

Facebook y WhatsApp como pruebas digitales en el Sistema Penal Acusatorio en México

Facebook and WhatsApp as Digital Evidence in Mexico's Adversarial Criminal Justice System

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.41.11699>

Resumen

En el presente artículo se analiza la importancia que revisten en el proceso penal las pruebas digitales obtenidas de las redes sociales, como Facebook y WhatsApp, y la información que se obtiene de distintas plataformas digitales. Se concluye que pueden tener valor probatorio cuando no vulneran derechos humanos y cumplen con los parámetros de autenticidad, obtención y ofrecimiento que establece la legislación en el proceso penal acusatorio en México. El principal objetivo es identificar la problemática que se suscita en la incorporación de dichas pruebas digitales en el proceso penal acusatorio en México. Se empleó el método de análisis, utilizando las técnicas documentales y la entrevista semi estructurada, que se aplicó a jueces y abogados litigantes que participan en el proceso penal acusatorio.

Palabras claves: derechos humanos, sistema penal, pruebas digitales, redes sociales, Facebook y WhatsApp.

Abstract

The importance of digital evidence obtained from social networks, such as Facebook and WhatsApp, and the information obtained from different digital platforms in criminal proceedings is analyzed and the conclusion is reached that they can have full probative value when they do not violate human rights and comply with the parameters of authenticity, obtaining and offering that the legislation has established in the accusatory criminal process in Mexico. The main objective was to identify the problems that arise in the incorporation of said digital evidence in the accusatory criminal process in Mexico. The method used was analysis, using documentary and semi-structured interview techniques that were applied to judges and trial lawyers participating in the adversarial criminal process.

Keywords: human rights, criminal system, digital evidence, social networks, Facebook and WhatsApp

Juan Manuel Ávila Silva

Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Guerrero. <https://orcid.org/0000-0002-0518-0771>
juansilva@uagro.mx

Omar García Rodríguez

Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero. <https://orcid.org/0009-0005-5039-3353>
07134884@uagro.mx

Jesús Aguilera Durán

Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Guerrero. <https://orcid.org/0000-0002-0518-0771>
jesusaguilera@uagro.mx

Como citar:

Ávila, J. M., Rodríguez, G. O., Durán, J. A. (2023). Facebook y WhatsApp como pruebas digitales en el Sistema Penal Acusatorio en México. *Advocatus*, 20(41), 57-75. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.41.11699>



Open Access

Recibido:

1 de septiembre de 2023

Aceptado:

8 de noviembre 2023

Publicado:

15 de diciembre 2023

INTRODUCCIÓN

El Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México entró en vigencia el 19 de junio de 2008, aunque la implementación fue progresiva en el Estado mexicano, su ejecución ha sido paulatina a lo largo de la república, presentando diferencias en las diversas entidades federativas, pero las innovaciones al sistema penal de administración de justicia en México no contemplaron la incorporación de ciertas tecnologías, que se desarrollan de manera independiente al sistema de justicia penal y permiten aumentar estándares de calidad, seguridad, técnicos y móviles, que a su vez requieren ciencias o técnicas y artes determinadas en relación con las pruebas que se obtienen por medio de las mensajerías instantáneas, como Facebook y WhatsApp, ya que estas aplicaciones permiten enviar, almacenar o recibir información, y por sus características, se puede obtener información o pruebas que se pueden utilizar, manejar o alterar a conveniencia.

Por esas razones, el objetivo de esta investigación fue identificar los problemas más comunes que se suscitan al presentar las pruebas digitales en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México, ya que no existen directrices para regular la incorporación, obtención y ofrecimiento de las pruebas digitales que se recaban mediante publicaciones, fotografías, mensajes, documentos o videos. Independientemente de la fuente, cada prueba digital requiere tratamientos diferentes,

tanto en su recopilación como en la cadena de custodia.

Si bien es cierto que el Código Nacional de Procedimientos Penal define y establece los datos de prueba, medios de pruebas y pruebas, no contempla las pruebas digitales, razón por la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios en relación con su incorporación. No obstante que al respecto se han emitido once criterios en el *Semanario Judicial de la Federación*, lo cierto es que en solo dos de ellos se abordan algunos lineamientos que se ajustan más a las pruebas que se están analizando. De tal modo que en la legislación procesal penal no existe un capítulo específico para incorporar correctamente las pruebas electrónicas que se reciben a través de las redes sociales.

Además, se debe tener presente que el modo de preservación y conservación de la prueba electrónica dentro del proceso judicial no está regulado debidamente en el Código Nacional de Procedimientos Penales; sin embargo, el juzgador debe utilizar sistemas tecnológicos y humanos de la prueba tecnológica más seguros, como el *cloud computing*. (Docusign, 2022).

En ese sentido, para que se admitan pruebas que provengan de una red social y se trate de mensajerías instantáneas electrónicas que almacenan mensajes, imágenes, audios, videos, archivos, entre otros, se deben diferenciar por las características propias de cada fuente probatoria.

Por lo tanto, el hecho de que a la fecha no se tengan de manera minuciosa las características propias o esenciales de las pruebas digitales provenientes de las redes sociales y no se especifiquen sus peculiaridades, se puede presumir que podrían estar sujetas a su alteración desde la obtención, valoración, modificación, o desde su admisibilidad.

Si bien es cierto que existen peritos expertos en la materia, como informáticos,

fotógrafos forenses, peritos audiovisuales; sin embargo, al no estar regulada la incorporación de las pruebas digitales, no pueden emitir un dictamen pericial que no esté descrito puntualmente en su título de experticia.

A continuación, se representan los problemas más frecuentes que se derivan al incorporar las pruebas digitales (figura 1).

Figura 1. Problemas más usuales que se pueden encontrar al momento de ofrecer e incorporar las pruebas digitales que provienen en el proceso penal acusatorio.



Fuente: elaboración propia.

En ese orden de ideas, el Código Nacional de Procedimientos Penales en México, en su artículo 291, establece, de forma genérica, la licitud probatoria:

“Artículo 291. Licitud Probatoria

Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos por medios lícitos, también deberán ser admitidos y desahogados en el proceso del modo que autoriza

este Código. (...) No tendrá valor alguno la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos humanos de las personas” (Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 291, 2014).

En ese entendido, diversos juristas se han pronunciado en forma positiva y negativa respecto a la forma global de las pruebas digitales, acercándose a lo expuesto, como

lo hacen Adalid & Echeverry (2019, p. 37), al establecer que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, que se compruebe la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.

Adicionalmente, puede haber afectaciones en cuanto a la garantía de los derechos humanos, como la privacidad, la autonomía y la identidad, argumentando que: “la obtención de algunas pruebas, especialmente de Facebook y WhatsApp, se incorporan a juicio y algunas carecen de veracidad; por lo tanto, son violaciones de los Derechos Humanos, en relación con lo que establecen las Naciones Unidas y el Centro de Derechos Humanos, tal como lo refiere la Universidad de Berkeley” (OANUDH, 2020). En ese mismo sentido, los primeros antecedentes que se tienen en cuanto a la recolección de pruebas son fotografías y videos obtenidos mediante las plataformas de Facebook y WhatsApp.

No obstante, Ortúñoz Navalón (2018) refiere que el hecho electrónico puede incorporarse al proceso a través de un documento tradicional, como por ejemplo un mensaje de WhatsApp, impreso en un papel o mediante la aportación de un documento electrónico o cualquier medio electrónico que permita almacenarlos, o mediante un testimonio, un perito en la materia o un reconocimiento judicial, pero no refiere los elementos indubiatables o características propios que debe

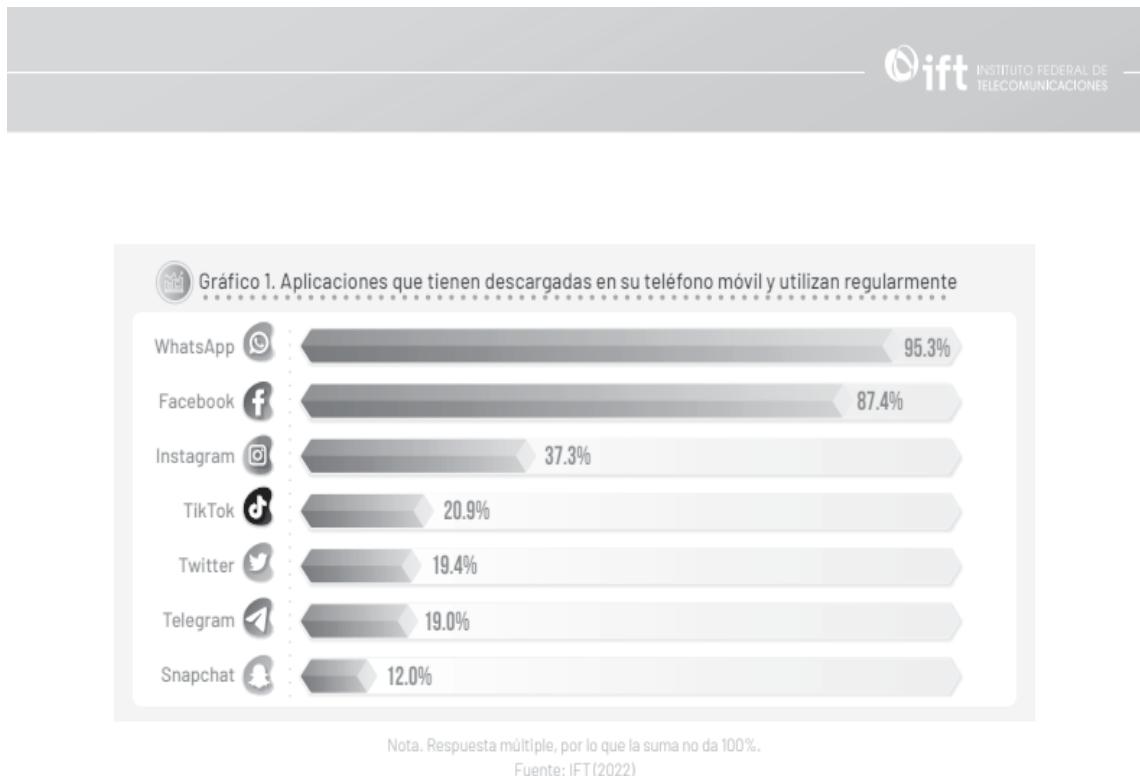
tener un documento que provenga de una red social.

Así las cosas, como se ha mencionado, el actual sistema penal acusatorio carece de ordenamientos que regulen de manera oportuna el seguimiento y obtención de las pruebas digitales para su pronta incorporación al proceso penal, si bien es cierto que estas pruebas no solamente se pueden incorporar en la etapa de investigación, sino también en las etapas del proceso penal acusatorio: investigación inicial, investigación complementaria, o etapa intermedia, y el juicio oral, atendiendo a las reglas procesales según corresponda. Además, debe existir un sistema de valoración de las pruebas electrónicas.

Como lo señala Dorado Pérez (2021, p. 68), el sistema de valoración aplicable a la prueba electrónica es de libre valoración bajo las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, es necesario que exista un capítulo que regule las pruebas que se obtienen de las redes sociales y se clasifiquen de manera individual, de acuerdo con las características propias del Facebook y WhatsApp.

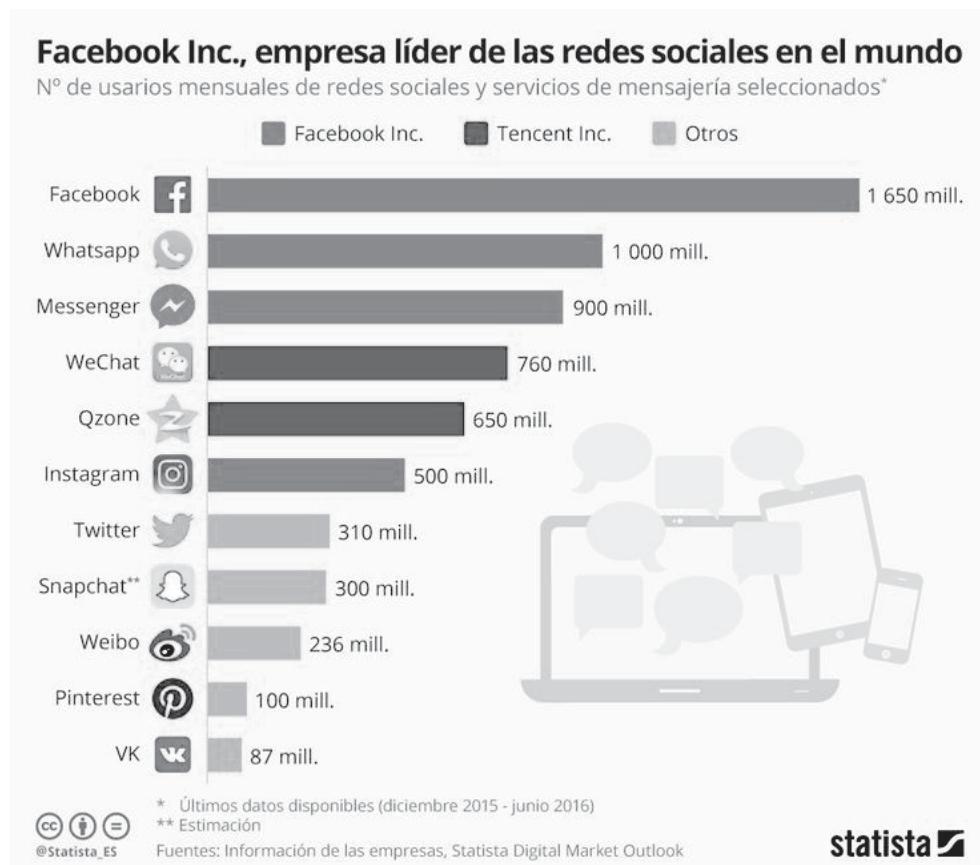
Actualmente, México cuenta con el Instituto Federal de Telecomunicaciones, que regula la infraestructura y la prestación de servicios de radiodifusión y telecomunicación, tiene información sobre los datos de las aplicaciones que descargan los usuarios en su teléfono móvil (figura 2).

Figura 2. Aplicaciones con más descargas en teléfono móvil.



Fuente: IFT (2022)

Actualmente el uso de las redes sociales es muy importante, porque los usuarios utilizan los servicios de mensajería Facebook y WhatsApp, como se muestra a continuación (figura 3). Ver página 62.

Figura 3. Redes sociales más utilizadas en el mundo.

Fuente: *Información de las empresas, Statista Digital Market Outlook.*

La gráfica anterior muestra que las plataformas mencionadas son las más fáciles de manejar, para enviar y recibir información digital como imágenes, fotografías, grabaciones de voz, audios o videos. Además, permite editar fotografías con filtros, recortes, añadidos, fondos, etc.

Ahora bien, al no existir ordenamientos que regulen de manera detallada las pruebas digitales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto con una tesis sobre Facebook, considerando que es una de las redes más utilizada.

PRUEBA ILÍCITA, NO LA CONSTITUYE LA OBTENCIÓN DE LA IMPRESIÓN FOTOGRÁFICA DEL PERFIL DEL IMPUTADO EN UNA RED SOCIAL QUE PROVENGA DE LA PLATAFORMA FACEBOOK EN CUYAS POLÍTICAS DE PRIVACIDAD SE ESTABLECE QUE AQUÉLLA ES PÚBLICA (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES FEDERAL). Conforme con la tesis aislada 1a. CLVIII/2011 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todas las formas existentes de comunicación y aquellas que sean fruto de la evolución tecnológica, deben quedar protegidas por el

derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Es decir, constituye “prueba ilícita” cualquier elemento probatorio que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a derechos fundamentales, *como son la inviolabilidad* del domicilio o el secreto de las comunicaciones, de manera que es ilegítima cuando la prueba se obtiene mediante una conducta dolosa, transgresora de derechos humanos.

En ese sentido, partiendo de lo dispuesto en el artículo 135, párrafo penúltimo, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la información contenida en páginas de internet constituye un adelanto científico que puede resultar útil como medio probatorio, siempre que para *su obtención* no se utilicen mecanismos que violen la *privacidad de las personas*.

Bajo ese contexto, y tomando en cuenta que dentro de las políticas de privacidad que se establecen en esta red social (Facebook), si bien cada usuario es libre de administrar el contenido y la información que publica o comparte. No obstante, entre esos lineamientos se establece que la fotografía del perfil “es pública”; por consiguiente, quien decide usar dicha red social asume las “políticas de privacidad” que determina la red social, entre las cuales se encuentra la citada, y en ese orden de ideas, no puede calificarse como “prueba ilícita” la obtención de la impresión fotográfica del imputado, cuando

para conseguirla la ofendida no hizo otra cosa que acceder a la red social mencionada e introducir versiones del nombre que recordaba de su probable agresor. (Tesis: I.5o.P42 P (10a.), 2015)

De tal modo que a una fotografía obtenida de Facebook se le otorga valor probatorio, lo cual equivale a las pruebas obtenidas de forma física, por el hecho de tener el carácter de “pública”. Para confirmar esto, se pueden consultar las políticas de privacidad aludidas en el siguiente enlace: https://www.facebook.com/privacy/policy/?entry_point=data_policy_redirect&entry=0.

No obstante, a lo expuesto, Díaz Limón (2017) señala que:

Las páginas web pueden subir contenido ilícito, allí se estaría hablando de la violación a la privacidad, y en las políticas de privacidad no se regula que una persona suba el contenido sexual de otra sin su consentimiento. Lo cierto es que se puede dar lugar a una denuncia penal; sin embargo, si la parte que subió el contenido se entera de que existe una denuncia puede borrar el contenido y la denuncia no prospera.

En la tesis con el rubro PRUEBA ELECTRÓNICA O DIGITAL EN EL PROCESO PENAL. LAS EVIDENCIAS PROVENIENTES DE UNA COMUNICACIÓN PRIVADA LLEVADA A CABO EN UNA RED SOCIAL, VÍA MENSAJERÍA SINCRÓNICA (CHAT), PARA QUE TENGAN EFICACIA PRO-

BATORIA DEBEN SATISFACER COMO ESTÁNDAR MÍNIMO HABER SIDO OBTENIDAS LÍCITAMENTE Y QUE SU RECOLECCIÓN CONSTE EN UNA CADENA DE CUSTODIA, el máximo órgano jurisdiccional del país se pronunció en los siguientes términos:

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, previsto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se extiende a las llevadas a cabo mediante cualquier medio o artificio técnico desarrollado a la luz de las nuevas tecnologías, desde el correo o telégrafo, pasando por el teléfono alámbrico y móvil, hasta las comunicaciones que se producen mediante sistemas de correo electrónico, mensajería sincrónica (chat), en tiempo real o instantánea asincrónica, intercambio de archivos en línea y redes sociales. En consecuencia, para que su aportación a un proceso penal pueda ser eficaz, la comunicación debe allegarse lícitamente mediante autorización judicial para su intervención o a través del levantamiento del secreto por uno de sus participantes, pues de lo contrario, sería una prueba ilícita por haber sido obtenida mediante violación a derechos fundamentales, con su consecuente nulidad

y exclusión valorativa. De igual forma, dada la naturaleza de los medios electrónicos, generalmente intangibles hasta en tanto son reproducidos en una pantalla o impresos, fácilmente susceptibles de manipulación y alteración, ello exige que para constatar la veracidad de su origen y contenido, en su recolección sea necesaria la existencia de los registros condignos que a guisa de cadena de custodia satisfagan el principio de mismidad que ésta persigue, o sea, que el contenido que obra en la fuente digital sea el mismo que se aporta al proceso. (Tesis: I.2o.P.49 P 10a., 2017)

En ese mismo sentido, Valencia Álvarez (2022, p. 79) se pronuncia señalando que la evidencia de una comunicación privada que se obtiene de una red social vía mensajería, comúnmente conocido como *chat*, para que tenga eficacia probatoria se debe haber obtenido lícitamente, es decir, sin vulnerar los derechos humanos y su recolección conste de una cadena de custodia.

A continuación, se relacionan los problemas subsecuentes que se pueden encontrar al momento de presentar pruebas digitales (figura 4).

Figura 4. Problemas subsecuentes al momento de incorporar pruebas digitales.



Fuente: elaboración propia.

Actualmente se pueden aportar pruebas digitales por medio de un proceso e invocando criterios de tesis del *Semanario Judicial de la Federación* que hablan de WhatsApp. Sin embargo, este no es un tema común, en razón a que no se cuenta con la infraestructura tecnológica porque en las distintas legislaciones no se establecen de manera específica los linea-

mientos. *Por lo que en la legislación mexicana y en el proceso penal acusatorio se encuentran vacíos legales en cuanto al tema de las pruebas digitales (énfasis propio).*

A renglón seguido se presentan las principales plataformas y su dominio en el mundo (figura 5).

Figura 5. Dominio de las principales plataformas.



Fuente: Informes anuales de las empresas.

Diversos autores se han pronunciado sobre la función de estas plataformas digitales y la información que manejan. A continuación, se reseñan algunas definiciones.

Facebook

Red social que adopta diferentes herramientas entre sus usuarios, propiciando la conexión. Se distingue por el muro o botón de me gusta; además, permite transmitir videos en directo, mensajería, fotografías, entre otras. (Martínez Hernández, 2021, p. 12)

La anterior definición establece las características de lo que se puede hacer o generar en esta aplicación, de forma instantánea.

WhatsApp

Es una muestra más de lenguaje virtual, instantáneo, dentro de la categoría de lo hablado, escrito, pensado para teléfonos móviles inteligentes, que comparte muchas peculiaridades de otras técnicas de comunicación electrónicas, con sus grandes ventajas comunicativas, tecnológicas y económicas, pero con defectos. (Vaquera, 2014, p. 87)

Para enriquecer esta investigación se realizaron entrevistas semi estructuradas a diversas personas, como jueces de control y enjuiciamiento penal, abogados y ministerios públicos.

Entrevistas a los jueces de control y enjuiciamiento penal en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Guerrero en Chilpancingo de los Bravo, Guerrero, México.

(Juez de control y Enjuiciamiento Penal 1. Mtro. Hever Fernández Nava, 2023)

1. ¿Qué son las pruebas digitales?

R: Desde mi punto de vista, son herramientas que pueden adoptar las partes, para soportar sus propuestas fácticas, que son fruto de la evolución tecnológica.

2. ¿Cuál ha sido su experiencia en relación con la incorporación de las pruebas digitales como *Facebook* y *WhatsApp*, que ofrecen las partes en un juicio penal acusatorio?

R: Este tipo de pruebas son las que *menos aportan dentro del proceso* y las que se *incorporan no se hacen de manera correcta, principalmente por desconocimiento* (énfasis añadido) de la documentación respecto a su fiabilidad en cuanto a su obtención.

3. ¿Considera que las pruebas digitales son fundamentales para dictar una sentencia absolutoria o condenatoria en un juicio penal acusatorio?

R= Sin lugar a duda, sí, ya que cada vez se utilizan más los medios tecnológicos para realizar delitos o como medio para su comisión.

4. ¿Cuáles son las redes sociales más habituales que ofrecen como pruebas las partes en el juicio penal acusatorio? *WhatsApp* y *Facebook* son las principales.

5. ¿Cuál es el proceso y dónde se encuentra regulado el ofrecimiento y admisión de las pruebas digitales en el juicio penal acusatorio?

R= *Grosso modo*, el artículo 380 del Código

Nacional de Procedimientos Penales y el 383, ambos del Código Nacional, regulan la prueba documental y la prueba digital, lo importante es que esa red social sea pública, por ejemplo, una página de *Facebook*.

Todo lo que se publica en una página es público, puede acceder cualquier persona, pero en caso de que no lo sea, se debe tener una autorización judicial para extraer la información contenida en ese perfil.

El primer paso es la autorización judicial previa, después debe haber una cadena de custodia para verificar la autenticidad de lo que se extrae de esa red social. La puede incorporar a un juicio una persona o testigo idóneo, ya sea perito. Si una de las partes levanta el secreto y aporta la información tiene que dar cuenta de su existencia y testimonio. Luego, se presenta el documento al testigo para que lo reconozca y de esa forma se acredita. Posteriormente, se solicita incorporarlo a la audiencia de debate y es el juez quien valora su alcance convictivo, conforme los lineamientos de los artículos 380 y 383 del Código Nacional.

6. ¿Cuál es la autoridad encargada de preservar, resguardar, autenticar las pruebas digitales en un juicio penal acusatorio?

R= El Ministerio Público (MP) o, en su defecto, cualquiera de las partes, porque aquí hay libertad probatoria, en la que todas las partes pueden probar su sustento con cualquier medio, siempre y cuando sea lícito, pertinente y útil. Las partes tienen la obligación de garantizar esa circunstancia. El MP lleva la

investigación oficial, la defensa tiene la obligación de aportar.

7. ¿Cuáles son las pruebas provenientes de las redes sociales que se desechan por no cumplir con los estándares de obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad, inviolabilidad, entre otros, en un juicio penal acusatorio?

R= Generalmente los mensajes por WhatsApp o Messenger, porque no se cuenta con una autorización previa, porque no existen la cadena de custodia o porque el documento que no se incorpora de manera adecuada.

8. ¿Qué falta en las legislaciones del proceso penal acusatorio para garantizar los estándares de obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad, inviolabilidad en relación con las pruebas digitales, como Facebook y WhatsApp, en un juicio penal acusatorio?

R= *Se debe regular un capítulo, protocolo o estándar con los preceptos legales de la cadena de custodia.*

9. ¿Cómo cree que se resolverían los problemas que garanticen los estándares de admisibilidad de las pruebas digitales por parte de los jueces de control, ministerios públicos, abogados y peritos del Sistema Penal Acusatorio?

R= Se debe tener capacitación respecto a la forma de allegar las pruebas a la investigación.

10. ¿Qué opina de las pruebas digitales?

R= Con una regulación específica que establezca el procedimiento para su valoración pueden ser de gran utilidad en un proceso penal.

(Juez de Control y Enjuiciamiento Penal 2. Emmanuel Reyna Vélez, 2023)

1. ¿Qué son las pruebas digitales?

R= Se debe atender la descripción o conceptualización que hace el artículo 380 del Código Nacional y Procedimientos Penales, que distingue entre las pruebas documentales, que son aquellas con un registro en papel, y las que se registran en cualquier otro medio, incluso digital. En resumen, una prueba digital dentro del proceso penal es una prueba documental.

2. ¿Cuál ha sido su experiencia con la incorporación de las pruebas digitales, como Facebook, WhatsApp, Instagram, entre otras, que ofrecen las partes en un Juicio Penal Acusatorio?

R= Como Juez de Juicio, que es la etapa en la cual se incorporan las pruebas documentales, en Guerrero o al menos en las sedes judiciales en las que me ha tocado participar como, me parece que las partes, propiamente la Fiscalía, es la que ofrece la mayor cantidad de pruebas, aunque es nula o muy poca la incorporación de pruebas digitales, porque si bien es cierto que se proyectan conversaciones o fotografías para corroborar algún enunciado fáctico de la acusación, se hace a manera de ilustración, no como incorporación de una prueba.

3. ¿Considera que las pruebas digitales son fundamentales para dictar una sentencia absolutoria o condenatoria en un juicio penal acusatorio?

R= En general, todas las pruebas aportan algo a una proposición fáctica o una acusación. Una sola prueba puede ser determinante para establecer la condena o absolución de una persona. Aunque en el proceso penal toda prueba, de manera única o solitaria, no aporta lo suficiente para probar cierto hecho o responsabilidad, debe ser el cúmulo de las pruebas, incluidas la digital, la que determine la suficiencia o no de la prueba.

4. ¿Cuáles son las redes sociales más habituales que ofrecen como pruebas las partes en el juicio penal acusatorio?

R= Aunque es muy poca, por no decir nula, sin embargo, las que más se ilustran o proyectan provienen de Facebook, WhatsApp e Instagram.

5.- ¿Cuál es el proceso y dónde está regulado el ofrecimiento y admisión de las pruebas digitales en el juicio penal acusatorio?

R= Lo regula el Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 380 y 383, para su incorporación, y el proceso son las particularidades que debe tener, como la cadena de custodia, la extensión de una información que provenga de una red social para que pueda garantizar su autenticidad.

6. ¿Cuál es la autoridad encargada de preservar, resguardar, autenticar las pruebas digitales, en un juicio penal acusatorio?

R= Por lo regular es el Ministerio Público, pero también es la parte oferente, ya que es un sistema que regula en un control horizontal, en el que la defensa también puede generar

medios de prueba documental, desde su aspecto digital.

7. ¿Cuáles pruebas provenientes de las redes sociales se desechan por no cumplir los estándares de obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad, inviolabilidad, entre otros, en un juicio penal acusatorio?

R= En la etapa intermedia el juzgador analiza si se admite o no el medio de prueba, deben de existir principios generales para que se determine si proviene de una red social o de otra fuente. Para que un medio de prueba pueda ser admisible, primero tiene que ser relevante; segundo, tener relación con el hecho que quiere probar, después debe existir una circunstancia que pruebe si se obtuvo de manera lícita y no se violó ningún derecho fundamental. Su conservación es inherente a todo lo demás, la fiabilidad se debe separar para saber si se admite o no. Además, en la etapa de juicio oral también se determina su aceptación.

8. ¿Qué hace falta en las legislaciones del sistema penal acusatorio para garantizar los estándares de obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad, inviolabilidad, en relación con las pruebas digitales en un juicio penal acusatorio?

R= En el Código Nacional de Procedimientos Penales se debe establecer un capítulo especial para la prueba digital, en relación con la cadena de custodia y las directrices de la forma como se pueden garantizar los estándares de obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad, inviolabilidad, o generar una base para

que a las fiscalías o a las partes procesales den cumplimiento a la cadena de custodia de estas pruebas.

Además, debe haber capacitaciones constantes, expertos suficientes y expertos con las herramientas que garanticen que este tipo de pruebas cumplan con las reglas de admisibilidad y valoración.

9.- ¿Cómo cree que se resolverían las problemáticas que garanticen los estándares de admisibilidad de las pruebas digitales por parte de los jueces de control, ministerios públicos, abogados y peritos del Sistema Penal Acusatorio?

R= Esto no le corresponde al juez, hay que dejárselo a las partes, porque la conservación y la cadena de custodia deben garantizar su autenticidad, sin lesionar derechos fundamentales.

10. ¿Qué opina de las pruebas digitales?

R= Son un reto procesal y de infraestructura que compete al Estado, por cuanto es necesario reglamentar la cadena de custodia, la carga argumentativa y la técnica de litigio para incorporarlas a un juicio.

Interpretación de las entrevistas a los abogados en Chilpancingo de los Bravo, Guerrero México.

En general, todos coinciden den que las pruebas digitales son aquellas que se obtienen mediante dispositivos electrónicos que provienen de una red social.

Sin excepción, afirmaron, que hace falta una ley o reglamento, protocolo o capítulo en el que se establezcan las características propias de cada red social, para que sirva de base para su obtención lícita. También señalaron que las provenientes de Facebook y WhatsApp son las que aportan mayores elementos de prueba, que en su momento se pueden considerar como contundentes, siempre y cuando no se viole la privacidad de las personas o se obtengan de manera ilícita.

Finalmente, sostienen que la sociedad requiere actualizarse en todos los aspectos, en razón a que 90 de cada 100 mexicanos cuentan con un dispositivo móvil o un teléfono celular y acceso a las plataformas sociales, fotografías, videos, audios, archivos, documentos, conversaciones que se pueden convertir en pruebas digitales.

METODOLOGÍA

Para esta investigación se usó un método de análisis, en el que se revisó y estudió la legislación nacional y los criterios del *Semanario Judicial de la Federación* en México, así como diversos autores. Se recopilaron datos mediante formatos y gráficas. También se aplicaron entrevistas semiestructuradas a jueces de control y enjuiciamiento penal y abogados litigantes en materia penal de juicio oral.

RESULTADOS

Se identificó que actualmente las redes sociales más usadas son Facebook y WhatsApp.

Se determinó que uno de los problemas que se presenta en cuanto a la incorporación de las pruebas digitales es que no existe una legislación que regule los pasos que se deben seguir para que estas pruebas sean admitidas en juicio, garantizando los estándares de obtención, sustracción, la autenticidad y licitud de los videos, fotografías, audios, textos o capturas de pantalla que se obtienen de las redes sociales.

Cabe destacar que el objetivo de esta investigación es reunir y dar a conocer los criterios para incorporar, valorar y analizar las pruebas digitales en un proceso penal acusatorio, para lo cual es importante señalar lo siguiente:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 16 y 20, establece:

Artículo 16.- a) Derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas, está prohibido, violaciones a la intimidad, intervención, comunicación y a la privacidad.

Artículo 20.- b) El proceso penal acusatorio y oral se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Además, en la fracción IX, establece la prohibición de la prueba ilícita.

Por su parte, en el Código Nacional de Procedimientos Penales se establece lo siguiente:

Artículo 259.- Generalidades. cualquier hecho puede ser probado, siempre y cuando sea

lícito ... salvo excepciones expresas por este código.

Artículo 262.- Derecho a ofrecer medios de prueba... en los términos previstos en este código.

Artículo 265.- Valoración de los datos y prueba... el órgano jurisdiccional asignará... el valor otorgado a las pruebas de manera libre y lógica.

Artículo 291.- Licitud probatoria... desahogados en el proceso del modo que autoriza este código.

Artículo 314.- Incorporación de los datos y medios de prueba, el imputado y su defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar datos de prueba que consideren necesarios ante el juez de control.

Artículo 356.- Libertad probatoria... de conformidad con este código.

Artículo 357.- Legalidad de la prueba... conforme a las disposiciones de este código.

Con base en lo anterior, se evidencia que la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales no especifican los elementos que debe contener una prueba electrónica que provenga de WhatsApp o Facebook. Se establecen los siguientes criterios para incorporar las pruebas digitales en el proceso penal acusatorio:

1. Debe existir una cadena de custodia

2. Se debe verificar su autenticidad
3. Se deben analizar
4. No deben violar ningún derecho humano
5. Se deben obtener de manera lícita
6. En caso de que sea una cuestión privada, debe existir una autorización judicial previa para extraer la información que se encuentra almacenada en Facebook o WhatsApp, o bien que una de las partes involucradas levante el secreto.

Tomando en cuenta la información que dieron los jueces y abogados en las entrevistas, se determina que las pruebas digitales deben cumplir los siguientes criterios:

- I. Admisibilidad
- II. Autenticidad
- III. Conservación
- IV. Convicción
- V. Exactitud
- VI. Extracción
- VII. Fiabilidad
- VIII. Fuerza
- IX. Integridad
- X. Inviolabilidad
- XI. Licitud
- XII. Obtención probatoria
- XIII. Recolección
- XIV. Susceptibilidad

Por lo tanto, se puede afirmar que, a partir de los criterios señalados, las pruebas obtenidas de WhatsApp y Facebook pueden tener mayor objetividad y se pueden incorporar correctamente en un proceso penal acusatorio.

Esta incorporación la puede hacer cualquiera de las partes en el proceso, pero la debe verificar un perito en informática forense certificado y adscrito a la Coordinación General de Servicios Periciales dependientes de las fiscales.

El Código Nacional de Procedimientos Penales no cuenta con un capítulo específico que establezca el seguimiento para la obtención y admisibilidad de las pruebas digitales. Según la información obtenida de las entrevistas, debe de existir un apartado específico, que regule la obtención y admisibilidad de las pruebas digitales.

Finalmente, los extremos que debe tener el capítulo específico para que se considere viable, adecuado y oportuno es que se deben precisar de manera detallada los estándares para la obtención, conservación, fiabilidad, autenticidad e inviolabilidad de las pruebas, con las características propias de cada red social.

Esto significa que por la falta de estos estándares se presentan constantes errores para las partes en un juicio del sistema penal acusatorio al momento de ofrecer, obtener e incorporar las pruebas digitales. Al respecto Carbonell (2018) sostiene que:

La jurisprudencia exige que cuando nosotros queramos aportar una conversación que consta en un WhatsApp, lo que tenemos que hacer es que la obtención de la conversación sea lícita, no puede haber una intervención ilícita, por ejemplo, un robo de una conversa-

ción de un WhatsApp de una tercera persona tiene que ser uno de los involucrados quien aporte la conversación o bien mediante autorización de un juzgador.

Así mismo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) establece, en su Artículo 20, “IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula” Según los requisitos del artículo 210 A del Código Federal de Procedimientos Civiles, Principios y Parámetros, las pruebas digitales deben de contener autenticidad, integridad, equidad y equivalencia funcional (1943).

Así las cosas, para que una prueba se considere auténtica debe ser fiable, atribuible y accesible.

Al concatenar ambas legislaciones; por un lado, será civil, y por otro, administrativo, mientras que en materia penal debe haber otras directrices. Por esta razón, se debe crear una regulación general que legile las pruebas electrónicas para que se apliquen los mismos parámetros, sin importar la materia jurídica de que se trate.

Este trabajo de investigación es importante porque aborda un tema tecnológico e innovador, dando pautas para que las pruebas digitales tengan elementos esenciales y contribuya a que no se caiga en errores como la obtención ilícita, de lo contrario *será nulo de pleno derecho y esas pruebas provenientes de las redes sociales como Facebook, WhatsApp,*

YouTube, Instagram, Tik Tok, Telegram, entre otras, no serán admitidas, ni se les dará valor probatorio. (Énfasis propio)

Este tema es novedoso, debido a que en la actualidad existen diversas redes sociales, por medio de las cuales se pueden extraer imágenes, fotografías, capturas de pantalla, audios, videos, entre otras. Cabe decir que cada una de estas plataformas cuenta con sus propias características, como nombre, logo y funciones, que las hace muy diferentes entre sí.

CONCLUSIONES

Se identificó a Facebook y WhatsApp como las redes sociales más utilizadas. En esta investigación se mencionan argumentos que permiten la debida incorporación, admisión y ofrecimiento de las pruebas digitales en un proceso penal acusatorio en México.

Se deben determinar las características esenciales y medios de obtención de las pruebas provenientes de Facebook y WhatsApp, con el fin de que se cumplan los estándares mínimos para su obtención, recolección y admisión.

Uno de los problemas que enfrentan las pruebas digitales es la ausencia de legislación específica o de un capítulo en el Código Nacional de Procedimientos Penales que establezca los estándares propios de cada una de ellas, para que sean admitidas de manera correcta y puedan ser desahogadas y valoradas en juicio, dando mayor seguridad jurídica y relevancia a las pruebas obtenidas, sin que

exista el temor de que sean rechazadas por haber sido obtenidas de forma ilícita.

Las pruebas digitales pueden tener valor probatorio siempre y cuando cumplan los siguientes criterios: a) debe existir una cadena de custodia, b) se debe verificar su autenticidad, c) se deben analizar d) no deben violar los derechos humanos, e) se deben obtener de manera lícita, f) si es una cuestión privada, debe haber una autorización judicial previa para extraer la información almacenada o una de las partes involucradas debe levantar el secreto.

La incorporación la puede hacer cualquiera de las partes en el proceso, pero las pruebas deben estar verificadas por un perito en informática forense certificado y adscrito a la Coordinación General de Servicios Periciales dependientes de las fiscalías.

Las pruebas digitales deben cumplir con los criterios de admisibilidad, autenticidad, conservación, convicción, exactitud, extracción, fiabilidad, fuerza, integridad, inviolabilidad, licitud, obtención probatoria, recolección y susceptibilidad

REFERENCIAS

Adalid, & Echeverry, J. J. E. (2019). Cómo lograr que una evidencia digital tenga validez jurídica,

Calero Vaquera, M. L. (2014). El discurso del WhatsApp: entre el Messenger y el SMS.

Oralia. Análisis del discurso oral, 17, 87-116. <https://doi.org/10.25115/oralia.v17i.8001>.

Carbonell, M. (2018). ¿Qué valor legal tienen los mensajes de WhatsApp? YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1qhiim-3vRH8>.

Código Nacional de Procedimientos Penales (2014). Reformado, Art. 291, *Diario Oficial de la Federación* [D.O.F.], 5 de marzo de 2014 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>.

Código Penal Federal de Procedimientos Civiles (1943). Reformado. Art. 210, *Diario Oficial de la Federación* [D.O.F.], 24 de febrero de 1943 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFPC.pdf>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), [CPEUM]. (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>.

Díaz Limón, J. (2021). <https://www.youtube.com/watch?v=cSuw2mzGFxY>, Minuto 37:00- 37:30.

DocuSing (2022). Prueba electrónica. Disponible en <https://www.docusign.com/es-mx/blog/prueba-electronica>.

Dorado Pérez, Á. (2021). La prueba electrónica: validez y su eficacia procesal.

Fernández Nava, H. (2023). Incorporación de las pruebas digitales en el Sistema Penal Acusatorio, Juez Primero de Control y Enjuiciamiento Penal del Estado de Guerrero.

Instituto Federal de Comunicaciones (s.f.). ¿Qué es el IFT? <https://www.ift.org.mx/que-es-el-ift/que-es-el-ift#:~:text=El%20Instituto%20Federal%20de%20Telecomunicaciones,lo%20establecido%20en%20la%20Constituci%C3%B3n>.

Martínez Hernández, C. (2021). Consideraciones para los operadores jurídicos en la investigación del delito de trata de personas de menores y mujeres en Facebook [tesis de Maestría, INFOTEC]. Repositorio INFOTEC. <https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/561/1/trabajo%20nov%20%283%29.pdf>.

OANUDH (2020). *El Protocolo de Berkeley ofrece orientación sobre cómo usar la información digital pública para luchar por los derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/12/berkeley-protocol-gives-guidance-using-public-digital-info-fight-human-rights>.

Ortuño Navalón, C. (2018). La prueba electrónica ante los tribunales, Valencia, Tirant lo Blanch.

Reyna Vélez, E. (2023). Incorporación de las pruebas digitales en el Sistema Penal

Acusatorio, Juez Segundo de Control y Enjuiciamiento Penal del Estado de Guerrero.

Semanario Judicial de la Federación en México

Tesis: I.5o.P.42 P (10a.) (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Decima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010454>.

Tesis: I.2o.P.49 P (10a.), 2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010454>.

Valencia Álvarez, A. (2022). Las pruebas digitales o electrónicas y sus desafíos jurídicos actuales, *Desafíos jurídicos*, DOI: <https://doi.org/10.29105/dj2.2-7>.