

RUBÉN A. CHAIA

# Técnicas de litigación penal

ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

3

## TESTIMONIOS ESPECIALES. CÁMARA GESELL INVESTIGACIÓN PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

TESTIMONIO, OLVIDO Y VERDAD. MEMORIA, RECUERDO Y SUGESTIÓN.  
CREDIBILIDAD DEL TESTIGO Y DEL TESTIMONIO. TEST DE VALIDACIÓN.  
NEUROCIENCIAS. DERECHO A CONFRONTAR AL TESTIGO VS. CÁMARA GESELL.  
EVIDENCIA ELECTRÓNICA Y DIGITAL, INCORPORACIÓN AL JUICIO.  
CASOS CONFLICTIVOS. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA  
EN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA

1ª EDICIÓN

h

**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

## ÍNDICE GENERAL

<b>ABREVIATURAS</b>		<b>17</b>
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>TESTIMONIOS ESPECIALES.</b>		
<b>CÁMARA GESELL. RECUERDO,</b>		
<b>MEMORIA Y NEUROCIENCIAS</b>		
§ 1.	Víctimas especialmente vulnerables	11
a)	El derecho de los niños a ser oídos en el proceso penal	24
b)	Recalculando el rol de las víctimas en el proceso	26
c)	Testigos menores de edad	32
§ 2.	Testimonio	35
a)	Credibilidad y contexto histórico	35
b)	Testimonio y neurociencia	39
c)	Concepciones sobre la memoria	42
1.	¿Qué es la memoria? ¿Para qué sirve?	45
2.	Memoria de corto plazo y memoria de largo plazo	51
3.	Memoria perceptiva y memoria motora	53
4.	La memoria como interpretación y construcción	54
5.	¿Es posible implantar un recuerdo?	57
I.	El guion o «script» como indicio de falsa memoria	61
II.	¿Cuál es el origen de las falsas memorias?	61
6.	Memoria y recuerdo	64
I.	El olvido	66
II.	¿Es posible recordar?, ¿por qué olvidamos?	69
III.	Pérdida de información durante el proceso de atención y percepción	71
IV.	De qué forma recuperamos un recuerdo	72
V.	Memoria autobiográfica	73

VI. Recuperación de la memoria autobiográfica .....	74
VII. Factores que influyen en la exactitud de los testigos .....	74
d) Credibilidad del testigo y del testimonio .....	75
1. Testimonio, olvido y verdad .....	77
2. Recuerdo, engaño e intención .....	79
3. Memoria, recuerdo y sugestión .....	80
4. ¿Fotos de recuerdos o recuerdos de fotos? .....	84
5. Memoria y «efecto Google» .....	85
e) ¿Tiene capacidad el menor para inventar una declaración? .....	86
1. Influencia de padres y entrevistadores en la declaración .....	87
2. Superhéroes sí, víctima no. Imaginación, relato y percepción .....	91
3. Falsa memoria y abuso sexual infantil .....	93
f) Respuestas habituales en los juicios .....	95
g) Testimonio del terapeuta .....	97
h) Influencia del sistema judicial en el recuerdo .....	98
1. ¿Cómo influye la pregunta sugestiva? .....	100
2. Entrevista. Orden de las preguntas al menor .....	102
i) Las manifestaciones o síntomas del abuso .....	103
1. Efectos psicológicos que puede ocasionar el abuso sexual .....	107
2. Abuso intrafamiliar y perfil de familia .....	109
3. Tipos de victimización .....	110
I. Victimización primaria .....	111
II. Victimización secundaria .....	111
III. Victimización terciaria .....	113
j) Criterios asociados con la credibilidad del testigo .....	113
1. Estudios basados en cambios fisiológicos .....	114
2. Factores conductuales, no verbales de credibilidad .....	117
3. Criterios utilizados en el análisis de conductas no verbales .....	118
I. Características de la conducta no verbal .....	121
II. Principios de la comunicación no verbal .....	121
4. Análisis de los contenidos verbales .....	122
5. Criterios asociados con la credibilidad del testimonio .....	124
k) Estudios sobre la confianza en el CBCA .....	125
1. La edad de los niños y los criterios del CBCA .....	126
2. Evaluación de validez de declaraciones .....	126
3. Criterios de evaluación del testimonio .....	128
4. Criterios configuradores de validez del testimonio. CBCA .....	130
5. Valoración del CBCA .....	133
6. Método para calificar el informe .....	134
7. Lista de validez. Criterios externos a la declaración .....	135
8. Dictamen final del experto .....	137
§ 3. Regulación de la testimonial rendida en Cámara Gesell .....	139
a) Cámara Gesell: ¿menor versus imputado? .....	141
b) Testimonial en Cámara Gesell .....	148
c) Etapas de la entrevista .....	151

1. Fase introductoria .....	151
2. Fase de transición .....	153
3. Fase de obtención del relato .....	153
d) Entrevista. Acceso a las actuaciones previas .....	155
e) El entrevistador .....	156
f) La forma en que debe realizarse la entrevista .....	157
g) Principios que guían la Cámara Gesell .....	158
h) Problemas que puede generar la Cámara Gesell .....	159
i) Importancia de la testimonial en Cámara Gesell .....	160
j) Cámara Gesell y prueba anticipada .....	162
k) Menor que alcanza la mayoría de edad en la etapa de juicio .....	166
l) Testimonial del psicólogo en debate .....	167
m) ¿Alcanza con que no se detecten motivaciones para fabular? .....	168
n) Puntos más relevantes para advertir una declaración falsa .....	170
o) Críticas sobre el procedimiento y las conclusiones .....	173
p) Limitaciones de la Cámara Gesell .....	174
§ 4. El juez ante la credibilidad del testigo y la valoración del testimonio .....	175
a) Testimonio, juez y jurado .....	177
b) Tipo de hecho y memoria del testigo .....	178
c) Los llamados datos «objetivos» del abuso .....	178
d) Reiteración de hechos y recuerdo .....	181
e) ¿Cómo se recuerdan las conversaciones? .....	181
§ 5. Cámara Gesell y derecho a confrontar en la jurisprudencia de los EE.UU. ....	183
§ 6. Declaración de las víctimas en nuestra jurisprudencia .....	186
1. Retracción o cambio de declaración .....	186
2. Retracción por medio de cartas .....	188
3. No reconocimiento de la víctima como tal .....	188
4. Retiro del imputado en la Sala de audiencia .....	189
5. Cuestionamiento a la entrevista .....	190
6. Negativa a convocar al menor a debate. Pedido de nulidad .....	191
7. Dichos de la víctima. Coherencia en el relato .....	192
8. Discrepancias con lo declarado anteriormente .....	195
9. Informes médicos .....	196
10. Propósito de la Cámara Gesell .....	196
11. Valoración del testimonio. Inmediación del tribunal .....	198
12. Valoración del informe psicológico .....	199
13. Indicadores de abuso. Informes escolares. Excesivo control .....	202
14. Demora en denunciar el abuso .....	202
15. Valor del informe genético. ADN .....	202
16. Imposibilidad de realizar la Cámara Gesell .....	203
17. Cámara Gesell. Anticipo jurisdiccional de prueba. Apelación .....	204
18. Cámara Gesell. Omisión de notificar a la defensa .....	208
19. Cámara Gesell v. intermediación .....	211
20. Valor del informe vertido por el profesional tratante .....	213
21. Derecho del imputado a estar presente o seguir el desarrollo de la Cámara Gesell .....	214
22. Tensión entre los derechos de la víctima y el imputado .....	220

## CAPÍTULO II

**INVESTIGACIÓN PENAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS.  
INTERVENCIÓN TELEFÓNICA. EVIDENCIA DIGITAL**

§ 7. Introducción .....	225
§ 8. Privacidad, intimidad y secreto en las comunicaciones .....	227
a) Privacidad .....	228
1. Extensión .....	228
2. Privacidad en las redes. ¿Libertad o dignidad? .....	233
I. Privacidad como libertad .....	234
II. Privacidad como dignidad .....	234
III. La privacidad en las redes .....	235
b) Intimidad .....	235
1. Alcances .....	235
2. Intimidad y responsabilidad en el uso de las redes .....	238
c) Secreto en las comunicaciones .....	239
1. Contenido de las comunicaciones .....	242
2. Requisitos para la protección de la comunicación .....	242
3. Extensión del secreto de la comunicación .....	243
4. Comunicación y conversación como objetos de protección .....	243
5. Personas protegidas .....	244
§ 9. Extensión de la protección constitucional hacia otros datos .....	244
a) Reforma del Código Penal. Ley 26.388 .....	245
b) Derecho a la propia imagen .....	247
c) Derecho a la autodeterminación informática .....	248
d) Derecho al olvido y motores de búsqueda .....	250
e) Hiperconexión y privacidad .....	251
§ 10. Evidencia digital y garantías constitucionales .....	254
a) Evidencia, entorno e investigación digital .....	259
b) Evidencia digital .....	261
c) Evidencia electrónica .....	262
d) Internet fuente o medio de prueba .....	263
e) Hecho y expresión del hecho electrónico .....	263
f) Características de la evidencia digital .....	264
g) Problemas que presenta la evidencia electrónica y digital .....	266
h) Regulación procesal de la evidencia electrónica y digital .....	267
i) Libertad probatoria, medios e injerencias. Analogía y nuevas tecnologías .....	273
j) Protocolo de intervención y cadena de custodia de la evidencia digital .....	278
k) Incorporación de evidencia digital en juicio .....	285
§ 11. Interceptación e intervención de comunicaciones .....	291
a) Principios que guían la intervención en las comunicaciones .....	293
1. Principio de legalidad .....	293
2. Principio de jurisdiccionalidad .....	294
3. Principio de exclusividad probatoria .....	294
4. Principio de excepcionalidad .....	295
5. Principio de proporcionalidad .....	295

6. Principio de limitación subjetiva	296
7. Principio de limitación objetiva	296
b) Requisitos para la intervención telefónica	296
1. Resolución judicial fundada	297
2. Solicitud judicial	300
3. Plazo de intervención	301
4. Investigación criminal	301
5. Solo dirigida a elementos de interés para la investigación	302
6. Hallazgos ocasionales	303
7. Alcances	304
8. Control	305
9. Tratamiento probatorio	305
10. ¿Escuchas predelictuales?	306
c) Escuchas obtenidas sin orden judicial	306
d) Requisitos para la intervención telefónica según la CSJN	307
e) Requisitos para la intervención telefónica en el TEDH	308
1. Legalidad	309
2. Necesidad	311
3. Proporcionalidad	312
f) Evolución de la jurisprudencia del TEDH	313
1. Restricción legal del secreto. Caso «Klass v. Alemania»	313
2. Regulación legal precisa. Caso «Malone v. Reino Unido»	313
3. Regulación legal. Hallazgo casual. Caso «Kruslin v. Francia»	314
4. Legitimación. Caso «Lambert v. Francia»	315
5. Uso de escuchas de otro proceso. Caso «Matheron v. Francia»	315
g) WhatsApp y otras mensajerías instantáneas. Acreditación	316
h) Los «pantallazos» o capturas de pantalla como prueba	321
i) Análisis de casos conflictivos	323
1. Registro de una computadora en el interior de un domicilio	324
2. El secuestro de las computadoras para registro	328
3. Acceso a los datos internos del celular secuestrado	329
4. Registro remoto de una computadora y otros dispositivos	331
5. Hallazgos casuales durante un registro en la computadora	336
6. Acceso a «todos» los archivos durante el registro	337
7. Autorización a acceder a un equipo y sus datos en la «nube»	338
8. El espionaje informático	339
9. Registro urgente de un celular secuestrado	339
10. Consentimiento para el registro del celular	341
11. Intervención de un celular sustraído	342
12. Intervención de un celular con titular desconocido	342
13. Intervención de celulares de terceras personas	343
14. Intervención de un teléfono público	343
15. Escucha y grabación de comunicaciones entre presentes	343
16. Grabación de un soborno a un funcionario	347
17. Obligación de entregar la clave del celular	349
18. Información obtenida por el agente provocador y agente encubierto	349
19. Agente encubierto, provocador y revelador en Internet	354

20. Ciberpatrullaje. El patrullaje en la red .....	355
21. Acceso a datos, fotos, videos y ficheros .....	356
22. Orden de conservación de datos .....	357
23. Información sobre el titular de la línea telefónica .....	357
24. Acceso a correos electrónicos .....	358
25. Mensajes de texto, chats, mensajería electrónica .....	359
26. Recuperación de información de la computadora o celular .....	360
27. Grabación subrepticia de voz en comisaría .....	360
28. Rastreo de dirección IP .....	361
29. Obtención de datos IMEI .....	361
30. Acceso a datos de comunicación conservados por terceros .....	364
31. Listados de llamadas entrantes y salientes .....	366
32. Utilización de «scanner» en la intervención telefónica .....	367
33. Uso de un teléfono asumiendo la identidad del sospechoso .....	367
34. Escuchas y videofilmaciones en las cárceles .....	369
35. Conversaciones, el chat ¿sitio privado o público? .....	371
36. Fotos y videos en el chat .....	374
37. Comunicaciones por radiofrecuencia .....	376
38. Colocación de micrófono o dispositivo de seguimiento en un vehículo .....	376
39. Secreto en las fuentes periodísticas .....	377
40. Grabaciones con propósito de denunciar al interlocutor .....	378
41. Grabación de conversaciones autoincriminatorias .....	378
42. Captación de conversaciones de terceros para difusión .....	380
43. Colocar un GPS en un paquete postal .....	380
44. Cámara oculta .....	381
45. Cámaras ocultas en programas de televisión .....	382
46. Derecho a la propia imagen y derecho a informar .....	385
47. Grabación de imagen y sonido en lugares públicos y privados .....	386
48. El seguimiento de sospechosos en la vía pública .....	387
49. Grabación de conversaciones con el abogado .....	389
50. Acceso a los archivos de una computadora dejada en el «service» .....	391
I. Previsión legal .....	393
II. Urgencia .....	394
III. Fin legítimo .....	396
51. Localización del celular a partir de antenas falsas .....	398
52. Acceso a una computadora utilizada en el trabajo .....	398
53. Monitoreo de las comunicaciones en el lugar de trabajo .....	399
54. Utilización de una cuenta laboral con fines particulares .....	401
55. Filmaciones en el lugar de trabajo .....	403
j) Fin de la privacidad. Voces comunitarias .....	404
§ 12. Acceso al celular y sus datos en el derecho comparado .....	405
a) España .....	405
1. Constatación de contactos telefónicos sin orden judicial .....	406
2. Apertura de agenda física y acceso a un ordenador .....	409
3. Acceso a llamadas entrantes y salientes de un celular .....	410
4. Indagación en datos del celular .....	410
b) Estados Unidos de América .....	412

1. Contexto y evolución .....	412
2. Análisis de los precedentes .....	416
I. «Olmstead v. United States». Privacidad en un ámbito físico .....	416
II. «Goldman v. United States». Interceptación real .....	417
III. «Katz v. United States». Ampliación del concepto de privacidad .....	417
IV. «Smith v. Maryland». Expectativa razonable de privacidad .....	419
V. «Riley v. California». Inspección del celular sin orden judicial .....	423
VI. «Carpenter v. United States». Acceso a la información generada por el uso del celular .....	427
c) Casuística en la jurisprudencia nacional .....	438
1. Responsabilidad por lo publicado en los motores de búsqueda .....	438
2. Intervención telefónica. Denuncia anónima .....	441
3. Datos obtenidos del celular .....	441
4. Injerencia. Restricción mediante ley .....	445
5. Razonabilidad de la intervención telefónica .....	445
6. Protección constitucional de contactos, mensajes y datos del celular .....	447
7. Grabación de conversaciones entre presentes .....	448
8. Transcripciones de intervención telefónicas .....	449
9. Escuchas. Nuevos delitos .....	450
10. Intervención telefónica. Narcotráfico .....	451
11. Intervención telefónica. Resolución fundada .....	452
12. Requisa. Orden judicial. Ausencia de testigos .....	455
13. Denuncia anónima .....	456
14. Escuchas telefónicas. Valor probatorio .....	456
15. Intervención telefónica. Excursión de pesca. Nulidad .....	457
16. Localización y datos del celular pedidos por el fiscal .....	459
17. Llamadas entrantes y salientes. Autorización judicial .....	459
18. Intervención telefónica y de mails. Denuncia anónima. Validez .....	461
19. Datos de tráfico. Autorización judicial .....	462
20. Publicaciones de Facebook utilizadas como prueba .....	464
21. Utilización de un dron en la investigación. Exclusión probatoria .....	465

**BIBLIOGRAFÍA GENERAL** .....

467

C.C.P. Código de Procedimiento Criminal y Correccional  
 C.P. Código Penal  
 C.E. Constitución Española  
 C.F. Constitución Federal  
 C.F.C.P. Cámara Federal de Casación Penal  
 C.I. Cuestiones  
 C.L. Cámara Local  
 C.N. Nación  
 C.N. Constitución Nacional  
 C.N.A.P. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal