

GERALDO PRADO

**LA CADENA DE CUSTODIA  
DE LA PRUEBA  
EN EL PROCESO PENAL**

Segunda edición

Traducción de  
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

## ÍNDICE

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN.....</b>	13
<b>1. PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN .....</b>	39
<b>2. DE LA VERDAD A LA PRUEBA: LOS CAMINOS CRUZADOS DEL DERECHO Y LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN LA POLÍTICA DEL PROCESO PENAL.....</b>	55
2.1. LA VERDAD COMO COLONIZADORA DEL DISCURSO Y LAS PRÁCTICAS PENALES: REALIDAD FRENTE A HECHO EN EL CONTEXTO JURÍDICO.....	55
2.2. LA VERDAD REUBICADA EN EL ÁMBITO DE LAS PRÁCTICAS PENALES: CAMINANDO EN DIRECCIÓN AL CONOCIMIENTO Y POR EL FIN DE LA OBSESIÓN .....	63
2.3. LA VERDAD COMO INDICADOR EPISTÉMICO Y EL PROCESO COMO DISPOSITIVO.....	70

	Pág.
<b>3. LA DOCTRINA DEL CUERPO DEL DELITO .....</b>	83
3.1. ELEMENTOS PARA SINTETIZAR LA HISTORIA DEL CORPUS DELICTI: NOTAS PRELIMINARES	84
3.2. UNA BREVE HISTORIA DEL CUERPO DEL DELITO .....	92
 <b>4. EL PROCESO PENAL COMO DISPOSITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA LEGITIMIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL .....</b>	 123
4.1. ESTADO DE DERECHO Y PROCESO PENAL ....	124
4.2. LA LEGITIMIDAD DE LA PERSECUCIÓN PE- NAL Y LA OPOSICIÓN DICOTÓMICA ACUSA- TORIO-INQUISITIVO CON RELACIÓN A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD .....	132
4.3. EL DISPOSITIVO PROCESAL EN SU VERTIENTE PROBATORIA COMO ARTICULADOR ENTRE LOS VECTORES VERDAD PROCESAL Y ESTADO DE DERECHO .....	150
4.4. LA REFORMA DE 2008 Y EL PROCEDIMIENTO TRIFÁSICO: EN EL CAMINO DE LAS TRANS- FORMACIONES DE OTROS ESTADOS DEMO- CRÁTICOS .....	154
4.5. EL DISPOSITIVO PROCESAL PROBATORIO Y EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL ÁMBITO PENAL .....	159

	Pág.
<b>5. EL DISPOSITIVO PROCESAL PROBATORIO Y EL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS</b> .....	161
5.1. EL DERECHO DE LA DEFENSA DE RASTREAR LAS FUENTES DE PRUEBA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	162
5.2. LA ETAPA INTERMEDIA DE ADMISIBILIDAD DE LA ACUSACIÓN FORMAL COMO FILTRO CONTRA ACUSACIONES INFUNDADAS O CON FUNDAMENTO EN PRUEBA ILÍCITA COMO ACTIVIDAD PROPIA DEL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS .....	164
5.3. LA TÉCNICA DEL DISCOVERY Y EL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS .....	169
5.4. EL CONTROL DE ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS.....	190
<b>6. LA FIABILIDAD PROBATORIA Y LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS</b> .....	197
6.1. LA FIABILIDAD PROBATORIA Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: DISTINCIÓN NECESARIA Y SU ENFOQUE EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL .....	198
6.2. LA AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA COMO PREMISA DE FIABILIDAD: LA MISMIIDAD Y EL PRINCIPIO DE DESCONFIANZA.....	206
6.3. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS COMO CONSECUENCIA LÓGICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	211

	Pág.
6.4. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS EN LA LEY NÚM. 13964/2019 QUE APRUEBA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL BRASILEÑO....	223
<b>7. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS DIGITALES</b> .....	239
7.1. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS CON RELACIÓN A LOS MÉTODOS OCULTOS, LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y LAS PRUEBAS DIGITALES: CONSIDERACIONES INICIALES .....	242
7.2. LA INVESTIGACIÓN DE LAS INFRACCIONES PENALES MEDIANTE PRUEBAS DIGITALES: PRECAUCIONES PARA CONSERVAR LAS FUENTES DE PRUEBA. ASPECTOS GENERALES Y LA CARGA DE LA PRUEBA.....	263
7.3. LOS RIESGOS QUE DERIVAN DE LA RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS CON RELACIÓN A LOS MÉTODOS OCULTOS, LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y LAS PRUEBAS DIGITALES.....	277
7.4. SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA: EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA .....	282
<b>8. UNAS POCAS PALABRAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN</b> .....	295
<b>9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	299

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN:

**PREMISAS DE UN ESTUDIO  
SOBRE EL SISTEMA  
DE CONTROLES EPISTÉMICOS  
QUE REGULA LA PRUEBA PENAL  
EN EL ÁMBITO  
DEL ESTADO DE DERECHO**

I – Le agradezco al público la excelente acogida que tuvo la primera edición de esta obra, tanto en su versión en portugués como en español, lo que me incentivó a publicar esta segunda edición, estimulada por varios factores que conviene explicar, aunque sea de forma sucinta.

El primero y más inmediato, directamente relacionado con Brasil, coincide con la publicación de la Ley brasileña núm. 13.964, de 24 de diciembre de 2019, que modificó el código procesal penal brasileño (*Código de Processo Penal*) y definió, en el capítulo dedicado al examen del cuerpo del delito y a los peritajes en general, el régimen jurídico concreto aplicable a la cadena de custodia de las pruebas.

Incluso antes de la aclaración que hace la nueva ley, que, como veremos, no *establece* la «cadena de custodia de las pruebas» en el Derecho brasileño, pues la conservación de la integridad de las pruebas y la garantía de su autenticidad deriva del modelo probatorio tradicional, varios órganos ejecutivos, que por fuerza de su actividad principal o secundaria trabajan con elementos probatorios, establecieron protocolos específicos para la cadena de custodia.

Brasil es una república federal, en la que además de la justicia federal, que se divide en unidades judiciales por todo el territorio nacional, existen la justicia y la policía estatales. Esta pluralidad de órganos genera una multiplicidad de protocolos relativos a la cadena de custodia, cuyas bases se definen en el código —de vigencia nacional—, que se aplica de manera indistinta al proceso penal en el ámbito federal y estatal, así como en el proceso penal electoral y al que se tramita desde el principio en los tribunales, incluidos los superiores.

Por tanto, era necesario, abordar esta nueva ley brasileña.

**II** – El segundo aspecto que justifica la presente edición se refiere a la naturaleza de la relación que se establece entre la cadena de custodia de las pruebas y el cuerpo del delito. Desde el punto de vista práctico, la pertinencia del análisis deriva de la percepción de dos problemas que suscitó la nueva ley brasileña y que, según la opinión defendida en el texto, no se solucionarán de forma adecuada si no se coloca la cadena de custodia en perspectiva, bajo el prisma del examen del cuerpo del delito.

Se trata de la incidencia temporal de las reglas que introduce la ley de 2019 y el de saber en qué *sector* de la actividad probatoria se definen las reglas relativas a las consecuencias jurídicas derivadas de la violación de la cadena de custodia: si en el de la admisibilidad del elemento probatorio o en el de su valoración.

En general, los comentarios a las nuevas leyes, máxime en sistemas jurídicos identificados con la experiencia jurídica continental europea, aún soportan la herencia metodológica de las glosas

y comentarios que, en parte, caracterizaron el Derecho europeo occidental del Medioevo<sup>1</sup>.

Sin embargo, no tiene sentido que, en pleno siglo XXI, los juristas sean comentaristas e intérpretes de las leyes y las resoluciones de los tribunales, pese a que se reconozca la inequívoca importancia de estos análisis para que el Derecho avance. El papel de la dogmática como fuente del Derecho exige ir mucho más lejos y, para alcanzar este propósito, considero imprescindible bucear en la historia de las experiencias jurídicas<sup>2</sup>.

Las prácticas jurídicas, por ende, tienen su historia, más o menos visible según el método que use el analista para abordar los institutos e instituciones jurídicas. Entender esta historia, en la medida en que

---

<sup>1</sup> Para una visión general del método de las glosas: A. GARCÍA Y GARCÍA. «As Faculdades de Direito. Capítulo 12», en W. RÜEGG (Coord. geral); H. DE RIDDER-SYMOENS (Coord.), *Uma História da Universidade na Europa*. Volume I: As Universidades na Idade Média. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1996, pp. 393-394.

<sup>2</sup> Acerca de esta opción metodológica en el campo de la historia del Derecho coincidí con Paolo Grossi, cuando afirma: «Un instrumento adecuado para la comprensión y la correcta ordenación del material que tenemos delante de nosotros nos parece el esquema de la “experiencia jurídica” como esquema interpretativo ordenador y unificador del devenir histórico-jurídico» (P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 44). Pienso que este presupuesto metodológico está en armonía con otras dos nociones también importantes: la del *Derecho como cultura*, conforme Camilo Cardoso de Mello Prando (C. C. DE M. PRANDO, *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 14) y del *Derecho como «gran depósito de símbolos sociales emocionalmente importantes»*, en la estela de los análisis de Edmundo S. Hendler (E. HENDLER. «Enjuiciamiento penal y conflictividad social», en J. B. J. MAIER, A. M. BINDER (Comps.), *El Derecho Penal Hoy*. Homenaje al Profesor David Baigún. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1995, p. 379). La percepción del universo normativo que tiene en cuenta el funcionamiento concreto de las instituciones y el modo como la regulación social la asimilan y viven las sociedades humanas, mediante prácticas sociales, está mejor preparada para captar la riqueza de estas experiencias y sus contradicciones en un contexto de arbitraje institucional de la responsabilidad.



se pueda confiar en las fuentes indirectas que la revelan, configura un criterio de orientación imprescindible para contextualizar las categorías jurídicas.

Es evidente que no se trata de una historia *lineal*, idealizada como fruto del «progreso de la civilización», como hasta el siglo XIX aún se entendía la disciplina, de forma acrítica. La historia de las experiencias jurídicas debe intentar capturar la relación no siempre clara ni explícita, entre *poder* y *Derecho*, entre lo *político* y lo *factual*, lo que exige del jurista posturas y herramientas teóricas que posibiliten una capacidad especial de diálogo intergeneracional<sup>3</sup>.

La historia de las ideas y los conceptos es, por tanto, un recorrido ineludible que ha de enfrentar el jurista cuando se trata de saber el *cómo* y el *porqué* del examen del cuerpo del delito, por ejemplo, en la organización y el funcionamiento de estructuras de arbitraje del castigo ideológicamente tan distintas<sup>4</sup>. En este punto existe coin-

---

<sup>3</sup> Para tener noción de la importancia de este tipo de análisis, Grossi, al tratar del pluralismo jurídico en el Medievo, advertirá sobre una especie de dicotomía que, en determinado momento, caracterizará la separación entre «la esfera de lo jurídico y la de lo factual», lo que interesa sobre todo a nuestro tema principal. P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*. Trad. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 75.

<sup>4</sup> Al investigar el recorrido histórico de la prueba legal en el proceso penal europeo occidental de la Edad Media, Giorgia Alessi Palazzolo se aleja del sentido común para, con base en fuentes de la época, señalar la contradicción interna de un sistema cuya inspiración, en teoría, consistía en limitar las facultades judiciales de valoración de la prueba, pero que convivió con esquemas de libre convicción mediante la conversión de procedimientos que buscaban aplicar las llamadas «penas extraordinarias». Las contradicciones concretas de los sistemas de responsabilidad penal solo se notan cuando se considera el Derecho desde la perspectiva de la experiencia jurídica. Se verá que la «experiencia jurídica» como herramienta analítica se caracteriza por ser un recurso indispensable para comprender la configuración de los paradigmas dogmáticos del saber penal y entender, a la luz de la advertencia de Camila Prado, que si en el siglo XIX y principios del XX «las hartas narrativas históricas y teóricas de modelos *centrales* de sistemas punitivos conquistaban en nuestras narrativas un lugar central en nuestro imaginario de la punición», esto en ningún caso es el retrato fiel y lineal de una relación «retroceso-avance» del saber

cidencia con lo que subraya Reinhart Koselleck: «Sin formaciones sociales y sin los conceptos con los que dichas formaciones —de modo reflexivo o autorreflexivo— intentan definir y vencer los desafíos que se les presentan, no existe historia»<sup>5</sup>.

La historia no se resume a la historia de los conceptos, pero es en este sentido que se puede percibir que la historia del examen del cuerpo del delito es antigua y está marcada por tensiones, idas y venidas, que se confunden en razón *de* y *por* los objetivos y las funciones demarcados en Occidente a las justicias penales, desde la Roma antigua republicana al siglo xx, cuando la institución se consagra en los códigos procesales penales, pasando por el Medievo de las Bulas *ad abolendam* (1184) y *Vergentis in senium* (1199)<sup>6</sup> y, más tarde, por el Renacimiento italiano y la Ilustración.

---

penal entre periferia y centro. Valga anticipar, aún en la estela de las lecciones de Camila Prando y a la luz de los elementos que nos permiten juzgar la relación entre el pensamiento jurídico-penal de los países centrales en los siglos xix y xx, en su relación con el periférico Brasil, que si el «modelo constitutivo del saber [penal], transnacionalizado, lanzado fuera de sus contextos de origen [...] encontró un reflejo mínimamente homogeneizador en la codificación de la segunda Reforma», el contexto brasileño procesó la idea liberal de las garantías mediante claves de lectura e interpretación claramente enfocadas en la defensa social. Sostengo que la longevidad de la esclavitud y el racismo estructural que derivó de la experiencia esclavista explican, en buena parte, el compromiso de las élites liberales brasileñas con las prácticas jurídicas más abiertamente antiliberales. La ignorancia de este contexto de formación y consolidación de la justicia penal brasileña perjudica la interpretación/aplicación de normas procesales penales de inspiración garantista, como es el caso de la exigencia del examen del cuerpo del delito y la de la observancia de la cadena de custodia de las pruebas. G. A. PALAZZOLO, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*. Nápoles: Jovene Editore, 1979, p. 33; C. C. de M. PRANDO, *O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na revista de direito penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, pp. 13 y 28-29.

<sup>5</sup> R. KOSELLECK, *Histórias de conceitos. Estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social*. Trad. de Markus Hediger. Rio de Janeiro: Contraponto, 2020, p. 19.

<sup>6</sup> Las bulas tras un significativo texto de presentación de Leandro Rust: L. D. RUST. «Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) y Vergentis in Senium (1199)».

La cadena de custodia de las pruebas vista desde la perspectiva del Derecho de tradición continental europea requiere conocer el papel que el examen del cuerpo del delito desempeña en la referida determinación de los hechos. Y, como es evidente, hay más, como se verá en el capítulo correspondiente.

Lo que ahora interesa es que las dos cuestiones pragmáticas que se plantearon —la eficacia intertemporal de la nueva ley y la definición de las consecuencias jurídicas de la violación de la cadena de custodia— no se solucionan simple y llanamente arriesgando una interpretación *seca* de los nuevos preceptos dispositivos. Desde el punto de vista metodológico, obrar así llevaría al intérprete a incurrir en el mismo error de creer en *hechos brutos* como objeto del conocimiento que proporciona la prueba, lo que traduciría una inocencia hermenéutica equivalente a la inocencia epistémica.

**III** – El tercer motivo que justifica la nueva edición lo asocio a lo que me parece que fue bastante insuficiente en la anterior: el tratamiento que debe dedicarse al juicio de admisibilidad de la prueba. El tema se articula con la exigencia de establecer y conservar la cadena de custodia de las pruebas y con la determinación de las consecuencias de su violación, pero merece un planteamiento más detallado, pues ha de ponerse de manifiesto el vínculo entre la estructura del procedimiento y las múltiples actividades probatorias en el marco del Estado de Derecho. Espero haber logrado mi objetivo, algo que evidentemente ponderará mejor el lector o lectora.

**IV** – Por último, aunque con fuertes resistencias, la mayor parte de ellas provocada por el justo recelo de una especie de supresión del carácter jurisdiccional del arbitraje de la responsabilidad penal, con transferencias y delegaciones de poder a entes privados o a agentes públicos que no ejercen la jurisdicción, el hecho es que,

---

*Revista de História*, núm. 166, p. 129-162. Disponible en: <https://doaj.org/article/0abfd59c493f479eb5a9b4b33715d5d2> y <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/48532/5245>. Consultado el 2 de junio de 2021.

como subraya Pere Simón Castellano, «[la] Justicia será digital o no será Justicia»<sup>7</sup>.

Hoy en día, el tema de la cadena de custodia es el de la cadena de custodia de las pruebas digitales<sup>8</sup>. Es además el del mundo en red, interconectado, pero también el de una aldea global hipervigilada. Una mirada atenta al capítulo del cuerpo del delito ya permitiría descubrir, en las tecnologías inquisitoriales, las formas ideológicas de control de cuerpos individuales y colectivos humanos que, en la actualidad, están en plena expansión, demandando resistencia a través de nuevos derechos fundamentales, cuya estructura, objeto y sujetos ya no coinciden por completo con los elementos consagrados en la posguerra del siglo xx.

El arbitraje de la responsabilidad penal hace mucho que es una práctica compleja y lo es por un número expresivo de motivos cuya enumeración caería fuera de los propósitos de esta obra. Sin embargo, valga señalar algunos de ellos, pues se relacionan de forma directa con el actual estado de cosas.

Al analizar la transición entre la pena privada y la pena pública, en la esfera del Derecho visigodo en la altura del *Liber Iudiciorum*, Nilo Batista propone abandonar una ilusión que ha acompañado a los penalistas y procesalistas penales hasta nuestros días. Advierte el autor:

«Un último aspecto requiere nuestra atención, al mirar esta pena pública visigoda incipiente: las delegaciones penales. Perdamos, en esta remota estación del largo viaje que acaba de comenzar, una ilusión:

---

<sup>7</sup> P. SIMÓN CASTELLANO, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021, p. 65.

<sup>8</sup> Según las investigaciones a las que se refiere Linda Geddes, hoy, en Reino Unido, más del 90 % de las pruebas en procesos penales son pruebas digitales. L. GEDDES, «Digital forensics experts prone to bias, study shows». *The Guardian*, 31 de mayo de 2021. Disponible en: [https://www.theguardian.com/science/2021/may/31/digital-forensics-experts-prone-to-bias-study-shows?CMP=Share\\_iOSApp\\_Other](https://www.theguardian.com/science/2021/may/31/digital-forensics-experts-prone-to-bias-study-shows?CMP=Share_iOSApp_Other). Consultado el 9 de junio de 2021.

la concentración de poder penal que implica la construcción de la pena pública jamás se ejerce sin la participación privada de las clases sociales dominantes»<sup>9</sup>.

El actual estado de concentración del poder digital en manos de poquísimas corporaciones tendrá impacto en nuestro tema.

Esto es así, como ya hemos señalado, porque es inevitable que la investigación penal y el proceso penal recurran a las pruebas digitales que, en buena medida, circulan por medios cuya protección frente a la intervención censorina estatal acaba promoviendo nuevas formas de selectividad penal.

Al tratar del *Reino de los Online Giants*, Rikke Frank Jørgensen llama la atención sobre el inmenso poder que ejercen sociedades como Facebook y Google, al punto de influir sobre los derechos humanos en ámbitos que tradicionalmente estaban reservados a los gobiernos, funcionando al margen de los marcos jurídicos tradicionales de estos derechos<sup>10</sup>.

Con relación al tratamiento de la cadena de custodia de las pruebas digitales, de las preocupaciones más generales de Jørgensen se pueden extraer unas valiosas lecciones. El autor investiga y señala el hecho de que las *Online Giants*, que tienen una formidable cantidad de información y la tecnología para su recopilación, conservación y tráfico, actúen en todo el mundo en una relación no siempre clara ni simétrica, ni siempre de la misma manera, con los distintos órganos penales de investigación.

La naturaleza de la cooperación de estas entidades privadas con los órganos de investigación de los diversos países varía y, en ocasiones, son estos los que se ven obligados a cooperar con los

---

<sup>9</sup> N. BATISTA, *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* – I. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 88.

<sup>10</sup> R. F. JØRGENSEN, «Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants», en R. F. JØRGENSEN (Ed.), *Human Rights in the age of platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019, p. 163.

departamentos de investigación de dichas corporaciones y no lo contrario<sup>11</sup>.

Como demuestra Fernando Gascón Inchausti, este es un contexto con múltiples implicaciones, desde la externalización de las investigaciones, con «medidas de investigación ejecutadas materialmente por empresas privadas», pasando por «investigaciones internas empresariales» de más amplio espectro y alcanzando el reconocimiento del carácter esencial de la actividad pericial, al punto de cuestionarse si el perito sigue siendo un auxiliar del juez o el tribunal o se convierte él mismo en «fuente de prueba»<sup>12</sup>.

Además, han de observarse las dificultades creadas por un constante desarrollo de las peritaciones digitales casi todo el tiempo con carácter reactivo, como subrayan Irfan Ahmed y Vassil Roussev, al tratar de los elementos probatorios almacenados en la nube. Los mismos autores señalan correctamente la importancia de una nueva perspectiva en este campo<sup>13</sup>.

V – Es imposible tratar de la prueba digital, que se dirige a pasos agigantados a convertirse en la más común de las pruebas en el proceso penal, ignorando el importante papel que desempeñan poderosos sujetos privados y el dominio de conocimientos muy sofisticados necesarios para esclarecer los hechos. La presunción genérica de buena fe de los implicados en el proceso de arbitraje

---

<sup>11</sup> «[...] law enforcement by public authorities must go hand in hand with privatized enforcement by companies». R. F. JØRGENSEN, «Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants», en R. F. JØRGENSEN (Ed.), *Human Rights in the age of platforms*. Cambridge: MIT Press, 2019, p. 176.

<sup>12</sup> F. GASCÓN INCHAUSTI, «Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial», en J. CONDE FUENTES, G. SERRANO HOYO (Dir.), *La justicia digital en España y la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019, pp. 193-201.

<sup>13</sup> I. AHMED, V. ROUSSEV, «Analysis of Cloud Digital Evidence», en L. CHEN, H. TAKABI, N.-A. LE-KHAC (Ed.), *Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud*. Hoboken, Singapur: John Wiley & Sons, 2019, pp. 302-303.

de la responsabilidad penal es incompatible con las legítimas expectativas de protección de las personas *en el y por el* proceso penal.

A ello se suma la advertencia de Juarez Tavares y Rubens Casara acerca de la «tendencia conservadora de los actores del sistema de justicia en prácticas explícitamente vinculadas a los intereses de quienes ostentan el poder económico [...] tras la adhesión del mundo jurídico a la racionalidad neoliberal»<sup>14</sup>.

En un artículo publicado en enero de 2021, que resumía consideraciones que formulé en una conferencia pronunciada en Portugal<sup>15</sup>, me referí de forma expresa a la valoración de Wolfgang Hoffmann-Riem acerca del reconocimiento, por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, de que la tutela de la autodeterminación informativa había sido superada en la dirección de la protección constitucional especial de los sistemas de tecnología de información y comunicación<sup>16</sup>.

Wolfgang Hoffmann-Riem es profesor asociado de Innovación y Derecho de la Bucerius Law School, en Hamburgo, y como señala Ingo Sarlet, también es catedrático de Derecho Público de la Universidad de Hamburgo y fue magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán entre 1999 y 2008.

Aunque pueda parecer agotador para la presentación de una nueva edición, creo que es interesante reproducir las palabras del profesor alemán, bien para reiterar la traducción fiel de su opinión sobre dos importantes resoluciones del referido tribunal, bien para, a continuación, referir fragmentos de las resoluciones por las preocupaciones que de ellas surgen y, por último, reconociendo el enorme

---

<sup>14</sup> J. TAVARES y R. CASARA, *Prova e verdade*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 14.

<sup>15</sup> G. PRADO, «Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital». *Geraldo Prado*, 22 de enero de 2021. Disponible en: <https://geraldoprado.com.br/artigos/breves-notas-sobre-o-fundamento-constitucional-da-cadeia-de-custodia-da-prova-digital/>. Consultado el 2 de junio de 2021.

<sup>16</sup> W. HOFFMANN-RIEM, *Teoria geral do direito digital. Transformação digital. Desafios para o direito*. Trad. de Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 49.