

D. ARMANDO RODRÍGUEZ PÉREZ

SOCIO DE GABEIRO ABOGADOS

AREA DE DERECHO PENAL

**¿PUEDO APORTAR MIS WHATSAPP PARA ACREDITAR LA COMISIÓN DE UN
DELITO?**

Lejos de entrar en consideraciones legislativas y/o doctrinales, queremos aportar una visión pragmática de la presente cuestión, basada en la realidad cotidiana y en nuestra experiencia diaria en el ejercicio de la profesión. Antes de nada vamos a buscar **titulares**:

29-11-2016

"Un juez de Alicante condena a dos menores a pagar 2.800 euros a una compañera de clase por humillarla en un grupo de WhatsApp".

7-04-2016

"Un médico es condenado a reparar el honor de su antiguo socio en su estado de WhatsApp".

"El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Moncada (Valencia) ha condenado a un médico a reparar en su estado de WhatsApp el honor de su antiguo socio, después de que hubiera mantenido en este espacio la frase "No te fíes de Javier Gutiérrez" -nombre ficticio- desde el 23 de mayo hasta el 17 de septiembre de 2013. La sentencia, condena al demandado a difundir durante dos meses en el estado de la cuenta que

tiene en esta aplicación la expresión: "Mediante sentencia de fecha 30-12-2015 J.M. fue condenado por intromisión ilegítima en el honor de Javier Gutiérrez".

14/06/2016

"La Audiencia de Alicante condena a unos padres a pagar los daños causados por su hijo menor al autobús contra el que lanzó piedras."

"La Audiencia confirma así la sentencia del Juzgado de Menores Número 1 de Alicante quien consideró probada la participación del menor en los hechos por la declaración de testigos, entre ellos el conductor del autobús, además de un mensaje de **'WhatsApp'** enviado por el menor, en el que escribía, textualmente, 'le hemos metió un pedrazo al 24'."

Estos son algunos de los múltiples ejemplos que podemos encontrarnos a diario y que, en este momento, nos permiten sacar una primera conclusión:

El contenido de las comunicaciones de WhatsApp ha servido de base para dictar sentencias condenatorias por la comisión de un ilícito penal.

Ahora bien, llegados a este punto, hemos de plantearnos una serie de interrogantes:

1. ¿Cómo deben aportarse dichas comunicaciones en el marco del procedimiento penal?
2. ¿Bastarían por sí solas para dictar una eventual sentencia condenatoria?

Respecto a la primera de las cuestiones, nos viene a la cabeza una práctica que, por nuestra experiencia, resulta común en la

gran mayoría de las personas que denuncian la comisión de un delito que se ha cometido mediante el uso de este tipo de tecnologías (amenazas, injurias y/o calumnias, etc.), cuál es la aportación de simples **"pantallazos"** en el marco del procedimiento penal. ¿Qué sucede en estos casos? Nuestro Tribunal Supremo nos da la respuesta en una Sentencia del todo recomendable para todos aquellos que estén interesados en la temática - **STS n°754/2015, Sala 2ª, de lo Penal, 27 de Noviembre de 2015. Pte. Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar-**: *"La Audiencia no tiene por menos que poner de manifiesto que solamente cuenta con el testimonio de Cristina, aunque persistente, para declarar la autenticidad de los mensajes que han sido incorporados a la causa mediante los aludidos "pantallazos", cuyo volcado se ha practicado en autos a los folios 426 y siguientes, y su correlativa traducción, a los folios 567 y siguientes. Pero, como ya hemos señalado anteriormente, conforme a nuestra jurisprudencia, **ello por sí mismo no sería suficiente para destruir la presunción de inocencia**, en ausencia de dictamen pericial -como ha sido el caso de autos-, **salvo reconocimiento del imputado, o bien la existencia de signos o modos de expresión de los que indudablemente cupiera entender que no tienen más procedencia que la del acusado, y aun así, debería obrarse con total cautela"**.*

Es decir, y visto desde la perspectiva de la defensa, en un caso donde el denunciante aporta meros pantallazos de comunicaciones de WhatsApp y no existen otros elementos probatorios que acrediten la comisión del ilícito, **bastaría con que nuestro representado negara la autoría de dichas comunicaciones para obtener una sentencia absolutoria**. Y esto

es lo que precisamente sucede en la mayoría de **Juicios por Delitos Leves** donde el denunciante se limita a aportar por la técnica del pantallazo el contenido de las comunicaciones recibidas en su dispositivo móvil. Recientemente hemos tenido conocimiento de una Sentencia dictada por un Juzgado de Instrucción Valenciano en la que se absuelve del delito de amenazas al denunciado, al entender el Juzgador que la declaración del denunciante junto con la aportación de pantallazos de los controvertidos mensajes no son suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. En el referido caso, ante la existencia de versiones contradictorias de los hechos, el Juzgador consideró que no procedía la condena por el delito leve de amenazas al no haberse podido comprobar que el número de teléfono desde el que el denunciante recibió las amenazas perteneciese al denunciado.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo referenciada con anterioridad, aporta un criterio de inversión de la carga de la prueba en aquellos casos en los que el investigado/ encausado impugnase la autenticidad de las conversaciones. Por tanto, **en el caso de impugnación**, correspondería al denunciante / querellante probar el verdadero **origen de la comunicación**, **la identidad de los interlocutores** y la **integridad del contenido**. Sin embargo, no bastaría con impugnar la comunicación sin más; creemos que la defensa debe aportar motivos de peso para fundamentar tal pretensión, ya que, tal y como ha sido reconocido por la propia Sección 27^a de la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia 347/2016, de 20 de Junio de 2016 el valor probatorio de los mensajes que se envían, a través de cualquier medio tecnológico, sea éste Facebook, WhatsApp, Twitter, Skype, tienen la consideración de

documento privado y como tal, cuando hayan sido impugnados, y no se haya podido constatar su validez, pero tampoco su falsedad, haya quedado probada, **podrá valorarse mediante su apreciación con otros elementos de juicio (...)** y a esto añade "que la aportación de este tipo de comunicaciones al proceso penal "se rige por el sistema de libre valoración de la prueba, debiendo atenderse especialmente para otorgarle eficacia probatoria a dos características, la **autenticidad del origen**, y la **integridad de su contenido**". Y es, precisamente, aquí donde juega un papel trascendental **la prueba pericial**. El empleo de este tipo de pruebas jugará un papel determinante, máxime cuando el propio Tribunal Supremo ha considerado 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*".

Por tanto, autenticidad en el origen e integridad de su contenido serán elementos fundamentales para respaldar nuestros informes periciales. El experto en la materia D. Antonio Amalio Sánchez Ochoa, Socio de [Ideas Multimedia S.L.](#), hace especial hincapié en que un elemento fundamental del referido informe será **acreditar la integridad de la "base de datos MD5"**. El MD5 es una función de cifrado criptográfica que se utiliza para generar un estilo de firma digital única (es

solamente un bloque de texto), más que nada con la función de verificar la integridad de archivos. En teoría, la firma MD5 de un archivo nunca va a ser igual que la de otro archivo. La manera en que nos aseguramos de que el archivo que bajamos de Internet es el oficial y legítimo publicado por la fuente oficial, es revisar el Hash MD5 que es publicado por la empresa o desarrollador de software que publica el archivo, y compararlo contra el Hash MD5 que una herramienta calcule en base al archivo que nosotros bajamos¹. Los resúmenes MD5 se utilizan extensamente en el mundo del software para proporcionar la seguridad de que un archivo descargado de Internet no se ha alterado. Comparando una suma MD5 publicada con la suma de comprobación del archivo descargado, un usuario puede tener la confianza suficiente de que el archivo es igual que el publicado por los desarrolladores. Esto protege al usuario contra los 'Caballos de Troya' o 'Troyanos' y virus que algún otro usuario malicioso pudiera incluir en el software. La comprobación de un archivo descargado contra su suma MD5 no detecta solamente los archivos alterados de una manera maliciosa, también reconoce una descarga corrupta o incompleta².

Por otro lado, se ha hablado mucho del valor de la intervención del Fedatario Público en las conversaciones mantenidas por servicios de mensajería instantánea. Se han escrito muy buenos artículos al respecto, entre ellos destacar el del Notario D.

¹ Plancarte Rodríguez, G. A través de <http://gabrielrodriguez.net/como-revisar-el-hash-md5-de-un-archivo-en-windows/> . Fuente consultada el 29/03/2017 a las 00:01.

² A través de <http://www.taringa.net/posts/info/13965115/Que-es-el-Hash-MD5-y-como-usarlo.html> . Fuente consultada el 29/03/2017 a las 00:05.

Francisco Rosales³ que viene a decir, entre otras muchas cosas lo siguiente:

"Las ventajas del acta notarial de WhatsApp son:

- 1. El reflejar en acta notarial el contenido del mensaje da al mismo fecha fehaciente (sin embargo la fehaciencia no será la de la fecha del mensaje, sino la del acta notarial); ojo que fehaciente quiere decir verosímil, más no creo que pueda afirmarse que un teléfono, por el mero hecho de tener configurada la fecha y hora se pueda considerar como un instrumento que dote de fehaciencia a su contenido (dado que la posibilidad de manipulación de su fecha y hora está al alcance de cualquiera -igual que cualquiera puede elaborar un documento y datarlo en la fecha que tenga por conveniente-). Lo que si hay que tener presente es que si en la conversación de WhatsApp hay un contrato, el levantar acta de dicha conversación no implica elevar a escritura pública el contrato*
- 2. El reflejar en acta notarial el contenido de un mensaje de WhatsApp puede evitar litigios la experiencia profesional me ha demostrado que si bien es cierto que muchas actas son la antesala de un litigio, hay también muchas otras que los evitan, pues son cientos las personas que no tienen por costumbre negar lo que han hecho, y que cuando comprueban que hay constancia de sus actuaciones reaccionan favorablemente".*

Nosotros coincidimos con lo manifestado anteriormente, es más, el mero hecho de aportar actas notariales de las comunicaciones

³Rosales Salamanca F. A través de <https://www.notariofranciscorosales.com/whatsapp-como-prueba-en-juicio/>. Fuente consultada el 29/03/2017 a las 0:20.

mantenidas por WhatsApp en el marco de conversaciones extrajudiciales han servido para que la parte contraria se lo piense 2 veces antes de entablar cualquier tipo de acción de carácter procesal contra un cliente. Y nos atreveríamos a decir, tal y como parece afirmar el Sr. Notario, que aquí entra en juego un componente de carácter psicológico, ya que, la parte contraria se sorprenderá de ver reflejadas sus conversaciones en un instrumento dotado de fe pública. Hecho el anterior inciso, podemos afirmar sin género de dudas que es recomendable que los particulares aporten sus conversaciones al procedimiento judicial por esta vía, ya que, además de medio elegante, nos ayuda a justificar uno de los 2 requisitos exigidos jurisprudencialmente, cuál es la integridad del contenido de la comunicación. Sin embargo, no bastaría por sí solo, ya que, la consecución de ambos requisitos (autenticidad del origen e integridad de contenido) solo se lograría a través del correspondiente informe pericial en los términos expuestos anteriormente.

No queremos finalizar este artículo sin hacer mención a una problemática que cada día se da con mayor frecuencia y que nos atreveríamos a decir que puede llegar a generar ciertos recovecos de impunidad. Hablamos de la proyección de la problemática en el marco del procedimiento de enjuiciamiento de delitos leves. Ya hemos hecho una mención a esta problemática anteriormente. Sin embargo, ahora vamos a entrar en un problema de naturaleza procesal y que, en nuestra opinión, se origina por varios factores:

1. La propia regulación de dicho procedimiento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El elevado coste que representa la elaboración de informes periciales para los particulares, máxime si nos encontramos ante procedimientos en los que se enjuician delitos de escasa gravedad por lo que el coste de oportunidad se verá significativamente reducido para el denunciante.

En primer lugar hemos de señalar que el origen de esta confusión deriva de la propia redacción del art. 967 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "En las citaciones que se efectúen al denunciante, al ofendido o perjudicado y al investigado para la celebración del juicio, se les informará de que **pueden ser asistidos por abogado si lo desean** y de que **deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse**". Esto hace que el particular que recibe la citación para comparecer al acto de Juicio se vea impulsado a acudir con las impresiones de las comunicaciones debajo del brazo, si es que dichas impresiones no fueron aportadas durante su comparecencia en el momento de la interposición de la correspondiente denuncia. El resultado del Juicio, atendiendo a la casuística probatoria habitual en este tipo de procedimientos, será, como hemos visto antes, la absolución del denunciado si este negase la autenticidad de las referidas comunicaciones.

Por otro lado, podría pensarse que para reforzar el sustento probatorio de las comunicaciones denunciadas podría acudirse a lo dispuesto en el **art. 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** por el que:

"Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

Acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia. Asimismo, para acordar la inmediata celebración del juicio, el Juzgado de guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible".

Esto nos puede dar a pensar que el propio Juez de Instrucción de oficio o a petición de las partes podría acordar la práctica de algún tipo de "diligencia de investigación" encaminada a determinar la autoría del delito (en aquellos casos en los que, por ejemplo, el emisor de la comunicación es un anónimo o una persona cuya identidad es desconocida para el denunciante) o, incluso, a determinar la autenticidad del origen de la comunicación e integridad en el contenido de la misma, a través de la designación de perito judicial o mediante su remisión a la Brigada de Investigación Tecnológica del CNP o al Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil. Sin embargo, la experiencia nos dice que dado el elevado número de asuntos que, desgraciadamente, colapsan nuestros Juzgados y Tribunales y dada la escasa gravedad que revisten los delitos enjuiciados en este tipo de procedimientos, el Juez no realizará estas actuaciones de oficio y, en el caso de que sea solicitado por la representación procesal, no será concedido. No obstante lo anterior, no todos los Juzgados funcionan de la misma manera y creemos que es muy recomendable hacer constar dicha petición en el momento de interposición de la correspondiente denuncia, ya sea en Comisaría o en el propio Juzgado, o a través de la

representación procesal del particular en el momento en que se persona en el procedimiento iniciado. Otra opción lógica, sería que la propia Policía en el momento en que se interpone la correspondiente denuncia practicase de oficio las diligencias oportunas y así se hiciera reflejar su resultado en el atestado.

Con estas páginas queremos aportar nuestro granito de arena a este tema que, sin género de dudas, resulta de gran interés y actualidad. Obviamente, esta aportación está basada en nuestra intervención en numerosos procedimientos de esta naturaleza, por lo que cualquier aportación de carácter constructivo será siempre bienvenida.

Armando Rodríguez Pérez

Socio de Gabeiro Abogados

I.C.A.M. 120.271