

INCORPORACIÓN DE LOS WHATSAPP Y OTRAS APLICACIONES SEMEJANTES DE MENSAJERÍA ELECTRÓNICA AL PROCESO PENAL EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Incorporation of whatsapp and other similar electronic messaging applications into criminal proceedings during the pre-trial phase

Por Alfredo Martínez Guerrero

Letrado de la Administración de Justicia

altiro1964@gmail.com

Artículo recibido: 22/05/22 | Artículo aceptado: 23/06/22

RESUMEN

Este artículo se ocupa de una práctica que se está extendiendo por las Oficinas Judiciales Penales a la misma velocidad con la que se extiende las aplicaciones de mensajería instantánea como medio de comunicación social. La incorporación anómala al procedimiento penal del contenido de la conversación o mensaje mediante su impresión y “cotejo” por parte del letrado de la Administración de Justicia. Un uso forense poco pensado y de perniciosos efectos probatorios. La alternativa prevista por legislación procesal existe. Es respetuosa con las competencias documentadoras/de fe pública de los Letrados Judiciales y escrupulosa con la naturaleza jurídica de la actuación procedimental que se realiza.

ABSTRACT

This article deals with the anomalous incorporation into the criminal procedure of the content of the conversation or message generated through instant messaging applications and its evidentiary effects from the perspective of the public faith competences of the Judicial Clerk.

PALABRAS CLAVE

WhatsApp, Mensajería electrónica, Cotejo, Documentos públicos y privados, Letrados de la Administración de Justicia, Diligencias de constancia.

KEYWORDS

WhatsApp, messaging applications, Document collation, Public and private documents, Judicial Clerk, Diligences of constancy

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Cómo se incorporan al procedimiento penal? La documentación de las aplicaciones electrónicas. 3. ¿Necesitan ser cotejadas?. 3.1. La conversación de Whatstapp, documento privado. 3.2. La conversación de WhatsApp, documento público. 3.3 Actividad procesal a desarrollar por los Letrados Judiciales en tales supuestos. 4. Verdadera naturaleza de la actuación a realizar en esta incorporación de mensajería instantánea por los Letrados de la Administración de Justicia. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Las diligencias instructoras del proceso penal español vienen recogidas en una norma que ha conocido tres centurias y dos milenios, -yo apuesto a que conocerá alguna más, lo que no es, necesariamente, una mala noticia si uno se asoma al BOE actual-: la Lecrim. Comienza en sus artículos 326 a 485, se retoma en el artículo 545 y sigue hasta el 588 octies. Además de diversos preceptos en el Título II del Libro IV para el procedimiento abreviado, como el artículo 777 y 778. Su enumeración es demasiado farragosa para acometerla aquí; solo apuntaremos que la regulación de estas diligencias de investigación se inicia con la inspección ocular y termina con los registros remotos sobre equipos informáticos.

No es una relación exhaustiva y cerrada. Conforme a la STS 4183/1995: *“No es nuestro sistema procesal penal de los que mantienen pruebas legales o tasadas, que también existieron históricamente en España, sino que, con criterio más flexible, existe una libertad de aceptación de las pruebas por el juzgador a condición de que tengan en efecto carácter probatorio y, así, se aceptan no solo las enumeradas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también otros medios probatorios más modernos, no conocidos aun cuando ese texto legal se promulgó, como son la dactiloscopia, la fotografía, los medios de reproducción de imágenes en movimiento (cinematografía, video), los fonográficos, los cibernéticos, etc.”*. Este sistema abierto no sirve de excusa, claro está, para *“inventarse”* usos forenses como el que es objeto de análisis en este trabajo, que desnaturaliza los medios probatorios ya existentes y malogra a los novedosos como el documento electrónico.

Por más que sea sabida¹, conviene recordar la distinción entre las fuentes de prueba, es decir los objetos o efectos que existen en la realidad -la cosa que ha de ser estudiada- y los medios de prueba, que son los instrumentos/formas a través de lo/as cuales aquélla se introduce en el procedimiento judicial. En el ámbito penal las fuentes de prueba se convertirán en diligencias instructoras y

¹ CARNELUTTI, F., La prueba civil, 2ª ed., Ejea, ed. Desalama, Buenos Aires, 2000, pp. 67 y ss.

medios de prueba, cuando se incorporen -adecuadamente- a la fase de investigación y se practiquen en el juicio oral, respectivamente.

En este artículo nos vamos a ocupar de una fuente de prueba que es la reina de la comunicación social y su derivada procesal como diligencia instructora incorporada, con validez y eficacia, al procedimiento penal. Nos estamos refiriendo al WhatsApp cuya extensión y uso generalizado justifica que lo utilicemos de modelo, con la aclaración inicial de que lo se diga de él, resulta aplicable al Line, Telegram, Instagram, Messenger, o cualquier otro que conozcan.

Intentaremos, para que tenga la máxima utilidad, ser muy concretos en la forma de abordar este trabajo, elaborando una especie de guía de actuación que facilite la labor cotidiana de los distintos profesionales que trabajamos en la jurisdicción penal, sean jueces, letrados de la Administración de Justicia, fiscales, abogados, policías o ciudadanos en general.

2. ¿Cómo se incorporan al procedimiento penal? La documentación de las aplicaciones electrónicas

2.1 Todos los que trabajamos en un Juzgado con competencias penales nos hemos acostumbrado a que llegue un ciudadano, con o sin su abogado, a la Oficina Judicial diciendo/pidiendo: “tengo aquí mi teléfono con un chat en el que me insultan, amenazan”... quiero que el letrado de la Administración de Justicia... lo coteje. El funcionario, gestor o tramitador, va raudo al despacho del juez a darle cuenta y éste sin más, dice que sí que el letrado judicial... coteje... Y el fedatario judicial, atareado en mil asuntos, sin más análisis ni cuestionamientos, extiende una diligencia en la que, poco más o menos se dice que visto el teléfono X, se lee en la pantalla una conversación en la que Fulanito manifiesta que va a hacer X a Mengano y que los pantallazos -fotocopias del chat- coinciden con lo que ha visto. La firma señalando que da fe y eso es todo. Devuelven el teléfono a su dueño que se lo lleva para seguir dándole uso y... hasta el acto del juicio oral, que tendrá como medio de prueba esa diligencia extendida por el fedatario judicial con los pantallazos en papel del chat.

La inercia del mundo analógico resulta, una vez más, triunfante y como si se tratara de comparar un documento original escrito en papel con una copia -también escrita en papel- del mismo, se confunde y mezcla el clásico cotejo previsto en el artículo 334 LEC, con la transcripción a papel de un documento electrónico, todo ello aderezado con una fe pública judicial adulterada e inoperante. Es un error muy frecuente en la jurisprudencia menor, sirva como ejemplo el AAP MA 209/2022, Sección 8ª, ponente Manuel Cabellero-Bonald Campuzano, en la que se estima un recurso de apelación contra una resolución del Juzgado de Instrucción y llega a establecer lo siguiente: *“Distinta decisión debemos adoptar sobre la segunda de las diligencias interesadas. La parte recurrente*

*interés la práctica de diligencia de investigación "consistente en "certificación de la veracidad del material aportado en cuanto a imágenes y fechas" y "testimoniar la veracidad de la conversación abierta tipo WhatsApp entre la supuesta víctima y el investigado". Es cierto que la petición adolece de notables deficiencias técnicas. No es el Juzgado ni el Sr Letrado de la Administración de Justicia del mismo quien puede certificar la veracidad de tal contenido documental, siendo ese objeto más propio de una pericial, pero sí puede advenir el contenido y realidad de tales conversaciones y **mensajes**, así como de las fechas de los mismos (aunque no de su "ausencia de manipulación").*

*Dicha diligencia debe estimarse útil y relevante para concretar la existencia-o no- de indicios de un delito de detención ilegal, pues sería un indicio de que la denunciante supuestamente tenía a disposición y podía utilizar su teléfono móvil durante el tiempo que, según sus manifestaciones, estuvo retenida contra su voluntad por el investigado. Tal adveración y cotejo de mensajes, conversaciones...es una diligencia propia de la fase de instrucción y no del trámite de juicio oral, en su caso, sin que el hecho de que las conversaciones aparezcan en inglés sea obstáculo alguno para su **práctica**.*

Es por ello que el recurso de apelación debe ser admitido parcialmente en el sentido de acordar que por el Sr o Sra Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer Nº 1 de Fuengirola se proceda al cotejo y adveración de los mensajes y llamadas señaladas por la parte recurrente en sus escritos, con indicación de fechas, horas y contenido(no respecto a la "ausencia de manipulación" pues no es esa su función y cometido), con citación de las partes para tal diligencia, debiendo auxiliarse del correspondiente intérprete si fuera necesario".

Esta resolución va más allá -incluso- de la confusión dicha y que trataremos de deshacer en este artículo. No sólo acuerda que se realice un cotejo y adveración de los mensajes y llamadas -cualquiera que sea lo que tal cosa significa desde un punto de vista procesal- sino que, además, le dice al letrado de la Administración de Justicia la manera de ejercer la fe pública judicial de la que es depositario exclusivo señalando lo que debe hacer constar: fechas, horas y contenido.

La sola transcripción de la cita hace que resuene con fuerza el artículo 452.1 de la LOPJ: "Los secretarios judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial". Es un precepto interpretado en numerosas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo. Citaremos sólo la STS 2340/2007, Sala Tercera, por su claridad/rotundidad. En su fundamento jurídico quinto establece que: "resulta evidente que al Secretario corresponde con exclusividad y plenitud el ejercicio de la fe pública judicial, en el ejercicio de la cual dejará constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de producción de hechos con trascendencia procesal".

La sola transcripción de la cita parece trasladarnos al año 2009 y a la redacción añeja del artículo 743.2 de la LECRIM que decía: *“Al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el Tribunal en el acto las estima procedentes.”* Nefanda redacción sustituida por el actual artículo 743.5 según el cual: *El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.* Esta modificación legal que, para algunos, pasa desapercibida supuso dar coherencia ontológica a la fe pública en los Juzgado y Tribunales españoles que, al fin, hicieron efectiva la independencia de aquélla. No era, ni es sostenible que alguien ajeno al fedatario público pueda decidir lo que debe constar o no en un acta extendida por éste. Sería un vasallaje que pervertiría las garantías del proceso judicial para el ciudadano.

La sola transcripción de la cita parece ignorar lo que el Tribunal Supremo dejó bien claro: que los jueces no deben inmiscuirse -sic- en la fe pública judicial, STS 7208/2009 en la que se establece: *“Difícilmente es hoy sostenible, con el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el Tribunal pueda inmiscuirse en la fe pública judicial. El art. 454 les atribuye el principio de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial. Y en igual sentido, el art. 454 dispone que los secretarios judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia.”*

La sola transcripción de la cita también parece borrar, de un plumazo, las grandes reformas que se llevaron a cabo a partir del año 2000 en nuestro Ordenamiento Jurídico procesal y orgánico. Como si los letrados judiciales y la fe pública que ostentan, siguieran tutelados e integrados en el haz de competencias jurisdiccionales que ejercen los Jueces, y no en las judiciales que ejercen aquéllos, como partes integrantes e indispensables de los Juzgados y Tribunales. Pero todos estos pareceres -y algunos más- constituyen otros asuntos ajenos a este trabajo. Asuntos ya tratados, con cierta profundidad, en otra ocasión.²

Incluso juristas de reconocido prestigio en materia de tecnología judicial como Joaquín Delgado, incurren en la práctica señalada de admitir los *“cotejos”* como medio probatorio y nos dice -si bien por medio de la cita de Jaume Alonso-Cuevillas- lo siguiente: *“Téngase en cuenta que en el mismo proceso pueden*

² Martínez Guerrero, A. (2021). El carácter judicial de los letrados de la administración de justicia. *Revista Acta Judicial*, (7), 72-124. Recuperado a partir de <https://revistaactajudicial.letradosdejusitia.es/index.php/raj/article/view/53>

*utilizarse varios medios probatorios de forma cumulativa: por La Ley no determina que la prueba electrónica solamente puede tener eficacia probatoria si se cumplen ciertos presupuestos legales; sino que cualquier prueba digital puede, en principio, desplegar efectos ejemplo, aportación del smartphone en el que se encuentre una conversación de WhatsApp, junto una transcripción escrita de la misma solicitando el cotejo por el Secretario Judicial; y testifical (o interrogatorio de parte o del acusado) sobre el contenido de esa conversación”.*³

El producto es -en realidad no podía ser otra cosa- algo de imposible catalogación procesal, cuya eficacia probatoria es mínima, salvo que la acepten los perjudicados y partes; lo que no resulta infrecuente, por extraño que parezca, sobre todo si tenemos en cuenta el asesoramiento jurídico de las partes. Aunque entonces nos encontraremos con que los hechos son probados no por tal *práctica forense*, sino mediante verdaderos medios de prueba: testificales o confesión del acusado. Un ejemplo -hay muchos- claro de la inconsistencia/inutilidad de estos mal llamados cotejos lo pone de manifiesto la SAP GR 1435/2021, en el que no dice: “ *El cotejo por la Letrada del Juzgado de Instrucción de las capturas o impresiones de pantalla aportadas en su día por la Acusación Particular con lo que se reflejaba en el terminal móvil... esa diligencia no prueba otra cosa sino que los documentos impresos aportados por la denunciante se correspondían con los mensajes escritos que efectivamente se encontraban en la pantalla de su terminal, pero no la procedencia de la línea telefónica remitente como se ocupó de consignar expresamente la Letrada de la Administración de Justicia. Y ello entronca una vez más con la falta de rigor probatorio de esos documentos telemáticos bien para demostrar la autoría del acusado en las expresiones ofensivas, bien como elemento de corroboración de la testifical de la denunciante que así lo sostiene, al no venir completada esa prueba documental con la pericial técnica”.*

Como veremos más adelante, es necesario determinar la naturaleza jurídica de lo que se pretende hacer dentro del procedimiento penal previsto en la actual LECRIM, con este nuevo fenómeno de comunicación social para encontrarle un acomodo procesal -que lo tiene- acorde a lo que se pretende.

2.2 Para evitar tales prácticas - hijas casi siempre del mucho trabajo en las Oficinas Judiciales y de la inercia del papiro que impera en ellas -, vamos a realizar una serie de reflexiones que culminarán en distintas recomendaciones. Su objetivo básico es que puedan utilizarse a modo de protocolo, para incorporar la fuente de prueba de una conversación en WhatsApp - o de cualquier otra aplicación de mensajería-, como un medio de prueba válido -con pleno valor probatorio- a una causa penal.

³ Delgado Martín, Joaquín. “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”. Diario La Ley. Nº 6. 11 de abril de 2017

1º Aportación del dispositivo electrónico en que se contenga el WhatsApp. Las formas de aportación son, básicamente, dos:

a) *Que lo presente la propia parte -denunciante o investigado-*. En este caso habrá de hacerse constar las circunstancias de la entrega: fecha, persona que lo entrega, estado del mismo y su descripción con el modelo y el IMEI. Además, se deberá depositar en el Servicio Común de Piezas de Convicción donde se garantizará la cadena de custodia hasta que sea examinado por el Tribunal sentenciador. No debemos olvidar que esa incorporación solo puede hacerse, con validez, por uno de los sujetos que hayan intervenido en el proceso de comunicación de que se trate, o con su consentimiento si lo aportara un tercero que pretenda hacerlo en su nombre, para evitar contaminar la fuente de prueba con la ilicitud de vulnerar el artículo 18.3 de la CE. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de referencia 114/1984, de 29 de noviembre en la que se dice: *“No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser en muchos casos, el presupuesto táctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que la imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental)”*.

b) *Que sea intervenido por la Policía*. Deberá presentarlo con el atestado oportuno, en el que se hagan constar todos los elementos dichos de las circunstancias que individualizan al aparato. Deberá, igualmente, depositarse en forma en el Servicio Común. La intervención podrá haberse realizado, sin mandato policial -en una detención como pertenencia- o con mandato judicial en el curso de un registro domiciliario. En ambos supuestos debe quedar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas

que se ponen en contacto con las evidencias, conforme a la STS 587/2014, de 18 de julio para garantizar la cadena de custodia.

2º Incorporación de su contenido a la causa. Varias son las formas de hacerlo en la actualidad.

a) La primera -y más recomendable- será la incorporación del propio dispositivo electrónico como *documento electrónico a la causa*.

Debemos tener en cuenta que estas aplicaciones de mensajería instantánea son muy peculiares desde el punto de vista procesal: su contenido material no está conservado en un servidor externo al que se pueda acudir, ajeno a los dispositivos electrónicos de los sujetos que intervienen en la comunicación. Es decir, no hay un disco duro, nube o dispositivo en el que se deposite y conserve la información transmitida en los mensajes. Esto supone que, una vez que los mensajes son lanzados por el emisor y abiertos por el receptor, cualquier examen o comprobación que quiera hacerse sobre la conversación mantenida entre ambos no puede llevarse a cabo sobre un original que la empresa que ha proporcionado el servicio tenga a buen recaudo. Dicho de otra forma: las conversaciones y archivos de la aplicación *únicamente se quedan registradas en los terminales móviles utilizados*, nunca en el servidor de la aplicación.

La consecuencia evidente es que ese *examen y estudio solo podrá realizarse sobre los propios aparatos electrónicos que se hayan utilizado en el proceso de comunicación* que son los que albergarán de forma única el contenido de la conversación. Examen que debe complementarse con los datos de tráfico que esa conversación genera, tales como la identidad de los intervinientes, nombres de usuario, claves, IP y números de teléfono; que en este caso si proporciona la empresa que presta el servicio⁴.

Este proceso complejo es muy relevante que se conozca y explique en el ámbito del procedimiento penal. Supone que si desaparecen los dispositivos electrónicos que han intervenido en la comunicación, nos quedemos sin el original *-con todos los datos que la integran-* de dicha comunicación. Por otro lado, hay que recordar que *los WhatsApp pueden ser manipulados si se dispone de los adecuados conocimientos informáticos. Puede imputarse a una persona la autoría de un previo mensaje interceptado y reenviado ulteriormente con su contenido convenientemente modificado*⁵.

⁴ En este sentido ver FUENTES SORIANO: El WhatsApp como fuente de prueba, Proceso Penal. Reflexiones. Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 351 a 362.

⁵ Como nos señala José Luis RODRÍGUEZ LAINZ (Magistrado. Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba), en su artículo «Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)», Diario LA LEY, núm. 8569, Sección Doctrina, 25 Jun. 2015).

b) Mediante el volcado del contenido del móvil por perito informático de alguno de los grupos de policía científica; siempre que esté autorizado por resolución judicial. En este caso la fuente de prueba se convertiría en un medio de prueba pericial, cuyo valor probatorio puede y debe conjugarse con otros como testificales, declaraciones de las partes o reconocimiento judicial.

c) Por transcripción del mismo. La forma de esa transcripción es variada. Imprimiendo los “pantallazos” del aparato electrónico que deberán digitalizarse nuevamente para incorporarse a los Sistemas de Gestión Procesal. Aportando la parte el contenido de la conversación en un escrito digitalizado. O bien, remitiendo la conversación por correo electrónico a la cuenta de correo del Juzgado. En estos dos últimos supuestos, también se incorporarán al Sistema de Gestión Procesal directamente o en pdf escaneado. Este es el medio más usado, sin duda, por lo cómodo -y barato- que resulta. Como veremos a continuación el que más problemas ocasiona, porque no se debe olvidar el viejo adagio de lo barato sale caro...

3. ¿Necesitan ser cotejadas?

Una vez incorporadas las conversaciones al procedimiento penal -en alguna de las tres formas dichas- la pregunta a responder es si resulta necesario el cotejo, bajo la fe pública del letrado judicial, de lo incorporado con el dispositivo que lo contenga.

En relación a las dos primeras, la respuesta negativa es tan evidente que no necesita de mayor comentario. En la primera queda incorporada a la causa el propio documento electrónico en su soporte original, de forma que no hay copia que cotejar. Es, como dijimos la más recomendable y tiene su soporte legal en la aplicación analógica del 384 de la LEC, que se ocupa de los medios de prueba en relación a instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso. Además, al quedar incorporado el propio documento electrónico, permitirá cumplir las cautelas establecidas por la STS 300/2015, a propósito de la comunicación mantenida mediante la aplicación Tuenti, para poder llevar a cabo el peritaje oportuno sobre el mismo. Nos dice dicha resolución lo siguiente: *“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 quién 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.”

En la segunda, la fuente de prueba se ha convertido en medio de prueba: un informe pericial. La innecesidad de los cotejos respecto a tales informes es tan evidente que permiten omitir cualquier otra argumentación al respecto.

Solo la tercera puede plantear las situaciones equívocas descritas en apartado II.1. Pero la respuesta es tan negativa como en las otras dos formas. Veamos la explicación/justificación de esta negación que debe ser contundente.

3.1. La conversación de Whatstapp, documento privado

Debemos empezar señalando que la LECRIM no tiene preceptos que nos puedan orientar en esta materia. Su antigüedad no es explicación suficiente para esta laguna que debemos colmar con la LECIVIL.

Este cuerpo legal distingue dos tipos de documentos como medios de prueba, los públicos y los privados. Con lo que nos encontramos ante la primera sorpresa: los usos forenses de la jurisdicción penal tienden a olvidar la naturaleza jurídica de las conversaciones de las aplicaciones de mensajería señaladas. Son documentos -electrónicos- privados, por lo que la fuerza probatoria de los mismos es la que se recoge en el artículo 324 y ss, no la del artículo 320 -documentos públicos- sobre la que volveremos después.

Conforme al artículo 326.1 LEC, aportada la conversación por escrito por la parte interesada, como documento privado que es, hará prueba plena en el proceso cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quién perjudique.

En caso de impugnación, nos dice el párrafo tercero de ese artículo que *“Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo solicite o se impugne su autenticidad, integridad, precisión de fecha y hora u otras características del documento electrónico que un servicio electrónico de confianza no cualificado de los previstos en el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, permita acreditar, se procederá con arreglo a lo establecido en el apartado 2 del presente artículo y en el Reglamento (UE) n.º 910/2014”*. Ese apartado 2 establece que cuando se impugne la autenticidad de un documento privado -como es el caso- *“se podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil”*.

La letra de los preceptos transcritos es tan clara que exime de interpretaciones/elucubraciones en las que pueda tener cabida la intervención de la fe pública judicial para realizar un cotejo. *Solo cabe la prueba pericial o cualquier otro medio de prueba que pudiera resultar útil* y entre tales medios de prueba no está la intervención del garante de la autenticidad e integridad de los mismos que debe documentarlos, no protagonizarlos.

3.2. La conversación de Whatstapp, documento público

Nos dice la STS 353/2021, de 11 de febrero, que *“los principios que, aun hoy, conforman nuestro proceso penal, en especial los de oficialidad y búsqueda de la verdad material, por mucho que en ocasiones hayan merecido cierto cuestionamiento doctrinal, siguen facultando al Juez, desde su actual vigencia configurando a éste en una posición exigentemente imparcial, pero absolutamente neutral, para la formulación de ese interrogatorio, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 708 LECRIM. (STS 1320/2011, 9 de diciembre).”* Sobre la base de tales principios de oficialidad y búsqueda de la verdad material, habrá algún sector doctrinal/judicial que defienda que, aunque se trate de un documento privado, el juez instructor pueda acordar que se apliquen los preceptos del cotejo del artículo 320 LEC. Aceptemos esa postura a los solos efectos dialécticos, para ver dónde nos conduciría la aplicación de los mismos a la materia que nos ocupa.

Según la RAE cotejar es *“confrontar algo con otra u otras cosas, o compararlas teniéndolas a la vista”*. Por su parte, el artículo 320 LEC nos dice que el cotejo o comprobación de los documentos públicos -en papel o en soporte electrónico- con sus originales será llevado a cabo por el Letrado de la Administración de Justicia.

Así que podemos concluir que la actividad de cotejar *en un proceso jurisdiccional* requiere de:

1º El sujeto activo que realiza la acción en qué consiste.

2º La potestad del sujeto activo -depositada en él por el Estado- que garantiza la veracidad del resultado de esa actividad que no podrá ser puesta en duda -iuris tantum-, la fe pública judicial.

3º Un primer elemento material, integrado por el objeto que va a servir de muestra para ser comparado o confrontado, el original indubitado.

4º. Un segundo elemento material, integrado por el objeto que, en principio, es reproducción del original, dubitado.

Solo con la conjunción de esos cuatro elementos el resultado del cotejo cumplirá los requisitos exigidos en la LEC y, por ende, en la LECRIM a la que aquélla suple. El sujeto activo, el letrado judicial, examina el elemento indubitado, a continuación, hace lo propio con el dubitado y comprobando y confrontando ambos objetos, acreditará si el uno -dubitado- es reproducción fiel y exacta del otro -indubitado- o no. La diligencia o acta que extiende en ese proceso será garantizada con su fe pública judicial y servirá para que la instrucción concluya -en su caso- en un auto de juicio oral y, sobre todo, para ser introducida en el acto del juicio oral como medio de prueba en la categoría de documento público.

Es un proceso en apariencia sencillo. Pero su engranaje es delicado. Si quitas una de las piezas el resultado se descompone/disloca y dará lugar a un

“engendro” que lo privará de la validez a que está llamado. Y eso es lo que ocurre cuando se pretende que se coteje por un letrado de la Administración de Justicia, un documento electrónico privado integrado en un móvil, con un documento en papel que recoge la transcripción de la conversación contenida en él. *Falta el tercero de los elementos señalados del proceso: el original indubitado.* El documento privado electrónico en el que se recoge la información que debe ser cotejada, no se forma por los caracteres gráficos que se pueden observar en la pantalla del móvil. Eso es sólo una parte del mismo, la punta del iceberg. Tiene otros elementos que lo integran, de gran importancia, a los que no se puede acceder mirando, simplemente, la pantalla del artefacto. En consecuencia, no podrán ser comprobados por el letrado de la Administración de Justicia y el cotejo deviene imposible. Algunos de tales elementos son los metadatos, es decir los datos que describen el contenido del archivo o la información de tales archivos. Son de gran relevancia para conocer y determinar el original indubitado por dos razones que nos son muy familiares. La *autenticidad*: el documento electrónico privado será auténtico, cuándo sea lo que dice ser. La comprobación de dicha autenticidad se valida mediante los metadatos que permiten ubicar al documento en un proceso y contexto determinado. La *integridad*: un documento es integro, cuando es original. Es decir, cuando el mismo no ha sido manipulado o alterado deliberadamente. La integridad se puede comprobar mediante metadatos de auditoría, es decir, los que registran cada una de las acciones que se realizan sobre el documento original.

Pues bien, la ausencia de tales metadatos malogra/imposibilita, como hemos dicho, cualquier cotejo que se pretenda realizar.

3.3 Actividad procesal a desarrollar por los Letrados Judiciales en tales supuestos

Cuando la inercia forense se impone y se acuerda uno de los cotejos señalados en una resolución judicial, el letrado de la Administración de Justicia debe cumplir lo que acuerda aquélla, por mandato del artículo 452.2 de la LOPJ. Además, como autoridad pública que es, integrado en los Juzgados y Tribunales como parte indisoluble de los mismos, debe velar, por mandato del artículo 452.1 de la LOPJ, porque el resto del Ordenamiento Jurídico se cumple; lo que incluye la independencia del letrado judicial en el ejercicio de la fe pública judicial. Y ésta- la fe pública judicial-, no sólo garantiza la realización del acto, *sino el cumplimiento de las formas* que la Ley impone para su realización, extremo de importancia en el campo del proceso donde el cumplimiento de las *formas esenciales* es uno de los principios fundamentales que vertebran la institución procesal.

Para conjugar ambos mandatos los Letrados de la Administración de Justicia, en el trance señalado, deberán:

1º Citar a las partes a la diligencia instructora que se va a llevar a cabo, pues se debe respetar la contradicción.

2º Abierto el acto, harán constar las partes que comparezcan. A continuación, el nombre de quién presenta el teléfono o dispositivo de que se trate y los documentos impresos en papel, correspondientes a las conversaciones objeto de la diligencia. Para el supuesto de que no las trajera impresas se pueden hacer dos cosas, suspender el acto para que las aporte o remitir el chat por correo electrónico al del Juzgado e imprimirlo.

3º Hará constar en el acta o diligencia que se extienda que, tratándose de un documento electrónico privado la conversación del chat contenida en el teléfono descrito, *su incorporación al procedimiento mediante su conversión en documento escrito, no está prevista en la Lecrim y tampoco en la Lecivil.*

4º Hará constar que dicha impresión escrita y aportada por la parte, solo contiene el fichero con los datos en estructura XML y en formato work/word o PDF. Pero que no se aportan:

a) Los *metadatos de dicho fichero*, imprescindibles para poder realizar la trazabilidad del mismo, lo que permitirá eludir riesgos tales como el de la supresión de mensajes de WhatsApp de la secuencia de mensajes de la conversación aportada, el de la incorporación de mensajes reenviados, entre otros.

b) Ni *ningún tipo de certificado CSV* como parte integrante del documento electrónico privado.

5º Hará constar que la ausencia de tales elementos imposibilita la actividad del cotejo acordado, es decir, de comparar el original indubitado: el documento electrónico privado contenido en el teléfono móvil -pues no se tienen presentes todos los elementos que lo integran ya dichos-; con el documento dubitado: la transcripción en papel impreso aportada. Operación que, por otra parte, requeriría de unos conocimientos informáticos de los que carece un letrado judicial dada su formación jurídica.

6º Hará constar primero, que se devuelve a la parte que lo presenta el documento privado electrónico presentado -es decir el teléfono móvil que lo aloja-. A continuación, que se incorpora a las actuaciones, como parte del acta o diligencia, la impresión escrita aportada por la parte del archivo del documento electrónico ya señalado, para que -en su momento- sea valorado conforme a lo establecido en las Leyes Procesales por el personal jurisdicente al que corresponda y, sin perjuicio del derecho de las partes a proponer la prueba pericial que estimen oportuna sobre dicho documento electrónico para identificar el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad y autenticidad de su contenido.

4. Verdadera naturaleza de la actuación a realizar en esta incorporación de mensajería instantánea por los Letrados de la Administración de Justicia

Como venimos señalando, gran parte de los operadores jurídicos de los Órganos Judiciales penales -incluidas algunas Audiencias Provinciales-, vienen asimilando la antigua labor de cotejo de las escuchas telefónicas impuesta por el Tribunal Supremo en relación a las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, a la forma de incorporar la mensajería instantánea a un proceso penal.

En modo alguno son comparables. Los cotejos de las escuchas telefónicas fueron establecidos por el Tribunal Supremo allá por el año 2008⁶ como protocolo que remediase la falta de regulación legal. Era un proceso bien descrito, establecido en una sentencia del Tribunal Supremo -a falta de texto legal-, con los pasos a realizar y, sobre todo, los elementos a incorporar. Los originales de unas cintas o DVDs con las conversaciones mantenidas y su transcripción al papel, ambas realizadas por la Policía. La función del letrado judicial era oír unas y garantizar que lo transcrito por la Policía era lo que se dijo en aquéllas. Los cuatro pasos ya dichos -fe pública, documento auténtico (las cintas), documento a comparar (la transcripción) la comparación de una y otra- se podían realizar sin obstáculo, por farragoso que fuese el proceso y un tanto absurdo, pues no evitaba que tuvieran que ser oídas las cintas en el juicio, si alguna de las partes lo interesaba.

Por cierto, protocolo ya innecesario en la medida que los artículos 588 ter f) y 588 ter i) de la Lecrim han venido a colmar el vacío, haciendo protagonista a las partes en la forma de determinar la veracidad de las transcripciones que se incorporan a la causa.⁷

¿Qué hacer entonces con la información de la mensajería instantánea en el proceso penal, si los cotejos no son posibles? ¿Cuál es la labor de los Letrados de la Administración de Justicia en relación a los mismos para el supuesto más que frecuente de que se obvие lo señalado en el apartado III.1 y se opte por la senda del apartado III.2?

La respuesta la encontramos, como casi siempre, en las leyes. En este caso concreto en la LOPJ y en el RD 1608/2005, en los artículos 453.1, 3 y 5 a) respectivamente. En el primero se establece que *“Corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias”*.

⁶ España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 745/2008 de 25 de noviembre.

⁷ Ver España. Audiencia Provincial de Málaga, Sección 2ª. Auto núm. 183/2018, de dos de marzo.

Hay un hecho que tiene transcendencia procesal, la comunicación contenida en el whatstapp y será mediante una diligencia de constancia como incorporaremos lo acontecido al procedimiento judicial de que se trate. El acomodo procedimental está previsto. Hace innecesario todos los “*inventos*” ya descritos, además de cumplir con la naturaleza de lo que se documenta y las funciones del que lo hace.

El contenido de tal diligencia podrá ser el que expondré a continuación, más allá -claro está- de lo que considere necesario incluir o no cada letrado judicial en el ejercicio independiente de sus potestades de fe pública.

- Identificación de los intervinientes, con expresión literal de que la intervención del Letrado de la Administración de Justicia en esta diligencia no acredita la titularidad de la líneas de teléfono remitente y receptora, ni la identidad del autor de dichos mensajes, limitándose la intervención del fedatario judicial a dejar constancia de la existencia en el móvil de la parte, de los mensajes que se dirán, tal y como aparecen a la fecha de la diligencia; sin que pueda determinarse por el letrado judicial, si esos mensajes han podido ser alterado o no, lo que corresponderá, en todo caso, a expertos informáticos

- Identificación de los números de teléfono -o aparatos- utilizados para el envío y recepción de los mensajes, según lo que aporten las partes y sus manifestaciones, con expresión de los IMEI que deberán ser comprobados por el letrado judicial. (Puede hacerse, en la actualidad, mediante los comandos *#06#).

- Exhibición por la parte de la conversación o conversaciones que se quieren documentar. Examinada/s por el letrado judicial, dejará constancia de que la/s misma/s aparece/n vinculada/s al/os número/s telefónico/s de que se trate y a ningún/os otro/s más.

- Pedir a la parte que se envíe el contenido de los mensajes como archivo de texto, por correo electrónico, a la dirección del correo electrónico del Juzgado del letrado judicial interviniente.

- Una vez recepcionado, entrar en el correo del Juzgado abrirlo, copiar íntegramente su contenido y pegarlo a la diligencia que se esté extendiendo, quedando incorporado su contenido a la diligencia de constancia.

- Dar por concluido el acto, con la firma electrónica de la diligencia de constancia por el letrado judicial, quedando integrada la diligencia de constancia en el Sistema de Gestión Procesal correspondiente.

5. Conclusiones

1º. La actividad instructora y probatoria en un proceso penal está y debe estar revestida de unas garantías de legalidad que la inercia forense y la falta de reflexión sobre las diferencias entre el mundo analógico y digital está complicando de manera innecesaria.

2º Los preceptos legales de la LECIVIL permiten hacer frente, con claridad, a los retos procesales que el mundo electrónico nos presente en el procedimiento penal para incorporar al mismo las nuevas realidades de los procesos de comunicación entre los ciudadanos.

3º Los Whatstapp y resto de aplicaciones de mensajería instantánea se han convertido en las nuevas herramientas de comunicación en nuestra sociedad. Su realidad digital y privada le dota de acomodo procesal en los documentos electrónicos privados.

4º. La forma de incorporarlos al proceso penal es la prevista en los artículos 324 y ss LECIVIL que se ocupa de normalizar la forma de actuar en caso de que se ponga en duda su autenticidad.

5º El cotejo de tales documentos privados y electrónicos es una actividad ajena a la fe pública judicial y, por ende, a las funciones de los letrados de la Administración de Justicia.

6º En el supuesto, poco de ortodoxo y de nula eficacia probatoria *per se*, de que se acuerde el mencionado “cotejo”, la actividad del letrado de la Administración de Justicia, debe constreñirse a sus funciones legales: acreditar la presentación y devolución del documento electrónico privado a la parte que lo aporta, la transcripción en papel que se presente y la imposibilidad de confrontar uno con otro, dado el distinto contenido de ambos realidades, además de la falta de conocimientos técnicos para hacerlo, para el caso -poco probable- de que se aportaran al completo los dos.

7º Para los supuestos, seguro más que frecuentes, que se acuerde la intervención del letrado judicial en la incorporación al procedimiento judicial de las comunicaciones mantenidas por mensajería instantánea, la única forma válida de hacerlo de acuerdo con la naturaleza jurídica de la actuación a realizar y de las funciones y potestades de aquéllos, será mediante la extensión de una diligencia de constancia que acredite y documente la comprobación y descripción del aparato móvil, el fichero de texto de los mensajes y su remisión e incorporación a la diligencia extendida.

6. Bibliografía

CARNELUTTI, F., La prueba civil, 2ª ed., Ejea, ed. Desalama, Buenos Aires, 2000.

MARTINEZ GUERRERO, ALFREDO. (2021). El carácter judicial de los letrados de la administración de justicia. Revista Acta Judicial. Nº 7

DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN. “La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración”. Diario La Ley. Nº 6. 11 de abril de 2017.

FUENTES SORIANO: El Whatsaap como fuente de prueba, Proceso Penal. Reflexiones. Tirant Lo Blanch, 2017.

RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS. “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.^a, 300/2015, de 19 de mayo)”, Diario LA LEY, núm. 8569, Sección Doctrina, 25 Jun. 2015.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.