

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PREVIAS	7
ABREVIATURAS	19

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL EN LA ERA DIGITAL

§ 1. Introducción	23
§ 2. El proceso penal en la era de la ansiedad	25
§ 3. Posverdad, metaverso y proceso	27
§ 4. Privacidad, intimidad y secreto en las comunicaciones	28
§ 5. Privacidad. Extensión	30
§ 6. Intimidad. Alcances	35
§ 7. Intimidad y responsabilidad en el uso de las redes	38
§ 8. Privacidad en las redes. ¿Libertad o dignidad?	39
a) Privacidad como libertad	40
b) Privacidad como dignidad	40
c) La privacidad en las redes	41
§ 9. Secreto en las comunicaciones	42
§ 10. Contenido de las comunicaciones	44
§ 11. Requisitos para la protección de la comunicación	45
§ 12. Extensión del secreto de la comunicación	45
§ 13. Comunicación y conversación como objetos de protección	46
§ 14. Personas protegidas	47
§ 15. Extensión de la protección constitucional hacia otros datos	47
§ 16. Reforma del Código Penal. Ley 26.388	48
§ 17. Derecho a la propia imagen	50
§ 18. Derecho a la autodeterminación informática	51
§ 19. Derecho al olvido y motores de búsqueda	53
§ 20. Hiperconexión y privacidad	55
§ 21. Evidencia digital y garantías constitucionales	57
§ 22. Evidencia, entorno e investigación digital	62

§ 23. Prueba digital. Definición. Alcances	65
§ 24. Evidencia electrónica	67
§ 25. Internet, fuente o medio de prueba	68
§ 26. Hecho y expresión del hecho electrónico	68
§ 27. Características de la evidencia digital	69
a) Deslocalización	69
b) Masividad	70
c) Generación y almacenamiento	70
d) Fragilidad y volatilidad	71
e) Replicable	72
§ 28. Problemas que presenta la evidencia electrónica y digital	73
§ 29. Protocolo de intervención y cadena de custodia de la evidencia digital	74
a) Formulario de cadena de custodia	81
b) ¿La omisión de aplicar el Protocolo genera la exclusión de las pruebas digitales?	82

CAPÍTULO II

**INTERCEPTACIÓN E INTERVENCIÓN
DE COMUNICACIONES**

§ 30. Alcances de la Interceptación e intervención de comunicaciones	87
§ 31. Principios que guían la intervención en las comunicaciones	89
a) Principio de legalidad	89
b) Principio de jurisdiccionalidad	90
c) Principio de exclusividad probatoria	90
d) Principio de excepcionalidad	91
e) Principio de proporcionalidad	91
f) Principio de limitación subjetiva	92
g) Principio de limitación objetiva	92
§ 32. Requisitos para la intervención telefónica	93
a) Resolución judicial fundada	93
b) Solicitud judicial	98
c) Plazo de intervención	98
d) Investigación criminal	99
e) Solo dirigida a elementos de interés para la investigación	101
f) Hallazgos ocasionales	102
g) Alcances	103
h) Control	104
i) Tratamiento probatorio	104
j) ¿Escuchas predelictuales?	105
§ 33. Escuchas obtenidas sin orden judicial	105
§ 34. Requisitos para la intervención telefónica según la Corte Suprema	106
§ 35. Puesta a disposición de la defensa de las escuchas obtenidas	107
§ 36. Requisitos para la intervención telefónica en el TEDH	108
a) Legalidad	109

b) Necesidad	111
c) Proporcionalidad	112
§ 37. Evolución de la jurisprudencia del TEDH	113
a) Restricción legal del secreto. Caso «Klass v. Alemania»	113
b) Regulación legal precisa. Caso «Malone v. Reino Unido»	114
c) Regulación legal. Hallazgo casual. Caso «Kruslin v. Francia»	114
d) Legitimación. Caso «Lambert v. Francia»	115
e) Uso de escuchas de otro proceso. Caso «Matheron v. Francia»	116

CAPÍTULO III

**ADMISIÓN DE PRUEBA DIGITAL. REGULACIÓN.
ESTRATEGIAS DE ADMISIÓN**

§ 38. Regulación procesal de la evidencia electrónica y digital	117
— Libertad probatoria. Injerencias. Analogía	125
§ 39. Estrategias de admisión	131
a) Introducción. Lo que sucede en línea no permanece en línea	131
b) Era digital y «tiro al pichón». Cuando «más es menos»	132
c) Derecho a no declarar contra sí mismo (¡y el celular tampoco!)	135
d) Tipos de evidencia. Registros. «Testigos silenciosos». Exhibición	137
1. Evidencia material y demostrativa	138
2. «Testigos silenciosos». Autenticación. Regla de rumores	140
3. Registros creados para el juicio o almacenados previamente	141
4. Evidencia intangible. Exhibición	143
5. Control sobre el método que hace posible la exhibición	146
e) ¿Existen reglas para la admisión de evidencias digitales?	147
f) Admisión en clave de legalidad y utilidad. «Vayamos a los bifés»	149
g) «Test de suficiencia». Autenticación y acreditación. Distinción	150
1. Distinción entre autenticidad y acreditación	151
2. ¿Qué significa autenticar?	153
3. ¿Cuál es el estándar? Test de suficiencia	154
4. Síntesis	155
h) Autenticación en códigos procesales y leyes de jurados	158
i) Síntesis del proceso de admisión	161
1. Relevante	161
2. Legal	162
3. Acreditada	169
4. Incontrovertida	169
5. Acordada	169
6. Ética	169
7. Admitida	173
j) Exigencias en la admisión de evidencias según la etapa del proceso	174
1. Durante la investigación	174
2. Admisión con miras al juicio	175
3. Admisión durante el juicio. «Sentar las bases»	175

k) Control de autenticidad «stricto sensu» en las comunicaciones	178
1. Autenticidad en el origen y conexión con el autor	179
2. Autenticidad en el destino. Conexión con el receptor	181
3. Integridad en el contenido	181
4. Integración con la hipótesis de trabajo	182
5. Presentación de copias	182
l) Objeciones al ingreso de la evidencia. Motivos y fundamentos	183
1. Relevancia	183
I. Peligro de daño potencial. Juicio de proporcionalidad	184
II. Relevancia condicional	186
2. Legalidad	186
3. Origen	186
4. Ajenidad	187
5. Autenticidad	187
6. Custodia	187
7. Proporcionalidad	188
8. Prueba de oídas	188
m) Procedimiento y efectos de la objeción	192
n) Síntesis del proceso de autenticación e ingreso	193

CAPÍTULO IV

LA ADMISIÓN DE PRUEBAS DIGITALES EN LA PRÁCTICA.

LA AUTENTICACIÓN COMO CONDICIÓN SUSPENSIVA PARA EL INGRESO DE LA EVIDENCIA DIGITAL

§ 40. Introducción	195
§ 41. Comunidad en línea. Interacción y contexto «versus» actos aislados	197
§ 42. Los metadatos como testigos imparciales y silenciosos	198
§ 43. Ingreso de mensajes, fotos y videos. Aspectos prácticos	201
§ 44. Autenticación como condición suspensiva	201
§ 45. Requisitos de admisión	202
§ 46. Casuística	204
a) Fotos y videos	204
b) Filmaciones	207
c) Mensajes	209
d) Llamados al 911	210
e) Imágenes y comentarios obtenidos de redes sociales. Cuenta pública y privada	210
f) Identificación. Información obtenida en Facebook. Intimidad. Ausencia de protección	215
g) Uso de un «enrutador» público	216
h) Uso de emoticones	217
i) Autoría. Atribución mediante indicios	219
§ 47. Admisión de conversaciones, llamadas y otras comunicaciones	221
§ 48. Correos electrónicos. Conservación del dispositivo. Cadena de custodia	222

§ 49. Casos para ejercitación. Examen en juicio. Admisión	222
a) Primer caso. Examen en juicio. Mensajería instantánea	222
1. Interrogatorio. Víctima que declara. Llamada telefónica. Amenazas	223
2. Interrogatorio. Víctima que declara. Llamada telefónica. Amenaza anónima, sujeto conocido	225
3. Interrogatorio. Víctima que declara. Llamada. Amenaza anónima	226
4. Interrogatorio. Víctima que declara. Mensajería instantánea. Mensajes de voz o escritos	227
b) Segundo caso. Correos electrónicos. Admisión. Estándar. Alternativas	229
1. Postura del fiscal	230
2. Postura de la defensa	230
3. Resolución	230
§ 50. Admisión de prueba digital. Estados Unidos de América	231
a) Introducción	231
b) Pautas de admisión de la evidencia digital	233
c) Regla de la mejor evidencia	236
d) Error en la admisión de evidencia digital. Efectos	236
e) Síntesis del esquema de autenticación	238
§ 51. Jurisprudencia destacada	238
a) Mensajes del celular incautado	239
b) Correos electrónicos	240
c) Mensajes y fotos. Autenticación	241
d) Acceso a la cuenta de un «amigo» para obtener información. Privacidad e Intimidad	241
e) Utilización de «tweets»	244
f) Comunicación mediante Twitter	245
g) Uso de conversaciones e imágenes obtenidas en redes	245
§ 52. Publicaciones en Facebook. Análisis de casos	249
a) Uso compartido del dispositivo	249
b) Autenticación por parte de la empresa	249
c) Titular de la cuenta. Circunstancias particulares. Prueba	250
d) Adjudicación de la cuenta. Omisión de autenticar	252
e) Autenticación. Perfil, publicaciones. Características distintivas	253
1. Obtención de la evidencia digital de las redes	256
2. Oposición a la admisión de la evidencia digital	257
3. Confrontación de expertos utilizando la evidencia digital	257
4. Uso de evidencia digital para afirmar el veredicto	258
5. Autenticación de la evidencia digital	258
f) Acceso a la cuenta por terceros. Uso en contra de la titular	261
g) Cadena de custodia de la evidencia digital	261
h) Estándar de admisión de la evidencia digital	262
i) Imágenes mejoradas digitalmente	263
j) Identificación mediante imagen mejorada	266
k) Huellas digitales mejoradas mediante un «software»	267
l) Mejora de sonidos. Eliminación de ruidos	268

m) Registros informáticos. Curso regular del negocio	269
o) Copias	271
§ 53. Jurisprudencia del Reino de España	272
a) Introducción	272
b) Jurisprudencia destacada	272
1. Legalidad	272
2. Carga de autenticación	273
3. Intervención de un notario	274
4. Naturaleza jurídica del «pantallazo». Autenticación	274
5. Pantallazo de WhatsApp. Falta de autenticación. Prueba ilícita	277
6. Ausencia de presunción contraria a la autenticidad	281
7. WhatsApp. Ausencia de pericia. Prueba por otros medios	283
8. WhatsApp. Pantallazos. Exhibición a terceros. Legalidad	285
9. Silencio del acusado respecto de las imágenes	286
10. Mensajería de Facebook	287
11. Mensajería. Redes sociales. Tribunal Supremo de Galicia	288
12. Síntesis de la jurisprudencia española	288
13. ¿Las cámaras de videovigilancia violan el derecho a la intimidad?	289
I. Medidas de protección ciudadana e investigación del delito	290
II. Lugar en donde se instalan las cámaras	290
III. Uso de las imágenes obtenidas y derecho a la intimidad	290
IV. Vídeo. Autenticación. Utilización en juicio. Valor	293
14. Agente encubierto digital. Prevención y vigilancia en la red	294
I. Naturaleza jurídica	294
II. Contactos previos. Organización. Autorización	294
15. Control a empleados. Acceso a dispositivos en el trabajo	295
16. Distinción entre el acceso del empleador y agentes públicos	299
17. Derecho a la intimidad en la relación de trabajo	300
18. Privacidad y controles en el trabajo. Juicio «ex ante»	305
19. Prueba ilegal. Invalidez. Finalidad	307
20. Prueba ilegal. Efectos. Supresión	308
21. Prueba ilegal. Planteo entre particulares	309
22. Distinción entre secreto en las comunicaciones e intimidad	310
23. Intervención telefónica. Fundamentos para su dictado	312
24. Obtención de dirección IP	315
25. Difusión de material pornográfico. Dolo. Prueba	317
§ 54. Jurisprudencia de Colombia	319
a) Introducción	319
b) Prueba electrónica. Alcances	320
c) WhatsApp. Naturaleza	321
d) WhatsApp. Valor probatorio	321
e) Capturas de pantalla. Indicio	321
f) Captura de pantalla. Naturaleza	322
g) WhatsApp. Autenticidad	322
h) Síntesis	323

CAPÍTULO V

PRUEBA DIGITAL OBTENIDA DE MANERA ILEGAL

§ 55. Prueba ilegal. Concepto y alcances	325
§ 56. La exclusión probatoria	328
a) Los alcances de la regla de exclusión en nuestro país	330
b) Excepciones a la regla de exclusión probatoria	332
1. La actuación de buena fe	333
2. Datos que benefician al imputado	334
3. Prueba obtenida a partir de una fuente independiente	334
4. Descubrimiento inevitable	336
5. Prueba de fuente autónoma	336
§ 57. Supuestos frecuentes de violación a garantías fundamentales	337
§ 58. Prueba obtenida por particulares	338
a) Alemania	339
b) España	340
c) Los Estados Unidos de América	343
d) Toma de posición	345
1. El efecto disuasorio solo aplica a funcionarios estatales	345
2. La exclusión de prueba con base en la protección de derechos subjetivos	347
3. Obtención de pruebas mediante excepciones a la regla de exclusión	348
4. Prueba obtenida mediante el consentimiento de uno de los comunicantes	349
5. Prueba obtenida por uno de los comunicantes	349
6. Autorización a un agente para grabar la comunicación	351
7. Prueba obtenida por particulares. Tutela judicial efectiva	351
8. Conclusión	353
§ 59. Prueba obtenida por particulares. Herramientas. Síntesis	354
§ 60. Prueba ilegal. Jurisprudencia vinculada	355
a) Prohibición de aprovechamiento de prueba ilegal	355
b) Supresión mental hipotética. Subsistencia de otras pruebas	356
c) Testigo de identidad reservada	357
d) Prueba aportada por parte de la madre del imputado	358
e) Allanamiento. Regla de exclusión. Invalidez	358
f) Excepción a la regla de exclusión. Vía independiente	359
g) Prueba ilegal	360
1. Motivación arbitraria	360
2. Demostración de la afectación a una garantía	363
h) Extorsión telefónica. Omisión de realizar peritaje de voz de la sospechada	367

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DE CASOS

§ 61. Jurisprudencia argentina	369
a) Responsabilidad por lo publicado en los motores de búsqueda	369

b) Intervención telefónica, denuncia anónima	372
c) Datos obtenidos del celular	373
d) Injerencia. Restricción mediante ley	376
e) Razonabilidad de la intervención telefónica	377
f) Protección constitucional de contactos, mensajes y datos del celular	379
g) Acceso a información del teléfono de la víctima. Delegación de las facultades de investigación	381
h) Grabación de conversaciones entre presentes	382
i) Transcripciones de intervención telefónicas	382
j) Escuchas. Nuevos delitos	383
k) Intervención telefónica. Narcotráfico	384
l) Intervención telefónica. Resolución fundada	386
m) Requisa. Orden judicial. Ausencia de testigos	389
n) Denuncia anónima	389
ñ) Escuchas telefónicas. Valor probatorio	390
o) Intervención telefónica. Excursión de pesca. Nulidad	391
p) Localización y datos del celular pedido por el fiscal	393
q) Llamadas entrantes y salientes. Autorización judicial	393
r) Intervención telefónica y de «e-mails». Denuncia anónima. Validez	394
s) Datos de tráfico. Autorización judicial	395
t) Publicaciones de Facebook utilizada como prueba	398
u) Utilización de un dron en la investigación. Exclusión probatoria	398
v) Acreditación de una filmación. Evidencia material y demostrativa	400
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	403