La Prueba Electrónica. Breves acotaciones sobre el documento electrónico.

Mtro. Leo Bladimir Benavides Salamanca[*]

1. Introducción

La sociedad de la información implica grandes cambios en todos los niveles, los cuales también afectan al mundo del Derecho.

Ello está produciendo una modernización del proceso, el cual ha tenido que incorporar elementos innovadores proporcionados por las nuevas tecnologías.

Una de las manifestaciones de esos cambios es la existencia de la denominada prueba electrónica, la cual permite, a través de la aplicación de diversas tecnologías, probar hechos relevantes para el proceso por medio de un soporte electrónico.

Partiendo de ello, el presente trabajo tiene como finalidad hacer una aproximación al estudio de la prueba electrónica, mediante la exposición de una serie de ideas orientadas a esclarecer su tratamiento dentro del proceso.

Así, partiremos de la noción de prueba, abarcando el derecho fundamental a la prueba, para posteriormente adentrarnos en la prueba electrónica, su tipología, la noción de documento electrónico, las ventajas e inconveniencias de la prueba electrónica, sus requisitos de admisibilidad, su naturaleza, su valoración y, para finalizar, haremos alusión a unos casos de prueba electrónica.

En suma, el presente trabajo aspira a servir de introducción para facilitar la comprensión de este medio probatorio.

---

[*] Abogado, Maestro en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante, España) y Maestro en Administración de Justicia con Enfoque Socio-Jurídico, énfasis Civil (Universidad Nacional de Costa Rica). Especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (Universidad de Castilla-La Mancha, España). Graduado del Programa de Formación Inicial para Jueces (PFI) del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Promoción 2006-2008. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y Juez Suplente del Juzgado Quinto de lo Civil y Mercantil de San Salvador.

2. La Prueba.

Según Parajeles Vindas, el término "prueba" alude, desde un punto de vista técnico, "…a la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad"[1].

Por su parte, Antillón considera que la prueba puede definirse "…como el conjunto de juicios de hechos formados en la mente del juez (convicción), en función de contraste-corroboración de los juicios de hecho formulados por las partes como fundamento de sus pretensiones"[2].

Partiendo de lo anterior, es pertinente señalar que el término "prueba" es polisémico, ya que designa distintos aspectos del fenómeno probatorio, de forma que su significado cambia en cada caso. No obstante, ello no produce generalmente problemas de comprensión porque el contexto permite establecer en cada caso la acepción en la que se habla de prueba. En razón de ello, se observa que con el término prueba es posible aludir a esta como: (i) actividad, (ii) medio y (iii) resultado[3].

En el primer sentido, probar designa todas las actividades que realizan las partes y el juez -especialmente las partes- para introducir en el proceso, con las modalidades y los controles que la ley establece y regula, los elementos de prueba destinados a constituir el fundamento de la decisión sobre el hecho. Estamos aquí ante un procedimiento mediante el cual la prueba se forma o se crea como dato jurídico, es decir, como elemento del proceso y como base legítima de la decisión sobre el hecho. En otros términos, es a través de este procedimiento como los datos cognoscitivos brutos preexistentes se convierten en pruebas en el sentido jurídico de la palabra, o como se crean pruebas ad hoc, es decir, específicamente destinadas al conocimiento de los hechos de esa causa.

---

[1] PARAJELES VINDAS, Gerardo, *Introducción a la Teoría General del Proceso Civil*, 3ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2010, p. 147.

[2] ANTILLÓN, Walter, *Teoría del Proceso Jurisdiccional*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001, p. 385.

[3] Al respecto, *Vid.,* TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005, pp. 448-451.

En el segundo sentido, prueba identifica lo que sirve o puede servir para confirmar o falsear una aserción relativa a un hecho de la causa. Más precisamente, se habla en este sentido de "medios de prueba" para subrayar que es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho.

Finalmente, el término prueba puede designar el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez. Se da la prueba, en este sentido, cuando se establece que la aserción sobre el hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles. En sentido lato, prueba es aquí sinónimo de demostración alcanzada: se da la prueba cuando el juez establece que la aserción sobre el hecho es aceptable.

Por otro lado, también resulta relevante señalar la diferencia entre fuente de prueba y medio de prueba, y, siguiendo a Montero Aroca[4], podemos señalar: (i) La fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico, que se corresponde con una realidad anterior y extraña al proceso, mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y, más concretamente, un concepto procesal. (ii) La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso; mientras que el medio cobra sentido en relación con un proceso y producirá efectos en un proceso concreto. (iii) Las partes antes de iniciar un proceso buscan las fuentes de prueba y, una vez obtenidas, efectúan la proposición de los medios de prueba para introducir las fuentes en el proceso. (iv) Las fuentes preexisten al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no existen medios, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no el proceso. (v) La fuente es lo sustantivo y material; el medio es la actividad.

3. El derecho a la prueba.

Según Garberí Llobregat, el derecho a la prueba es:

[4] Citado por ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho probatorio*, J.M. Bosch Editor, España, 2012, pp. 928 y 929.

> "…aquel derecho fundamental, de configuración legal, que asiste a cualesquiera partes (activas o pasivas), en cualesquiera tipos de procesos (penales y no penales), y por medio del cual aquellas ostentan el derecho a proponer los medios de prueba que consideren pertinentes para acreditar los hechos en que se fundamenten sus respectivas pretensiones, el derecho a que sean admitidas judicialmente las pruebas que resulten pertinentes y útiles, y el derecho a que las inadmitidas lo sean por resolución judicial motivada, así como, por último, el derecho a que las pruebas admitidas sean efectivamente practicadas o ejecutadas"[5].

Ahora bien, en el sistema constitucional salvadoreño el derecho a la prueba se adscribe interpretativamente al derecho de defensa e, incluso, al de audiencia (arts. 2 inc. 1°, 11 inc. 1° y 12 inc. 1° Cn.). Y es que, en virtud de su contenido esencial, inalterable para el legislador, cada una de las partes de un proceso jurisdiccional puede refutar, vía oral o escrita, las argumentaciones de su contraparte que constituyen la base de su pretensión o resistencia, acompañando a las mismas, por ejemplo, de los medios probatorios que estimen pertinentes; es decir, son derechos que permiten la posibilidad de una expresión formal de un subjetivo punto de vista, que coadyuve a defender a cada una de las partes su respectiva posición procesal, y que la defensa sea matizada con el planteamiento de los medios probatorios que la legislación procesal respectiva reconozca.

Así, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que:

> "…el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes –derivado del derecho de defensa– está protegido en la medida en que una lista cerrada de medios no impide que se puedan utilizar otras fuentes de prueba; pues al final lo determinante del ejercicio efectivo del derecho de defensa es la amplitud de fuentes de prueba, aunque deban

[5] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 265.

incorporarse al proceso exclusivamente por los 'medios' que la ley establece"[6].

Además, es pertinente señalar que el art. 312 del Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador –en lo sucesivo, "CPCM-SV"prescribe el derecho a probar en los siguientes términos:

> "Las partes tienen derecho a probar, en igualdad de condiciones, las afirmaciones que hubieran dado a conocer sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta; a que el juez tenga en cuenta, en la sentencia o decisión, las pruebas producidas; y a utilizar los medios que este código prevé, así como aquéllos que, dada la naturaleza del debate, posibiliten comprobar los hechos alegados".

A. Contenidos esenciales.

Teniendo en cuenta la conceptualización brindada por Garberí Llobregat, es posible advertir las siguientes manifestaciones del derecho a la prueba[7]:

- El derecho a proponer los medios de prueba que cada parte procesal considere adecuados para acreditar los hechos en que fundamenten sus respectivas pretensiones.

Ahora bien, esta proposición de los medios de prueba autorizados por el ordenamiento deberá hacerse dentro de los plazos previstos y de la forma legalmente predeterminada, es decir, en la forma y momento establecidos legalmente.

- El derecho a que sean admitidos por el tribunal que esté conociendo de proceso todos aquellos medios de prueba propuestos por las partes que, a juicio de aquel, se manifiesten pertinentes y útiles.

---

[6] Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2003Ac, pronunciada el 18 de diciembre de 2009.

[7] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *op cit.*, pp. 266-269.

De esto se deriva que no estamos en presencia de un derecho ilimitado que habilite la práctica de cualquier prueba que se les ocurra a las partes. Por el contrario, es limitado por la pertinencia y utilidad de los medios de prueba.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha sostenido que:

> "Ahora bien, no obstante que el *derecho a la prueba* es un derecho de naturaleza procesal con rango constitucional, ello no significa que deba valorarse cualquier medio probatorio presentado por las partes, incluso aquellos que resulten impertinentes o irrelevantes con relación al objeto del proceso y del debate. Por el contrario, los únicos medios de prueba que deben ser valorados por el juzgador son aquellos que tienen conexión con los hechos alegados en la demanda y resultan idóneos y no superfluos para comprobar los alegatos de los intervinientes"[8].

Si bien dicha jurisprudencia alude a la valoración de los medios probatorio, lo dicho es trasladable al examen de admisibilidad de los medios propuestos.

- El derecho a que las pruebas inadmitidas lo sean mediante resolución judicial motivada en su impertinencia o en su inutilidad.

Ello implica que el rechazo que carezca de motivación, vulneraría este derecho, pues se trataría de un rechazo arbitrario o improcedente.

- El derecho a que sean practicadas las pruebas que hayan sido admitidas judicialmente por haber sido consideradas pertinentes y útiles, las cuales habrán de ser llevadas a la práctica sin desconocimiento ni obstáculo.

4. La prueba electrónica.

Según Abel Lluch, la prueba electrónica puede definirse como:

[8] Sentencia de Amparo 356-2012, pronunciada el 17 de enero de 2014.

> "…la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso. Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de cálculo Excel –por citar algunos ejemplos–, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una 'prueba electrónica' […], aun cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes"[9].

Por otro lado, Bueno de Mata considera que la prueba electrónica sería, por un lado, la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital que sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho; y, por el otro, aquel medio que archiva datos en soporte electrónico según formatos informáticos determinados –PC, disco duro, *Tablet*, *Smartphone*, etc.–. Es decir, en ese segundo sentido, es aquel medio electrónico que permite acreditar hechos relevantes para el proceso, ya sean físicos o incluso electrónicos, y que se compone de dos elementos necesarios para su existencia, los cuales determinan la especialidad de la prueba electrónica en relación al resto de elementos probatorios: un elemento técnico o *hardware*, y un elemento lógico o *software*. La prueba electrónica se presenta así a través de un soporte electrónico, que va a incluir un contenido informativo elaborado a través de un programa informático determinado[10].

En virtud de lo anterior, se advierte que la prueba electrónica puede ser esencial para probar la existencia de las relaciones que se producen en el entorno electrónico entre las personas en los diferentes órdenes jurisdiccionales, pues podría ser el único material probatorio posible para demostrar las relaciones virtuales producidas en diferentes campos de la sociedad.

---

[9] ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, p. 903.

[10] *Vid.*, BUENO DE MATA, Federico, *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2014, pp. 103 y 104.

Asimismo, se observa que la prueba electrónica puede ser *objeto* o *medio de prueba*. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de probar un hecho electrónico (por ejemplo, el envío de un correo electrónico en determinada fecha). Puede ser un medio de prueba, y así se alude a probar electrónicamente un hecho (por ejemplo, un correo electrónico en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de probar electrónicamente un hecho electrónico (por ejemplo, la celebración de un contrato a partir de los correos electrónicos enviados desde las terminales de dos ordenadores)[11].

5. Tipología de la prueba electrónica.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la prueba electrónica está íntimamente relacionada con las tecnologías de la información y comunicación (TIC), las cuales se encuentran en un avance constante y vertiginoso, lo cual implica que no es posible hacer –ni debe hacerse– un listado taxativo de pruebas de tal tipo, es decir, a modo de *numerus clausus*, pues se correría el peligro que el mismo quede rápidamente desfasado.

En razón de lo anterior, es posible distinguir cuatro bloques de pruebas influenciadas por las TIC[12]:

(i) En un primer bloque podríamos ubicar a las pruebas electrónicas creadas directamente a través de la informática, es decir, todas aquellas informaciones que no disponen de un formato físico, o que originariamente nacen de la informática como algo intangible y pueden ser pasadas a un formato físico.

Aquí encontraríamos, sobre todo, correos electrónicos, archivos informáticos, *cookies*, sitios de rastreo de historial informático, *webs*, comentarios vertidos en *chats*, foros o redes sociales como *Facebook* o *Twitter*.

---

[11] *Cfr.*, ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, p. 905.

[12] *Vid.*, BUENO DE MATA, Federico, *op. cit.*, p. 131-134.

(ii) En un segundo bloque encontraríamos las pruebas electrónicas que proceden de medios de reproducción o de archivos electrónicos, videos o fotografía digital.

Aquí podríamos ubicar a los archivos, fotos o video procedentes de cámaras digitales, videocámaras o *smartphones*.

(iii) En el tercer bloque podemos incluir las pruebas electrónicas que se presentan mediante un *hardware* propiamente informático y que tienen una naturaleza propiamente y puramente electrónica.

Aquí encontraríamos instrumentos como un CPU, un disco duro externo, un *pendrive* –"memoria USB", en El Salvador– o cualquier dispositivo instalable por medio de una conexión USB u otro puerto similar. Aunque realmente estos son soportes y no debemos confundirlos con la prueba en sí que serían los datos que están dentro, existen casos específicos en los que tendrían validez como prueba en sí.

(iv) En el cuarto bloque es posible situar una serie de pruebas mixtas: las pruebas tradicionales entrarían en contacto con las nuevas tecnologías de la información, con lo que estaríamos en presencia de pruebas modificadas.

Aquí podríamos señalar la prueba pericial informática, que es la prueba destinada a examinar y valorar las pruebas contenidas en los tres bloques antes mencionados y que necesita de profesionales capacitados; asimismo podemos mencionar las declaraciones de parte o interrogatorios de testigos que se efectúen a través de sistemas de videoconferencia; entre otras.

6. Ventajas e inconvenientes de la prueba electrónica[13].

A. Ventajas

Estas pruebas ofrecen una información objetiva, clara, precisa, completa y neutra siempre y cuando dicho material no haya sido objeto de manipulación o

[13] *Cfr.*, BUENO DE MATA, Federico, *op. cit.*, pp. 172-179.

haya habido algún tipo de incidencia técnica que haga que su contenido sufra alguna alteración.

Asimismo, podemos destacar, por un lado, la facilidad en cuanto a la obtención y conservación de este tipo de material probatorio; y, por el otro, la facilidad en cuanto a su utilidad, conservación y almacenamiento, las cuales siempre se realizarán a través de programas informáticos y servidores creados a tal efecto, por lo que se ahorran costes y espacio físico en el almacenaje si las comparamos con las pruebas físicas.

Además, es posible advertir una disminución de los costes de los procesos, así, por ejemplo, no habría que imprimir miles de folios; y, se podrían efectuar interrogatorios de testigos o declaraciones de parte por medio de videoconferencia, lo cual evitaría el gasto del traslado a la sede del tribunal, sobre todo ante grandes distancias geográficas.

B. Inconvenientes

Por lo general, existe una regulación legal insuficiente, lo cual genera en muchas ocasiones operar con las disposiciones existentes y realizar interpretaciones analógicas donde sea posible.

En la mayoría de los casos existe la necesidad de recurrir a la prueba pericial, debido a la complejidad técnica que lleva aparejada un material probatorio conectado con las TIC, y que el Juez por lo general no posee. Por ello es necesario contar con periciales informáticas con el fin de examinar e interpretar dicho material probatorio.

Asimismo, existen grandes dificultades para reconocer a los autores de documentos no firmados de prueba electrónica como forma de atribuir la comisión de una determinada conducta a su presunto autor, cuando muchos de los servicios que se pretenden investigar permiten el anonimato.

Además, es posible señalar que la prueba electrónica es propensa a ser fácilmente manipulada, lo que acarrea una gran inseguridad jurídica.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la falta de medios técnicos en los juzgados y tribunales, lo que se podría traducir en disfuncionalidades en la práctica de la prueba y en la transmisión de archivos desde una sede a otra.

7. Requisitos de admisibilidad de la prueba electrónica.

A. Pertinencia

La prueba electrónica deberá guardar relación con el objeto de la prueba o el hecho a probar –art. 318 del CPCM-SV–.

Según el art. 313 del CPCM-SV, la prueba tendrá por objeto:

1º Las afirmaciones expresadas por las partes sobre los hechos controvertidos.

2º La costumbre, siempre que las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido.

3º El derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para asegurar su conocimiento.

En ese sentido, quedarían fuera, es decir, serían impertinentes, a parte de las que no guardan relación con el objeto de la misma, todas aquellas pruebas electrónicas que se refieran a hechos admitidos por la otra parte, a hechos notorios o evidentes, o a la costumbre, si las partes estuvieren conformes con su existencia y contenido y sus normas no afecten el orden público –art. 314 del CPCM-SV–.

B. Utilidad

Las pruebas electrónicas deben ser útiles para acreditar los hechos relacionados con la pretensión requerida, es decir, debe ser idónea y no resultar superflua para comprobar los hechos controvertidos –art. 319 del CPCM-SV–.

En ese sentido, serán inútiles aquellas que se puede prever que no lograrán el resultado pretendido.

C. Legalidad

Las pruebas electrónicas deben obtenerse e incorporarse al proceso conforme a los principios y normas previstos en la ley.

En ese punto, vale la pena diferenciar de la *licitud*, que en todo caso es un aspecto importante que no puede pasar por alto. La licitud de la prueba supone que esta debe obtener y practicarse con respeto a los derechos fundamentales. Así, la licitud no constituiría un parámetro legal para la admisibilidad de una determinada prueba, sino que actuaría como un mecanismo para expulsar a una prueba ya admitida por vulnerar derechos fundamentales en el momento de su obtención.

D. Criterios específicos

La doctrina científica se ha esforzado por apuntar algunos criterios específicos de admisibilidad de la prueba electrónica, y entre ellos[14]: (i) Identificar debidamente el hardware o equipo del que procede el documento electrónico; (ii) Acreditar que dicho equipo funciona de modo correcto; (iii) Demostrar que los datos introducidos en el ordenador, lo han sido conforme a un programa que refleja la exactitud de dicho proceso de registro; (iv) Explicar, de modo razonable, que el procesamiento, almacenaje y salida de datos se ha realizado de forma fiable; (v) Que pueda acreditarse, por otros medios, quienes participaron en el proceso de elaboración del documento y que efectivamente se ha controlado el mismo.

A efectos prácticos, puede suscitarse alguna dificultad cuando la prueba electrónica se aporta directamente a través de un soporte electrónico (esto es, DVD, un CD-Rom, un *pendrive*, etc.) sin el volcado en soporte papel. Dado que el soporte electrónico incorpora una información incorpórea se está pidiendo del juez casi un "juicio de adivinación" sobre la pertinencia de la prueba aportada. Para evitar tal inconveniente cabe una doble solución, bien que se proceda a la reproducción del soporte electrónico en la propia audiencia previa –lo cual, en función de los casos, puede alargar dicho trámite procesal– o bien proceder previamente a su impresión en formato papel.

---

[14] *Vid.*, ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 974 y 975.

Así, el art. 399 del CPCM-SV prescribe que "Los medios de reproducción del sonido o de la imagen y el almacenamiento de información deberán ser expuestos en audiencia, si fuere necesario".

8. La noción de documento electrónico.

El documento electrónico se refiere a aquellos documentos contenidos o almacenados en equipos o soportes informáticos. Es un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario –el de los *bits*– en un soporte –cinta o disco–[15].

Se han efectuado distintas clasificaciones doctrinales del documento electrónico, pudiéndose destacar las siguientes:

En primer lugar, y atendiendo al dato de la firma, se distinguen los documentos electrónicos firmados o no. Y dentro de los firmados, con firma electrónica o de otra clase. La existencia de una firma electrónica afecta a las garantías de autenticidad e integridad del documento. A su vez, y dentro de los documentos con firma electrónica, se distinguen los documentos con firma electrónica avanzada y con firma electrónica reconocida. La firma electrónica avanzada se entiende como la que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de forma única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su control. Y la firma electrónica reconocida se entiende como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generado mediante un dispositivo de firma segura.[16]

En segundo lugar, y atendiendo a un criterio científico, se distinguen los documentos formados por el ordenador (computador) y documentos formados por medio de la computadora. Los primeros son internos, pues se les ha llamado

[15] ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, p. 907.

[16] En El Salvador contamos con la Ley de Firma Electrónica –Decreto Legislativo n° 133 del 1-X-2015, publicado en el Diario Oficial n° 196, tomo n° 409, del 26-X-2015– y su Reglamento –Decreto Ejecutivo n° 60 del 24-X-2016, publicado en el Diario Oficial n° 201, tomo n° 413, del 28-X-2016–.

negocios entre computadoras y los segundos son externos, creados en el tráfico ordinario y con vocación de exteriorización.

Y, en tercer lugar, dentro de los documentos formados por el ordenador, y atendiendo al modo de su creación, se distinguen los documentos electrónicos en sentido estricto y los documentos en sentido amplio. Estos últimos son los documentos electrónicos ya creados y en fase de difusión. En sentido estricto cabría, a su vez, distinguir: a) documentos electrónicos volátiles: aquellos creados en la memoria RAM y que desaparecen cuando se apaga el ordenador; b) documentos electrónicos permanentes: son los que se insertan en el disquete, disco duro o *pendrive*; c) documentos electrónicos inalterables: son los que se fijan en la memoria ROM o CD-ROM no regrabable; d) documentos electrónicos con dispositivo de acceso, es decir, los que necesitan "pasar por una aduana" para operar, así las tarjetas magnéticas.

9. Similitudes y diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico[17].

Como *similitudes* podemos mencionar las siguientes:

1ª. Soportes adecuados para representar la voluntad. El documento escrito y el electrónico son instrumentos aptos para reproducir las palabras de una declaración de voluntad. Ambos sirven para almacenar datos y son susceptibles de ser llevados a presencia judicial mediante su incorporación a un soporte idóneo (sea papel, informático o audiovisual).

2ª. Necesidad de constatar su autenticidad. La autenticidad es la pertenencia de un documento a su autor. Tanto en el documento escrito como en el electrónico, y como presupuesto de su eficacia probatoria, es necesario constatar la autenticidad del documento.

3ª. Especial contundencia probatoria. La autenticidad y la exactitud del documento, unido al hecho que el documento permite recoger actos, declaraciones o negocios jurídicos de interés para al proceso, le confieren una especial fuerza

[17] *Vid.,* ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 908-912, 925 y 926.

probatoria, hasta el extremo que la prueba documental puede gozar de eficacia probatoria tasada.

4ª. En el estado actual de la técnica, ambos documentos son falsificables.

5ª. El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, pues en la génesis de ambos interviene una persona humana (un autor) que desea plasmar un acto, hecho o una declaración de voluntad. Se ha objetado que en las pruebas electrónicas no puede conocerse el contenido si no es a través de un aparato (ordenador) y que, a diferencia del documento escrito, es necesaria una actividad de práctica de prueba, pero ni la necesidad de un aparato ni de una actividad de reproducción desvirtúan el carácter representativo de las pruebas electrónicas, sino que singularizan su práctica.

6ª. El documento escrito y el documento electrónico participan del carácter de objeto comprensivo de una unidad de información. Esta información puede plasmarse a través de signos convencionales y fácilmente asimilables por su destinatario (documento escrito) o puede plasmarse a través de "mensajes de datos", ya sea en su forma denominada "texto en claro", es decir, legible o entendible, ya sea en su forma encriptada, es decir, con posibilidad de ser leído y entendido a través de un procedimiento tecnológico normalizado (documento electrónico).

7ª. El documento es fácilmente transportable de un lugar a otro, siendo la movilidad una nota característica común al documento escrito y al documento electrónico, pues cualquiera que sea su soporte, por lo general, es susceptible de ser traído a presencia judicial. El documento escrito y el documento electrónico son fácilmente transportables y trasladables de un lugar a otro ya sea mediante un soporte papel (documento escrito) ya sea mediante un dispositivo de almacenamiento de información o mediante su transformación en un documento escrito de formato papel (documento electrónico).

Las principales *diferencias* entre el documento electrónico y el documento escrito son:

1ª. Documento con código mediato. El documento electrónico, a diferencia del documento escrito, no es directamente legible o cognoscible, sino que es necesario un instrumento técnico para acceder a su contenido.

2ª. La autenticidad e identidad del suscriptor de un documento electrónico es la firma electrónica, y no la manuscrita. Para salvar la dificultad de la ausencia de firma manuscrita en los documentos electrónicos se ha postulado una solución práctica, consistente en reconocer y admitir la firma electrónica, formulada conforme a métodos técnicos y jurídicos específicos, y como equivalente a la firma manuscrita, aun cuando tal solución no resuelve la problemática de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos sin firma electrónica.

3ª. El contenido del documento electrónico pueden ser palabras e imágenes, y también sonidos. El contenido del documento escrito pueden ser palabras e imágenes, pero nunca de sonidos.

4ª. Fragilidad y realidad intangible. A diferencia del documento escrito que se caracteriza por ser una realidad tangible, normalmente presentada en soporte papel, y por la inmediatez de las declaraciones que contiene, ya que a través de la lectura parece que se está reproduciendo el propio acto por el que se genera, el documento electrónico es una realidad intangible, perceptible por los sentidos solo si es traducido a través de un medio técnico.

5ª. El documento electrónico puede ser reutilizado sin especiales operaciones de reciclado, pero no así el papel.

10. Naturaleza jurídica del documento electrónico.

Según la teoría de la equivalencia funcional[18], el documento en soporte electrónico y el documento en soporte papel despliegan identidad de efectos jurídicos, de lo que se deriva la consideración del *documento electrónico como prueba documental*.

[18] *Ibíd.*, p. 960.

En ese sentido, es necesario reformular el concepto de *documento* para dar cabida a las nuevas fuentes de prueba derivadas del avance de las TICs y con fundamento en el principio de la no discriminación, debe otorgarse idéntica virtualidad probatoria al documento escrito y al documento electrónico, pues lo esencial es la existencia de un objeto representativo de interés para el proceso y lo secundario es el soporte (papel, audiovisual o electrónico) en que se recoja.

Así, se observa que, si bien el CPCM-SV regula en la prueba documental la tradicional clasificación de instrumentos públicos y privados, con aparente pretensión de referirse en exclusividad a documentos escritos, su art. 343 prescribe que "Las disposiciones contenidas en la presente sección serán aplicables cuando en el proceso se aporten para utilizar como prueba dibujos, fotografías, planos, mapas, croquis u otros instrumentos similares"; por lo que se considera que, en realidad, se maneja una noción más amplia de documento. Además, según el art. 397: "Los recursos de almacenamiento de datos o de información podrán ser propuestos como medio de prueba.--- Para este fin, se aportarán las cintas, discos u otros medios en los que esté contenido el material probatorio; cuando la otra parte lo pidiera, se llevarán a la sede judicial los soportes en que se encuentren almacenados los datos o la información"; y el art. 399 inc. 2° señala que: "Los medios de reproducción del sonido o de la imagen y el almacenamiento de información deberán ser expuestos en audiencia, si fuere necesario".

En ese sentido, somos de la opinión que en el régimen procesal salvadoreño los documentos electrónicos deberán ser tratados con las disposiciones de la prueba documental, pues la única variación estaría en el soporte en que se recogen.

11. Valoración del documento electrónico.

El art. 416 del CPCM-SV prescribe lo siguiente, respecto a la valoración de la prueba:

> "El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.
>
> No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.

> El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento".

Según lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos dos sistemas de valoración de la prueba: la sana crítica y el valor tasado.

Ahora bien, partiendo de la consideración efectuada en el apartado anterior, es decir, que el documento electrónico debe ser tratado con las disposiciones de la prueba documental, se observa que el art. 341 del CPCM-SV establece, en cuanto a la valoración, lo siguiente:

> "Los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide.
>
> Los instrumentos privados hacen prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada. Si no quedó demostrada tras la impugnación, los instrumentos se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica".

Así, el documento electrónico será valorado de forma tasada o, en caso de haber impugnado su autenticidad y no haberse demostrado, mediante la sana crítica.

Y es que para ello, como ya dijimos, debemos partir de una noción amplia de *documento*, el cual sería todo objeto representativo de un hecho de interés para el proceso, siendo lo principal su capacidad representativa, por lo que resulta subsidiario el soporte en donde se encuentre –papel, audiovisual o electrónico–.

12. Algunos casos de pruebas electrónicas.

A. El correo electrónico

El correo electrónico se ha convertido en un sistema eficaz, cómodo e instantáneo de comunicación entre un emisor y uno o varios (múltiples) destinatarios, para la transmisión de un texto escrito, imágenes y sonidos, mediante el uso de unas direcciones electrónicas previamente conocidas por el remitente y el destinatario.

A diferencia de la correspondencia manuscrita, la realizada a través del correo electrónico, reviste menor grado de formalidad, puesto que, por un lado, el sistema operativo ya configura unos campos y dispone de un formato predeterminado a modo de encabezamiento en el que se introduce el destinatario, el emisor, el asunto y los eventuales destinatarios ocultos; y, por el otro, en el propio sistema operativo es factible la estampación de la firma por procedimientos informáticos.

Dado que el correo electrónico necesita de un sistema operativo y se encuentra en el interior de un aparato electrónico (ordenador, *tablet*, *smartphone*, etc.) lo normal es que acceda al proceso a través de una copia impresa, que podrá ser una simple impresión privada.

Así, cabe efectuar la impresión privada de un correo electrónico e incorporarlo al proceso, como si se tratare de un documento escrito tradicional en soporte papel. Su eficacia probatoria dependerá de la actitud procesal de la parte adversa. Si el correo electrónico no se impugna –y obviamente también si se reconocen– por la adversa, tendrán el valor de prueba plena –art. 341 del CPCM-SV– y su eficacia se extenderá a su contenido y otorgantes. Si, por el contrario, se impugna, su eficacia probatoria se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo resultar útil proponer una prueba pericial para acreditar su autenticidad.

Asimismo, el correo electrónico, o más precisamente, su impresión en formato papel se sujeta a las reglas previstas para la aportación de documentos. Por ello, debe aportarse con la demanda o con la contestación a la demanda –art. 335 del CPCM-SV–.

B. Capturas de pantalla

- De conversaciones

En mayo de este año, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español se pronunció sobre la validez de las capturas de pantalla de conversaciones. En el caso examinado por el tribunal –STS 300/2015, del 19 de mayo–, tal documento se había obtenido a partir del teléfono móvil de una víctima de abuso sexual. En este sentido, el Alto Tribunal afirmó que "…la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordado 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 autoriza 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 a 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".

En este sentido, el Tribunal Supremo exige cautela ante este medio de prueba, dándole validez siempre que queden acreditados esos tres requisitos (origen de la comunicación, identidad de los interlocutores y su contenido). Sin embargo, en el supuesto concreto al que se refiere esa sentencia, a pesar de que no se practicó pericial alguna, el alto tribunal entendió que no existe duda de la autenticidad de la conversación ya que la propia víctima facilitó al Juez de instrucción la contraseña de la red social, por si se entendía necesario que fuera revisado por un perito, y además la persona con la que mantenía esa conversación aportada fue llamada como testigo, y por lo tanto, preguntada por acusación y defensa por el contexto de las distintas frases. Por lo tanto, habrá que atender a cada supuesto concreto, y quizás no siempre sea necesaria la práctica de una pericial, pudiendo usar otros métodos o medios de prueba que muestren la

autenticidad de los pantallazos aportados, ya sea a través de la contraseña de la cuenta de uno de los interlocutores/parte en el proceso, a través de la compañía de mensajería, o a través de varios interlocutores que confirmen su veracidad.

- De sitios de internet o páginas web

En el proceso de Amparo 356-2014, la parte actora ofreció como prueba, entre otros, los siguientes documentos: impresiones de las capturas en pantallas realizadas el 9-V-2012, por medio de la página de internet "Gobierno Transparente", a los Ministerios de Justicia y Seguridad Pública, de Defensa Nacional, de Agricultura y Ganadería (MAG) y de Gobernación. Asimismo, ofreció un disco CD-RW que contenía, entre otros: la edición en formato *Word* de las capturas en pantallas de la página de internet "Gobierno Transparente", antes mencionadas.

Respecto a dichos ofrecimientos probatorios, la Sala de lo Constitucional sostuvo en su sentencia de fecha 17 de enero de 2014 lo siguiente:

> [Considerando V.2.C.b] "Las capturas en pantalla de la página de internet 'Gobierno Transparente' [...], contenidos en el disco CD-RW, se encuentran también incorporados en este proceso mediante prueba documental, por lo que es innecesario valorar separadamente dicho medio de almacenamiento de información en el presente caso".
>
> [Considerando V.2.D.b] "Por otra parte, el art. 332 del C.Pr.C.M. reconoce como documentos privados a aquellos cuya autoría es atribuida a los particulares y a aquellos que no cumplen las formalidades legales de los instrumentos públicos. Dichos documentos hacen plena prueba de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad o esta ha quedado demostrada (art. 341 inc. 2° del C.Pr.C.M.).
>
> Las impresiones de las capturas en pantalla de la página de internet 'Gobierno Transparente' [...] constituyen instrumentos privados, ya que en ellos se relaciona que fueron elaborados por [...]. La

autenticidad de tales instrumentos no ha sido impugnada por los demás intervinientes en este proceso, por lo que constituyen prueba de los hechos que consignan".

Según lo anterior, se advierte que la Sala de lo Constitucional ha tenido por incorporadas las capturas de pantallas de sitios de internet mediante prueba documental y, en consecuencia, las ha valorado como documento privado.

13. Bibliografía.

ABEL LLUCH, Xavier, Derecho probatorio, J.M. Bosch Editor, España, 2012.

ANTILLÓN, Walter, Teoría del Proceso Jurisdiccional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001.

BUENO DE MATA, Federico, Prueba electrónica y proceso 2.0, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2014.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009.

PARAJELES VINDAS, Gerardo, Introducción a la Teoría General del Proceso Civil, 3ª Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2010.

TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, España, 2005.

Sentencia de Amparo 356-2012, pronunciada el 17 de enero de 2014.

Sentencia de Inconstitucionalidad 23-2003Ac, pronunciada el 18 de diciembre de 2009.

Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España 300/2015, pronunciada el 19 de mayo de 2015.