

EVIDENCIA, PRUEBA Y GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

@IgnacioSoba /

ignacio.soba@fder.edu.uy

ADEPU - 2023

**GARANTÍAS FUNDAMENTALES
DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL
PROCESO PENAL**



DERECHO DE DEFENSA

- No es –o no debería ser- un privilegio. Sin posibilidad de defensa, la acusación podría llegar a ser ya una condena. Acusación no es decisión. «Frenos», «contrapesos». El ejercicio necesario y positivo de la abogacía en el Estado de Derecho. La deontología. Mala fe procesal.
- Derecho a ser informado sobre la investigación, a examinar actuaciones, a guardar silencio, a la asistencia letrada, etc.
- Constitución de la República, arts. 16, 21 (prohibición de juicio penal en rebeldía – asegurar derecho de defensa), 239 n° 6 (nombramiento de defensores de oficio permanentes). Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.



¿Cuándo se comienzan a aplicar las garantías?

- El Código NO establece que el Ministerio Público deba notificarle al imputado el inicio de las investigaciones de la indagatoria preliminar (TAP 2°, sent. int. n° 115/2021, de 10 de marzo de 2021). Instrucción N° 7 – Criterios Generales de Investigación - Fiscalía General de la Nación. *“Durante el desarrollo de la primer etapa la Fiscalía no tiene la obligación de comunicar el inicio de una investigación. La comunicación que la Fiscalía está obligada a realizar con relación a una investigación refiere al momento de solicitar la formalización.”*
- De principio a fin. “Primacía de la realidad” en lo que hace a la sujeción: CPP, arts. 7, 63 y 71.4. Caso ATRISTAIN GOROSABEL c. ESPAÑA (TEDH - 18/01/2022). ¿Cómo se investiga? ¿Cómo se gestiona la investigación?
- Problemas estructurales en la investigación. Visión sistémica; clasificación de casos; organización del trabajo fiscalía-policía; recursos humanos y presupuestales, etc. Gestión ineficaz del tiempo de las investigaciones, opacidad investigativa (que NO es reserva de investigaciones) **vs.** herramientas más transparentes, que permitan fijar y conocer con mayor precisión el inicio de las investigaciones (sin perjuicio de las hipótesis que exijan transitoriamente la reserva interna de las actuaciones, que postergan la bilateralidad).

Caso ATRISTAIN GOROSABEL c. ESPAÑA (TEDH - 18/01/2022)

- **¿Garantías sólo ante los jueces?** El TEDH reitera que, aun cuando el objeto principal del artículo 6 del Convenio (en lo que se refiere a los procesos penales), es garantizar un juicio justo ante un “tribunal” competente para determinar “cualquier cargo penal” (*any criminal charge*), no se deduce que el art. 6 no tenga aplicación a los procedimientos previos al juicio (*pre-trial*). Existe un “cargo penal” (*criminal charge*) desde el momento en que una persona es oficialmente notificada por la autoridad competente de una acusación (*allegation*) de que ha cometido un delito penal, o desde el momento en que su situación ha sido afectado sustancialmente por las acciones de las autoridades como resultado de un sospecha contra él.
- El acceso a un abogado debe ser siempre que exista “una acusación penal” y, en particular, **a partir de la momento del arresto del sospechoso** (...), para que el derecho a un juicio justo pueda ser efectivizado, el artículo 6 § 1 requiere que, por regla general, **el acceso a un abogado debe facilitarse desde el primer interrogatorio de un sospechoso por la policía**, a menos que se demuestre a la luz de las circunstancias particulares de cada caso que existen razones de peso restringir este derecho. (sigue)

Caso ATRISTAIN GOROSABEL c. ESPAÑA (TEDH - 18/01/2022)

- El acceso rápido a un abogado constituye un importante contrapeso a la vulnerabilidad de los sospechosos bajo custodia policial. Dicho acceso también **es preventivo**, ya que proporciona una base fundamental salvaguardia contra la coerción y los malos tratos de los sospechosos por parte de la policía (...). una de las principales preocupaciones o tareas del abogado en las etapas de custodia e investigación policial es asegurar el respeto al derecho de un acusado a no incriminarse a sí mismo (...) y su derecho a guardar silencio (...).
- Por regla general, los sospechosos deben poder ponerse en contacto con un abogado desde el momento en que son detenidos. Por lo tanto, debe tener la posibilidad de consultar con su abogado antes de una entrevista (...). El abogado debe ser capaz de dialogar con su cliente en privado y recibir información confidencial instrucciones (...). Además, la Corte ha señalado en varios casos que los sospechosos tienen el derecho a que su abogado esté físicamente presente durante el interrogatorio policial inicial (...).

DURACIÓN RAZONABLE DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL PROCESO



El juicio mediático llega rápido a conclusiones / El juicio institucional requiere un mínimo de tiempo, un mínimo de tolerancia y respeto, civilidad.

Las investigaciones y las garantías llevan tiempo. Pero, ¿cuánto? Hay que dar espacio para un razonable debate jurídico y comprobar de manera confiable los hechos.

Corte IDH, por ejemplo, en caso **Ríos y otros vs. Venezuela**, en sentencia de **28 de enero de 2009** (párrafos 316 y ss.):

- *“316. Este Tribunal nota que la legislación procesal penal venezolana no establece un plazo cierto para la investigación previo a la individualización del imputado, sino requiere que se realice “con la diligencia que el caso requiera” (supra párr. 314). Por ello, el momento en que el Ministerio Público tomó conocimiento del hecho, de oficio o por denuncia, es relevante para evaluar si las investigaciones fueron conducidas diligentemente.”*

Tribunal Supremo, [España] sala penal, STS 4625/2021, de 15/12/2021:

- Comienzo del cómputo se ubica en el momento en que las sospechas de las que es objeto la persona tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.
- Esta posición, en Uruguay, ha sido seguida por Minvielle y Gomes Santoro (*Derecho procesal penal*, segunda edición actualizada y ampliada, La Ley Uruguay, Montevideo, 2020, p. 69).

SCJ, sent. n° 160/2022, de 24 de febrero de 2022 (“no plazo”?):

«...El tema de la “razonable duración” del proceso (...) al propio tiempo que reclama lo necesario, rechaza lo excesivo (Cfme. Tomassino, Beatriz; Gutiérrez Puppo, Cecilia; “El principio de duración razonable en el proceso penal”, RUDP N° 3, 2005, Pág. 581).

Dicho esto, resulta oportuno recordar que el tiempo razonable para la duración del proceso jurisdiccional, debe medirse, (...) por una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del interesado y la diligencia de las autoridades competentes para la conducción del procedimiento.

*En otras palabras, el análisis pertinente **no constituye una cuestión de calendario**, sino que debe centrarse en un examen cuidadoso de las circunstancias propias de cada caso...».*

Control de la duración razonable de la investigación.



- *Planteos en la investigación ante fiscalía.*
- *Petición de la defensa que provoca una incidencia en la audiencia de formalización (CPP, arts. 266.6 lit. d, 277, 278).*
- *En momentos posteriores a la formalización, por ejemplo, al disponerse prórrogas del plazo de investigación formalizada (CPP, art. 265), ya que se podría considerar que es a partir de las mismas que se vuelve excesivo el plazo de investigación en su globalidad;*

Control de la duración razonable del proceso:

- En la **audiencia de control de acusación, a través de las excepciones (CPP, art. 268.1 lit. b).**
- “...ante el vencimiento del plazo razonable de duración del proceso penal, si esta regla de garantía tiene algún sentido, éste no puede ser más que el de **impedir el progreso ulterior del procedimiento a partir de ese instante**, con lo cual, en los hechos y en derecho, el ejercicio de la acción ya no puede ser continuado (...) la violación del derecho fundamental del imputado a un juicio penal rápido, da lugar, para hacerlo valer instrumentalmente en el proceso, a una **excepción**, en este caso perentoria por falta de acción, que conduce al sobreseimiento del proceso (CPPN, 339 2 y 343)” (cfr., Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, KAS - Ad-hoc, Buenos Aires, 2002, p. 618).
- **Faceta reaccional** del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: “...derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas” (cfr., Picó i Junoy, J. *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 145).

CPP, art. 265 (redacción original):

“(Duración máxima de la investigación preliminar cuando el imputado no está privado de libertad). La investigación preliminar no podrá extenderse por un plazo mayor de un año contado desde su inicio, cuando el imputado no se encontrare privado de libertad. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.”

CPP, art. 265 (redacción vigente – Ley N° 19.549, de 25/10/2017)

“(Duración máxima de la investigación).- La investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.”

Ley N° 19.879, de 30/04/2020, art. 3. Se lo excluyó de la suspensión de plazos relacionada a la feria jurisdiccional extraordinaria.

Plazo legal (inicial):

- Comienzo del cómputo desde la formalización (no día hábil siguiente). El juez no puede fijar un plazo judicial menor al plazo máximo previsto en el propio art. 265 del Código.
- Las partes no pueden acordar suspender / extender el plazo, por ser una norma prohibitiva (CC, art. 8, cfr., Gomes Santoro, F., *Derecho procesal penal*, segunda edición, La Ley Uruguay, Montevideo, pp. 319-320).
- **CPP, art. 266.7: ¿ampliación indirecta del plazo?** TAP 1°, sent. int. n° 75/2020, 28/02/2020: de existir una ampliación de la formalización a nuevos imputados, eso también significa un nuevo cómputo del plazo de la investigación respecto del primer sujeto formalizado (al que de estar formalizado en solitario ya le hubiese vencido el plazo).
- Posición contraria. CPP, art. 265. **NO distingue**, no pudiendo entenderse que en esos casos se está ante un plazo mayor de un año (sin perjuicio, obviamente, de la prórroga). Ni del art. 266.7, ni del art. 265 del CPP surge una referencia clara a la relación que puede llegar a existir entre la ampliación del objeto de la investigación y los plazos máximos de la misma.

- **Cómo se formula la solicitud de ampliación (qué cuestiones fácticas incluye), y en qué momento concreto se la promueve.**
 - *Distinguir si se han utilizado prórrogas o aún no. Podría encuadrar en “casos excepcionales”, para utilizar prórroga prevista en el art. 265 del CPP justificándola en la necesidad de ampliar la investigación (CPP, art. 266.7).*
 - *Inexistencia de ampliación automática. TAP 1° en sent. int. n° 738/2021, de 22/11/2021, citando doctrina chilena, señala: “Esto no significa que la adición de hechos o imputados pueda utilizarse e interpretarse como ampliación automática del plazo de la investigación, ‘...si no que el juez debe reexaminar las necesidades del caso a partir de los cambios producidos, tomando en cuenta la pertinencia de las tareas pendientes y las mayores necesidades de tiempo que puede haber generado la ampliación de la investigación a nuevos hechos o personas. A partir de allí debe fijar nuevos plazos con el fin de mantener un control lo más estricto posible de la duración del proceso, siempre tomando especialmente en cuenta el grado de afectación de los derechos del imputado que la prolongación del proceso supone. En consecuencia, si es que el juez percibe que la ampliación de la formalización es solo un subterfugio con el fin de obtener una ampliación de plazo, debiera negar esta última prórroga u otorgar un plazo adicional muy limitado’ (Riego, Cristian: La formalización de la investigación, en Colección Proceso Penal Adversarial No 1, Editores del Sur, Investigación y acusación, pp. 56/57).”*

■ Plazo judicial (prórroga-s):

- *CPP, art. 111: plazos procesales serán perentorios e improrrogables. CPP, art. 265, excepción prorrogabilidad.*
- *Se trata de una ampliación, una prórroga, que debe solicitarse cuando aún no ha vencido el plazo original. La prórroga no se dispone de oficio, sino a solicitud del fiscal.*
- *No se prevé que se pueda solicitar por la defensa ante la eventualidad de que se tenga que diligenciar algún tipo de evidencia o cumplir con alguna actividad de descubrimiento de interés de la defensa, pero entiendo que sería admisible, igualdad de partes mediante (arts. 12, 144, 260 del CPP, entre otros).*
- *La ampliación o prórroga puede ser una o más de una, pero para casos excepcionales siempre (sea la inicial o las siguientes). Genera un incidente innominado (CPP, arts. 278-281). Esto va a depender de las solicitudes (reitero: en casos excepcionales debidamente justificados) que se hagan, y de lo que disponga el juez.*
- *Se decide mediante una sentencia interlocutoria (¿simple?). ¿Recursos? Inexistencia de norma especial.*

RECOLECCIÓN DE EVIDENCIA



El deber de investigar es una **obligación de medios** y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

El deber de investigar exige emprender una **investigación seria, imparcial y efectiva** de lo ocurrido, en el marco de las garantías del debido proceso. Todo esto sin perjuicio de una debida diligencia reforzada en la investigación de ciertos delitos que pueden ser considerados violaciones graves a los derechos humanos

Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH N° 12 – Debido proceso.

Corte IDH, caso Digna Ochoa y familiares vs. México, sentencia de 25 de noviembre de 2021:

- 99... El **deber de investigar** es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio...
- 103. ... en la investigación de la muerte violenta de una persona, es crucial la importancia que tienen **las primeras etapas de la investigación** y el impacto negativo que las omisiones e irregularidades en tales etapas puede tener en las perspectivas reales y efectivas de esclarecer el hecho.
- 114. La Corte ha indicado que la incorrecta cumplimentación de los registros de la cadena de custodia, la falta de consignación o de aseguramiento de objetos hallados en el lugar de los hechos, o la destrucción de prueba en custodia son **faltas estatales al deber de debida diligencia**. [caso López Soto y otros Vs. Venezuela, sentencia de 26 de septiembre de 2010, párr. 213; caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrs.193-198; caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 15 de mayo de 2010, párr. 112].

El **principio y/o deber de objetividad** en la actuación de los fiscales ha sido regulado por el art. 10 de la Ley N° 19.483 y por los arts. 45 literal k) y 144 literal a) del CPP. Además se ha previsto por la Fiscalía General de la Nación en la Instrucción General N° 7, de 9 de noviembre de 2017, sobre criterios generales de investigación. Todo esto sin perjuicio de la referencia general a la objetividad de los funcionarios públicos (por ejemplo, art. 7 de la Ley N° 19.823).

El **art. 10 de la Ley N° 19.483** establece el marco general, disponiendo que la Fiscalía General de la Nación propenderá a la aplicación justa de la ley y al ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado.

Esto aplica, a mi criterio, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional.

Fase de formulación de hipótesis / contexto de descubrimiento: ¿qué esfuerzo se hizo para lograr reunir la mayor cantidad posible de elementos de juicio al caso concreto? ¿qué sucede si había otros elementos y la falta de diligencia profesional en la investigación o en el ofrecimiento de la prueba hizo que no se incorporaran o de algún modo se perdieran?

- *Fase de formulación de hipótesis / contexto de descubrimiento:* **la hipótesis más plausible entre las concurrentes** es aquella que logra explicar de mejor modo los datos con los que se cuenta. Esta hipótesis explicativa **marca la línea de investigación** e irá perfilándose conforme la investigación avanza, pero debe ser reformulada si en el camino se descubre nueva evidencia que la falsea o refuta, o bien debe ser descartada si la nueva evidencia otorga un mayor nivel de corroboración a otra hipótesis.
- *Fase de control o de corroboración probatoria de las hipótesis / contexto de justificación:* la hipótesis ya no puede ser provisional, sino definitiva, lo cual exige suficiente evidencia que la apoye y, en la práctica, haga improbable cualquier otra explicación.

Cfr., ZVALETA RODRÍGUEZ, R. E., “Razonamiento probatorio a partir de indicios”, en *Derecho & Sociedad*, 50, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 2018, pp. 197-219

CPP, art. 144: “...a) la recolección de evidencias probatorias estará a cargo del Ministerio Público, que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe; b) el imputado y su defensa podrán recolectar sus propias evidencias probatorias y recurrirán al Ministerio Público solo si fuese necesaria su intervención...”

CPP, art. 260: “(Solicitud de diligencias).- Durante la investigación el imputado, su defensor y la víctima podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados, si fuese necesaria su intervención. El fiscal ordenará aquellas que estime conducentes.”

La recolección de evidencias estará a cargo del Ministerio Público, no pudiendo ocultarlas a la contraparte por fuera de la regulación legal.

En caso de negativa, el imputado y su defensa podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene. Esta petición se tramitará en audiencia oral y pública.”

Problematización: deber de objetividad / rechazo de diligencias / regulación del interrogatorio (rol de la defensa) / ¿Recurribilidad?

CPP, art. 71.4: “El defensor tiene derecho a tomar conocimiento de todas las actuaciones que se hayan cumplido o que se estén cumpliendo en el proceso, desde la indagatoria preliminar y en un plano de absoluta igualdad procesal respecto del Ministerio Público. El juez, bajo su más seria responsabilidad funcional, adoptará las medidas necesarias para preservar y hacer cumplir este principio, sin perjuicio de las medidas urgentes y reservadas.”

CPP, art. 259. Eventual reserva de la investigación (limitación temporal).

CPP, art. 261: “(Personas citadas por el fiscal). Si en el desarrollo de la investigación el fiscal requiere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si el citado no comparece, el fiscal podrá solicitar al juez que le ordene comparecer y aun que disponga su conducción compulsiva si fuera necesario.”

TRATAMIENTO COMO INOCENTE

Algunas manifestaciones concretas

- «...viene reiterando este Tribunal que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: **a)** una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; **b)** una prueba constitucionalmente obtenida, es decir, que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; **c)** una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y **d)** una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado» (**STS español n° 20/2022, 13/01/2022**).

EL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBA (UNA DISCUSIÓN ENTRE AUSENCIA DE REGLAS Y PRINCIPIOS)

¿De dónde partimos?

La conformación del conjunto de elementos de juicio

Tribunal Supremo
[España], Sala de lo
Penal,
sent. n° 671/2021,
de 09/09/2021

- Aplica estándar Murtazaliyeva ([sentencia de Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18/12/2018, caso Murtazaliyeva c. Rusia](#)).
- «*el potencial informativo del medio propuesto debe ir destinado a "determinar la verdad" o "influir en el resultado del juicio", ... considera necesario "aclarar" este criterio incluyendo en su ámbito de aplicación también aquellas solicitudes de medios de prueba "de los que se pueda esperar razonablemente que refuercen la posición de la defensa".*»

- La prueba debe haber sido pedida en tiempo y forma.
- Debe estar relacionada con el objeto del proceso y ser útil, es decir con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo.
- Debe ser posible su realización por no haber perdido aún capacidad probatoria.
- Ante la denegación de su práctica se debe haber “protestado” por el proponente.
- En aquellos casos que afectan a bienes jurídicos personales, como lo son los delitos contra la libertad sexual, las decisiones sobre la admisión de prueba pueden adquirir una especial complejidad, reclamando operaciones de tipo ponderativo de los derechos fundamentales en conflicto.
- Método ponderativo que no puede, sin embargo, generar resultados que supongan un desproporcionado vaciamiento del derecho de la persona acusada a defenderse eficazmente.

- Obligación de protección de la víctima se proyecta tanto en la admisión de medios de prueba como para la práctica de los medios admitidos. El derecho a la intimidad y la dignidad personal de la víctima puede actuar como un límite del derecho a la práctica de la prueba.
- Toma en cuenta para admitir la agregación de documentos vinculados a redes sociales de la víctima que estos fueron divulgados precisamente en redes sociales de acceso público por la propia interesada, lo que reduce significativamente la expectativa de privacidad frente a los terceros que pudieran haber accedido a dichas redes.
- Es cierto que la divulgación por la propia interesada no le desprovee de toda protección contra el uso de dichos datos por terceros y que su condición de menor de edad obliga a garantizar con mayor intensidad su derecho a la intimidad. Pero, en el caso, el pretendido uso probatorio de tales datos no suponía una lesión desproporcionada del derecho pudiéndose justificar por la concurrencia de un serio interés defensivo.
- No se aprecia, prima facie, en la estrategia de la defensa, la reproducción de estereotipos de género y el uso de un lenguaje culpabilizador y moralizante.

El caso uruguayo: una discusión entre ausencia de reglas y principios

CPP uruguayo, art. 268

2. Resueltos los planteos en audiencia, cada parte enunciará la prueba ofrecida oportunamente y formulará las observaciones que considere pertinentes respecto de la prueba de la parte contraria.

El juez **velará por un genuino contradictorio**; rechazará la prueba cuando esta resulte inadmisibile, impertinente, sobreabundante, dilatoria o ilegal.

4. **No podrá admitirse** en juicio ninguna prueba a la que la contraparte no haya tenido **acceso y posibilidad de control**. A tales efectos el juez **adoptará** las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes.

Constitucionalidad: SCJ, sent. n° 1/2023, de 1 de febrero.

Ese acceso y control (descubrimiento), ¿cuándo se tiene que producir?

- *Se impone el acceso, pero ¿preceptivamente durante la indagatoria preliminar? ¿esa regla existe?*
- *¿Podría tener lugar luego de la acusación y el traslado y antes de la audiencia de control de acusación?*
- *¿En la audiencia de control de acusación, antes de decidir acerca de la admisión o exclusión de la prueba?*
- *¿Qué sucede con la víctima?*

¿Qué formalidades tiene que tener ese descubrimiento?

- ¿A qué se tiene que acceder?
- ¿La defensa tiene la carga de llevar un legajo (CPP, arts. 144, 264)?
¿Qué formalidades debería cumplir?
- ¿Basta ofrecer la prueba indicando, por ejemplo, el objeto de la prueba testimonial /pericial? ¿es necesario entregar copia de la declaración/informe?
- ¿Puede la fiscalía citar al testigo ofrecido por la defensa luego de concluida la indagatoria preliminar, antes de la audiencia de control de acusación?

- ¿Ausencia de reglas jurídicas? El debido proceso, el derecho de defensa y el derecho a la prueba (el descubrimiento en el contexto de garantías). El acceso y control en un contexto *pro probatione*.
- «Reglas» proepistémicas. Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder ser incluido y utilizado en el juicio. El juicio de admisibilidad se realiza antes de la práctica de la prueba (en donde se podrá determinar si es efectivamente relevante). En ese sentido, es un **juicio hipotético [de relevancia] y cauteloso**.
- Diferencias entre el *common law* y el *civil law*. En aquel, la admisibilidad es muy importante, para dejar pasar pruebas fiables, confiables para el jurado. En el caso del *civil law*, se trata de jueces condicionando a otros jueces.
- Inexistencia de *discovery* en abreviados y simplificados.
- **¿Es posible un acuerdo de partes acerca del descubrimiento de la evidencia?**

CADENA DE CUSTODIA



- **Instrucción General N° 7** «procedimiento técnico administrativo de la “cadena de custodia”, cuyo fin primordial es la protección e identificación de las evidencias e indicios existentes en la escena del hecho y cómo serán transportadas para su estudio, análisis o almacenamiento». Protocolos de actuación conjunta del ministerio público y de la policía nacional en materia de procedimiento penal.
- **Decreto N° 138/018, art. 10, de 14/05/2018 (reglamentación de la Ley N° 18.849, relativa a la creación del registro nacional de huellas genéticas):** «(Deber de cuidado). Quienes, interviniendo en alguno de los procedimientos regulados en el presente Decreto, en razón de su cargo o profesión, pongan en peligro la integridad de la cadena de custodia o permitieren el acceso a los registros, exámenes o a las muestras biológicas a personas no autorizadas o los divulgaren o usaren indebidamente, serán pasibles de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan».

- **Decreto N° 290/016, de 19/09/2016** (reglamentación del art. 29 de la Ley N° 19.315, relativo a los cometidos de la Dirección Nacional de Policía Científica), arts. 7, (Dirección Nacional, competencias) 32 (Oficina Departamental de Policía Científica), 53 (responsabilidades de jefes de laboratorio).
 - *«Fiscalizar el procedimiento técnico administrativo, cuyo fin primordial es la protección (de manera total), e identificación de las evidencias e indicios ocupados en la escena del hecho y que serán transportados para su estudio o análisis en los Laboratorios de la Dirección Nacional de Policía Científica, hasta el momento de su disposición final o destrucción. Esta cadena de custodia, se inicia en el lugar donde se obtiene o recolecta cada indicio o evidencia y finaliza por orden del magistrado competente»* (art. 7).

«La cadena de custodia es un concepto jurídico relativo a las pruebas, por el que se exige que todo potencial elemento probatorio se documente de forma concluyente para que pueda ser admitido como prueba en un procedimiento judicial. Eso incluye la identidad y la secuencia de todas las personas que hayan tenido en su poder ese objeto desde que las autoridades lo obtuvieron hasta que se presentó ante el tribunal. Cualquier interrupción de esa cadena de posesión o de custodia puede impedir la presentación del objeto como prueba contra un acusado en un proceso penal. El material probatorio debe transportarse de forma que esté protegido contra la manipulación, la degradación y la contaminación cruzada con otras pruebas. Cada uno de los elementos de prueba, incluidos los restos humanos, debe recibir una referencia individual y debe marcarse para garantizar su identificación desde el lugar en que fue obtenido hasta su análisis y almacenamiento. A fin de satisfacer los requisitos relativos a la cadena de pruebas y la integridad, la información sobre el transporte, el seguimiento y el almacenamiento de estas pruebas debe incluir los detalles del investigador» (N° 65, **Protocolo de Minnesota** sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 2016, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

Corte IDH, caso Digna Ochoa y familiares vs. México, sentencia de 25 de noviembre de 2021.

114. La Corte ha indicado que la incorrecta cumplimentación de los registros de la cadena de custodia, la falta de consignación o de aseguramiento de objetos hallados en el lugar de los hechos, o la destrucción de prueba en custodia son **faltas estatales al deber de debida diligencia**. [caso López Soto y otros Vs. Venezuela, sentencia de 26 de septiembre de 2010, párr. 213; caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrs.193-198; caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 15 de mayo de 2010, párr. 112].

115. El Tribunal también advierte numerosas falencias en la cadena de custodia, lo cual tuvo un **impacto en los resultados de la investigación**. (sigue)

España, Tribunal Supremo (sala penal), STS 5120/2015, 03/12/2015

«Esta Sala tiene establecido que la **integridad de la cadena de custodia** garantiza que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio (...). Al tener que circular o transitar por diferentes lugares la sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública, es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye (...).

También se tiene dicho que la **regularidad de la cadena de custodia** es un presupuesto para la **valoración** de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna (STS 1072/2012, de 11-12)» (sigue)

...

«Y en cuanto a los efectos que genera lo que se conoce como **ruptura de la cadena de custodia**, esta Sala tiene afirmado que repercute sobre la **fiabilidad** y autenticidad de las pruebas (STS 1029/2013, de 28-12).

Y también se ha advertido que la ruptura de la cadena de custodia puede tener una indudable influencia en la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, pues resulta imprescindible descartar la posibilidad de que la falta de control administrativo o jurisdiccional sobre las piezas de convicción del delito pueda generar un equívoco acerca de qué fue lo realmente traficado, su cantidad, su pureza o cualesquiera otros datos que resulten decisivos para el juicio de tipicidad. Lo contrario podría implicar una más que visible quiebra de los principios que definen el derecho a un proceso justo (SSTS 884/2012, de 8-11 y 744/2013, de 14-10)»

España, Tribunal Supremo (sala penal), STS 5087/2015, 19/11/2015:

*«Las objeciones que suelen hacer las partes a la práctica de la cadena de custodia afectan a cuestiones de naturaleza fáctica que, como tales, se hallan sujetas a las reglas generales sobre **valoración de la prueba**. En otras palabras, 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. No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (STSS 506/2012, de 11-6; 884/2012, de 8-11; 195/2014, de 3-3; y 508/2015, de 27-7, entre otras)»*

Suprema Corte de Justicia, sent. n° 28/2021, de 23 de febrero de 2021.

*“En lo atinente al cuestionamiento de la Defensa basado en que no se acreditó la cadena de custodia, a juicio del Tribunal, la declaración de los funcionarios policiales permitió concluir que efectivamente la escena se preservó y que **se cumplió con el protocolo** a los efectos de levantar la muestra de la mancha encontrada.”*

- No surge explicado –a mi entender- cómo es la vinculación entre cadena de custodia y error en la valoración de la prueba. Se realizan consideraciones que reiteran las distintas posiciones de los Ministros de la Corte con relación a la valoración de la prueba en la casación penal.
- Los protocolos y la prueba, ver *La prueba. Un cruce de caminos*, pp. 181-ss.
https://www.academia.edu/84069361/La_prueba_Un_cruce_de_Caminos



MUCHAS GRACIAS

IGNACIO M. SOBA BRACESCO

[@IgnacioSoba](https://twitter.com/ignaciosoba)

