de Barcelona, 486/2016, Sección 4ª, de 6 de septiembre (Tol 6016233)

SAP Cádiz 1424/2019, de 20 de septiembre de 2019 (ECLI:ES: APCA:2019:1424)

SAP Madrid 1344/2021, de 2 de febrero de 2021 (ECLI:ES: APM:2021:1344)

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CSE	Carta Social Europea
EDJ	Base de Datos El Derecho
LECiv	Ley de enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 1 de enero)
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018, de 5 de diciembre)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
OEI	Orden Europea de Investigación
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg,	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y/o de la Comunicación
TS	Tribunal Supremo
Tol	Tirant on line
UE	Unión Europea