



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2019 / 2020.**

**LA CADENA DE CUSTODIA:
ALGUNOS PROBLEMAS
ESPECÍFICOS DE EXCLUSIÓN
PROBATORIA.**

**(THE CHAIN OF CUSTODY: SOME
SPECIFIC PROBLEMS OF PROBATION
EXCLUSION.)**

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTOR/A: DÑA. NATALIA NATAL MARCOS.
TUTOR/A: DÑA. PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA.

ÍNDICE:

ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN/ABSTRACT DEL TRABAJO.....	5
OBJETO DEL TRABAJO.....	7
DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA.....	8
1. INTRODUCCIÓN.....	11
2. LA CADENA DE CUSTODIA: CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	12
2.1 Concepto legal: ausencia de regulación normativa y propuesta reguladora en los Anteproyectos.....	13
2.2 Concepto jurisprudencial.....	17
a) Perspectiva material.....	18
b) Perspectiva procesal de la cadena de custodia: sistematización propia....	18
3. RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA: CONSECUENCIAS PROCESALES.....	25
3.1 Derechos Fundamentales que pueden verse vulnerados en la práctica de la cadena de custodia.....	28
a) Garantías en la obtención.....	33
b) Garantías en la conservación.....	35
3.2 En particular en el entorno de la prueba electrónica.....	35
4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL ÁMBITO DE LA CADENA DE CUSTODIA.....	40
4.1 La cadena de custodia en relación con la prueba pericial. Especial mención al Caso Bretón.....	49
4.2 La cadena de custodia en lo relativo con la incautación de droga.....	53
4.3 La cadena de custodia en relación con documentos escritos y digitales.....	57

5. CONCLUSIONES FINANALES.....	60
BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA.....	63
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	67

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art/Arts.	Artículo/s
CE	Constitución Española
Ed.	Editorial
Ed.	Editorial
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Op.Cit	“Opere citato” (obra citada)
Pág. / Págs.	Página/s
Roj	Repositorio oficial de jurisprudencia
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
Stc.	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase.

RESUMEN DEL TRABAJO

El presente trabajo realizado supone un análisis de la institución de la cadena de custodia, entendida esta como una figura relevante en nuestro Sistema Procesal Penal, al que nuestro legislador no le presta la atención necesaria.

Puede ser definida como aquel procedimiento tendente a establecer la obtención y conservación de los indicios o evidencias relacionadas con el hecho delictivo, es decir, su pretensión es la de asegurar la autenticidad del material probatorio para que llegue al acto de Juicio oral tal cual fueron obtenidas las pruebas en el lugar de los hechos. De ello se desprende la estrecha relación con algunos preceptos constitucionales consagrados bajo la rúbrica del artículo 24.2 de la CE, como: El derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la presunción de inocencia y a la utilización de los medios de prueba pertinentes. En ocasiones se plantean algunos problemas surgidos durante el desarrollo de la cadena de custodia, al mismo tiempo que supone una vulneración de los derechos fundamentales y garantías procesales, poniendo en cuestión el material probatorio.

La falta de una regulación legal sistemática en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, plantea serios problemas en esta materia, es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país han intentado aportar algunas soluciones generando una extensísima jurisprudencia que, lejos de ser resolutoria aporta una inseguridad jurídica derivada de las diferentes y variopintas resoluciones alcanzadas, atendiendo a la casuística del caso concreto.

La finalidad de este estudio es obtener una visión general en materia de cadena de custodia, poniendo de relieve sus defectos y aspectos a mejorar que nuestro legislador debería tener en cuenta ante una futura revisión legal.

PALABRAS CLAVE

Cadena de custodia, Derechos Fundamentales, mismidad, prueba, prueba de cargo.

ABSTRACT

The present work involves an analysis of the institution of the chain of custody, understood as a relevant figure in our criminal procedure system. To which our legislature does not pay the necessary attention.

It may be defined as the procedure for establishing the collection and preservation of evidence relating to the criminal act; that is, its aim is to ensure the authenticity of the evidentiary material so that it reaches the act of oral trial as the evidence was obtained at the place of the facts. This is closely related to certain constitutional provisions enshrined under Article 24 of the CE, such as: The right to a fair trial, the right to be presumed innocent and the use of appropriate evidence. Sometimes problems arise during the development of the chain of custody, at the same time as a violation of the Fundamental Rights and Procedural Guarantees, calling into question the evidentiary material.

The lack of systematic legal regulation in our Criminal Procedure Act poses serious problems in this area, that is why, both the doctrine and the jurisprudence of our country has tried to provide some solution generating a very extensive jurisprudence that far from being resolute brings a legal uncertainty derived from the different resolutions reached according to the case study.

The purpose of this study is to obtain an overview of the chain of custody, highlighting its shortcomings and aspects for improvement that our legislator should take into account in the event of a future legal review.

KEY WORDS

Chain of custody, Fundamental rights, sameness, evidence, evidence of charge

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto fundamental de este trabajo se centra en la investigación de la cadena de custodia, es decir, en el conjunto de actos interrelacionados y consecutivos que se dan desde el momento en el que los vestigios de un delito son recogidos, hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio. Desde un punto de vista general, pongo de relieve aquellos problemas que pueden surgir durante su práctica, concretamente, los relativos a las exclusiones probatorias, así como también, averiguar cuáles son los motivos que propician estas contrariedades.

Para tratar de dar una solución a estos interrogantes, he abarcado este tema desde los siguientes puntos:

En primer lugar, pongo de relieve la ausencia de una normativa legal específica y concreta en esta materia. La falta de una regulación sistemática comporta muchas dificultades y problemas, ya que, en la práctica de la cadena de custodia pueden darse situaciones conflictivas entorno a los requisitos, rasgos esenciales o consecuencias procesales ante su ruptura, para los cuales no existe una regulación legal, lo que nos conduce hacia una inseguridad jurídica, que trata de ser mitigada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, quienes durante mucho tiempo han intentado darle forma y significado a esta figura tan importante de Derecho Procesal, del mismo modo que tratan de poner solución a todas aquellas irregularidades que puedan surgir durante su práctica.

A continuación, hago alusión a los efectos procesales que pueden derivarse de la ruptura de la cadena de custodia dependiendo de si se tratan de simples irregularidades, que pueden ser subsanadas, o si por el contrario crean incertidumbre sobre la cadena de custodia llegando a producir una vulneración en los derechos fundamentales.

Seguidamente, enumero todos aquellos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución que pueden verse vulnerados en la práctica de la cadena de custodia, tanto durante el proceso de obtención de pruebas como en el proceso de conservación de las mismas, así como, las consecuencias jurídicas que conllevaría la utilización de una prueba para cuya obtención se ha procedido a la vulneración de derechos fundamentales. Es en este momento donde es necesario hacer un análisis de la evolución jurisprudencial en materia de exclusión probatoria, cuyo inicio se marca con la sentencia del TC de 114/1984 hasta la actual STC 97/1984, la cual pone fin a una época

de respeto a los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados con el objetivo de obtener una prueba.

En último lugar, dediqué mi trabajo de investigación al análisis de tres materias delictivas concretas, en las que se alega una ruptura de la cadena de custodia por vulneración de derechos fundamentales. Concluyendo que las resoluciones de los jueces y tribunales son muy diversas y poco concretas, pues su conclusión varía según el tipo delictivo.

DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA UTILIZADA

Entendemos por metodología como aquella etapa específica de un trabajo o proyecto que parte de una posición teórica y conlleva una selección de técnicas concretas acerca del procedimiento para realizar las tareas vinculadas con la investigación, el trabajo o el proyecto.

Para la realización de este caso en concreto, he hecho uso un método de investigación científica jurídica, que puede ser definido como aquel proceso lógico que permite relacionar las dimensiones jurídicas y se encuentra orientado a la adquisición, sistematización y transmisión de conocimientos jurídicos, así como también a la solución de aquellos conflictos que puedan surgir en el ámbito del derecho. Se trata, por tanto, de una forma de acceder a la realidad jurídica, siendo esta de naturaleza compleja.

Existen multitud de métodos aplicables a la investigación jurídica, pero en este caso concreto he hecho uso de los siguientes métodos:

- **Método teórico-jurídico**: este método se encarga de estudiar los conocimientos dirigidos a regular y normar la conducta humana. Este método me permitió tener conocimiento de la doctrina existente sobre la cadena de custodia, la prueba y las fuentes de prueba.
- **Método exegético-analítico**: se trata de un método propio de las ciencias jurídicas, a través del cual puede realizar un minucioso análisis de la normativa española aplicable en este caso, detectando la carencia de regulación en esta materia.
- **Método práctico-jurídico**: se trata de un método de continuidad del método teórico-jurídico. Este método excede de un marco normativo, partiendo de un

deber genérico, toma en cuenta las circunstancias de un caso concreto y se centra en ciertas finalidades.

Para proceder al desarrollo del tema objeto de estudio, he seguido el siguiente procedimiento cronológico:

1. Elección del tutor y del tema objeto de estudio:

Lo primero que hice fue concretar la materia sobre la que iba a versar mi trabajo, cuando tuve claro que me gustaría realizar el trabajo de investigación sobre Procesal Penal, me puse en contacto con la Dra. Dña. Piedad González Granda para ver si aceptaba tutorizar mi Trabajo de Fin de Máster, una vez que obtuve su aprobación acordamos una reunión en un su despacho en un día y hora concretos.

En esta primera reunión, yo llevaba una lista con unos cuantos temas pertenecientes al ámbito de Procesal Penal. Entre todos los temas que expuse, mi tutora me recomendó escoger el relativo a la cadena de custodia, enfocándolo hacia los problemas de exclusión probatoria, pues este se puede abordar desde una perspectiva muy actual y con un carácter muy relevante. Así mismo durante esta reunión, me dio las pautas necesarias para la correcta realización y desarrollo de mi trabajo, desde los aspectos formales hasta líneas de cómo obtener información para la elaboración del mismo.

2. Recopilación de toda la información necesaria y elaboración del índice.

Las primeras semanas las dediqué a obtener toda aquella información útil respecto del tema elegido, haciendo uso de toda aquella bibliografía disponible (Manuales de derecho procesal, monografías, artículos de revista, bases de datos, tesis doctorales...), también me remití a buscadores de jurisprudencia (Aranzadi, CENDOJ, buscador de jurisprudencia Constitucional...) así como también, analicé aquella normativa jurídica relativa al tema en los cuerpos legales de LOPJ, LECrim y CE.

Una vez obtenida toda esta información, elaboré el borrador del índice de mi trabajo, acotando el contenido del mismo y los puntos sobre los que va a versar.

3. Desarrollo del cuerpo del trabajo, modificación y correcciones.

Posteriormente, me dediqué a redactar el cuerpo del trabajo atendiendo a la información recopilada con anterioridad, hasta llegar a las conclusiones del mismo, dando traslado durante todo el desarrollo del trabajo a mi tutora para que fuera realizando las objeciones y correcciones pertinentes.

Una vez redactado el trabajo, procedí a su finalización realizando los capítulos introductorios (resumen, objeto y metodología), así como, una atenta lectura del mismo con la que pude realizar las correcciones pertinentes y por último se lo envié a mi tutora para que pudiera efectuar las últimas correcciones necesarias antes de dar el visto bueno al trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la cadena de custodia se configura como aquel sistema formal que garantiza dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que tienen contacto con las evidencias, desde su recogida hasta su posterior utilización como prueba en el Proceso Penal. Es decir, garantiza que los indicios encontrados durante el procedimiento de investigación y que posteriormente se entregan a la autoridad judicial sean los mismos, sin que se aprecie ningún tipo de modificación, contaminación o pérdida.

La relevancia de la cadena de custodia es indiscutible en el Derecho Procesal, pues se encuentra estrechamente ligado con los preceptos constitucionales recogidos en el artículo 24.2 de la CE , como son: el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a prueba y el derecho a la presunción de inocencia; siendo estos derechos necesarios durante el desarrollo de un proceso penal, pues se basan en la existencia de una prueba válida la cual pueda ser valorada judicialmente y constituirse como prueba de cargo.

Ahora bien, es probable que durante el desarrollo de las distintas fases o etapas existentes en la cadena de custodia pueden surgir distintos problemas, los cuales produzcan la contaminación de los medios de prueba o se vulneren los derechos fundamentales, dando lugar a que una de las partes intervinientes el proceso, plantee la polémica duda sobre la validez e invalidez de la prueba.

La falta de una clara regulación en la LECrim en esta materia presenta importantes deficiencias que la jurisprudencia y la doctrina han intentado solventar, dando lugar a una amplísima jurisprudencia al respecto. Los Tribunales en esta materia se están pronunciando de manera muy dispar, lo que provoca una latente inseguridad jurídica.

Por todo ello, queda clara la urgente necesidad de que el legislador en nuestro país proponga una regulación útil y sistemática en esta materia dando una solución a todos los problemas que se plantean entorno a la cadena de custodia.

2. LA CADENA DE CUSTODIA: CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La actividad probatoria resulta fundamental en el proceso, pues a través de ella el juez o Tribunal fundamentan y justifican la resolución judicial adquirida. La prueba, por tanto, es el vehículo que tanto las partes como el juez utilizan para determinar si los hechos alegados por las partes son ciertos o no. Esta actividad probatoria, es la que propiamente tiene su desarrollo en la fase de juicio oral, siendo este el momento en el que el juez recibe el material probatorio y las partes podrán alegar lo oportuno respecto de la prueba practicada. Si la sentencia dictada no se basara en las pruebas de cargo practicadas en el juicio y estas fueran válidamente obtenidas, nos encontraríamos ante una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.¹

Cuando hablamos del concepto de cadena de custodia, lo podemos hacer desde una doble vertiente, por un lado se configura como una institución procesal, debiendo ser situada en el ámbito de las fuentes de prueba². Materialmente, esta figura lo que se pretende es garantizar una correcta y legal obtención de las evidencias, desde que son recogidas hasta su utilización como prueba en el procedimiento penal, con ella se pretende asegurar la indemnidad e identidad de las fuentes de prueba. Por eso todas las actuaciones que se desarrollen deberán estar relacionadas, sin que pueda existir ningún vacío.

Por otro lado, desde una vertiente más procesal, es apreciable la importancia de la cadena de custodia, ya que, se encuentra estrechamente relacionada con el derecho de defensa, al desarrollo del proceso con todas garantías y a la presunción de inocencia, siendo necesario el respecto a estas garantías procesales para que se constituya la existencia de una prueba lícita, que podrá ser objeto de valoración y de esta manera se constituya como prueba de cargo.

Son numerosos los autores que aportan una definición de lo que entendemos por cadena de custodia, por nuestra parte vamos a proceder a nombrar algunas de las definiciones.

¹ MORENO CATENA, V. *La prueba Preconstituída*. En: ROMERO PRADAS, M.I (Coord.). *La prueba. Tomo III. La prueba en el proceso penal*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, Págs. 149-313.

² En este sentido, LEAL MEDINA, hace una aclaración en el ámbito probatorio, diferenciando entre las fuentes de prueba como estructuras procesales y los medios de prueba definiéndolas como herramientas intrajurídicas que el legislador pone a disposición de las partes para facilitar la demostración de los hechos y de esta manera convencer al Juez o Tribunal. LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”. En *Diario La Ley*, nº8846, de 19 de Octubre de 2016. Pág. 5.

Así, RICHARD GONZALEZ³ entiende por cadena de custodia, al “conjunto de actos que tienen por objeto tanto la recogida, como el traslado y la custodia de las evidencias obtenidas durante el proceso de una investigación criminal, que tienen por finalidad garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba”. Del análisis de esta definición, podemos entender que para este autor no es fundamental documentar todas las actividades que se vayan a realizar, simplemente basta con el testimonio de las personas que actuaron en dichas actividades. Por otro lado, otros autores si entiende la documentación como una actividad necesaria, así FIGUEROA NAVARRO⁴ define la cadena de custodia como aquel “procedimiento documentado tendente a garantizar la identidad, integridad y autenticidad de los restos y vestigios relacionados con los hechos objeto de la causa, desde su hallazgo hasta su aportación en el proceso”. Por su parte GUTIERREZ SANZ⁵, realiza un enfoque más exhaustivo, definiéndola como la “concatenación de actos de recogida, custodia y análisis de los vestigios obtenidos durante el desarrollo de una investigación penal, realizado por personal cualificado con la diligencia debida para garantizar la indemnidad e identidad sobre los vestigios aprehendidos y los que son la fuente de prueba sobre la que se lleva a cabo la actividad probatoria.”

En definitiva, de todas la definiciones dadas, se puede apreciar el carácter de la cadena de custodia como un instrumento enfocado directamente a hacer posible la adecuada práctica de la prueba pericial, desde el primer momento en el que se toman las muestras hasta que sean valoradas por un perito y ratificación del informe pericial en el juicio oral y de esta manera se someterán plenamente al principio de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad.⁶

2.1 Concepto legal: ausencia de regulación normativa y propuesta reguladora en los Anteproyectos

³ RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena de custodia en el proceso penal español”. En *Diario La LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013, pág. 5

⁴ FIGUEROA NAVARRO, C. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. En *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº84, Julio 2011, pág.4.

⁵ GUTIERREZ SANZ, M.R. *La cadena de custodia en el proceso penal Español*. Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2016. Pág. 30

⁶ LADRÓN TABUENCA, P. *La cadena de custodia en el proceso penal español*. En: FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.). *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015. Págs. 23-24.

El marco legal de la cadena de custodia ha sido calificado como impreciso e incompleto. Son numerosos los artículos⁷ que podemos encontrar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) con referencia a la cadena de custodia, pero regulan aspectos sobre el tratamiento de aseguramiento, conservación, manipulación, traslado y entrega de las pruebas a la autoridad judicial de manera muy indirecta y poco precisa, sin entrar a regular aspectos más importantes y necesarios como concretar cuáles son los requisitos, sus rasgos esenciales o cuales serían las consecuencias procesales en caso de acreditarse que los vestigios hubieran quedado fuera de protección, con riesgo de deterioro, alteración o desaparición. La falta de un marco legal que regule estos aspectos tan fundamentales nos conduce a inseguridad jurídica, la cual debemos atenuar teniendo que acudir tanto a interpretaciones jurisprudenciales como doctrinales; así como también, a protocolos y circulares de actuación no normativos.

La ausencia de un marco legislativo en esta materia no solo es un problema que afecta a España, pues a nivel europeo la normativa es escasa como ocurre en el sistema alemán, alemán, italiano o británico.⁸

Analizando la LECrim, podemos observar como la misma solo hace referencia expresa a la cadena de custodia en la práctica de la prueba de alcoholemia, donde se indica que cuando el test indiciario salival de positivo, el conductor deberá entregar una cantidad de saliva que será analizada en laboratorios y deberá garantizarse la cadena de custodia.⁹

Por su parte el artículo 326 de la LECrim, contiene la previsión sobre la recogida de todos aquellos vestigios o pruebas materiales que un determinado delito haya dejado tras su perpetración, dicha recogida y conservación la ordenará el juez instructor para poder hacer uso de ella en la fase de juicio oral, en consonancia con este artículo también se reconoce que *“el Juez instructor ordenará recoger (...) las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o*

⁷ Sobre esta cuestión *vid.* Arts. 326.3º, 363, 770.3ª, 335, 338, 479, 778.3, 796.1.6ª de la Lecrim.

⁸ VALMAÑA OCHAITA, S. *La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica.* En FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal.* Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015. Págs. 171 y ss.

⁹ Art. 796.1.7 Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

en otra parte conocida. El Secretario judicial extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias de su hallazgo. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos.”¹⁰ Así mismo, reconoce que deberán ser recogidos de tal forma que se garantice su integridad.¹¹

En lo relativo a las actuaciones llevadas a cabo por la Policía Judicial, esta tiene el deber de practicar aquellas diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito en las que exista peligro de desaparición y las pondrá a disposición judicial.¹²

Por su parte el artículo 574 contiene una norma relativa a la entrada y registro, en este caso será el Juez quien ordenará recoger los instrumentos y efectos del delito así como los libros, papeles o cualquier otra cosa que se haya encontrado, exigiendo que “*los libros y papeles que se recojan serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por el Secretario judicial, bajo su responsabilidad.*”

Por último, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de algunos delitos, el legislador hace recaer en la Policía toda la función de recogida, custodia y análisis de la sustancia intervenida con la remisión al *Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente*, quienes se encargaran de remitir el resultado al juzgado de la manera más rápida.¹³

No han sido pocas las normas que de una u otra manera han venido a dar cobertura a ámbitos materiales muy concretos, enfocados a la actividad desarrollada por los cuerpos de seguridad, podemos destacar algunos ejemplos como:

- Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre por el que se dispone la creación de depósitos judiciales únicos con el fin de conservar de modo unificado las piezas de convicción.

¹⁰ Vid. Art.334 LECrim

¹¹ Vid. Art. 338 LECrim

¹² Vid. Arts. 282 y 770.3º LECrim.

¹³ Vid. Art. 796.1.6ª LECrim.

- Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.
- Real Decreto 32/2009, de 16 de enero por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.
- Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 30 de marzo de 2004 sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas.
- Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.
- Acuerdo Marco de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, el Ministerio del Interior, y la Agencia Estatal <<Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios>>. A través de esta Orden se establece el Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- Ley 17/1967, de 8 de abril sobre estupefacientes. En dos de sus preceptos regula aspectos de la cadena de custodia¹⁴¹⁵
- La Orden PRE/1832/2011, de 29 de Junio. Donde se regula la toma de muestras , manipulación y transporte de muestras de sangre en materia de dopaje
- La Orden PRE/2568/2011, de 26 de septiembre, donde se establece el protocolo de exhumación de víctimas de la Guerra Civil.

En una tentativa del legislador español de otorgar un marco normativo a esta materia, propone un tratamiento expreso a la cadena de custodia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011¹⁶. Este proyecto preveía un capítulo específico relativo a la cadena de custodia, concretamente los arts. 357 a 360, en los cuales se puede apreciar la regulación concreta de las garantías de fuente de prueba, las características, el procedimiento básico de gestión de muestras, los actos esenciales de

¹⁴ Art.21 En cualquier caso, la posesión de sustancias estupefacientes, incluso por el propio Servicio de Control, implica la obligación de la más rigurosa custodia, de modo que se evite cualquier posibilidad de sustracción y de dedicación a usos indebidos.

¹⁵ Art 31 Las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes.

¹⁶ *Vid.* Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

la cadena de custodia, así como también los efectos de la cadena de custodia y el procedimiento a seguir por las partes en caso de querer impugnarla. Esta regulación planteada en el borrador de 2011 era una regulación adecuada a las necesidades y fines exigidos. Pero este Anteproyecto no fue más que una simple ilusión, pues en el borrador de la LECrim de 2013 no se advierte ninguna disposición que contenga la regulación expresa de esta figura.

Otra posibilidad frustrada que hubo de regular esta institución procesal, fue a través del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015¹⁷, tras el análisis de la misma se puede apreciar que el legislador no realiza ninguna mención a la cadena de custodia.

En la fundamentación de la STS 491/2016, de 8 de junio se puede apreciar una “queja” indicando que la regulación propuesta en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 dedicaba un apartado especial y relevante a la cadena de custodia pero *“Esta regulación, sin embargo, no ha llegado a adquirir valor normativo, al no alcanzar el referido anteproyecto rango legal, y no haberse recuperado en ninguna de las sucesivas reformas de la LECrim., pese a que solo en el pasado año 2015 esta Ley se reformó en siete ocasiones, con modificación de la redacción de más de sesenta artículos. Seguimos, en consecuencia, sin una regulación legal adecuada y moderna de la cadena de custodia, pese a su relevancia para la fiabilidad de las fuentes de prueba.”*¹⁸

El legislador español hará bien en no dejar sin una regulación normativa en lo relativo a esta materia, pues a nivel Europeo se ha introducido el proyectado Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal.¹⁹

2.2 Concepto jurisprudencial

¹⁷ Vid. Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal de 20 de marzo de 2015.

¹⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 491/2016, de 8 de junio, FJ 9º, (Roj: STS 2623/2016).

¹⁹ Se trata de un avance primordial en el proceso de adaptación al progreso tecnológico, en el cual se destaca el afán de la UE por establecer una estrategia común europea en materia de acceso transfronterizo a la prueba material electrónica y garantice su admisibilidad ante los tribunales como medida necesaria para luchar contra la ciberdelincuencia.

Dada la falta de una definición legal exacta de la Cadena de Custodia, los tribunales se han pronunciado en numerosas ocasiones haciendo referencia a aspectos formales de la misma, de ahí la extensísima jurisprudencia existente.

Como ya mencioné al inicio del trabajo, la cadena de custodia se puede abordar desde dos perspectivas; por un lado desde el ámbito material y por otro desde una perspectiva más procesal, como veremos, a nivel jurisprudencial también se hace esta distinción.

a) Perspectiva material:

Desde la perspectiva del ámbito material de la cadena de custodia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰ se ha pronunciado al respecto, definiéndola, unánimemente como: *“Conjunto de actos que tienen por objeto, la recogida, traslado, conservación de los indicios y vestigios obtenidos en el curso de la investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba”* continua mencionando 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, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo.”*

b) Perspectiva procesal de la cadena de custodia: sistematización propia.

Desde una perspectiva puramente procesal, en las líneas que siguen realizaré una sistematización propia que he podido deducir de la jurisprudencia estudiada, pudiendo así, señalar los siguientes caracteres:

- Es de carácter instrumental.

Este carácter instrumental²¹ de la cadena de custodia, se debe a que la misma es el medio empleado que nos asegura la identidad de las evidencias desde que son recogidas

²⁰ SSTs (Sala de lo Penal, Sección 1ª) nº 775/2015, de 3 de noviembre, FJ 2º, (Roj: STS 5120/2015); nº 147/2015 de 17 de marzo, FJ 1º, (Roj: STS 1097/2015); nº. 933/2013 de 12 de diciembre, FJ 4º, (Roj: STS 5906/2013); nº 83/2013 de 13 de febrero, FJ 5º, (Roj: STS 377/2013) y nº6/2010, de 27 de enero, FJ 2º, (Roj: STS 542/2010).

²¹Para LACUEVA BERTOLACCI, este carácter instrumental tiene como objetivo garantizar su autenticidad y, de esta manera, la licitud de la prueba garantizando la recogida, transporte y custodia de

hasta su posterior análisis. De este modo, la STS 541/2018, de 8 de noviembre²² argumenta que *“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 afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez”*²³.

Por tanto, su función principal es asegurar que lo que se presente en Juicio Oral es lo mismo que lo que se ha procedido a analizar sin interferencias o mutaciones. Por su parte la STS 292/2015 reconoce que *“sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones”*²⁴; así la STS 431/2016 indica *“que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, y por tanto, tras los análisis correspondientes, se trata de los mismos objetos”*²⁵

- Garantiza el aseguramiento de la autenticidad e indemnidad de la prueba.

Todas aquellas huellas, indicios o vestigios que se obtengan y recojan durante el transcurso de la investigación criminal, desde que se hace acopio de ellas hasta su presentación ante el tribunal, deben llevar un seguimiento y observación protocolario determinado, pues es fundamental que las partes estén seguras de que las evidencias que se analizan son las mismas que en el momento de su obtención. Es decir, durante el procedimiento de investigación es necesario *asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.*²⁶

Por ello podemos afirmar que toda aquella evidencia que sea alterada o modificada no podrá ser restituida en su estado original. De este modo, toda la maniobra que se realice

bien. LACUEBA BERTOLACCI, R. “La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal”. En *Revista jurídica Española La Ley*, vol. 2, nº249-505, 2013. Pág. 1457

²² La citada sentencia alude a otras en el mismo sentido: SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) nº 129/2011, de 10 de marzo, (Roj: STS 1308/2011.); nº 1190/2009, de 3 de diciembre, (Roj: STS7710/2009) y nº 607/2012 de 9 de julio, (Roj: STS 4844/2012).

²³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 541/2018, de 8 de noviembre, FJ 3º (Roj: STS 3787/2018)

²⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 292/2015, de 14 de mayo, FJ 7º (Roj: STS 2350/2015.)

²⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 431/2016, de 19 de mayo, FJ 3º (Roj: STS 2291/2016.)

²⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 208/2014, de 10 de marzo, FJ 1º (Roj: STS 1001/2014.)

sobre cualquier indicio debe de estar plenamente justificada y recogida documentalmente.²⁷

La doctrina Jurisprudencial ha forjado el término de “*mismidad de la prueba*”²⁸ cuya pretensión es la de asegurar que todos aquellos objetos, muestras y vestigios recogidos a lo largo de la investigación penal han de ser los mismos durante todo el proceso desde el inicio hasta su puesta en el proceso pasando por su análisis²⁹, de esta manera aseguraremos la prueba, así lo recoge la sentencia del TS del 3 de diciembre de 2009 (*... En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba.*)³⁰

La integridad de la cadena de custodia garantiza que desde que se produce la recogida de los vestigios, hasta que llegan a concretarse como pruebas en el juicio no existe ningún tipo de modificación o alteración.

La regularidad de la cadena de custodia se trata de un presupuesto para la valoración de la pieza separada o elemento de convicción intervenido, se asegura de esta manera que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna. Por su parte, la corrección de la cadena de custodia se centra en la obtención de garantizar que lo analizado es lo mismo que fue recogido como muestra.

A través de la corrección lo que se pretende es evitar la pérdida de algún eslabón³¹ y alcanzar un procedimiento de seguridad óptimo, lo relevante es que se puedan excluir aquellas dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras

²⁷ OTIN DEL CASTILLO, J.M. *En la escena del crimen. Protección de indicios y primeras actuaciones policiales en el lugar del delito*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2011, pág. 28

²⁸ Entre otras SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 208/2014, de 10 de marzo, FJ 1º (Roj: STS 1001/2014.); sentencia nº 676/2016, de 22 de julio, FJ 2º (Roj: STS 3704/2016.) y SAP de Barcelona (Sección 7ª) sentencia nº 569/2019, de 12 de septiembre, FJ 3º, (Roj: SAP B 12400/2019)

²⁹ LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la... Op.Cit...”. En *Darío LA LEY*, nº8846, de 19 de Octubre de 2016.

³⁰STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1190/2009, de 3 de diciembre, FJ 3º, (Roj: STS 7710/2009)

³¹ DEL POZO PÉREZ, M. “La cadena de custodia: Tratamiento jurisprudencial”. En *Revista General de Derecho Procesal*, nº 30, 2013, Página 1-14.

recogidas y analizadas. Podemos decir, que a través de la corrección de la cadena de custodia se satisface la garantía de la mismidad de la prueba.

- Exige la constatación del proceso en registros documentados.

La cadena de custodia debe garantizar que durante el trascurso de la recogida de los vestigios o indicios no se ha producido manipulación alguna en ellos, es necesario que quede debidamente especificado todas aquellas actividades que han sido llevadas a cabo por cada una de las personas que se han tenido contacto con los vestigios.

La jurisprudencia lo indica de este modo: *“Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial”*³²

A través de estos registros documentados, el Juez o Tribunal tendrá la posibilidad de reconstruir todos aquellos pasos que ha tenido el elemento recogido desde que fue aprehendido hasta que es utilizado en juicio como elemento probatorio. Debiendo existir una correcta identificación de todas las personas que han tenido contacto con las sustancias u objetos así como también comprobar su recorrido³³. Reconocido esto en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril donde puntúa que *“Deben pues examinarse los momentos de recogida, custodia y examen de las piezas de convicción o cuerpo u objeto del delito a efectos de determinar la corrección jurídica de la cadena de custodia.”*³⁴

Pero no debemos olvidarnos, de que la cadena de custodia también puede acreditarse a través del testimonio de aquellas personas que recogieron y conservaron las evidencias. El atestado policial donde se suelen especificar todos aquellos actos ocurridos durante la cadena de custodia, tiene la consideración de denuncia. Es por ello que los policías, en calidad de testigo, deberán declarar en Juicio Oral en caso de que alguna de las partes alegue algún tipo de infracción.³⁵

³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 277/2016, de 6 de abril, FJ 3º, (Roj: STS 1546/2016.)

³³ GUTIERREZ SANZ, M.R. La cadena de custodia... Op.Cit. Pág. 36

³⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 347/2012 de 25 de abril, FJ 1º, (Roj: STS 3484/2012.)

³⁵ RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena...Op.Cit.”, En *Diario LA LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013., pág. 5

Por lo tanto, la jurisprudencia ha admitido que la declaración testifical puede ser hábil para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia.³⁶

La Audiencia Provincial de Álava, en su sentencia de 28 de diciembre ratifica esto, alegando que *“Efectivamente, nada impide que la cadena de custodia se acredite mediante el testimonio de las personas que recogieron, custodiaron y/o conservaron las evidencias (generalmente los agentes de policía). 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.”*³⁷

- Relevancia del informe pericial

La cadena de custodia tendrá una importante repercusión en el proceso, concretamente a través de la prueba pericial, con la cual, se aportan al procedimiento conocimientos específicos que permiten al Juez tener una visión más amplia y adecuada de los hechos y las circunstancias.³⁸

La validez del informe pericial dependerá de su correcta realización, la cual deberá ser llevada a cabo por personal competente, haciendo un uso debido de la tecnología conveniente, siguiendo con los protocolos establecidos y prestando atención a las técnicas de esterilización necesaria para evitar la contaminación de los vestigios, restos u objetos.³⁹

Esta prueba científica tiene como principal función ofrecernos una verosimilitud, es decir, un grado de certeza científico respecto de alguna materia en concreto, de esta manera nos acercamos a la realidad de lo sucedido. Una supuesta infracción en la cadena de custodia, afecta a esta verosimilitud en la prueba pericial y en consecuencia a su legitimidad e invalidez para servir de prueba de cargo en el proceso penal⁴⁰

³⁶ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº600/2013, de 10 de julio, (Roj: STS 4006/2013.) y sentencia nº 685/2010, de 7 de julio, (Roj: STS 3971/2010.)

³⁷ SAP de Vitoria-Gasteiz (Sección 2ª), sentencia nº 370/2015 de 28 de diciembre, FJ 4, (Roj: SAP VI 824/2015.)

³⁸ Art. 456 LECrim: El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos.

³⁹ DEL POZO PEREZ, M. “La cadena de...Op.Cit.”. En *Revista General de Derecho Procesal*, nº 30, 2013. Pág. 11

⁴⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 120/2018, de 16 de marzo, FJ 4º,(Roj: STS 869/2018.)

Es innegable la relación que existe entre la cadena de custodia y la prueba pericial, pues la validez de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis. Esto queda expresamente recogido por la Sala del Tribunal Supremo de la siguiente forma: *“La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las 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 dicha prueba pericial”*⁴¹

- Se trata de un proceso de fiabilidad, no de nulidad o invalidez.

En este sentido el Tribunal Supremo se pronuncia en su STS de 26 de marzo de 2013, concretando que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado, reconoce la importancia de asegurar y documentar la regularidad de la cadena y de esta manera se podrá garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba. En el caso de que exista una irregularidad que despierte dudas se deberá prescindir de esa prueba, pero no porque sea considerada nula, sino, porque no estamos seguros de su autenticidad. *“Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad.”* Nos queda claro que en este caso el tribunal considera que no se trata de una cuestión de nulidad o inutilidad sino de fiabilidad.⁴²

- Su irregularidad no constituye la vulneración de derechos fundamentales

El problema que plantea la cadena de custodia en relación con la irregularidad de la misma ha sido resuelta por la Sala del Tribunal Supremo, en el sentido de que en caso de existir una irregularidad en la misma, no constituye de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno. La vulneración del derecho fundamental solo vendría dado por el hecho de que el Tribunal admita y de valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento, especialmente el derecho de defensa.

⁴¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº587/2014, de 18 de julio, FJ 1º, (Roj: STS 3086/2014.)

⁴² SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 320/2015, de 27 de mayo, FJ 2º, (Roj: STS 2367/2015); sentencia nº 388/2015, de 18 de junio, FJ 5º, (Roj: STS 2630/2015) y sentencia nº 308/2013 de 26 de marzo, FJ 4, (Roj: STS 2250/2013.)

La SAP 10079/ 2019 de Barcelona menciona 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.”⁴³

Pero el hecho de romperse la cadena de custodia, no tiene en sí, un efecto directo sobre los derechos fundamentales, pues la vulneración de los mismos solo debemos entender que se produce cuando el Tribunal otorga valor probatorio a una fuente de prueba en la que no existe una garantía de indemnidad, Esto queda reflejado en la STS 587/2014 “*la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis*”⁴⁴. Por lo tanto, cabe destacar la estrecha relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial.

En palabras de la STS 682/2017, y apoyándose en lo ya reiterado por esta Sala en innumerables sentencias⁴⁵, considera que la irregularidad de la cadena de custodia no supone, de por sí, la vulneración de derecho fundamental alguno. En todo caso, esto vendrá dado por el hecho de que se admita una prueba la cual se haya producido sin que se respeten las garantías esenciales del procedimiento, concretamente, el derecho a defensa. Así mismo especifica que el proceso de la cadena de custodia tiene un carácter meramente instrumental, pues, también sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegramente ocupada.

En lo relativo a las pruebas derivadas obtenidas a raíz de una en la que se hayan vulnerado derechos fundamentales, la STS 777/2013, de 7 de octubre, en esta sentencia se hace referencia a la desconexión de antijuridicidad (FJ 7º). Plantea el supuesto de que haya pruebas con cierto carácter autónomo, lo que supondría que pudieran escaparse de este efecto contaminador de la cadena de custodia por la vulneración de un derecho. Pero la ausencia de garantías normativas que aseguren la cadena de custodia, nos lleva a cotejar todo el material probatorio.

Sí que es cierto, que la vulneración de la cadena de custodia, puede tener un significado casacional, pero no como por la mera constatación de la supuesta infracción, sino, por

⁴³ SAP de Barcelona (Sección 6ª) sentencia nº 374/2019, de 30 de mayo, FJ 1º, (Roj: SAP B 10079/2019).

⁴⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 587/2014, de 18 de julio, FJ 1º, (Roj: STS 3086/2014.)

⁴⁵ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia nº 347/2012 de 25 de abril, (Roj: STS 3484/2012); sentencia nº 773/2013 de 22 de octubre, (Roj: STS 5060/2013) y sentencia nº 1/2014 de 21 de enero, (Roj: STS 53/2014).

su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia, esto queda reflejado en la STS 545/2012 de 22 de junio.

- Para considerar la ruptura de la cadena de custodia, es necesario la existencia de prueba directa de su manipulación.

Así mismo el TS, aclara que quien considere que exista una ruptura en la cadena de custodia deberá demostrarla, no vale con tener una simple sospecha, pues es necesario que quien indique la existencia de una irregularidad, tendrá la obligación de probarla, esto ha quedado reflejado por el TS las SSTs 709/2013 y 680/2011, a través de las cuales indica que: “...hasta tanto no se demuestre lo contrario- y no se olvide que quien aduzca la irregularidad debe probarla- las actuaciones en el curso de una investigación policial o judicial, deben reputarse legalmente efectuadas”⁴⁶. “No se indica razón alguna que arroje una sombra de duda sobre la pureza de la obtención y custodia de las muestras”⁴⁷

En el supuesto de que se alegue la ruptura durante la cadena de custodia, puede verse omitida a través de las declaraciones testificales y del informe pericial de la toma de las muestras donde se determine que desviación no se produjo, evitándose de esta manera su contaminación.⁴⁸

3. RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA: CONSECUENCIAS PROCESALES

La cadena custodia y su ruptura, se encuentra relacionada con las consecuencias jurídicas que se prevén cuando se formula su fractura o se predica su inutilidad en el proceso.

Llegados a este punto, debemos hacer una diferencia entre: las meras irregularidades y los defectos formales y los supuestos de grave alteración o contaminación⁴⁹. En cuanto a las meras irregularidades o pequeños defectos formales, en estos casos no se plantea la

⁴⁶STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 280/2011, de 12 de abril, FJ 4º, (Roj: STS 2285/2011.)

⁴⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº709/2013, de 10 de octubre, FJ 5º,(Roj: STS 5078/2013)

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 685/2010, de 7 de julio, (Roj: STS 3971/2010.)

⁴⁹ LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la Cadena...Op.Cit”. En *Diario La Ley*, nº8846, de 19 de octubre de 2016.Pág. 17.

duda acerca de que la identidad de las sustancias u objetos ocupados sea lo que realmente intervino la policía, nos encontramos ante pequeñas irregularidades burocráticas que no supone cuestionar la autenticidad de las evidencias⁵⁰ y que estos errores pueden ser subsanados por el razonamiento judicial.⁵¹ Por otro lado, existen otros supuestos de alteración grave, contaminación, destrucción o pérdida de las muestras, en este ocasión estas irregularidades generan una incertidumbre jurídica importante sobre el lugar y las personas por las que han pasado, del mismo modo se consideran graves cuando se produce la infracción de derechos fundamentales con la recogida y el almacenamiento de las fuentes de prueba, pues en este caso podemos decir que la cadena de custodia no ha seguido su correcto procedimiento legal, en este sentido cuando una resolución judicial se fundamente en base a prueba obtenida violentando los derechos fundamentales se declara nula inmediatamente.⁵²

Podemos entender la ruptura de la cadena de custodia como aquel momento que se da cuando en alguno de los eslabones de dicha cadena se pierde la garantía de que lo incautado y lo que posteriormente se entrega par ser analizado no es lo mismo.

El respeto a la cadena de custodia tiene una gran importancia en nuestro Sistema Procesal Penal, tanto es así, que nuestro TC se ha pronunciado al respecto diciendo que en caso de que se rompa la cadena de custodia se produce un menoscabo del Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.⁵³

Es por ello que nuestro sistema casacional⁵⁴, admite la interposición de este recurso por infracción del precepto constitucional, a través de la invocación del artículo 24.2CE, se

⁵⁰ De este modo de pronuncia la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia nº339/2013, de 20 de marzo, FJ 9º (Roj: STS 1925/2013) donde se especifica de una irregularidad en los protocolos establecidos no equivale a nulidad.

⁵¹ ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. *La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas*. En FIGUEROA NAVARRO. C (Dir.)*La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015. Pág. 105

⁵² ASENSIO MELLADO, J.M: “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. En *Diario LA LEY*, nº. 8009, de 25 de enero de 2013.

⁵³ STC (Sala 2ª) sentencia nº 170/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003/170) y STC (Sala 1ª) sentencia nº 181/2006, de 19 de junio (RTC 2006/181)

⁵⁴*Vid.* Art 852 LEcrim. “*el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional.*”

solicita en este caso al TS que controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desbancar la presunción de inocencia.⁵⁵

La ruptura de la cadena de custodia, en ocasiones, es empleada como un arma procesal por parte de la defensa y así intentar evitar la condena del acusado poniendo en duda la eficacia de la prueba utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia, suele emplearse un discurso dual⁵⁶: o bien se reclama la nulidad de la prueba, en cuanto su infracción haya vulnerado un derecho fundamental o se solicita su ineficacia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia.

La falta de regulación legal de la cadena de custodia también se aprecia en el ámbito de las infracciones de la misma, pues no existe ninguna norma específica donde se regule los requisitos de cómo debe llevarse a cabo la recogida, conservación y custodia de los vestigios. Como resultado a la ausencia legislativa han sido numerosas las sentencias que se han pronunciado al respecto, dando como resultado una amplia jurisprudencia extensa e imprecisa, la cual trata de dar solución a este problema.

En la mayoría de la jurisprudencia que he analizado, he podido comprobar que los pronunciamientos en esta materia varían atendiendo al carácter de la fractura que se ha producido en la cadena de custodia, en el supuesto de que la infracción sea de relevancia menor la prueba no necesariamente será apartada del proceso y se podrá proceder a su subsanación, por otro lado, si hablamos de que se ha producido una fracción mayor en la cadena de custodia supone la nulidad de la prueba ya que existen dudas acerca de la realidad de la fuente de prueba.

A pesar de esto, el Tribunal Supremo ha ido restringiendo de manera progresiva los supuestos en los que la ruptura de la cadena de custodia tiene aparejada como consecuencia la nulidad del valor probatorio de los vestigios aportados como pieza de convicción. Afirma que una irregularidad grave en la cadena de custodia no produce la nulidad de la prueba ya que se trata de una cuestión de validez y verosimilitud de la prueba que el tribunal no podrá valorar por falta de fiabilidad.⁵⁷

⁵⁵ GUTIERREZ SANZ, M. R. *La cadena de custodia...* Op.Cit, pág. 85.

⁵⁶ MESTRE DELGADO, E. *La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos*. En: FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.). *La cadena de custodia en el proceso penal*, Madrid. Ed. Edisofer, S.L, 2015. Pág. 67

⁵⁷ RICHARD GONZALEZ, M. "La cadena de... Op.Cit". En *Diario LA LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013. Pág. 7.

Así mismo, es necesario motivar la evidencia de la ruptura de la cadena de custodia indicando, en que momento y cuando se produce la vulneración, exigiendo un prueba que determine realmente la manipulación, no bastando con la mera sospecha.⁵⁸

La existencia de una sospecha razonable de rotura de la cadena de custodia debería bastar para desvirtuar la presunción de veracidad, sin que fuera necesario probar la manipulación. Como hemos visto nuestros jueces no arbitran el mismo tratamiento en todos los caso y en todos los delitos, dependiendo del delito los tribunales son más o menos propensos a considerar que existen irregularidades en la cadena de custodia.⁵⁹

3.1 Derechos Fundamentales que pueden verse vulnerados en la práctica de la cadena de custodia.

La importancia de la cadena de custodia es evidente al estar estrechamente ligada con el derecho a la prueba, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Se trata de derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la CE y que constituyen el fundamento del proceso penal, se basan en la existencia de una prueba válida que pueda ser objeto de valoración y constituir, en su caso, prueba de cargo.⁶⁰

La violación de los derechos fundamentales, normalmente suele producirse a lo largo de la fase de investigación del delito o búsqueda de las fuentes de prueba.

Llegados a este punto, debemos hablar de la doble distinción que la mayoría de la doctrina hace en relación con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, por un lado se distinguen aquellos derechos absolutos que no pueden ser objeto de limitación y por otro lado están los relativos que si pueden ser susceptibles de limitación o de restricción. Centrándonos en el artículo 24.2 de la CE, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia aconseja que la injerencia de estos derechos fundamentales se

⁵⁸ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 629/2011, de 23 de junio, (Roj: STS 4323/2011.); sentencia nº 1045/2011, de 14 de octubre, (Roj: STS 6858/2011.) y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº709/2013, de 10 de octubre, (Roj: STS 5078/2013)

⁵⁹ EIRANOVA ENCINAS, E. “Cadena de custodia y Prueba de Cargo”. En *Diario LA LEY*, nº 6863, de 17 de enero de 2008. Pág. 4

⁶⁰ RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena de...Op.Cit”. En *Diario LA LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013. Pág. 2.

debe producir siempre con respeto a las propias exigencias constitucionales y al principio de proporcionalidad.⁶¹

- **Derecho a la presunción de inocencia**

La presunción de inocencia, es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata. Por lo tanto estamos ante una presunción iuris tantum, lo que significa que toda persona se presume inocente hasta que se demuestre su culpabilidad.⁶² O dicho de otro modo, es el derecho que tiene toda persona a no ser condenada si no existen contra ella pruebas de cargo.

Es una presunción que admite prueba en contra y quien acusa debe demostrar la culpabilidad, no siendo el acusado quien debe demostrar su inocencia. La carga de la prueba es de quien acusa.

Los principios en los que se basa la presunción de inocencia son dos: La libre valoración de la prueba de Jueces y tribunales (117.3 de la CE) y por otro lado se exige que para desvirtuar esa inocencia sean empleados medios de prueba obtenidos de forma válida y lícita. Para desvirtuar esta presunción se deben dar los siguientes requisitos⁶³:

- Existencia de una prueba de cargo suficiente. Entendemos que existe una prueba de cargo cuando se aprecian los siguientes tres requisitos⁶⁴: 1. Obtención de la prueba sin violentar derechos fundamentales, 2. Que la prueba sea relevante y 3. Que responda a la verdad.
- Que la prueba obtenida sea constitucionalmente válida.
- Que dicha prueba sea legalmente practicada y racionalmente valorada.

Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, este Tribunal ha venido reiterando esta doctrina en numerosas sentencias⁶⁵ en relación con el contenido de este derecho fundamental,

⁶¹ GONZALEZ GARCÍA, J.M. “El proceso penal español y la prueba ilícita”. En *Revista Valdivia*, vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005. Págs 187- 211.

⁶² Constitución Española. Sinopsis del artículo 24. Fecha de consulta: 26 de enero de 2020. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

⁶³ STC (Sala 1ª) sentencia nº 16/2012, de 13 de febrero, FJ 1º, 2º y 3º (RTC 2012/16)

⁶⁴ EIRANOVA ENCINAS, E. “Cadena de... Op.Cit”. En *Diario LA LEY*, nº 6863, de 17 de enero de 2008. Página 2.

⁶⁵ STC (Sala 2ª) nº70/2010, de 18 de octubre. FJ 3º (RTC 2010/70) y STC (Sala 2ª) nº 25/2011, de 14 de marzo

donde se exige que para ser condenada debe existir una prueba de cargo válida, de este modo expresa textualmente: *“Ha reiterado este Tribunal que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Así “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”*⁶⁶

Si la sentencia no se basara en las pruebas de cargo practicadas en el juicio y válidamente obtenidas, estaríamos vulnerando el derecho a la presunción de inocencia.⁶⁷

En resumidas cuentas podemos hablar de la presunción de inocencia como aquella garantía del acusado de cual con la cual solo podrá ser condenado en virtud de la práctica de una actividad probatoria de cargo suficiente para que de esta manera se pueda desvirtuarla, además la exime de demostrar su inocencia, por otro lado de exige que la obtención se haya realizado a través de medios lícitos ya que de no ser así, no podrá surtir efectos en el proceso. Si bien es cierto, que no podemos eludir el derecho a la presunción de inocencia, para restringir necesariamente los medios de obtención de pruebas⁶⁸

Si bien es cierto que, el derecho a la presunción de inocencia no arrastra a presumir la invalidez de los medios de prueba sobre los que una parte pretende arrojar una sospecha de incorrección. La presunción de inocencia obliga a considerar que una persona es inocente haya que no existan pruebas que determinen su culpabilidad, pero no podemos

⁶⁶STC (Sala 2ª) nº128/2011, de 18 de julio, FJ 3º, (RTC 2011/128) y STC (Sala 2ª) nº191/2014, de 17 de noviembre ,FJ 6º(RTC 2014/191)

⁶⁷ MORENO CATENA, V. *La prueba... Op.Cit.* En: ROMERO PRADAS, M.ª I (Coord.). *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal.* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Págs. 151 y 152.

⁶⁸ GONZALEZ GARCÍA.J.M. “El proceso...Op.Cit”, en revista Valdivia, vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005. Págs. 187-211.

considerar que dichas pruebas son ilegítimas hasta que no que quede demostrado lo contrario.⁶⁹

- **derecho a un proceso con todas las garantías.**

Queda clara la conexión existente entre el derecho a la presunción de inocencia y al derecho de un proceso con todas las garantías. Es por ello que la doctrina del Tribunal Constitucional reconoce que la lesión del derecho a la presunción de inocencia puede venir derivada de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías,⁷⁰ por ello *“La vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías determinará también la del derecho a la presunción de inocencia , si al eliminar las pruebas valoradas sin la debida inmediación, el relato de hechos probados no tiene contenido suficiente que permita sustentar la declaración de culpabilidad del acusado, bien cuando la prueba personal eliminada sea la única tenida en cuenta por la resolución impugnada, o cuando dicha prueba fue esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia”*⁷¹

- **derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.**

El artículo 24.2 de la CE, reconoce el derecho a la actividad probatoria, es decir, el derecho de todos aquellos litigantes presente en un procedimiento a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.⁷² Este derecho se trata de una garantía constitucional, pues sin ella, el derecho de defensa y en general la garantía de todos los derechos será prácticamente imposible sin un sistema de pruebas.⁷³

El derecho a la prueba, se configura como aquel derecho que tienen las partes en un proceso que consiste en la utilización de los medios de prueba necesarios para

⁶⁹Vid. SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 6/2010, de 27 de enero, FJ 1º, Roj: STS 542/2010 y sentencia nº 406/2010, de 11 de mayo, FJ 1º, Roj: STS 2403/2010.

⁷⁰El Tribunal Constitucional y el derecho a un proceso con todas las garantías. Fecha de consulta: 27 de enero de 2020. <https://www.iberley.es/noticias/tribunal-constitucional-derecho-proceso-garantias-27995>

⁷¹ STC (Sala 2ª) nº195/2013, de 2 de diciembre, FJ 6º (RTC 2013/195).

⁷² SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L. *La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia número 1811. Año LI. 15 de diciembre 1997. Pág. 2494

⁷³ RIVERA MORALES, R. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, Marcial Pons Librero, 2011. Pág. 30.

convencer al Juez o tribunal a cerca de lo discutido en el proceso. Por lo que todas aquellas pruebas pertinentes solicitadas deberán ser admitidas y practicadas, de no ser así podríamos estar ante una vulneración del derecho a prueba.⁷⁴

Si bien es cierto que el carácter de este derecho es limitado, pues está sujeto a unas condiciones y exigencias legales:

- Que la prueba sea pertinente. Este requisito se debe dar para que el medio probatorio pueda ser admitido. Se considerará pertinente siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y esta pueda influir en la convicción del órgano decisor. La labor de valorar si una prueba es pertinente o no solo corresponde al Tribunal. *“Hemos declarado, además, que corresponde a los órganos judiciales la decisión sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, que podrán rechazar de forma razonablemente motivada cuando estimen que las mismas no son relevantes para la resolución final del asunto litigioso.”*⁷⁵ Además de la pertinencia se exige que el uso del medio probatorio no origine indefensión⁷⁶, pues supondría una merma en el derecho a defensa.
- Que la prueba sea lícita. para que sea lícita es necesario que para su obtención o práctica no hayan sido vulnerados derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna.⁷⁷

La prueba ilícitamente obtenida será nula, lo que supondría la imposibilidad de subsanarla y de valorar los resultados que de ella se desprenden, de no ser así nos encontraríamos ante un quebrantamiento de un proceso con todas las garantías e incluso al derecho a presunción de inocencia.

- Que la prueba sea ejercitada dentro del tiempo y la forma legalmente prevista. Supone que la prueba ha de ser practicada en Primera instancia, admitiéndose por el Tribunal Constitucional de manera excepcional su práctica en Segunda

⁷⁴ El Tribunal Constitucional y el derecho a un proceso con todas las garantías. Fecha de consulta: 27 de enero de 2020. <https://www.iberley.es/noticias/tribunal-constitucional-derecho-proceso-garantias-27995>

⁷⁵ STC (Sala 1ª) nº42/2007, de 26 de febrero, FJ 2º (RTC 2007/42)

⁷⁶ SERRANO HOYO, G. *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*. Granada, Ed. Comares, 1997. Pág. 240.

⁷⁷ Esta exigencia legal se puede desprender de la lectura del artículo 11.1 de la LOPJ.

Instancia. “*para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en forma y momento legalmente establecido*”⁷⁸

a) Garantías en la obtención.

Tal y como ya concretamos con anterioridad, la actividad probatoria ha de desarrollarse con todas las garantías; tanto en la obtención como en la conservación. Para que la actividad probatoria sea válida, la ley exige que cumpla con los requisitos constitucionales, no produciéndose por tanto, la vulneración o quebrantamiento de los Derechos Fundamentales. Esta afirmación se sustenta bajo la rúbrica del artículo 11.1 de la LOPJ.⁷⁹

Este precepto legal, al que estamos haciendo referencia, tiene un carácter jurisprudencial, pues esta regla de exclusión fue recogida un año después de dictarse la STC 114/1984. Esta sentencia supuso un hito muy importante en nuestro ordenamiento jurídico al ocuparse del valor probatorio de las pruebas obtenidas ilícitamente y sus consecuencias procesales, la regla de exclusión, en un momento en el que se carecía de normas jurídicas a cerca de la prueba prohibida. El TC sentencia que en caso de que la ilicitud probatoria se diera y la decisión judicial se basara en este material probatorio podrían verse afectados derechos fundamentales tales como: el derecho a un proceso con todas las garantías⁸⁰, así como el principio de igualdad entre las partes.⁸¹

En palabras de PLANCHADELL GARGALLO⁸² las SSTC 114/1984 de 29 de noviembre y 85/1994 de 14 de marzo sientan la regla general sobre la materia, no pudiendo los tribunales, tener en consideración aquellas pruebas obtenidas que hayan vulnerado los derechos fundamentales. Así mismo, también se pone de manifiesto que la existencia de una prueba obtenida de forma prohibida no puede suponer de manera

⁷⁸ STC (Sala 2ª) nº174/2008, de 22 de diciembre, FJ 2º,(RTC 2008/174)

⁷⁹ Art. 11.1 LOPJ “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

⁸⁰ Vid.Art.24.2 CE

⁸¹ STC (Sala 2ª) sentencia nº114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5º, (RTC 1984/759)

⁸²PLANCHADELL GARGALLO, A. *La Prueba Prohibida: Evolución Jurisprudencial: (comentario a las sentencias que marcan el camino)*. 1ª ed. Navarra, Ed. Aranzadi, 2014. Pág. 12.

directa y automática la nulidad de la misma, apareciendo de esta manera las excepciones a la regla de exclusión.

En primer lugar, es necesario concretar que entendemos por prueba prohibida.

Entendemos por prueba prohibida, aquella que para su obtención se han vulnerado derechos fundamentales, dicho de otro modo, la prueba prohibida es aquella que viola las normas constitucionales que tutelan los derechos fundamentales.⁸³ Pero atendiendo a los términos “directa o indirectamente” recogidos en el artículo 11.1 de la LOPJ podemos decir que para considerar una prueba como prohibida no solo nos referimos a la prueba originariamente obtenida violentando los derechos fundamentales, sino que también se extiende a la prueba derivada de ella⁸⁴. En ambos casos, el resultado final de la obtención de una prueba violentando los derechos fundamentales es la regla de exclusión ya que al carecer de valor probatorio se prohibiría su valoración. Esta regla, pone una encrucijada dos importantes garantías: por un lado, conseguir la verdad y perseguir al delincuente y por otro, el derecho del ciudadano de que sean respetados sus derechos fundamentales.

Podemos resumir esto en que la prueba en cuanto ha sido obtenida o practicada con vulneración de derechos fundamentales, supone la prohibición tanto de admisión como de valoración por el Tribunal al que le corresponda dictar sentencia, de acuerdo con la expresión legal “no surtirán efecto”, nos encontramos ante el efecto propio de la nulidad de pleno derecho, una ineficacia que se produce *ex tunc*.⁸⁵ Aunque, como más adelante veremos existen excepciones a esta prohibición que parece de carácter absoluto.

Ante esta inadmisibilidad, es transcendental hacer referencia a dos teorías que han surgido de carácter jurisprudencial, como son: la Teoría de la conexión de antijuridicidad y la Teoría de los frutos del árbol envenenado, a través de las cuales no solo se produce la nulidad de la prueba obtenida tras la vulneración de los derechos fundamentales, sino también la prueba derivada de ella.

⁸³ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, 2ª, Madrid, Ed. COLEX, 1996, págs. 384-385

⁸⁴ También denominado como Teoría de los efectos reflejos de la prueba prohibida.

⁸⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. “El proceso... Op.Cit. En *Revista Valdivia*, vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005. Págs 187-211

Esta Teoría, se trata de una figura jurídica la cual se origina con la jurisprudencia norteamericana⁸⁶. La cual, conlleva a que las pruebas de un delito que hayan sido obtenidas de manera ilícita, no podrán ser utilizadas en un proceso judicial, ya que, cualquier prueba obtenida de manera directa o indirecta y que por cualquier nexo está viciada, conlleva la exclusión probatoria.⁸⁷

Metafóricamente, esta figura, nos evoca a pensar que el uso de una prueba ilegal (árbol) nos lleva a conseguir un descubrimiento ilícito (fruto), ante esto la prueba será declarada nula puesto que no respeta los controles de legalidad existentes ya que produce una vulneración de los derechos fundamentales.

b) Garantías en la conservación.

Tal y como determina la LECrim⁸⁸, se deberán asegurar y conservar las pruebas materiales con la finalidad de que el objeto, sustancia o huella permanezca disponible e inalterable en su estado original hasta que sea llevado a juicio oral.

En la práctica, es frecuente que la fuente de prueba no se conserve inalterablemente en un mismo lugar ya que en ocasiones es necesario realizar determinadas pericias científicas o técnicas o pueda exigir un cambio de lugar o circunstancias de la conservación, por lo que no siempre podrá quedar bajo la custodia judicial.

Dadas estas circunstancias es necesario garantizar la corrección de la cadena de custodia, cuyo objetivo primordial es el de establecer que la fuente de prueba no ha sido contaminada en ningún momento, en previsión de los análisis que puedan ser decretados y examen y discusión sobre ella. Lo que se pretende con la cadena de custodia es la inalterabilidad de la cadena de custodia.⁸⁹ Es decir, la prueba que nos conduce a hablar de un determinado delito, debe ser tratada con las garantías de que no han sido manipuladas en ningún momento.

3.2 En particular en el entorno de la prueba electrónica.

⁸⁶ Caso *Silverthorne Lumber Compañy* contra USA

⁸⁷ CORREA ROBLES, C. “Relación causal y exclusión de prueba”. En *Polit.Crim.* Vol.14, nº18, diciembre de 2019. Pág. 187

⁸⁸ Vid. Art. 338 de la LECrim: (...) *los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.*

⁸⁹ MORENO CATENA, V. La prueba... Op.Cit, en: ROMERO PRADAS, M.ª I (Coord.). La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017. Pág. 215.

Actualmente en el ámbito penal, la conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática se trata de un aspecto significativo ya que cada vez es más habitual encontrar como pieza de convicción incautada algún dispositivo electrónico, la prueba electrónica nos permite acreditar hechos a través de los medios de reproducción de palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase en el proceso.⁹⁰, entre los que podemos encontrar: teléfonos móviles, ordenadores, tabletas, puertos USB, discos ópticos. Estas evidencias posteriormente serán analizadas por profesionales, quienes deberán tener especial cuidado y atención en no manipular indebidamente estas evidencias, pues de lo contrario podría suponer la ruptura de la cadena de custodia.

El aumento en el uso de las nuevas tecnologías ha supuesto un crecimiento exponencial de la delincuencia informática y cibernética. Es por esto, que se exige por un lado, la acomodación de las leyes penales, y, por otro lado, la actualización procesal de las técnicas de investigación policial de estos nuevos delitos.⁹¹ Ciertamente, en los últimos años, en cuanto a la perspectiva del Derecho penal material ha tenido una evolución significativa en el ámbito de la criminalidad tecnológica, pues la situación era muy criticable en el Código Penal de 1973⁹², ahora ya reformado.

La capacidad policial de utilizar cualesquiera medidas tecnológicas de investigación destinadas a obtener esa información en formato digital, se antoja un pilar esencial en cualquier investigación criminal en la actual sociedad informatizada en la que vivimos.⁹³

Actualmente, en nuestro Código penal disponemos ya de varias figuras delictivas punitivas en lo relativo a la ciberdelincuencia, correspondiendo estas con los artículos 189 al 286 del Código penal.

⁹⁰ URBANO CASTRILLO, E. *La valoración de la prueba electrónica*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2009. Pág. 47

⁹¹ MESTRE DELGADO, E. *La cadena de custodia... Op.cit, en FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.). La cadena de custodia en el proceso penal*, Madrid. Ed. Edisofer, S.L, 2015. Pág. 145

⁹² MESRTRE DELGADO, E. “Un Derecho Penal más tecnológico”. En Revista Jurídica: *La Ley Penal*, nº4, abril de 2004, págs. 3-4.

⁹³ ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Madrid, Ed. COLEX, 2013. Pág. 159.

Mientras que en el ámbito procesal, como ya vine indicando al inicio de mi trabajo, nos encontramos con un marcado carácter disfuncional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que plantea serios problemas.

Llegados a este punto es necesario hacer especial mención a modificación legislativa llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2015, en lo relativo a la incorporación al proceso penal de los datos de tráfico de las comunicaciones. Lo relativo a esta materia viene abordado en el actual artículo 588. Ter j)⁹⁴, donde se reconoce que la incorporación de estos datos al proceso penal exige autorización judicial, la cual se encuentra sujeta a los principios de; especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad⁹⁵ así como también a las exigencias de motivación y precisión.⁹⁶

Por lo tanto podemos resumir que, la efectiva incorporación al proceso ha de ser objeto de valoración judicial, siendo la autoridad judicial quien deberá valorar en cada caso el alcance de la solicitud, tipo de datos que pretende ser utilizado como prueba, la necesidad /utilidad de su aportación y en definitiva la proporcionalidad de esa medida teniendo en cuenta la importancia de esa información.⁹⁷

En este caso la investigación policial tiene como función recoger toda aquella información relativa a un delito, para que de esta manera los instrumentos, huellas y vestigios que hayan podido obtenerse sirvan como medio de prueba y de esta manera esclarecer la verdad. Pero para que estas evidencias puedan surtir pleno efecto y puedan ser presentadas en Juicio Oral deberán haberse cumplido todas las garantías formales durante el periodo de custodia, intentando evitar cualquier cambio o alteración. La STC 170/2003, indica que la incorporación de los soportes informáticos debe realizarse atendiendo a las *“exigencias necesarias para garantizar una identidad plena e integridad en su contenido con lo intervenido y que posteriormente los resultados de las*

⁹⁴ Art 588 ter j) “*Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.*”

⁹⁵ Art. 588 bis a) y ss.

⁹⁶ Art. 588 bis c)

⁹⁷ TEJADA DE LA FUENTE, E. *La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal: requisitos y condiciones para su incorporación al proceso penal.* En: ZARAGOZA TEJADA, J.I *Investigación tecnológica y derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones por la Ley 13/2015*, Ed. Thomson Reuters, 2017.Pág 116.

*pruebas periciales se lleven a cabo sobre aquellos soportes intervenidos y que los mismos no hayan sido manipulados en contenido”.*⁹⁸

Para proceder al análisis de la correcta conservación de la cadena de custodia en evidencias informáticas, podemos hacer un doble análisis, por un la evidencias no volátiles, es decir, las que prevalecen en el tiempo y por otro lado las que no.⁹⁹

- En el caso de las evidencias no volátiles (USB, móviles, ordenadores, portátiles...) los Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado deberán prestar especial atención en no manipular las evidencias, no pudiendo encenderlas, o conectarlas a otro dispositivo, sin la previa autorización judicial y bajo la tutela del Letrado de la Administración de Justicia. En caso de no respetarse esto o la posible existencia de otra interacción desde la incautación hasta su volcado, provocara la contaminación de la cadena de custodia y su inutilidad como prueba en el juicio.
- Por el contrario las evidencias volátiles (páginas web, audios, videos, fotografías...), es decir se trata de contenido que puede ser modificado y es por este motivo que se debe tomar especial precaución a la hora de recoger y preservar estas evidencias, las cuales pueden ser capturadas y preservadas por: “terceros de confianza” quienes certificarán el contenido de una página web debiendo generar un documento que especifique el contenido de dicha página web, así como la fecha y hora de certificación y firma electrónica, en el caso de evidencias fotográficas o de videos siempre se deberá apuntar su código *hash*¹⁰⁰ el cual deberá ser anotado en el acta de captura de las evidencias y deberá ser firmado por el Letrado de la Administración de Justicia o funcionario policial, también será necesario indicar todos los ficheros aportados o los enlaces a los mismos.

Respecto al modo de obtener estas pruebas, no existe una previsión legal concreta. Esto puede ocasionar una vulneración de los derechos fundamentales, concretamente los

⁹⁸ STC 170/2003, de 29 de septiembre de 2003, F.J 1, Párrafo II

⁹⁹ RUBIO ALAMILLO, J. “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”. En *Diario LA LEY*, nº8859, noviembre de 2016, págs. 1-13.

¹⁰⁰ Significado de Código *Hash*: algoritmo matemático que transforma cualquier bloque arbitrario de datos en una nueva serie de caracteres con una longitud fija.

recogidos en el artículo 18 de la CE¹⁰¹, en el cual se protege el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a secreto de comunicaciones y el derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Llegados a este punto, debemos hacer una mención especial a las SSTC 89/2006 y 173/2011 en las cuales, el Tribunal enumeró los motivos concretos en los que se considera válidamente constitucional la injerencia en el derecho a la intimidad, estos motivos son: *“la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (...) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”*¹⁰²

Una vez que hemos analizado las garantías que deben llevarse a cabo para obtención de los datos transmitidos a través de medios informáticos, nos toca analizar que ocurre en caso de que se produzca la ruptura de la cadena de custodia y de esta manera poder proceder a conseguir la inutilidad de las pruebas obtenidas. De este modo, podemos abordar este tema desde una doble posición: por un lado, se suele solicitar la nulidad de la prueba cuando, para su obtención de haya vulnerado un derecho fundamental o bien se solicita su ineficacia de cargo para enervar la presunción de inocencia. (Tal y como ocurre en la SAP de Pontevedra (38/2009).

Un caso reciente de invalidez de la prueba informática es que tuvo lugar en la Sentencia dictada en por el Juzgado de lo Penal nº de 3 de Gijón el 6 de julio de 2016 pues: *“El volcado de la información de los objetos incautados no fue realizado de manera*

¹⁰¹ Art 18 de la CE: (1) Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (2) El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito (3) se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.(4) La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

¹⁰² SSTC núm. 173/2011, de 7 de noviembre, FJ2. Párrafo IV y, núm. 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3. Párrafo I, II Y II

adecuada dado que no coinciden los resúmenes del secretario judicial que dan garantía de que la información contenida en el dispositivo original y volcada en un dispositivo secundario coinciden y no han sido modificadas y si se trataba de dar fiabilidad a la prueba informática, en todos los dispositivos en que no coinciden los resúmenes indicados por el Secretario y la BIT se habría perdido fiabilidad”¹⁰³. En este caso se habría perdido el concepto de mismidad de la prueba.

4. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL ÁMBITO DE LA CADENA DE CUSTODIA.

Tal y como vimos anteriormente, la literalidad del artículo 11.1 de la LOPJ nos lleva a pensar que no existe ninguna distinción entre la prueba directa y la indirecta y que por tanto, ambas tienen la misma protección garantista. Si bien es cierto, nuestro Tribunal Constitucional ha ido modificando y perfeccionando su doctrina sobre la aplicación de la prueba prohibida obtenida tras la violación de derechos fundamentales. Del estudio que a continuación voy a realizar queda claro que las consecuencias no pueden ser la nulidad del proceso.

En los últimos años, en España ha existido una clara tendencia reduccionista en materia de prueba prohibida, esta inclinación ha sido provocada por la influencia de la jurisdicción norteamericana¹⁰⁴ quienes han evolucionado hacia una tendencia progresista en lo relativo a la exclusión probatoria.

En lo relativo a la exclusión de pruebas directas, desde hace ya algún tiempo se ha empezado a introducir la idea de aceptar aquellas pruebas obtenidas ilícitamente pero con buena fe de los agentes policiales, quienes creen actuar bajo autorización judicial o cuando exista confesión voluntaria sin asistencia letrada siempre que no exista presión policial.¹⁰⁵

Por otro lado en lo que se refiere a la aplicación de excepciones sobre el efecto reflejo de la regla de exclusión, actualmente es posible que la prohibición de valorar aquellas

¹⁰³ Juzgado de lo Penal nº3 de Gijón, sentencia nº224/2016, de 6 de julio, FJ5º

¹⁰⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. En *Revista Jueces para la Democracia*, nº 47, julio 2003. pág. 54

¹⁰⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba el derecho al proceso y sus garantías como límite a la investigación del delito*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010. Pág. 67-69

pruebas originarias prohibidas no tenga efecto en las derivadas si no existe entre ambas algún tipo de relación o conexión de antijuridicidad¹⁰⁶.

Entre las excepciones a la regla de exclusión probatoria encontramos las siguientes:

- **Prueba jurídicamente independiente.**

En primer lugar, vamos a hacer alusión a la regla de exclusión que la encontramos en la teoría de la prueba independiente, esta excepción fue elaborada por primera vez por la jurisprudencia Norteamérica.

En realidad, no podemos considerar esta teoría como una excepción en sí, sino que su reconocimiento se debe a consecuencia de los límites existentes de la teoría de la regla de exclusión. Para que podamos hablar de prueba refleja contaminada debe existir, como bien sabemos, una conexión de causa entre la prueba ilícitamente obtenida y las demás que se hayan recabado, de no existir tal nexo, estas últimas podrán ser valoradas con independencia de que las primeras se hayan obtenido vulnerando los derechos fundamentales.¹⁰⁷

Ante esto el TC, en su sentencia 86/1995, de 6 de junio, trata por primera vez la teoría de la prueba jurídicamente independiente, esta se pronuncia respecto de una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones tras una intervención telefónica ilegal, gracias a la cual se pudo detener al investigado e incautar la droga. Tras la detención, el investigado se declaró culpable del delito, sin la presencia de un abogado. Ante esto el Tribunal resuelve diciendo que: *“Tales declaraciones, efectuadas en un sentido claramente inculpativo, constituyen un medio racional y legítimo de prueba, cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.”*¹⁰⁸

En este caso el Tribunal Constitucional, no está eliminando la eficacia refleja, pero lo que busca es limitarla de manera que si existe una prueba independiente de la ilícitamente obtenida, se podrá tomar en consideración y de esta manera enervar la presunción de inocencia.

¹⁰⁶ GIMENO SENDRA, V. *Derecho...Op.cit.* Pág. 535

¹⁰⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En *Revista Catalana de Seguritat Pública*, mayo de 2010. Pág. 144

¹⁰⁸STC (Sala 1ª) sentencia nº86/1995, de 6 de junio, FJ 4º,(RTC 1995/86),

Si bien es cierto, esta interpretación no puede ser usada de manera generalizada, sino que debe existir un análisis para cada caso concreto, ya que, en ocasiones nos encontraremos con supuestos en los que es más fácil detectar la existencia o no de conexión jurídica entre la prueba ilícita y la derivada, por lo que el establecimiento de una regla general en este sentido sería muy difícil e incluso contraproducente. Por ello, GÁLVEZ MUÑOZ.¹⁰⁹ menciona que *“la prueba ha de ser admitida porque existen elementos para pensar que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental, no ha sido indispensable para obtener la prueba en cuestión, de tal modo que si suprimimos mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiera sido obtenida de la misma manera.”*

Así mismo el TC ha incluido como criterio para calificar a la prueba como jurídicamente dependiente atendiendo a un factor temporal, de este modo el Tribunal acuerda que: *“en concreto, el largo periodo de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio (datos sobre la ubicación del domicilio registrado) distinto de las intervenciones telefónicas nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro.”¹¹⁰*. De esto podemos considerar que la existencia de un largo periodo entre una prueba y otra nos induce a considerarlas jurídicamente independientes.

- Descubrimiento inevitable.

La excepción por descubrimiento inevitable supone la ruptura del nexo causal entre la prueba obtenida ilícitamente tras la vulneración de los derechos fundamentales y la prueba derivada, esta ruptura se debe a la existencia de otras fuentes de prueba las cuales nos hubieran llevado a la obtención de esta segunda.

Por su parte, El Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 1997 (FJ 4º) menciona que *“El caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado*

¹⁰⁹ GÁLVEZ MUÑOZ, L.; *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*. En Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Pamplona, Ed. Aranzadi. 2003. Pág. 186.

¹¹⁰ STC(Sala 2ª) nº66/2009, de 9 de marzo, FJ 5(RTC 2009/66)

conforme a la doctrina del "descubrimiento inevitable." Además, esta sentencia señala que el descubrimiento inevitable debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe¹¹¹ para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a "acelerar" por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías.

Por lo tanto podemos resumir que esta excepción se basa en la existencia de otros cauces en la investigación que inevitablemente nos habrían desembocado en el mismo resultado.

- **Hallazgo casual.**

A pesar de que se podría confundir con el descubrimiento inevitable, no tiene nada que ver, en este caso no concurren las actuaciones policiales metódicas alejadas del azar. Por otro lado, la mayoría de la doctrina denomina esta excepción como hallazgo casual, sin embargo MONTERO AROCA, J.¹¹² la denomina con el nombre de descubrimiento casual.

Esta excepción permite que se considere válida la prueba obtenida de manera fortuita a través de la práctica de una diligencia la cual se realiza en otra investigación criminal.

La STS 1313/2000 acuerda que "*el derecho procesal penal europeo establece que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho*".¹¹³ La Ordenanza procesal penal alemana prevé una autorización expresa y el Código de procedimientos penales italiano hace una excepción en los casos de cierta gravedad.

Apoyándose en la mencionada resolución del TS, STS 811/2012 resuelve mencionando "*que el hallazgo casual de buena fe de indicios de un delito distinto en un registro*

¹¹¹ MIRANDA ESTRAMPES, M. "La prueba... Op.Cit". En *Revista Catalana de Seguritat Pública*, mayo de 2010. Pág. 145

¹¹² MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004. Pág.389

¹¹³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1313/2000, de 21 de julio, FJ 1º, (Roj: STS 6176/2000)

intrínsecamente constitucional, constituye un supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad.”¹¹⁴

Por lo tanto, podemos resumir, que esta excepción supone romper el nexo causal entre la prueba vulneradora de derechos fundamentales y la deriva de ella por apreciarse que por otros medios y vías legales, completamente casuales, se habría llegado a igual conclusión y se habría descubierto lo mismo.¹¹⁵

- **Nexo causal atenuado.**

Esta excepción no rechaza la existencia de un nexo causal entre la obtención de la prueba ilícita y la prueba refleja, pero dado el carácter tan débil del nexo, esta prueba derivada se utiliza en el proceso.

Para la determinación de esta excepción podemos apoyarnos en la STC 86/1995, a la que ya hemos nombrado para la excepción de la prueba jurídicamente dependiente, en la que se afirma que la declaración voluntaria confesa del acusado constituye un medio de prueba y su apreciación no supone la vulneración a la presunción de inocencia. En esta sentencia el Tribunal reconoce la existencia de nexo causal entre la intervención telefónica (ilícita) y la confesión ante el hallazgo de pruebas incriminatorias, pero considera que *“la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención.”*¹¹⁶

También podríamos hacer referencia en este sentido a la STS 811/2012, se pronuncia al respecto de las pruebas utilizadas para enjuiciar el delito de blanqueo de capitales, las cuales proceden de una investigación económico-patrimonial de los imputados. Tras la entrada en un domicilio para un registro por estupefacientes, se obtuvo casualmente y de buena fe indicios de que el investigado poseía propiedades muy superiores a lo que racionalmente se podría pensar atendiendo a sus ingresos. La Sala resuelve diciendo que

¹¹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 811/2012, de 30 de octubre, FJ 12º, (Roj: STS 7642/2012.)

¹¹⁵ MUÑOZ CARRASCO, P. “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1/2019, 20 de diciembre de 2019. Pág. 5

¹¹⁶ STC (Sala 1ª) sentencia nº86/1995, de 6 de junio, FJ 4º, (RTC 1995/86)

“el vínculo de las pruebas halladas en la nueva investigación sobre blanqueo de capitales con la infracción inicial es muy remoto.”¹¹⁷

- **Confesión voluntaria por parte del investigado.**

La siguiente excepción consiste en la confesión del investigado como consecuencia de la realización de una diligencia de investigación restrictiva de los derechos fundamentales.

De este modo, la STC 161/1999 otorga validez a la confesión voluntaria que realizó el investigado auto inculpándose tras la realización de un registro en su domicilio, cuya autorización judicial no fue debidamente expedida, en dicho registro se encontraron los efectos del delito que se le imputa. En este caso el recurrente entiende le ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, ya que la única prueba que se ha utilizado para inculparle (su declaración) no es una prueba válida ya que ocurrió durante el registro en su vivienda y eso ha sido declarado lesivo por el TS. El TC argumenta que *“La declaración de quien inicialmente era sospechoso y luego fue acusado de traficar con drogas no es el resultado de la entrada y registro, pues éste lo constituye el hallazgo de la droga y demás efectos, y a tal resultado ya ha sido extendido por el Tribunal Supremo el efecto invalidante a efectos probatorios que genera la previa lesión de la inviolabilidad domiciliaria.”¹¹⁸*

Actualmente esta doctrina, se ha visto más matizada por innumerables sentencias¹¹⁹, en las que se exige la concurrencia de los siguientes requisitos, los cuales deben ser expresamente controlados por el Tribunal, para que la declaración de los imputados sea considerada como prueba válida, tras ser obtenida con vulneración de un derecho fundamental:

- Esta confesión voluntaria deberá darse con todas las garantías constitucionales exigidas, es decir, el declarante deberá estar debidamente asistido de Letrado, ante la autoridad judicial y debe ser informado de los derechos que le asisten.

¹¹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 811/2012, de 30 de octubre, FJ 13º (Roj: STS 7642/2012.)

¹¹⁸ STC (Sala 1ª) sentencia nº161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4º (RTC 1999/161)

¹¹⁹ SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 499/2014, de 17 de junio, (Roj: STS 2816/2014.); sentencia nº 912/2013 de 4 de diciembre, (Roj: STS 5853/2013); sentencia nº 91/2011 de 18 de febrero (Roj: STS 681/2011.), ó STC (Sala 1ª) sentencia nº86/1995, de 6 de junio, (RTC 1995/86)

- Ha de tratarse de una confesión informada, es decir, que el investigado sea conocedor de que la prueba obtenida puede ser declarada ilícita y de esta manera se considerará nula o incluso si ya ha sido declarada como nula, y aun así decida confesar los hechos.
- La confesión que puede quebrar el nexo causal deberá ser prestada en el juicio oral, aunque cabe también la confesión prestada en fase sumarial, para que sea válida esta última confesión será necesario que dicha declaración deberá ser prestada o ratificada en fase juicio oral, que no se produzca retractación en juicio y que se trate de una confesión libre, voluntaria y completa.

- **La Buena fe policial.**

Esta excepción a la ilicitud se da en la actuación policial existe por parte de los agentes una convicción de que de sus acciones no se derivan una vulneración de los derechos fundamentales.

De esta manera, la STC 22/2003 determina que a pesar de haberse reconocido que para la obtención de la prueba se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, el Tribunal no excluye dicha prueba ya que indica que la policía no actuó con dolo o culpa dado el desconocimiento por parte de los agentes de cuál era el proceso para el registro en domicilio. Así, el tribunal argumenta jurídicamente que: *“En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.”*¹²⁰

- **Obtención por particulares.**

Por último, vamos a tratar la excepción de la prueba obtenida por particulares con vulneración de derechos fundamentales.

¹²⁰ STC (Sala 1ª) sentencia nº161/1999, de 27 de septiembre, FJ 10 (RTC 1999/161)

Se trata de la excepción más novedosa incluida en nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir del conocido Caso Falciani. El supuesto de hecho del que partimos en este caso concreto, versa sobre la apropiación por parte de Herve Falciani, ex empleado del HSBC, de ficheros y datos de empresa en los que constaba la identidad de más de 130.000 evasores fiscales en los Estados Europeos. Esta apropiación constituía en Suiza un delito contra el secreto bancario, por lo que dicho país solicitó cooperación para detener al autor de este delito, por este motivo al llegar a España es detenido por las autoridades españolas pero, la Audiencia Nacional se pronuncia en el auto de 8 de mayo de 2013¹²¹, rechazando la extradición a Suiza.

El problema que este caso plantea es la validez de la prueba esencial por infracción de derechos fundamentales¹²² (la lista de defraudadores) ya que la misma, fue obtenida por un particular a través de la comisión de un posible delito. Llegados a este punto, tanto la Audiencia Provincial de Madrid¹²³, como el Tribunal Supremo llegan a la misma conclusión en sus respectivas sentencias, acordando en ambos casos que en este caso concreto no se aplica la exclusión probatoria del artículo 11 de la LOPJ. Concretamente la STS 116/2017, de 23 de febrero, admite como medio de prueba la controvertida Lista Falciani, en su resolución La Sala ha argumentado lo siguiente *“la Sala entiende que la posibilidad de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame.”*¹²⁴ Además explica que esta exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito.

En definitiva, la STS 116/2017, Sala Segunda, de 23 de febrero supone el culmen de un largo proceso de evolución jurisprudencial y doctrinal, que, finalmente, ha logrado desligar la exclusión probatoria de la ilícitamente obtenida del respeto a los derechos fundamentales como tal, y lo ha restringido a la lucha contra el abuso policial.¹²⁵

¹²¹ AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) auto nº 19/2013 de 8 de mayo, Rollo de Sala 72/2012

¹²² BLANCO CORDERO, I. “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de los delitos fiscales”. En *Revista InDret*, nº3, de julio de 2015. Págs. 4 y 5.

¹²³ SAP de Madrid (Sección 23ª) sentencia nº280/2016 de 29 de abril, (Roj: SAP M 3742/2016.)

¹²⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 116/2017, de 23 de febrero, FJ 6º, (Roj: STS 471/2017.)

¹²⁵ MOSQUERA BLANCO, A.J. “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero”. En *Revista InDret*, nº3, 2018. Pág. 19

Corresponderá al propio Tribunal Supremo, en lo sucesivo, confirmar o corregir esta nueva interpretación del artículo 11 LOPJ, sin perjuicio de lo que el Tribunal Constitucional pueda resolver en un hipotético recurso de amparo.

En este sentido, la propia resolución reconoce ser innovadora, citando numerosos ejemplos anteriores en los que la jurisprudencia de la Sala acordó la exclusión de los medios de prueba ilícitos, cuando la ilicitud había sido cometida por un particular: “*La jurisprudencia de esta Sala ofrece precedentes que no siempre actúan en la misma dirección. Son abrumadoramente mayoritarias, desde luego, las decisiones que optan por la exclusión de la prueba obtenida por un particular con vulneración de derechos fundamentales (cfr. por todas, SSTs 239/2014, 1 de abril; 569/2013, 26 de junio; 1066/2009, 4 de noviembre, entre las más recientes)*”.

En fecha de 16 de julio de 2019, el Tribunal Constitucional dictó sentencia¹²⁶ procediendo a la confirmación de la resolución ya fijada por la STS 116/2017 desestimando la demanda de amparo que el recurrente formuló por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE.

Por tanto, esta sentencia supone el fin a una época de respeto a los derechos fundamentales cuando los mismos son vulnerados con el objetivo de obtener una prueba. El TC ha puesto fin a la prueba ilícita y la ha reconocido como una simple vulneración infraconstitucional supeditada a objetivos de justicia, lo cuales se encuentran a un nivel superior que los derechos fundamentales.¹²⁷

En lo relativo a la cadena de custodia, es la jurisprudencia la que ha ido, de manera casuística, resolviendo y fijando cuales han de ser los requisitos necesarios que nos permitan afirmar o no la corrección de la cadena de custodia y sus consecuencias en el proceso penal, con el fin de determinar la validez o invalidez de la prueba. La doctrina considera que esta situación propicia una situación de inseguridad jurídica, pues existen notables diferencias en cuanto al criterio resolutivo de impugnaciones en esta materia, siendo diferentes según el delito cometido¹²⁸.

¹²⁶ STC (Sala Pleno) n° 97/2019, de 16 de julio (RTC 2019/97)

¹²⁷ ASENCIO MELLADO, J.M. “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita.”. En *Diario LA LEY*, n° 9499, de 16 de octubre de 2019. Págs., 7-10

¹²⁸ EIRANOVA ENCINAS, E. “Cadena de...Op.Cit”. En *Diario LA LEY*, n° 6863, de 17 de enero de 2008. Pág. 2

Partiendo de esta premisa, vamos a analizar tres supuestos distintos para comprobar la resolución judicial que se da en cada caso.

4.1 La cadena de custodia en relación con la prueba pericial. Especial mención al caso Bretón.

Un claro ejemplo de excepción a la regla de exclusión probatoria viene dado de la mano de un caso mediático, conocido por el nombre de “Caso Bretón”, a través de esta sentencia podemos observar como el Tribunal ha aplicado indirectamente la Teoría de la ponderación de intereses,¹²⁹ pues por su parte niega la anulación de ciertos elementos probatorios cuyo peso es vital para la resolución del caso.

Hechos probados

En el mes de Septiembre de 2011, Doña F. comunica al acusado Don T. la intención de cesar su matrimonio e irse a vivir a Huelva con los hijos de ambos, R. de 6 años de edad y D. de 2 años de edad. Tras conocer esta noticia el acusado concibió la idea de dar muerte a los niños, como venganza contra su esposa dada su negativa a divorciarse pacíficamente.

Para la ejecución de dicho plan, el acusado decidió que el lugar más adecuado era la finca de sus padres situada en Córdoba, así como que la fecha idónea sería el día 8 de octubre, aprovechando que ese fin de semana se quedaría con los niños según lo estipulado en un acuerdo con su esposa.

De esta manera empieza una serie de preparativos, como la obtención de unos medicamentos tranquilizantes, los cuales fueron obtenidos a través de una receta realizada por un psiquiatra que le había atendido anteriormente, de esta manera podría adormecer y matar a sus hijos con toda la facilidad. Así mismo se hizo acopio de leña y combustible con la intención de hacer desaparecer los cuerpos de sus hijos.

Al mismo tiempo que fue ideando una coartada para explicar la desaparición física de los niños fingiendo que se habían perdido en un parque.

El 8 de Octubre el acusado, tras salir de la casa de sus padres, se dirige con sus hijos hacia la finca, es durante este recorrido cuando les suministra un número indeterminado

¹²⁹ ROXIN, C define esta Teoría de origen alemán como aquella utilizada para declarar si una prueba es o no prohibida. ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Editores del Puerto. 2000, págs.192 y ss.

de pastillas tranquilizantes para facilitar el adormecimiento o incluso la muerte. Una vez que llegaron a la finca el acusado preparó una pira funeraria en la cual colocó los cuerpos de sus hijos y prendió una hoguera llegando a alcanzar los 1200 grados (temperatura similar a un horno crematorio) quedando únicamente unos restos óseos de los menores.

Problemas que se plantean en este caso en relación con la cadena de custodia

El presente caso, se encuentra plagado de innumerables errores, sospechas, irregularidades y torpezas. Frente a la sentencia condenatoria, el abogado de Bretón recurre haciendo uso en su línea argumental de estos posibles defectos cometidos durante el proceso de Instrucción. Los pilares del argumento de la defensa de Bretón se apoya en la "*violación de derechos fundamentales, la ruptura de la cadena de custodia y la violación del derecho de su defensa*".

La parte recurrente alega que los restos óseos analizados no establecen prueba constitucionalmente válida, pues su hallazgo y obtención no se llevó a cabo con la regularidad procesal necesaria, ni tampoco se accedió lícitamente a juicio, por tanto tampoco lo eran las pruebas derivadas de ella (informes periciales).

Por un lado, fundamenta irregularidades en la cadena de custodia de las pruebas de los restos óseos, esto es debido a la ausencia de vigilancia de la hoguera donde se encontraron los restos durante las primeras 24 horas de investigación, lo que supone una ruptura objetiva de la cadena de custodia desde el primer momento de la investigación, provocando una duda razonable sobre la identidad de los restos óseos hallados en la hoguera¹³⁰. Así mismo, el análisis de estos restos, también está marcado por varias irregularidades, pues la técnico del Cuerpo Nacional de Policía que en un primero momento recogió y examinó los restos óseos de la hoguera elaboró un informe, afirmando en un primer momento que dichos restos no eran de origen humano, sino de animales¹³¹. Tras este previo informe donde se descarta que los huesos fueran de los hijos del acusado, se realizan dos nuevos informes periciales, el primero de ellos, fue solicitado por la madre de dicho examen se certifica que los huesos y dientes

¹³⁰ MANUEL J. Albert. El juez manda investigar la custodia de los restos de la finca de Bretón, en el Diario El País. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2020 https://elpais.com/ccaa/2013/07/03/andalucia/1372843865_818878.html

¹³¹ Es la Ley. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2020, <https://citv.es/microsites/es-la-ley/los-casos/caso2-breton/>

correspondían a unos niños de la edad de R Y J la parte recurrente señaló que el Antropólogo que contrato la parte acusadora había procedido a su análisis sin autorización judicial y señala que por todo ello era ilícita y nula de pleno derecho.

Posteriormente, los superiores de la primera antropóloga que analizó los restos se dieron cuenta del fatídico error y de las consecuencias procesales que acarrearían, por eso ordenaron que redactara un informe donde se retractara de su resultado y expondría el protocolo seguido para llevar a cabo la identificación. En este informe explica que su análisis no fue del todo exhaustivo pues cotejó los restos con unas fotografías obtenidas de Google y el análisis solo duro horas. También declara que los medios empleados para el análisis no fueron los adecuados.

Resolución judicial

A pesar de los intentos realizados por la defensa de poner en cuestión la validez de alguna de las pruebas de cargo que recaían sobre el imputado y que provocaron su condena. El Tribunal responde que estas argumentaciones dadas por la defensa no son más que una expresión de deseo de “silenciar la verdad”, de “tergiversar la denuncia” o de evitar “reconocer la verdad de lo sucedido”.

En lo relativo a las dudas que pretende proyectar sobre el correcto desarrollo de la cadena de custodia y que, suponen la ilicitud de la prueba, el Tribunal descarta la posibilidad de que la falta de un control administrativo o jurisdiccional conlleve a un equívoco acerca de lo realmente analizado

Resulta obligado insistir en que la nulidad probatoria que se reivindica no puede hacerse depender del cumplimiento de una orden ministerial (Orden del Ministerio de Justicia 1291/2010, de 13 de mayo) cuya importancia resulta decisiva para la ordenación de la tarea de recogida y traslado de muestras que van a ser objeto de análisis científico, pero que en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales de prueba. *“Una vez más, nos vemos obligados a recordar que la prueba de recorrido de esas piezas de convicción y de su mismidad es una prueba fáctica , que no queda subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria , por su propia naturaleza, no puede mediatizar la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad de*

*esa custodia. Por lo tanto la inexistencia de este formulario que sirve de precaución a la cadena de custodia, no podrá suponer la nulidad del informe pericial final.”*¹³²

Todas aquellas irregularidades que se puedan observar durante el proceso de manipulación deberá ser declaradas en el juicio oral pudiendo este testimonio, llegar a conseguir que los jueces valoren la fiabilidad de las pruebas y sus concordancias¹³³. El TS mantiene que la falta de firmas no puede negar el valor probatorio de los dictámenes periciales sobre los restos óseos y esto no arroja ninguna duda de que los restos óseos analizados por los dos últimos forenses correspondían con los restos obtenidos en la finca.

Este caso, nos plantea un claro ejemplo de los problemas que puede traer el uso de la prueba científica en los tribunales. En este caso concreto existe una discusión acerca del valor probatorio que tenía el informe pericial pues los restos que se encontraron en la hoguera de la finca fueron descartados al inicio de la investigación al considerar en un primer informe pericial que se trataban de restos de animal, siendo desechados por la policía como vestigios al considerarlos irrelevantes en la investigación.

En lo relativo a al valor probatorio de las pruebas, el TS concluyó lo siguiente: *“No ha existido, desde luego, ninguna ilicitud probatoria que obligara a excluir las pruebas construidas a partir de los restos hallados en la finca. Tampoco constatamos una valoración irracional o extravagante de la fiabilidad de unas pruebas que, a juicio de la defensa, nunca debieron haberse integrado en el caudal probatorio.”*(F.J 1) Del mismo modo señala que la *“Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad”*. *Habrà que valorar si esa irregularidad es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad, sino de fiabilidad.* (F.J 1)

Para DOLZ GAGO¹³⁴ menciona respecto de esta sentencia comentada que ante la ausencia de una normativa legal concreta sobre la cadena de custodia en nuestro país, abunda desde una construcción jurisprudencial del tratamiento de la misma, en la idea

¹³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº587/2014, de 18 de julio, FJ 3 (Roj: STS 3086/2014.)

¹³³ FIGUEROA NAVARRO, C. *La regulación de la cadena de custodia en España: previsiones legales y desarrollos jurisprudenciales sobre la cadena de custodia de la fuente de prueba*. En: FIGUEROA NAVARRO, C (Coord.): *la cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015. pág. 49

¹³⁴ DOLZ GAGO, M. J. “Caso Bretón: asesinato de sus hijos en Córdoba y simulación de delito”. En *Diario LA LEY*, Nº 8389, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1 de Octubre de 2014.

de residenciar las nulidades probatorias en el examen de cada caso, haciendo uso de amplio abanico probatorio que permiten las demás pruebas, más que de un mero incumplimiento formal de los protocolos administrativos.

4.2 La cadena de custodia en lo relativo con la incautación de drogas.

En lo relativo a los delitos contra la salud pública, los jueces y tribunales están siendo cada vez más reacios, tratando de evitar las consecuencias procesales derivadas de la rotura de la cadena de custodia.

Debemos recordar la inexistencia de una normativa específica reguladora de unas exigencias mínimas que garanticen la indemnidad de la cadena de custodia, si bien es cierto, las nuevas reformas legales, así como la doctrina y la jurisprudencia han creado un cuerpo jurídico de esta materia, el cual coexiste con la Recomendación del Consejo de Europa de 30 de marzo de 2004 sobre las directivas para la toma de muestras de drogas incautadas¹³⁵, donde se recomiendan unas pautas para proceder a su recogida y preservar al mismo tiempo la cadena de custodia¹³⁶: a) un informe detallado (descripción, numeración, ponderación, embalaje, origen, características externas, apariencia, fotos, etc. de las muestras) de la incautación por parte de las fuerzas del orden, destinado a la policía científica y a los tribunales, b) técnica de muestreo conforme a criterios predeterminados; y c) adoptar las medidas oportunas para garantizar la cadena de custodia en la transmisión de la sustancia o muestras.

Se suele tratar como simple irregularidad aquellos errores referentes al número de bultos que han sido incautados en un alijo de droga, esto es frecuente que ocurra en aquellos casos en los que la droga iba agrupada en paquetes o fardos y como consecuencia del traslado alguno se acaba separando. Esta irregularidad, según el tribunal podrá ser subsanada en Juicio oral a través del testimonio de los Agentes de autoridad. Así mismo, en ocasiones se puede apreciar discrepancias respecto al peso inicial obtenido por la policía y el realizado por el laboratorio, estas diferencias en numerosas ocasiones se deben a la diferente precisión de los empleados en un supuesto y en otro.

¹³⁵ RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena... Op.Cit ”. En *Diario La LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013 Pág. 6

¹³⁶ *Vid.* Recomendación del Consejo de 30 de marzo, sobre directrices para la toma de muestras de drogas incautadas (2004/C 86/04), Recomendación N° 2 y 5.

Por otro lado , la inexistencia absoluta de la falta de constancia documental del lugar donde ha sido incautada la droga así como la custodia de las mismas y la existencia de diferencias relevantes tanto de peso como de número de paquetes incautados conlleva en la mayoría de los casos que los tribunales determinen la invalidez de la prueba.

El Tribunal Supremo¹³⁷, reconoce que ha falta de un marco legal, nos hace hablar de dos tipos de infracciones en la cadena de custodia: por un lado, la infracción menor, que constituye una irregularidad que no supone la exclusión de la prueba en el proceso y que debe ser valorada como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, sin perjuicio de que el defecto pueda afectar o no a la fiabilidad. Mientras que por otro lado una infracción mayor puede suponer la invalidez de la prueba, en la medida que afectaría a un proceso con todas las garantías.¹³⁸

En primer lugar, vamos a proceder al análisis de algunas sentencias en las que la prueba ha sido invalidada, de esta forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 430/2013, se puede observar la existencia de una gran cantidad de errores que se produjeron desde el proceso de incautación de la droga, lo que conllevó a la invalidez de la prueba.

En este caso, la defensa plantea la nulidad tras una supuesta vulneración del derecho a la defensa basándose en una quiebra de la cadena de custodia.

La declaración de los agentes en calidad de testigos es inconcluyente, pues de ella se entiende que los dos fardos de droga que constan en el atestado solo fueron vistos por el agente de la Guardia Civil que llevo a cabo su hallazgo, se afirma que dichos fardos fueron trasladados a dependencias de la Guardia Civil inmediatamente pero no son capaces de recordar cómo ni por quien, pues no existe en autos documentación alguna que indique tales extremos, el guardia civil afirma haber fotografiado los fardos de droga con su móvil pero dichas fotografías no son aportadas al atestado. Así el periodo de tiempo desde que la sustancia intervenida es entregada en la Unidad de Sanidad de Cádiz pasan más de 14 días y no existe documentación alguna de donde ha estado intervenida y por último la existencia de total de 18 kilos de diferencia entre el peso

¹³⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 491/2016, de 8 de junio, FJ 10º, (Roj: STS 2623/2016.)

¹³⁸ RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena... Op.Cit ”. En *Diario La LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013 Pág. 6.

obtenido inicialmente (70 kilos) y la que se desprende en el certificado por la administración Sanitaria (88.890 kilos).

Dadas todas estas irregularidades en la cadena de custodia el Tribunal concluye lo siguiente: “(...) lo que concluimos es que la omisión del protocolo establecido para asegurar la cadena de custodia de dicha sustancia impide llegar a la convicción de que la analizada es precisamente la que fue incautada, cuestión sobre la que se cierne una sospecha que sólo puede ser tratada acudiendo a la interpretación más favorable para el reo. En consecuencia, no quedando probada la incautación de sustancia estupefaciente que no causa grave daño a la salud no puede reconocerse la conducta típica que se imputa a los acusados, que por este motivo han de ser absueltos de toda responsabilidad criminal en los hechos que los son imputados.”¹³⁹

Así mismo, la SAP de Murcia 402/2016 de 21 de julio resuelve que el desconocimiento, a falta de una documentación expresa, de donde se concrete la persona encargada de enviarla al departamento de Sanidad de la Delegación de Gobierno, así como de quien la recepciona allí y que sucede con la misma tras entrar en laboratorio (pues se desconoce la identidad del responsable pues no aparece firmada ni la recepción ni el recibo de la sustancia).¹⁴⁰ Estos extremos no pueden solventarse con algún documento creado en el momento de interceptación de la sustancia ya que no sabemos ni el peso ni las características de la materia interceptada, por lo que en este caso también se invalida la prueba.

Como último ejemplo de invalidez de la prueba, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria 52/2009, en esta sentencia el juez considera que se ha roto la cadena de custodia de la droga, y que no es posible tener por probado que la droga analizada sea la misma que fue aprehendida en el presente procedimiento¹⁴¹. Por tanto, no se puede atribuir a los inculcados la tenencia de la sustancia estupefaciente aprehendida en el curso de su detención, ya que no existe un análisis de pesaje, composición y pureza válido, y por tanto, una prueba válida formalmente y materialmente verosímil como prueba de cargo, por lo que procede dictar sentencia absolutoria.

¹³⁹ SAP de Cádiz (Sección 3ª) sentencia nº 430/2013, de 27 de diciembre, FJ 1º (Roj: SAP CA 1809/2013)

¹⁴⁰ SAP de Murcia (Sección 2ª) sentencia nº 402/2016, de 21 de julio, FJ 4º (Roj: SAP MU 1756/2016)

¹⁴¹ SAP de las Palmas de Gran Canaria (Sección 126ª) sentencia nº 52/2009, de 29 de julio, FJ 2º (Roj: SAP GC 3527/2009)

En otras ocasiones, ante la intención del recurrente de hablar de una ruptura en la cadena de custodia el tribunal considera que se trata de irregularidades que pueden ser subsanadas, de este modo:

El Auto del Tribunal Supremo número 1286/2017 de 14 de Septiembre¹⁴². En esta sentencia la parte recurrente alega la falta de acreditación de la cadena de custodia de la sustancia intervenida ya que no existe documento alguno que justifique donde estuvo la droga desde el día que la aprehendieron hasta el día que fue depositada en las dependencias de la Guardia Civil, así como, tampoco el día que fue entregada al Área de Sanidad, por ello sostiene la defensa que es difícil saber que droga fue incautada, donde estuvo y bajo que custodia y si es la misma que se presentó para el análisis. Pero el tribunal en este caso considera que las actuaciones están debidamente constatadas y justificadas por las declaraciones realizadas de agentes y técnicos.

Otra cuestión que la defensa intenta argumentar como ruptura de la cadena custodia, son las divergencias que puedan surgir alrededor del número de bultos, sustancia o peso intervenido. Esto mismo intenta alegar la parte recurrente en la STS 515/2006, de 4 de abril, en ellas se alega irregularidades en la cadena de custodia derivadas de las diferencias de peso existentes entre los tres análisis periciales practicados, por lo que solicitaba la tacha insubsanable de nulidad de la pieza de convicción a efectos de prueba. Dicha diferencia de peso es excusada por el Tribunal al atribuir dichas variaciones al empleo de diferentes instrumentos de pesaje, por lo que estiman la falsedad del atestado.

En otras ocasiones, la parte recurrente trata de arrojar dudas acerca de la sustancia intervenida. Esto es lo que ocurre en la STS 208/2014, de 10 de marzo, en este caso la parte que recurre denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a una tutela efectiva y a un proceso con todas las garantías dada la existencia de una serie de problemas relacionados con la cadena de custodia de la sustancia intervenida al acusado, tanto desde el momento de remisión de droga por los centros oficiales, como el modo en el que fueron realizados los análisis sobre el contenido, peso y riqueza de la sustancia, concretamente se resalta, la falta de ratificación de algunos documentos por funcionarios en el Plenario, la no asistencia y ratificación en juicio de dos funcionarios adscritos a las dependencias de sanidad de la Subdelegación del Gobierno en Málaga así

¹⁴² ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) auto nº 1286/2017, de 14 de septiembre, RJ 2º (Roj: ATS 9520/2017)

como la tardanza de 6 días en trasladar la sustancia al instituto de Toxicología. A pesar de los intentos por la defensa de resaltar todos problemas existentes en la cadena de custodia, el Tribunal resuelve apreciando que ninguna de “*las anomalías denunciadas presenta una enjundia o entidad que justifique la anulación de la prueba por vulneración de los derechos fundamentales*”¹⁴³, así como tampoco se aprecia una ruptura en la cadena de custodia que nos haga sospechar que la sustancia intervenida no fuera la misma que la analizada.

4.3 La cadena de custodia en relación con documentos escritos y digitales.

Actualmente, el auge de las tecnologías ha conseguido desbancar el protagonismo del documento físico frente al digital.

Entendemos por documento aquella unidad significativa de información la cual ha sido registrada en un soporte que permite su almacenamiento y posterior recuperación, nos permite incorporar ideas, declaraciones, informes y datos susceptibles de ser reproducidos en su momento.¹⁴⁴

Es cierto que este medio de prueba puede conllevar algunos problemas, pues dadas sus características puede ser fácilmente manipulable¹⁴⁵, por ello se exige la existencia de medios que acrediten la *seguridad y fiabilidad de los mismos*.¹⁴⁶

Tanto la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la LECrim, como la LOPJ¹⁴⁷, corroboran la admisión en el proceso de aquellos documentos de carácter electrónico y los dota de plena eficacia jurídica.

El primer caso que voy a analizar en relación con la incorporación de documentos al caso, se trata del mediático caso conocido como “Ballena Blanca”, consistente en una operación policial contra un delito de blanqueo de capitales, desarrollada en Marbella durante el año 2003, esta operación consigue desarticular un despacho de abogados siendo este el centro neurálgico donde se desarrollaban inversiones millonarias

¹⁴³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 208/2014, de 10 de marzo, FJ 1º (Roj: STS 1001/2014.)

¹⁴⁴ Vid. Art 26 del Código Penal.

¹⁴⁵ CARRASCO MAYANS, S. *La legalidad o limbo legal de la prueba electrónica*. En: OLIVA LEÓN, R y VALERO BARCELÓ, S (Coord.)*La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. Ed. Juristas con Futuro, septiembre de 2016. Pág. 42.

¹⁴⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1066/2009, de 4 de Noviembre. FJ 2º (Roj: STS 7129/2009)

¹⁴⁷ Vid. Art. 230. De la LOPJ.

realizadas a través de la práctica del crimen organizado dedicado al narcotráfico, tráfico de armas, prostitución, secuestros...

En el presente caso, la defensa argumenta que la prueba documental se encuentra contaminada desde el primer momento en que fue ocupada, pues el método empleado para obtener los documentos incautados no garantizó la integridad de los mismos, así como tampoco la correcta cadena de custodia. Esto se debe que los documentos nunca estuvieron en sede judicial, pues no se movieron de la Comisaria de Málaga, lo que conlleva que la defensa no tenga acceso a las mismas. Así mismo también se critica el sistema de conservación de la documentación, pues una parte de la documentación fue guardada en cajas mientras que la otra embridada, este sistema no garantiza la imposibilidad de sustraer los documentos, tampoco las reseñas que la policía realizó en sus informes esclarecían el problema ya que solo nombraban aquello que era relevante desde un punto de vista policial.

Con respecto a los documentos digitales, se plantean numerosas irregularidades en el tratamiento de los archivos. En primer lugar se señala que el volcado de los discos en vez de desarrollarse en lugar de registro, se llevaron las originales hasta la sede judicial donde hicieron una copia que se entregó a los investigadores, sin avisar a las defensas.

Del mismo modo que tampoco fueron impresos los documentos que fueron extraídos de los dispositivos informáticos, ni siquiera aquellos en los que los investigadores basaron sus informes que eran desconocidos para la defensa ni tampoco se identificaron de forma correcta para ser localizados.

Respecto a la consideración de los archivos informáticos el Tribunal entiende, que no fue propiamente el original, sino un clon, pero esto no genera ninguna duda sobre la veracidad de la copia así como también el Ministerio Fiscal reconoce que dicha copia fue realizada por el Letrado de la Administración de Justicia en presencia del Juez, dichas copias después se sellaron, esto hizo pensar que no era necesario la huella digital o hash.¹⁴⁸

Otro ejemplo, sería la SAP de Barcelona nº 316/2015 de 30 de marzo, relativo a un delito Fiscal, en este caso el juez desestima la intención del recurrente de considerar la ruptura de la cadena de custodia que en todo caso lesionaría el derecho a un proceso con todas las garantías.

¹⁴⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1) sentencia nº 974/2012 de 5 de diciembre, FJ 17, (Roj: STS 8701/2012)

Esto se debe a que la documentación aportada por la Agencia Tributaria, de la que se deriva la testifical de la inspectora de Hacienda y la prueba pericial, no goza de confianza para la parte pues no se aportaron las copias originales desprecintadas que fueron tratadas por la unidad de Auditoria.

La defensa, por su parte, afirma que tan solo se seleccionaron el fragmento de algunos documentos que consideraron importantes omitiendo otros relevantes para la defensa. No aparecen los archivos originales ni tampoco las copias iniciales hechas por la inspección con sus huellas digitales, solo aportaron papeles escaneados y un acceso a los datos del programa.

El Tribunal resuelve alegando que esto no se trata de una cuestión de cadena de custodia sino que es el propio actor quien tiene en su poder los archivos originales *“La propia Agencia hace una copia de los archivos ante el recurrente, y los actuarios procedieron a desprecintar los sobres con el material informático que había sido copiado del disco duro, extrayéndose su correspondiente huella digital, siendo devuelto el soporte original al obligado tributario”*¹⁴⁹

No podemos estar hablando de ruptura en la cadena de custodia cuando los documentos informáticos sobre los que trabajó la Agencia Tributaria, eran copia y no se trataba de los documentos originales de los archivos que se obtuvieron tras la diligencia de entrada y registro, o bien en la propia sede de la Agencia Tributaria, en relación a un disco duro que luego fue devuelto.

¹⁴⁹ SAP de Barcelona (Sección 10ª) sentencia nº316/2015, de 30 de marzo, FJ 1º, (Roj: SAP B 3538/2015)

5. CONCLUSIONES FINALES

I. Falta de un marco legal concreto que regule la cadena de custodia.

Podemos considerar la figura de la cadena de custodia como una de las grandes olvidadas por el legislativo español. La LECrim no contiene una regulación legal sistemática y unitaria de esta materia donde se concrete cuáles son los requisitos y garantías de la misma, pues en este cuerpo legislativo (LECrim), tan solo aparecen pequeñas referencias ubicadas de una manera muy dispersa y poco concreta.

Con el Proyecto de ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 el legislador muy acertadamente, proponía una regulación unitaria relativa a dicha materia donde se recogían de manera minuciosa todos aquellos problemas relativos a la recogida y custodia de los vestigios que pueden integrarse como fuentes de prueba. Pero este proyecto de Ley se ve frustrado, no siendo incluida ninguna de las regulaciones propuestas por él en lo relativo a esta materia. En la reforma de 2015 de la LECrim nuevamente, el legislador vuelve a omitir la regulación de esta materia no haciendo ni el más mínimo reconocimiento al respecto.

II. Solución jurisprudencial ante la falta de regulación legal.

Dada esta falta de normativa legislativa, la jurisprudencia ha ido dando forma al concepto de cadena de custodia del mismo modo que atiende a los recursos planteados relativos a la infracción de la misma viéndose obligado a adoptar resoluciones al respecto.

Tras realizar un extenso y exhaustivo examen jurisprudencial, he identificado que la misma trata de dar una definición de cadena de custodia desde dos puntos de vista (material y formal). Desde el punto de vista material existe unanimidad a la hora de definirlo como al conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, traslado y conservación de los indicios y vestigios recogidos en el curso de la investigación criminal, los cuales deben asegurar la autenticidad, inalterabilidad e idoneidad de las fuentes de prueba. Desde la máxima perspectiva procesal he reseñado aquellas características que jurisprudencialmente más se repetían las cuales son: carácter instrumental de la misma, aseguramiento de la autenticidad e indemnidad de la prueba,

exigencias de registros documentados, importancia de la prueba pericial, se trata de un proceso de fiabilidad y su ruptura debe ser probada.

III. Aseguramiento de la prueba.

A pesar de la falta de una normativa legal reguladora, es indiscutible su importancia en el ámbito procesal y en relación con la eficacia probatoria.

Podemos concretar que la acreditación de una correcta cadena de custodia nos permite asegurar que aquello obtenido durante el proceso de investigación, se corresponde realmente con lo llevado a juicio oral donde se le dotará de valor probatorio. En el caso de que alguna de las partes en el proceso arroje dudas acerca de la cadena de custodia se está poniendo en duda el resultado probatorio, por lo que dicho material probatorio no podrá constituirse como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

IV. Estrecha relación entre la cadena de custodia y los derechos fundamentales.

La principal función de la cadena de custodia es la de asegurar las fuentes obtenidas durante el proceso de investigación criminal.

Hemos podido comprobar que durante las fases de obtención y conservación de la prueba pueden darse irregularidades en la cadena de custodia que supongan una vulneración de los derechos fundamentales, concretamente, los reconocidos en el artículo 24 de la CE, siendo estos: el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho utilizar los medios de prueba pertinentes.

Las consecuencias jurídicas que conllevaría la utilización de una prueba en la cual se hayan visto vulnerados algún derecho fundamental durante el proceso de obtención o conservación de la misma, ha supuesto una larga y profunda evolución jurisprudencial a lo largo de los años. La Teoría de la exclusión probatoria tiene como inicio la STC 114/1984, en la cual se rechaza la posibilidad de los tribunales de admitir una prueba en la que se hayan visto vulnerados derechos fundamentales, esta premisa ha ido evolucionando hasta llegar a la época actual, donde la STC 97/2019 pone fin a una época de respeto a los derechos fundamentales cuando los mismos son vulnerados con el objetivo de obtener una prueba

V. Los efectos de la ruptura de la cadena de custodia.

En cuanto a los efectos procesales que se derivan de la ruptura de la cadena de custodia, estos son muy controvertidos, pues la ruptura de la misma no siempre provoca la exclusión probatoria ya que en ocasiones podemos llegar a acreditar que la prueba no fue alterada o modificada.

En lo relativo a los efectos de la ruptura de la cadena de custodia, debemos tener en cuenta que la falta de legislación que ofrezca una resolución común para estos casos, este problema ha conllevado que la jurisprudencia se pronuncie al respecto de manera muy frecuente, dando lugar a una jurisprudencia muy ambigua donde se pueden apreciar diferentes y dispares resoluciones atendiendo a la casuística de cada caso concreto, tal y como he podido analizar en el último apartado de mi trabajo.

VI. Necesidad de una urgente regulación legal.

Queda clara la urgente necesidad en nuestro país de que el legislador proponga la formación de un marco legal donde queden debidamente regulados cuales son los requisitos y garantías y que se proceda a la resolución de los problemas relativos a esta figura procesal. Debiendo dar un apropiado tratamiento procesal a esta materia, donde la doctrina y jurisprudencia actúan de manera desigual.

Bajo mi punto de vista, una propuesta muy ambiciosa fue la regulación planteada en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal de 2011, en la cual se planteaba una regulación pormenorizada de esta figura que supondría el fin de todos estos problemas que observamos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. *La cadena de custodia en materia de tráfico de drogas*. En: FIGUEROA NAVARRO, C (Dir.) *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015.
- ASENCIO MELLADO, J.M. “La STC 97/2019, de 16 de julio. Descanse en paz la prueba ilícita,”. En *Diario LA LEY*, nº 9499, de 16 de octubre de 2019.
- ASENCIO MELLADO, J.M: “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”. En *Diario LA LEY*, nº. 8009, de 25 de enero de 2013.
- BLANCO CORDERO, I. “La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de los delitos fiscales”. En *Revista InDret*, nº3, de julio de 2015.
- CARRASCO MAYANS, S. *La legalidad o limbo legal de la prueba electrónica*. En: OLIVA LEÓN, R y VALERO BARCELÓ, S (Coord.) *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*. Ed. Juristas con Futuro, septiembre de 2016.
- CORREA ROBLES, C. “Relación causal y exclusión de prueba”. En *Polit.Crim*, Vol.14, nº18, diciembre de 2019.
- DEL POZO PÉREZ, M. “La cadena de custodia: Tratamiento jurisprudencial”. En *Revista General de Derecho Procesal*, nº 30, 2013.
- DOLZ GAGO, M. J. “Caso Bretón: asesinato de sus hijos en Córdoba y simulación de delito”. En *Diario LA LEY*, Nº 8389, Sección Comentarios de jurisprudencia, 1 de Octubre de 2014.
- EIRANOVA ENCINAS, E. “Cadena de custodia y Prueba de Cargo”. En *Diario LA LEY*, nº 6863, de 17 de enero de 2008.
- FIGUEROA NAVARRO, C. “El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia”. En *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº84, Julio 2011.
- FIGUEROA NAVARRO, C. *La regulación de la cadena de custodia en España: previsiones legales y desarrollos jurisprudenciales sobre la cadena de custodia de la fuente de prueba*, En: FIGUEROA NAVARRO, C (Coord.): *la cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015.

- GÁLVEZ MUÑOZ, L.; *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*. En Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Pamplona, Ed. Aranzadi. 2003.
- GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, 2ª, Madrid, Ed. COLEX, 1996.
- GONZALEZ GARCÍA, J.M. “El proceso penal español y la prueba ilícita”. En *Revista Valdivia*, vol. XVIII, nº 2, diciembre 2005.
- GUTIERREZ SANZ, M.R. *La cadena de custodia en el proceso penal Español*. Navarra, Ed. Thomson Reuters, 2016.
- LACUEBA BERTOLACCI, R. “La importancia de la cadena de custodia en el proceso penal”. En *Revista jurídica Española La Ley*, vol. 2, nº249-505, 2013.
- LADRÓN TABUENCA, P. *La cadena de custodia en el proceso penal español*. En: FIGUEROA NAVARRO. C. (Dir.). *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015.
- LEAL MEDINA, J. “Ruptura de la cadena de custodia y desconexión con las fuentes de prueba. Supuestos concretos. Reflexiones que plantea”. En *Diario LA LEY*, nº8846, de 19 de Octubre de 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba el derecho al proceso y sus garantías como límite a la investigación del delito*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- MESRTRE DELGADO, E. “Un Derecho Penal más tecnológico”. En *Revista Jurídica: La Ley Penal*, nº4, abril de 2004.
- MESTRE DELGADO, E. *La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos*. En: FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.). *La cadena de custodia en el proceso penal*, Madrid. Ed. Edisofer, S.L, 2015.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. En *Revista Catalana de Seguritat Pública*, mayo de 2010.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”. En *Revista Jueces para la Democracia*, nº 47, julio 2003.
- MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

- MORENO CATENA, V. *La prueba Preconstituida*. En: ROMERO PRADAS, M.I (Coord.). *La prueba. Tomo III. La prueba en el proceso penal*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- MOSQUERA BLANCO, A.J. “La prueba ilícita tras la sentencia Falciani: Comentario a la STS 116/2017, de 23 de Febrero”. En *Revista InDret*, nº3, 2018.
- MUÑOZ CARRASCO, P. “Análisis del estado actual de la prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal español”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1/2019, 20 de diciembre de 2019.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*. Madrid, Ed. COLEX, 2013.
- OTIN DEL CASTILLO, J.M. *En la escena del crimen. Protección de indicios y primeras actuaciones policiales en el lugar del delito*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2011.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. *La Prueba Prohibida: Evolución Jurisprudencial: (comentario a las sentencias que marcan el camino)*. 1ª ed. Navarra, Ed. Aranzadi, 2014.
- RICHARD GONZALEZ, M. “La cadena de custodia en el proceso penal español”. En *Diario La LEY*, nº. 8236, de 8 de noviembre de 2013.
- RIVERA MORALES, R. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, Marcial Pons Librero, 2011.
- ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Editores del Puerto. 2000.
- RUBIO ALAMILLO, J. “Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática”. En *Diario LA LEY*, nº8859, noviembre de 2016.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, J. L. *La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia número 1811. Año LI. 15 de diciembre 1997
- SERRANO HOYO, G. *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*. Granada, Ed. Comares, 1997.
- TEJADA DE LA FUENTE, E. *La conservación de datos informáticos con fines de investigación criminal: requisitos y condiciones para su incorporación al proceso penal*. En: ZARAGOZA TEJADA, J.I *Investigación tecnológico y*

derechos fundamentales. Comentarios a las modificaciones por la Ley 13/2015, Ed. Thomson Reuters, 2017.

- URBANO CASTRILLO, E. *La valoración de la prueba electrónica*, Ed. Tirant lo Blanch 2009.
- VALMAÑA OCHAITA, S. *La regulación normativa de la cadena de custodia en Estados Unidos, Europa e Hispanoamérica*. En FIGUEROA NAVARRO, C. (Dir.), *La cadena de custodia en el proceso penal*. Madrid, Ed. Edisofer, S.L, 2015.

WEBGRAFÍA

- MANUEL J. Albert. El juez manda investigar la custodia de los restos de la finca de Bretón, en el Diario El País. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2020 https://elpais.com/ccaa/2013/07/03/andalucia/1372843865_818878.html
- Es la Ley. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2020, <https://citv.es/microsites/es-la-ley/los-casos/caso2-breton/>
- El Tribunal Constitucional y el derecho a un proceso con todas las garantías. Fecha de consulta: 27 de enero de 2020. <https://www.iberley.es/noticias/tribunal-constitucional-derecho-proceso-garantias-27995>
- Constitución Española. Sinopsis del artículo 24. Fecha de consulta: 26 de enero de 2020 <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&ipo=2>
- El Tribunal Constitucional y el derecho a un proceso con todas las garantías. Fecha de consulta: 27 de enero de 2020. <https://www.iberley.es/noticias/tribunal-constitucional-derecho-proceso-garantias-27995>

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC (Sala 1ª) sentencia 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981/31)
- STC (Sala 2ª) sentencia nº114/1984, de 29 de noviembre, (RTC 1984/759)
- STC (Sala 1ª) sentencia nº86/1995, de 6 de junio, (RTC 1995/86)
- STC (Sala 1ª) sentencia nº161/1999, de 27 de septiembre, (RTC 1999/161)
- STC (Sala 2ª) nº 170/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003/170)
- STC (Sala 2ª) nº22/2003, de 10 de febrero(RTC 2003/22)
- STC (Sala 1ª) nº181/2006, de 19 de junio(RTC 2006/181)
- STC (Sala 1ª) nº89/2006, de 27 de marzo(RTC 2006/89)
- STC (Sala 1ª) nº42/2007, de 26 de febrero (RTC 2007/42)
- STC (Sala 2ª) nº174/2008, de 22 de diciembre(RTC 2008/174)
- STC(Sala 2ª) nº66/2009, de 9 de marzo(RTC 2009/66)
- STC (Sala 2ª) nº70/2010, de 18 de octubre. (RTC 2010/70)
- STC (Sala 2ª) nº 25/2011, de 14 de marzo. (RTC 2011/25)
- STC (Sala 2ª) nº128/2011, de 18 de julio. (RTC 2011/128)
- STC (Sala 2ª)nº 173/2011, de 7 de noviembre, (RTC 2011/173)
- STC (Sala 1ª) sentencia nº 16/2012, de 13 de febrero, (RTC 2012/16)
- STC (Sala 2ª) nº 107/2012, de 21 de mayo, (RTC 2012/107)
- STC (Sala 2ª) nº195/2013, de 2 de diciembre,(RTC 2013/195)
- STC (Sala Pleno) nº 97/2019, de 16 de julio (RTC 2019/97)

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1313/2000, de 21 de julio, (Roj: STS 6176/2000)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1190/2009, de 3 de diciembre, (Roj: STS 7710/2009)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1066/2009, de 4 de Noviembre, (Roj: STS 7129/2009)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 6/2010, de 27 de enero, (Roj: STS 542/2010.)

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 406/2010, de 11 de mayo, (Roj: STS 2403/2010.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 685/2010, de 7 de julio, (Roj: STS 3971/2010.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 129/2011, de 10 de marzo, (Roj: STS 1308/2011.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 280/2011, de 12 de abril, (Roj: STS 2285/2011.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 629/2011, de 23 de junio, (Roj: STS 4323/2011.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1045/2011, de 14 de octubre, (Roj: STS 6858/2011.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 91/2011, de 18 de febrero, (Roj: STS 681/2011.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 811/2012, de 30 de octubre, (Roj: STS 7642/2012.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 607/2012, de 9 de julio, (Roj: STS 4844/2012.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 347/2012 de 25 de abril, (Roj: STS 3484/2012.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 545/2012, de 22 de junio, (Roj: STS 5199/2012.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 83/2013, de 13 de febrero, (Roj: STS 377/2013.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) sentencia nº339/2013, de 20 de marzo, (Roj: STS 1925/2013)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº308/2013, de 26 de marzo, (Roj: STS 2250/2013.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº600/2013, de 10 de julio, (Roj: STS 4006/2013.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº777/2013, de 7 de octubre, (Roj: STS 567/2013.)

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº709/2013, de 10 de octubre, (Roj: STS 5078/2013)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 773/2013, de 22 de octubre, (Roj: STS 5060/2013)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 912/2013, de 4 de diciembre, (Roj: STS 5853/2013)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 933/2013, de 12 de diciembre, (Roj: STS 5906/2013)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 1/2014, de 21 de enero, (Roj : STS 53/2014)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 208/2014, de 10 de marzo, (Roj: STS 1001/2014.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 499/2014, de 17 de junio, (Roj: STS 2816/2014.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº587/2014, de 18 de julio, (Roj: STS 3086/2014.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 795/2014, de 20 de noviembre, (Roj: STS 4961/2014)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº147/2015, de 17 de marzo, (Roj: STS 1097/2015.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 292/2015, de 14 de mayo, (Roj: STS 2350/2015.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 320/2015, de 27 de mayo, (Roj: STS 2367/2015.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº388/2015, de 18 de junio, (Roj: STS 2630/2015.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº775/2015, de 3 de noviembre, (Roj: STS 5120/2015.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 277/2016, de 6 de abril, (Roj: STS 1546/2016.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 431/2016, de 19 de mayo, (Roj: STS 2291/2016.)

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº491/2016, de 8 de junio, (Roj: STS 2623/2016.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 676/2016, de 22 de julio, (Roj: STS 3704/2016.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 682/2017, de 18 de octubre, (Roj: STS 3738/2017.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 116/2017, de 23 de febrero, (Roj: STS 471/2017.)
- ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) auto nº 1286/2017, de 14 de septiembre, (Roj: ATS 9520/2017)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 120/2018, de 16 de marzo, (Roj: STS 869/2018.)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 541/2018, de 8 de noviembre, (Roj: STS3787/2018)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia nº 502/2019, de 24 de octubre, (Roj: STS 3383/2019)

Auto de la Audiencia Nacional

- AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) auto nº 19/2013 de 8 de mayo, Rollo de Sala 72/2012

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Pontevedra (Sección 5ª) sentencia nº 38/2009 de 18 de junio, (Roj: SAP PO 1586/2009)
- SAP de las Palmas de Gran Canaria (Sección 126ª) sentencia nº 52/2009, de 29 de julio, (Roj: SAP GC 3527/2009)
- SAP de Cádiz (Sección 3ª) sentencia nº 430/2013, de 27 de diciembre, (Roj: SAP CA 1809/2013)
- SAP de Barcelona (Sección 10ª) sentencia nº316/2015, de 30 de marzo, (Roj: SAP B 3538/2015)

- SAP de Vitoria-Gasteiz (Sección 2ª), sentencia nº 370/2015 de 28 de diciembre, (Roj: SAP VI 824/2015.)
- SAP de Madrid (Sección 23º) sentencia nº280/2016 de 29 de abril, (Roj: SAP M 3742/2016)
- SAP de Murcia (Sección 2ª) sentencia nº 402/2016, de 21 de julio, (Roj: SAP MU 1756/2016)
- SAP de Barcelona (Sección 6ª) sentencia nº 374/2019, de 30 de mayo, (Roj: SAP B 10079/2019)
- SAP de Barcelona (Sección 7ª) sentencia nº 569/2019, de 12 de septiembre, (Roj: SAP B 12400/2019)

Sentencias del Juzgado de lo Penal

- Juzgado de lo Penal nº3 de Gijón, sentencia nº224/2016, de 6 de julio.