

GERALDO PRADO

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

Traducción de  
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

# ÍNDICE

	Pág.
<b>CAPÍTULO 1. PRESENTACIÓN .....</b>	13
<b>CAPÍTULO 2. DE LA VERDAD A LA PRUEBA: LOS CAMINOS CRUZADOS DEL DERECHO Y LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN LA POLÍTICA DEL PROCESO PENAL.....</b>	29
1. LA VERDAD COMO COLONIZADORA DEL DISCURSO Y LAS PRÁCTICAS PENALES: REALIDAD FRENTE A HECHO EN EL CONTEXTO JURÍDICO.....	29
2. LA VERDAD RESITUADA EN EL ÁMBITO DE LAS PRÁCTICAS PENALES: CAMINANDO EN DIRECCIÓN AL CONOCIMIENTO Y POR EL FIN DE LA OBSESIÓN .....	36
3. LA VERDAD COMO INDICADOR EPISTÉMICO Y EL PROCESO COMO DISPOSITIVO.....	42
<b>CAPÍTULO 3. EL PROCESO PENAL COMO DISPOSITIVO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA LEGITIMIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL.....</b>	55
1. ESTADO DE DERECHO Y PROCESO PENAL.....	56
2. LA LEGITIMIDAD DE LA PERSECUCIÓN PENAL Y LA OPOSICIÓN DICOTÓMICA ACUSATORIO-INQUISITIVO CON RELACIÓN A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD.	63

	Pág.
3. EL DISPOSITIVO PROCESAL EN SU VERTIENTE PROBATORIA COMO ARTICULADOR ENTRE LOS VECTORES VERDAD PROCESAL Y ESTADO DE DERECHO ....	79
4. LA REFORMA DE 2008 Y EL PROCEDIMIENTO TRIFÁSICO: EN EL CAMINO DE LAS TRANSFORMACIONES DE OTROS ESTADOS DEMOCRÁTICOS .....	82
5. EL DISPOSITIVO PROCESAL PROBATORIO Y EL EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL ÁMBITO PENAL.....	86
<b>CAPÍTULO 4. EL DISPOSITIVO PROCESAL PROBATORIO Y EL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS.....</b>	<b>89</b>
1. EL DERECHO DE LA DEFENSA DE RASTREAR LAS FUENTES DE PRUEBA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	90
2. LA ETAPA INTERMEDIA DE ADMISIBILIDAD DE LA ACUSACIÓN FORMAL COMO FILTRO CONTRA ACUSACIONES INFUNDADAS O CON FUNDAMENTO EN PRUEBA ILÍCITA COMO ACTIVIDAD PROPIA DEL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS .....	92
3. LA TÉCNICA DEL <i>DISCOVERY</i> Y EL SISTEMA DE CONTROLES EPISTÉMICOS .....	96
<b>CAPÍTULO 5. LA FIABILIDAD PROBATORIA Y LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS .....</b>	<b>115</b>
1. LA FIABILIDAD PROBATORIA Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: DISTINCIÓN NECESARIA Y SU ENFOQUE EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL....	116
2. LA AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA COMO PREMISA DE FIABILIDAD: LA MISMIIDAD Y EL PRINCIPIO DE DESCONFIANZA .....	124
3. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS COMO CONSECUENCIA LÓGICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	128

	<u>Pág.</u>
4. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS CON RELACIÓN A LOS MÉTODOS OCULTOS, LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y LAS PRUEBAS DIGITALES .....	139
5. LOS RIESGOS QUE DERIVAN DE LA RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS PRUEBAS CON RELACIÓN A LOS MÉTODOS OCULTOS, LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y LAS PRUEBAS DIGITALES .....	157
6. SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA: TRATAMIENTO DE PRUEBA ILÍCITA .....	162
<b>CAPÍTULO 6. BREVE CONCLUSIÓN .....</b>	<b>173</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>177</b>

## CAPÍTULO 1

### PRESENTACIÓN

En 2014 publiqué la obra *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, que recibió una satisfactoria acogida no solo por los lectores de habla portuguesa. Este hecho me estimuló a volver sobre el tema y, en esta ocasión, presento el resultado de la intensificación de las investigaciones en la interfaz de la epistemología jurídica y la prueba penal, limitada, sin embargo, al supuesto del control epistémico específico de la cadena de custodia de las pruebas en el ámbito penal, una de las facetas del tema de la fiabilidad probatoria.

En la decisión de ampliar el enfoque teórico-práctico, en lo que respecta a las premisas, manteniendo la limitación del objeto (control epistémico específico de la cadena de custodia de las pruebas en el ámbito penal), pesaron algunos factores, a saber: vivimos en tiempos de globalización jurídica, con frecuentes «trasplantes» de instituciones entre tradiciones jurídicas que hace siglos se distanciaron las unas de las otras<sup>1</sup>. En el mismo contexto, el especial diálogo transnacional entre jurisdicciones penales, máxime, entre tribunales

---

<sup>1</sup> Sobre *trasplante* de instituciones jurídicas, M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, disponible en <http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/langer.pdf>, consultado el 8 de agosto de 2017.

constitucionales y tribunales internacionales de derechos humanos<sup>2</sup>, demuestra, una vez más, que el tema de la *prueba penal* está a la orden del día.

En ambos casos, el desafío concreto está no solo en entender el *metalenguaje* de la prueba penal, que define los términos de la interacción cuando se trata de persecución penal transnacional<sup>3</sup>, y de ese modo evitar los daños causados por la *importación inadecuada de modelos jurídicos*<sup>4</sup>, sino en situar el momento en el que se encuentra la controversia sobre las denominadas *metodologías o dimensiones de la prueba* en cada ordenamiento.

Desde otro punto de vista, y tal vez tributario de las referidas cuestiones, la disciplina *Derecho probatorio* entró casi de forma definitiva en los programas curriculares de formación jurídica, tanto de grado o licenciatura, como de posgrado en Derecho y en las escuelas de formación profesional (Escuelas de la Magistratura, Ministerio Público, Abogacía y Defensorías), en Brasil y América Latina, lo que justifica la preparación de un texto más denso sobre las premisas teóricas, así como más minucioso en lo que atañe a la aplicación práctica.

Sin duda el punto de partida del trayecto elegido para orientar las ideas que se expondrán en esta obra es el pragmático. Evolucionamos, creo, desde una *teoría del proceso penal abstracta* hacia una *teoría del caso penal concreta*. Muchas de las dificultades prácticas

---

<sup>2</sup> Con carácter general, sobre diálogos transjudiciales, sugiero la lectura de ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Tribunal constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013; M. TARUFFO, L. G. MARINONI y D. MITIDIERO, *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons, 2016; M. BOBEK, *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, New York, Oxford University Press, 2013, y T. GROPPY y M.-C. PONTTHOREAU (eds.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oregon, Hart, 2013.

<sup>3</sup> De lo que es ejemplo la investigación de delitos de pornografía infantil que se lleva a cabo en el ámbito de Internet, para lo que se sugiere la lectura de la obra de S. S. SOUSA, *Investigação criminal cibernética: por uma política criminal de proteção à criança e ao adolescente na Internet*, Porto Alegre, Núria Fabris, 2015.

<sup>4</sup> Sobre la cuestión de la importación de modelos, E. GRANDE, *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*, L. F. Sgarbossa (trad.), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2009.

con las que se topan los estudiantes de Derecho cuando entran en la vida profesional consisten en no identificar en las rutinas de las actividades propias de la persecución penal los parámetros y los criterios sobre la prueba penal que se suelen enseñar en las aulas de las carreras jurídicas.

No es, sin lugar a dudas, un problema que aflija exclusivamente a los juristas que se identifican con la tradición continental europea. Al referirse a las habilidades, en el campo epistemológico, que deben dominar los profesionales del Derecho para lograr el mejor resultado en términos de valoración de la prueba, en Estados Unidos de América, Twining, Schum y Anderson señalan una supuesta *hegemonía* de la experiencia del abogado o el juez que prevalece sobre métodos y protocolos probatorios capaces de asegurar un mínimo de fiabilidad a la base empírica que motiva la decisión sobre los hechos que fundamentan el derecho que va a ser aplicado. Afirman, de forma literal:

«Tradicionalmente, estas habilidades no han formado parte del entrenamiento profesional. Tal vez esto sucede porque son percibidas como parte del “mero sentido común”; porque se ha sentido que ellas solo pueden ser aprendidas por la experiencia práctica “en el trabajo”; por una creencia de que estos son temas de “intuición” o que los grandes abogados, historiadores, detectives o diagnosticistas “nacen y no se hacen”»<sup>5</sup>.

Analizar los casos concretos es un extraordinario *laboratorio* para el estudio de las tesis complejas presentes, de forma consciente o inconsciente, en las decisiones que se apoyan en el reconocimiento de la existencia de determinados *hechos*.

De ello deriva la importancia de la paradigmática sentencia de la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia (STJ, por sus siglas en portugués), en el proceso HC núm. 160.662-RJ<sup>6</sup>. Se trataba del

---

<sup>5</sup> T. ANDERSON, D. SCHUM y W. TWINING, *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 13.

<sup>6</sup> *Habeas Corpus* núm. 160.662/RJ (2010/0015360-8), Sección Sexta del Superior Tribunal de Justicia, ponente: Assusete Magalhães, solicitante: Fernando Augusto Fernandes y otros, personas privadas de libertad: Luis Carlos Bedin y Rebeca Daylac, Sentencia de 18 de febrero de 2014 (DJE 17 de marzo de 2014).

inédito reconocimiento explícito de la relevancia de activarse uno de los dispositivos del sistema de control epistémico, en el caso objeto de juicio la *cadena de custodia de determinadas pruebas digitales*. Los dispositivos que integran el sistema de controles epistémicos aseguran la fiabilidad de las pruebas practicadas por las partes en un asunto penal concreto.

El estudio que amparó la reflexión vencedora me lo solicitaron los abogados Fernando Augusto Fernandes y André Hespanhol<sup>7</sup>. Una vez más, correspondió a la dinámica de los casos penales el relevante papel de levantar el velo que cubría con el manto de lo *indiscutible* la seria cuestión de la *prueba de los hechos*. En lugar de la *verdad real*, el tribunal enfrentó el tema de los estándares de constitución y configuración de la prueba penal, que no se confunden con el estándar de prueba del Derecho angloamericano tomado en su vertiente de *medida de prueba* que, en concreto para el proceso penal, es el estándar de la prueba más allá de la duda razonable (BARD, por sus siglas en inglés).

El resultado del juicio es halagüeño para el Estado de Derecho. Poco después de haberse dictado el fallo, la magistrada Assuete Magalhães, ponente de la sentencia, publicó un primoroso artículo en la revista conmemorativa de los veinticinco años del STJ y ahondó en las reflexiones acerca de la conservación de las fuentes de prueba, demostrando cómo la interlocución entre abogados, ministerio fiscal y jueces, proporcionada por los asuntos de orden penal, puede contribuir de forma decisiva al perfeccionamiento de la jurisdicción e, incluso, del magisterio en el campo de las ciencias penales<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La tesis del dictamen con relación a los efectos jurídicos del reconocimiento de la ruptura de la cadena de custodia de las pruebas obtenidas por métodos ocultos fue defendida, de forma inédita, por los abogados Fernando Fernandes y André Hespanhol durante el juicio ante la Sección Sexta del Tribunal Superior de Justicia, del *Habeas Corpus*, núm. 160.662-RJ. Los abogados cuestionaron el modo arbitrario del que hacen gala algunas autoridades con relación al mantenimiento de la cadena de custodia de las pruebas, sobre todo, con relación al producto de las actuaciones cautelares adoptadas *inaudita altera pars*.

<sup>8</sup> A. MAGALHÃES, «Quebra de sigilo de dados e das comunicações telefônicas: o dever estatal de preservação da fonte de prova», en *Doutrina: Edição comemorativa, 25 anos*, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2014, pp. 507-534.

El proceso penal, que se rige por la presunción de inocencia, debe tutelar con mucho cuidado la actividad probatoria, mediante la adopción de un riguroso sistema de controles epistémicos que sea capaz de dominar el decisionismo, que se identifica en el texto como la «posibilidad de dictar una decisión arbitraria, dependiendo únicamente de la posibilidad de decidir»<sup>9</sup>, algo que casi forma parte de la genealogía de la inquisitiva *verdad real*.

Una vez publicado el libro *Prova penal e sistema de controles epistémicos*, se plantearon de inmediato algunas cuestiones que, dada su naturaleza y relevancia, también pesaron en la decisión de ofrecer al lector un nuevo trabajo.

Por motivos que en parte se tratarán en los primeros capítulos, algunos sectores de la doctrina procesal penal, que hace tiempo se posicionaron en contra de algunas de las tesis de Michele Taruffo<sup>10</sup>, recibieron con desconfianza la perspectiva epistemológica, siendo esta la razón principal para explicitar las premisas teóricas indispensables para comprender lo que defino como la función de garantía que la dimensión epistémica debe cumplir en el proceso penal contemporáneo.

En efecto, si el relato del Derecho probatorio parte de conceptos relativamente consensuados —como, por ejemplo, el de la «conexión significativa en lo que se respecta al ámbito de la prueba y de la valoración de los hechos» entre la función del juez y la ejercida por el científico, proporcionada por la incorporación de «metodologías científicas y (los) modelos de razonamiento científico (que) pueden contribuir al análisis del problema de la prueba jurídica», según Michele Taruffo, en la crítica de Salah Khaled Jr.—, el punto de llegada de una *verdad posible* en la actuación diaria de la justicia penal, con frecuencia, salta obstáculos que tienen que ver con la desigual incidencia del poder punitivo sobre la sociedad y su no infrecuente injusticia material.

---

<sup>9</sup> R. CHRISTENSEN, «La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sistemas y desconstrucción», en J. P. MONTIEL (ed.), *¿La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: decadencia o evolución?*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 130.

<sup>10</sup> En Brasil, entre las críticas más pertinentes cabe destacar la de S. KHALED Jr. en una obra de referencia sobre la interfaz verdad y prueba penal, *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, 2.ª ed., Belo Horizonte, Letramento, 2016.

Esta es la preocupación —y el motivo, supongo— de que un trabajo de la envergadura de *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* haya empezado por realizar un enfoque epistemológico orientado a la razón en el Derecho penal<sup>11</sup>.

En la línea preconizada por Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses se comprende que: «Toda experiencia produce y reproduce conocimiento y, al hacerlo, presupone una o varias epistemologías. *Epistemología es toda noción o idea, reflexionada o no, sobre las condiciones de lo que cuenta como conocimiento válido. Es mediante el conocimiento válido que una determinada experiencia social se vuelve intencional e inteligible.* No hay, por tanto, conocimiento sin prácticas y actores sociales»<sup>12</sup>.

Las prácticas penales, entendidas como métodos de arbitraje o definición de la responsabilidad penal de alguien, se caracterizan por ser experiencias sociales productoras y reproductoras de conocimiento. Existe una dimensión epistémica ineludible, inherente a la tarea de investigar la existencia de una infracción penal y la eventual responsabilidad penal del imputado.

Como he tenido ocasión de defender en otras ocasiones, la dimensión epistémica de la prueba debe aumentar la garantía de libertad<sup>13</sup>.

Por el contrario, si esa dimensión se lleva al extremo, la obsesión por la verdad inspira a juristas del hemisferio norte a defender la sujeción de valores y principios no epistémicos a los resultados de actividades epistémicas, con lo que se llega, desde un punto de vista pragmático, al mismo lugar que, a bordo del esquema político de la *verdad real*, el autoritarismo penal llevó a las prácticas penales de América Latina<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, P. A. Ibáñez et al. (trads.), 9.ª ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 33-205.

<sup>12</sup> B. de S. SANTOS y M. P. MENESES, *Epistemologias do Sul*, São Paulo, Cortez, 2010, p. 15 (sin cursiva en el original. Traducción propia).

<sup>13</sup> Prólogo del libro S. H. KHALED Jr., *A busca da verdade no processo penal...*, op. cit., p. 19.

<sup>14</sup> En Brasil, por todos, J. F. MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. 2, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1961, p. 279.

En efecto, la prohibición del uso de pruebas ilícitas en el proceso no es el único cadáver de un derecho fundamental que parece quedarse por el camino en este verdadero desafío hermenéutico, que propone, en términos autoritarios, la solución de la ecuación seguridad frente a libertad. También la noción de que la función del juez debe ser la de tutor jurídico-constitucional de la presunción de inocencia y no la de «buscador» de la verdad —el *Google* de la *verdad real*—, resulta herida de muerte. Se abren las puertas del proceso a las pruebas obtenidas de forma ilícita y el juez se asocia a la acusación e interviene como actor del campo de la seguridad pública, guiado por la primacía absoluta de una búsqueda imposible.

La oposición ideológica entre las dimensiones y los métodos probatorios, por tanto, no debe ocultarse. Esta integra el aspecto epistemológico de cualquier método de valoración o arbitraje de responsabilidad penal. No obstante, decir que se adopta una concepción racional-legal de justicia y del proceso, con el proceso judicial orientado a la investigación de la verdad posible, en la medida en que «una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión»<sup>15</sup>, no implica de modo obligatorio tomar partido por una exclusiva dimensión probatoria —la epistémica— en detrimento de los modelos hermenéutico, retórico-persuasivo o contextual.

Así, Susan Haack advierte, como se reiterará a lo largo de esta obra, que «[e]n todo sistema jurídico es necesario determinar, de alguna forma, cuestiones de hecho; sin embargo, los distintos sistemas jurídicos tienen (o han tenido) diferentes maneras de hacerlo»<sup>16</sup>.

Twining también recuerda que el pragmático Derecho norteamericano, en lo que concierne al estatuto jurídico de las pruebas, busca proporcionar una decisión justa:

---

<sup>15</sup> M. TARUFFO, «Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial», en S. ORTEGA GOMERO (dir.). *Proceso, prueba y estándar*, Lima, ARA, 2009, p. 33.

<sup>16</sup> S. HAACK, «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica», en C. VÁZQUEZ (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 66.