

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>7</b>
--------------------------	----------

## **CAPÍTULO 1 LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN DOS MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DERECHO COMPARADO**

<b>I. LOS HALLAZGOS CASUALES EN LAS DILIGENCIAS DE INCAUTACIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES DIGITALES EN CHILE. ALGUNOS PROBLEMAS .....</b>	<b>13</b>
---	-----------

PROF. DR. RAÚL NÚÑEZ OJEDA

PROF. DR. RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA

D. NICOLÁS SANTANDER AKKRASS, INVESTIGADOR CONTRATADO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.....	15
2. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO .....	18
2.1. No valoración del material recopilado .....	19
3. LOS HALLAZGOS CASUALES: NOCIONES CONCEPTUALES Y MANIFESTACIONES EN EL DERECHO COMPARADO .....	22
3.1. Los hallazgos casuales en Chile y sus manifestaciones jurisprudenciales .....	31
4. LOS HALLAZGOS CASUALES DE LAS COMUNICACIONES DIGITALES EN CHILE: PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y POSIBLES FORMAS DE SOLUCIÓN.....	40
4.1. La diligencia de retención e incautación de correspondencia .	40
4.2. Las autorizaciones voluntarias en Derecho Procesal Penal .....	43
5. CONCLUSIONES .....	47

<b>II. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CANÓNICO Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO</b> .....	51
PROF. DR. ANDREA BETTETINI	
1. LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CANÓNICO .....	52
2. LA CERTEZA MORAL NECESARIA PARA EMITIR LA SENTENCIA.....	55
3. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO ENTRE LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y LA PROTECCIÓN DEL <i>BONUM PUBLICUM</i> .....	57
4. DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN LA EVALUACIÓN DE LA PRUEBA .....	58
5. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA SENTENCIA SOBRE LA RELEVANCIA Y LA ADMISIBILIDAD DE UN INSTRUMENTO PROBATORIO.....	59
6. LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA CANÓNICA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO .....	63
7. CONCLUSIONES .....	66

**CAPÍTULO 2**  
**LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA INVESTIGACIÓN ELECTRÓNICA DEL PROCESO PENAL**

<b>I. LA OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN (OEI): LAS DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA</b> .....	71
PROF. DR. JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI	
1. INTRODUCCIÓN .....	72
2. OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN QUE REQUIEREN UNA INTERVENCIÓN CORPORAL PREVIA .....	76
2.1. Punto de partida: intervenciones corporales y su carácter limitativo de derechos fundamentales .....	78
2.2. La relevancia de las condiciones previstas para la diligencia de investigación en el ordenamiento interno.....	80
2.3. El caso interno similar condicionante de la denegación del reconocimiento .....	83
2.4. El carácter condicionante de la naturaleza restrictiva o no de derechos fundamentales.....	84
2.5. Incidencia en la determinación de la autoridad competente para la emisión y ejecución.....	86
2.6. Las intervenciones corporales en el ordenamiento español con la mirada puesta en la OEI.....	88

3. OBTENCIÓN DE PERFILES DE ADN INCORPORADOS A UNA BASE DE DATOS (Y QUE NO REQUIEREN UNA INTERVENCIÓN CORPORAL PREVIA) .....	94
3.1. La autoridad competente para la emisión y reconocimiento de la OEI en estos casos.....	95
3.2. La previsión “para un caso interno similar” y la necesaria incorporación de la medida en el ordenamiento interno .....	97
3.3. Limitación de las causas de denegación del reconocimiento y ejecución.....	98
3.4. La desvinculación de un listado o categoría de delitos .....	100
4. CONCLUSIONES .....	102
<b>II. “PONDERACIONES” JUDICIALES EN MATERIA DE PRUEBA PROHIBIDA Y GARANTÍAS PARA LA NUEVA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL .....</b>	<b>105</b>
PROF. DR. PEDRO ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN	
1. PROCESO PENAL Y PRUEBA PROHIBIDA. STATUS QUAESTIONIS .....	107
1.1. Lo que se ha venido entendiendo por prueba ilícita.....	107
1.2. Cantos de sirena desde los Tribunales. Las excepciones jurisprudenciales a la exclusión de la prueba ilícita .....	109
1.3. ¿La ilicitud de la prueba bajo una jurisprudencia <i>contra legem</i> ? .....	113
2. GARANTÍAS DE LICITUD PROBATORIA EN EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA.....	116
2.1. Planteamiento de la cuestión.....	116
2.2. Los principios rectores .....	117
2.2.1. <i>Una aproximación a la función de los principios rectores</i> .....	117
2.2.2. <i>Hasta dónde llega la virtualidad de los principios rectores</i> .....	119
2.3. Solicitud y resolución judicial que acuerde las medidas .....	122
2.3.1. <i>La resolución judicial que acuerda la medida y el régimen de disposiciones comunes</i> .....	123
2.3.1.1. <i>La resolución judicial como garantía de las disposiciones comunes y concreción de los principios rectores</i> .....	123
2.3.1.2. <i>Sobre la valoración de las razones que justifican la resolución</i> .....	125
2.3.2. <i>Algunas cuestiones fundamentales de las muchas que suscita el auto que autoriza o deniega la medida de investigación</i> .....	127
2.3.2.1. <i>Por qué tiene que ser un auto</i> .....	127
2.3.2.2. <i>Sobre el momento de la solicitud</i> .....	129

2.3.2.3. <i>Sobre la motivación judicial de la debida proporcionalidad</i> .....	129
2.3.2.4. <i>La adopción de medidas sin resolución judicial</i> .....	131
2.3.2.5. <i>¿Hasta dónde la motivación?</i> .....	132
2.4. Apuntes sobre el régimen de la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios .....	135
2.4.1. <i>Alegaciones de las partes sobre el contenido de las grabaciones de cara a su exclusión o incorporación a la causa</i> .....	136
2.4.2. <i>Resolución sobre la incorporación al proceso de los datos obrantes en archivos automatizados</i> .....	137
3. UNA REFLEXIÓN FINAL.....	139
<b>III. LA IDENTIFICACIÓN FENOTÍPICA DEL AUTOR DEL DELITO Y SU VALORACIÓN EN EL PROCESO PENAL</b> .....	141
PROF <sup>a</sup> DRA. SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER	
1. INTRODUCCIÓN .....	143
2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DELINCUENTE POR MARCADORES GENÉTICOS.....	144
3. CONTRASTE DE PERFILES GENÉTICOS OBTENIDOS Y LA INTERPRETACIÓN DE SUS RESULTADOS.....	145
4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR MARCADORES GENÉTICOS .....	146
5. AVANCES EN IDENTIFICACIÓN GENÉTICA Y SU VALOR A EFECTOS DEL PROCESO PENAL. DEL ADN FORENSE AL FENOTIPADO FORENSE COMO HERRAMIENTAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS .....	150
5.1. Introducción.....	150
5.2. Naturaleza.....	153
5.3. Valoración y afectación de derechos .....	154
5.4. Límites a su utilización. Exclusiones.....	155
6. CONCLUSIONES .....	157
<b>IV. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA OBTENCIÓN, CESIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN MATERIA PENAL</b> .....	161
DÑA. MARÍA ELENA LARO GONZÁLEZ, INVESTIGADORA CONTRATADA PREDOCTORAL	
1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	162
2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	164
3. PRINCIPIOS RECTORES DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/680.....	170

<b>V. EXCLUSIONES PROBATORIAS A INSTANCIA DE LA PERSONA JURÍDICA</b> .....	175
D. FELIPE PÉREZ DEL VALLE, ABOGADO	
1. INTRODUCCIÓN .....	176
2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA .....	177
3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA ....	180
4. PRUEBA ILÍCITA EN PERSONAS JURÍDICAS .....	183
5. DERECHO A LA DEFENSA DE LA PERSONA JURÍDICA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA .....	185
6. REQUISITOS DE LICITUD DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE LA PERSONA JURÍDICA.....	189
7. CONCLUSIONES .....	192
<b>VI. PROCESO PENAL Y VOLATILIDAD/MUTABILIDAD DE LAS FUENTES DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS: SOBRE LA CONVENIENCIA Y EL MODO DE ASEGURARLAS EFICAZ- MENTE</b> .....	195
PROF <sup>a</sup> . DRA. EVA ISABEL SANJURJO RÍOS	
1. DE LAS FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA PENAL EN GENERAL A LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN PARTICULAR .....	196
2. LA RELEVANCIA DE LAS FUENTES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO PENAL Y LA NECESIDAD DE SU ASEGURAMIENTO .....	197
2.1. El impacto de la información digital en el proceso penal y consecuencias derivadas .....	197
2.2. En la búsqueda de “preservar” la fuente electrónica de relevancia procesal penal.....	200
2.2.1. <i>La instrucción judicial como momento culmen para         la aportación de las fuentes de prueba electrónicas</i> .....	200
2.2.2. <i>Fórmulas de aseguramiento de las fuentes electrónicas         en la instrucción judicial</i> .....	202
2.2.2.1. <i>A través de la actividad de las propias partes             procesales</i> .....	203
2.2.2.2. <i>Mediante la intervención de la autoridad judicial</i> ..	208
2.2.3. <i>Medidas de aseguramiento a expensas de autorización         judicial para la cesión de datos o informaciones         incluidas en un sistema informático</i> .....	215
2.2.4. <i>La adaptación europea de los mecanismos de         cooperación procesal internacional a la era digital:         hacia la Orden Europea de Conservación de pruebas         electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal</i> .....	218
3. A MODO DE REFLEXIONES FINALES.....	221

<b>VII. LA CADENA DE CUSTODIA EN LA PRUEBA DIGITAL: ESPAÑA VS. EEUU.....</b>	<b>225</b>
DRA. MARGARITA SIMARRO PEDREIRA, INVESTIGADORA ABOGADA	
1. INTRODUCCIÓN .....	226
2. LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA EN ESPAÑA .....	227
3. LA CADENA DE CUSTODIA EN EEUU .....	232
4. ASPECTOS DIFERENCIALES.....	235

**CAPÍTULO 3**  
**LAS EXCLUSIONES PROBATORIAS EN EL ENTORNO DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL**

<b>I. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL .....</b>	<b>241</b>
PROF <sup>a</sup> DRA. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA	
1. EL ACCESO DE LAS PARTES A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL SIN VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL .....	243
1.1. Introducción y planteamiento.....	243
1.2. El entorno específico de la prueba digital y los poderes del juez y las partes .....	245
1.3. La prueba digital prohibida .....	248
1.4. El alcance de las exclusiones probatorias fuera del proceso penal y en concreto en el proceso civil.....	250
1.5. ¿Podemos plantearnos la posible repercusión de la <i>doctrina Falciani</i> en su aplicación a la obtención de fuentes de prueba por particulares en el proceso civil?.....	255
2. OTRO ENFOQUE DE LA CUESTIÓN DEL JUEGO DE PODERES DEL JUEZ Y LAS PARTES EN EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL: A PROPÓSITO DE DOS RECIENTES DICTÁMENES DE LA COMISIÓN ÉTICA JUDICIAL DEL CGPJ.....	258
2.1. A propósito de dos recientes dictámenes de la <i>Comisión Ética Judicial</i> del CGPJ .....	258
2.2. Algunas conclusiones .....	262
3. ¿ESTAMOS AVANZANDO HACIA EL MODELO DEL <i>DISCOVERY</i> EN CONCRETO DEL <i>E-DISCOVERY</i> DEL SISTEMA DEL <i>COMMON LAW</i> ? .....	266
3.1. Breve noción conceptual .....	266

3.2. Razones para una respuesta afirmativa: de la inoperancia de los instrumentos clásicos “paralelos” propios de nuestro sistema a la valoración de los factores que potencian y refuerzan el acceso por las partes a las fuentes de prueba .....	270
3.2.1. <i>La superación del proceso civil adversarial a ultranza tanto en los países del civil law como del common law</i> .....	275
3.2.2. <i>En particular la política legislativa de la UE</i> .....	277
3.2.3. <i>La incidencia de la globalización en la petición de discovery a los tribunales de EEUU desde países del civil law</i> .....	281
3.3. A modo de corolario.....	283
<b>II. TRATAMIENTO DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LA PRUEBA DIGITAL INCORPORADA AL PROCESO</b> .....	285
PROF. <sup>a</sup> DRA. MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO	
1. HACIA LA PROTECCIÓN DE DATOS TAMBIÉN EN EL PROCESO.....	286
2. FICHERO JURISDICCIONAL, EXPEDIENTE JUDICIAL ELECTRÓNICO Y PRUEBA DIGITAL.....	289
3. OBTENCIÓN DE LA PRUEBA: CONSENTIMIENTO .....	294
4. TIPOS DE DATOS: PERSONALES Y NO PERSONALES .....	297
5. PUBLICIDAD PROCESAL Y PROTECCIÓN DE DATOS .....	301
6. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS: LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	305
<b>III. LA EXPOSICIÓN DE LOS HIJOS MENORES EN REDES SOCIALES COMO PRUEBA PARA LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD</b> .....	309
DRA. CRISTINA LLAMAS BAO	
1. INTRODUCCIÓN .....	310
2. BREVE ANÁLISIS DEL CONCEPTO, EJERCICIO Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	312
3. ¿PUEDEN UTILIZARSE LAS REDES SOCIALES COMO PRUEBA EN UN PROCESO DE FAMILIA?.....	317
4. CONCLUSIONES .....	324

<b>IV. EL VALOR PROBATORIO DE INFORMACIÓN OBTENIDA DE UN ORDENADOR DE USO COMPARTIDO: A PROPÓSITO DE LA STS 287/2017</b> .....	327
PROF <sup>a</sup> . DRA. PILAR MARTÍN RÍOS	
1. LA PROTECCIÓN DEL “DOMICILIO INFORMÁTICO” Y EL DERECHO AL PROPIO ENTORNO VIRTUAL: LA NECESARIA VALORACIÓN <i>EX ANTE</i> DE LA LEGITIMIDAD DE LA INMISIÓN .....	328
2. EL ACCESO POR PARTE DE TERCEROS NO AUTORIZADOS A DISPOSITIVOS DE ALMACENAMIENTO MASIVO DE INFORMACIÓN DIGITAL: REQUISITOS PARA LA LICITUD PROBATORIA.....	331
3. EL CASO DE LOS DISPOSITIVOS DE USO COMPARTIDO: STS 287/2017, DE 19 DE ABRIL .....	334
4. BREVE REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL DOMICILIO FÍSICO. EL CASO DEL DOMICILIO COMPARTIDO.....	335
5. CONSIDERACIONES FINALES .....	336
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	339
<b>WEBGRAFÍA</b> .....	357