

La prueba electrónica en el Proceso Judicial

The electronic evidence in the judicial process

DE LA CRUZ CHALÁN, J. Abelardo(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Objeto, fuente y medio de prueba. III. La prueba electrónica en general. IV. El documento como medio de prueba. V. Consideraciones sobre el documento electrónico. VI. Modalidades y ubicación de la prueba electrónica. VII. Valoración de la prueba electrónica. VIII. Otros aspectos sobre la prueba proveniente de las nuevas tecnologías. IX. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español. X. Ventajas y desventajas de la prueba electrónica. XI. Conclusiones. XII. Lista de referencias.

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito el de abordar los principales aspectos que encierra la prueba electrónica, ya que en la era digital un nuevo escenario está a la vista del derecho, tanto es así que el derecho procesal y probatorio están vinculados con el fenómeno electrónico, y la prueba tradicional que se aporta al proceso no constituye el único mecanismo para los fines procesales, porque hoy en día la prueba electrónica proveniente de una realidad virtual también cumple igual función, la misma que contiene un vasto y peculiar campo de estudio jurídico-electrónico, además, pendiente o de mínimo interés jurídicamente, en particular, cómo debe ser su tratamiento por los operadores jurídicos de tal manera que tenga eficacia procesal y sirva para acreditar un hecho litigioso, sus múltiples manifestaciones, etc.; en consecuencia existiendo una necesidad de crear herramientas encaminadas a darle fuerza probatoria y, por tanto, responder a las exigencias de un mundo

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo Electrónico: adchalan@gmail.com

globalizado en donde las nuevas tecnologías predominan cada vez con mayor fuerza y están al servicio del ser humano y del derecho.

Palabras clave: Prueba electrónica, documento electrónico, redes sociales, soporte electrónico, realidad digital, valoración probatoria.

Abstract: The purpose of this document is to develop the main aspects about the electronic proof, since the digital age is the actual scenery is near the law, in consequence the procedural and probationary right are connecting with the electronic phenomenon, so the traditional evidence isn't the unique mechanism to the procedural finality, because actually the electronic proof has obtained of a virtual reality has the same function, the same one that contains a vast and peculiar field of juridical-electronic study, in addition, pending or of minimum juridical interest, in particular, how its treatment should be by the juridical operators with the objective of the proof electronic has to procedural efficacy and serves to accredit a litigious fact, its multiple expressions, etc; in consequence there is a need to create mechanism what give that more certain and so, to respond to the exigencies of the globalized world in which the new technologies have more importance and they are at the service of the humanity and the law.

Key words: Electronic proof, electronic document, socials net, electronic support, digital reality, evidentiary assessment.

I. Introducción

En la era digital un nuevo escenario está a la vista del derecho procesal y probatorio, tanto es así que el proceso pasa por un momento que posiblemente sea un desafío porque tiene que alcanzar su finalidad en un mundo en donde los conflictos de intereses no solamente son demostrados con medios probatorios clásicos que los ordenamientos jurídicos han regulado, sino con otros que están en soportes informáticos o digitales pero con mínimo interés por parte de los operadores jurídicos. Los antecedentes sobre el particular son tratados en sede doctrinaria extranjera, aunque no con el mismo énfasis en la doctrina y legislación peruana, pese a que la prueba digital es un elemento importante para que el juzgador tenga mayor convicción de lo que postulan las partes procesales; en particular, los mensajes de las redes sociales y correos electrónicos si bien están inmersos en un soporte digital, sin embargo, el contenido que hay en ellos puede ser aportado al proceso judicial con el medio que lo contiene, haciendo uso de otras herramientas como la impresión, la proyección en vídeos, la proyección mediante presentaciones, incluso, a través de testigos que pueden declarar sobre el contenido que han podido ver, leer, etc.

La prueba digital no es ajena al ser humano. Actualmente, las personas haciendo uso de las nuevas tecnologías celebran diversos actos jurídicos, por el ejemplo contratan vía electrónica, tal es el caso de la compraventa *online*, y ante el surgimiento de un conflicto de intereses es factible que sea utilizada como medio probatorio para demostrar la celebración contractual. Algo similar ocurre en otros ámbitos del derecho, por citar, las pruebas digitales que acreditan la comisión de un delito, lo que significa que los criminales no coordinan necesariamente mediante el diálogo directo, sino haciendo uso de correos electrónicos, redes sociales que permiten la mensajería instantánea o electrónica, etc.; en otras palabras, los criminales planifican los delitos valiéndose de la tecnología digital, y todo ello coadyuva en su oportunidad para dilucidar un caso penal que debe ser valorado con prudencia por el juzgador.

Dicho ello, en el presente trabajo abordaremos los principales aspectos que encierra la prueba electrónica, partiendo de los conceptos esenciales de la teoría general de la prueba, para luego tratar la noción de prueba electrónica, el documento electrónico, la valoración de este tipo de pruebas, y otros que forman parte del extenso y complejo contenido del particular.

II. Objeto, fuente y medio de prueba

La prueba, como enseña Hurtado Reyes (2009), no solamente es vista como carga o actividad de las partes procesales, sino también como un derecho de todo sujeto (p.527), de ahí que es el medio fundamental para los fines del proceso sin importar la materia que se pretenda dilucidar, pues a raíz de la misma el juez adopta una decisión fundada fáctica y jurídicamente. Si no hay pruebas que justifiquen los hechos afirmados el juez no tendrá una decisión favorable para quien busca la satisfacción de su interés, por lo que no sería correcto un fallo positivo en determinado caso si previamente las partes procesales no han propuesto el suficiente material probatorio, o en su caso, si no se han ordenado pruebas de oficio que permitan esclarecer adecuadamente el hecho en disputa. El conjunto probatorio puede estar conformado por el típico documento físico, testigos, pericias, etc., tal como en la actualidad ha sido regulado en los ordenamientos procesales; sin embargo, en una realidad digitalizada no siempre constituirán pruebas los documentos u otros ya conocidos, sino también aquellos cuyo soporte no es el papel físico pero que de igual manera cumplen una finalidad en el proceso que es la convicción en el juzgador y, por ende, el esclarecimiento fáctico. Entonces, con el aporte de los medios de prueba al proceso no se hace más que convencer al juzgador sobre lo que se está discutiendo y arribar a la certeza de ello, y esa verdad tiene que ser incuestionable, porque «La verdad es como el agua: o es pura, o no

es verdad» (Carnelutti, 1982, p.25). Por tanto, si esto es así, es posible persuadir al juez con la propuesta de pruebas que no necesariamente están plasmadas en un soporte perceptible o material.

Respecto al concepto de prueba, en el sector de la doctrina procesal se ha expresado que «En el lenguaje común, *prueba* se usa como *comprobación, de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar [...]» (Carnelutti, 1982, p. 38). En tal sentido, en el proceso judicial lo que se pretende es concluir que es cierta una situación fáctica en controversia, y para ello se utilizan diferentes medios de prueba que no solamente se materializan en documentos, declaración de parte, testigos, etc., sino en otras pruebas que en el mundo moderno están en soportes electrónicos, y esto, precisamente, es el desafío para el derecho procesal y la administración de justicia en general.

En términos generales la prueba es la razón para que el órgano jurisdiccional adopte determinada decisión sobre un hecho en litigio; el objeto de la prueba hace referencia a los hechos que requieren ser probados; por el contrario, la fuente de prueba es, como sostiene Ledesma Narváez (2016) un aspecto anterior al proceso judicial sobre una situación real que puede o no dar lugar a una actividad procesal (p.18); es decir, la fuente de prueba es ajena al proceso, porque mientras no se haya introducido como parte del material probatorio no tiene fuerza para demostrar un hecho litigioso, y como enseña Meneses Pacheco (2008) la fuente de prueba se diferencia de los medios por su ubicación anterior y pueden recaer en personas y en cosas» (pp.58-59). Por otro lado, el medio de prueba, es el instrumento de donde procede la prueba o los fundamentos que sostengan los hechos litigiosos. En otras palabras, como enseña Acosta Vásquez (2007), es la manifestación de la fuente de prueba; por ejemplo, el testimonio es el medio y los hechos narrados es la fuente (p.66). Respecto de estos dos últimos conceptos el Tribunal Constitucional también los ha diferenciado, refiriendo lo siguiente:

[...] la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso) [...] (EXP. N.º 05822-2007-PHC/TC, Fundamento 2).

En esta parte de la teoría general de la prueba es donde precisamente la «prueba» no sigue teniendo la misma noción vista en términos clásicos, en el sentido de que dicha prueba no solamente se manifiesta en un soporte de la realidad visible, es decir, el medio de prueba no necesariamente es un docu-

mento o papel que se introduce al proceso. En este ámbito ocurre lo mismo con el concepto de «documento».

III. La prueba electrónica en general

La prueba electrónica desde una perspectiva general es la información respecto de personas o cosas que se obtiene de un medio (o dispositivo) electrónico parte de las nuevas tecnologías, y es aportada al proceso para acreditar un hecho litigioso. No obstante, como toda prueba que pretenda probar un hecho, tendrá que ser idónea y estar revestida de licitud y cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia, etc, lo que incluso así lo ha establecido el Código Procesal Civil para los medios de prueba regulados⁽¹⁾.

IV. El documento como medio de prueba

Al iniciar un proceso judicial de cualquier naturaleza, pongamos por caso, civil, penal, laboral, etc., los hechos postulados tienen que probarse por quien lo afirma, y la manera común de hacerlo es a través de medios de prueba que el ordenamiento jurídico ha regulado, tal es el caso de los documentos, pericias, testimoniales, etc.; y de esta variedad de medios probatorios el documento desempeña un rol esencial para los fines del proceso, ya que del mismo depende si la afirmación respecto de un hecho es cierto o no. En este contexto podemos decir que el documento es un soporte, ya sea físico (material) o electrónico, en donde se plasma (se escribe o se digita) lo que ocurre en el mundo visible y digital, respecto de personas o cosas.

El Tribunal Constitucional ha expresado que el «[...] *documento* puede ser definido como aquel escrito en el que constan datos o se recoge información de tipo fidedigna, la cual puede ser utilizada con la intención de probar algún hecho» (EXP. N.º 03742-2007-PHC/TC, Fundamento 2). Sin embargo, considerando este enfoque no podemos decir de manera apresurada que lo escrito siempre se manifiesta en un papel escrito manualmente, sino va más allá de esta noción⁽²⁾. Por otro lado, en el sector de la doctrina se ha sostenido que documento es el «Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos,

(1) «Pertinencia e improcedencia

Artículo 190. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. [...]».

(2) En nuestros días el concepto de documento ha cambiado, abarcando a los producidos o digitados por las nuevas tecnologías.

que se aduce con tal propósito» (Cabanellas de Torres, 2008, p. 134). Entonces, generalmente el documento es visto como un soporte material en donde está escrito alguna información sobre personas o cosas que, cuando es ofrecido al proceso, corrobora hechos en disputa⁽³⁾, y los típicos documentos que son utilizados con mayor frecuencia por las partes procesales son el contrato, escritura pública, planos, testamento, acta de nacimiento, acta de matrimonio, títulos valores, acta de conciliación, declaraciones juradas, comprobantes, etc., siempre que esté plasmado en papel o así lo haya reconocido la ley⁽⁴⁾.

El Código Procesal Civil peruano regula al documento y lo denomina como un medio de prueba típico⁽⁵⁾, y en su artículo 233 establece que documento «es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho», y este mismo cuerpo normativo en su artículo 234 ha precisado las clases de documentos⁽⁶⁾ que se utilizan como medios probatorios en el proceso civil, pero también el mismo artículo hace referencia a «soportes informáticos»⁽⁷⁾. Por tanto, el ordenamiento procesal civil menciona sobre el asunto de manera general, pero no encontramos desarrollo normativo respecto al documento electrónico u otra prueba producida por las nuevas tecnologías, al menos no con esa denominación. Tampoco este código desarrolla la tipología de la prueba electrónica, pero del artículo precitado es posible advertir la presencia del documento electrónico, en la medida que hace referencia a documentos bajo modalidad de «soportes informáticos» que no es más que un documento en soporte electrónico que contiene una expresión humana. Por otro lado, se debe precisar

(3) La información que contenga un documento puede ser antigua o actual.

(4) Véase el Artículo 234 del Código Procesal Civil en donde se establece las clases de documentos.

(5) «Medios probatorios típicos
Artículo 192. Son medios de prueba típicos:
1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial» (El énfasis es nuestro).

(6) «Clases de documentos
Artículo 234. Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado» (El énfasis es nuestro).

(7) Se evidencia que el Código Procesal Civil posibilita la incorporación de la prueba digital que se encuentra en algún soporte informático.

que si bien un documento contiene una manifestación de voluntad, pero no es lo mismo, pues como ha expresado Ledesma Narváez (2016) la prueba que recae en el documento es ajena a la manifestación que pueda contener, lo que significa que el documento viene a ser el objeto y lo que contiene un acto humano (p. 20).

En la actualidad la acelerada evolución de la tecnología digital, las redes sociales, internet y otros instrumentos conexos, hacen variar el panorama de la prueba propuesta al proceso judicial, porque no solamente se trata de introducir medios probatorios en soporte materializado, sino también los que tienen un soporte digital o electrónico que están inmersos, particularmente, en correos electrónicos, en redes sociales, bases de datos, nubes digitales, etc., que de igual manera como sucede con la prueba física, desempeña la misma función que no es más que acreditar la afirmación respecto de un hecho.

El fenómeno de la informática y la tecnología cambia la noción de documento. Por eso, Jijena Leiva (1998) refiere que documento debe entenderse, en un sentido amplio, al instrumento que contiene cierta información, y, en sentido restringido, a los escritos en papel (p. 458). Entonces, esta situación evidente en el espacio de la digitalización conlleva a tener un panorama diferente de lo que es el documento. La línea en sede doctrinaria se inclina a ver el concepto de documento de un modo distinto, y Taruffo (2008) sostiene que tiene una noción amplia que abarca al documento escrito y a los que no lo son, y la otra noción hace referencia al documento en estricto o escrito. Sin embargo, estas nociones dependen de cada sistema (pp. 75-76). En consecuencia, consideramos que en este mundo moderno para los fines del proceso y para generar convicción en el juzgador, es necesario adoptar un concepto *lato* respecto de la prueba documental, visto hoy desde el plano informático que contiene una variedad de supuestos de alto grado de importancia.

V. Consideraciones sobre el documento electrónico

La sociedad digitalizada en la que actualmente vivimos no solamente da preferencia a los documentos que tienen soporte material y palpable; en otros términos, al papel que contiene determinada información sobre el mundo perceptible; sino, además, el dinamismo y expansión de la informática y las nuevas tecnologías permiten que las pruebas estén en una base informática (digital o electrónica), de este modo «Los avances de la informática y la telemática y el uso cotidiano de ordenadores en un número creciente de dominios tienen un amplio abanico de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre la práctica del derecho» (Taruffo, 2008, p.85). En este espacio se ubica el ciberderecho que contiene al documento electrónico-categoría o una de las manifestaciones de la prueba electrónica- como prueba en

el proceso que permite acreditar un hecho del espacio digital propiamente dicho, para ilustrar, de la existencia de mensajes instantáneos en alguna red social, de la existencia de otras pruebas electrónicas; como también con ello es posible demostrar hechos de la realidad física, tal es el caso, el contenido de la mensajería sobre un asesinato, la conversación de la celebración de un contrato mediante correos electrónicos, etc. Esta situación ha originado que en el sector de la doctrina se expresen ideas respecto de las tendencias actuales de la prueba y las tecnologías:

[...] en este mundo en el que nos hallamos cada vez estamos más sujetos a las llamadas nuevas tecnologías (TIC) que se centran en tres áreas interrelacionadas: la informática, el video y la telecomunicación, y cuyo desarrollo afecta a más de un área, y suponen la introducción en el mundo del derecho de nuevas fuentes de prueba a través de nuevos soportes y signos distintos de la escritura plasmada en un documento de papel [...] (Pérez Palací, 2014, pp. 4-5).

El fenómeno de los documentos electrónicos se debe a otro fenómeno que cada vez se posiciona con mayor fuerza, esto es, la evolución informática en el mundo globalizado, que en un sentido más preciso lo podríamos denominar como el espacio virtual, electrónico o digital. Su aparición es la expresión de las nuevas tecnologías, de modo que «La informática sustituye los métodos tradicionales de tratamiento de la información» (Ledesma Narváez, 2014, p. 393). Con ello podemos decir que la información que se conozca y se recopile no siempre se encuentra plasmado en un soporte perceptible, sino en medios (o dispositivos) informáticos que también desempeñan su función cuando se tenga que dilucidar un conflicto de intereses o insertidumbre jurídica, porque al fin y al cabo una prueba es útil para determinar la existencia o inexistencia de un hecho⁽⁸⁾, y actualmente el hecho puede ser del mundo físico o del espacio digital, y es factible su probanza con pruebas físicas y digitales, siempre que contengan datos relevantes para ello.

La prueba procedente de la tecnología digital fácilmente es posible que sea ofrecida al proceso mediante la impresión del soporte en donde se encuentra⁽⁹⁾, verbigracia, la información contenida en un correo electrónico, mensajería instantánea

(8) El documento electrónico puede demostrar la existencia o inexistencia de algo mediante letras digitadas, dibujos, diseños, líneas, planos, emoticonos en redes sociales, etc.

(9) Cuando sea posible la impresión de la prueba electrónica, verbigracia, los correos electrónicos, mensajerías, etc., en estricto pasa a ser un medio probatorio tradicional de tipo documental que es palpable. Por eso, cuando ocurre esta situación, a nuestro juicio ya no estamos ante una prueba de naturaleza digital propiamente dicha, por la misma variación de la manera de introducirlo al proceso. Sin embargo, ello no significa que no alcance su finalidad procesal, siempre que sea corroborada con su contenido con el medio electrónico que lo contiene y valorada con el conjunto de medios probatorios ofrecidos..

en redes sociales, etc., estos pueden ser impresos y presentados para demostrar un hecho, como también es factible utilizar capturas de pantalla o «pantallazos» de esa información⁽¹⁰⁾; empero, la discusión estaría en la eficacia (o valor) que tendría esa impresión, al respecto Rojas Rosco (2016) enseña que en estos casos se podría introducir mediante un documento público, por ejemplo, un acta notarial en donde se de fe pública de ello (p. 94). Por lo demás, consideramos que estas pruebas también se proponen al proceso a través de la declaración de las partes procesales, con testimoniales, etc., así, una persona puede testificar que leyó el contenido de un correo o mensaje en la red social que tenía cierta información que ayude a esclarecer la controversia. En efecto, en ciertos casos la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías termina expresándose, curiosamente, en medios probatorios conocidos.

Con este tipo de pruebas es posible que el juzgador tenga mayor convencimiento de las afirmaciones de las partes procesales. Los mensajes de las redes sociales y correos electrónicos si bien están plasmados en una base digital, pero la información que hay en ellos puede ser ofrecida al proceso judicial haciendo uso de otras herramientas, así, la impresión, la proyección en vídeos, la proyección mediante presentaciones, incluso con testigos que narren sobre el contenido que han leído, visto, escuchado, etc. De ahí que, siguiendo las ideas de Jijena Leiva (1998) el documento electrónico tiene similares elementos que el que está en soporte físico: están en medios o dispositivos, esto es, en discos, memorias, cintas, etc., hay un contenido de por medio que están escritos en algún idioma, además es posible identificar al autor del mismo (p. 460).

En la contemporaneidad las personas haciendo uso de las nuevas tecnologías celebran actos jurídicos, por el ejemplo, los contratos no precisamente son plasmados en un documento materializado, y ante el surgimiento de un conflicto de intereses, es posible ser utilizado como medio probatorio para justificar la celebración contractual. Por otro lado, si analizamos la parte que involucra al derecho penal, la comisión de delitos no se coordinan necesariamente mediante el diálogo directo, sino se utilizan correos o redes que permite la mensajería instantánea o SMS. En otras palabras, los criminales planifican los delitos haciendo uso de la tecnología y la informática⁽¹¹⁾, y en su oportunidad estas situaciones sirven para ventilar un caso penal que debe ser valorado cuidadosamente por el juzgador.

(10) Cuando este tipo de medios probatorios se ofrecen al proceso es necesario tener cuidado sobre la validez, ya que una prueba electrónica está propensa a ser modificada.

(11) En esta parte también es preciso mencionar que los delitos no solamente se llevan a cabo en el plano físico, así como el robo de pertenencias o documentos físicos; sino hoy en día es posible extraer archivos o documentos electrónicos de manera ilícita..

En síntesis, si bien los medios probatorios digitales son de utilidad para los fines del proceso y arribar a la demostración de lo que se discute; no obstante, no siempre tienen la fuerza de ser creíble, como toda prueba, en la medida que pueden o no ayudar para esclarecer el hecho y, en consecuencia, para persuadir al juzgador. Por eso, el material probatorio digital está propenso a ser manipulado o eliminado⁽¹²⁾; respecto al primero, los datos o el contenido están expuestos a ser alterados mediante otras herramientas electrónicas; por otro lado, la prueba digital puede ser eliminada de la base de datos o, en términos generales, del soporte material u ordenador que lo contiene. Estas circunstancias podrían alterar el normal desarrollo del proceso, en la medida que no se llegaría a la certeza del hecho que se está probando. Sin embargo, en la actualidad el adelanto tecnológico permite que, en algunos casos, se pueda recuperar la información de la prueba digital; es distinto, por ejemplo, que habiendo documentos físicos sean destruidos, lo que haría imposible la recuperación del contenido de esa prueba. Consideramos entonces que, si bien, las pruebas electrónicas están propensas a ser alteradas o eliminadas, pero cabe la posibilidad de que puedan ser recuperadas.

VI. Modalidades y ubicación de la prueba electrónica

En esta parte, enseña Delgado Martín (2017) que hay dos modalidades de prueba electrónica: los datos almacenados en dispositivos y los que se transmiten a través de internet, telefonía y redes (Modalidades de prueba electrónica, párr.1). Esto significa que la digitalización nos ofrece un extenso campo que no solamente involucra a dispositivos electrónicos en donde el ser humano almacena cierta cantidad de datos, sino que la información contenida no se encuentra estática ya que hay de por medio una transmisión digital a través de herramientas diseñadas para estos fines.

Dicho ello, la misma naturaleza de la prueba electrónica no permite su fácil percepción, ya que esta modalidad de medios de prueba puede estar en la memoria interna de cualquier dispositivo electrónico, verbigracia, un computador, un teléfono móvil, una tablet, en un reproductor mp3, mp4, un USB, un disco duro externo, Cd's, etc., pero a su vez se puede encontrar en algún programa digital o necesariamente se utilizan programas para extraerlos y saber de su existencia, esto a nuestro juicio sería una ubicación según el medio que lo contiene. No obstante, esta prueba en el campo de la informática y las redes sociales, también se encuentra en páginas web o en una nube digital que registra y almacena cierta cantidad de información o datos relevantes (documentos, música, videos, etc), en particular,

(12) Son parte de las desventajas de la prueba electrónica.

Dropbox, Google Drive, Google Docs, SkyDrive, Box, etc., lo que vendría a ser una ubicación según el programa que lo contiene. En todos estos medios la persona tiene la posibilidad de guardar una prueba digitalizada, y esta variedad de realidades pueden ser presentadas a un proceso judicial.

VII. Valoración de la prueba electrónica

La valoración de la prueba «[...] es la actividad judicial que consigue el convencimiento o lo rechaza» (Hurtado Reyes, 2009, p. 623). Esta actividad valorativa es exclusiva del juzgador encargo de ver la causa, de modo que analizará en su totalidad el material probatorio propuesto por las partes procesales, partiendo siempre en este caso bajo la regla de que la prueba electrónica es relevante para resolver la causa y cumple con los requisitos de legalidad, como se haría en rigor con cualquier medio de prueba.

Cuando las partes procesales alegan los hechos, en realidad son hipótesis que serán probadas en su oportunidad, es decir, se acreditará si el hecho es verdadero o no bajo estricta valoración del conjunto probatorio⁽¹³⁾. Por eso «La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado» (Taruffo, 2008, p. 132). En ese sentido, la prueba electrónica, como toda prueba que es incorporada al proceso, persigue un propósito que no es más que es esclarecimiento del hecho controvertido. Esto significa que por más que haya sucedido un hecho, si no hay prueba que lo sustente no se generará convicción en el juzgador y no se podrá demostrar ello. Entonces, lo mismo ocurre con la prueba electrónica, en estricto el documento digitalizado, ya que tiene que ser valorado con el mismo peso y rigor que cualquier prueba y en su conjunto porque de ello dependerá su eficacia procesal, de ahí que el juez tiene el deber de hacer un razonamiento lógico respecto de esta categoría de prueba, porque de la valoración como «[...] actividad fundamentalmente cognitiva que realiza el juez dependerá el resultado final del proceso» (Hurtado Reyes, 2009, p. 623).

La valoración de la prueba electrónica es similar que hacerlo con la prueba cuyo soporte está materializado, ya que implica una actividad en donde el juez haciendo uso de su razonamiento y de las reglas de la sana crítica le otorga fuerza probatoria, es

(13) Véase el Código Procesal Civil:
«Valoración de la prueba

Artículo 197. Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión».

decir, es el órgano jurisdiccional quien decidirá si la prueba en base electrónica ayuda a esclarecer el hecho y, por ende, tener eficacia procesal. Entonces, la valoración probatoria del juez debe estar «[...] de acuerdo con las reglas de la sana crítica, para saber cuál es la fuerza de convicción que contienen y si gracias a ella puede formar su convicción sobre los hechos que interesan al proceso [...]» (Echandía, 2004, p.416), además de ello considerando de manera integral los medios de prueba propuestos (documentos, testimoniales, pericias, etc.), ya que la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías debe tener estrecha relación con las demás.

VIII. Otros aspectos sobre la prueba proveniente de las nuevas tecnologías

La prueba electrónica viene a ser en la sociedad de hoy un medio sustancial en el ámbito procesal; empero, para el mejor cumplimiento de sus fines requiere de una regulación específica que desarrolle su vasto y complejo contenido, específicamente, sobre los tipos de prueba electrónica que se podrían presentar, de su función, de su custodia, de su utilidad, de su tratamiento en el proceso, del ente garantizador o a quien corresponda dar fe de la veracidad y autenticidad, entre otros aspectos que merecen un tratamiento particular.

También un aspecto significativo es respecto a quien da fe de la autenticidad de la prueba digital cuando es impresa⁽¹⁴⁾. En nuestro país quien da fe sobre la autenticidad de los documentos es el notario como profesional del derecho⁽¹⁵⁾ porque esa es su función especializada. No obstante, si bien una prueba que provenga del uso de las nuevas tecnologías es posible sea impresa y presentada ante el notario para que verifique su autenticidad, sin embargo este profesional no es, como tal, un experto en asuntos informático-electrónicos⁽¹⁶⁾, por más que tenga la función de conferir autenticidad.

(14) Cuando es introducida al proceso una impresión electrónica necesariamente deberá ser corroborada con el original a fin de evitar su cuestionamiento, ya que está propensa a ser alterada.

(15) Véase el Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado: «Artículo 2. El Notario
El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. [...]».

(16) El notario no elabora el documento, por tanto con la presentación para su autenticación con la identificación de la persona que lo presenta, no es suficiente para dicho fin. De ahí que la función notarial debe estar ceñida a conferir autenticidad a la documentación física, no para asuntos de documentos procedentes de las nuevas tecnologías.

Por esta razón es necesario la creación de una institución especializada en peritaje informático-electrónico⁽¹⁷⁾ para dar validez a este tipo de pruebas con las herramientas electrónicas e informáticas idóneas y utilizadas con exclusividad para estos fines.

IX. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

La Sala en lo Penal del Tribunal Supremo Español mediante Sentencia Nº 300/2015, de fecha 19 de mayo de 2015, ha dado un paso importante en cuanto a la prueba de procedencia de las nuevas tecnologías y aportada al proceso judicial para dilucidar una causa litigiosa. Este tribunal ha establecido los requisitos de validez de la prueba digital, que en este caso se trata de los «pantallazos» de las conversaciones en *Tuenti* ofrecidos al proceso para demostrar la comisión del delito.

a. Los hechos

Una pareja de esposos, Abilio y Belén, decidieron separarse de común acuerdo en el 2005, viviendo luego la madre con Ana y Micaela. Posteriormente un hombre llamado Luis empezó a convivir con doña Belén y sus hijas; sin embargo, debido a los problemas entre los convivientes, Micaela decidió ir con su padre en el 2012. En el 2013, aprovechando la convivencia con doña Belén, Luis empezó a hacer tocamientos indebidos a Ana (delito de abuso sexual), ocurriendo lo mismo en varias ocasiones, con excusa de ayudarle con las tareas de su escuela. Ante estos hechos de manera constante la víctima contó mediante *Tuenti* a un amigo suyo de lo que estaba ocurriendo, sin contarles previamente a sus padres y a su hermana por temor. Sucede que un día en la escuela la víctima se sentía triste, ante ello su compañera le preguntó qué la sucedía, procediendo a narrar los hechos, posteriormente también le contó a la profesora quien comunicó a la Directora y esta citó a la madre de la víctima y a la Policía Municipal, empero la madre no le daba credibilidad a las manifestaciones de su hija⁽¹⁸⁾.

b. El fallo

La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, mediante la sentencia núm. 346/2014, de 19 de noviembre, condenó a don Luis como autor del

(17) La institución especializada debe estar conformada no solamente por profesionales del derecho, sino sobre todo, por peritos informáticos especialistas en ingeniería electrónica, ingeniería de sistemas o ingeniería en informática y a fines, con la finalidad de encargarse de autenticar las pruebas electrónicas, de tal manera que cuando es ingresada al proceso judicial sea verdaderamente una prueba válida.

(18) Véase los Antecedentes, punto Primero, en la Sentencia Nº: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2015.

delito continuado de abuso sexual, con una pena de cinco años y un día de prisión, accesoriamente la inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena, la prohibición de acercarse a la víctima y a su domicilio, la prohibición de comunicarse, durante seis años y un día, además de la medida de libertad vigilada una vez terminada su condena⁽¹⁹⁾.

c. Lo relevante de la sentencia del Tribunal Supremo

El caso va en conocimiento mediante recurso de casación al Tribunal Supremo, y uno de los argumentos de la defensa es que el Tribunal *A quo* ha cometido error de hecho en cuanto a la valoración probatoria, precisamente referente a las conversaciones en *Tuenti* entre la víctima y su amigo. Cabe mencionar que se incorporó al proceso los «pantallazos» a fin de demostrar lo ocurrido a la víctima por el acusado. Ante ello la Sala de lo Penal del Tribunal Español hace un análisis sobre la prueba aportada que no era de origen común, sino provenía de un soporte electrónico manifestado en una conversación de mensajería instantánea en *Tuenti*. El Tribunal Supremo es claro al manifestar lo siguiente:

Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido (Sentencia N°: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Fundamento 4).

d. A modo de comentario

El Tribunal Supremo español con esta sentencia ha tratado la eficacia probatoria de los «pantallazos», y de este pronunciamiento se desprende que la prueba digital debe tener un tratamiento especial en el proceso, porque no es una prueba

⁽¹⁹⁾ Véase los antecedentes, punto Segundo; además el numeral 1 de los fundamentos de derecho, en la Sentencia N°: 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2015.

que no sea cuestionable, lo es; por eso a nuestro juicio no es del todo preferible la impresión de la misma, tal es el caso de los mensajes de Messenger u otra red social, sino ser presentada tal como está, sin alterar su contenido o esencia que lo caracteriza, específicamente, ofreciéndolo con el medio (o dispositivo) que lo contiene, como puede ser un computador, un dispositivo móvil, un dispositivo mp3, etc., lo que evita su alteración y pierda fuerza probatoria para corroborar el hecho litigioso, y con ello también se evita que la parte contraria pueda cuestionar su validez y quitarle importancia; por tanto, con la observancia a la manera de ofrecerlo la prueba digital tendrá valor probatorio para los fines del proceso.

Sin bien una prueba de esta índole debe ser tratada en el proceso con cautela; sin embargo, también debe ser sometida a un examen pericial, a fin de determinar su procedencia y no sea cuestionada por ello. El examen pericial permite determinar, en particular, si la prueba ofrecida proviene de uno o más medios (o dispositivos) informático-electrónicos, ya que en el mundo digital es posible que la información se transfiera en la red o entre varios dispositivos. Por otro lado, consideramos que el examen pericial en algunos casos no sería necesario, para ilustrar, cuando la captura de pantalla proviene del dispositivo del titular del derecho amenazado o vulnerado, cuando la persona autora de la amenaza o la vulneración del derecho ha sido sorprendido en el acto por la autoridad de investigación, cuando la persona investigada acepte que el contenido de la captura de pantalla pertenece a su autoría; sin embargo, si pese a que los «pantallazos» se consideren válidos, si la parte contraria solicita su examen pericial no habría impedimento alguno.

El Tribunal Supremo español también ha hecho referencia sobre el anonimato de la prueba electrónica, y esta situación en el ámbito de la informática y la digitalización cabe la posibilidad de crear mensajes o pruebas que no sean factibles de identificar a su autor, porque puede suceder que el contenido esté allí y acredite el hecho en discusión pero sea imposible identificar al autor que digitó ello, por ejemplo, la creación de un correo electrónico falso, una cuenta de red social falsa, etc., todo esto abre un extenso y complejo camino de este tipo de pruebas.

Para concluir, si las partes procesales ofrecen al proceso esta modalidad de pruebas, el juzgador encargado de ver la causa tendrá que considerar todas las situaciones que se presenten a fin de darle validez y eficacia procesal y, por ende, alcance su propósito.

X. Ventajas y desventajas de la prueba electrónica

Los medios probatorios digitales coadyuvan incluíblemente en el proceso y, por ende, para demostrar la veracidad de lo que se sostiene; sin embargo, no siempre puede ser creíble o garantizar su autenticidad, como toda prueba que pretenda justificar una afirmación, en la medida que no en todos los casos ayuda a esclarecer el hecho y, por tanto, a persuadir al juzgador de la veracidad de ello. En esta parte, como desventaja es que el material probatorio digital puede ser manipulado o eliminado, por eso surge la necesidad de un ente especializado a cargo de su custodia a fin de asegurar la prueba. Por lo demás, estas situaciones negativas podrían alterar el normal desarrollo del proceso, en el sentido de que sería cuestionable y no se demostraría la veracidad de lo sostenido. Sin embargo, en la actualidad el mismo adelanto tecnológico e informático permite recuperar el contenido de la prueba electrónica borrada, por el simple hecho de que está en un soporte electrónico; no ocurre lo mismo que habiendo documentos físicos sean desaparecidos por su autor o terceros, lo que sería imposible la recuperación del contenido de esa prueba. Consideramos entonces que, si bien, las pruebas electrónicas están propensas a ser alteradas o eliminadas, pero sería posible su recuperación.

La prueba electrónica si bien en la actualidad no tiene una regulación específica en el ordenamiento jurídico procesal, empero en la práctica resulta siendo un medio permitido y seguro para demostrar lo que se postula, siempre que el soporte en donde haya estado la prueba no haya sido alterado, ya que ello es el riesgo principal, en la medida que son manipulables fácilmente. Entonces, como ha mencionado cierta doctrina, «[...]siempre y cuando el material no haya sido objeto de manipulación, estas pruebas ofrecen una información más objetiva, clara, precisa, completa y neutra que otros medios de prueba como pueden ser las declaraciones de testigos que siempre pueden contradecirse» (Borges Blázquez, 2018, p.546). Estas ventajas no suceden con la prueba entendida en un sentido tradicional. En el ámbito electrónico sucede, por ejemplo, que la declaración sobre un hecho sea posible su corroboración mediante un correo electrónico o un mensaje instantáneo, siempre y cuando no se haya manipulado.

Finalmente, es indudable que la prueba digital tiene que ser tratada de manera cuidadosa; sin embargo, una de sus ventajas más resaltantes es la seguridad, ya que mediante la utilización de programas informáticos es posible recuperar información valiosa de cualquier soporte electrónico, en particular, computadoras, celulares, dispositivos de audio y vídeo, etc., siempre que la persona para evadir de su responsabilidad lo haya borrado, incluso formateado el medio en el cual se ha alojado.

XI. Conclusiones

La prueba electrónica cuya información se obtiene de medios provenientes de las nuevas tecnologías es un elemento que en la actualidad tiene estrecha vinculación con el derecho procesal, probatorio y la administración de justicia, porque no solamente al proceso las partes presentan medios de prueba en soporte físico o en papel, sino el dinamismo de la sociedad digitalizada y los diversos conflictos de intereses de los sujetos exigen el ofrecimiento de pruebas que están en soporte electrónico con la finalidad de demostrar las afirmaciones de los hechos alegados que fundamentan la pretensión, por ende, producir convicción en el juzgador.

La prueba de procedencia de las nuevas tecnologías se manifiestan en diversos soportes electrónicos o medios informáticos, como son los ordenadores o dispositivos, teléfonos móviles, mensajerías instantáneas o SMS, base de datos, nubes digitales, comunicación mediante redes sociales, correos electrónicos, contratos electrónicos, comprobantes digitales u otros medios conexos.

La prueba electrónica no tiene un tratamiento especial que desarrolle su extenso y complejo contenido, como su clasificación, su custodia, de su función, del ente garantizador o a quien corresponda dar fe de la veracidad y autenticidad, de su tratamiento en el proceso, entre otros aspectos que merecen mayor interés por parte de los operadores jurídicos.

XII. Lista de referencias

- ACOSTA VÁSQUEZ, L. Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba. *Cuestiones Jurídicas*, I(2), 2007, pp. 51-72. Recuperado el 18 de enero de 2019, de <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340004.pdf>.
- BORGES BLÁZQUEZ, R. La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Revista Boliviana de Derecho*(25), 2008, pp. 536-549. Recuperado el 10 de mayo de 2019, de <http://www.revista-rbd.com/descargas/RBD%20Num.%2025%20Completo.pdf>.
- CABANELLAS DE TORRES, G. *Diccionario jurídico elemental* (Décimo Tercera. Actualizado, Corregido y Aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas ed.). Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- CARNELUTTI, F. *La prueba civil*. 2.^a ed. (N. Alcalá-Zamora y Castillo, Trad.) Buenos Aires: Depalma, 1982.
- DELGADO MARTÍN, J. La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. *Diario La Ley* (06), 2017. Recuperado el 13 de mayo de 2019, de

https://diariolaley.laley.es/home/DT0000245602/20170411/La-prueba-digital-Concepto-clases-y-aportacion-al-proceso#tDT0000245602_NOTA1.

ECHANDÍA, D. *Teoría general del proceso* (3.^a ed. Revisada y corregida ed., Reimpresión). Buenos Aires: Editorial Univesidad, 2004.

HURTADO REYES, M. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2009.

JIJENA LEIVA, R. J. Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico. El caso de la declaración de importación electrónica o mensaje CUSDEC. *Revista de Derecho*(19), 1998, pp. 457-475. Recuperado el 16 de Enero de 2019, de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/428/401>.

LEDESMA NARVÁEZ, M. *Estudios críticos de Derecho Procesal y Arbitraje* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

LEDESMA NARVÁEZ, M. La prueba documental electrónica. *Foro Jurídico*(15), 2016, pp. 17-25. Recuperado el 18 de Diciembre de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832/19876>.

MENESES PACHECO, C. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2), 2008, pp. 43-86. Recuperado el 19 de diciembre de 2018, de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/348/293>.

PÉREZ PALACÍ, J. La prueba electrónica: Consideraciones. *Publicacions*, 2014, 1-21. Recuperado el 18 de Enero de 2019, de Repositori Institucional (O2), Universitat Oberta de Catalunya: <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>.

ROJAS ROSCO, R. La prueba digital en el ámbito laboral ¿son válidos los pantallazos? En R. Oliva León, S. Valero Barceló, & Á. Dolado Pérez, *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, 2016, pp. 90-87. España: Juristas con Futuro. Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=658404>

TARUFFO, M. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Jurisprudencia

EXP. N.º 03742-2007-PHC/TC, Fundamento 2, Tribunal Constitucional del Perú.

EXP. N.º 05822-2007-PHC/TC, Fundamento 2, Tribunal Constitucional del Perú.

SENTENCIA N.º 300/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Recuperado el 05 de Junio de 2019, de <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Legislación

CÓDIGO PROCESAL CIVIL (Perú).

Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado (Perú).