

# **Trabajo final de máster**

## **Máster en Razonamiento Probatorio**

**Título: Fiabilidad como criterio de valoración de la cadena de custodia  
en el proceso penal**

**Alumno: Alan Bolzan Witczak**

**Tutora: Dra. Mercedes Fernández López**

**Convocatoria: Septiembre de 2023**

## **Fiabilidad como criterio de valoración de la cadena de custodia en el proceso penal**

**Resumen:** El trabajo tiene por objetivo abordar el papel de la cadena de custodia en el razonamiento probatorio, el criterio de fiabilidad y las implicaciones de su ruptura. Teniendo en cuenta el principio epistémico de inclusión y el hecho de que la violación de la cadena de custodia no se corresponde directamente con una violación de los derechos fundamentales del imputado, se postula que la ruptura de la cadena de custodia no implica automáticamente la inadmisibilidad de la prueba. En ese sentido, si bien no afecta el debido proceso legal, la ruptura reduce el “peso” de la prueba y exige un mayor esfuerzo argumentativo y probatorio de la parte que la aporta, lo que se analizará a la luz del acervo probatorio y del grado de violación de la cadena. Este estudio descriptivo utiliza datos bibliográficos y jurisprudenciales, ofreciendo enfoques conceptuales y teóricos con orientación práctica.

**Palabras-clave:** cadena de custodia, admisibilidad, valoración, fiabilidad, epistemología.

**Abstract:** The objective of this paper is to address the role of the chain of custody in evidentiary reasoning, the reliability criterion and the implications of its breaking. Considering the epistemic principle of inclusion and the fact that the violation of the chain of custody does not directly correspond to a violation of the fundamental rights of the accused, it is postulated that the rupture of the chain of custody does not automatically imply the inadmissibility of the evidence. In this sense, although it does not affect the due process of law, the rupture reduces the “weight” of the evidence and requires a greater argumentative and probatory effort from the party that provides it, which will be analyzed in light of the body of evidence and the degree of violation of the chain. This descriptive study uses bibliographic and jurisprudential data, offering conceptual and theoretical approaches with a practical orientation.

**Keywords:** chain of custody, admissibility, valuation, reliability, epistemology.

**Sumario.** Introducción. Capítulo 1. Notas definitorias sobre el contexto de la cadena de custodia. 1.1 Relación instrumental entre cadena de custodia y prueba. 1.2 Finalidad del registro histórico de los vestigios recogidos y examinados. 1.3 Aporta fiabilidad al elemento de prueba. Capítulo 2. Filtros en la formación del acervo probatorio: pertinencia y admisibilidad. Capítulo 3: Fiabilidad como criterio de valoración de la cadena de custodia: “mismidad” de la prueba. 3.1. El origen español del criterio de “mismidad”. 3.2 Apuntes sobre el criterio de la “mismidad” en la jurisprudencia brasileña. Capítulo 4: Consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia. 4.1. Objeciones procesales a la posición de inadmisibilidad. 4.2. Objeciones epistémicas a la posición de inadmisibilidad. Conclusiones.

## Introducción

En diciembre de 2019, fue promulgada la Ley Federal n° 13.964 (denominada como “Pacote Anticrime”), imbuida del propósito de perfeccionar la legislación penal y procesal penal brasileña. Entre otras innovaciones y modificaciones insertadas en el Código Procesal Penal brasileño, - en adelante, CPP - , la Ley n° 13.964 detalló la regulación de la cadena de custodia de los elementos de prueba. Antes de 2019, no existía tratamiento legal de la materia.

Las normas que existían hasta entonces se limitaban a manuales de buenas prácticas y diagramas de flujo de las investigaciones criminales de la Policía Federal y Civil de los Estados, sin que tuvieran carácter vinculante.

Los Tribunales Superiores de Justicia (Superior Tribunal de Justiça y Supremo Tribunal Federal), tal vez reflejando la reducida discusión doctrinal sobre el asunto<sup>1</sup>, rara vez fueron provocados a abordar la cuestión antes que el instituto se incluyera en el CPP<sup>2</sup>.

Aunque tarde, la regulación pormenorizada de la cadena de custodia ha entrado finalmente en vigor en Brasil<sup>3</sup>.

De acuerdo con el artículo 158-A del CPP, tras las modificaciones de 2019, se considera cadena de custodia al conjunto de todos los procedimientos utilizados para mantener y documentar la historia cronológica de los vestigios recogidos en el lugar del delito o en las víctimas, para rastrear su posesión y manipulación desde su reconocimiento hasta su descarte.

---

1 A nivel nacional, la excepción es el trabajo pionero de Geraldo Prado, en 2014. Tal y como recoge Arias Calderón, el vacío normativo y doctrinal se repetía en varios países latinoamericanos. Paralelamente al trabajo de Prado, en un estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos de varios países latinoamericanos, Arias Calderón describió que “las legislaciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Chile, El Salvador, Honduras y República Dominicana no presentan normativas de carácter general en su ley procesal ni especial que hagan referencia al procedimiento de cadena de custodia sino que, de manera general, regulan la protección a los elementos de prueba de los procesos penales” (2014: 457). Segundo a misma autora, “el insuficiente desarrollo teórico-doctrinal sobre la cadena de custodia de los elementos probatorios implica una laguna legislativa en el ordenamiento jurídico, con la consiguiente afectación de las garantías de un debido proceso” (2014: 428).

2 Consultando las bases de datos de jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, se constató que antes del año 2019 sólo se habían dictado siete sentencias citando expresamente los términos "cadena de custodia". Del mismo modo, antes del año 2019 solo se habían dictado 13 sentencias en el Tribunal Superior de Justiça que tratasen de “cadena de custodia”.

3 Este trabajo no pretende investigar la historia del instituto, pero existe una clara inspiración en el modelo procesal penal estadounidense, en lo que Schünemann denomina la "marcha triunfal del proceso penal estadounidense en el mundo" (2013: 140). Esta “marcha” es impulsada por algunos factores, entre ellos: la globalización jurídica, con el trasplante de institutos entre tradiciones jurídicas (Máximo: 2017), el "efecto CSI", término utilizado para describir el impacto de las series de televisión (Crime Scene Investigation, Law & Order, etc.), documentales y otros programas de ciencia forense en el comportamiento de jueces y jurados ([https://www.law.cornell.edu/wex/csi\\_effect](https://www.law.cornell.edu/wex/csi_effect)), así como la espectacularización de los juicios, como el caso O. J. Simpson, que además de varios libros, ha sido dramatizado en una serie de Netflix

En resumen, el proceso de documentación cronológica de la custodia, control, transferencia, análisis y eliminación de vestigios físicos o electrónicos corresponde al establecimiento de la cadena de custodia.

El legislador fue más allá. No se limitó a conceptualizar los institutos (como el concepto de cadena de custodia, mencionado anteriormente, y el concepto de evidencia, previsto en el artículo 158-A, §3), sino que también proporcionó una descripción detallada del procedimiento que debe adoptarse para preservar las pruebas (por ejemplo, el artículo 158-B detalla y define cada etapa del rastreo de vestigios).

Aunque ciertamente representa un importante avance en el control epistemológico de las pruebas incorporadas al proceso, a través del escrutinio del contradictorio, una regulación tan detallada implicará desafíos para su implementación en un país continental como Brasil, cuya población convive con escenarios de extrema violencia que revelan la fragilidad de los arreglos institucionales de seguridad pública<sup>4</sup>. Me refiero a las prácticas probatorias: el comportamiento de policías, fiscales, abogados y jueces asociado a la producción, incorporación y valoración de pruebas requiere una radical y saludable actualización.

A pesar de que el legislador se ha prodigado en la regulación de la cadena de custodia en el CPP, no ha dicho nada sobre las consecuencias del incumplimiento de sus disposiciones.

A la luz de este contexto, se plantea el problema objeto de estudio: ante la falta de una regulación jurídica específica, la cuestión es: ¿la ruptura de la cadena de custodia implica necesariamente la nulidad de la prueba? ¿qué criterios deben adoptarse para la evaluación de la cadena de custodia?

Postulo la hipótesis de que la cadena de custodia de la prueba debe valorarse a la luz de criterios epistémicos y que la eventual violación no conlleva la nulidad y exclusión del elemento probatorio, dado que la finalidad de las pruebas en el proceso judicial es determinar la verdad sobre lo ocurrido<sup>5</sup>.

En cuanto a los métodos de conocimiento y análisis de datos, se trata de un estudio descriptivo. Se ha recurrido a la investigación bibliográfica y, puntualmente, a la investigación jurisprudencial con fines de reasunción conceptual y aplicación al objeto de estudio. No se pretende

---

4 Según datos del Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, elaborado por la organización no gubernamental Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aunque a partir del año 2018 se observó una tendencia a la baja en los índices de violencia, en 2021 Brasil registró 22,3 muertes violentas intencionales por cada grupo de 100.000 habitantes, disponible en: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5> . Consultado el 9 de enero de 2024. A modo de comparación, en 2020 España tuvo una tasa de 0,64 muertes violentas intencionales por cada grupo de 100.000 habitantes, según DataUNODC, el sistema de datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en: <https://dataunodc.un.org/> . Consultado el 9 de enero de 2024.

5 Ferrer Beltrán, 2021b: 18.

hacer un estudio de derecho comparado, sino presentar ciertas aproximaciones conceptuales y teóricas, con un enfoque práctico del tema (procesalista).

Desde el punto de vista del marco teórico y como premisas de partida, se adopta la perspectiva racionalista o cognoscitivista del análisis probatorio, que puede entenderse a la luz de dos tesis, como resume Accatino (2019: 2)<sup>6</sup>: a) la búsqueda de la verdad como fin preferente de la prueba judicial, y b) la justificación probatoria como un caso especial de justificación epistémica general, esto es, construida a través de razonamientos inferenciales (basados en generalizaciones empíricas) y cuyas conclusiones son, necesariamente, probabilísticas<sup>7</sup>. En cuanto al concepto de verdad, en vista de la relación teleológica entre la prueba y la verdad, se afilia al de correspondencia, de modo que el enunciado fáctico formulado en el proceso judicial se considerará verdadero si, y sólo si, se corresponde con lo sucedido en el mundo<sup>8</sup>.

El primer capítulo trata de las notas definitorias de la cadena de custodia. Se entiende que existe una relación instrumental entre la cadena de custodia y la actividad probatoria. Es decir, la cadena sirve de herramienta para trazar los vestigios que componen la prueba, confiriéndole fiabilidad.

El segundo capítulo se ocupa de los filtros en la formación del acervo probatorio: pertinencia y admisibilidad.

El tercer capítulo analiza la fiabilidad como criterio de valoración de la cadena de custodia: la “mismidad” de la prueba, el origen español del criterio y su adopción por la jurisprudencia brasileña.

Tras estas consideraciones, el cuarto capítulo aborda las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia y las objeciones procesales y epistémicas a la corriente doctrinal que defiende la inadmisibilidad de la prueba.

## **Capítulo 1. Notas definitorias sobre el contexto de la cadena de custodia**

La cadena de custodia tiene por función primordial garantizar la autenticidad de un vestigio. Pueden ser identificadas algunas notas de definitorias sobre el contexto de la cadena de custodia.

### **1.1 Relación instrumental entre cadena de custodia y prueba**

---

6 Cfr. Accatino (2019: 1), las tesis son deducidas a partir de la presentación de la tradición racionalista en la cultura angloamericana (especialmente por Twining) y del giro racionalista latino (Taruffo, Ibáñez, Ferrer Beltrán, Dei Vecchi, entre otros).

7 Según Ferrer Beltrán, el razonamiento probatorio es probabilístico, no en sentido matemático, sino inductivo, “de modo que todo enunciado fáctico es necesariamente verdadero o falso, pero nuestras limitaciones epistémicas nos sitúan siempre ante decisiones que deben adoptarse en contextos de incertidumbre” (2021b: p. 19). En ese sentido, Gascón Abellán (2004: 11).

8 Véanse Ferrer Beltrán, 2021: 18; Taruffo, 2010: 149 y ss.; Gascón, 2023: 104 y ss.

Como se ha mencionado en la introducción, la cadena de custodia, como actividad, corresponde al procedimiento de garantizar la autenticidad de una prueba física o digital<sup>9</sup>.

El establecimiento de la custodia no corresponde, directa y estrictamente, a la prueba producida<sup>10</sup>. Aunque esté vinculada a un medio de prueba concreto<sup>11</sup>, la cadena de custodia no debe confundirse con ello.

En verdad, existe una relación instrumental entre cadena de custodia y prueba: la cadena no tiene un fin en sí misma<sup>12</sup>, está al servicio y es un instrumento de la prueba, para garantizar su autenticidad y fiabilidad.

- 
- 9 Prado (2014: 87) afirma que la cadena de custodia corresponde al "método mediante el cual se pretende preservar la integridad del elemento de prueba y asegurar su autenticidad. La ruptura de la cadena de custodia implica la imposibilidad de valorar la prueba, y su examen -verificación de la cadena de custodia- es uno de los objetos del juicio de admisibilidad de los medios de prueba o de los medios de obtención de la prueba, según los casos. Las consecuencias jurídicas de la ruptura de la cadena de custodia no están sujetas a un juicio de ponderación probatoria, ni siquiera de relevancia de la prueba" (mi traducción). Para Fischer y Pacelli (2021: 494), "la doctrina y la jurisprudencia se ocupan desde hace mucho tiempo de lo que se denomina cadena de custodia, que no es otra cosa que preservar y registrar el camino de la prueba, desde su recogida hasta su examen por el Poder Judicial. El objetivo principal es garantizar la fluidez y la validez de las pruebas que serán evaluadas por el juez, maximizando el debido proceso legal, bajo un doble vector: (a) tanto desde el punto de vista de la necesidad de averiguar los hechos en su totalidad (resultante de las llamadas obligaciones procesales penales positivas); (b) como también para permitir que la defensa y la contradicción se ejerzan con base en pruebas e indicios que se consideren válidos a la luz del ordenamiento jurídico" (mi traducción). Lima (2020: 250 y 251) explica que la cadena de custodia "consiste, en términos generales, en un mecanismo que garantiza la autenticidad de las pruebas recogidas y examinadas, asegurando su correspondencia con el caso investigado, sin ningún tipo de adulteración. Funciona, por lo tanto, como la documentación formal de un procedimiento destinado a guardar y documentar la historia cronológica de una prueba, evitando, así, eventuales interferencias internas y externas capaces de poner en duda el resultado de la actividad probatoria, asegurando, así, el rastreo de la prueba desde la escena del crimen hasta el Tribunal. Se basa en el llamado principio de "autenticidad de la prueba", principio básico por el cual se entiende que un determinado vestigio relacionado con la infracción penal, encontrado, por ejemplo, en la escena del crimen, es el mismo que el juez está utilizando para formar su opinión. De ahí la razón de tanto cuidado en la formación y preservación de los elementos probatorios en el ámbito del proceso penal" (mi traducción).
- 10 Cfr. Richard González (2013: 5), "la cadena de custodia puede acreditarse documentalmente o mediante testimonio. Efectivamente, nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron las evidencias. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el atestado policial donde se suelen contener los actos de la cadena de custodia tienen la consideración de denuncia por lo que suele ser necesario traer al plenario a los policías que actuaron en los actos de la cadena de custodia. De modo que para la plena convalidación de los actos de cadena de custodia será necesaria la declaración en el juicio oral de los agentes que la efectuaron, siempre que alguna de las partes alegue infracción y solicite su presencia. En caso de que la cadena de custodia esté debidamente documentada y no exista ninguna clase de impugnación la jurisprudencia viene considerando que no se producirá ninguna clase de irregularidad pudiendo valorarse la prueba conforme resulta del informe pericial. En cualquier caso, la naturaleza de garantía formal de la cadena de custodia, como en definitiva de muchos actos del proceso penal, debería determinar que el testimonio de los funcionarios que actuaron en el asunto no pudiera suplir la carencia absoluta de documentación que acredite los actos de custodia sobre las evidencias obtenidas en la investigación criminal".
- 11 Sentís Melendo refiere la existencia de un verdadero "embrollo terminológico" en relación a las nociones de fuente de prueba y medio de prueba (1964: 148). Aunque no es objeto de este texto analizar las distintas clasificaciones del fenómeno probatorio en el lenguaje de los juristas, sí cabe señalar, como ha dicho Ferrer Beltrán (2005: 28), que sólo en el sentido específico o concreto de medio de prueba puede hablarse de relevancia probatoria (entendida como la relevancia de un medio de prueba como elemento de juicio al que puede contribuir a confirmar o falsear la hipótesis alegada en un caso).
- 12 En ese sentido, la sentencia 1/2014, de 21 de enero, del Tribunal Supremo español: "en relación a la nulidad de las analíticas por no haberse seguido el protocolo y, en definitiva, no haberse garantizado la cadena de custodia, recordar que la misma no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede

## 1.2 Finalidad del registro histórico de los vestigios recogidos y examinados

El establecimiento de la cadena de custodia corresponde a la documentación formal y cronológica de un vestigio que compone la prueba concreta. La medida tiene por objeto evitar que las interferencias internas y externas en la prueba alteren su contenido. La autenticidad de las pruebas se observa mediante el rastreo de las mismas desde la escena del crimen hasta el proceso judicial<sup>13</sup>.

El establecimiento de la cadena de custodia está sujeto a controles procedimentales, es decir, está sometido a una serie de verificaciones y etapas, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la normativa legal aplicable y la autenticidad y la integridad de la prueba.

Conforme Richard González (2013: 4), el establecimiento de la cadena constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por todas las personas que se ponen en contacto con las evidencias.

El rastreo se establece a través de un protocolo a seguir por los agentes públicos. En este sentido, el art. 158-B del CPP establece hasta los detalles:

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento

---

afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez. SSTS 129/2011 de 10 de Marzo ; 1190/2009 de 3 de Diciembre ó 607/2012 de 9 de Julio”. Véase, también, en la sentencia STS 250/2017, 5 de abril.

13 Delgado (2015: 49 y 50) precisa que los elementos deben ser los mismos, "salvo los imprescindibles deterioros o menoscabos que en su caso se deriven de la realización técnica de los análisis que hayan debido efectuarse a tal fin – con su misma composición, naturaleza y contenido". Richard González (2013: 5) señala también que “no afectan a la cadena de custodia los problemas que se puedan plantear con relación a evidencias que puedan haber quedado en la escena o lugar del delito tras una primera inspección de la policía. Este es un supuesto que puede darse y que no se relaciona directamente con la cadena de custodia, sino con la acreditación de la autoría mediante la prueba de la relación entre los hechos delictivos y los acusados”.

e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Es evidente, en mi opinión, que un tratamiento jurídico tan detallado requerirá una interpretación adecuada, so pena de hacer inviable la actividad probatoria por actos que, en sentido estricto, no corresponderían al núcleo de la cadena de custodia, como, por ejemplo (y solo para citar un caso), los errores materiales en relación con las anotaciones realizadas en los objetos en la etapa de acondicionamiento<sup>14</sup>.

### 1.3 Aporta fiabilidad al elemento de prueba

El cumplimiento de la cadena de custodia garantizará la fiabilidad de la prueba efectivamente producida y aportada al proceso judicial, medida que asegurará la autenticidad y “mismidad” de la prueba.

Bautista (2005: 2) señala que la cadena de custodia se basa en el principio universal de autenticidad de la prueba, definido con “ley de mismidad”, es decir, el principio por el cual se determina que lo “mismo” encontrado en la escena del crimen es lo 'mismo' que se utilizará para tomar la decisión judicial<sup>15</sup>.

Prado (2019: 87 y ss) considera que la fiabilidad de la prueba no es lo mismo que indagar sobre su “peso”, como valor para la formación de la convicción judicial; se refiere a la etapa de ingreso del elemento probatorio en el proceso y concierne a los controles epistémicos, entendidos como “controles de entrada”.

---

14 Cfr. Richard González (2013: 5): “también debe distinguirse la cadena de custodia de determinadas actividades de investigación o documentación que puedan practicarse sobre los efectos intervenidos y que suelen incluirse junto con los actos de la cadena de custodia. Este es el supuesto, por ejemplo, del pesaje, aplicación de reactivos o destrucción de las de sustancias aprehendidas, la grabación de videos, toma de fotografías. Estos actos suelen aportar mayor información y detalle sobre lo incautado, pero no se corresponden estrictamente con los actos necesarios de garantía de la cadena de custodia. Por esta razón, las diferencias de descripción de los efectos, de la indicación de su naturaleza o del peso de lo incautado no implican necesariamente una ruptura o irregularidad en la cadena de custodia. Véase sobre esta cuestión la SAP Huelva, Secc. 1.ª, de 25 de junio de 2007, Ponente: Fernández Entralgo, Jesús, núm. 13/2007 (LA LEY 212269/2007 (LA LEY 212269/2007))”.

15 En el mismo sentido, para Richard González (2013: 4), “La cadena de custodia constituye una garantía de que la evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de la prueba pericial”.



No comparto esta opinión. La valoración de la prueba, aislada y en su conjunto, no se realiza en la fase de admisibilidad, sino en una fase posterior.

Cómo trata Ferrer Beltrán (2021a: 61), la actividad probatoria en Derecho puede ordenarse en tres etapas (aunque en la práctica puedan presentarse entrelazados): a) formación del conjunto de elementos probatorios; b) valoración de los elementos producidos; y, c) toma de decisión, con estricta sujeción al estándar probatorio exigido.

Ahora bien, tomando como ejemplo la prueba testifical, parece claro que sólo una vez admitido y tomado el testimonio puede analizarse la credibilidad tanto de la persona que declara como de la propia declaración<sup>16</sup>. *Mutatis mutandis*, la fiabilidad de una prueba documental se evalúa analizando los eslabones de la cadena de custodia de los vestigios recogidos en el lugar del delito o en las víctimas.

La cadena de custodia se constituirá durante la recogida de los vestigios que conforman la *futura* prueba (normalmente, en esta fase del proceso penal sólo existe la investigación de los hechos), cuya apreciación sólo se dará con la aportación y valoración de la misma en juicio, en el curso de una acción penal<sup>17</sup>.

Es decir, lo que garantiza la fiabilidad de la prueba es el cumplimiento del procedimiento de establecimiento de la cadena de custodia, que se iniciará con la preservación de la escena del crimen o con las diligencias policiales o periciales en las que se detecte la existencia de indicios (art. 158-A, § 1, CPC), correspondiendo al agente público que reconozca un elemento como de potencial interés para la producción de la prueba pericial su preservación (art. 158-A, § 2, CPC).

En la fase de formación del acervo probatorio se aplican las reglas de relevancia (o pertinencia)<sup>18</sup> y admisibilidad. Dedicaré el próximo capítulo a analizarlas.

---

16 Sobre los criterios de valoración de la prueba testifical, véase Fernández López (2007, pp. 5 y ss.) y Nieva Fenoll (2010, pp. 223 y ss.).

17 Más allá de se referir a la actividad, la cadena de custodia también está asociada a la prueba como resultado de la valoración de los elementos producidos. Richard González (2013: 4 y 5), sostiene que “efectivamente, la cadena de custodia determina la validez de la prueba e, indirectamente, de su resultado por cuanto la infracción de sus normas puede determinar que se «aparte» o «expulse» del procedimiento penal la evidencia y/o el resultado que se contuviere en el informe pericial. No puede haber un juicio justo sin una actividad probatoria válida y de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia. Siendo así, la relación directa de la evidencia con los hechos objeto de enjuiciamiento y su verosimilitud respecto de la prueba pericial son requisitos para su validez. A ese fin es necesario que se garantice que las evidencias que sirven de prueba estén relacionadas con los hechos y que no hayan podido ser alteradas o modificadas desde su recogida hasta su aportación como prueba al juicio oral. En consecuencia, la cadena de custodia garantiza la verosimilitud de la prueba y por tanto se constituye en requisito necesario del proceso penal, sin el cual no puede hablarse de un juicio justo y con todas las garantías”.

18 Ferrer Beltrán (2021a: 100) menciona que en España la legislación y la jurisprudencia procesal penal utilizan la expresión "pertinencia", pero el profesor prefiere la expresión "relevancia", por tratarse de un filtro epistemológico. En Brasil, el art. 400, § 1, del CPP establece que "las pruebas serán producidas en una única audiencia, pudiendo el juez rechazar las que considere irrelevantes, impertinentes o protelatórias". Badaró (2016: 259), después de explicar las diversas corrientes doctrinales, nacionales y extranjeras, sobre los conceptos de relevancia y pertinencia, concluye que "pertinente es el que, abstractamente, tiene por objeto el hecho principal o jurídico" y "hecho

## Capítulo 2. Filtros en la formación del acervo probatorio: pertinencia y admisibilidad<sup>19</sup>

Adoptando la concepción de verdad como correspondencia con la realidad<sup>20</sup> y desde una perspectiva racionalista de la prueba, es necesario asumir como premisa del razonamiento probatorio que hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en juicio. Es decir, la noción epistémica de la prueba implica que la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa depende del modo como se desarrollaran los acontecimientos en el mundo real (Taruffo, 2010: 149)<sup>21</sup>.

Por lo tanto, de partida es importante fijar el principio epistémico según lo cual si realmente se trata de determinar la veracidad de un enunciado, es necesario que se pueda utilizar el conjunto de pruebas lo más rico posible<sup>22</sup>.

Taruffo (2010: 163) señala dos funciones del filtro de relevancia (denominado por él principio): exclusiva e inclusiva. La primera función, basada en una justificación *sensu lato* económica, determina la exclusión de las pruebas no relevantes, tal como lo dispone la Regla 402

---

relevante es el que tiene por objeto un hecho secundario o circunstancial, que, por inferencia, se relaciona con el hecho principal". De modo general, las expresiones son tratadas como sinónimas en Brasil.

- 19 Tratase de un análisis sumaria de los aspectos conceptuales de relevancia y admisibilidad de la prueba para que se pueda tratar en el capítulo 4 las consecuencias de la ruptura de cadena de custodia.
- 20 Empleando las palabras de Taruffo, "si se adhiriera a una concepción consensual de la verdad se tendría que admitir que ha existido una época en que *era verdad* que la Tierra era plana, con la consecuencia de que sólo el cambio en el acuerdo entre los sujetos interesados habría determinado la falsedad de esta teoría y, por consiguiente, la transformación de la Tierra en un cuerpo celeste de forma aproximadamente esférica" (cursiva en el original) (2010: 147-148). En esa perspectiva, como señalado por Accatino (2019: 2 y ss.), el constructivismo como teoría metafísica parece recaer en el mismo problema de la concepción consensual, ya que es posible (quizá, muy probable) que muchos de nuestros conceptos o enunciados sobre la realidad cambien con el paso del tiempo. Ejemplos son variados, como menciona Schauer tratando de los estereotipos: "En el siglo XIX, cuando la pseudociencia de la frenología estaba ampliamente aceptada, la gente creía que las personas con cabezas de cierta forma o con protuberancias o depresiones en determinados lugares del cráneo poseían ciertas características de personalidad y tendencias de comportamiento. Se pensaba que la forma de la cabeza y la superficie del cráneo eran estadísticamente indicativos de la personalidad y el comportamiento. Hace tiempo que se rechazó la frenología por carecer de toda base científica, y ahora no conserva nada de la respetabilidad cultural de la que gozaba en el siglo XIX" (2022: 126).
- 21 Cabe referir la precisión conceptual de "hechos" y "objetos" planteada por Lagier (2020: 3): "Dado que los objetos no pueden hacer verdaderas o falsas a nuestras creencias, esto es, dado que nuestras creencias no versan directamente sobre objetos (sino sobre la existencia de un objeto, o sobre la pertenencia de cierta propiedad al mismo, etc.), y dado que por medio de la prueba las partes pretenden suscitar ciertas creencias (el convencimiento) u otras actitudes psicológicas en el juez, entonces los objetos no son materia de prueba. Lo que puede probarse es la existencia de un objeto, esto es, un hecho (o, si se prefiere, la afirmación acerca de la existencia de un objeto), pero no el objeto en sí. Una pistola no puede probarse, pero sí que esa pistola estaba en posesión de un sujeto". Dicho de otra manera, los hechos y los objetos físicos son cosas distintas, así como el enunciado respecto de un hecho no es lo mismo que el evento, tal como sucedió.
- 22 Taruffo (2010: 161) menciona que se trata de una aplicación del *total evidence principle*, según el cuál la racionalidad de un convencimiento debe fundarse sobre todos los datos cognoscitivos existentes. La misma idea se encuentra en Beltran, 2021a: 101 y ss.

de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses<sup>23</sup>. La segunda función, con una justificación no económica, sino epistémica, expresa que ninguna prueba potencialmente útil debería ser excluida, y todas las pruebas potencialmente útiles deberían ser admitidas<sup>24</sup>. Desde esa perspectiva, una prueba es útil cuando parece capaz de proporcionar conocimientos relativos, directa o indirectamente, a los hechos del caso, similarmente a la Regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses<sup>25</sup>.

Puede ocurrir que una prueba sea relevante aisladamente, pero redundante en comparación con otras pruebas del caso, lo que Ferrer Beltrán (2021-a: 110) denomina irrelevancia por superfluidad. En este caso concreto, la prueba es superflua por redundante. Desde una perspectiva epistémica, Taruffo (2010: 164) considera que solamente en la hipótesis de superfluidad parece razonable la atenuación “económica” de la relevancia en su significado inclusivo. Es el criterio utilizado en la Regla 403 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses<sup>26</sup>.

Sin embargo, no todas las pruebas redundantes son irrelevantes. Las pruebas variadas sobre un mismo hecho redundarán en un mayor apoyo a la hipótesis, ya que aportan un grado de corroboración al someterla a una mayor posibilidad de refutación en caso de que sea falsa<sup>27</sup>. Un ejemplo, para ilustrarlo: a) el testigo A afirma haber visto a Pedro apuñalando a José, b) el informe pericial de las lesiones sufridas por José indica lesiones compatibles con un instrumento cortante, y c) las imágenes de las cámaras de seguridad de un establecimiento comercial situado en el lugar de los hechos muestran a Pedro saliendo con un cuchillo ensangrentado en las manos. La primera y la tercera pruebas corroboran la hipótesis de que Pedro apuñaló a José, y la segunda evidencia que José sufrió heridas cortantes típicas de un cuchillo u otro instrumento punzante.

Por otro lado, la reiteración de pruebas del mismo tipo, generalmente testimoniales, produce un rendimiento decreciente en la prueba: a partir de la primera prueba, cada nueva evidencia aporta un menor grado de corroboración, además de producir el “peligro de desbordamiento” en su

---

23 Rule 402. General Admissibility of Relevant Evidence. Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: • the United States Constitution; • a federal statute; • these rules; or • other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible. (As amended Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011). Disponible en: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_evidence\\_-\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf).

24 Cfr. Vázquez (2015: 102), la relevancia está relacionada, sob ese vies, con la probabilidad de acierto en la decisión.

25 Rule 401. Test for Relevant Evidence. Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action. (As amended Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011). Disponible en: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_evidence\\_-\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf).

26 Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence. (As amended Apr. 26, 2011, eff. Dec. 1, 2011). Disponible en: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_evidence\\_-\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf).

27 Cfr. Ferrer Beltrán, 2021-a: 112.

tratamiento<sup>28</sup>. En este último caso, desde un punto de vista epistémico, es aconsejable excluir las pruebas superfluas, ya que son meramente acumulativas<sup>29</sup>.

Como ya se ha mencionado, según la función inclusiva del principio de pertinencia, todas las pruebas potencialmente útiles deben admitirse. Sin embargo, esta regla admite excepciones<sup>30</sup>. En este sentido, el secreto de la fuente periodística, previsto como garantía fundamental en el artículo 5º, inciso XIV, de la Constituição Federal brasileña. Se trata de una opción político-constitucional cuyas razones epistémicas pueden resumirse en el beneficio para la colectividad de garantizar el acceso a la información mediante la consecución de una prensa independiente, especialmente para casos futuros (desde un punto de vista dinámico), aunque empobrezca el proceso juzgado (perspectiva estática).

El filtro de admisibilidad tiene lugar después del juicio de relevancia.

Aunque la búsqueda de la verdad sea un fin, en cierta medida prioritario del proceso en materia de prueba, no es absoluto. El respeto a los derechos fundamentales, la protección del sigilo del Estado, la celeridad procesal, entre otros, son reconocidos y protegidos por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>31</sup>.

El conflicto entre la búsqueda de la verdad y el respeto de otros intereses legítimos se resuelve por una decisión política del legislador que, a depender del caso, impone un cierto sacrificio epistémico<sup>32</sup>, ya que limita el abanico de pruebas e informaciones que el juez valorará en el proceso.

---

28 Cfr. Ferrer Beltrán, 2021-a: 111, el “perigo de transbordamento” es causado por la limitación humana para el procesamiento de las informaciones, así como por el escaso tiempo asignado para la resolución del asunto planteado en el proceso judicial.

29 Cfr. *ibid*: 113, nota n.º 29. El problema es la paradoja que implica el análisis de la pertinencia de la prueba redundante, especialmente en los sistemas jurídicos de matriz *civil law*, como es el caso de Brasil, en el que el juicio de pertinencia es *ex post*, mediante el control de la motivación judicial (Igartua, 2003: 135). En otras palabras, se trata de un juicio hipotético sobre el resultado de las pruebas practicadas.

30 Cfr. *ibid*: 106, cita una regla destinada a evitar el abuso estratégico de la posesión de información por las partes, prevista en el art. 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Según esta regla, las pruebas que se presenten en la segunda instancia o en instancias posteriores podrán excluirse si la parte dispuso de ellas en el momento procesal oportuno durante el juicio en primera instancia. Regra similar é prevista no Código de Processo Civil brasileiro, nos artigos 434 e 435, segundo a qual incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação (a manifestação defensiva) com os documentos que forem necessários para provar o direito alegado, somente pode ser excepcionada se, após o ajuizamento da ação, surgirem documentos novos, ou seja, decorrentes de fatos supervenientes ou que somente tenham sido conhecidos pela parte em momento posterior. No âmbito do processo penal, por outro lado, a regra é que as partes podem apresentar documentos em qualquer fase do processo (art. 231, do CPP). Regla semejante está prevista en el Código de Processo Civil brasileño, en los artículos 434 y 435, según los cuales la parte está obligada a instruir la petición inicial o la manifestación defensiva con los documentos que sean necesarios para probar el derecho alegado. Excepcionalmente, sólo podrán aportarse documentos al proceso si son "nuevos", es decir, resultantes de hechos supervenientes o que sólo hayan sido conocidos por la parte en un momento posterior. En el proceso penal, en cambio, la regla es que las partes pueden presentar documentos en cualquier fase del proceso (art. 231 del CPP).

31 Véase, entre otros, Ferrer Beltrán, 2021-a: 114. La Constitución Federal brasileña de 1988 asegura, en este sentido, la garantía fundamental de la inviolabilidad del domicilio (art. 5º, XI); el derecho a la información y la garantía del secreto en materia de seguridad de la sociedad y del Estado (art. 5º, XXXIII), la garantía del debido proceso legal (art. 5º, LIV), el principio de la duración razonable de los procesos (art. 5º, LXXVIII), entre otros.

32 Cfr. Ferrer Beltrán, 2021-a: 114 y ss.

Es lo que sucede en los casos de prueba ilícita<sup>33</sup>. Según el art. 157 del CPP, “son inadmisibles, debiendo ser desechadas del proceso, las pruebas ilícitas, entendidas como aquellas obtenidas en violación de normas constitucionales o legales”. Y, el § 1º del mismo artículo, “también son inadmisibles las pruebas derivadas de las ilícitas, a menos que no se evidencie la relación de causalidad entre ellas o cuando las derivadas puedan obtenerse por una fuente independiente de las primeras”.

La decisión política de no admitir pruebas ilícitas (y derivadas) se basa en los valores morales que se espera que adopte el Estado en el enjuiciamiento penal de las personas (una especie de argumento de superioridad ética del Estado)<sup>34</sup>.

Aun así, según Ferrer Beltrán (2021-a: 120), no se puede perder de vista que la finalidad primordial del proceso es la averiguación de la verdad, por lo que el ordenamiento jurídico no puede prescindir de esta finalidad, so pena de colapso. Este primer argumento puede complementarse con lo que Taruffo (2010: 109 y ss.) denomina el descubrimiento (o redescubrimiento) del *valor social de la verdad* desde dos dimensiones: la ética, con diversas manifestaciones, y la política (el vínculo entre verdad y democracia).

Además, se puede añadir un argumento jurídico a favor del protagonismo relativo de la búsqueda de la verdad que surge de la correlación directa entre el impacto de la exclusión de pruebas y el derecho fundamental a la prueba<sup>35</sup>, especialmente (pero no solo) para la defensa<sup>36</sup>.

---

33 Estrampes (2004: 17 y ss.) repasa las distintas concepciones doctrinales y criterios sobre la prueba ilícita. Según Estrampes (2010: 133), “por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales. La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone más adelante, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación”.

34 Véase en Estrampes (2019) el origen de la exclusionere rules y su flexibilización por la Suprema Corte estadounidense.

35 Cfr. Ferrer Beltrán (2021-a: 122). En el mismo sentido, Richard Gonzáles (2013: 1) específicamente en relación a la cadena de custodia.

36 Sin incurrir en reduccionismos ilusorios y en equívocos, en verdad es insuficiente un concepto hermético de los sistemas acusatorio, inquisitorio o mixto al cual el ordenamiento brasileño (o cualquier otro) adopte, especialmente porque la importación no crítica de un modelo extranjero suele desconsiderar las diversas matizaciones normativas (a ejemplo de reglas de gestión de la prueba por las partes y de los poderes probatorios del juez) y aspectos culturales característicos de un pueblo. Conforme Damaska, “No todas las diferencias en el marco institucional y en las formas de justicia son visibles a primera vista. Algunas subyacen bajo similitudes superficiales y sólo pueden descubrirse tras una revisión más profunda. No ha de sorprender, entonces, que a veces se proclame el consenso respecto a puntos sobre los cuales los acuerdos no son más que logros retóricos.” (2000: 10).

Dicho eso, en mi opinión, las instituciones Poder Judicial y Ministerio Público Fiscal, como consecuencia de los deberes ético y político resultantes de sus actuaciones no pueden prescindir de la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, aunque se piense en un sistema acusatorio, en lo cual el magistrado tiende a permanecer equidistante de las partes.

En relación al Ministerio Público Fiscal, Veleda (2020: 259) refiere que “a los fiscales, en la mayoría de los casos, se les exigirán deberes que exceden la mera representación del interés social en la persecución de los delitos y, en cambio, tendrán que conducir su actuación de manera objetiva y hacia la obtención de una decisión justa. Estas misiones tienen un compromiso fuerte con la averiguación de la verdad”.

Por lo tanto, la superioridad relativa del objetivo de búsqueda de la verdad puede ser desafiada por otro valor u objetivo de igual jerarquía, pero el primero tiene una preferencia estructural que significa que no siempre (o en la mayoría de las situaciones) puede ceder<sup>37</sup>.

Dado el principio epistémico de inclusión y que la rotura de la cadena de custodia no corresponde directamente a vulneración de derechos fundamentales del imputado<sup>38</sup>, de lo anterior cabe concluir, siquiera sea parcialmente, que la ruptura de la cadena de custodia no implica automáticamente la inadmisibilidad del elemento de prueba.

### **Capítulo 3: Fiabilidad como criterio de valoración de la cadena de custodia: “mismidad” de la prueba**

#### 3.1. El origen español del criterio de “mismidad”

Conforme se ha dicho, la cadena de custodia asegura la autenticidad y la integridad de la prueba presentada en un proceso judicial. Badaró (2017: 525) diferencia la autenticidad de la integridad de la prueba. Para el jurista brasileño la autenticidad significa que la fuente de la prueba es genuina, auténtica en cuanto a su origen. Por otro lado, la integridad se refiere a la condición de una fuente de prueba que no ha sido manipulada, reducida o alterada en sus características originales, que siguen siendo las mismas desde su recogida, guarda y exámen.

Estos dos requisitos garantizan que la prueba producida sea confiable y la “misma”.

La doctrina española ha creado el concepto de "mismidad" de la prueba, que ha sido consagrado por el Tribunal Supremo español, por la Sala de lo Penal, ya vinculando el término a la cadena de custodia en su Sentencia de 03 de diciembre de 2009 (STS 7710/2009)<sup>39</sup>: “es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba”.

---

37 Cfr. Ferrer Beltrán (2021-a: 121).

38 Podría argumentarse que la ruptura de la cadena de custodia implica violación del debido proceso, especialmente del derecho de contradicción. Sin embargo, tal violación parece estar muy alejada del instituto en cuestión. Ello se debe a que la cadena de custodia, especialmente en el marco de un procedimiento penal, es elaborada por autoridades estatales (instituciones policiales y el Ministerio Público), sin que haya lugar al ejercicio real e inmediato del contradictorio por parte del investigado. Además, la falta de cumplimiento de la cadena de custodia no impacta el debido proceso; más bien, disminuye el valor probatorio particular del elemento material. Volveré sobre este argumento en el capítulo 4.

39 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6e8c24c50bb08e8c/20100121>. Entre otras sentencias que repiten ese conceito, SSTS 6/2010, de 27 de enero; 776/2011, de 20 de julio; 1045/2011 de 14 de octubre; 3116/2012, de 24 de abril; 513/2018, de 30 de octubre; más recientemente, la sentencia 470/2023, de 09 de enero de 2023 (<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6962c5fe5c51499ea0a8778d75e36f0d/20230228>).

Richard González (2013: 4) explica que más allá de las diferencias de estilo en la definición de la cadena de custodia<sup>40</sup> existe un cierto consenso sobre el modo en el que la cadena de custodia se relaciona con la investigación y la prueba en el proceso penal. En tal sentido, es necesario observar una serie de garantías formales en la custodia y manejo de las pruebas, con el fin de evitar cualquier alteración o modificación de las mismas, así como garantizar que los elementos presentados ante el juez sean los mismos que los recogidos al inicio de la investigación.

En la sentencia 1029/2013, de 28 de diciembre, el Tribunal Supremo español fijó que frente a la cuestión de la regularidad de la cadena de custodia estamos ante un problema no tanto de validez, como de fiabilidad (citando la STS 1072/2012, de 11 de diciembre):

Quando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables, habrá que prescindir de esa fuente de prueba, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada. **No se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad.** Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. Ese es el alcance que se atribuía a la regularidad de la cadena de custodia en la normativa proyectada aludida: "El cumplimiento de los procedimientos de gestión y custodia determinará la autenticidad de la fuente de prueba llevada al juicio oral... El quebrantamiento de la cadena de custodia será valorado por el tribunal a los efectos de determinar la fiabilidad de la fuente de prueba" (art. 360). **No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad**<sup>41</sup>.

El Tribunal Supremo de España resumió las características de la cadena de custodia en la sentencia 250/2017, emitida el 5 de abril:

1. No es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental.
2. Garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas.
3. No afecta a la nulidad de la prueba sino a su fiabilidad.
4. La irregularidad tiene que ser causal o material respecto a la pérdida de valor de lo incautado con fines analíticos, no meramente formal.
5. No basta con afirmar dudas, hay que probar los vicios de la ruptura de la cadena de custodia, pues las actuaciones procesales, incluido el comportamiento de la policía judicial, se presume lícito mientras no se pruebe lo contrario.

Según Delgado (2015: 75), la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre la materia ha restringido, a lo largo del tiempo, los supuestos en los que la cadena de custodia implica la

---

40 Al se referir al término "mismidad de la prueba", adoptado por la jurisprudencia española, el jurista critica lo que considera "expresiones forzadas que chirrían a los oídos de una persona mínimamente sensible" (Richard González, 2013: 4).

41 Énfasis añadido. En el mismo sentido, la sentencia STS 675/2015, 10 de noviembre.

nulidad del valor probatorio, a aquellos en los que se ha producido una alteración o manipulación *real* de los elementos analizados.

De hecho, en la Sentencia 250/2017, emitida el 5 de abril de 2017, el Tribunal Supremo de España se afirma que “pueda existir alguna irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad existe y es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba”.

En ese mismo sentido, la reciente sentencia STS 286/2023, de 12 de enero de 2023, repitiendo el entendimiento de la sentencia STS 679/2019, de 23 de enero de 2020, “afirma que la mera infracción de los protocolos establecidos sobre recogida de muestras y análisis no justifica la existencia de una ruptura de la cadena de custodia ni conlleva la nulidad de la prueba”, para lo que reitera que “no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad”.

### 3.2 Apuntes sobre el criterio de la “mismidad” en la jurisprudencia brasileña

En Brasil, la noción de mismidad de la cadena de custodia fue introducida en la doctrina brasileña por Geraldo Prado, conforme dicho anteriormente.

La jurisprudencia brasileña, específicamente del Superior Tribunal de Justiça<sup>42</sup> (en adelante STJ), ha debatido en los últimos años cuestiones relacionadas con la cadena de custodia.

En el primer caso en que el STJ se refirió de manera expresa al criterio de mismidad, HC nº 653.515/RJ, juzgado en 23 de noviembre de 2021 (ponente el Ministro Rogerio Schietti Cruz), se ha dictado que:

3. La autenticación de una prueba es uno de los métodos que garantiza que el elemento presentado es lo que se afirma que es, denominado por la doctrina del principio de mismidad.

4. En resumen, se puede decir que el art. 158-B del CPP detalla las diversas etapas de la localización del vestigio: reconocimiento, aislamiento, fijación, recolección, embalaje, transporte, recepción, procesamiento, almacenamiento y eliminación. El art. 158-C, a su vez, establece al perito oficial como sujeto preferente para realizar la recolección de los vestigios, así como el lugar donde deben ser enviados (central de custodia). El art. 158-D, por su parte, regula cómo deben embalsarse los vestigios, disponiendo que todos los recipientes deben estar precintados con precintos y numerados individualmente "a fin de garantizar la inviolabilidad e idoneidad del vestigio".

5. Si bien es cierto que, por un lado, el legislador, en los artículos 158-A a 158-F del CPP, ha realizado determinaciones extremadamente detalladas en cuanto a cómo debe preservarse la cadena de custodia de la prueba, también lo es que, por otro lado, ha guardado silencio en cuanto a los criterios objetivos para definir cuándo se produce una ruptura de la cadena de custodia y cuáles son las consecuencias jurídicas, para el proceso penal, de dicha ruptura o del

---

42 Corte con atribución para uniformar la interpretación de la ley federal en todo Brasil, de acuerdo con el art. 105, inciso III, de la Constituição Federal.



incumplimiento de alguna de estas previsiones legales. En el ámbito de la doctrina, las soluciones presentadas son de lo más diversas.

(...)

7. Es más adecuada la postura que sostiene que las irregularidades en la cadena de custodia deben ser ponderadas por el magistrado con todos los elementos producidos en la investigación preliminar, a fin de determinar si la prueba es fiable. Así, en ausencia de otras pruebas capaces de sostener la acusación, la demanda debe ser desestimada por insuficiencia probatoria, y el acusado absuelto.

(...)

12. No fue la simple falta de cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 158-D, § 1, del CPP lo que llevó a la conclusión de la absolución del acusado en relación con el delito de tráfico de drogas; fue la ausencia de otras pruebas suficientes para formar la opinión del tribunal sobre la autoría del delito que se le imputaba. La cuestión de la ruptura de la cadena de custodia de la prueba merece un tratamiento cuidadoso, según el caso analizado, de modo que, dependiendo de las peculiaridades de la hipótesis analizada, puede haber diferentes resultados procesales para los casos de incumplimiento de la disposición legal. (mi traducción).

El STJ siempre ha firmado, de manera similar al Tribunal Supremo español, que corresponde a la defensa demostrar cómo se rompió la cadena de custodia de las pruebas. Además, añadiendo la necesidad de comprobación de perjuicio para la defensa, ya que según el artículo 563 del CPP incluso los vicios capaces de conducir a la nulidad absoluta no eximen de la demostración del perjuicio efectivo, en atención al principio *pas de nullité sans grief*<sup>43</sup>.

En ese sentido, véase el RHC 80.564/PR, juzgado en 26 de febrero de 2019 por la sexta turma del STJ, ponente el Ministro Sebastião Reis Junior. También el AgRg no RHC 153823 / RS, juzgado en 28 de septiembre de 2021 por la quinta turma del STJ, ponente el Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Recientemente, en el 06 de marzo de 2023, en el AgRg no HC 710082 / MT, la quinta turma del STJ, ponente el Ministro Joel Ilan Parcionick, ha reafirmado el entendimiento según el cual "la nulidad señalada debe ir siempre acompañada de la demostración del perjuicio efectivo". (mi traducción).

Cabe señalar que las turmas quinta y sexta son las dos "salas" del STJ con competencia en materia penal, por lo que es posible afirmar que no existen divergencias entre ellas en esta cuestión<sup>44</sup>.

---

43 Art. 563. Ningún acto será declarado nulo si la nulidad no perjudica a la acusación o a la defensa (mi traducción).

44 Sin embargo, también recientemente, el mismo STJ, en AgRg en RHC 143169 / RJ, Quinta Turma, ponente el Ministro Ribeiro Dantas, juzgado el 07 de febrero 2023, decidió que "al romper la cadena de custodia, las pruebas extraídas de los ordenadores de los acusados son inadmisibles, así como las pruebas derivadas de ellos, en aplicación analógica del art. 157, § 1, del CPP". Aunque la decisión declare la inadmisibilidad de la prueba, no está claro si realmente hubo un cambio en el entendimiento del STJ. Esto se debe a que, en el cuerpo del fallo se reafirma el entendimiento de que las irregularidades en la cadena de custodia deben ser sopesadas por el magistrado con todos los elementos producidos en la investigación preliminar para determinar si la prueba es fiable. Además, la decisión se basa en una analogía pura y simple del artículo 157, § 1, CPC, que trata de la prueba ilícita por derivación, asumiendo que se trata de situaciones de la misma jerarquía y gravedad (ruptura de la cadena de

## Capítulo 4: Consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia

En cuanto a las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia, se han establecido básicamente dos posiciones en la doctrina jurídica brasileña.

Algunos juristas entienden que la ruptura de la cadena de custodia implica la inadmisibilidad de la prueba y que el documento debe ser retirado del proceso, impidiendo que sea valorado<sup>45</sup>.

Otra parte de la doctrina, en línea con la jurisprudencia brasileña y española anteriormente referida<sup>46</sup>, entiende que la ruptura de la cadena de custodia no implicará la inadmisibilidad de la prueba, sino que sólo afectará a la valoración de su “peso probatorio”, que se analizará a la luz del conjunto de elementos de información que componen el acervo probatorio y del grado de violación de la cadena<sup>47</sup>.

En definitiva, se trata de un debate entre la admisibilidad y la valoración.

### 4.1. Objeciones procesales a la posición de inadmisibilidad

Prado (2019: 94) vincula la análisis de la cadena estrictamente al filtro de admisibilidad de las pruebas y sostiene que la autenticidad debe ser evaluada confrontando su recolección con la mismidad (en línea con los conceptos citados en el capítulo 3) y el principio de “desconfianza”.

El jurista brasileño argumenta que la supresión de eslabones probatorios de la cadena de custodia afecta al material probatorio restante y, en consecuencia, lo convierte en prueba ilícita, ya

---

custodia y prueba ilícita). En mi opinión, por todo eso no queda claro se se trata de una posición aislada (y equivocada) o realmente un cambio de entendimiento.

45 En este sentido: Prado, 2019: 124 y ss.; Eberhardt (2015: 223) considera que “la violación de la cadena de custodia se relaciona con el plano de la admisión y no de la valoración de la prueba y no puede ser admitida dentro del proceso penal la prueba técnica obtenida sin la observancia mínima de la técnica o método adecuado para su análisis”. Del mismo modo, para Azevedo y Vasconcelos (2017: 109) “la eventual ruptura en la cadena de custodia de la prueba es ilícita”. Oliveira (2020: 145), desde una perspectiva distinta, pero con las mismas consecuencias prácticas, sostiene que cuando la ausencia de preservación de la cadena de custodia provoca una ruptura de la conexión entre la declaración fáctica y la prueba, hasta el punto de que esta última pierde su potencialidad para influir en la valoración de los hechos debatidos en la causa, la prueba resulta irrelevante y, por tanto, inadmisibile. Knijnik (2018: 179), por su parte, considera que una vez comprobada la ruptura de la cadena de custodia hasta el punto de alterar el contenido de la propia prueba, el material no sería susceptible de ser valorado por el juez.

46 La Corte Constitucional de Colombia llegó a la misma conclusión en la Sentencia C-496/15, afirmando lo siguiente: “el procedimiento a través del cual se aplica la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual se busca asegurar la autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal, lo cual en ningún momento descarta que existan otros mecanismos para lograr esa finalidad. La cadena de custodia, se refiere entonces a la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento material probatorio, es decir, a su eficacia, credibilidad o asignación de mérito probatorio, por lo cual, lo que se cuestiona cuando no se cumple con los requisitos de la cadena de custodia, no es la legalidad de elemento material probatorio sino su eficacia probatoria”. disponible en: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm#\\_ftn138](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm#_ftn138) . Consultado el 9 de enero de 2024.

47 Véase en Badaró (2017: 535), también en Câmara y Dallagnol (2019: 563), y, Fischer y Pacelli (2021: 158).

que no sería posible someterlo adecuadamente al escrutinio judicial en relación a la fiabilidad y al control dialéctico de las partes (2019: 91 y ss., 134).

Citado principio de desconfianza es extraído por Prado de la doctrina de Baytelman y Duce (2004: 284). Según los juristas chilenos, la lógica de la desconfianza en materia probatoria puede ser resumida en la siguiente fórmula: “nadie tiene por qué creer que esto es lo que la parte que lo presenta dice que es, simplemente porque ella lo diga”. Señalan Baytelman y Duce (2004: 285) que la principal implicación de la lógica de la desconfianza es que los objetos y documentos deben ser “acreditados”. O sea, que alguien declare que efectivamente aquel objeto corresponde a aquello que la parte dice que es. Y, completan los juristas (2004: 285): “esto implica que los objetos y documentos deben ser ingresados por lo general a través del testimonio (en sentido amplio, comprendiendo tanto testigos como peritos)”.

A este respecto, creo que es importante tener en cuenta tres observaciones.

En primer lugar, Baytelman y Duce tratan de la lógica de la desconfianza en un contexto jurídico específico de juicio oral chileno, cuyas etapas (investigación, intermedia o de preparación del juicio oral y el juicio oral) no encuentran similitud con el proceso penal brasileño<sup>48</sup>.

Según los juristas chilenos (2004: 285): “desde el punto de vista del diseño general del sistema, es una mala opción pretender que las actas o registros de la propia investigación constituyen la prueba independiente que las necesidades de acreditación exigen”. Además, para ellos “en un juicio genuinamente oral, la investigación no tiene valor probatorio, y si el fiscal quiere ingresar el cuchillo necesitamos a ese policía en el estrado (o cualquier otro testigo idóneo), en condiciones de inmediación y sometido a contradictoriedad”<sup>49</sup>.

De forma similar, en el sistema jurídico estadounidense hay una fase de autenticación de las pruebas, que se explica por la especial función de filtro que desempeña el juez con respecto al jurado lego (Cámara y Dallagnol, 2019: 538)<sup>50</sup>.

---

48 Barilli (2018: 685) se ocupa de la centralidad del juicio oral en el sistema acusatorio y critica la estructura típica del proceso penal (incluido el brasileño), en el que el proceso se guía por procedimientos escritos, tomando la formalidad y la burocratización como verdaderas garantías de la racionalidad procesal. En el proceso penal brasileño, no existe una fase previa al juicio oral para la acreditación de las pruebas, que se analizan en el curso del procedimiento y, por regla general, mediante deliberaciones intermedias no orales. Además, en la gran mayoría de los casos, la admisión y valoración de las pruebas corre a cargo de un juez profesional (salvo en el caso de delito contra la vida, que está sujeto a un procedimiento en dos fases, siendo la primera la admisión de la acusación por un juez profesional y la segunda el análisis del fondo de la acusación por jurados legos).

49 Idem.

50 En cuanto al sistema estadounidense, Fisher indica que la prueba de la cadena de custodia requiere la escucha de cada una de las personas que han tenido contacto con la prueba, pero no perfectamente, ya que la falta de pruebas de uno de los eslabones de la cadena de custodia “no siempre -ni siquiera normalmente- excluirá la prueba”; una vez satisfecha la FRE 901(a), el análisis del defecto se sopesará en relación con el peso de las pruebas, no con la admisibilidad. (véase Fisher, 2008: 807-808).

En mi opinión, la necesidad de acreditación defendida por los juristas chilenos refuerza el carácter meramente instrumental de la cadena de custodia, tal y como se ha señalado en el capítulo 1, con lo que Prado no está de acuerdo, ya que para el jurista brasileño la ruptura de la cadena de custodia implica la inadmisibilidad del medio de prueba y tratamiento como prueba ilícita (2019: 124 y ss.).

Además, el trasplante de institutos entre tradiciones jurídicas diferentes encierra un riesgo inherente, ya que existe una tendencia natural a ignorar las diversas matices culturales y aspectos normativos que caracterizan a un sistema jurídico determinado. Conforme señala Damaska (2000: 10), “virtualmente todos los Estados comparten la noción de que todos los jueces deberían ser independientes y que se debe presumir que el acusado es inocente hasta que no se pruebe lo contrario, pero la unanimidad comienza a resquebrajarse en cuanto se consideran las implicancias de esas nociones y el significado operativo de la administración de justicia de los diversos países”.

En segundo lugar, los profesores chilenos sostienen que, en general, las cuestiones relativas a la prueba se insertan en la credibilidad, no en la admisibilidad, ya que el sistema de libre valoración de la prueba opera según la máxima general de “todo entra, mas no todo pesa” (2004: 286), v. g. admitimos el testigo, pero luego decidimos cuán creíble es su testimonio. Asimismo, admiten el escrutinio del filtro de relevancia de la prueba.

En tercer lugar, creo que la lógica de desconfianza también pueda ser vista, al menos en un de sus aspectos, en la regla jurídica de la carga de la prueba<sup>51</sup>. Es decir, por regla general, la carga de la prueba recaerá en la persona que formule la alegación, ya que los enunciados deducidos por las partes no se consideran probados por sí mismos.

Específicamente en relación a la regularidad de la cadena de custodia, es posible la ampliación del espectro probatorio por consecuencia de la intervención de las partes o del juez<sup>52</sup>: la prueba sobre prueba y metaprueba, para fines del control de fiabilidad de las pruebas aportadas. Volveré sobre este argumento en el próximo tópico.

---

51 No es el objetivo del presente texto tratar de carga de la prueba, pero cabe referir solamente algunos puntos. Más allá de los debates en torno a la conceptualización de la carga de la prueba, es pacífico en la doctrina considerar la existencia de dos dimensiones: una objetiva, también llamada material o directa, y otra subjetiva, también llamada formal o indirecta (Ferrer Beltrán, 2022, pp. 404-405). En lo que no hay unanimidad es en la pertinencia de los significados subjetivo y objetivo. Para Nieva Fenoll (2020: 10-11), en el actual sistema de libre valoración de la prueba y con la aportación del principio de adquisición o comunión de la prueba, carece de sentido hablar de carga subjetiva y objetiva de la prueba. En un sentido similar, Ferrer Beltrán coincide en la idea de prescindir de la carga subjetiva, porque a su juicio es conceptualmente imposible la carga para ambas partes, ya que equivaldría a decir que en caso de insuficiencia probatoria, ambas partes pierden, lo que evidentemente no tiene ningún sentido (Giannini, Ferrer Beltrán y Nieva Fenoll, 2019: 77). Fernández López (2005: 88) trata del principio de aportación de parte en relación a la carga de la prueba formal, con lo que estoy de acuerdo, dado el carácter incentivador de la aportación de pruebas para la parte que soportará la carga (como una especie de *efecto nudge*, es decir, un estímulo para que la parte actúe).

52 Cfr. Ferrer Beltrán (2021-a: 130), es epistémicamente conveniente que el juez pueda ordenar la aportación de prueba sobre prueba, a efectos de realizar una valoración fundada de la fiabilidad de la prueba.

## 4.2. Objeciones epistémicas a la posición de inadmisibilidad

Prado (2019: 128) considera que mientras la legislación brasileña no tenga una regla específica sobre las consecuencias de la ruptura de la cadena de custodia, se le debe aplicar la regulación de la prueba ilícita, argumentando que también se ha violado el contradictorio, como condición de validez del acto procesal<sup>53</sup>.

En mi opinión la solución no parece la más aconsejable desde el punto de vista epistémico.

Primero porque la gravedad de la prueba ilícita (derivada de la vulneración de derechos fundamentales) no es equivalente a cualquier infracción de la cadena de custodia. Sin pretender incurrir en *reductio ad absurdum*, es evidente que la confesión obtenida bajo tortura no equivale a la inobservancia de los procedimientos forenses en el acondicionamiento de una evidencia (v. g. anotaciones erróneas realizadas en el rastreo del vestigio). Debe tenerse en cuenta la gravedad real de la violación de la cadena de custodia para *valorarla*, en su caso, como prueba no fiable.

En segundo lugar, creo que el argumento de la violación del debido proceso, especialmente del derecho de contradicción, corresponde a una invocación muy distante de los institutos en cuestión. Esto se debe a que la cadena de custodia, especialmente en el marco de un procedimiento penal, es elaborada por autoridades estatales (instituciones policiales y/o el Ministerio Público), sin que haya lugar al ejercicio real e inmediato del contradictorio por parte del investigado<sup>54</sup>.

También es cierto que el ejercicio del derecho de contradicción está sujeto a limitaciones necesarias para garantizar otros derechos fundamentales que en algún momento pueden entrar en conflicto, como en el caso de la investigación de prácticas delictivas. Por otra parte, no impide el posterior ejercicio de los derechos de defensa, ya que la presunción de inocencia exige que la prueba se practique respetando todas las garantías procesales (Fernández López, 2005: 150).

Una vez que se ha cometido un delito, el Estado tiene el deber de llevar a cabo una investigación seria e imparcial, sujeta a los requisitos del debido proceso legal, para establecer los hechos<sup>55</sup>.

---

53 En este sentido, Edinger (2016: 239) argumenta que las pruebas que no estén debidamente rastreadas son ilícitas porque violan el derecho de contradicción y a una defensa amplia.

54 Nieva Fenoll (2019: 240) señala que la cadena de custodia depende demasiado de la honestidad de todos sus participantes, especialmente del que la inicia. De tal manera que si en el primer paso se introduce una evidencia falsa, la cadena de custodia deja de ser una garantía de la limpieza del procedimiento para convertirse en una herramienta de poder que encubre irremediabilmente la introducción de pruebas falsas en el proceso. De ahí el "mito" de la cadena de custodia, por lo que el jurista español sugiere que se filme la incautación del rastro para reducir el margen de una posible corrupción.

55 Cabe recordar que la República Federativa de Brasil ha sido condenada en más de una decena de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por impunidad de los violadores de los derechos humanos y por no proteger de forma adecuada a las víctimas. Ejemplos de ello son los casos "Ximenes Lopes Vs. Brasil", de 2006, y "Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil", de 2020. El emblemático párrafo 220 de la citada sentencia de 2020: "220. La Corte ha indicado, haciendo referencia a la

El incumplimiento de la cadena de custodia no afecta al debido proceso, pero sí reduce el “peso” particular de la prueba e implica un mayor esfuerzo argumentativo y probatorio por parte de quien la aporta, que será analizado cuando se valore el conjunto probatorio.

Como se ha mencionado brevemente, es posible que la irregularidad en la cadena de custodia pueda subsanarse ampliando el acervo probatorio mediante otras pruebas (v. g. testigos de las personas que han tenido contacto con la prueba<sup>56</sup>) o metapruebas<sup>57</sup>, circunstancia que aumentará la probabilidad de que la decisión final sobre los hechos refleje lo sucedido en el mundo.

Podría objetarse que la postura aquí esbozada implica adoptar la fórmula de Nicolás Maquiavelo de que "el fin justifica los medios". Sin embargo, no es el caso.

En primer lugar, el "fin" deseado de buscar la verdad en el proceso encuentra límites epistémicos naturales en el razonamiento probatorio, ya que las decisiones judiciales se toman siempre en contextos probabilísticos de incertidumbre<sup>58</sup>. Lo que hay que hacer para aumentar la probabilidad de una decisión judicial correcta es aportar el acervo probatorio más rico posible.

En segundo lugar, la admisión de pruebas cuya cadena de custodia se hubiera infringido necesitará siempre (y como todas las demás pruebas) ser valorada adecuadamente, en el momento probatorio correspondiente, de forma aislada y en conjunto con el acervo probatorio.

---

debida diligencia en procesos penales, que la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos. Igualmente, que la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales del Estado, como individuales - penales y de otra índole- de sus agentes o de particulares, de modo que para cumplir esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto y de jure*, que mantengan la impunidad”.

56 En cuanto a la demostración de la cadena de custodia de las pruebas a través de la prueba testifical en el sistema jurídico estadounidense, Câmara y Dallagnol (2019: 538) informan de que Larsen (2014: 8-16) cataloga tres "especies de testigos": de aprehensión, de preservación y de producción. Los testigos de aprehensión son los que primero recolectaron las pruebas en la escena del crimen; los testigos de preservación son los que recibieron y conservaron las pruebas para su custodia antes de que comenzara el proceso penal, mientras que los testigos de producción producen las pruebas durante el juicio. “La finalidad de que se oigan a estos testigos es que de sus declaraciones se desprenda cuándo custodiaron las pruebas y de quién lo hicieron; qué precauciones tomaron para preservar las pruebas; si hubo alguna modificación, sustitución o manipulación mientras las pruebas estaban en su poder; y cuándo las transmitieron y a quién. En contra de lo que podría sugerir una reflexión superficial sobre la construcción teórica antes mencionada, no es necesario tomar el testimonio de todas las personas que, en algún momento, analizaron la prueba, recomponiendo toda la cadena de custodia. Basta con que se presenten testimonios suficientes que permitan inferir razonablemente que el objeto presentado es lo que se dice que es” (Câmara y Dallagnol, 2019: 538).

57 Para Salgado, "las metapruebas son datos destinados a evidenciar la carencia de fiabilidad o, por el contrario, a corroborar la calidad y consecuente eficacia del material probatorio, permitiendo que el juzgador lo valore adecuadamente. Las metapruebas son, por lo tanto, elementos que pueden ser utilizados para auxiliar, en una determinada fase o contexto, en la valoración de las pruebas directamente relacionadas con las hipótesis fácticas presentadas en el caso" (2023: 185).

58 Empleando las palabras de Taruffo, “el conocimiento es relativo, entonces, a los argumentos que justifican el convencimiento de la verdad de un enunciado. A pesar de ser relativo, el conocimiento de la verdad es también objetivo, porque la justificación del convencimiento verídico no se basa en las preferencias o en las idiosincrasias de sujetos particulares, sino en la aptitud de ese convencimiento para ser expresado en proposiciones que representen el mundo tal como es” (2010: 99-100).

Pero además, la postura de inadmisión de la prueba en este caso revela en realidad una falta de confianza en la capacidad del juez para valorar adecuadamente las pruebas, denotando un paternalismo epistémico exagerado. En cuanto al paternalismo epistémico, cabe señalar las consideraciones de Vázquez (2015: 110), *mutatis mutandis*:

“Entonces, para concluir con el paternalismo epistémico, si no tenemos información empírica sólida sobre las incapacidades relevantes que dé sustento al ejercicio de poder que constituye una medida paternalista, antes de cuestionar con meras suposiciones las capacidades de los jueces para valorar la prueba pericial, habría que preocuparse por ofrecerle mecanismos procesales adecuados para mejorar su situación cognoscitiva y facilitar su labor cuando se trata de pruebas periciales (desde luego no sólo respecto de éstas). Y si hecho esto se llegase a justificar alguna medida paternalista, aun cabría debatir qué acciones paternalistas son las más adecuadas, pues no necesariamente consisten en excluir pruebas que puedan aportar información relevante”.

De modo similar, al analizar la exclusión de pruebas y su conexión con el paternalismo epistémico, Amisy Neto (2022: 200) extrae las siguientes conclusiones, con las que estoy de acuerdo:

“Al final, es posible concluir que (a) el comportamiento paternalista es perfectamente adecuado en los casos en que se ha demostrado el beneficio epistémico de restringir la información; (b) a este efecto, es esencial que se observen las condiciones para su aplicación y que se demuestre el cumplimiento de las normas que permiten su ejercicio; (c) en el caso brasileño, en particular, no existen datos empíricos sólidos que apoyen la exclusión de pruebas en razón de la vulnerabilidad del juzgador de los hechos o en razón de que no existen medidas menos restrictivas, paternalistas o no, para evitar el supuesto daño epistémico; (d) las decisiones relativas a la exclusión o mantenimiento de determinadas pruebas deben basarse en la investigación de la verdad como objetivo institucional del proceso, que es el principal criterio a considerar para la definición y siempre teniendo en cuenta los efectos sobre la totalidad de los errores judiciales y no sólo sobre un tipo de error, rechazando la idea de la exclusión de la prueba como mecanismo de distribución de los errores judiciales, que debe reservarse a la carga de la prueba, al *in dubio pro reo* y al estándar probatorio” (mi traducción).

De hecho, no hay datos empíricos que demuestren la incapacidad de los jueces para valorar adecuadamente las pruebas con vicios en la cadena de custodia. Además, restringir la información no conlleva un beneficio epistémico. En todo caso, no se trata de aceptar plácidamente los elementos de prueba, hay que valorarlos.

A pesar de las buenas intenciones de quienes abogan por excluir pruebas para cumplir un propósito *aparentemente* epistémico, paradójicamente esta opción es en realidad epistémicamente contraproducente, porque impide que se utilice información útil, produciendo un déficit en el fundamento epistémico de la decisión sobre los hechos (Taruffo, 2010: 173).

Conforme Ferrajoli (1995: 37), “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida ‘con verdad’, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y

recognoscitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica”. Es lo que se defiende en este texto.

## **Conclusiones**

Este trabajo pretende contribuir al debate sobre el rol que cumple la cadena de custodia en el razonamiento probatorio y las consecuencias de su ruptura. En este sentido, podemos dejar planteadas las siguientes conclusiones:

1. La cadena de custodia consiste en el proceso de documentación cronológica de la custodia, control, transferencia, análisis y eliminación de pruebas físicas o electrónicas que dejan vestigios;

2. Existe una relación instrumental entre la cadena de custodia y la actividad probatoria. Es decir, la cadena sirve de herramienta para trazar los vestigios que componen la prueba, confiriéndole fiabilidad.

3. En virtud del principio de inclusión, ninguna prueba potencialmente útil debería ser excluida, y todas las pruebas potencialmente útiles deberían ser admitidas. La superioridad relativa del objetivo de búsqueda de la verdad puede ser desafiada por otro valor u objetivo de igual jerarquía, pero el primero tiene una preferencia estructural que significa que no siempre (o en la mayoría de las situaciones) puede ceder.

4. Dado el principio epistémico de inclusión y que la ruptura de la cadena de custodia no corresponde directamente a vulneración de derechos fundamentales del imputado, la ruptura de la cadena de custodia no implica automáticamente la inadmisibilidad del elemento de prueba.

5. El incumplimiento de la cadena de custodia no afecta al debido proceso, pero sí reduce el “peso” particular de la prueba e implica un mayor esfuerzo argumentativo y probatorio por parte de quien la aporta, que será analizado cuando se valore el conjunto probatorio.

6. La jurisprudencia brasileña y española entienden que la ruptura de la cadena de custodia no implicará la inadmisibilidad de la prueba, sino que sólo afectará a la valoración de su “peso probatorio”, que se analizará a la luz del conjunto de elementos de información que componen el acervo probatorio y del grado de violación de la cadena.

7. Más allá de las objeciones procesales a la posición de inadmisibilidad de la prueba como consecuencia de la ruptura de la cadena de custodia en el contexto jurídico brasileño, existen objeciones epistémicas a esta corriente, ya que: a) no hay datos empíricos que demuestren la incapacidad de los jueces para valorar adecuadamente las pruebas con vicios en la cadena de custodia; b) restringir la información no conlleva beneficio epistémico al proceso de toma de decisiones.



## Bibliografía

Accatino, D. (2019). *Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora?*, en *Revus* [online], N. 39, pp. 85-102. Disponible en: <http://journals.openedition.org/revus/5559>

Amisy Neto, A. (2021). *Paternalismo epistêmico: entre a admissibilidade e a exclusão probatória no processo penal*, en *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. MADEIRA, Guilherme, BADARÓ, Gustavo e CRUZ, Rogerio Schietti (coord). Volume 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Arias Calderón, E. (2014). *Un estudio comparado en Latinoamérica sobre la cadena de custodia de las evidencias en el proceso penal*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 44, No. 121.

Azevedo, Y; y Vasconcelos, C. R. O. (2017). *Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito.

Badaró, G.H. (2016). *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, en *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Bedaque, J.R.S; Cintra, L.C.B.; y Eid, E.P. (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, pp. 219-260.

— (2017). *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*, en *Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal*. Sidi, R.; Lopes, A.B. (Org). Belo Horizonte: D'Plácido, pp. 517-538.

— (2019). *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2019, São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Barilli, R.J.D.C. (2018). *A centralidade do juízo oral no Sistema Acusatório: uma visão estratégica acerca do caso penal*, en *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 4(2), 669–705. Disponible en: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.150>

Bautista, J.C.U. (2005). *La cadena de custodia en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*, en *Faceta Juridica*, Editorial Leyer, Bogoyá, Enero.

Baytelman, A.; y Duce, M.J. (2004). *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: Fondo de Cultura Económica.

Câmara, J.D.S.R.; y Dallagnol, D.M. (2019). *A cadeia de custódia da prova*, en *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salgado, D.D.R.; y Queiroz, R.P.D. (Org.). 3. ed. Salvador: Juspodivm.

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Disponible en: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/i-court-h-r-883977025>

Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407. Disponible en: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/i-court-h-r-883974997>

Damaska, M. (2020). *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Delgado, E.M. (2015). *La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos*, en *La cadena de custodia en el proceso penal*. Navarro Figueroa, C. (Dir.). Madrid: Edisofer.

Eberhardt, M. (2015). *Provas no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Edinger, Carlos. (2016). *Cadeia de Custódia, Rastreabilidade Probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais.

Federal Rules of Evidence. (2020). Estados Unidos de América. The Committee on the Judiciary House of Representatives. U.S. Government Publishing Office. Washington. Disponible en: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal\\_rules\\_of\\_evidence\\_-\\_dec\\_1\\_2019\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf)

Estrampes, M.M. (2004). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2a ed. revisada y ampliada. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

— (2010): “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. Revista Catalana de seguretat pública.

— (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense*. Madrid: Marcial Pons.

Fernández López, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.

— (2007). *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Problemas actuales de la Filosofía del Derecho, Universidad de Alcalá, n.º 15. Disponible en: <https://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2005): *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed., Madrid: Marcial Pons.

— (2021a). *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm.

— (2021b). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

— (2022). *La decisión probatoria*, en *Manual de razonamiento probatorio*. Ferrer Beltrán, J. (coord.). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 397-458. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/manuales-de-actuacion> .

Fischer, D., y Pacelli, E. (2021). *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 13ª ed. São Paulo: Gen/Atlas.

Fisher, G. (2008). *Evidence*. 2ª ed. Foundation Press.

Gascón Abellán, M. (2004). *La prueba judicial: valoración racional y motivación*, en *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*. México: Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1MYBL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>

— (2023). *Os fatos no direito – bases argumentativas da prova*. 2a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm.

Giannini, L.; Ferrer Beltrán, J.; y Nieva Fenoll, J. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Knijnik, D. (2018). *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Lagier, D.G. (2000): *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. Análisi e Diritto*. Torino: Giappichelli.

Lima, R. B. D. (2020). *Manual de Processo Penal*. 7ª Ed. Salvador: Juspodivm.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

— (2019). *Derecho Procesal III: proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch.

— (2020). *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, n.º 170, p. 117–148. Disponible en: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>

Oliveira, R.S. (2020). *Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA*. Tese Doctoral. São Paulo: Universidade de São Paulo. Disponible en: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE\\_versao\\_final.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/publico/TESE_versao_final.pdf)

Prado, G. (2014). *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons

— (2019). *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. Marcial Pons. São Paulo.

Richard González, M. (2013). *La cadena de custodia en el proceso penal español*. Diario La Ley, N° 8187, Sección Tribuna, 8 de Noviembre de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley.

Salgado, D.D.R. (2023). *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. São Paulo: Juspodivum.

Schauer, F. (2022): *La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso*, en *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. Traducción de Bruno Rusca. Arena, F.J. (Coord.). Ciudad de México, México: Suprema

Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia\\_DIGITAL%20FINAL.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia_DIGITAL%20FINAL.pdf)

Schünemann, B. (2013): *Um olhar crítico ao modelo processual penal norteamericano*, en Estudios de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Traducción de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons.

Sentís Melendo, S. (1964): *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Taruffo, M. (2010). *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons.

— (2011). *La prueba de los hechos*. 4a Ed. Madrid: Editorial Trotta.

Vázquez, C. (2015). *La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales*, en Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, (38), 101–130. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.04>

— (2021). *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Traducción de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivum.

Veleda, D. (2020). *La influencia de las partes en la determinación del objeto de la prueba*, en Pensar la prueba. n.º 1. Buenos Aires : Editores del Sur.