

## 2 Tres problemas que suscita la llamada «prueba electrónica»: la obtención de la información, su incorporación o aportación a una causa civil y su posterior valoración\*)

Three problems raised by so-called "electronic evidence": the collection of information, its incorporation into civil proceedings and its subsequent evaluation

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ

*Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia*

ISSN 1889-4380

Revista Aranzadi Doctrinal 4

### Sumario:

- I. Nociones previas
- II. La llamada "prueba electrónica"
  1. Obtención de la información
  2. Aportación o incorporación a la causa
    - 2.1. Los medios de reproducción de palabras, sonidos e imágenes
      - A. Proposición de la prueba
      - B. Práctica de la prueba
    - 2.2. Los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso
      - A. Proposición de la prueba
      - B. Práctica de la prueba
  3. Valoración de la información que se traslada a través de las anteriores fuentes de prueba

**RESUMEN:** *En el orden civil, para ganar un pleito no basta con tener razón: es preciso acreditar que efectivamente se tiene derecho a obtener la tutela judicial que se solicita. Teniendo presente dicha máxima, en el presente trabajo se analiza la llamada «prueba electrónica», haciendo hincapié en: i) que, con dicha expresión, se hace referencia en realidad a una fuente de prueba, no a uno de los medios regulados en la ley para incorporar a un proceso una realidad anterior a éste y poder valorarla en él; ii) cómo debe haberse obtenido la información que consta en determinados dispositivos o mecanismos*

*electrónicos para que pueda ser admitida en la causa; iii) las vías o medios de prueba a través de los cuales puede trasladarse al juzgador dicha información; y iv), finalmente, los criterios conforme a los cuales ha de valorarse.*

**ABSTRACT:** *In civil matters, to win a lawsuit it is not enough to be right: it is necessary to prove actually having the right to obtain the judicial protection that is requested. Bearing this sentence in mind, this work analyzes the so-called «electronic evidence», emphasizing that: i) such expression actually refers to a source of evidence, not to one of the means regulated by law to incorporate previous reality to a process and to assess it within the process itself; ii) how the information contained in certain electronic devices or mechanisms should be obtained so that it can be admitted to the case; iii) the means of proof through which such information can be transferred to the judge; and iv) finally, the criteria according to which this evidence is to be assessed.*

**PALABRAS CLAVE:** *Actividad probatoria - Prueba electrónica*

**KEYWORDS:** *Evidentiary activity - Electronic evidence*

## I. NOCIONES PREVIAS

§1. Con carácter previo al estudio de la llamada prueba electrónica parece conveniente precisar algunos conceptos que permitan enmarcar debidamente su análisis.

§2. Así, debe apuntarse, en primer lugar, que, en el orden civil de la jurisdicción, se entiende por actividad probatoria aquella que, en el marco de un proceso, desarrollan las partes con el juez que conoce de este con el propósito de que el tribunal tenga por cierta una afirmación o fije ésta como cierta a los efectos de un proceso<sup>1</sup>).

Se trata de una labor compleja, sin duda, pero sumamente importante para el éxito de las pretensiones de las partes. Pues, para ganar un pleito, no basta con tener razón: es preciso saber acreditar que esta se tiene. Pues, de lo contrario, si no se hace, salvo que la discusión verse sobre cuestiones estrictamente jurídicas, difícilmente se obtendrá la tutela judicial que se solicita. Tan importante es, pues, tener razón como convencer al juzgador de que se tiene derecho a obtener la tutela que se postula; al menos, cuando aquel debe basar su decisión en la valoración de medios de prueba sometidos a su íntima convicción.

§3. Sentado lo anterior, deben apuntarse de inmediato dos importantes aspectos.

De un lado que, en el orden civil de la jurisdicción, la iniciativa probatoria corresponde a las partes que discuten sus pareceres ante la jurisdicción.

De otro, en directa relación con lo anterior, que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones y hechos alegados por las partes en la causa; hechos, por lo demás, que son los únicos que puede tener en cuenta el juzgador para resolver, a quien, por otra parte, no le está permitido desconocer los hechos sobre los que exista conformidad o consenso entre los contendientes.

Dicho con otras palabras. Así como los tribunales no pueden aplicar normas alegadas por las partes si las mismas no existen, ni pueden dejar de tomar en cuenta las que efectivamente existan, aunque no sean aducidas por quienes comparecen ante ellos, la determinación de los hechos sobre los que versa la contienda procesal, y la de los medios con los que se desea constatar las afirmaciones realizadas sobre éstos, no les corresponde a ellos, sino a las partes. Al menos con carácter general, pues no faltan supuestos en los que, por estar en juego cuestiones de orden público (como ocurre, por ejemplo, en los procesos sobre el estado civil de las personas), no rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad y sus manifestaciones procesales (el poder de disposición y la aportación de parte) quedan asimismo mermadas. Pero, fuera de ellos, la aportación de los hechos sobre los que se debate en el proceso jurisdiccional corresponde, en exclusiva, a las partes. Por lo que los jueces no pueden tener en cuenta otros distintos a los que, al menos, una de ellas haya afirmado, ni desconocer los que todas hayan reconocido.

Si a ello se añade, que los jueces tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos que tengan encomendados de acuerdo con el sistema de fuentes establecido (cfr. lo previsto en el artículo 1.7 del Código Civil) y que, al menos en el orden civil, con carácter general, no pueden investigar si son ciertos o no los hechos que se les exponen, resulta forzoso concluir que el propósito de la actividad probatoria no es averiguar la verdad de lo sucedido, sino convencer al juez de determinados datos, a

partir de los cuales pueda decidir si procede otorgar la tutela que se le solicita<sup>2</sup>); al menos, como antes apuntamos, cuando no se encuentre obligado a tener en cuenta el resultado de medios de prueba de valoración legal o tasada.

§4. Establecido lo anterior, conviene preguntarse a continuación con qué debe probarse lo que se afirma en un pleito.

§5. La respuesta parece obvia: con los medios de prueba admitidos en cada ordenamiento, siendo clarificadora en este punto la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba formulada por CARNELUTTI y desarrollada por SENTÍS MELENDO, de acuerdo con la cual son “fuente de prueba” los elementos que existen en la realidad y son aptos para convencer de determinados datos de hecho (por ejemplo, el testigo y el conocimiento que tiene de algunos sucesos o acontecimientos) y son “medios de prueba” las actividades que hace falta desplegar para incorporar dichas fuentes al proceso<sup>3</sup>).

§6. A poco que se reflexione sobre lo que se acaba de decir, enseguida se reparará en que la anterior distinción no solo tiene interés teórico: tiene también importantes repercusiones prácticas. Pues, mientras las fuentes de prueba no son jurídicamente limitables, ya que la existencia de elementos que pueden servir para convencer de determinados hechos depende del progreso científico y técnico, la especificación de los medios de prueba que pueden ser utilizados depende de la concreta regulación legal que, en cada lugar y momento histórico, se haya establecido. De ahí que algunas fuentes de prueba puedan no encajar en las previsiones normativas y, por ello, no tener acceso al proceso jurisdiccional.

§7. Nuestro ordenamiento procesal trata de evitar esta indeseable consecuencia de dos maneras distintas. Por un lado, disponiendo que, además de los medios de prueba tradicionales (interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), 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*” (artículo 299.2 de la LECiv). Por otro, facultando a los 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*” (artículo 299.3 de la LECiv), a fin de que puedan incorporarse al proceso y verificarse en él.

§8. Si ello es así, parece evidente que, cuando hablamos de prueba, ha de distinguirse entre los elementos que son adecuados para convencer de determinados datos de hecho y los concretos instrumentos que permiten introducir dichos elementos en un proceso. Y parece asimismo cierto que, del mismo modo que algunas fuentes de prueba pueden no ponerse en relación con una concreta causa, todas las que lo hagan lo harán a través de alguno de los medios de prueba específicamente previstos a tal fin.

## II. LA LLAMADA “PRUEBA ELECTRÓNICA”

§9. De lo expuesto hasta el momento cabe deducir que, cuando se habla de prueba digital o electrónica<sup>4</sup>), en realidad se está haciendo referencia a una fuente de prueba, no a uno de los concretos medios regulados en la ley para incorporar a un proceso una realidad anterior a éste y poder valorarla en él.

§10. En el caso que nos ocupa, dicha fuente de prueba son los instrumentos electrónicos y digitales en los que se contiene determinada información que puede ser relevante para la resolución del conflicto suscitado ante la jurisdicción. O, si se prefiere, dichos instrumentos electrónicos y digitales y la información que en ellos se contiene.

Dicha información puede figurar en una página web, un correo electrónico, una base de datos, una hoja de cálculo, un documento Word, un documento multimedia, etcétera.

Y, para que pueda incorporarse a un proceso, es necesario que conste en un soporte, es decir, en un material en cuya superficie se registra información; por ejemplo, un papel, una cinta de video, un disco compacto, un lápiz de memoria o memoria USB (*pendrive*), una cinta magnética o un disco duro. Estos soportes, en los que se contienen datos, son, por tanto, el antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias que se derivan de un determinado hecho.

§11. A partir de aquí, tres son las cuestiones que conviene analizar. En primer lugar, cómo debe obtenerse dicha información. En segundo término, cómo puede aportarse al proceso para que el juez pueda adquirir certeza –es decir, conocimiento seguro y claro– sobre determinados hechos relevantes para la causa que ha de decidir. Y, finalmente, cómo ha de valorar éste los datos que se le transmitan por esta vía.

Pues, como enseña MONTERO, la distinción entre fuente y medio de prueba permite explicar que, así como las fuentes de

prueba han de haberse obtenido de forma lícita, es decir, de modo justo, permitido, según justicia y razón, los medios de prueba han de proponerse y practicarse precisamente en la forma establecida en la ley y, además, han de ser pertinentes y útiles5).

## 1. OBTENCIÓN DE LA INFORMACIÓN

§12. Por tanto, cuando se habla de licitud de la actividad probatoria se está haciendo referencia a cómo ha debido obtenerse la fuente de prueba que luego pretende introducirse en el proceso a través de alguno de los medios de prueba legalmente permitidos. Y “así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho”6).

§13. El tema tiene singular importancia en el proceso penal, pero tiene asimismo transcendencia en otros órdenes jurisdiccionales: tanto, que el primer caso en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre él fue con relación a un proceso laboral, en el que se presentó como fuente de prueba una cinta magnetofónica en la que se grabó de modo oculto una conversación entre dos personas que luego se utilizó como prueba para establecer los hechos justificativos de un despido7).

§14. El fondo de la cuestión radica en determinar si para verificar las afirmaciones realizadas por las partes sobre determinados hechos es preciso respetar o no ciertos límites. En ese dilema, el artículo 11.1 de la LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales”. Lo que, rectamente entendido, supone:

– que los derechos o libertades fundamentales ocupan una posición preferente en nuestro ordenamiento jurídico y tienen la condición de inviolables (artículo 10.1 de la CE), de modo que todo acto que infrinja los mismos es nulo, lo que no significa, sin embargo, que tengan un carácter ilimitado o absoluto, ya que pueden verse sometidos a restricciones o limitaciones (*vide* la STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 786/2015, de 4 de diciembre de 2015 [RJ 2015, 5247], Pte. Sr. Marchena Gómez).

– que, por tanto, no toda quiebra de los derechos o libertades reconocidos en nuestro ordenamiento determina la nulidad de lo actuado: esta solo se producirá si se violentan derechos o libertades que tengan la condición de “fundamentales”.

– que, en consecuencia, si se infringen derechos o libertades que no tengan dicho carácter, la fuente de prueba que se haya obtenido conculcando los mismos podrá incorporarse al proceso a través del pertinente medio de prueba, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad en que pudiese incurrir el que la hubiere conseguido de esa forma.

§15. En el caso que nos ocupa son muchos y muy distintos los derechos o libertades fundamentales que pueden verse afectados. Pues, según cómo se haya conseguido la información que se desea trasladar al proceso, pueden verse menoscabados derechos tan relevantes como el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a que se protejan los datos personales de los ciudadanos, a la inviolabilidad domiciliaria o a la propia imagen.

§16. Sentado lo anterior, deben distinguirse de inmediato dos supuestos. Pues la información a que nos referimos puede encontrarse en un dispositivo electrónico o puede haberse transmitido a través de una red de comunicación social.

En el primero de ellos es preciso diferenciar, a su vez, dos hipótesis. Ya que la información puede encontrarse en un dispositivo electrónico del que sea propietario quien desea que la misma se incorpore al pleito o en un dispositivo electrónico del que sea titular otra persona, posibilidad, ésta última, en la que es preciso distinguir dos situaciones, en función de que la información se facilite voluntariamente por quien es dueño del dispositivo o de que se acceda a ella sin dicha autorización, cábala en la que, ciertamente, si no media dispensa judicial, podría conculcarse alguno de los derechos fundamentales antes mencionados.

En el segundo, deben distinguirse asimismo dos conjeturas, según que la información que se desee aportar sea conocida por un grupo de personas determinadas o determinables o por un grupo indeterminado de sujetos, ya sea porque figura en una web o red informática, en una página web o conjunto de informaciones de un sitio web que se muestran en pantalla y que pueden incluir textos, contenidos audiovisuales y enlaces con otras páginas, o en un sitio web o conjunto de páginas web agrupadas bajo un mismo dominio de internet. Y, en la primera, han de distinguirse, a su vez, dos casos, según que la información haya sido facilitada por alguna de las personas que la conoce o se haya conseguido subrepticamente, hipótesis en la que, como es obvio, podría resultar vulnerado alguno de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

§17. Sea como fuere, lo trascendente, tanto en uno como en otro, es que la información que se traslade al proceso para su posterior valoración judicial se haya obtenido sin quebranto de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento, habida cuenta la sanción de nulidad que, en tal caso, le afectaría.

De ahí la importancia de conocer, con el debido detalle, la doctrina establecida en esta materia por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no siempre plenamente coincidentes en sus respectivos puntos de vista.

§18. La heterogeneidad de supuestos posibles, y las particularidades de cada uno, impide sentar más premisas en este momento, sin realizar antes un estudio detallado y pormenorizado de cada uno de ellos).

Pese a ello, cabe destacar que, en el orden laboral de la jurisdicción, en el que, sin duda, la prueba electrónica tiene especial relevancia:

– *Y, en relación con imágenes captadas por cámaras de video-vigilancia instaladas en el puesto de trabajo*, el máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental en materia de garantías constitucionales ha concluido que, si bien el poder de dirección del empresario le habilita para “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales” (STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000, 186), Pte. Sr. Garrido Falla), dichas facultades empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales. Por lo que resulta preciso informar a los trabajadores de forma clara, expresa, precisa, clara e inequívoca de que es posible grabar su actividad y de la finalidad que, en tal caso, se persigue con ello. De donde se deduce que es necesario anunciarles dicha eventualidad y advertirles “durante cuánto tiempo y con qué propósito” pueden examinarse las grabaciones realizadas, explicitando muy particularmente que podrán utilizarse para imponer sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo (STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29), Pte. Sr. Valdés Dal-Ré).

Con todo, dicha tesis fue posteriormente matizada en la STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 39), Pte. Sra. Roca Trías, al entenderse que, no obstante, se cumple el deber de información previa cuando el trabajador conoce que la empresa ha establecido un sistema de control por video-vigilancia, “sin que haya que especificar más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados”, criterio posteriormente corroborado por las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo núm. 86/2017, de 1 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1105), Pte. Sr. García de la Serrana, y núm. 96/2017, de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1628), Pte. Sra. Calvo Ibarlucea, que debe ser interpretado de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 9 de enero de 2018 (TEDH 2018, 1), dictada en el caso de López Ribalda y otros contra España.

Asimismo, en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia se ha matizado que, aun realizándose en el propio centro de trabajo, no resulta admisible la grabación realizada en aquellos lugares donde no tiene lugar actividad laboral, como, por ejemplo, servicios, lugares de descanso o locales sindicales (cfr., entre otras, las SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 1479/2006, de 18 de septiembre de 2006 [AS 2006, 2995], Pte. Sr. Riesco Iglesias, y Madrid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 290/2009, de 17 de abril de 2009 (AS 2009, 1656), Pte. Sra. Hernández Vitoria).

– *A propósito de los sistemas de localización* que pueden insertarse en vehículos de empresa, terminales telefónicos, tabletas y otros dispositivos con el fin de determinar su ubicación en todo momento, y con ella la del trabajador al que se hayan entregado aquéllos, que la colocación de dichos artilugios solo parece lícita si se informa al trabajador tanto de su colocación como del fin que se persigue con ellos, no en otro caso (cfr. las SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 260/2014, de 21 de marzo de 2014 [AS 2014, 823], Pte. Sr. Torres Andrés, y Sección 5.ª, núm. 793/2014, 29 de septiembre de 2014 [AS 2014, 2981], Pte. Sra. de la Cueva Aleu), aun cuando existen sentencias que afirman que la instalación de estos dispositivos en el vehículo puesto a disposición del trabajador por la empresa, aun sin conocimiento de éste, es un medio adecuado y proporcional para verificar si los comerciales realizan sus rutas, que no lesiona su derecho a la intimidad (*vide*, a título de ejemplo, las SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 1706/2012, de 5 de marzo de 2012 [AS 2012, 996], Pte. Sr. Palos Peñarroya; y Galicia, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 2348/2017, de 26 de abril de 2017 [PROV 2017, 125997], Pte. Sra. Rey Eibe).

Recientemente, la STS, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 4005) (ECLI: ES:TS:2020:3017), Pte. Sra. Arastey Sahún, dictada en unificación de doctrina, en la que se analiza el único punto de casación formulado por la empresa, referido al tratamiento de los datos facilitados por un GPS, ha incidido en este punto al señalar que “El que la empresa dote al vehículo del receptor GPS tiene la finalidad de garantizar tanto la seguridad, como la coordinación del trabajo”, “que los datos obtenidos por el GPS se refieren a la ubicación permanente del vehículo, sin que permita captar circunstancia alguna de sus ocupantes” y que, por tanto, no se quebranta ningún derecho fundamental “con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios”.

– *Con relación al reconocimiento de la huella dactilar*, a través de mecanismos de lectura biométrica de la mano mediante un escáner que utiliza rayos infrarrojos y no daña la salud, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, en sentencia de 2 de julio de 2007 (RJ 2007, 6598), Pte. Sr. Lucas Murillo de la Cueva, señaló que dicho método de identificación ni resulta lesivo para la integridad física y moral de los trabajadores, ni es contrario al derecho a la intimidad personal, ya que no supone una intromisión ilegítima en la esfera privada.

– *Por lo que hace al control de la conducta de los trabajadores fuera de la empresa a través de detectives privados*, cabe apuntar que, si estos intervienen en juicio, lo harán en calidad de testigos<sup>9</sup>) y que podrán apoyar sus informes en fotografías o grabaciones tomadas por ellos mismos en espacios y parajes públicos, y mediante medios o instrumentos materiales o técnicos que no atenten contra los derechos y libertades fundamentales, no en otro caso (*vide* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 528/2017, de 20 de junio de 2017 [RJ 2017, 3195], Pte. Sr. de Castro Fernández).

– *En lo referente a los límites del control empresarial sobre el material informático facilitado por la empresa como herramienta de trabajo*, resulta especialmente significativa la doctrina establecida en las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012, 241), Pte. Sr. González Rivas, y 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 170), Pte. Sr. Ollero Tassara. De acuerdo con ella, “es admisible la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales”, debiendo tenerse presente que, si bien la atribución de espacios individualizados o exclusivos –como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores– puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, no puede dejar de tenerse en cuenta que “los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin”. De donde se deduce que, si éste no ha establecido normas concretas sobre el tema, o limitaciones expresas sobre el uso de dichos utensilios, contribuye con ello a generar ciertas expectativas sobre su posible uso privado, que desaparecen en caso contrario, en el que el quebrantamiento de las directrices señaladas constituirá una conducta desobediente sancionable, siempre, claro está, que, no obstante su existencia, se toleren este tipo de incumplimientos o no se sancione a otros trabajadores que observen similar conducta.

– *En lo relativo al control de los servicios de correo electrónico y de mensajería instantánea instalados en computadoras que pueden utilizar indistintamente todos los trabajadores de la empresa*, la STC 241/2012 (RTC 2012, 241), antes mencionada, dispuso que, al no haberse instalado con clave y, en consecuencia, poder accederse a ellos sin cortapisa alguna por cualquier usuario, no es posible alegar con éxito una expectativa de secreto de las comunicaciones. Mientras que la STC 170/2013 (RTC 2013, 170), asimismo citada, añadió que no supone vulneración alguna de dicho derecho fundamental la supervisión empresarial de los correos electrónicos de los empleados, ni siquiera si tiene lugar sin información previa, cuando se haya prohibido expresamente de modo convencional su uso extra laboral y, en consecuencia, se haya limitado a fines estrictamente profesionales.

De donde se deduce que, salvo que exista acuerdo expreso sobre este punto, solo podrá accederse válidamente a dichos servicios si previamente se ha informado de ello a los trabajadores. Y también, claro está, que, en la obligada ponderación de los intereses en juego, es preciso realizar tres sucesivos enjuiciamientos: los de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad” de la medida, tal y como requiere nuestro Tribunal Constitucional y recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, Sección 1.ª, núm. 119/2018, de 8 de febrero de 2018 (RJ 2018, 666), Pte. Sr. de Castro Fernández, en la que se afirma que la doctrina establecida en la STEDH –Gran Sala– de 5 de septiembre de 2017 (TEDH 2017, 61), en el llamado “caso Barbulescu (TEDH 2017, 61)”, es sustancialmente coincidente con la fijada por la jurisprudencia constitucional española.

Con todo, el tema no es sencillo, como acredita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 528/2014, de 16 de junio de 2014 (RJ 2014, 3451), Pte. Sr. Maza Martín, en la que se afirma que, en el ámbito estrictamente penal, es siempre necesaria la autorización e intervención judicial, “cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales inferencias lleven a cabo”.

– Finalmente, y por lo que hace a la información reflejada en las llamadas redes sociales, es preciso distinguir distintas situaciones. Ya que puede tratarse de información privada o no.

En el primer caso, es preciso diferenciar, a su vez, aquellos supuestos en los que se haya accedido a la misma a través de maquinaciones informáticas que alteran la configuración de privacidad establecida por otra persona, con el fin de acceder a sus datos, hipótesis en la cual no cabe duda de que estamos ante un acceso ilícito y, en consecuencia, que dicha información no puede ser válidamente empleada; aquellos en los que se acceda a ella utilizando el icono de acceso directo al perfil individual del trabajador existente en la computadora que la empresa le hubiese asignado, conjetura en la cual estamos ante una situación muy semejante a la de posibles usos abusivos por el trabajador de los medios informáticos propiedad de la empresa, antes mencionada; y también, por supuesto, aquellos otros en los que la información haya sido trasladada por uno de los comunicantes.

En el segundo, sin embargo, al poder accederse a ella sin cortapisa alguna, si el empresario la aporta como prueba, no podrá estimarse intromisión ilegítima alguna en la intimidad del trabajador (así, por ejemplo: STSJ de Asturias, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 1333/2013, de 14 de junio de 2013 [PROV 2013, 245751], Pte. Sr. Criado Fernández, en la que se analiza un supuesto en el que parte de la información utilizada para despedir a la recurrente se obtuvo a través de páginas de redes sociales cuyo acceso no estaba restringido y a las que, por tanto, podía accederse libremente y ser vista sin ningún tipo de limitación. También, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, núm. 584/2014, de 30 de abril de 2014 (AS 2014, 1202), Pte. Sr. Riesco Iglesias, en un supuesto en el que la propia recurrente había difundido imágenes que había extraído de las cámaras de seguridad de la empresa en que trabajaba y las había publicitado a través de la cuenta que se había creado en la red social de Facebook, “dando acceso así a una pluralidad de personas, alguna de las cuales las hizo llegar a la empresa”).

Con todo, aun tratándose de información privada o confidencial, si dicha información se ha transmitido a través de redes sociales desde una computadora electrónica facilitada por la empresa, y ésta había prohibido expresamente que pudiese utilizarse la misma para dicho uso, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7699), señaló que no existe conflicto de intereses: “La prohibición absoluta podría no ser válida si, por ejemplo, el convenio colectivo reconoce el derecho a un uso personal de ese uso. La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una “expectativa razonable de confidencialidad”. En estas condiciones el trabajador afectado sabe que su acción de utilizar para fines personales el ordenador no es correcta y sabe también que está utilizando un medio que, al estar lícitamente sometido a la vigilancia de otro, ya no constituye un ámbito protegido para su intimidad. La doctrina científica, habla de los actos de disposición que voluntariamente bajan las barreras de la intimidad o del secreto. Una de las formas de bajar las barreras es la utilización de un soporte que está sometido a cierta publicidad o a la inspección de otra persona: quien manda una postal, en lugar de una carta cerrada, sabe que el secreto no afectará a lo que está a la vista; quien entra en el ordenador sometido al control de otro, que ha prohibido los usos personales y que tiene ex lege facultades de control, sabe que no tiene una garantía de confidencialidad.

En el caso ahora examinado, existía una prohibición absoluta que válidamente impuso el empresario sobre el uso de medios de la empresa (ordenadores, móviles, internet, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo, y no caprichosamente sino entre las sospechas fundadas de que se estaban desobedeciendo las órdenes impartidas al respecto. Y sentada la validez de prohibición tan terminante, que lleva implícita la advertencia sobre la posible instalación de sistemas de control del uso del ordenador, no es posible admitir que surja un derecho del trabajador a que se respete su intimidad en el uso del medio informático puesto a su disposición. Tal entendimiento equivaldría a admitir que el trabajador podría crear, a su voluntad y libre albedrío, un reducto de intimidad, utilizando un medio cuya propiedad no le pertenece y en cuyo uso está sujeto a las instrucciones del empresario de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20ET” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 6 de octubre de 2011 [RJ 2011, 7699], Pte. Sr. Souto Prieto, que cuenta con un relevante voto particular).

§19. Sobre la forma de proceder cuando se considere que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se ha podido vulnerar algún derecho fundamental, la Ley de Enjuiciamiento Civil es clara y explícita en su artículo 287, en el que se

dispone:

- Que se trata de una cuestión que puede ser suscitada de oficio o a instancia de parte.
- Que, si es interesada a instancia de parte, el posible quebranto debe denunciarse en cuanto sea posible, es decir, de inmediato, dándose traslado a continuación a los demás litigantes.
- Que, suscitada la cuestión, ésta se resolverá en el acto del juicio, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba, si se trata de un juicio ordinario, o al comienzo de la vista, si se trata de un juicio verbal.

A tal efecto, se oirá a todos los contendientes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

- Y que, contra la decisión que adopte el tribunal, sea cual sea ésta, sólo cabe recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso de apelación que, en su caso, interpongan contra la sentencia definitiva.

## 2. APORTACIÓN O INCORPORACIÓN A LA CAUSA

§20. Cuanto antecede pone de manifiesto que la incesante evolución tecnológica que ha tenido lugar en las últimas décadas ha originado una masiva utilización de instrumentos electrónicos y digitales y, por ende, un aumento continuado de nuevas fuentes de prueba que pueden ser relevantes para acreditar determinadas afirmaciones sobre hechos dentro de un proceso (computadoras, terminales de telefonía móvil, tabletas o dispositivos electrónicos portátiles con pantalla táctil y múltiples prestaciones, lápices de memoria o memoria USB, discos compactos, cintas magnéticas, discos duros, correos electrónicos, aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp o Telegram, redes sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn, etcétera). Lo trascendente, a los efectos que ahora nos interesan, radica en delimitar cómo pueden acceder dichas fuentes de prueba al proceso. O, dicho de otra manera, a través de qué medios de prueba puede conseguirse dicha finalidad.

§21. La respuesta parece obvia: a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en nuestro derecho.

Sin embargo, a poco que se reflexione sobre lo dicho, enseguida se advierte que se trata de una contestación demasiado genérica. Máxime cuando la vigente LECiv, además de los medios de prueba tradicionales (interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), también admite 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”* (artículo 299.2 de la LECiv), permitiendo a los tribunales que, a instancia de parte, puedan aceptar las nuevas fuentes de prueba que vayan descubriéndose o inventándose, adoptando al efecto *“las medidas que en cada caso resulten necesarias”* (artículo 299.3 de la LECiv), a fin de que puedan incorporarse al proceso y verificarse en él.

§22. De ahí que sea conveniente examinar específicamente los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y 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, teniendo presente, desde ya, que estamos refiriéndonos a realidades distintas en uno y otro caso.

### 2.1. Los medios de reproducción de palabras, sonidos e imágenes

§23. En el primer supuesto, la fuente de prueba son las imágenes, sonidos o palabras captadas mediante instrumentos de filmación, grabación o semejantes, mientras que el medio probatorio viene dado por la reproducción ante el tribunal de la concreta fuente de prueba de que se trate.

Y, como antes apuntamos, esas imágenes, sonidos o palabras que constituyen en este caso la fuente de prueba se encontrarán recogidas en un soporte material que, como regla, al menos en el orden civil –no así, en otros órdenes jurisdiccionales, como el laboral–, deberá ser aportado por las partes en sus escritos de alegaciones iniciales, soporte que también puede ser de carácter informático, siempre y cuando, claro está, la información que se contenga en él consista en imágenes y sonidos que puedan ser posteriormente reproducidos. De ahí que la referencia a *“la palabra”* que se hace en los artículos 299.2 y 382.1 de la LECiv deba entenderse hecha a la palabra hablada, no a la escrita, que, como veremos más adelante, se engloba mejor en la

siguiente hipótesis.

#### *A. Proposición de la prueba*

§24. Sentado ya cuál es la fuente de prueba en este caso y cuál es el medio a través del que ha de intentar acreditarse la información que se desea trasladar al tribunal, procede examinar a continuación cómo se propone su reproducción ante los órganos jurisdiccionales.

§25. Llegados a este punto, conviene distinguir dos situaciones, en función de que las partes funden su pretensión de tutela en dichos medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, o no.

En el primer caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil es clara y precisa al respecto: los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen en los que las partes funden sus pretensiones de tutela deben presentarse con los escritos iniciales de alegaciones; es decir, con la demanda y la contestación a la misma (artículo 265.1.2º de la LECiv).

En el segundo, tampoco existen dudas: si las partes no fundan sus pretensiones en dichos medios de reproducción, éstos podrán ser propuestos para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba en la audiencia previa o en la vista (cfr. los artículos 429.1 y 443.3 de la LECiv).

§26. Analicemos cada supuesto por separado.

§27. Como acaba de apuntarse, en el orden civil de la jurisdicción, si las partes fundan su pretensión en algún medio de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, deben presentarlo con su demanda o su contestación a la misma (artículo 265.1.2º de la LECiv).

La razón es evidente: resulta preciso que la contraparte conozca de entrada el más relevante medio de prueba de los que el contrario dispone para que pueda valorar si le conviene insistir en su pretensión, en el caso del actor, oponerse a ella, en el caso del demandado, o transigir, y, en los dos primeros supuestos, para que pueda prepararse debidamente la correspondiente estrategia procesal.

Si no se aportan en dicho momento, la consecuencia es la preclusión. De modo que no se permitirá su presentación en un momento procesal posterior (artículo 269 de la LECiv). Lo que, como es lógico, minorará sensiblemente la posibilidad de que se estime la pretensión de quien tuviese la carga de acompañarlos.

Con todo, esta última regla tiene excepciones. De un lado, porque, si en el momento en que se presenta la demanda o la contestación a ésta, la parte no dispone de dicho medio probatorio, el ordenamiento le permite designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentre (artículo 265.2 de la LECiv)<sup>10</sup>. De otro, porque 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, cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (artículo 265.3 de la LECiv). En tercer lugar, porque también se admite que, hasta el momento del juicio (en el juicio ordinario) o de la vista (en el juicio verbal), puedan aportarse otros soportes de fecha posterior al momento ordinario de preclusión, al igual que aquellos que, siendo de fecha anterior a la demanda o a la contestación, o, en su caso, a la audiencia previa, se justifique que no pudieron presentarse por no haber tenido conocimiento anterior de su existencia o no haber podido obtenerlo con anterioridad, por causas ajenas a la voluntad del proponente, siempre que, en este último caso, se haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el artículo 265.2 de la LECiv (artículo 270.1 de la LECiv). Y, finalmente, porque también pueden admitirse en primera instancia, como diligencias finales y última singularidad justificada a la regla de la preclusión, los que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia (artículo 435.1.3.ª de la LECiv)<sup>11</sup>.

§28. Si los litigantes no fundan su pretensión en alguno de los medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen existentes, pueden sugerir el examen de dichas fuentes de prueba en el momento legalmente previsto para proponer la actividad probatoria: esto es, en la audiencia previa, si estamos en un juicio ordinario, o en la vista, si estamos en un juicio verbal (cfr. los artículos 429.1 y 443.3 de la LECiv). Ello sin perjuicio, claro está, de la posibilidad que el ordenamiento les confiere de solicitar su práctica anticipada, si existen razones fundadas para que ésta tenga lugar.

En el caso de que la prueba propuesta en alguno de dichos momentos procesales fuese inadmitida por el tribunal, por entender éste que debió haberse presentado junto con los escritos de alegación iniciales, al fundar la pretensión interesada en cada caso

por el litigante de que se trate, no quedará más remedio que recurrir en reposición oralmente la decisión adoptada y, si la impugnación es desestimada, formular la pertinente protesta al efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia (cfr. los artículos 285.2 y 446 de la LECiv).

§29. La Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere en su artículo 382 al modo en que se ha de plantear este medio de prueba.

§30. De acuerdo con lo que se establece en él –debe indicarse que en su rúbrica se emplea un término, el de “instrumentos”, adecuado por la extensión que acepta, que refería el derogado artículo 1.215 del Código Civil y permitió, en su momento, que la jurisprudencia acogiese como fuente de prueba algunos de los objetos que, definitivamente, la LECiv de 2000 incorporó al ámbito procesal civil, como las fotografías, los videos, las cintas magnetofónicas, etcétera–, la parte que proponga como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, sonidos e imágenes<sup>12</sup>) captadas mediante instrumentos de filmación, grabación y otros 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”*.

El fundamento de dicha previsión parece evidente: puesto que la prueba se encuentra preconstituida, es decir, existe ya en el momento en que se propone, resulta adecuado y entrado en razón que se acompañe, en su caso, una transcripción de las palabras que se contengan en el soporte de que se trate y en cada supuesto resulten relevantes, a fin de que el adversario las conozca y pueda preparar debidamente su respuesta y estrategia procesal.

La reforma que tuvo lugar en 2015 ha subsanado un error que, hasta entonces, impedía, sin embargo, que dicha finalidad se cumpliera debidamente.

En efecto.

En su redacción original, la vigente LECiv dejaba a la voluntad de quien proponía este medio probatorio la posibilidad de acompañar, en su caso, la mencionada transcripción (la norma decía *“podrá”*, por lo que se concebía como una facultad y, como tal, quedaba a la discrecionalidad de la parte).

Actualmente ya no es así. Ahora, quien proponga esta prueba debe acompañarla necesariamente. Lo que permite disponer de una información útil a los fines antes señalados y posibilita que, en su caso, puedan reconocerse como ciertas o auténticas las palabras, voces o sonidos contenidos en el soporte de que se trate, lo que podría tener importancia en lo que hace a la valoración de la prueba, e incluso hacer innecesaria su reproducción.

Las imágenes que no consistan en signos –recuérdese que una “imagen” no es sino una figura, una representación– no son, por supuesto, susceptibles de transcripción. Pero, el que ello sea así, no significa que no puedan darse a conocer a las demás partes. Ya que, como señala ORMAZÁBAL, podrían copiarse o volcarse en otro soporte<sup>13</sup>). De hecho, si se piensa bien, sería lo más razonable, pues no sería especialmente complejo ni oneroso. Solo en el supuesto de que eventualmente lo fuese, podría entenderse suficiente con que se acompañase, en su caso, una transcripción escrita de las palabras contenidas en el material de que se tratase que fuesen relevantes al objeto que se pretende. Y, aún en este caso, debería permitirse que el litigante que así lo pidiese, pudiese obtener, a su costa, una copia de las grabaciones originales, tal y como se prevé, por ejemplo, cuando se regula el empleo de medios técnicos de constancia del reconocimiento judicial (artículo 359, II de la LECiv) o se hace referencia a la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido (artículo 147, IV de la LECiv)<sup>14</sup>).

Es cierto que tales preceptos se refieren a las actuaciones orales en vistas y comparecencias y al empleo de medios técnicos para dejar constancia de lo que se sea objeto de reconocimiento judicial, supuestos en los que las partes han debido tener presencia, o han podido tenerla, y en los que el interés por disponer de una copia no alcanza la relevancia que puede llegar a tener el deseo de obtener un duplicado del soporte en el que se encuentre la información que pretende hacer valer la contraparte, de la que puede depender la tutela judicial que ésta interesa. Pero es precisamente esta circunstancia, así como la necesidad de preservar debidamente el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas procesales, la que avala la tesis que sustentamos, tesis, por lo demás, que encuentra apoyo en el artículo 234 de la LOPJ, a cuyo tenor las partes procesales tienen derecho a que los letrados de la Administración de Justicia y los funcionarios competentes de la oficina judicial les faciliten cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales y a que se les expidan los testimonios que soliciten. De no hacerlo así, el mencionado principio procesal podría verse afectado, al poder causarse indefensión a uno o varios litigantes.

Por lo demás, si la ley requiere que se entregue junto con la demanda el soporte en el que se encuentren las palabras, sonidos e

imágenes cuando dichas fuentes de prueba fundamentan la pretensión que se interesa ante los tribunales (cfr. el artículo 265 de LECiv), y de dicho instrumento ha de entregarse una copia a los demás litigantes para que éstos puedan preparar su respuesta, por idéntico motivo, y elementales razones de lógica y coherencia jurídica, debería entregarse una réplica del mismo a los adversos si se propone su reproducción como medio de prueba en la audiencia previa al juicio, si la causa se tramita por los cauces del juicio ordinario, o en la vista, si se tramita por los del juicio verbal. La entrega de una copia del equipo en el que se encuentren las palabras, sonidos e imágenes que constituyan las fuentes de prueba que se desea que sean tenidas en cuenta por el tribunal resulta, así, de todo punto inexcusable.

### *B. Práctica de la prueba*

§31. La actividad probatoria consiste, como antes se dijo, en la reproducción de ciertos sonidos e imágenes. Dicha actividad debe ser, además, desarrollada en presencia del tribunal, que deberá oír o ver –y, en algún caso, las dos cosas– esos sonidos e imágenes y, en consecuencia, percibir por sí mismo, sin la mediación o tamiz de otras personas (es decir, de forma semejante a lo que sucede en el interrogatorio de testigos, o en el de las partes), o de signos (en el caso de documentos), las afirmaciones o hechos que se pretende acreditar, si bien no de modo directo, sino mediato, a través del correspondiente sistema técnico de reproducción.

§32. A nuestro juicio, dicha reproducción resulta imprescindible en todo caso.

Si no se ha podido facilitar al resto de los litigantes una copia o transcripción de dicho material, porque éstos tienen derecho a conocer lo que consta en él, ya que, de lo contrario, podría causárseles indefensión.

Y, si se ha podido proporcionar, porque la ley no excusa en ningún supuesto su difusión en el acto del juicio o de la vista, si nos encontramos en un proceso civil.

§33. No compartimos, pues, el criterio de quienes consideran que, si las partes disponen de una copia del medio en el que se contengan los sonidos e imágenes, o, en su defecto, de una transcripción de las palabras contenidas en él, y optan por formular sus observaciones, y, en su caso, por proponer pruebas complementarias, manifestando que no es necesario que se reproduzca el material grabado o filmado, ésta no es precisa<sup>15</sup>).

A nuestro entender, tratándose de hechos controvertidos, no queda más opción que reproducir lo filmado o grabado en el momento procesalmente previsto para la práctica de los medios de prueba. Ello, claro está, salvo que, la parte contraria a quien haya ofrecido la prueba, renuncie en el momento habilitado para su práctica a la reproducción de lo contenido en el medio que se haya presentado, asumiendo, como es lógico, las consecuencias que puedan derivarse para ella de dicha decisión.

No desconocemos, sin embargo, que la tesis de la que discrepamos puede tener acogida en la práctica. Sobre todo, por quienes consideren que, siendo el proceso civil un enfrentamiento dialéctico entre dos o más sujetos jurídicos que se desarrolla ante un órgano judicial, con la finalidad de dirimir un conflicto existente entre ellos, en torno a determinados intereses privados, son dichos sujetos los que pueden fijar las reglas por las que se ha de actuar en cada caso. Pero, quienes así piensen, se equivocan gravemente. Pues, siendo cierto que las partes tienen poder de disposición sobre el derecho que se discute en el proceso, también lo es que es el juez el que dirige el proceso, y que dicha dirección debe llevarse a cabo de acuerdo con lo prescrito en la ley. No debe olvidarse que es propio –y exclusivo– del juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que sólo a él se confiere, o, en otros términos, en el cumplimiento de la función jurisdiccional que tiene encomendada, decir el derecho: tanto el material o sustantivo, como el procesal, en tanto en cuanto éste regula cuanto es necesario, como método razonable y justo, para garantía del acierto de la sentencia o resolución similar que ha de dictar.

Tampoco desconocemos que la actual carga de trabajo que soportan los juzgados de primera instancia en nuestro país dificulta lo que decimos y facilita, en gran medida, que pueda asumirse la práctica que rechazamos. Pero, el que ello sea así, en modo alguno desmerece lo que defendemos. Por varias razones. En primer lugar, porque las carencias estructurales de la Administración de Justicia no pueden impedir que se cumpla la ley debidamente, y además que se haga garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que obliga a dotar a los órganos jurisdiccionales de los necesarios medios personales y materiales que les permita cumplir su función. Y, en segundo término, y en directa relación con lo que se acaba de apuntar, porque el incumplimiento de dicha obligación no puede servir de excusa para que la tarea jurisdiccional se cumpla de modo distinto a como señala la ley, ya que lo normal es ajustarse a la norma, no desconocerla, aunque esto último pueda ser lo más frecuente, entre otras razones, a causa de dichas penurias. Piénsese que, si se aceptase como estándar de actuación dicho incumplimiento y se convirtiese, por tanto, en regla lo que debe

ser excepción a la misma, se estaría dejando vacío de contenido lo dispuesto por el legislador, lo que, si en ningún caso resulta aceptable, aún lo es menos cuando quienes desconocen lo previsto por éste pertenecen al poder judicial. La solución a los problemas endémicos de la justicia no puede pasar por desconocer la ley o acomodar ésta a “la realidad” y, por esta vía, desvirtuar sus mandatos, sino por reclamar con firmeza su resolución y la debida atención de los poderes públicos que están llamados a atenderlos. De lo contrario, si tratan de paliarse por vías que no son las adecuadas, se estará consintiendo un mal que debe ser solventado, evitando así su resolución, por quienes están obligados a solucionarlo.

**§34.** Por lo demás, será inexcusable la presencia judicial en la práctica de la prueba. De un lado, porque así lo exige la regla de la intermediación, ya que solo puede dictar sentencia el juzgador que haya asistido a la práctica de las pruebas (cfr. los artículos 137.1 y 194.1 de la LECiv), sancionándose su incumplimiento con la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones (artículo 137.4 de la LECiv). De otro, porque así lo requiere el artículo 289.2 de la LECiv, al referir la forma en que se ha de llevar a cabo la misma (“*Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objetos o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales*”).

**§35.** En otro orden de cosas, sorprende ciertamente que, en el orden civil, se exija a las partes que se pronuncien en la audiencia previa al juicio sobre los documentos, dictámenes periciales e informes presentados hasta ese momento (en el primer caso, para admitirlos o impugnarlos, y, en su caso, proponer prueba sobre su autenticidad; en los siguientes, para admitirlos, contradecirlos o solicitar que se amplíen en determinados extremos) –cfr. lo previsto en el artículo 427 de la LECiv–, y no se disponga nada en relación con los medios de reproducción de la imagen o el sonido aportados por la parte contraria, cuando tales manifestaciones serían igualmente oportunas y convenientes y no existe razón alguna –o así nos lo parece– para que no deban hacerse.

**§36.** La prueba pericial puede servir de notable apoyo o complemento a la práctica de esta prueba, en la medida en que puede facilitar al juzgador conocimientos de los que éste normalmente carece, que pueden ayudarle a valorar su fuerza de convicción. De ahí que el artículo 382.2 disponga que la parte que proponga este medio de prueba “*podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido*”.

De este modo, será posible, por ejemplo, que el proponente de este medio de prueba aporte, a su vez, el dictamen de un experto en el que se asevere que las imágenes registradas en una película cinematográfica no han sido manipuladas, o que asegure que la voz grabada en la cinta que se acompañó corresponde a la de la parte adversa. Y, también, como es lógico, que los restantes contendientes puedan aportar dictámenes periciales que afirmen lo contrario o susciten dudas en relación con los facilitados por las demás partes.

Sin embargo, en relación con esta cuestión se plantea otra de singular importancia: la de cómo puede aportarse en juicio un dictamen pericial, que pueda poner en cuestión la autenticidad y exactitud de lo reproducido, si, previamente, no se ha recibido una copia del soporte en que se contienen las palabras, sonidos e imágenes captadas mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes que el proponente de este medio de prueba desea que sean tenidas en cuenta.

En principio, desde luego, no es posible. De ahí que sea necesario, como antes apuntamos, que, cuando se admita este medio de prueba, se entregue a las restantes partes una copia de dicho soporte.

Si lo anterior no se considera procedente, y, obviamente, quien defienda esta tesis debería explicar al propio tiempo si con dicha negativa no se menoscaba el derecho de defensa de quien no puede disponer de una copia donde se contiene información que puede ser decisiva para la resolución del pleito, siempre cabría solicitar que se aplicase lo dispuesto en el artículo 336.5 de la LECiv, referido a la posible aportación de dictámenes periciales con la demanda y contestación a esta. Pues, aunque ciertamente contempla un supuesto distinto al que referimos, ofrece una solución que podría ser aceptable.

De acuerdo con dicho precepto<sup>16</sup>), a instancia de parte, el tribunal que conozca de la causa “*podrá acordar que se permita al demandado examinar por medio de abogado o perito las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar. Asimismo, cuando se trate de reclamaciones por daños personales, podrá instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial*”.

La norma atiende una laguna existente en nuestro ordenamiento hasta su aprobación, aun cuando hubiera sido preferible que

otorgase igual posibilidad al demandante cuando es el demandado (o uno de ellos, si son varios) el que propone como medio de prueba la reproducción de palabras, sonidos o imágenes que consten en instrumentos de filmación, grabación u otros semejantes, tal y como señaló el grupo parlamentario que sugirió el cambio, ya que, si bien puede preparar el juicio solicitando que la persona a la que se pretenda demandar “*exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir*” aquel (artículo 126.1.2º de la LECiv), no existe previsión legal expresa que le permita recabar la tutela judicial en estos casos para que uno o varios expertos puedan examinar a su instancia dichos instrumentos y, posteriormente, emitir el pertinente dictamen pericial.

Por lo demás, la referencia a que podrán examinarse por medio de abogado o perito las cosas o lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa, o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar en el pleito, es lo suficientemente amplia como para incluir el examen de dispositivos electrónicos, previa ponderación, obviamente, de los diferentes derechos que puedan estar en juego en cada supuesto.

En el caso de que el tribunal no autorizase lo solicitado, por entender que la norma invocada atiende a un supuesto distinto al que nos ocupa u otro motivo distinto, parece evidente que el interesado en disponer de una copia del soporte en que se contienen determinadas palabras, sonidos o imágenes debería dejar constancia de su discrepancia con dicha decisión, formulando al efecto la oportuna protesta, y solicitar que se le conceda la oportunidad de presentar posteriormente el informe de uno o varios expertos en el que estos expresen su parecer sobre “*la autenticidad y exactitud de lo reproducido*”. Ya que, de lo contrario, de no accederse a dicho ruego, podría atentarse contra su derecho a ser tutelado judicialmente de forma efectiva, en su vertiente de derecho a la defensa<sup>17</sup>).

La consecuencia de lo expuesto para clara: formulada dicha petición, debería accederse a lo requerido y, en consecuencia, debería ordenarse que, una vez se hubiesen practicado las restantes pruebas y se hubiese examinado lo grabado, se proceda a entregar al requirente una copia del soporte en que se encuentren las palabras, sonidos o imágenes filmadas a las restantes partes, suspendiendo el acto del juicio o de la vista por el tiempo imprescindible para que pudiese encargar, en su caso, los referidos análisis, los cuales, por lo demás, también podrían llevarse a cabo por un perito designado por el tribunal –a instancia de parte distinta a quien haya propuesto el medio de prueba, o también a ruego de éste, si lo considerase adecuado a su interés– que pudiese arrojar luz sobre dichas cuestiones (cfr. lo dispuesto en el artículo 339 de la LECiv).

La pericia, obviamente, deberá realizarse por especialistas en estas materias, que, en el caso de que lo que se impugne sea que la voz que se escucha en la grabación corresponde con la del sujeto al que se atribuye, bien podrían ser expertos en lingüística, fonética o análisis del lenguaje. Posteriormente, se procederá a emitir el pertinente informe pericial y a practicar la prueba con todas las garantías y, por tanto, de forma contradictoria.

**§37.** Por lo demás, la prueba pericial no es el único medio probatorio que puede proponerse para reafirmar o rebatir la fuerza de convicción del material aportado. Puede sugerirse cualquier otro que se considere conveniente o adecuado a dicho fin. Y, así, podría solicitarse la prueba de interrogatorio de la parte contraria para que ésta reconociese, o negase, si es ella la persona que aparece en la filmación, o para que se pronunciase sobre si es su voz la que se escucha en ella. O la de interrogatorio de testigos, para que el interpelado manifestase si reconoce ciertos sitios o lugares que se ven en ella, si es él el que aparece en algún momento de la grabación o si reconoce alguna voz de las que se escuchan en la cinta.

**§38.** Como se señaló, el precepto permite a quien proponga este medio de prueba aportar dictámenes y los medios de prueba instrumentales que considere convenientes, y a las restantes partes los dictámenes y medios de prueba “*cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido*”. Aun cuando la redacción es semejante, no es idéntica. La diferencia puede obedecer a un concreto motivo<sup>18</sup>): en el caso de quien propone este medio de prueba, los dictámenes parecen dirigidos, como antes se apuntó, a identificar una voz o a garantizar la ausencia de manipulación de la fuente de prueba, mientras que los “*medios de prueba instrumentales*” parecen dirigidos tanto a corroborar dichos extremos como a verificar los mecanismos de reproducción utilizados. Sin embargo, cuando de las restantes partes se trata, mientras los dictámenes obedecen a la misma razón antes expuesta, o así nos lo parece, los “*medios de prueba*”, que ya evitan el término “*instrumentales*”, constituyen una alternativa a aquéllos, puesto que lo que se pretende es discutir la autenticidad o exactitud de lo reproducido, propósito que, si bien normalmente se buscará mediante la prueba pericial, puede también interesarse por otras vías, como las de interrogatorio de parte o la prueba testifical. Con todo, la cuestión es discutible, por lo que también puede entenderse que la voz “*instrumentales*” nada añade a la expresión “*medios de prueba*” que acompaña y que, por ello, resulta absolutamente superflua e innecesaria.

**§39.** Finalmente, el artículo 383 de la LECiv dispone que: “*De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior*

*se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas” y que “El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Secretario judicial, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones”.*

Una lectura atenta de dicho precepto permite concluir que el primer apartado resulta, cuando menos, chocante, y el segundo absolutamente inane<sup>19</sup>).

En efecto.

Resulta insólito que se haga mención a un acta que no puede ser otra diferente de la que se levanta en el acto del juicio o de la vista. Y, además, que se haga para señalar simplemente que, en ella, se hará constar cuanto sea preciso para identificar las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas.

Por otra parte, es innecesario que se diga que el material que contenga la palabra, la imagen o el sonido que se haya reproducido ha de ser conservado por el letrado de la Administración de Justicia y, además, de modo que no sufra alteraciones, porque es obvio que debe ser custodiado, y no de cualquier manera, sino de modo que no sufra ninguna modificación. Y, también, que el encargado de protegerlo no es otro que dicho fedatario, pues es el responsable del Archivo Judicial de Gestión, *“en el que, de conformidad con la normativa establecida al efecto, se conservarán y custodiarán aquellos autos y expedientes cuya tramitación no esté finalizada, salvo el tiempo en que estuvieren en poder del juez o del magistrado ponente u otros magistrados integrantes del tribunal”* (cfr. los artículos 458.1 de la LOPJ y 148 de la LECiv).

## 2.2. Los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso

**§40.** El artículo 384 de la LECiv alude a una serie de 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.

En este caso, la fuente de prueba consiste, precisamente, en esas palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas a las que antes aludíamos, contenidas en un soporte apto para archivarlas, mientras que el medio probatorio consiste en su examen por el tribunal a través de los instrumentos que el proponente aporte o el propio órgano jurisdiccional acuerde utilizar.

**§41.** Una lectura conjunta de dicho precepto y del artículo 382 de la LECiv permite advertir una gran semejanza entre los medios a los que se refiere este último y los instrumentos mencionados en el primero. La diferencia entre ambos, en una primera aproximación, radica en que, así como los medios captan o recogen imágenes y sonidos, los instrumentos contienen datos o información, en sentido genérico. Es decir, en que los medios capturan, aprehenden o atrapan algo que sucede en un momento histórico determinado, mientras que los instrumentos, no, ya que recogen información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias precisas de un hecho<sup>20</sup>).

La diferencia no es baladí, ni constituye un mero ejercicio dialéctico: influye en el régimen jurídico probatorio, como enseguida tendremos ocasión de comprobar. Pues, aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil manifiesta en diversos preceptos que los instrumentos informáticos –que son, principalmente, a los que alude su artículo 384– son algo distinto a los documentos (véase, entre otros, los artículos 265 –en el que se refieren de modo separado los documentos y los instrumentos que los litigantes deben acompañar a la demanda y a la contestación– y 300 –que los enumera de modo separado al referir el orden en el que han de practicarse los diferentes medios probatorios–), en su Exposición de Motivos se atribuye a este medio de prueba una consideración análoga a la de las pruebas documentales –vid. su apartado XI, decimotercer párrafo, *in fine*–, significando, no obstante, que no se ha de forzar la noción de prueba documental *“para incluir en ella lo que se aporte al proceso con fines de fijación de certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba”*.

**§42.** En este punto, conviene hacer una breve referencia a la noción de documento electrónico, entendiéndose por tal *“la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”* (artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica<sup>21</sup>)).

De dicha definición se deduce que es expresión escrita de un acto o pensamiento humano que puede trasladarse al tribunal y ser incorporado a los autos para su lectura. Y también, claro está, que su soporte no es papel, sino electrónico; que se ha formado

con arreglo a un determinado software (es decir, conforme al soporte lógico de un sistema informático; en otras palabras: de acuerdo con un conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas que permiten ejecutar ciertas tareas en una computadora); que se ha almacenado en un hardware (esto es, en los componentes y dispositivos físicos y tangibles de una computadora electrónica); y que se integra por diferentes símbolos que sirven para representar datos, hechos o actos con trascendencia jurídica.

### *A. Proposición de la prueba*

§43. Como señalamos a propósito de los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, en este punto es necesario distinguir dos situaciones, en función de que los litigantes fundamenten su pretensión de tutela en determinados instrumentos capaces de archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, o no.

En el primer caso, damos por reproducido lo que apuntamos en aquel momento.

Analicemos, pues, el segundo.

§44. Sin duda, el aspecto más insatisfactorio de la regulación legal de este medio de prueba es el relativo a su presentación. Pues el artículo 384 de la LECiv nada dispone sobre este tema, a diferencia de lo que se sucede en el artículo 382 de dicho texto legal, en relación con los instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Se hace, pues, necesario establecer algunas directrices que, a nuestro parecer, pasarían por tener en cuenta los siguientes aspectos:

*En primer lugar*, que lo que ha de presentarse es un soporte distinto al papel. Por ejemplo, un lápiz de memoria o memoria USB; un disco compacto, o disco óptico que permite acumular gran cantidad de información, en sus modalidades de CD-audio, CD-ROM (que permite el almacenamiento de datos), VSC y SVCD (que permiten registrar imágenes, acompañadas o no de sonidos) o CD-R y CD-RW (que facilitan grabar diferentes datos: en el primer caso, sin que la información pueda ser borrada ni sobrescrita; en el segundo, sin dichas limitaciones); un disco digital versátil, en cualquiera de sus distintas versiones; o un disco duro, o dispositivo de memoria de gran capacidad integrado en la computadora o conectado a ella, donde se acumula información.

Como apuntamos anteriormente, la ley no exige un determinado soporte, por lo que todos están permitidos. Por lo demás, el que no se explicita ninguna enumeración tiene la ventaja de que el paso del tiempo no puede hacerla obsoleta, y, en consecuencia, inadecuada a las circunstancias, modas o necesidades del momento, lo que es de agradecer, habida cuenta el avance imparable de la tecnología y la muy limitada perdurabilidad de los instrumentos informáticos<sup>22</sup>).

Sí será conveniente, sin embargo, hacer mención en el escrito con el que se acompañe el soporte, cuando menos, al sistema operativo que se precisa para su lectura.

*En segundo término*, que la LECiv se refiere en diversos preceptos a los documentos públicos electrónicos (cfr. sus artículos 267 y 318) y a los documentos privados electrónicos (*vide* sus artículos 268 y 325), admitiendo que puedan presentarse en lo que llama copia simple en soporte electrónico, es decir, a través de imágenes digitalizadas incorporadas a nexos electrónicos. Y también que pueda designarse el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren (artículo 265.2) y solicitarse su exhibición cuando estén en poder de algún adverso o de un tercero (artículos 328 a 333).

*También, como tercera consideración*, que, al igual que sucede cuando se sugiere como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, sonidos e imágenes, no resulta necesario –pues, como se ha dicho, nada se prevé sobre este punto– presentar copia del instrumento en que se contienen datos que pueden ser relevantes para el proceso. Lo que no deja de ser paradójico, habida cuenta lo sencillo que sería hacerlo.

Pese a ello, como antes apunté, el que no sea preciso, no significa que no deba acompañarse o que, en su defecto, la parte interesada en obtener un duplicado del mismo no pueda solicitarlo al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 de la LOPI, que obliga a facilitar a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales y a expedir los testimonios que requieran.

No solo eso. Como señala ORMAZÁBAL, en el caso que nos ocupa, existe además un importante argumento legal que permite afirmar que el traslado de la copia (o, en su defecto, de una transcripción escrita del contenido de los instrumentos informáticos) debe realizarse incluso de oficio por el órgano jurisdiccional: el referido en el artículo 384.1 *in fine* de la LECiv<sup>23</sup>). Ya que, en dicho precepto, se dispone que el examen del instrumento propuesto por uno de

los litigantes se realizará por el juzgador *“de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga”*. Y no cabe duda alguna de que el modo más adecuado de alcanzar dicho propósito pasa por proporcionar a aquellas una copia del instrumento informático presentado que les permita examinarlo antes de que se reproduzca su contenido en juicio, decidir lo que proceda sobre su posible impugnación y preparar adecuadamente su intervención en la práctica de la actividad probatoria.

Asimismo cabe apuntar, *en cuarto lugar*, que, al no disponerse nada sobre el modo en que ha de presentarse esta fuente de prueba y, en consecuencia, sobre si debe imprimirse o no el contenido del soporte informático, como sí se hace en el artículo 382 de la LECiv en relación con la presentación de los medios de reproducción de palabras, sonidos e imágenes, al requerirse que el proponente de este medio de prueba acompañe una reproducción escrita de las palabras contenidas en el medio audiovisual para cada una de las restantes partes, ha de concluirse que, en el caso que nos ocupa, no es preciso facilitar a éstas una copia impresa en papel del contenido de los instrumentos informáticos.

Sin perjuicio de que volvamos a insistir en que lo correcto sería proporcionar a los adversos una copia del instrumento que se presenta como medio de prueba, no podemos dejar de señalar la incongruencia que, a nuestro juicio, supone el distinto tratamiento que de la misma cuestión se realiza en los artículos 382 y 384 de la LECiv. Máxime, si se tiene en cuenta que la impresión del contenido del soporte informático –sin que sea la solución idónea, conviene insistir en ello– con traslado de la misma a las demás partes, facilitaría a éstas durante la práctica de la prueba el conocimiento de la información que se desea trasladar al tribunal.

*En quinto término*, cabe apuntar que, si pese a lo señalado anteriormente, uno de los litigantes presentase impreso en papel el contenido de un dispositivo electrónico –lo que no es inusual, ya que, en ocasiones, se acompaña una copia impresa de la información transmitida a través de correo electrónico–, siempre será factible impugnar su autenticidad, supuesto en el cual podría adverbarse cotejándolo con el contenido de un disco duro, integrado en una computadora o externo a ella. Con todo, ha de tenerse en cuenta que no basta –no debe bastar– con alegar que el documento no es auténtico; es preciso alegar por qué, a juicio de quien refuta el documento, no lo es. Es decir, y dicho con otras palabras, es necesario expresar las razones por las que se niega su realidad, las causas o motivos por los que se rechaza su exactitud, sin que sea suficiente la mera manifestación de que es falso, inexacto o incierto<sup>24</sup>).

Puede suceder también que lo que se impugne sea el documento electrónico presentado. En tal caso, ha de distinguirse según que el documento electrónico sea público o privado.

En el primer caso, es preciso diferenciar, a su vez, si se presentó el documento que puede llamarse original, una copia de éste o un documento público autorizado por notario en soporte electrónico. En la primera hipótesis, si lo que se impugna es la veracidad del documento, puede estarse ante un caso de prejudicialidad penal (artículo 40 de la LECiv). En la segunda, cabe el cotejo con el original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios. En la última, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 bis.2 b) de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, de acuerdo con el cual los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

En el segundo, por remisión de lo dispuesto en el artículo 326.3 de la LECiv, tanto si se impugna su autenticidad, como si lo que se discute es su integridad, la precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico, es necesario distinguir dos supuestos, en función de que se hubiere utilizado o no un servicio electrónico de confianza de los previstos en el Reglamento (UE) núm. 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014. Si se utilizó, *“se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente si figuraba, en el momento relevante a efectos de discrepancia, en la lista de confianza de prestadores y servicios cualificados”* y, si aún se impugnase el documento, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien lo refutase. En caso contrario, quien haya presentado el documento podrá proponer cualquier medio de prueba que resulte útil y pertinente para avalar lo que consta en él, valorándose conforme a las reglas de la sana crítica si no se propusiere prueba alguna o de la practicada no pudiese deducirse su autenticidad.

*Finalmente*, procede significar que la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes periciales y los medios de prueba instrumentales que considere convenientes para corroborar su autenticidad o exactitud, posibilidad que asimismo se reconoce a las restantes partes cuando cuestionen la realidad y fidelidad de lo reproducido. Así lo dispone el artículo 382.2 de la LECiv, al que se remite el artículo 384.2 del mismo texto legal.

## B. Práctica de la prueba

§45. También en este punto es sumamente parco el artículo 384.1 de la LECiv, que lo único que dispone al respecto es que los instrumentos que hayan sido admitidos como prueba “*serán examinados por el tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga*”.

§46. Aunque una primera lectura del precepto parece dar a entender que el examen que ha de llevar a cabo el órgano jurisdiccional no tiene por qué realizarse en el acto del juicio, si estamos en un juicio ordinario, o en el acto de la vista, si se trata de un juicio verbal, una segunda, más atenta y precisa, permite desechar esa inicial impresión. Pues el propio precepto dispone, en su parte final, que dicho análisis debe realizarse de modo que las restantes partes puedan, con igual conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga, y el artículo 289.1 de la misma LECiv establece que las pruebas han de practicarse “*contradictoriamente en vista pública, o con publicidad y documentación similares si no se llevasen a efecto en la sede del tribunal*”. Lo que, rectamente entendido, supone que, necesariamente, ha de tener lugar en dichos momentos procesales.

§47. Evidentemente, como antes se apuntó, para que las partes del proceso puedan alegar y proponer lo que a su derecho convenga en relación con este medio de prueba, es preciso que, antes de su examen, tengan cumplida noticia de aquello que se va a escudriñar con diligencia y cuidado. Es decir, que dispongan, con antelación suficiente, de una copia del instrumento que les permita inspeccionarlo, analizar su contenido y, en su caso, impugnar su autenticidad o la exactitud de lo reproducido, aportando al efecto dictámenes periciales y los restantes medios de prueba que estimen pertinentes. Así procede en justicia y buena lógica jurídica. De ahí que lo hayamos postulado al analizar el otro medio de prueba objeto de este análisis, remitiéndonos a lo que en ese momento apuntamos, a fin de evitar tediosas e inútiles repeticiones.

§48. Como es lógico, quien proponga este medio de prueba sabe –o debe saber– que la parte contraria puede aducir que la información que se contiene en el soporte digital ha sido manipulada o es incierta, sobre todo, si no se encuentra en ese momento en la red o universo digital.

¿Qué puede hacer para impedirlo?

Desde luego, antes de proponer este medio de prueba, puede acudir a un notario para que levante acta, la cual puede revestir diversas modalidades, ya que, por ejemplo, puede ser un acta de exhibición<sup>25</sup>), un acta de presencia<sup>26</sup>) o un acta de referencia<sup>27</sup>), pudiendo asimismo solicitarse a dicho fedatario que certifique el volcado de determinados mensajes o llamadas que se realice en su presencia. Sin duda, en este último caso, podría objetarse que en el acta no se refieren todas las llamadas o mensajes cursados entre dos o más personas. Pero, en tal supuesto, ha de recordarse que la carga de probar esto último corresponde a quien realiza dicha afirmación, no a quien presentó la información que posteriormente se tacha de incompleta, ya que lo contrario supondría exigirle la prueba de hechos negativos (esto es, que no es cierto que no se haya referido toda la información contenida en un determinado terminal relativa a las concretas afirmaciones sobre hechos que se tratan de acreditar<sup>28</sup>), lo que no sería razonable.

Pero no es lo único que tiene a su alcance. Pues existen otros medios, igualmente eficaces, que pueden certificar ciertos contenidos digitales a efectos de prueba.

Nos referimos a ciertas herramientas que permiten generar evidencias digitales de cualquier contenido publicado en internet, que proporcionan diversos prestadores de servicios, como, por ejemplo, “Certifica”, “eGarante”, “evLab”, “terminis” o “doyfe”.

Pero también a los servicios de sellado de tiempo o fechado digital, que acreditan que un conjunto de datos –esto es, determinada información– existió antes de un momento dado y que ninguno de ellos ha sido modificado desde entonces. Se solicitan a una entidad externa, denominada “autoridad de sellado de tiempo” (denominada por sus siglas en inglés como TSA –“Time Stamping Authority”), que interviene como tercero de confianza, que es quien garantiza que determinados datos electrónicos existían en una fecha, hora y circunstancias concretas. Todo el proceso de detección, registro, sellado de tiempo y seguimiento de contenidos puede ser revisado y validado por expertos en seguridad, garantizando así que los datos son válidos y no pueden ser modificados por terceros, normalmente mediante evidencias digitales, protegidas a través de un procedimiento de cadena de custodia, que acreditan dichos extremos.

La cuestión no es meramente especulativa: tiene singular importancia práctica, como ponen de manifiesto distintas resoluciones

judiciales. Entre otras, el ATS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2013 (PROV 2013, 105097), Pte. Sr. O'Callaghan Muñoz, en el que se da por válida la notificación y requerimiento realizado por un procurador de los tribunales a un cliente “en forma telemática, con los certificados electrónicos acreditativos de la práctica de ello emitidos por un prestador de servicios de certificación”; o la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 621/2011, de 20 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 6429), Pte. Sr. Seijas Quintana, en la que reconoce la legalidad y eficacia de la notificación telemática realizada por dos registradores a un notario en la que le comunicaban una calificación negativa, máxime cuando tanto unos como otro disponen obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información.

### 3. VALORACIÓN DE LA INFORMACIÓN QUE SE TRASLADA A TRAVÉS DE LAS ANTERIORES FUENTES DE PRUEBA

§49. Tanto el artículo 382.3 como el artículo 384.3, ambos de la LECiv, determinan, taxativamente, que la información que se traslada a través de las fuentes de prueba antes referidas se valorarán conforme a “*las reglas de la sana crítica*” (es cierto que el segundo de ellos añade que se realizará según las reglas de la sana crítica “*aplicables al caso según su naturaleza*”, pero, si se piensa bien, dicha expresión no añade nada sustancial que no diga el primero, pues, ciertamente, no pueden aplicarse otras que las que, en cada caso, procedan<sup>29</sup>), es decir, conforme a normas empíricas de buen sentido que deben servir al tribunal para extraer, en cada supuesto, los aspectos que le permitan alcanzar certeza, positiva o negativa, de la información que se traslada<sup>30</sup>), aun cuando es cierto que lo que se comunique por esta vía tendrá un alto poder de convicción cuando lo filmado o grabado permita acreditar directamente aquello que se testimonia.

§50. Con dicha fórmula, el legislador no hace sino seguir lo dispuesto con carácter general en la propia LECiv, en la que, con las notables excepciones de la prueba documental –en la que, asimismo, se contemplan matices a dicha singularidad– y de los hechos reconocidos por uno de los litigantes que le sean enteramente perjudiciales y no resulten contradichos por el resultado de las demás pruebas (cfr. los artículos 319, 326 y 316.1 de dicho texto legal), se establece la citada regla como directriz o norma a seguir en orden a la valoración del material probatorio.

Si se piensa con detenimiento, con ello se reafirma la idea de que las imágenes registradas en una película cinematográfica, así como las imágenes captadas y los sonidos almacenados por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que puedan reproducirse, no son documentos propiamente dichos y, en consecuencia, no pueden valorarse conforme a las pautas señaladas para dicho medio de prueba.

El criterio sentado en este punto es, por tanto, prudente y se ajusta a lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LECiv, que establece que la apreciación de los elementos fácticos del proceso, que ha de expresarse en la motivación de la decisión judicial, debe ajustarse “*siempre a las reglas de la lógica y de la razón*”.

§51. Las “reglas de la sana crítica” se han identificado con “simples máximas de la experiencia” –STS de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6324), Pte. Sr. De Castro García–; con “normas racionales” –STS de 3 de abril de 1987 (RJ 1987, 2487), Pte. Sr. Burgos Pérez de Andrade–; con el “juicio lógico o sentido común” –STS de 21 de abril de 1988 (RJ 1988, 3268), Pte. Sr. Carretero Pérez–; con las “más elementales directrices de la lógica humana” –STS de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1735), Pte. Sr. Burgos Pérez de Andrade–; con las reglas “del criterio humano” –STS de 28 de julio de 1994 (RJ 1994, 6934), Burgos Pérez de Andrade–; con “el lógico razonamiento del órgano judicial” –STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7485), Pte. Sr. Albácar López–; con “máximas de la experiencia y, en definitiva, criterio lógico” –STS de 24 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8740), Pte. Sr. Fernández Cid de Temes–; o con las “reglas de la lógica y máximas comunes de la experiencia” –STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8145), Pte. Sr. Gullón Ballesteros–.

Constituyen, por tanto, como ha subrayado ABEL LLUCH, reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior<sup>31</sup>). O, si se prefiere, criterios basados en la razón, la experiencia y el conocimiento que permiten al tribunal que conoce de un caso en primera instancia valorar el resultado de la actividad probatoria y, posteriormente, si procede, que otro jerárquicamente superior enjuicie la ponderación realizada.

\* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional» (DER2017-85675-R), financiado por MINECO/AEI/FEDER, UE.

- 1 En palabras del Rey Sabio, Alfonso X de Castilla, “Prueua es averiguamiento que se face en juyzio en razón de alguna cofa que es dubdofa” (Ley I, Título XIII, Tercera partida).
- 2 Con todo, la labor del juzgador no tiene por qué ser pasiva, pues, en el orden social de la jurisdicción se le permite que pueda ordenar la continuación de la práctica de una prueba, aunque renuncie a ella la parte que la propuso (artículo 87.2 de la LJS) y, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley reguladora de la jurisdicción social, se le permite que pueda formular a las partes, peritos y testigos las preguntas que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos (*vide* los artículos 87.3 de la LJS y 306, 347.2 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo sucesivo, LECiv).
- 3 Vid. CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, 2.ª edición, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67-71. ISBN 950-14-0020-4; y SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 151.
- 4 Aunque es frecuente utilizar distintas denominaciones para referirse a la información que se aporta al proceso en formato electrónico, o mediante aparatos o sistemas que la transmiten en forma de números o letras, las dos que mejor enuncian el concepto que se desea expresar son, o así nos lo parece, las de “prueba electrónica” o “prueba digital”. Sobre todo, la primera, ya que pone de manifiesto con mayor rotundidad que la siguiente cuál es el formato o las características técnicas y de presentación en que aquélla se aporta. Con dicha denominación –la de prueba electrónica– se hace referencia, por tanto, a la información que se aporta a un proceso en formato electrónico, o mediante aparatos o sistemas que la transmiten en forma de números o letras. O, si se prefiere, a la información obtenida a través de un dispositivo electrónico que pretende convencer al tribunal de que son ciertas determinadas afirmaciones realizadas por las partes (por una de ellas) o que permite fijar como ciertas dichas afirmaciones en la sentencia que pone fin al proceso. O también, finalmente, a toda información de valor probatorio contenida en un medio electrónico o transmitida por dicho medio (cfr. DELGADO GARCÍA, Joaquín, *La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración*. En: *Diario La Ley*, núm. 6, Sección Ciberderecho, 11 de abril de 2017, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 3841/2017 [consultado en línea el 5 de enero de 2021]). BUENO DE MATA la define como “cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por dos elementos: uno material que depende de un hardware, la parte física de la prueba para cualquier usuario de a pie, por ejemplo la carcasa de un Smartphone o una memoria USB; y por otro lado un elemento intangible que es representado por un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas” (cfr. BUENO DE MATA, Fernando, *La prueba electrónica y proceso 2.0*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130. ISBN 9788490534830).
- 5 MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 75. ISBN 84-470-1023-6.
- 6 MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, 2.ª ed., p. 81.
- 7 Así lo señala MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, 2.ª ed., loc. cit. Cfr. la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), Pte. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en la que se afirma: “Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita”.
- 8 En relación con este tema, puede consultarse FERRANDO GARCÍA, Francisca María, *Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías*. En: *Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 399, 2016, pp. 37-68. ISSN 1138-9532.
- 9 Y nunca como perito, pues su intervención en el pleito no es como experto en una determinada rama del saber, arte o ciencia, sino como un mero testigo, que ha visto u oído determinados hechos o conversaciones. Y ello, aunque haya realizado grabaciones de algunas imágenes y/o sonidos. En igual sentido: SAP de Murcia, Sección 4.ª, núm. 752/2012, de 22 de noviembre de 2012 (PROV 2013, 2877), Pte. Sr. Carrillo Vinader.
- 10 Con todo, han de tenerse en cuenta las siguientes precisiones: se entenderá que el actor tiene a su disposición el medio, y, en consecuencia, que ha de acompañarlo con su demanda, cuando éste se encuentre en un archivo o registro público, en el que pueda pedir y obtener una copia; dicha puntualización solo se refiere al demandante, no al demandado, habida cuenta el tiempo de que dispone para contestar a la demanda, permitiéndose por ello a éste que presente el medio por el sistema de designar el lugar en que se encuentre, incluso cuando éste obre en protocolo o archivo público; cuando el medio se encuentre en poder de la contraparte o de un tercero, el interesado podrá solicitar su exhibición, por analogía con lo dispuesto en los artículos 328 a 333 de la LECiv a propósito del deber de exhibición documental entre partes y por terceros.
- 11 A juicio de ORTELLS, si esta excepción no se considera aplicable al juicio verbal, los instrumentos en los que concurriesen dichas circunstancias deberían admitirse en segunda instancia (ORTELLS RAMOS, Manuel, *ob. cit.*, p. 246).
- 12 Al enunciar el precepto “*palabras, imágenes y sonidos*”, parece desconocer el legislador que las primeras pueden definirse como sonidos o conjunto de sonidos articulados que expresan una idea. Por lo que, perfectamente, hubiera podido limitarse a mencionar los otros dos términos.
- 13 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, p. 186. ISBN 84-7695-750-5.
- 14 Es cierto que, en ambos casos, se trata de copias realizadas por el tribunal y en condiciones que permitan asegurar su autenticidad. Pero no advierto ningún inconveniente para que, en el supuesto que nos ocupa, el litigante interesado en disponer de una así lo solicite al tribunal, asumiendo su coste, y que éste deba entregársela, al igual que ocurre en las hipótesis contempladas en los preceptos arriba referidos.
- 15 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, p. 188.
- 16 Que fue introducido por el artículo único.41 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, a instancia del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència y Unió), con la finalidad de “impedir que las posibilidades del demandado para proveerse de pericias encargadas por él mismo, sin perjuicio de su derecho a instar la designación judicial de peritos, queden a resultas de la benevolencia de la parte actora. Generalmente, los litigantes vienen obteniendo esta ayuda judicial cuando la solicitan; pero esta buena práctica no está totalmente

generalizada. Se pretende aprovechar la oportunidad para regular la facultad del demandante y, sobre todo, del demandado de instar y obtener el apoyo judicial para tener acceso a las cosas y datos que hayan de ser objeto de una pericial de parte, venciendo la resistencia de la contraria. No basta con la posibilidad de solicitar la designación judicial de perito, porque esto no garantiza la igualdad de armas procesales ni es equitativo desde los puntos de vista técnico y económico” (cfr. el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 9 de junio de 2015, núm. 133-2, cve: BOCG-10-A-133-2, pp. 52-53).

17 Sobre este particular puede consultarse SIGÜENZA LÓPEZ, Julio, *Sistema judicial español*, 8.ª ed., Ed. Laborum, Murcia, 2020, pp. 196-200. ISBN 978-84-17789-27-5.

18 Así lo cree SACRISTÁN REPRESA, Guillermo, Artículo 382. En: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (obra coordinada por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, y VALLS GOMBAU, José Francisco), tomo II, Ed. Iurgium, Barcelona, 2000, pp. 1767-1768. ISBN 84-931472-3-0.

19 Seguimos en este punto a MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, 7.ª edición, p. 489.

20 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, p. 196.

21 La Ley 59/2003 ha sido recientemente derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, que entró en vigor el pasado 13 de noviembre de 2020. Pese a ello, entendemos que la definición antedicha sigue plenamente vigente.

22 Como acertadamente señala MONTERO, mientras el papiro egipcio ha guardado para la posteridad una parte de la obra escrita en la Época Clásica y el papel ha traído hasta nosotros las grandes obras posteriores a aquel período de nuestra historia, los instrumentos informáticos se caracterizan por su volatilidad, ya que, lo que hoy es nuevo, en poco tiempo queda obsoleto, como lo acredita el hecho de que, si bien hace unos años los trabajos informáticos se guardaban en disquetes, hoy apenas quedan computadoras que puedan leer estos (cfr. MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, 7.ª ed., p. 493).

23 ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, p. 199.

24 En este sentido es significativo el supuesto referido en el AAP de La Coruña, Sección 5.ª, núm. 97/2017, de 9 de junio de 2017 (PROV 2017, 218290), Pte. Sr. Conde Núñez, y la consideración que en dicha resolución se hace en el sentido de que, estando acreditado el envío del correo electrónico, habría que presumir en principio su recepción por el destinatario.

25 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, en el acta de exhibición, el notario describirá o relacionará las circunstancias que identifiquen la cosa que se le exhiba, “diferenciando lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten peritos u otras personas presentes en el acto, y podrá completar la descripción mediante planos, diseños, certificaciones, fotografías o fotocopias que incorporará a la matriz”.

26 De acuerdo con lo previsto en el artículo 199 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, el notario acredita la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización, redactando el concepto general en uno o varios actos, “según lo que presencie o perciba por sus sentidos, en lo que interesen al requirente, si bien no podrá extenderse a hechos cuya constancia requieran conocimientos periciales”.

27 Según el artículo 208 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, en el acta de referencia, cuyos requisitos son los mismos que precisan las actas de presencia, “el texto será redactado por el Notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ella intervengan”.

28 En igual sentido, cfr. la SAP de Almería, Sección 1.ª, núm. 51/2017, de 14 de febrero de 2017 (PROV 2017, 158395), Pte. Sr. Lozano López. El uso de medios electrónicos para acreditar la existencia y contenido de las conversaciones mantenidas a través de medios electrónicos es cada vez más frecuente. Con todo, el desconocimiento de cómo funcionan más allá de los aspectos más básicos y la posibilidad real de que puedan ser manipulados, hace que nuestros tribunales sean especialmente cautelosos a la hora de valorar las fuentes de prueba que con dichos medios electrónicos tratan de introducirse en el proceso. Así se pone de manifiesto, entre otras muchas, en la SAP de Barcelona, Sección 18.ª, núm. 69/2017, de 31 de enero de 2017 (PROV 2017, 106183). Pte. Sra. Sambola Cabrer, que cita la conocida y relevante STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, núm. 300/2015, de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 1920), Pte. Sr. Marchena Gómez, en la que se fijan determinados criterios para aceptar la fuerza probatoria de las capturas de pantalla o “pantallazos” en los que se refleja el contenido de mensajes transmitidos en las redes sociales.

29 Con todo, no faltan autores que consideran que dicha expresión permite distinguir los instrumentos informáticos que se asemejan a los audiovisuales, que se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica, y los restantes, que, habida cuenta su naturaleza, próxima a la de los documentos, a su entender, deberían valorarse de conformidad con las reglas de valoración de éstos (cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, CUBILLO LÓPEZ, Ignacio, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, PEITEADO MARISCAL, Pilar, y TOMÉ GARCÍA, José Antonio, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 185. ISBN 9788478798704); o que señalan que la prueba electrónica se halla sujeta a una sana crítica “especialísima”, queriendo expresar con ello que, en estos casos, la valoración demanda una atención especial o una mejor información sobre aspectos técnicos (vid. GARCÍA PAREDES, Antonio, La prueba en juicio: ¿y si es electrónica? En: *Revista de la contratación electrónica*, núm. 62, julio, 2005, p. 9. ISSN 1576-2003).

30 La falta de una noción legal en nuestro ordenamiento de lo que son y constituyen las reglas de la sana crítica “no obsta a que algún ordenamiento identifique o, cuando menos, sitúe a un nivel similar las reglas de la sana crítica con el conocimiento o criterio humano (art. 245.1 del Código Procesal Civil de Honduras) y con el prudente arbitrio (art. 397 del Código Procesal Civil de Bolivia)” (cfr. ABEL LLUCH, Xavier, *Las reglas de la sana crítica*, Ed. La Ley, Madrid, 2015, p. 34. ISBN 9788490204337).

31 ABEL LLUCH, Xavier, *ob. cit.*, pp. 47 y 48.