

ESTADOS DE WHATSAPP Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL¹


Por Dr. Lucas Moyano²

El presente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y ha sido publicado en la Edición n.º 2 de la Revista Digital "A DESPACHO" del CPATw, en fecha 27 de marzo de 2024 (pág. 31 a 41)

SUMARIO

1. Fundamentos conceptuales en la materia	02
2. Análisis de fallos jurisprudenciales en España	03
3. Conclusiones	10

WhatsApp ha transformado tanto nuestra manera de comunicarnos como el quehacer de los profesionales judiciales, cuyo trabajo implica a menudo utilizar conversaciones como evidencia en diversos ámbitos legales. Es ampliamente reconocido que esta aplicación no solo sirve como prueba, sino que también puede ser aprovechada como un medio para cometer delitos.

Cada vez es más habitual que tengamos que valorar, caso por caso, si se ha perpetrado un delito en las redes sociales. Esto es especialmente relevante en casos de amenazas, desobediencia al cumplimiento de medidas cautelares, o violación de prohibiciones de comunicación con la víctima por cualquier medio o procedimiento.

Es claro que a través de mensajes directos destinados al receptor será más asequible acreditar la autoría penalmente responsable, una vez que sea debidamente resguardada la evidencia digital, y bajo un análisis judicial de la prueba y de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito que se trate.

1. Publicado en la Edición n.º 2 de la Revista Digital A DESPACHO del CPATw, en fecha 27 de marzo de 2024, en las páginas 31 a 41.

2. Agente Fiscal. Titular de la UFIJ 22 y Subrogante UFIJ 19 del Dpto. Judicial Azul, Provincia de Buenos Aires. Diploma de Experto en Ciberdelincuencia y Tecnologías Aplicadas a la Investigación (Universidad Austral - Argentina - y Universidad Abat Oliba CEU -España-). Especialización en Cibercrimen y Evidencia Digital (UBA)

El presente trabajo se enfocará en responder tres preguntas: ¿Pueden los estados de WhatsApp constituir delitos? ¿Es posible cometer delitos de violencia de género digital a través de los estados de WhatsApp? ¿Cuál es el método adecuado para probar estos hechos? Para responder a estos interrogantes primero debemos definir los términos a los que nos referimos.

1. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES EN LA MATERIA

Los estados de WhatsApp son publicaciones temporales dentro de esta app en la que los usuarios pueden compartir actualizaciones de texto, fotos, videos y GIFs, que tienen una duración de 24 horas y no se guardan en los dispositivos.

Los estados de WhatsApp se emplean para informar a los contactos sobre los pensamientos, actividades, intereses y avisos del usuario que los establece. Por defecto, estos estados pueden ser visualizados por los contactos que se encuentren en la lista de contactos, aunque es posible configurar la privacidad para que solo sean vistos por ciertos contactos seleccionados.

Es importante tener en cuenta tanto el plazo de duración de estas publicaciones como la posibilidad de que sean eliminadas en cualquier momento por el autor. Por lo tanto, cobra vital importancia la protección de la evidencia digital en caso de que sea necesaria su incorporación a un proceso judicial.

La violencia de género digital: se ha definido como aquella violencia que afecta la dignidad digital de las mujeres, en tanto lesiona alguno o varios de sus bienes y/o derechos digitales, en particular, la reputación, la libertad, la existencia, el domicilio, la privacidad, la inclusión digital o cualquier otro aspecto de su acceso y desenvolvimiento en el ámbito virtual, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, la seguridad informática de sus equipos y dispositivos y la indemnidad de su identidad digital (Expte. 5668-D-2018).

Se sucede en los entornos digitales –incluidos los inmersivos y/o aquellos que se registran en el marco de las tecnologías emergentes– y a través del uso de medios digitales como las redes sociales, el correo electrónico o las aplicaciones de mensajería móvil.

En este sentido se ha dicho que “las TIC son recursos de gran impacto favorable en el ejercicio de los derechos de las mujeres, también lo son para su desvalorización y deslegitimación, porque el entorno virtual es un espejo de las relaciones de poder en la sociedad y de los comportamientos y ejercicios discriminatorios y violentos en sus múltiples manifestaciones” (Pastorini y Refi, 2020).

El desarrollo de mensajería instantánea y redes sociales ha permitido la expansión de la violencia de género digital y cada vez aumenta el número de víctimas que sufren violencia a través de estas plataformas.

La evidencia digital podemos definirla como toda información electrónica que pueda ser utilizada como fuente de prueba en un procedimiento judicial. La evidencia digital posee características distintivas que la separan de la evidencia física. Entre ellas, es latente (se encuentra contenida en un soporte físico que la almacena), frágil y volátil (puede ser alterada o dañada sin dejar rastro).

2. ANÁLISIS DE FALLOS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA

Con estos conceptos fundamentales establecidos, procederé a analizar tres fallos de la Jurisprudencia Penal Española donde se aborda esta cuestión, con el fin de responder a las consignas planteadas.

SAP TF 25/2020 - ECLI:ES: APTF: 2020:25: Se resuelve un recurso de apelación confirmando la sentencia que condena a J.M. por delitos continuados de quebrantamiento y amenazas en violencia de género contra Z., con quien había mantenido una relación afectiva que había cesado; y por el delito de amenazas a los padres de Z, donde previamente se había impuesto la pena de prohibición de aproximación y comunicación con los mismos durante seis meses.

Los hechos: El día 25 de octubre de 2018 sobre las 3 horas el acusado puso en su estado de WhatsApp “Navidad se acerca, tranqui, tu vienes y te voy a dar regalos” , y a las 4 horas cambió su estado poniendo en el mismo, estando vigente la pena de prohibición de comunicación con Z. y cono conocimiento de las consecuencias de su quebrantamiento, y a su vez con sus padres, sabedor de que podía ver su estado y con ánimo de alterar su paz y sosiego ,”voy a despedazar tu ridícula y estúpida

familia en cuestión de segundos, te doy mi palabra, ya van a pasar los seis meses. Recuerda esto.”, con referencia al plazo que le restaba en aquel momento de la pena impuesta de alejamiento de los padres de la víctima.

Z. obtuvo conocimiento de los comentarios del acusado en sus estados de WhatsApp por haber entrado desde su teléfono en el estado de perfil de usuario del acusado de la aplicación WhatsApp, pudiendo hacerlo al no estar bloqueada por el acusado.

La defensa de J.M., en su apelación, planteó la ausencia de prueba de cargo y sostuvo que los estados de WhatsApp, y las expresiones allí vertidas, tenían como objetivo otros destinatarios, lo que fue rechazado por el tribunal al manifestar: “...a la vista de las imágenes aportadas a la causa, por medio de capturas de pantalla, aportadas al procedimiento y averadas en las diligencias, se pone de manifiesto que el texto fue publicado cuando ya se encontraba vigente la prohibición de comunicación, desprendiéndose su autenticidad de la propia declaración del acusado, que identifica estos estados y trata de explicar sus contenidos como relacionados con otras personas. La explicación ofrecida por el acusado no ha resultado acreditada, ni es creíble, una vez constatada la existencia y contenido de este mensaje. Por el contrario, según se razona en la sentencia, **a partir del texto de estas frases, se han podido establecer puntos de conexión con la persona y el entorno familiar de la denunciante. En particular, en lo referente al plazo de seis meses, a la existencia de una prohibición de acercamiento a los padres de la víctima y al plazo de duración de esta medida que fue fijado en la sentencia dictada el día seis de agosto de 2018.** En contra de lo afirmado por el recurrente, el Juzgado de lo Penal no ha obviado la fecha de firmeza de esta resolución, a la que expresamente se alude y no desvirtúa las consideraciones que vienen a reforzar su línea de razonamiento deductivo, al identificar en el contenido de esta frase, expresiones amenazantes que claramente se dirigen a una persona, referidas a su familia, todo ello en el contexto de violencia precedente, con relación a su expareja y con expresión de un dato concreto, el de los seis meses de plazo, coincidente con dicho dato objetivo”.

Continúa diciendo: “...En cuanto al primero de los delitos, las frases que difunde el acusado a través de su estado de WhatsApp, contienen expresiones que el acusado dirige refiriéndose directamente a su expareja con el anuncio de “despedazar” a su

familia. En la misma frase se hace mención al plazo de la prohibición de aproximación impuesta en una sentencia anterior, respecto de hechos de los que fueron víctimas los progenitores de la denunciante ...la inserción de este mensaje, con las expresiones descritas, se hizo con intención de intimidar y dañar el sentimiento de tranquilidad y la seguridad de la destinataria del contenido de estas frases. **El anuncio público, por medio de la declaración de estado en una red social, constituye una acción que desde luego pone en riesgo el sentimiento de libertad y seguridad de la víctima, persona a quien se dirigen las expresiones amenazantes y que, en este caso, ha tenido directo acceso a su contenido, aunque también podría haber tenido noticia de la misma, indirectamente, a través del conjunto de usuarios del sistema que pudieran tener acceso a estas manifestaciones amenazantes vertidas por el encausado”**

Respecto a los destinatarios del estado amenazante de WhatsApp refirió: “...los hechos probados de la sentencia exponen que el acusado ha hecho uso del estado de WhatsApp, insertando en el mismo frases que contienen mensajes dirigidos a concretas personas. Respecto de uno de ellos, la sentencia afirma que fue dirigido a Z., con quien tiene prohibida las comunicaciones, por cualquier medio. En el supuesto tratado, la frase redactada por el acusado tiene un claro destinatario, publicada por el medio indicado, sin que el acusado hubiera siquiera bloqueado su acceso a la denunciante. Los hechos ponen de manifiesto que el acusado utilizó este procedimiento para emitir estos mensajes, dirigidos a su expareja, sin que, como se afirma en la resolución recurrida, la utilización de este procedimiento, a modo de subterfugio, le permita eludir el rigor de las prohibiciones impuestas que como ya se ha expuesto se extienden a toda clase de comunicación. **Es el propio acusado quien intencionadamente modifica su estado e introduce las expresiones dirigidas a transmitir un mensaje (en este caso las amenazas vertidas) a su expareja, asumiendo su difusión”.** (el resaltado me pertenece).

SAP Z 1792/2015 ECLI:ES: APZ: 2015:1792, donde los hechos resueltos están relacionados con el acoso a una expareja mediante la publicación de fotos y mensajes en el estado de WhatsApp para que fueran vistos por la actual novia de la ex pareja. Se trata de la resolución de un recurso de apelación que confirma la sentencia condenatoria contra M. V. como autora criminalmente responsable de coacciones. En su recurso, la defensa argumentó que era el denunciante quien

estaba controlando los estados de WhatsApp de la recurrente, y que los mismos no constituyen mensajes ni comunicaciones dirigidas a alguien en particular.

El tribunal desestimó dicho recurso, en base a los siguientes argumentos: “..., el llamado estado de WhatsApp es simplemente eso, el contenido del mismo en un determinado momento y al que tienen acceso las personas que en aquel grupo participan. Por lo tanto, los argumentos de la recurrente intentando explicar algo tan banal como lo es que no se trata de mensajes o correos, carecen de toda consistencia, pues al tener acceso a su contenido todas las personas integrantes del grupo y que se supone que acceden al mismo con frecuencia (de lo contrario carecería de sentido la formación de tales grupos o sus miembros se borrarían del mismo) **es obvio que quien inserta un nuevo comentario, noticia, video, foto o cualquier otro material lo hace para que los demás miembros tengan acceso al mismo.** Ello es lo que parece suceder en el caso presente, pues, aunque el denunciante se había borrado del grupo, su novia o actual compañera sentimental seguía en el mismo, **hecho conocido por la recurrente quien a través de esta última transmitía los mensajes o comentarios inquietantes a su ex pareja sentimental.** Las explicaciones dadas por la recurrente en el acto de la vista en el sentido de que se trataba de “casualidades” son del todo inverosímiles e increíbles y ello ante la evidencia de que a través de los estados de WhatsApp se estaban transmitiendo situaciones a tiempo real, y no en una sino en cuatro concretas ocasiones tal y como de los hechos probados se desprende” (el resaltado me corresponde).

STS 2329/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:2329. En este caso, examinaré un hecho que, aunque ocurrió en otra red social, resulta relevante debido al uso compartido de las redes y al argumento presentado por la defensa, que sostiene que la interfaz de la red no permite bloquear a ningún usuario. El Tribunal Supremo ratifica la sentencia que condena a D.I. como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

Hechos: Estando vigente dicha prohibición, y entre los días 7 de enero de 2016 y 19 de abril de 2016, D.I. escribió, en su página de la red social Google+, los siguientes textos: “si Dios quiere este año si habrá Navidad... una mierda pa mi el final sin nochebuena ni Navidad ni fin de año ni reyes con mis hijos... Ya todo me da igual sin ellos”; “Me ha costado muchísimo, pero esta hecho... Conseguí reunirlo. Ahora

no se como pasare el mes porque no me queda nada... nada nada. Solo la esperanza me mueve... Aun mantengo mucha esperanza”; “mañana 589 días...”Ya nada de nada eh... muy bien”; “Espero tu llamada por favor”; “Me puedo morir de asco para saber que tiene mi hijo. Ya esta bien no? Llevo desde el jueves asi sin saber nada”; “Por favor!”.

I. escribió dichos textos en su página de la red social Google+ a sabiendas de que A. también estaba unida a dicha red social, de que en dicha red no resulta posible bloquear a ningún usuario, y de que a A. le llegarían notificaciones de dichos textos.

La defensa planteó un recurso de casación motivado en dos aspectos: las bases probatorias de la autoría (rechazado in limine) por un lado, y por el otro el argumento central que anima el motivo, que está relacionado con la propia configuración de la interfaz de la red Google+ que, conforme describe la defensa, no permite bloquear a ningún usuario, de suerte que cuando se “*..desarrolla cualquier pensamiento, o cualquier dibujo, o felicitación generalizada por cualquier evento no se dirige personalmente a sujeto concreto alguno, sino que lo hace dentro de la generalidad de lo que es el desarrollo de la configuración del menú donde desarrolla los contenidos*”. Conforme a esta idea, sigue razonando la defensa, “*..que el usuario de la red social pueda tener conocimiento de que en la misma “voluntariamente” pueda estar incluida una persona con la que le es vedado comunicar directamente por una orden judicial, resulta materialmente imposible acreditar que dicho sujeto, en este caso el recurrente cuando generaliza pensamientos propios o ajenos o emite comentarios sobre asuntos o sobre temas generales ajenos a él, sin perjuicio de que puedan ser leídos por todos los usuarios de la red social, no quiere esto decir que dicho sujeto tenga intención directa y a sabiendas de comunicar con la persona hacia la que se le ha prohibido dirigirse personalmente por cualquier medio electrónico*”. Quiere esto decir que aun cuando alguno de estos “*pensamientos sobre la existencia de sus hijos y de la propia madre de ellos*” (sic), llegaran a ser conocidos por ella, en ningún caso reflejaban una intención de comunicarse directamente con la afectada. Esa comunicación directa habría hecho necesario invadir la intimidad de la denunciante, cosa que no llegó a suceder. Habría bastado -sigue razonando la defensa- que la denunciante se hubiera dado de baja de la red social para obviar cualquier acontecimiento que D.I. hubiera incorporado a la red social

de la que ambos participaban. Es más, sólo el seguimiento exhaustivo del perfil de Iván por parte de su expareja podría dar como resultado que dichos textos llegaran a ser conocidos por ella.

El tribunal desestimó el recurso en base a las siguientes consideraciones: “...Esta adición estaba justificada -según razonó el órgano de apelación- por el hecho de que **no existía la más mínima duda acerca de la autoría del acusado respecto del mensaje y de la condición de A. como destinataria única de su contenido**”; “...aunque es cierto que la denunciante podría haber bloqueado la comunicación con el acusado y que mal se compadece que no lo hiciera cuando ya había recibido y denunciado anteriormente otras comunicaciones, en ningún caso afecta, altera ni elimina la responsabilidad del acusado, que era quien debía respetar la prohibición impuesta”.

En estrictos términos de tipicidad, frente a las alegaciones del recurrente que sostiene que nunca tuvo intención de violentar la intimidad de su expareja, la Sala quiere dejar constancia de que el delito de quebrantamiento de medida cautelar castigado en el art. 468.2 del CP no incorpora en el tipo subjetivo una voluntad encaminada a erosionar la intimidad de la persona para cuya defensa ha sido dictada la prohibición de comunicarse con su agresor. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes: “... el tipo objetivo de este delito, como dice la STS 778/2010, 1 de diciembre, sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima. Otra interpretación del tipo objetivo contenido en el artículo 468.2 del Código Penal sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida. **El tipo subjetivo implica el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta no incumple**” (STS 675/2013, 21 de junio)

La estructura típica, pues, no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima.

Las redes sociales - Google+, o cualquiera otra más activa y extendida, **no pueden servir de escudo para incorporar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, escondan un recordatorio a una persona protegida por decisión jurisdiccional.**

Lo verdaderamente determinante no es frente a lo que alega la defensa que los “pensamientos o reflexiones” deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, **sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento.** Es evidente que ese destinatario ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional.

Y para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario.

El uso masivo de las redes sociales y la rápida difusión exponencial de su contenido no debilita, sino que refuerza, el elemento subjetivo del delito, es decir, el conocimiento de que esas palabras llegarán a la persona protegida. El autor es consciente o se representa que el mensaje que infringe la prohibición puede llegar, de una manera u otra, a su destinatario.

De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no “...haber bloqueado la comunicación con el acusado”. **La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos,** de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. **Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.** (los resaltados me pertenecen).

Al analizar los casos planteados hasta ahora, puedo concluir de manera afirmativa respecto a las primeras preguntas planteadas. Coincido con los fallos citados en los que se establece que efectivamente se pueden cometer delitos a través de los estados de WhatsApp, y, además, es un medio por el cual puede perpetrarse violencia de género digital.

Para responder a la tercera pregunta sobre cómo debemos probar los delitos de violencia de género digital cometidos a través de los estados de WhatsApp, es importante considerar la temporalidad de los estados y su capacidad de ser eliminados por el autor. Por lo tanto, resulta crucial preservar la evidencia digital, la cual será considerada admisible judicialmente si cumple con tres requisitos: licitud, autenticidad e inalterabilidad.

La licitud referida a que sea obtenida sin vulnerar ninguna garantía constitucional. La autenticidad de la prueba, en este sentido nos referimos a quién ha sido el autor. Inalterabilidad en el sentido que la evidencia no haya sido manipulada, modificada o alterada, desde su incorporación desde la obtención hasta el momento de ser aportada al proceso. En el caso de capturas de pantalla será indispensable tomar los resguardos para acreditar su autenticidad.

Por último, es imprescindible acreditar que estas expresiones, amenazas o prohibiciones de comunicación tenían un destinatario unívoco y para ello debe prestarse debida atención al contexto del mensaje, su contenido, términos, expresiones y todo elemento que nos permita vincularlo a la víctima.

3. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado podemos concluir que pueden cometerse y acreditarse hechos delictivos cometidos mediante los estados de WhatsApp.

Los estados de WhatsApp son un medio utilizado para efectuar expresiones injuriantes, descalificantes, amenazar a exparejas o desobedecer órdenes judiciales que imponen restricciones de comunicación con la excusa de que son manifestaciones generales.

La violencia de género digital expresada a través del ciberacoso supone una forma de limitación de la libertad que genera dominación y relaciones desiguales entre hombres y mujeres que tienen o han tenido una relación afectiva; supone una dominación sobre la víctima mediante estrategias humillantes que afectan a la privacidad e intimidad.

Estos actos atentan contra la tranquilidad personal de la víctima y obstaculizan su capacidad para llevar una vida normal, entendida como su derecho a comportarse y moverse libremente sin ser intimidada por las amenazas recibidas.

En este sentido, entiendo que la víctima en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar de prohibición de comunicación no debe ni tiene la obligación de desconectarse de las redes sociales, sino que por el contrario el condenado o acusado (en su caso) y destinatario de la prohibición es el que debe adoptar todas las medidas indispensables para que no haya ningún tipo de comunicación con la damnificada.

Si bien es cierto que debemos demostrar que esa expresión estaba inequívocamente dirigida hacia la víctima, también es cierto que la tecnología ha proporcionado a los agresores nuevas formas de acosar y perturbar a sus exparejas, incluso en el lugar que debería ser más seguro para ellas: su hogar.

Considerando que los estados de WhatsApp son publicaciones temporales de 24 horas de duración, pudiendo ser eliminadas en cualquier momento por el autor sin que de ello quede evidencia en su dispositivo informático, es imprescindible preservar la evidencia digital, como también acreditar su licitud, autenticidad e inalterabilidad para su correspondiente incorporación y valoración en un proceso judicial.

Teniendo en cuenta que los agresores a menudo intentan encubrir sus acciones mediante excusas genéricas, cuando en realidad su único propósito es perturbar, acosar, amenazar a la víctima o incumplir con órdenes judiciales. El objetivo principal de este trabajo fue analizar la jurisprudencia para demostrar que es posible acreditar la comisión de delitos perpetrados a través de este medio, con el fin de que pueda ser útil en la labor diaria.