



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MÉTODO DE CASO JURÍDICO

**“EL EXAMEN DE ADN EN EL ÁMBITO PROCESAL PENAL, EN PARTICULAR EN
LOS DELITOS SEXUALES”-SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N°2-2018/CIJ-
433**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

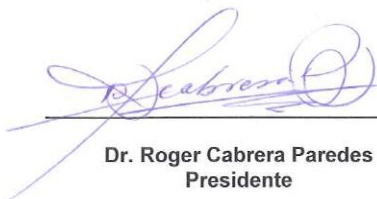
AUTORA: ALMENDRA NICOLLE TELLO PASQUEL

IQUITOS – PERÚ

2019

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional de (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público el día lunes 22 de julio del año 2019, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Dr. Roger Cabrera Paredes
Presidente



Mgr. Thamer López Macedo
Miembro



Abog. Miguel Ángel Villa Vega
Miembro



Dr. José Napoleón Jara Martel
Asesor

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico en primer lugar a Dios todo poderoso, ya que mediante el presente trabajo pude reafirmar mi fe al informarme científicamente mucho más acerca de su maravillosa y perfecta creación.

A mis padres y hermano por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido convertirme en una persona de bien.

Este trabajo de investigación llegó a su culminación, gracias a la guía del Asesor – Dr. JOSÉ NAPOLEÓN JARA MARTEL, profesional de gran experiencia en el campo de Derecho, que con su apoyo supo orientarme en el presente trabajo de investigación.

A mis profesores, gracias por sus paciencia y enseñanzas.

Finalmente un eterno agradecimiento a esta prestigiosa Universidad la cual abre sus puertas a jóvenes con ansias de conocimiento preparándolos para un futuro competitivo y formándonos como profesionales con sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Expreso mi gratitud y agradecimiento a la Universidad Científica del Perú por la oportunidad de haberme permitido ampliar y profundizar mis conocimientos profesionales y alcanzar este anhelado sueño.

La Autora



Universidad Científica del Perú - UCP

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 152 del 18 de Julio de 2019 la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- | | |
|-------------------------------------|------------|
| • Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes | Presidente |
| • Mgr. Thamer Lopez Macedo | Miembro |
| • Abog. Miguel Angel Villa Vega | Miembro |

En la ciudad de Iquitos, siendo las 09:30 horas del día 22 de Julio del 2019 en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Metodo del Caso: "El Examen de ADN en Ambito Procesal Penal, en particular en los Delitos Sexuales. Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433"

Presentado por la sustentante:

ALMENDRA NICOLLE TELLO PASQUEL

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogada**

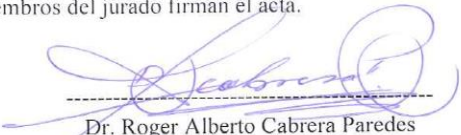
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma positiva

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobado por Unanimidad

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.


Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente


Mgr. Thamer Lopez Macedo
Miembro


Abog. Miguel Angel Villa Vega
Miembro

CALIFICACIÓN

Aprobado (a) Excelencia
Aprobado (a) Unanimidad
Aprobado (a) Mayoría
Desaprobado (a)

19 - 20
16 - 18
13 - 15
00 - 12

RESUMEN

El presente análisis jurídico trata acerca del I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República; las cuales mediante Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433 realizan un análisis respecto al **examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales**; teniendo como antecedente la sentencia casatoria vinculante N° 292-2014/Ancash.

Se tiene que el **objetivo** del referido Pleno Jurisdiccional es concordar criterios discrepantes sobre la pertinencia, alcances, importancia y valoración de la prueba de ADN en los delitos sexuales; en cuanto a **Material y Métodos** empleados, se utilizó el Método Descriptivo Explicativo, cuyo diseño fue no experimental ex post facto.

Como **resultado**, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron DECLARAR SIN EFECTO el carácter vinculante de las disposiciones establecidas por la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash en los señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de dicha sentencia de fecha diecisiete de febrero del 2016; así como, ESTABLECER como doctrina legal los siguientes lineamientos jurídicos: a) Que el examen de ADN es un medio de prueba científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis, siendo fundamental para ello que se mantenga la cadena de custodia, b) Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal, en materia de búsqueda de la prueba, c) Que en particular en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con otros elementos periféricos, d) Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba, PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y por consiguientes, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias. Finalmente, el presente análisis **concluye** a través de los lineamientos jurídicos-mencionados líneas arriba; los cuales tienen el carácter de vinculantes en cuanto al examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos de violación sexual.

Palabras claves: ADN, violación sexual, prueba pericial, el examen de ADN como medio de prueba científico, cadena de custodia, valoración de la prueba.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN	VI
CAPÍTULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO II	3
MARCO TEÓRICO.....	3
2.1. Marco Referencial	3
2.1.1. Antecedentes del estudio	3
2.1.1.1 Jurisprudencia Nacional relacionada al examen científico de ADN en los delitos de violación sexual.	3
2.1.2 Jurisprudencia Extranjera relacionada al examen científico de ADN en los delitos de violación sexual.	6
2.1.2 Bases Teóricas (definiciones conceptuales) y doctrina legal.	9
2.1.2.1 LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN-BREVE HISTORIA	9
2.1.2.2 DEFINICIÓN DE ADN	11
2.1.2.3 EXTRACCIÓN Y PURIFICACIÓN DE ADN	16
2.1.3 LA PRUEBA DE EN EL PROCESO PENAL.....	22
2.1.3.4 DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA PRE-CONSTITUIDA Y LA PRUEBA ANTICIPADA.	27
2.1.4 LA PRUEBA DE AND EN EL PROCESO PENAL	31
2.1.4.2 LA PRUEBA DE ADN COMO INTERVENCIÓN CORPORAL.	32
2.1.4.3 INTERVENCIONES CORPORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.	34
2.1.5 LA CADENA DE CUSTODIA	37
2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	44
2.2.1 PROBLEMA GENERAL:	44
2.2.2 PROBLEMA ESPECÍFICO	44
OBJETIVOS.....	44
2.2.3. Identificación de los objetivos.....	44
1. General	44
2. Específicos	45
2.3. VARIABLES	45
2.3.1. Identificación de las variables	45
1. Variable Independiente Delitos contra la Libertad Sexual	45

2. Variable Dependiente	45
2.4. SUPUESTOS.....	45
CAPÍTULO III	46
METODOLOGÍA.....	46
3.1. METODOLOGÍA:.....	46
3.2. MUESTRA.....	46
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	46
3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	46
3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:.....	47
3.6 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:	47
CAPÍTULO IV	48
RESULTADOS	48
CAPÍTULO V	52
DISCUSIÓN.....	52
CAPÍTULO VI	54
CONCLUSIONES	54
CAPÍTULO VII	56
RECOMENDACIONES	56
CAPÍTULO VIII	58
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
ANEXOS	61

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación versa sobre el examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales; tomando como referencia la CASACIÓN N ° 292 - 2014 ANCASH; la cual, trata sobre la prueba de ADN, su actuación y valoración oportuna en el proceso previa a la emisión de la sentencia así como el impedimento del juzgador de sentenciar si es que no ha efectuado la actuación probatoria de dicha prueba científica.

En el caso materia de análisis la Corte Suprema de la República mediante el I Pleno Casatorio de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial emitió la Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433 donde se acordó dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash (considerandos 3.3.4,3.3.5,3.3.6) y se establecieron principios jurisprudenciales de carácter vinculante.

En el planteamiento del problema se describe la problemática relacionada con el examen de ADN en el ámbito procesal penal y los delitos sexuales, ¿cuál es el grado de confiabilidad de la prueba de ADN en los delitos sexuales?, ¿aporta el examen de ADN al proceso penal suficiencia probatoria?, ¿cuáles son las limitaciones del examen científico de ADN?

Es así, que referente al tema no existe mucho **tratamiento doctrinario ni casuístico** por ser este de reciente interés en los delitos de violación sexual, el cual a pesar de su aplicación (examen científico de ADN) no había sido sino hasta en la actualidad tomado en cuenta como un medio de prueba pericial de alta confiabilidad y de necesaria actuación y valoración para emitir sentencia. es así que para el caso concreto podría citarse la Sentencia Casatoria 292-2014/Áncash cuya doctrina jurisprudencial fue declarada sin efecto por el presente pleno jurisdiccional materia de análisis, así como las revisiones de sentencias Lambayeque N °132-15 y 154-2016 respectivamente donde la actuación de este medio de prueba fue determinante al momento de emitir sentencia casatoria.

Asimismo, se evidencia la **importancia** de las observaciones fijadas en la presente sentencia consistentes en que se cumplan todas las condiciones para el control de todas las etapas de análisis de la prueba de ADN, siendo fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia.

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecida como doctrina jurisprudencial vinculante los criterios a tomar en cuenta para la valoración del examen científico de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales, establecidos en la presente Sentencia Plenaria.

De modo que, el **objetivo general** es realizar un análisis de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433; mientras que el **objetivo específico** es determinar si son suficientes los criterios establecidos para que el juzgador pueda analizar la pertinencia y validez de la prueba científica de ADN en los delitos de violación sexual, en el caso concreto.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Referencial

2.1.1. Antecedentes del estudio

2.1.1.1 Jurisprudencia Nacional relacionada al examen científico de ADN en los delitos de violación sexual.

a) En la **Casación 292-2014, Ancash**¹, publicada el 27 de febrero de 2016 en el diario oficial El Peruano, donde:

Se estableció doctrina jurisprudencial vinculante para la valoración de la prueba científica de ADN en los delitos de violación sexual (los considerandos: 3.3.4, 3.3.5 y 3.3.6), en el marco del proceso que se le siguió a Melecio Gaudencio Carrión Quito, y que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual-violación sexual- [tipificado en el primer párrafo del artículo 170, del Código Penal], en perjuicio de la menor identificada con las iniciales K. M. M., imponiéndosele seis años de pena privativa de libertad, en dicho pronunciamiento casacional se señaló lo siguiente:

“3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia.

***El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica.** Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.*

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba

¹ [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/-/Casación 292-2014-Ancash](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/-/Casación+292-2014-Ancash) – de fecha 27 de febrero de 2016-Doctrina Jurisprudencial Vinculante de los fundamentos 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6. [visitado el 7 de junio del 2019]

científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado". Sin embargo, dichos precedentes vinculantes fueron declarados **sin efecto** por el presente Pleno Jurisdiccional materia de análisis.

Es por ello que en el **fundamento 11** de la sentencia plenaria casatoria mencionada se estableció lo que a la letra dice:

"En consecuencia, es menester evaluar, en función del nuevo contexto normativo, los siguientes aspectos: a) El concepto; la conducencia, importancia, las características y límites de la llamada prueba científica de ADN en el proceso penal; b) los casos en los que la prueba de ADN es útil y pertinente con relación al objeto del proceso y las condiciones para su valoración efectiva; y, c) Los límites y posibilidades de aplicación en los delitos contra la libertad sexual".

b) PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA REV. SENTENCIA NCPP N.º 312 2015-Lambayeque² publicada el 13 de marzo de 2017 en el diario oficial El Peruano, donde se establece en los considerandos:

Décimo tercero. *"Ahora bien, los considerandos preliminares señalados en la parte inicial de la presente resolución, respecto a la importancia del principio de imputación necesaria resultan relevantes al caso materia de revisión, en atención a que la sindicación de la víctima sustentó la acusación del fiscal, la que a su vez fue amparada por el juzgado de primera instancia y ratificada por la Sala Superior. Sin embargo, esta imputación constante y reiterada no solo abarcó el hecho de violación sexual, sino que se desprendió del embarazo detectado a la menor y que se imputa al acusado. Y a pesar de que durante el proceso regular no se recabó el resultado científico que probaría dicha imputación, solo se motivó dicho extremo sobre la base de prueba relativa, con lo que no solo se atentó contra el principio de imputación necesaria sino también al de debida motivación de las resoluciones".*

Décimo cuarto. *"Ante ello, el Oficio N.º 4264-2014-MP-FN-IML-JNGC/LAB.ADN del veintisiete de noviembre de dos mil catorce, y la Prueba de ADN-Resultados Caso ADN-2012-162, aportados por el condenado, resultan efectivamente pruebas nuevas que no fueron o pudieron ser conocidas durante el trámite regular del proceso, puesto*

² [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/REV.SENTENCIA_NCPP_N°312-2015-Lambayeque](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/REV.SENTENCIA_NCPP_N%312-2015-Lambayeque) – de fecha 13 de marzo de 2017-fundamentos décimo tercero, cuarto y quinto. [visitado el 7 de junio del 2019]

que, tanto en la sentencia de primera como la de segunda instancia, se recalcó la ausencia de dichos resultados (así como su intrascendencia)”.

Décimo quinto. *“Respecto a la capacidad de dichos documentos para establecer la inocencia del acusado, se debe precisar que la prueba científica, a diferencia de las demás obtenidas durante el proceso (testimoniales, indiciarias, entre otras), presentan conclusiones fieles de la realidad y que dejan fuera de margen cualquier aspecto subjetivo a interpretación. **Es precisamente dicho valor, cercano a la realidad de los hechos acontecidos, lo que permite otorgar mayor peso probatorio a los medios obtenidos a través de medios técnicos y científicos, como lo es una prueba de ADN”.***

c) REVISIÓN DE SENTENCIA NCCP N.º 154-2016/LAMBAYEQUE³ publicada el 11 de diciembre de 2018 en el diario oficial El Peruano, donde se establece en los considerandos:

DÉCIMOTERCERO. *Por lo que este Supremo Colegiado considera que: [...]*

13.4. *“Durante el proceso no se consideró relevante al caso la actuación de la prueba de ADN, tantas veces solicitada por el demandante y denegada en las diversas instancias judiciales; tanto es así que la sentencia de vista no absolvió los agravios al respecto, planteados en el recurso de apelación”*

DÉCIMOQUINTO. *“Como ya se ha señalado, el recurrente adjuntó el Expediente N.º 148-2015 sobre prueba anticipada (fojas treinta y uno a ciento treinta y cinco), en el que se actuó la prueba pericial de ADN, por Laboratorios Biolinks, del veintiocho de octubre de dos mil quince, que concluyó que Tomás Julca Ramírez no es padre biológico de Maritsa Julca Chuquiruma (hija de la agraviada), prueba que fue ratificada por sus autores en la audiencia de actuación de medios probatorios; **lo que constituye efectivamente prueba nueva no conocida durante el trámite regular del proceso. Dicha prueba científica presenta conclusiones fidedignas que dejan fuera de margen cualquier aspecto subjetivo a interpretación; su valor cercano a la realidad de los hechos acontecidos es lo que permite otorgar mayor peso probatorio a estos medios obtenidos a través de medios técnicos y científicos, como es una prueba de ADN. Por tanto, si dicho resultado niega la paternidad del***

³ https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/REV.SENTENCIA_NCPP_Nº154-2016-Lambayeque – de fecha 11 de diciembre de 2018-fundamentos décimo tercero, décimo quinto y décimo sexto. [visitado el 7 de junio del 2019]

recurrente respecto de la menor Maritza Julca Chuquiruma, no solo quiebra la imputación en su contra, sino que además contradicen la versión de la agraviada y también las pruebas actuadas sobre la base de dicha sindicación, por lo que estas pierden validez probatoria para enervar su presunción de inocencia”.

DÉCIMOSEXTO. *“En atención a lo expuesto, la nueva prueba aportada por el recurrente Tomás Julca Ramírez, posee suficiencia fuerza probatoria para desvirtuar las que sirvieron de sustento para su condena, reivindicándose, de esta manera, la presunción de inocencia que lo amparaba, ante la insuficiencia probatoria para sostener la imputación fiscal en su contra”.*

2.1.2 Jurisprudencia Extranjera relacionada al examen científico de ADN en los delitos de violación sexual.

2.1.2.1 Publicada el 7 de julio de 2013 en el Tribunal Supremo-Sala de lo Penal de Madrid⁴, donde se establece en los considerandos:

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **07/10/2013**
Nº de Recurso: **10448/2013**
Nº de Resolución: **777/2013**
Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**
Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SEGUNDO.- *La obtención de la colilla es por sí misma una diligencia inocua que no afecta a derecho fundamental alguno. Lo que incide en derechos fundamentales sería una intervención corporal (que aquí no se ha producido); y, en su caso, la obtención de los marcadores de ADN, lo que examinaremos después. [...]*

En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes [...]

TERCERO .- *Al igual que la disposición adicional de la LO 10/2007 que acaba de transcribirse el art. 363 LECrim se refiere a actos de "inspección, reconocimiento o*

⁴<https://www.poderjudicial.es/777-2013-Madrid>— de fecha 7 de octubre de 2013-fundamentos segundo y tercero [visitado el 7 de junio del 2019]

intervención corporal". El vocablo corporal califica a los tres sustantivos que la preceden y no solo a la intervención.[...]

"La Policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". El criterio ha sido refrendado por múltiples resoluciones posteriores: entre otras, SSTS 179/2006, de 4 de febrero o 355/2006, de 20 de marzo o Autos 551/2006, de 13 de febrero y 821/2006, de 8 de marzo. En la primera de las sentencias que se acaban de citar se razona así: "... Es sabido que el ADN útil a efectos forenses resulta ser de ámbito no codificante, es decir, no aparecen en tal analítica ni se descubren enfermedades u otros datos sensibles para el individuo. A pesar de ello -insisten los recurrentes- en que el análisis limitado al ámbito no codificante incide en el derecho a la intimidad por cuanto: - no puede excluirse en un futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante. - existe la posibilidad y riesgo de posibles abusos y excesos. El motivo protesta exclusivamente por la procedencia y admisibilidad de esta prueba en nuestro derecho en razón a los riesgos que ofrece de divulgación de informaciones personales sensibles. Los recurrentes no tachan de irregular la recogida de muestras, sino la utilización en el proceso por los riesgos futuros de desvelar datos personales sensibles de la persona.[...]

En atención a todo lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "habeas data" está injustificado (...) Lo que nunca puede excluirse es que cualquier persona pueda infringir la ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18-1 C.E ...". "...Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial. En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en "res nullius" y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos". Había muy buenas razones para dirigir la investigación frente al luego procesado y ahora recurrente; ninguna injerencia en derechos fundamentales precisada de autorización judicial se realizaba recogiendo esa colilla. Las sospechas justificaban esa línea de investigación concretada en vigilancias y seguimientos, fruto de las cuales

fue la obtención de ese resto de un cigarrillo. La mera recogida por sí misma no roza ningún derecho fundamental.

2.1.2.2 TRIBUNAL SUPREMO EN LO PENAL-MADRID

Voto particular que formula el magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, a la sentencia número 734/2014, dictada en el **recurso de casación 289/2014**⁵; publicado el 11 de noviembre de 2014.

*[...] En efecto en la Exposición de Motivos de la Ley se indica: “... Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que solo podrán ser suscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores exclusivamente de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, **pero en ningún caso los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética**”. Y en el art. 4 de la Ley se insiste en que solo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en la Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionan exclusivamente información reveladora de la identidad de la persona y su sexo (ADN no codificante) pero no los perfiles que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.*

Efectuada esta precisión previa a los efectos de la cuestión planteada hemos de partir de una distinción que considero fundamental: una cosa es la obtención de ADN identificativo para comparar en la averiguación de un delito concreto en el que tal dato puede ser primordial, al ser el detenido sospechoso y haberse encontrado restos biológicos en el lugar de los hechos o en la víctima, y otra cosa es la obtención de aquel ADN de un detenido, con su consentimiento, para elaborar una base de datos en aras a la averiguación de otros delitos cometidos o por cometer, esto es, distintos de los que motivó aquella detención.

2.2.2.3 CASO MARYLAND VS ALONZO JAY KING-SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS⁶

⁵[https://www.poderjudicial.es/ 777-2013-Madrid](https://www.poderjudicial.es/777-2013-Madrid)— de fecha 7 de octubre de 2013-fundamentos segundo y tercero.
[visitado el 7 de junio del 2019]

“When personnel at the booking facility collected his DNA, they found it matched DNA evidence from a rape committed in 2003. Relying on the match, the State charged and successfully convicted King of, among other things, firstdegree rape. A divided Maryland Court of Appeals overturned King’s conviction, holding the collection of his DNAviolated the Fourth Amendment because his expectation of privacy outweighed the State’s interests.”[...]

“Collecting DNA from individuals arrested for violent felonies provides a valuable tool for investigating unsolved crimes and thereby helping to remove violent offenders from the general population. Crimes for which DNA evidence is implicated tend to be serious, and serious crimes cause serious injuries. That Maryland may not employ a duly-enacted statute to help prevent these injuries constitutes irreparable harm”.

Maryland v. King, de 3 de junio de 2013 (**identificación del autor de un delito de violación a partir del análisis del ADN de quien fue detenido como sospechoso de otro delito grave posterior**) al afirmar taxativamente que los marcadores utilizados para la identificación del ADN "están situados en partes no codificantes del ADN que no revelan las características genéticas del detenido. Si bien la ciencia siempre puede avanzar y esos progresos pueden llegar a tener trascendencia desde la perspectiva de la cuarta enmienda, los alelos en los marcadores CODIS no suministran actualmente otra información que la relativa a la identidad del sujeto." En definitiva, la limitada incidencia que el análisis de ADN que se pretendía realizar y efectivamente se llevó a cabo tuvo en el derecho a la intimidad del demandante tolera en el caso concretamente analizado la omisión de la autorización judicial en un ámbito en el que, como hemos ya advertido, no constituye una exigencia constitucional directa”.

2.1.2 Bases Teóricas (definiciones conceptuales) y doctrina legal.

2.1.2.1 LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN-BREVE HISTORIA

A pesar que se trata de una disciplina científica con sólo unos 150 años de desarrollo, el interés en los fenómenos biológicos relacionados con la Genética puede remontarse a la Era Neolítica (alrededor de 10.700 a 9.400 AC) cuando el crecimiento de la población demandó cambios en los métodos ancestrales para la obtención de alimentos mediante la recolección, caza y pesca. Entonces, dio comienzo

⁶[https://www.supremecourt.gov.uuee/No.12A48-Maryland--](https://www.supremecourt.gov/uuee/No.12A48-Maryland--) de fecha 30 de julio de 2012-fundamentos segundo y tercero.
[visitado el 7 de junio del 2019]

(principalmente en Medio Oriente) el desarrollo de la agricultura y la ganadería con la siembra de plantas y la cría de animales domésticos (Pierce, 2007). Pronto se descubre que se pueden modificar los cultivos y los animales mediante su reproducción selectiva cuando rasgos (fenotipos) deseables de los progenitores eran transmitidos a su descendencia (herencia).

En paralelo y desde tiempos remotos, ya se habían observado dichos fenómeno de herencia en los humanos y el describir y entender sus mecanismos en Occidente ocupó la mente de los filósofos griegos. Entre ellos, Leucipo de Mileto (Siglo V AC), Anaxágoras (500-428 AC) y Demócrito (460-370 AC) notaron que virtualmente todas las partes del cuerpo exhiben diferencias hereditarias. Así concluyeron que cada órgano y estructura del cuerpo producía pequeños sedimentos (más tarde llamados gémulas) que por vía sanguínea llegaban a los órganos reproductores desde donde eran pasados al embrión en el momento de la concepción. En el marco de este concepto, que más tarde se conocería como pangénesis, Anaxágoras creía que un perfectamente preformado y diminuto humano (homúnculo) preexistía en el aparato reproductor masculino y era transmitido a la madre durante la procreación para su desarrollo embrionario en la matriz (Guttman et al., 2004). Por aquella época se creía que sólo el hombre contribuía a la herencia de sus descendientes y también que podía transmitir caracteres adquiridos durante su vida a dicha progenie. El filósofo griego Aristóteles (384-322 AC) adhirió a este último concepto pero creía que ambos sexos contribuían a los rasgos de la descendencia, considerando por lo tanto incorrecta la hipótesis del homúnculo. Rechazó también el concepto de pangénesis, señalando, además, que a veces la gente se parece más a sus ancestros que a sus propios padres.

A pesar que durante la Antigua Roma (hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en 476 AD) se contribuyó poco al entendimiento de la herencia, durante ese período se desarrollaron exitosamente por el método de prueba y error un cierto número de técnicas de cría de animales y de crecimiento de plantas. Se avanzaría muy poco en el entendimiento de la Genética durante los próximos 1000 años. Las antiguas ideas erróneas sobre pangénesis y herencia de caracteres adquiridos, junto con las técnicas empíricas de cría de animales y plantas, sobrevivirían durante el surgimiento de la ciencia moderna en los siglos XVII y XVIII de nuestra era, llegando a tener gran influencia hasta fines del siglo XIX (Guttman et al., 2004). [...]

La estructura de doble hélice con apareamiento específico entre bases propuesta tendría una implicancia aún más extraordinaria en desentrañar el mecanismo molecular por el cual durante millones de años los organismos se desarrollaban y reproducían. Tan extraordinaria que Watson no se atrevió a explicitarlo en el primer artículo en *Nature*, a pesar de la opinión en contrario de Crick (Crick, 1974, 1989). Los autores alcanzaron una solución de compromiso que reza: “No ha escapado a nuestra consideración que el apareamiento específico postulado sugiere inmediatamente un posible mecanismo de copiado de la información genética”. Los autores dejaron rápidamente de lado esta hesitación y poco después publicaron las importantes consecuencias genéticas implicadas por su modelo (Watson & Crick, 1953b). La Fig. 31 muestra (esquemáticamente) el mecanismo propuesto de duplicación del ADN.

Fisiología o Medicina “por su descubrimiento relacionado con la estructura molecular de ácidos nucleicos y su importancia para la transferencia de información en la materia viva”. En sus respectivas conferencias Nobel, Watson, Crick y Wilkins realizaron 83, 23 y 24 citaciones, ninguna de Franklin. Sólo Wilkins incluyó a ella en sus reconocimientos ([http:// www.nobelprize.org/nobel_prizes/ medicine/laureates/1962/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/1962/)).

Existe la opinión generalizada que el Premio Nobel debió habersele otorgado también a Rosalind Franklin, en razón que sus datos experimentales fueron una clave muy importante en la resolución de la estructura del ADN. Sin embargo, Franklin falleció de cáncer en 1958 y el Premio Nobel no se otorga postmortem; así que el Premio de 1962 estaba fuera de cuestión. Pero ella pudo haber sido nominada en vida. Los archivos Nobel que, entre otra información, contienen las nominaciones relacionadas con los galardones se mantienen cerrados durante un cierto tiempo después que un premio particular ha sido otorgado. Así, en 2008 fue posible el encontrar si Rosalind Franklin fue alguna vez nominada para el Premio Nobel en relación con sus trabajos sobre el ADN. La respuesta es que nadie la nominó ni para el Nobel en Fisiología o Medicina o el de Química⁷

2.1.2.2 DEFINICIÓN DE ADN

Los seres humanos son en un 99.9% genéticamente idénticos, es decir, la secuencia de bases que componen sus ácidos nucleicos solo difiere en un 0.1%. Si bien esta cantidad es mínima expresada como porcentaje, puede pensarse de la siguiente manera, existen 3 millones de bases que nos diferencia de individuo en individuo.

⁷ PIRO, Oscar E. *Breve historia del ADN, su estructura y función*. Ciencia e Investigación, Tomo 64, N° 3 (2014): 25-50.

Estas variaciones, denominadas polimorfismos, son utilizadas como marcadores moleculares y permiten establecer una huella genética inequívoca. Estas huellas son utilizadas para resolver casos de filiación y vincular material biológico encontrado en la escena de un crimen con los sospechosos.

Estas diferencias no están distribuidas al azar, sino que se halla en regiones específicas; la identificación de estas zonas permite establecer una huella genética individual.

La tecnología del perfil del ADN y los métodos para estimar las frecuencias y la estadística relacionada han progresado al punto de que la validez y la confiabilidad de los datos de una muestra de ADN colectada apropiadamente y analizada no deben dudarse [...]

Mediante el análisis de la molécula del ADN, la prueba biológica de “TIPIFICACIÓN DEL ADN”, permite obtener una “huella genética” del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, pelo, saliva o en fin cualquier otro tejido del cuerpo. Esta huella genética es irrepetible, lo mismo que las huellas dactilares. Se trata de un documento de identificación biológica “CAPAZ DE INDIVIDUALIZAR CON UNA EXACTITUD PRÁCTICAMENTE ABSOLUTA”.⁸

El ADN o ácido desoxirribonucleico es un tipo de ácido nucleico, es decir, una macromolécula que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo humano, que contiene y transmite una gran cantidad de información entre las que destacan las características de la persona o código genético. Se encuentra distribuido en diversos fragmentos o cromosomas en el núcleo de cada célula (veintitrés pares en el ser humano). Presenta como característica su identidad sea cual fuere el lugar del cuerpo del que proceda, propiedad que le dota de su característica fundamental en la ciencia forense: su carácter individualizador. No existen dos personas con idéntico ADN, y es precisamente esta peculiaridad la que determina y diferencia las características de cada individuo singular, salvo el supuesto de que se trate de gemelos univitelinos. Con el fin de dar coherencia y clarificar conceptos que van a ser empleados a lo largo de este estudio, es preciso delimitar conceptualmente los siguientes términos:

⁸ SANTOS LOVATON, Juan Edson; *“Escena del crimen y evidencia biológica en los delitos de violación sexual en el Nuevo Código Procesal Penal”*; Cromeo Editores; Arequipa, 2018, pág.125, 126.

a) Loci y Alelos. Los Loci son los fragmentos de ADN variable, siendo los alelos las diferentes variantes posibles. Así, los rasgos de cada individuo los marcan los genes que pueden ser idénticos o diferentes, mientras que los genes de un rasgo determinado presentan formas diferentes denominadas alelos.

b) Genoma humano. Conjunto de características que individualizan y diferencian al ser humano de otras especies.

c) Fenotipo. Es la apariencia característica del rasgo, mientras que a la composición alélica que produce el rasgo se llama genotipo.

d) Genotipo. Serie de peculiaridades genéticas que individualizan y diferencian a un ser humano en concreto de los demás, es decir: el ADN de cada ser humano.

Los análisis de la cadena de ADN a efectos de identificación se circunscriben al estudio de los marcadores del ADN polimórfico o variable.

Frente al **ADN codificante** que es prácticamente idéntico en todos los seres humanos, existen zonas de **ADN no codificante** que admiten mucha variabilidad (ADN polimórfico), y que son las que habitualmente se estudian con fines forenses y de identificación.

Dos son los tipos de ADN que se han diferenciado en el genoma humano: a)

ADN codificante. Fragmentos de ácido nucleico que determinan, por el orden de sus nucleótidos, a los diferentes genes que definirán las características de las personas, a través de la síntesis proteica, determinando la secuencia de los aminoácidos de las proteínas que codifican y el grado de expresión del gen en cada tejido y en cada tiempo, si bien en este ADN está formado por secuencias altamente conservadora con muy pocas variaciones interindividuales e intergeneracionales

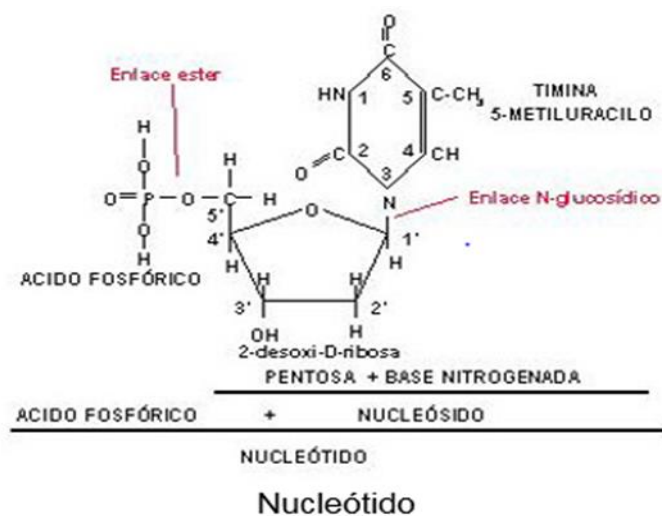
b) ADN no codificante. Se caracteriza por la gran variabilidad de un individuo a otro, y no supone nada en términos de producción de proteínas. Dicha variabilidad hace este tipo de ADN excepcionalmente interesante a la hora de la **identificación forense y lo convierte en el objetivo de la biología forense**). Gran parte del ADN no codificante está formado por secuencias repetidas de nucleótidos (adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C)). Las repeticiones en tándem de una secuencia sencilla se denominan ADN satélites que cuando son de longitud corta (Short Tandem Repeat o STR) se conocen como “micro satélites”. Así se han llegado a definir regiones cromosómicas o loci con un número.

ESTRUCTURA DE LOS ÁCIDOS NUCLEÍCOS (ADN)

En lo referente a la **estructura del ADN**, se conforma como una unión de dos hebras curvas, muy similares a las cadenas, que están unidas por enlaces químicos de hidrógeno. Cada hebra de ADN contiene un gran número de unidades llamadas nucleótidos. Cada nucleótido está compuesto por un fosfato, un azúcar y una de las siguientes bases nitrogenadas: adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C); siendo la base la relevante a la hora de determinar la acción de un alelo. Así, las posiciones de las bases en las dos cadenas de ADN permanecen fijas, de tal manera que una A siempre está junto a una T en la otra cadena y, de igual forma, una G siempre estará unida a una C, formando así los llamados pares complementarios. La unión de una base con su complemento se logra a través de enlaces débiles de hidrógeno⁹.

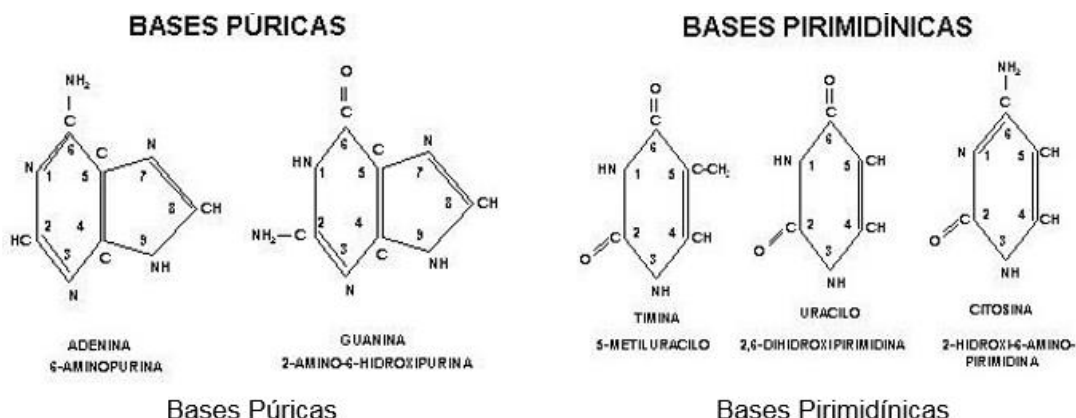
Cuando se realiza la hidrólisis completa de los ácidos nucleicos, se obtienen tres tipos de componentes principales: Azúcar, en concreto una pentosa. Bases nitrogenadas: púricas y pirimidínicas. Ácido fosfórico. El azúcar, en el caso de los ácidos desoxirribonucleicos (ADN) es la 2-desoxi-D-ribosa y en el caso de los ácidos ribonucleicos (ARN) es la D-ribosa.

Las bases nitrogenadas que forman parte de los ácidos nucleicos son de dos tipos, púricas y pirimidínicas. Las bases púricas derivadas de la purina (fusión de un anillo pirimidínico y uno de imidazol) son la Adenina (6-aminopurina) y la Guanina (2-amino-6-hidroxipurina). Las bases pirimidínicas (derivadas de la pirimidina) son la Timina (2,6-dihidroxi-5-metilpirimidina o también llamada 5-metiluracilo), Citosina (2-hidroxi-6-



⁹JOSÉ MARÍA GARZÓN FLORES. Madrid 2017. En su Tesis titulada "La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Escuela Internacional de Doctorado. Pag.5-9.

aminopirimidina) y Uracilo (2,6-dihidroxipirimidina).



Las bases nitrogenadas que forman normalmente parte del ADN son: Adenina (A), Guanina (G), Citosina y Timina (T). Las bases nitrogenadas que forman parte de el ARN son: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) y Uracilo (U). Por tanto, la Timina es específica del ADN y el Uracilo es específico del ARN.

Además de las bases nitrogenadas anteriormente descritas, se han encontrado otras bases nitrogenadas en algunos virus o formando parte de algunos tipos especiales de ARNs. Ejemplos de algunas de estas bases púricas poco corrientes son: Hipoxantina, Xantina, 2-metiladenina, 6metil-aminopurina. Entre las bases pirimidínicas podríamos citar la 5-metilcitosina (propia del ADN) y la 5-hidroximetil citosina (HMC) que sustituye a la citosina en los fagos T-pares. En los ARN transferentes (ARN-t) que intervienen en el proceso de traducción de proteínas se encuentran la Ribotimidina, Dihidrouridina, Seudouridina e Inosina (I). La unión de la base nitrogenada a la pentosa recibe el nombre de nucleósido y se realiza a través del carbono 1' de la pentosa y los nitrógenos de las posiciones 3 (pirimidinas) o 9 (purinas) de las bases nitrogenadas mediante un enlace de tipo N-glucosídico. La unión del nucleósido con el ácido fosfórico se realiza a través de un enlace de tipo éster entre el grupo OH del carbono 5' de la pentosa y el ácido fosfórico, originando un nucleótido. Los nucleótidos son las unidades o monómeros utilizados para construir largas cadenas de polinucleótidos.

Nucleósido = Pentosa + Base nitrogenada.

Nucleótido = Pentosa + Base nitrogenada + Ácido fosfórico.

Polinucleótido = Nucleótido + Nucleótido + Nucleótido +

Tanto los nucleótidos como los nucleósidos pueden contener como azúcar la D-ribosa (ribonucleótidos y ribonucleósidos) o la pentosa 2-desoxi-D-ribosa (desoxirribonucleótidos y desoxirribonucleósidos)¹⁰.

2.1.2.3 EXTRACCIÓN Y PURIFICACIÓN DE ADN

El proceso de PCR se descompone en varios ciclos. El primer ciclo incluye tres cambios de temperatura a los que sigue una reacción química determinada. Cada paso del proceso dura un minuto y puede realizarse un ciclo entero en menos de cinco minutos. En este primer ciclo el cambio en la temperatura inicial consiste en aumentar la temperatura del ADN hasta 94°C. Esto hace que los débiles lazos de hidrogeno que mantienen unidas las cadenas de ADN se rompan y las cadenas se separen. La temperatura desciende velozmente hasta llegar a los 60°C-62°C. A esta temperatura, relativamente baja, las cadenas de ADN separadas no pueden volver a formar su estructura de doble hélice. Mientras tanto, otras piezas de ADN especialmente preparadas, los primers o secuencias iniciadoras, que se complementan con secuencias específicas de cadenas de ADN, tienen la oportunidad de unirse a las cadenas de ADN que quedaron libres tras la separación (fase de emparejamiento o annealing).

Una vez que los cebadores están ubicados, se aumenta la temperatura a unos 70°C al objeto de que la polimerasa actúe sintetizando una nueva cadena de ADN idéntica a la que existía añadiendo para ello los nucleótidos necesarios (fase de “extensión”). Este ciclo puede repetirse las veces que sea necesario obteniendo después de cada nuevo ciclo un duplo de copias de fragmentos de ADN. Habitualmente, se repite hasta obtener un total de 32 ciclos, los necesarios para obtener mil millones de copias de la “región de interés” (zonas específicas no codificantes y polimórficas, utilizadas en el proceso de identificación genética) Lo anterior ocurre de manera simultánea con ambos miembros de cada par de cromosomas homólogos. La efectividad del proceso de PCR radica en la manera en que se establece la sección de ADN a ser multiplicada.

Los elementos controladores son las “secuencias iniciadoras”. Cada primer consiste en una cadena corta, de entre 18 y 30 nucleótidos, que se adhieren a regiones equivalentes (complementarias) en una de las cadenas de ADN en cualquiera de los extremos de la sección al ser copiada. Al construir los primers en las secuencias apropiadas se puede elegir cualquier sección de ADN que se quiera reproducir. El tipo

¹⁰ http://www.uv.es/tunon/pdf_doc/AcidosNucleicos_veronica.pdf- Estructura de los ácido nucleicos.pág.1-22 [visitado el 7/6/2019]

de secciones que fueron sido elegidas por los laboratorios del FBI se conoce con el nombre de repeticiones concatenadas cortas (STR), que consiste en juegos de cuatro nucleótidos que se localizan unos junto a otros. Las STR no determinan ninguno de los rasgos de un individuo, por lo que no agregan nada al fenotipo de la persona, desplegando su potencialidad en el genotipo de un individuo, si bien hasta la fecha no se conoce bien el alcance de esta función.

Cerca del 97% del genotipo de una persona no está involucrado en la definición de los rasgos, siendo la ausencia de una función específica conocida lo que hace que las STR sean codiciadas como pruebas de ADN; esto sucede porque las frecuencias de las STR en diferentes tipos de población no están sujetas a factores ambientales que trabajan a favor o en contra de la formación de rasgos de los alelos, lo que permite utilizar varios análisis estadísticos para determinar el grado de probabilidad de encontrar un genotipo STR, en particular, en una población humana dada sin tener que detenerse a considerar el factor ambiental de la región.

El paso final en el análisis de las pruebas de ADN de tipo STR es el establecimiento de los tamaños de la diferentes STR, proceso realizado por una maquina denominada “analizador genético” (en terminología forense se le conoce como secuenciador), que emplea un procedimiento conocido como “electroforesis capilar”.

En este procedimiento la solución que contiene las STR amplificadas se ponen en un tubo de cristal relativamente largo y angosto –capilar- con una solución especial que permite que las STR de diferentes tamaños se separen entre sí, moviéndose más rápidamente las partículas más pequeñas que las de mayor tamaño en base a la diferencia de potencial que se aplica entre los dos extremos del capilar.

Una vez completada la separación de las partículas, la mezcla se pasa a través del haz de un rayo láser que origina la iluminación de los dos primers que contienen flourocromos, y que están ubicados en ambos extremos de cada STR. Esto permite medir los tamaños de las diferentes STR, pudiendo imprimirse los resultados en una hoja de datos como una serie de picos llamados electroforegramas.

La principal ventaja de esta técnica consiste en la posibilidad de actuar sobre indicios muy pequeños, posibilitando además la conservación del material para la realización en su caso de futuras contrapericias.

Por otra parte la posibilidad de actuar sobre un número reducido de pares de bases confiere a los fragmentos amplificados una gran estabilidad y resistencia a la

degradación, circunstancia de gran interés en la práctica forense cuando los vestigios son antiguos o han estado sometidos a condiciones ambientales no óptimas¹¹.

La extracción consiste en el aislamiento y purificación de moléculas de ADN y se basa en las características fisicoquímicas de la molécula. El ADN está constituido por dos cadenas de nucleótidos unidas entre sí formando una doble hélice. Los nucleótidos están integrados por un azúcar (desoxirribosa), un grupo fosfato y una base nitrogenada (adenina, guanina, timina o citosina). La unión de los nucleótidos ocurre entre el grupo fosfato y el azúcar, mediante enlaces fosfodiéster, dando lugar al esqueleto de la molécula. Las bases de cadenas opuestas se unen mediante puentes de hidrógeno y mantienen estable la estructura helicoidal. Los grupos fosfato están cargados negativamente y son polares, lo que le confiere al ADN una carga neta negativa y lo hace altamente polar, características que son aprovechadas para su extracción. Los grupos fosfato tienen una fuerte tendencia a repelerse, debido a su carga negativa, lo que permite disolver al ADN en soluciones acuosas y formar una capa hidratante alrededor de la molécula. Pero, en presencia de etanol, se rompe la capa hidratante y quedan expuestos los grupos fosfato. Bajo estas condiciones se favorece la unión con cationes como Na⁺ que reducen las fuerzas repulsivas entre las cadenas de nucleótidos y permiten que el ADN precipite (Sambrook et al. 1989). Por otro lado, la carga neta negativa del ADN le permite unirse a moléculas y matrices inorgánicas cargadas positivamente (Nasón 1965, Travaglini 1973, Sambrook et al. 1989, Sinden 1994). A lo largo del tiempo se han diseñado distintos protocolos con la finalidad de obtener una cantidad y calidad de ADN adecuados, así como garantizar la eliminación de inhibidores potenciales que dificulten el tratamiento posterior de la molécula. Los métodos tradicionales, desarrollados en los años 50, utilizan solventes orgánicos para separar a las proteínas del ADN y, una vez suspendido en la fase acuosa, aislarlo por precipitación con etanol. Estos métodos requieren preparar soluciones y la extracción puede tomar desde unas horas hasta varios días por los numerosos pasos que deben realizarse. En general, los protocolos tradicionales consisten de cinco etapas principales: homogeneización del tejido, lisis celular, separación de proteínas y lípidos, precipitación y redisolución del ADN.

2.1.2.3.1 Extracción de ADN de sangre entera

¹¹ JOSÉ MARÍA GARZÓN FLORES. Madrid 2017. En su Tesis titulada "La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Escuela Internacional de Doctorado. Pag.10-13.

La obtención de ADN de una persona es necesaria para realizar innumerables análisis que permiten caracterizar el genotipo de dicha persona. Ya que la mayoría de las células de cuerpo humano poseen una copia completa de ADN se puede utilizar tejido de cualquier origen.

2.1.2.3.1.1 Fuentes de ADN

a) La sangre es una fuente excelente de ADN. Éste está presente en los glóbulos blancos (o leucocitos), pero no en los glóbulos rojos humano (eritrocitos o hematíes), pues éstos carecen de núcleo. Una mancha de sangre del tamaño de una moneda pequeña, correspondiente a unos 50 microlitros, tiene suficiente ADN para un análisis típico de VNTR.

b) El ADN de la cabeza de los espermatozoides es habitualmente la ***fuentes más importante de ADN como prueba del delito en casos de ataque sexual***. Cinco microlitros de semen contienen aproximadamente la misma cantidad de ADN que 50 de sangre. Para liberar el ADN de las cabezas de los espermatozoides se requieren métodos de extracción especiales. En consecuencia, en las muestras de ataque sexual se puede extraer de forma diferencial: **la primera extracción** proporciona principalmente el ADN de células epiteliales de la víctima, mientras que la **segunda extracción** rinde principalmente ADN del semen.

c) La saliva contiene material celular. Se puede extraer ADN, para su análisis, a partir de marcas de mordisco, colillas de cigarrillo, sellos de correo pegados en el sobre o cierres engomados de sobre.

d) El folículo capilar de la base del cabello humano contiene material celular rico en ADN. Para poderlo usar en análisis de ADN, el cabello debe haber sido arrancado (***los cabellos que caen por rotura no contienen ADN***).

Cualquier tejido del cuerpo que no se haya degradado es una fuente potencial de ADN.

e) El hueso es una de las mejores fuentes de ADN a partir de restos humanos descompuestos. Incluso cuando la carne se ha descompuesto, a menudo se puede obtener ADN del hueso desmineralizado. Se ha usado ADN de hueso para identificar los huesos repatriados de soldados de los tiempos de la guerra de Vietnam y los restos de la familia rusa Romanov, que fue ejecutada durante la revolución bolchevique.

f) Al igual que los huesos, **los dientes** pueden ser también una fuente excelente de ADN, mucho después de que el resto del cuerpo se haya descompuesto.

g) La orina no contiene por sí misma ADN, pero puede contener células epiteliales, que *sí* tienen ADN. Sin embargo, la mayoría de personas sanas no excretan células epiteliales en su orina.

Generalmente es deseable que la obtención de la muestra de ADN no cause ningún tipo de daño a la persona y que sea fácil y rápidamente obtenible. Estos requisitos se cumplen en las muestras de sangre. Existen innumerables métodos que permiten obtener ADN a partir de sangre entera, estos difieren en la pureza y cantidad de muestra necesaria para realizar una extracción.

La sangre se compone de varios tipos celulares, los más importantes son los glóbulos rojos y los glóbulos blancos. Los primeros carecen de núcleo pues lo pierden durante su maduración, por lo tanto no poseen ADN. Los glóbulos blancos, en cambio, poseen núcleo y por tanto ADN. Entonces para obtener ADN a partir de muestras de sangre sólo son necesarios los leucocitos. Si bien, en un principio se purificaban primero los glóbulos blancos para luego extraer ADN a partir de ellos, el posterior avance de la técnica permite hoy en día extraer ADN a partir de sangre entera con la misma pureza, sumando rapidez y sencillez. En el trabajo práctico realizaremos dos técnicas diferentes de extracción. Estas difieren en el volumen de la muestra, en la pureza de ADN que se obtiene y en la velocidad de procesamiento. Por supuesto, también difieren en los reactivos que se utilizan.

En la mayoría de los casos después de realizar la lisis de las células, estos protocolos tienen siempre un paso de extracción con un solvente orgánico. En la mayoría de los casos se usa cloroformo o una mezcla de cloroformo/isoamílico que permiten eliminar proteínas y restos de membranas celulares que quedan en la interfase entre el solvente orgánico y la fase acuosa. Este paso es muy importante para la pureza del ADN que se quiere aislar.

Otro paso común en todos los protocolos es el agregado final de sales, como acetato de sodio, perclorato de sodio, cloruro de sodio, acetato de amonio, etc. que funcionan como quelantes del ADN. Se necesita además la presencia de alcohol (isopropanol o etanol 100%)

2.1.2.3.1.2 Protocolo

Técnica del Perclorato

- 1- Se utilizan 5 ml de sangre entera conteniendo EDTA. La sangre se puede congelar a -20°C.
- 2- Poner la sangre en un tubo falcon de 50 ml y agregar 20 ml de solución lisante I fría.
- 3- Centrifugar 10 min a 3000 rpm. Descartar el sobrenadante.
- 4- Resuspender el pellet y repetir los pasos 2 y 3.
- 5- Agregar 12,5 ml de solución lisante II fría
- 6- Centrifugar 10 min a 3000 rpm. Descartar el sobrenadante.
- 7- Añadir 1,75 ml de SEDTA, 0,55 ml de NaClO₄ 4M y 0,2 ml de SDS 10%.
- 8- Añadir 3 ml de cloroformo/alcohol isoamílico (24:1)
- 9- Agitar hasta mezclar bien las fases y centrifugar 10 min a 1000 rpm. Extraer la fase superior y pasar a un tubo falcon de 15 ml.
- 10- Repetir la extracción con cloroformo/alcohol isoamílico dos veces más o hasta que no haya interfase.
- 11- Agregar 2,5 vol de etanol frío.
- 12- Pescar el ADN con varilla de vidrio.
- 13- Lavar el ADN sumergiendo la varilla en una solución de etanol 70% en un tubo eppendorf.
- 14- Secar al aire.
- 15- Resuspender en 200 µl de agua estéril o con Tris/HCl 10mM pH 7,6. Se puede incubar toda la noche a 37 °C para una mejor resuspensión.
- 16- Correr 10 µl en un gel de agarosa 0,8% teñido con BrEt.

Extracción de DNA a partir de isopado de saliva

- 1- Utilizando un tip estéril, tomar la muestra de saliva (raspar un poco la mucosa bucal) y pasarlo a tubo estéril de 1.5 ml.
- 2- Agregar 200 ul de 5% de Chelex (homogenizar bien antes!) a la muestra.
- 3- Agitar los tubos vigorosamente durante 10 segundos.
- 4- Incubar a 56 °C por 30 min.
- 5- Agitar vigorosamente (vortex) durante 10 min.
- 6- Incubar en un baño de agua hirviendo durante 8 min.
- 7- Agitar vigorosamente 10 seg.
- 8- Centrifugar a máxima velocidad por 3 min.
- 9- Estimar la cantidad de DNA por gel de agarosa.

La muestra está lista para realizar la PCR. Almacenar a 4 °C o a -20 °C¹².

2.1.3 LA PRUEBA DE EN EL PROCESO PENAL

Eugenio Florián sostiene que prueba es todo aquello que en el proceso pueda conducir a la determinación de los elementos necesarios de juicio.

Prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente. En el caso de proceso penal ésta hipótesis es la denuncia, ésta afirmación es la acusación.

Si el fin del proceso es descubrir la verdad material o real de los hechos materia de un proceso, prueba será todo lo que pueda servir para lograr este fin. La prueba penal puede caracterizarse por la utilización de las novedades técnicas y científicas para el descubrimiento y valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de los resultados.

2.1.3.1 Importancia

La incorporación de la prueba al proceso penal es un correlativo al principio de presunción de inocencia del inculpado. “La prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales¹³

Al contrario de la llamada prueba legal, propia del sistema inquisitivo, la prueba en un sistema acusatorio garantista tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable.

La importancia de la prueba radica en que al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. “En las resoluciones judiciales solo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancia que hayan sido acreditados plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente objetivos.

Esta objetividad de la prueba no es contraria a la libre valoración de los juzgadores, esto significa que el conocimiento y la certeza de un hecho responden a una actividad racional.

¹² http://genoma.unsam.edu.ar/cursos/genetica_humana - Ciudad de México-Genética humana-Guía de trabajos prácticos -2007.pág.4-6

¹³ CAFERRATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, Ed.Depalma,Buenos Aires 1988,p.5.

2.1.3.2 Aspectos de la prueba

El fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que no siempre se distinguen con precisión:

a) Elemento de prueba

Es todo dato que proviene de la realidad y que se incorpora al proceso. Se dice que el elemento de prueba es la prueba en sí misma. Es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación, es decir que este dato sea relevante o de utilidad para obtener la verdad de los hechos.”¹⁴

La incorporación legal del elemento probatorio presupone que para su obtención no se vulneren los derechos fundamentales de las personas, utilizando la violencia o estableciendo la obligación de confesar, etc. Asimismo que se tenga presente el modo como una prueba debe ser actuado.

La prueba se incorpora al proceso siguiendo un modo preestablecido a fin de asegurar el control; algunos autores prefieren hablar de procedimiento probatorio, nosotros hablamos de medio de prueba.

Ejemplo: El dictamen pericial.

b) Órgano de prueba

Es la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso. Se constituye en un intermediario entre la prueba y el juez.

Son las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser oral o por escrito, como los dictámenes periciales).

Los órganos de prueba propios son el inculpado y el agraviado. Los testigos y los peritos son órganos de prueba extraños al proceso, que pueden haber obtenido el dato que portan de modo accidental o por encargo judicial, respectivamente.

c) Medio de prueba

Es el procedimiento que posibilita que un elemento de prueba ingrese al proceso. Responde a la necesidad de una incorporación ordenado de los elementos probatorios

¹⁴ VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T.1 P.314 y ss

y bajo el control legal, constituyéndose en una garantía para las partes, “significa la existencia de una estructura que atiende a la eficacia en la obtención y ejecución de la prueba y su producción simple. Es decir, despojarse de los obsoletos criterios establecidos para la ejecución de la prueba legal procedente en las distintas fases del proceso.”¹⁵ La reglamentación legal posibilita que el elemento probatorio ingrese al proceso para ser conocido por los sujetos procesales, con respecto del derecho de defensa de estas.¹⁶

Ejemplo: la regulación del peritaje legal.

d) Objeto de la prueba

Es aquello susceptible de ser probado. La prueba debe o puede recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado (cuando el agraviado se constituya en parte civil).

Ejemplo: aquello que se investiga, sobre lo que se dictamina el perito.

No podrán ser objeto de prueba los hechos notorios ni los evidentes, así como tampoco las presunciones legales, que no admiten pruebas en contrario¹⁷.

2.1.3.3 La valoración de la prueba¹⁸.

Tal como menciona Montero Aroca, la valoración de la prueba es uno de los temas relativos a la actividad probatoria que más se ha cuestionado y sobre los que más inexactitudes se han dicho.¹⁹ Es por ello que existen diversas perspectivas conceptuales, como las siguientes:

¹⁵ ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo, *Valoración de la Prueba en el proceso penal en: Valoración de la prueba*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1° ed.1996, p.112.

¹⁶ Cfr.CAFERRATAS NORES, José.Ob.Clt.p.21

¹⁷ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. 3ra ed., Lima (Palestra Editores) 1998, p. 265-268.

¹⁸ NEYRA FLORES, José Antonio. *La Prueba en el Proceso Penal Peruano. En su: La valoración de la prueba*. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2018. pp. 82-85.

¹⁹ MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad: Ensayo Polémico sobre el nuevo proceso penal*. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona. 2008. p. 436.

Según Jauchen la valoración probatoria "es el momento culminante del desarrollo procesal en el que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico y razonado sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan."²⁰

Para Nieva Fenoll, la valoración de la prueba es la "actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso."²¹

Devis Echandía señala que "por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido."²²

Según Taruffo, la valoración de la prueba "tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio."²³

Finalmente, citaremos a Xavier Abel Lluch, quien nos señala que: "la valoración de la prueba consiste en determinar la eficacia, tasada o libre, de la información obtenida con la interpretación"²⁴

Ahora bien, debemos tener en cuenta - preliminarmente- en qué momento del juicio oral se hace presente o se realiza la valoración de la prueba.

Para tal objetivo tendremos en cuenta lo propuesto por el autor Ferrer Beltrán, quien en su libro Valoración racional de la prueba judicial propone que existen tres momentos en la actividad probatoria judicial, los cuales son: 1º) La conformación del conjunto de elementos del juicio oral, 2º) La valoración de estos elementos, y, 3º) La adopción de la decisión judicial.

Tesis vista desde una perspectiva epistemológica de la prueba:

La primera fase marca el inicio de la actividad probatoria la cual se caracteriza por la entrega y admisión de medios de prueba, esta -ordinariamente- se desarrolla en la

²⁰ JAUCHEN, Eduardo. *Óp. Cit.* 715.

²¹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Óp. cit.*, p. 34

²² DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006. p. 16.

²³ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Marcial Pons. Madrid, 2008. p. 132.

²⁴ ABEL LLUCH, Xavier. Diez tesis sobre la valoración de la prueba, dos propuestas de la lege ferenda y un decálogo sobre motivación. En: *Derecho probatorio y la decisión judicial*. Sello Editorial Universidad de Medellín, 2016. p. 45.

Etapa intermedia del proceso que está a cargo del juez de la investigación preparatoria. Pero no debemos olvidar que extraordinariamente también se puede producir en la investigación preparatoria y al inicio del juicio oral, con la prueba anticipada y la nueva prueba respectivamente.

La segunda fase corresponde a la valoración del conjunto de elementos que han sido admitidos, se infiere que le precede la actuación, solo podrá valorar y considerar las pruebas que han sido actuadas en el juicio, ubicándolo así dentro de la primera fase de la actividad probatoria.

La tercera fase es propiamente la toma de decisión del órgano jurisdiccional, luego de que la valoración de la prueba le asignará algún valor o grado de confirmación a cada prueba, que servirán de base para sustentar la decisión del juzgador, es decir que generen convicción en el juzgador para fallar a favor o en contra del acusado. [...]

a) La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional fundamental.²⁵ Actividad encomendada a los jueces unipersonales o colegiados, según sea el caso, donde se hace notar el nivel democrático y garantista del sistema penal.²⁶ b) La valoración se realiza sobre las pruebas admitidas por el juez de la etapa intermedia o por el juez del juicio oral (prueba nueva o de oficio) y que hayan sido actuadas en la etapa correspondiente del juicio, claro que existe la excepción de la prueba anticipada regulada por nuestro Código, pero en suma todas las pruebas que serán valoradas deben ser ofrecidas, admitidas y practicadas en el proceso.²⁷ Excluyendo a las pruebas que no hayan sido incorporadas por medios legales que prevé nuestro ordenamiento o que hayan sido obtenidas violando derechos fundamentales.²⁸

c) El objeto de la valoración es fijar o interpretar un valor a los resultados obtenidos de la actuación probatoria, se otorgará según las leyes que rigen al ordenamiento y en sí, al sistema de valoración probatorio que hayan adoptado.

²⁵ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. Bosh. España, 2012. p. 464

²⁶ HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica. Lima, 2012. p. 27.

²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Cit. GIMENO, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2º Edición. Editorial Thomson - Civitas. Pamplona, 2015. p.90.

²⁸ CHAIA, Rubén. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2010. p. 117 - 133.

d) El resultado de la valoración son los resultados preliminares que tienen lugar en la mente del juzgador posterior al análisis individual y en conjunto de las pruebas actuadas, que serán materializados en la motivación de la sentencia. Para IGARTUA, el resultado probatorio es el desenlace de las operaciones mentales realizadas por el juez sobre los elementos de prueba, las cuales le llevarían a concluir la confirmación o no de los hechos imputados²⁹

2.1.3.4 DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA PRE-CONSTITUIDA Y LA PRUEBA ANTICIPADA.

2.1.3.4.1 LA PRUEBA PRE-CONSTITUÍDA³⁰

En la doctrina nacional es unánime en señalar que la prueba preconstituida se trata de un supuesto excepcional de la práctica probatoria en el juicio, por cuestiones de urgencia e irrepetibilidad. Sin embargo, mantienen ámbitos en los que no se encuentran del todo definidos, que dificulta identificarla claramente:

1.- Para SAN MARTÍN “la prueba preconstituida es una prueba documental que puede practicar el JIP [Juez de Investigación Preparatoria] y, a prevención, el fiscal y la Policía sobre hechos irrepetibles o indisponibles, y como tal tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba”³¹. Además señala, que tiene el carácter excepcional y que no es posible el contradictorio, y que puede deducirse del art. 383 del CPP2004, apartado 1), literal d) y e), con lo que quedaría comprendida dentro de esta categoría las denominadas declaraciones escritas recabadas por exhorto - que es un medio de prueba personal-, pudiendo incorporarse en este incluso a la “prueba trasladada”. Por otro lado, enumera - el referido autor – también “diligencias objetivas e irreproducibles” las actas de detención, reconocimiento, registro inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otros³²; con ello queda confundida en la prueba preconstituida tanto los actos como las actas que los documentan. Agrega que, se incluye el reconocimiento realizado con

²⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El Comité de Derechos humanos, la casación penal española y el razonamiento probatorio*. Editorial Thomson - Civitas. Madrid, 2004. p. 109.

³⁰ Eric Salas Barrera. Lima 2018. En su Tesis titulada “La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Pags.63-72.

³¹ SAN MARTÍN CASTRO en *Lecciones de derecho procesal penal*, Lima, INPECCP, 2015, pág. 338.

³² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2012, págs. 311-312.

presencia de la defensa, con lo que se confunde con la prueba anticipada, ya que pone como único elemento diferenciador entre ambas categorías procesales la intervención del juez, resumiéndose con ello la identificación de la prueba preconstituida con aquellos casos que no alcanza a los presupuestos de la prueba anticipada. [...]

2.- En el caso de TALAVERA, él nos explica que la preconstitución es un fenómeno complejo que no puede ser subsumido en una única categoría. Explica que la prueba preconstituida es “aquella practicada antes del inicio formal del proceso o en la propia fase de investigación, observando las garantías y las prescripciones legales, con la finalidad de asegurar o mantener la disponibilidad de las fuentes de prueba [...] Lo que se preconstituye son las fuentes de prueba. La práctica de un medio de prueba solo es posible, y solo tiene sentido, dentro del juicio oral, de manera que no se puede preconstituir el medio de prueba desde el momento en que su existencia no tiene sentido fuera de dicha fase procesal”³³. Asimismo indica que se diferencia de la prueba anticipada en la imprevisibilidad de la indisponibilidad de la fuente. Daría la impresión que la prueba preconstituida se trataría de un cajón de sastre, donde caben todos aquellos actos de investigación que no son prueba anticipada.

En consecuencia, la posición de TALAVERA es que la prueba preconstituida es la fuente, entendida este como los elementos, datos o información, es decir, se trata del contenido del acta que lo documento, contrario a la posición de SAN MARTÍN que en forma expresa, finalmente, ha señalado que se trata de prueba documental.

3.- Por su parte, NEYRA FLORES expresa que: “Si bien el nuevo código procesal no menciona expresamente a la prueba preconstituida, podemos deducirla, tomando en cuenta que es aquella prueba realizada antes de iniciarse el proceso y donde no interviene para nada la figura de un juez y que por su naturaleza y características deben ser consideradas actos definitivos e irreproducible, que se llevan a cabo durante la investigación preliminar o la investigación preparatoria y no es posible postergar su realización hasta la realización del juicio” y que “vista desde la perspectiva de excepción al principio de inmediación con relación a la prueba, debe ser valorada

³³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual el de Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común*. Lima, GTZ, 2009, pág. 72,73.

cuando se cumple los requisitos legalmente establecidos para su actuación y deben interpretarse siempre de manera restringida”³⁴ [...]

6.- Por su parte, SEGURA ALANIA, identifica a la prueba preconstituida con la información anotada en las actas respecto a las diligencias preliminares urgentes e irrepetibles y que “normalmente está orientada a perennizar el objeto, instrumento o cualquier otro dato encontrado en la escena del lugar donde ocurrió el hecho delictivo”³⁵ y asimismo señala que “el medio de prueba por el que introduce al proceso una prueba preconstituida es a través del actas y en tanto justifique por su carácter de urgente e irrepetibilidad, debemos exceptuar su actuación y optar por su sola lectura” pero además se requerirá la concurrencia de quién elaboró el acta para someterlo al examen³⁶.

7.- Contrariamente a todos los autores antes indicados, CHOCANO NÚÑEZ rechaza la utilización del término prueba preconstituida. Explica que: la “locución Prueba “Preconstituida” es polisémica puesto que es muy usada en el Derecho Procesal pero con distintos significados, algunos de los cuales coinciden con el de Prueba “anticipada”³⁷. Asimismo, dice que en “la investigación criminal la fuente de prueba es el hecho punible, no obstante lo cual el hecho no produce la prueba en forma directa e inmediata, pues esto haría al juez un testigo, sino que la genere a través de medios de prueba. En otros términos, el hecho punible genera medios que contiene prueba que se deben revelar ante el juzgador. La posibilidad de que se preconstituya una prueba del hecho punibles prácticamente imposible”. Lo relevante en este autor es que baraja la posibilidad de inutilizar el concepto de prueba preconstituida.

La conclusión a la que podemos arribar hasta el momento es que, ha resultado sumamente difícil para la doctrina nacional abordar este tema, y cuando lo ha hecho,

³⁴NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima, IDEMSA, 2010, pág. 617; EL MISMO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Lima, IDEMSA, 2015, pág. 355,356.

³⁵UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando. *Búsqueda de pruebas y restricción de derechos*. En: Alexánder Claros Granados y Gonzalo Castañeda Quiroz, *Nuevo Código Procesal Penal Comentado*. Volumen 1, Lima, Legales, págs. 696-719.

³⁶SEGURA ALANIA, Joel. *La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano*; en PRIORI POSADA, Giovanni, *Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso*. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.

³⁷CHOCANO NÚÑEZ, Percy. *Derecho Probatorio y Derechos Humanos*. 2da. Edición, Lima, Idemsa, 2008, pág. 147.

las posiciones no han sido unánimes ni claras. No obstante, es importante resaltar que, al parecer lo que la doctrina, como la jurisprudencia, han pretendido fundamentar con la denominación prueba preconstituida no es más que, el resultado de los actos de investigación, denominándole acto de investigación que se convierte en acto de prueba, aunque en realidad no se produzca esa metamorfosis, sino es una forma de diferenciar los actos que proporcionan información en la investigación y en el juicio. El cuestionamiento siempre se ha presentado sobre el cumplimiento de los principios que rigen el juicio oral: inmediación, contradicción y oralidad. Sin embargo, consideramos que ese problema se mantendrá en tanto y en cuanto se siga considerando que la prueba en estricto existe antes de la afirmación de los hechos. Si es que ubicamos a la prueba en un momento antes de la afirmación de los hechos probados, precisamente en la valoración positiva de los elementos de convicción, la información proporcionada antes de esa etapa no tendrá la calidad de prueba.

2.1.3.4.2 LA PRUEBA ANTICIPADA

Es aquella practicada antes del juicio, con intervención del juez en condiciones que permiten la contradicción, cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudiera motivar su suspensión. El art. 325° la equipara al acto de prueba.

La prueba anticipada debe ser actuada con los requisitos que corresponderían a su práctica en el juicio, especialmente inmediación ante el juez, con citación de las partes y con plena intervención de ellas (contradicción).

La prueba anticipada se caracteriza por el hecho de que la no disponibilidad de la fuente de prueba para el juicio oral resulta siempre “previsible” en el momento en que se solicita la práctica de dicha prueba. Se realiza la actuación probatoria en un momento anterior a aquél en que correspondía o era propio.

Momento en que puede solicitarse:

- a) Durante la investigación (art. 242°)
- b) En la fase intermedia (arts. 242.2 y 351°)

Supuestos de prueba anticipada (Art. 242°):

1. Testimonial o examen del perito
2. Careo entre las personas que han declarado

3. Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones

La audiencia de prueba anticipada se desarrolla en acto público y con la participación de todos los sujetos procesales. Las pruebas deben ser practicadas con las formalidades del juicio oral (art. 245°)³⁸

2.1.4 LA PRUEBA DE ADN EN EL PROCESO PENAL

2.1.4.1 Prueba pericial de ADN

La prueba pericial de ADN, independientemente de la técnica utilizada, en el proceso penal, consiste en la comparación de la composición de ADN de una muestra dubitada -aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece-, y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos-, con el fin de comprobar la coincidencia de los marcadores genéticos de ambas, pudiendo servir caso positivo de evidencia acerca de una determinada autoría en el subsiguiente proceso penal, siendo un medio idóneo para determinar la pertenencia de vestigios biológicos a un concreto individuo con un alto grado de fiabilidad. En todo caso, lo que va a probar esta pericia es la presencia del ADN del sospechoso o imputado en el lugar de los hechos, no su autoría o participación en ellos, que deberá ser acreditada mediante otros elementos probatorios. Por sí sola, la prueba de ADN es insuficiente para fundar una condena. A esta definición habría de añadirle la utilización de la citada prueba para el reconocimiento de cadáveres.

Por esta razón, la técnica de ADN como medio de prueba ha alcanzado un peso relevante en la investigación criminal a la hora de la determinación de la identidad de determinados restos biológicos hallados en la escena del crimen.

Medio de prueba cuya valoración corresponde en última instancia al órgano judicial y que se puede descomponer en los siguientes momentos:

a) En la escena del crimen. Tras adoptar las cautelas inherentes a este tipo de diligencias (aproximación, localización e identificación, y aseguramiento de las evidencias), comienza la recogida de la muestra dubitada con la observancia de las garantías propias de la cadena de custodia de las evidencias respecto de sangre, saliva, espermatozoides, restos celulares por descamación, pelo, uña, músculo, cartílago,

³⁸ TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal* [diapositivas]. Chiclayo: Escuela del Ministerio Público, 2010. 61 diapositivas.

médula y pulpa; vestigios que pueden encontrarse en cualquiera de los escenarios en los que se desarrolló la comisión del delito, en las piezas de convicción o ejecución.

b) En el laboratorio. La identificación por ADN no es posible estudiando sólo un vestigio biológico recogido en la escena del delito, sino que es necesaria la existencia de una muestra indubitada de referencia tomada a un individuo identificado con la que poder efectuar la comparación. Tras el cotejo de los perfiles obtenidos en ambos tipos de muestras se procede a la identificación positiva en caso de coincidencia de perfiles genéticos, o a la exclusión en caso de no coincidencia entre los perfiles de ambas muestras. Las bases de datos de perfiles de ADN permiten estas comparaciones de forma rápida y masiva, tanto de muestras dubitadas entre sí -con el fin de conocer si está involucrada la misma persona en diferentes hechos delictivos-, como entre muestras dubitadas e indubitadas para conocer o descartar la identidad del donante del vestigio encontrado en la escena.

c) Dictamen pericial. El documentado por escrito y aportado al juzgado en la fase de instrucción y ratificado en el acto de la vista del juicio oral con intermediación judicial y sujeto a contradicción. Pero la verdadera importancia de este medio de prueba radica en el efecto identificador de una muestra sin entrar a valorar otras consideraciones⁵⁶ y, aunque su valor no es absoluto⁵⁷, permitirá determinar la pertenencia de la muestra a un sujeto con un grado de probabilidad muy alto y, por ende, concretar el grado de participación de aquél en los hechos investigados mediante el establecimiento de la correspondencia de ADN del presunto sospechoso contra quién dirigir la acción penal.

2.1.4.2 LA PRUEBA DE ADN COMO INTERVENCIÓN CORPORAL.

Para la correcta realización de la prueba de ADN -como diligencia de investigación en el seno del proceso, o incluso antes, si se cuenta con autorización del investigado-, con el fin de que se convierta en prueba de cargo, es preciso la realización de una intervención corporal dirigida a la obtención de una muestra biológica del cuerpo del investigado, para, una vez analizada, proceder a su cotejo con el obtenido del análisis de las muestras recogidas a lo largo de la investigación o con las conservadas en la base de datos de ADN dimanantes de otras investigaciones.

Intervención corporal que se enmarca en un conjunto de pericias que, bajo la denominación genérica de “diligencias de intervención corporal”, comprenden de:

a) Las denominadas inspecciones corporales, que son las que se realizan por encima de la ropa y sin afectar directamente a ninguna zona específica (cacheos),

entendida como mera inspección o registro que puede realizar la policía sin necesidad de autorización judicial; y,

b) Las llamadas intervenciones corporales en sentido estricto, que son intervenciones directas sobre el cuerpo o sobre parte del mismo, y cuya finalidad es obtener elementos biológicos tales como uñas, sangre, orina, biopsias, pelo o muestras de piel, entre otras.

No es tarea fácil elaborar un concepto de intervención corporal. El principal inconveniente deriva de la ausencia de regulación específica en la materia; vacío normativo que va más allá del problema conceptual afectando a todo el régimen jurídico de tan importante medida. A tal fin y partiendo de esta concepción inicial y, siguiendo a **MATALLÍN EVANGELIO**³⁹ comenzaremos destacando las notas que definen este tipo de diligencias:

- 1) Se trata de diligencias sumariales de investigación
- 2) Restrictivas de derechos
- 3) Que contarán con el carácter de prueba pre-constituida.

Esta consideración trae causa de la singular potencia acreditativa de las modernas técnicas de análisis, biológicas y científicas, que permiten obtener conclusiones muy precisas sobre los hechos sujetos a discusión en el seno del proceso penal, al desplazar de alguna manera los tradicionales medios de prueba -como la documental y testifical-, dejando paso a una prueba pericial cada vez más relevante.

- 4) Que recaen sobre el cuerpo humano vivo
- 5) Que no es precisa la obtención del consentimiento del afectado
- 6) Con la posibilidad del empleo de la “vis coactiva” si fuera preciso
- 7) Mediante la práctica de una intervención en el cuerpo del investigado.

El crecimiento exponencial en el uso de la prueba, que podíamos denominar “estrella” de ADN contribuye definitivamente a ello: “La eficacia de la investigación criminal depende en gran medida de la cantidad y calidad de la pericia que se practique, y ésta

³⁹ Vid MATALLÍN EVANGELIO, A.; “Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal”. Cit. Pág. 16. Las intervenciones corporales se realizan en el proceso preliminar (sumario o diligencias previas)

a su vez depende de la obtención de muestras y residuos”. Para su correcta realización hay que cumplir con las siguientes requisitos:

- a) Que la intervención no revista peligro grave para la salud de los derechos fundamentales
- b) Que cuenten –en su caso- con el consentimiento informado del interesado y,
- c) Que la medida adoptada sea proporcionada, desde el triple filtro de la adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴⁰

2.1.4.3 INTERVENCIONES CORPORALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Las intervenciones corporales (IC en adelante), en tanto que diligencias sumariales de investigación que implican una intervención sobre un cuerpo humano vivo, suponen en todo caso una afectación de distinta intensidad – según el tipo de IC que se practique-, de los derechos fundamentales de la persona sobre la que recaen⁴¹.

Los derechos fundamentales afectados en la práctica de las intervenciones corporales que proceden como diligencia en el proceso penal son; el derecho a la intimidad, la dignidad de la persona, derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad, derecho a no declarar contra sí mismo y presunción de inocencia.

Estos derechos pueden ser afectados o vulnerados en el desarrollo de las diligencias de investigación dado que inciden de manera directa en el cuerpo humano del sujeto pasivo o encausado, de tal manera que el control de legitimidad de las intervenciones corporales será más estricto en proporción al grado de vulneración del derecho fundamental. [...]

a. Derecho a la intimidad.

En la Constitución Política del Perú el derecho a la intimidad se encuentra establecido en el artículo 2 inciso 7 que a la letra señala lo siguiente: *Al honor y a la buena reputación, a la **intimidad** personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias [...]*

⁴⁰ JOSÉ MARÍA GARZÓN FLORES. Madrid 2017. En su Tesis titulada “La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Escuela Internacional de Doctorado. Pag.13-16.

⁴¹ Esta es la nota característica de las intervenciones corporales ya que los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos públicos reconocidos por la Constitución, se erigen en componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del sistema democrático. GÓMEZ AMIGO, L.; “*Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*”. Cit. Pág. 39

Por otro lado, la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional interpreta que existe una distinción entre las intervenciones que vulneran el citado derecho a la intimidad que habrían de ser “aquellas que recayeren sobre las zonas susceptibles de calificarse como ‘íntimas’, e intervenciones corporales que por no recaer sobre tales zonas íntimas quedarían fuera del marco de actuación de dicho precepto”⁴²

También jurisprudencia del Tribunal Constitucional prevé que el derecho a la intimidad, en ciertos casos podría mitigarse ante el interés público porque, al igual que establece la STC 207/1996, no se consideran ni al derecho a la intimidad ni al derecho a la integridad física derechos absolutos. Esta mitigación será únicamente posible por decisión judicial que, en todo caso, deberá ordenar la ejecución de la actividad probatoria de una manera “respetuosa con la dignidad de la persona y no constitutiva de trato degradante alguno”.

Sin embargo, este criterio jurisprudencial ha sido muy criticado dado que parece establecer el límite garante en función de la zona del cuerpo de la que tratare.

Gil Hernández se muestra como parte de la doctrina que rechaza o critica esta postura, llegando a plantear incluso si se trata más bien de “‘derecho del recato’ en virtud del cual si la intervención se practicara en cualquier otro miembro o zona del cuerpo no se podría hablar de derecho a la intimidad personal”⁴³.

b. Dignidad de la persona.

Tal como lo establece nuestra Constitución Política del Perú en su artículo primero: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.*

Este derecho constituye un estado mínimo que no puede ser vulnerado, es decir es un derecho invulnerable por excelencia en un Estado Social y Democrático de Derecho. Independientemente de las actuaciones llevadas a cabo en las intervenciones corporales en ningún caso cabría la vulneración de la dignidad de las personas.

c. Derecho a la integridad física y moral.

⁴² GIL HERNÁNDEZ, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 1995, página 48

⁴³ *Ídem*

Nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 2° Derechos de la Persona, inciso 1 establece: *Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]*

Con respecto al derecho extranjero, la jurisprudencia del tribunal constitucional español admite la posibilidad de limitar los derechos de la integridad física y la intimidad.

La CEDH contempla que los derechos fundamentales previstos en el artículo 15 de la Constitución Española no son vulnerados por las intervenciones corporales en el desarrollo del proceso penal, en lo relativo “a la prueba de extracción de material sanguíneo ni respecto de exámenes ginecológicos (TEDH Caso Tyrer, de 25 de abril de 1978)”⁴⁴ dado que se presumen acompañadas de las garantías que hacen eliminar el carácter vulnerador de dichos derechos fundamentales.

d. Derecho a la libertad.

Este derecho, en la mayoría de los casos en los que procesa una intervención corporal, se verá afectado, salvo en aquellos en los que el investigado se someta de forma voluntaria a la intervención.

Sin embargo, el mismo precepto constitucional número 17. 1 prevé “su limitación en los casos y forma previstos en la ley” siendo necesario entonces hacer referencia al artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. “En interpretación del citado anteriormente precepto, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su Decisión de 13 de diciembre de 1979 considera afectado el derecho a la libertad, aunque sea por un corto espacio de tiempo, cuando es preciso trasladar a la persona objeto de una investigación a alguna dependencia para realizar exploraciones o pruebas preceptivas”⁴⁵.

Podemos decir que no existe un precepto normativo que regule los casos en los que proceda detención con la finalidad de llevar a cabo una intervención corporal salvo los artículos 492 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual sólo prevé los casos en los que dicha detención procedería por la existencia de una previa sospecha de comisión de un hecho punible por parte del investigado.

⁴⁴ GIL HERNANDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995 página 52.

⁴⁵ GIL HERNANDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995, página 54.

2.1.5 LA CADENA DE CUSTODIA

La cadena de custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su mismidad, para los efectos del proceso.

La cadena de custodia ha sido una de las herramientas más promocionadas con la innovación del Nuevo Código Procesal Penal 2004, y sus nuevos modelos acusatorios transversariales incorporado a su cuerpo normativo en los artículos 220 y 221; el anterior Código Procedimiento Penales 1940 respecto a la cadena de custodia militaba un gran vacío, pero ha sido suplido con la vigencia de este innovador cuerpo normativo que recoge distintas figuras nuevas que ayudan a realizar una investigación Pública, Oral e Imparcial que incorpora procedimiento de investigación para preservar la autenticidad de los elementos de prueba que se van acopiando en la investigación. No obstante a ello ni el Código Procesal Penal 2004 ni el Reglamento de cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes (Aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN), no aprecia sobre la ruptura de la cadena de custodia y los efectos jurídicos que genera como nulidad, anulabilidad, inadmisibilidad o improcedencia de las evidencias recolectadas del cuerpo del delito, siendo esta la razón de un Acuerdo Plenario.

2.1.5.1 LA FÓRMULA DE LAS FUENTES DE PRUEBA PROPUESTA POR EL ACUERDO PLENARIO El acuerdo plenario N° 06 – 2012/CJ – 116, antes de precisar la problemática de cadena de custodia advierte un criterio de clasificación de las fuentes de prueba que recoge el Código Procesal Penal 2004, que se encuentra en función a la persona o cosa, de donde se deriva entre medios de investigación o de prueba, a partir del cual se distingue entre “medios de investigación o de pruebas personales, y medios de investigación o de pruebas materiales o reales”, asimismo aclara la partición de los términos “cuerpo del delito” y “evidencia física”, tomando como referencia el Código Procesal Penal a un sistema euroamericano¹, por la que deduce que el cuerpo del delito comprende al conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre los cuales o mediante los cuales se cometió el delito; así como también cualquier cosa o bien que sea efecto inmediato del mismo o que se refiere a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba. No obstante, lo que resulta útil, antes de analizar el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto a la cadena de custodia, es importante recordar las distintas categorías de la actividad probatoria a fin de identificar con cuál de estas categorías se realiza la cadena de

custodia, por lo que tenemos en consideración lo siguiente: **Elemento de prueba**, dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto acerca de los extremos de la imputación delictiva. **Objeto de prueba**, lo que pretende acreditar en el proceso, siendo los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. **Medio de prueba**, siendo el procedimiento específico y normado por la ley para introducir la información probatoria al proceso. **Órgano de prueba**, Es la persona a través de la cual se incorpora la información. **Fuente de prueba**, es aquella realidad tangible o aprehensible que brinda o de la cual fluya la información que podrá ingresar al proceso, a través de alguno de los medios que la ley regula.

Acuerdo Plenario N° 06 – 2012 (fj. 8) 2 Acuerdo Plenario N° 06 – 2012 (FJ. 8) se asume también una clasificación del cuerpo del delito propuesta en una sentencia del Tribunal Español.

Advirtiéndose que las fuentes de prueba son las que serán materia de registro y cuidado, a través de la cadena de custodia, cuidando el procedimiento, conservación y la autenticidad de los elementos materiales incautados, siendo el propósito de la cadena de custodia de establecer y unificar procedimiento básicos a efectos de garantizar la autenticidad y conservación de los elementos materiales, indicios incorporados en la investigación de un hecho punible, auxiliado por las ciencias forenses, la criminalística, entre otras disciplinas y técnicas que sirvan a la investigación criminal, las que se someten a pericias correspondientes, las que serán actuadas posteriormente en juicio y de las que se deriven los elementos de pruebas necesarios, para crear convicción en el juzgador sobre los hechos que pretender acreditar, actuándose y valorándose la evidencias que fue recogida inicialmente en la etapa de investigación, vale aclarar que la cadena de custodia serán para los delitos de acción pública mas no de acción privada, es así que el artículo 462 inciso 3 del Nuevo Código Procesal Penal precisa otorgar facultades al querellante particular, las facultades y obligaciones de ser titular de la acción penal y tiene a su deber de la carga de la prueba, en estos procesos de acción privada la acción penal (querella) se debe respetar las garantías constitucionales de carácter procesal y material (debido proceso, derecho a defensa, contradicción y otros) respecto a la prueba ofrecida tanto por parte del querellante y querellado.

Para ANGULO ARANA: Reglamento de la cadena de custodia de elementos de materiales, evidencias y administración de bienes incautados, (Aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN). Casación N°063 – 2011 – Huaura. “Esta técnica de investigación tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), arma de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados; etc entregados a los laboratorios criminalísticas o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un proceso pericial”. La cadena de custodia a diferencia de otros medios de autenticación no solo corrobora de manera eficaz la mismidad de la fuente de prueba obtenida en la investigación, sino que también da cuenta de sus características y los funcionarios que estuvieron a su cargo.

2.1.5.2 ASEGURAMIENTO DISPOSICIÓN SOBRE EL INMOVILIZACIÓN Y RECOJO DESTINO FINAL DEL FONDO La cadena de custodia cuenta con procedimientos y principios: **El Control**, de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias, y bienes incautados hasta su destino final. Así como del actuar de los responsables de la custodia de aquellos. **La preservación**, de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados, para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento. **La seguridad**, de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza. **La mínima intervención**, de funcionarios o personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación. La descripción detallada de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible; del medio en que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen en aquellos, entre otros. La cadena de custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos

Durante las primeras diligencias o incorporadas en el curso de la investigación y concluyendo con la disposición o resolución que establezca su destino final, los formatos de cadena de custodia son de descripción minuciosa y detallada de los caracteres, medidas, peso, tamaño, color, especie, estado entre otros datos del medio en el que se hallaron los elementos materiales y evidencias, de las técnicas utilizadas

en recojo y pericias no se admiten enmendaduras, en el caso que amerite una corrección esta se efectuará entre paréntesis, explicando los motivos que la generaron. Los bienes materiales y las evidencias recolectadas o incorporadas, deberán ser debidamente rotulados y etiquetados para su correcta identificación y seguridad e inalterabilidad.

2.1.5.3 SOBRE LOS EFECTOS JURIDICOS DE LA RUPTURA DE LA CADENA DE CUSTODIA.

Para **GONZALES NAVARRO** señala: “Del enfoque que se tenga sobre cadena de custodia dependerá el entendimiento de los efectos jurídicos de su ruptura, es decir, de cuando en alguno de los eslabones de la cadena de custodia se pierde la garantía de identidad entre lo incautado y lo entregado al fiscal, perito o juez. Así, las consecuencias de este hecho dependerá si se le considera la cadena de custodia como un medio más para satisfacer el requisito de autenticación de la fuente de prueba o si se le trata como un medio de autenticación que exige un rigor especial y que es necesario respetar en ciertos fuentes de prueba o si se le reconoce como una regla de exclusión”. En el primer de los supuestos la ruptura de la cadena de custodia en definitiva no afectaría la admisibilidad del material recogido como medio probatorio y tal vez hasta su observancia no sería exigible en todo los casos, siempre que se cuente con otro medio idóneo con el que se pueda alcanzar el mismo objetivo de verificación de la autenticidad de la fuente de prueba. **COMPLETA RUPTURA DE CADENA NO EXISTE CADENA DE CUSTODIA** Al respecto no habría inconvenientes si la cadena de custodia ha cumplido su finalidad destinada a garantizar su individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias recolectadas de acuerdo a su naturaleza e incorporados en toda investigación de hecho punible, puesto que la no existencia de cadena de custodia ha sido una mala praxis durante la vigencia del Código Procedimiento Penales 1940, existiendo un gran vacío por lo que era normal enviar a la Oficinas de Criminalística de la Policía Nacional del Perú sin la respectiva cadena de custodia, respecto a los efectos de la ruptura de la cadena de custodia de acuerdo plenario N° 06 – 2012, aquí se presente una irregularidad o un acto procesal defectuoso, que no determina su nulidad, inadmisibilidad o inutilización⁵. Se considera que esta irregularidad en la aplicación de la cadena de custodia no implica necesariamente o automáticamente que el material probatorio resguardado sea “inauténtico y por consiguiente, que carece a eficacia probatoria”, en tanto, como es una de las formas de acreditar la mismidad del bien, objeto o cosa incautada, las partes en uso de su libertad probatoria (157. 1. NCPP), pueden acreditar la autenticidad de la misma, a través de los diversos medios de

prueba reconocidos por la ley. Cabe indicar que el Acuerdo Plenario N° 06 – 2012, concluye también que los errores formales o de poca entidad en la propia elaboración de las actas y formatos en modo alguno ocasionan la eficacia probatoria a la cadena de custodia y que en todo caso, la decisión acerca de la autenticidad de un elemento material corresponde llevarse a cabo recién en la valoración, como parte del juicio de valor que el juez debe realizar sobre el grado de credibilidad de la prueba practicada en juicio. En este sentido se concluye que la ruptura de cadena de custodia no es un problema de ilegitimidad de la prueba o prueba ilícita que ocasione su inutilización, porque no vulnera el contenido constitucionalmente garantizado de ningún derecho fundamental, esta ruptura de cadena de custodia no tiene efecto que la fuente de prueba incumpla los requisitos señalados anteriormente, sino que afecta la credibilidad del material probatorio, por la posibilidad de su manipulación y la falta de confianza de los elementos probatorios que se deriven de este. Aspectos que finalmente serán evaluados por el juez al momento de su valoración de la prueba, en donde realizará la credibilidad del material probatorio para producir los elementos probatorios que le atribuyen las partes, en ese momento es que el juez haciendo uso de su libre valoración podrá dejar de tener en cuenta el material probatorio que no haya sido autenticado a través de otros medios y que por su naturaleza 5 Acuerdo Plenario N° 06 – 2012 (FJ. 13) no garantizan que los elementos probatorios que deriven de este sean confiables y por ende, no lo crean convicción necesaria para tenerlos en cuenta⁶.

En consecuencia, si bien la cadena de custodia es el medio de autenticidad más eficaz para verificar la identidad del material probatorio recogido en la investigación y para su preservación a lo largo de las fases de la actividad probatoria, su ruptura no implica el cuestionamiento a su pertinencia de fuente probatoria, sino más bien a su idoneidad para acreditar un hecho, aspecto que debe ser evaluado, en todo caso, al momento de su valoración, mediante un análisis probatorio en su conjunto. Esta idoneidad podrá salvarse en algunos casos, mediante otros medios de autenticación, dependiendo de la naturaleza del material probatorio como se ha señalado anteriormente, ya que, también habrá de aquellos casos en los que la ruptura de cadena de custodia afecte de forma trascendental la idoneidad del material probatorio, en estos casos el Juez no deberá tener en cuenta el material probatorio afectado para crearle convicción, expresando de manera motivada los fundamentos de decisión, como corresponde. La

falta de diligencia en el procedimiento de cadena de custodia no debe significar, por ende, la exclusión automática de la fuente de prueba del proceso⁴⁶.

2.1.5.4 PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CADENA DE CUSTODIA DE ACUERDO AL REGLAMENTO DE CADENA DE CUSTODIA DE EVIDENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO-PERÚ

a) El control de todas las etapas desde la recolección o incorporación de los elementos materiales, evidencias y bienes incautados hasta su destino final, así como el actuar de los responsables de la custodia de aquellos.

b) La preservación de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados para garantizar su inalterabilidad, evitar confusiones o daño de su estado original, así como un indebido tratamiento o incorrecto almacenamiento.

c) La seguridad de los elementos materiales y evidencias, así como de los bienes incautados con el empleo de medios y técnicas adecuadas de custodia y almacenamiento en ambientes idóneos, de acuerdo a su naturaleza.

d) La mínima intervención de funcionarios y personas responsables en cada uno de los procedimientos, registrando siempre su identificación.

e) La descripción detallada de las características de los elementos materiales y evidencias además de los bienes incautados o incorporados en la investigación de un hecho punible, del medio en el que se hallaron, de las técnicas utilizadas, de las pericias, de las modificaciones o alteraciones que se generen en aquellos entre otros.

2.1.5.5 Etapas de la Cadena de Custodia de evidencias.

Paso N° 1.- Recojo y embalaje de la evidencia

Escena de los hechos: aquí se inicia la recolección de indicios, se registran en una plantilla con una descripción de los mismos y las circunstancias de levantamiento. Se identifica al funcionario que recolectó cada indicio.

Se describe las condiciones de preservación del indicio conforme a su naturaleza.

Paso N° 2.- Traslado de la evidencia en cadena custodia

Traslado: los indicios son trasladados a los laboratorios forenses.

⁴⁶ ANGULO ARANA, Pedro. La investigación del Delito en el nuevo código procesal penal. 1ra ed., Lima (Gaceta Jurídica) 2006.

Este traslado, bajo custodia policial o judicial, debe quedar registrado también detallando en la plantilla fecha, hora, nombre y firma de quien la recibe y quien la entrega, entre otros datos.

Paso N° 3.- Análisis de la evidencia en cadena de custodia

Análisis: Los indicios llegan a los laboratorios forenses para ser analizados. La recepción del material también debe ser registrada con los datos correspondientes, así como cada movimiento de los indicios y cada lugar de permanencia y personal a cargo.

Paso N° 4.- Almacenamiento de la evidencia en cadena de custodia

Almacenamiento: Finalmente, los indicios se almacenan según su tipo en refrigeradores, bóvedas, anaqueles o en el lugar que corresponda donde puedan mantenerse correctamente y sin contaminarse.

Paso N° 5.- Exhibición de la evidencia en el juicio oral.

Este documento es muy importante, porque protege a los integrantes de la investigación, de cuestionamientos que puedan generarse sobre la credibilidad de los resultados del estudio de las evidencias, demuestra que la evidencia ha sido controlada en todo momento, evitando su contaminación o alteración, observándose una limitada cantidad de intermediarios. Este documento deberá contar con información de:

- Fecha y hora de recojo de la evidencia
- Lugar y ubicación precisa de donde fue localizada
- Tipo de soporte y contenido
- Nombre y firma de técnico que recogió la muestra
- Tipo de examen solicitado
- Entidad atenuante
- Descripción breve del caso
- Nombre y firma del Fiscal o testigo, que da fe de su originalidad.
- Nombre y firma de quienes recepta la muestra en el laboratorio forense
- Finalmente, información de todos aquellos que tuvieron en sus manos la evidencia indicando la razón de la misma.

En el proceso del análisis de la evidencia física, existen muchas fuentes de error. La evidencia en la mayoría de los casos es descubierta por el policía quien es el primero

en acudir a la escena del crimen, pero solo debe ser coleccionado, empaquetado y transportado por el especialista en escena del crimen que tiene los conocimientos adecuados en el manejo de la evidencia física.

Una vez que llega al laboratorio, tiene que ser registrado y se le asigna un número de identificación, es almacenado, evitando entremezclar con otra evidencia, y finalmente analizado por el criminalista, técnico de laboratorio de crimen, o el científico forense. [...]

Concluido todos los análisis, la evidencia debe ser apropiadamente reembalada y reetiquetada y una vez más transportada al almacén. Un reporte es preparado y el contenido de ese reporte debe ser precisamente correcto y científico. Es bastante evidente que todo este proceso de transporte de la evidencia da lugar a numerosas posibilidades de error, debido ya sea a su posible destrucción, maltrato o contaminación de la evidencia. Por lo que es importante tomar todas las medidas de control necesarias para proteger la originalidad de la evidencia física⁴⁷.

2.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.2.1 PROBLEMA GENERAL: ¿La Sentencia Plenaria N° 2-2018/CIJ-433, sobre el examen de ADN en el ámbito procesal, en especial en los delitos sexuales; establece adecuadamente los criterios adecuados y necesarios para valorar dicha prueba científica?

2.2.2 PROBLEMA ESPECÍFICO

¿Aporta suficiencia probatoria el examen científico de ADN al proceso penal seguido por delitos de violación sexual? ¿Cuáles son las limitaciones procesales y científicas del examen científico de ADN? ¿Cuál es el grado de confiabilidad de la prueba de ADN en los delitos sexuales?

OBJETIVOS

2.2.3. Identificación de los objetivos

1. General

Analizar la Sentencia Plenaria Casatoria N° 02-2018/CIJ-433 – El examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales.

⁴⁷ SANTOS LOVATON, Juan Edson. Escena del crimen y evidencia biológica en los delitos de violación sexual en el Nuevo Código Procesal Penal. 1ra ed., Arequipa (Cromeo Editores) 2018, p.30-34.

2. Específicos

- ✓ Analizar los parámetros y criterios de que se deben tomar en cuenta en la valoración de la prueba científica de ADN en los delitos de violación sexual.
- ✓ Si el examen científico de ADN aporta suficiencia probatoria a los procesos penales seguidos por delitos de violación sexual.

2.3. VARIABLES

2.3.1. Identificación de las variables

1. Variable Independiente Delitos contra la Libertad Sexual

2. Variable Dependiente Valoración de la prueba científica de ADN y su suficiencia probatoria.

2.4. SUPUESTOS

- 1.** En los casos de valoración de la prueba científica de ADN, se ha establecido como precedentes vinculantes los parámetros que deberá tener en cuenta el juez al momento de la valoración probatoria en la investigación de los delitos contra la Libertad Sexual.
- 2.** El examen de ADN como medio de prueba pericial requiere ser corroborado por otros elementos periféricos ya que por sí mismo solo podría dar cuenta de un indicio.
- 3.** El examen de ADN es uno de los medios más prestigiados en el ámbito de la criminalística, considerándosele un medio de prueba altamente objetivo a razón de encontrar una huella genética o perfil genético que permita encontrar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. METODOLOGÍA:

El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA EXPLICATIVA.

3.2. MUESTRA:

La muestra de estudio estuvo constituida por el **I Pleno Jurisdiccional Casatorio: El examen de ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales**, emitido por las Salas Penales Especial, Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en función del nuevo marco normativo del Código Procesal Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4 del CPP, que autoriza resolver una cuestión problemática y declarar en consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

Así mismo, se tomó en cuenta la Casación N° 292-2014 Ancash para analizar de qué manera el pronunciamiento de fondo en ésta sería distinto, de haber existido los lineamientos delimitados por el Acuerdo Plenario en estudio.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

- **ANÁLISIS DE DOCUMENTOS**, con esta técnica se obtendrá la información sobre el **I Pleno Jurisdiccional Casatorio denominado: El examen de ADN en el ámbito procesal penal**, en particular en los delitos sexuales y la Casación N° 292-2014 Ancash.
- **FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS**, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para su conceptualización.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se tuvo que descargar vía web la Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433 de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2. Luego se realizó el análisis de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco de Derecho Penal –General.
3. Luego se procedió al análisis de las conclusiones de la Casación N° 292-2014 Ancash.
4. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
5. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.
6. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política Del Perú (1993), Código Penal, Código Procesal Penal, los libros El Proceso Penal de Víctor Cubas Villanueva, Escena del crimen y Evidencia Biológica en los delitos de Violación Sexual en el Nuevo Código Procesal Penal, artículos y revistas científicos, tesis doctorales jurídicas y científicas, fallos nacionales y extranjeros, entre otros.
7. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:

Los instrumentos utilizados fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de sentencia plenaria casatoria y casación, teniendo éstas precedentes vinculantes, emitidas por el máximo Tribunal de Justicia de nuestro país. Asimismo, se tiene que estos se encuentran exentos de mediciones por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto al Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIJ-116.

3.6 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, y orden, tratándose de un delito de naturaleza delicada y que genera mayor conmoción social.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Después del análisis de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433, se puede afirmar que se han arribado a los siguientes resultados:

- 1.** La valoración de la prueba científica de ADN en delitos de violación sexual es un tema complejo y de características peculiares, que ha estado por mucho tiempo sin la regulación merecida en nuestra legislación por lo cual la Corte Suprema estimó necesario elaborar un I Pleno Jurisdiccional Casatorio reuniendo a todas las salas Permanente, Especial y Transitorias de la Corte Suprema con la finalidad de concordar criterios discrepantes sobre la pertinencia, alcances, importancia y valoración de la prueba de ADN en los delitos sexuales.
- 2.** De igual forma, la Corte Suprema decidió decretar su carácter de precedente vinculante, en consonancia con el rol unificador en materia jurisprudencial que corresponde a dicha instancia suprema de justicia. En base a ello, se exponen los siguientes lineamientos jurídicos:
 - a)** Que el examen de ADN es un medio de científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis: recojo, observación, análisis, contrastación de resultados, expresados términos probabilísticos. Es fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia.
 - b)** Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal
 - c)** Que, en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con elementos periféricos.
 - d)** Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba.

3. El sistema de valoración de prueba que ha acogido nuestra legislación procesal es el de la sana crítica o valoración racional de la prueba, es por ello, el examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que incluso en el caso del análisis del ADN, el juez puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado, sino tomará en consideración la validez del mismo y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial.
4. En la presente Sentencia Plenaria se analiza el posible conflicto entre derechos fundamentales que podría surgir a consecuencia de la intervención corporal a la que estaría sometido el investigado sin su consentimiento; es decir, el respeto a la dignidad de la persona, la libertad personal, el derecho el derecho a la intimidad y a no sufrir injerencias arbitrarias o invasivas en el cuerpo y por otra parte el imperativo de esclarecer los hechos relacionados con conflictos o incertidumbres jurídicas relevantes.
5. Los criterios fijados a efectos de evitar un posible menoscabo a los derechos fundamentales señalados ut supra se establecieron en el siguiente Test de Ponderación de la siguiente manera.
 - a) **Legalidad:** la realización del examen de ADN supone la extracción de una muestra biológica [...] Por tanto, estando en juego la libertad personal, su restricción debe ser autorizada por ley [...]
 - b) **Proporcionalidad:** la intervención corporal para estos efectos debe justificarse en función del interés relevante por esclarecer un hecho grave. La necesidad de realizar la intervención corporal del afectado, debe estar debidamente motivada.
 - c) **Control judicial:** toda restricción a un derecho fundamental debe ser controlada jurisdiccionalmente en los casos legalmente establecidos. [...] Excepcionalmente, el fiscal puede ordenar el examen, en caso de urgencia o peligro en la demora, con cargo a su confirmación judicial [...]
 - d) **Competencia especializada:** siendo la intervención corporal para fines de la búsqueda de prueba que requiere experticia [...] solo puede realizarlo personal especializado y en condiciones técnicas y científicas óptimas.

6. Sobre la base de la calificación expuesta, la presente Sentencia Plenaria establece los siguientes criterios para los fines de biología forense:
- a) Se extiende a cualquier delito que tenga una pena conminada mayor a 4 años de privación de la libertad.
 - b) La toma de muestras o las extracciones pueden ser mínimas o pueden suponer un cierto peligro en la salud del intervenido
 - c) No se requiere el consentimiento del intervenido
 - d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenida por lo que el examen debe hacerlo un profesional especializado y con la presencia de otra mujer o un familiar.
 - e) La intervención no solo se puede realizar sobre el imputado sino también sobre otras personas no inculpadas [...]
7. Respecto al examen de ADN éste es reconocido como uno de los medios de prueba más prestigiados en el ámbito de la criminalística es por ello que se la considera como un medio de prueba altamente objetivo; su objetividad se sustenta en la alta probabilidad de encontrar una huella genética o perfil genético que permita identificar a un individuo de otros.
8. Sin embargo, se aprecian ciertas limitaciones con respecto a la prueba de ADN tales como: se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; asimismo los jueces pueden considerar que lo relevante de este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra, por otro lado los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo.
9. Otro error común es la denominación que recibe frecuentemente este examen, identificado como “una prueba” genera el error semántico de equiparlo a su significado procesal, cuando en realidad es un medio de prueba pericial que podría dar cuenta solo de un indicio, finalmente los jueces pueden confundir la alta fiabilidad del resultado del examen, con plenitud probatoria.

- 10.** A fin de que el examen de ADN goce de fiabilidad y sea valorada probatoriamente de manera satisfactoria se deberá cumplir con las siguientes etapas: La recopilación y conservación de la muestra, análisis de la muestra y contrastación, resultado estadístico de los resultados, elaboración del informe pericial y reexamen del perito.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

1. El presente Pleno Jurisdiccional, materia de investigación impone criterios específicos para que la prueba de ADN pueda ser valorada de manera idónea pretendiendo en ello establecer los límites y condiciones para que éste examen científico sea útil y aporte a las investigación.
2. Además en dicha Sentencia Plenaria se señala que el examen de ADN a pesar de ser uno de los medios de prueba más prestigiados, cuyos resultados son altamente probabilísticos éste deviene en insuficiente al momento de ser valorado; es decir, deberá primero ser analizado de manera individual y luego en conjunto con otros medios de prueba y otros elementos periféricos externos para que éste tenga soporte probatorio, a pesar de la contundencia de sus resultados ello conlleva al análisis de que por más que se encuentren restos biológicos en el cuerpo de la presunta víctima ello solo deviniera en un indicio ya que existe el supuesto de que dicha relación sexual haya sido consentida y que el examen psicológico no arroje ningún tipo de daño psicológico o psíquico producido a la misma.
3. Es por ello que la sentencia plenaria materia de investigación en su fundamento 40 señala que la utilidad del examen de ADN es más relevante si se encuentra vestigios de semen en la zona periférica del cuerpo de la víctima o en sus partes íntimas. En estos casos, es indiferente que el agresor ocupe el mismo espacio que la víctima, pues el lugar de hallazgo del vestigio se evidencia una aproximación inapropiada o anormal del agresor con la víctima, conforme a las máximas de la experiencia. Por eso es importante para habilitar el examen de ADN que la víctima adopte las medidas adecuadas en cuanto a su aseo luego de la agresión sexual. A medida que pasa el tiempo luego de cometido el delito, el examen de ADN va perdiendo importancia. Es por ello que es de suma importancia que se realice este examen con la mayor rapidez posible puesto que tal como lo diría el famoso criminalista francés Edmond Locard: *“El tiempo que pasa es la verdad que huye”*. Ahora, la ausencia del mismo, no significa la exculpación del investigado puesto que como ya se dijo con anterioridad existen otros medios de prueba que corroboren la versión de la víctima tales como el certificado médico

legal que acredite lesiones genitales y paragenitales, así como la pericia psicológica que evidenciará el grado de afectación psíquica de la víctima, la declaración coherente de algún testigo que presencié los hechos y hasta con las mismas contradicciones del investigado al momento de rendir su manifestación.

4. Ahora bien, con respecto a la casación Ancash 292-2014, donde fue objeto de análisis la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN se plantea la cuestión de si dicha constatación es suficiente para optar por la absolución del imputado excluido. Para ello deben abordarse diversas circunstancias; en principio, en el caso de una imputación por delito de violación de menor de edad, la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba solo constituye un contra indicio, pero no excluye la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor. Para ello el juez deberá valorar otros indicios que puedan llevar al hecho indicado.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. Las Salas Penales Especial, Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, RESUELVEN: Establecer como doctrina legal los criterios expuestos en el fundamento jurídicos 46° de la presente sentencia plenaria:

- a)** Que el examen de ADN es un medio de científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis: recojo, observación, análisis, contrastación de resultados, expresados términos probabilísticos. Es fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia.
- b)** Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal
- c)** Que, en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con elementos periféricos.
- d)** Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba.

2. Resulta necesario establecer, cuan válidos y aplicables son los criterios establecidos en el presente Pleno Jurisdiccional para la valoración de la prueba pericial de ADN en los delitos de Violación sexual, pues se deben proteger uno de los principales bienes jurídicos como son la libertad e indemnidad sexual. Para lo cual se deberá de manera fundamental observar todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis; asimismo es fundamental para ese objetivo que se mantenga la cadena de custodia.

3. En la actualidad no existen muchos antecedentes ni legislación que regule ésta problemática en relación a la prueba científica de ADN en los delitos sexuales; de hecho el presente Pleno Jurisdiccional es el primero que se lleva a cabo a efectos de uniformizar criterios al respecto, pleno que fue concebido a raíz de un escándalo

mediático donde por no realizarse la mencionada prueba científica se llegó a liberar a un presunto agresor sexual ahora condenado a pena efectiva.

4. Se evidencia la importancia que conforme a la normatividad vigente se recomienda al Juez que al momento de calificar el dictamen del perito, lo analice de manera individual en primer lugar y luego de manera conjunta con otros medios de prueba que brinden soporte a esta prueba científica observando para ello tanto las reglas del NCPP, como las de la sana crítica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos y que todos los protocolos establecidos se hayan llevado a cabo correctamente.
5. Dentro de los aportes importantes de ésta Sentencia Plenaria, es el de fijar criterios para una intervención corporal que no afecte derechos fundamentales contrapuestos que de realizarse sin la debida motivación podrían llegar a ser vulnerados; asimismo, se fijan las limitaciones de la misma, donde se deja en claro que los resultados que arroje el examen científico de ADN no deberá ser asumidos por los jueces de manera acrítica sino que los mismos deberán ser corroborados por elementos periféricos externos para de este modo evitar una sobrevaloración probatoria de este medio de prueba.
6. Se puede apreciar que en la Casación N° 292-2014-Ancash, anterior a la Sentencia Plenaria materia de estudio, se aplican criterios distintos y se establece que la prueba pericial de ADN es una exigencia de carácter imperativo para que el juez pueda emitir sentencia, invistiendo a sus decisiones judiciales características de naturaleza incuestionable, obviando que dichas conclusiones deberían pasar por criterio y valoración judicial, como precisamente lo establece presente sentencia materia de estudio al señalar que dicho medio de prueba deberá ser conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los jueces penales al momento de aplicar la prueba de ADN tener muy en cuenta que éste es un examen de **orden científico**, lo que dificultaría la tarea de su entendimiento, comprensión y límites, aun para los jueces, a quienes se considera conocedores del derecho **iuris et de iure**, (sin prueba en contrario) en este sentido y para una adecuada valoración y ponderación de tal medio probatorio, deberá tenerse muy en cuenta el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra y que éste razonamiento deberá desarrollarse conforme a las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.
2. Se recomienda también a los operadores de justicia y abogados en general no confundir la naturaleza probatoria del examen **científico de ADN** con el de prueba ya que este viene a ser un medio de prueba que viene a ser el procedimiento que posibilita que un elemento de prueba ingrese al proceso; por lo que la denominación que recibe frecuentemente este examen, identificándolo como **una “prueba”** genera el error semántico de equiparlo a su significación procesal, cuando en realidad es un medio de prueba pericial. En suma la prueba de **ADN** es un **“medio de prueba”** mas no una prueba, capaz de tener **valor pleno per se**.
3. Se recomienda al momento de valorar la prueba científica de ADN no solo basarse en la misma de manera individual para emitir un juicio, sino que este debe ser corroborado con otros medios de prueba que aporten a su resultados de manera conjunta; es decir **este medio de prueba, no obstante su carácter científico y alta fiabilidad**, debe ser confirmado, robustecido con otros elementos de prueba periféricos (externos) para los fines de una debida motivación y fundamentación del pronunciamiento judicial.
4. Se recomienda a los jueces, fiscales y abogados de este distrito fiscal, a tener muy en cuenta los alcances de esta **Sentencia Casatoria**, para los fines de valorar debidamente la prueba científica de ADN, durante la investigación preparatoria y especialmente al momento del **requerimiento acusatorio o de sobreseimiento y en la sentencia**; los que deben ampararse en las conclusiones periciales

(ratificadas) con su debida valoración, lo que permitirá una **defensa** más idónea de las partes, un pronunciamiento más enjundioso del **Ministerio Público** y una sentencia justa por parte del **juez**.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

De Sentencias Casatorias nacionales y extranjeras:

1. Casación 292-2014-Ancash
2. Sentencia Casatoria NCPP N°312-2015-Lambayeque
3. Sentencia Casatoria NCPP N°154-2016-Lambayeque
4. Sentencia Tribunal Supremo N° 777-2013-Madrid
5. Caso Maryland Vs Alonzo Jay King-Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos

De tesis:

1. JOSÉ MARÍA GARZÓN FLORES. Madrid 2017. En su Tesis titulada **“La Prueba de ADN en el Proceso Penal”**. Escuela Internacional de Doctorado.
2. ERIC SALAS BARRERA. Lima 2018. En su Tesis titulada **“La naturaleza jurídica de la prueba preconstituida en el Código Procesal Penal de 2004”**. Pontificia Universidad Católica del Perú.

De los Libros:

1. **PIRO, Oscar E.** *Breve historia del ADN, su estructura y función*. Ciencia e Investigación, Tomo 64, N° 3 (2014): 25-50.
2. **SANTOS LOVATON, Juan Edson;** *“Escena del crimen y evidencia biológica en los delitos de violación sexual en el Nuevo Código Procesal Penal”*; Cromeo Editores; Arequipa, 2018, pág.125, 126.
3. **CAFERRATA NORES, José.** *La prueba en el Proceso Penal*, Ed.Depalma,Buenos Aires 1988,p.5.
4. **CUBAS VILLANUEVA, Víctor.** *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. 3ra ed., Lima (Palestra Editores) 1998, p. 265-268.
5. **NEYRA FLORES, José Antonio.** *La Prueba en el Proceso Penal Peruano. En su: La valoración de la prueba*. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2018. pp. 82-85.
6. **GARTUA SALAVERRÍA, Juan.** *El Comité de Derechos humanos, la casación penal española y el razonamiento probatorio*. Editorial Thomson - Civitas. Madrid, 2004. p. 109.
7. **GIL HERNÁNDEZ,** *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, página 48

8. **ANGULO ARANA, Pedro.** La investigación del Delito en el nuevo código procesal penal. 1ra ed., Lima (Gaceta Jurídica) 2006.
9. **SANTOS LOVATON, Juan Edson.** Escena del crimen y evidencia biológica en los delitos de violación sexual en el Nuevo Código Procesal Penal. 1ra ed., Arequipa (Cromeo Editores) 2018, p.30-34
10. **SEGURA ALANIA, Joel.** *La valoración de la prueba. Estado de la cuestión y las bases para dicha actividad en el Derecho Procesal Penal peruano*; en PRIORI POSADA, Giovanni, *Proceso y Constitución: Las garantías del justo proceso.* Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Lima, Palestra, 2013, pág. 423.
11. **CÓDIGO PENAL** – Jurista Editores E.I.R.L – Edición 2019. Pág. 179-184
12. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ** – Capítulo I– Derechos Fundamentales de la Persona – Art 1°,7° Corporación Editora Chirre S.A. – Edición Actualizada 2019. Pag.11-12

De Páginas web

1. http://genoma.unsam.edu.ar/cursos/genetica_humana - Ciudad de México- Genética humana-Guía de trabajos prácticos -2007.pág.4-6
2. http://www.uv.es/tunon/pdf_doc/AcidosNucleicos_veronica.pdf-Estructurade los ácido nucleicos.pág.1-22 [visitado el 7/6/2019]
3. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/-> Casación 292-2014-Ancash – de fecha 27 de febrero de 2016-Doctrina Jurisprudencial Vinculante de los fundamentos 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6. [visitado el 7 de junio del 2019]
4. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/REV>. SENTENCIA NCPP N°312-2015-Lambayeque – de fecha 13 de marzo de 2017-fundamentos décimo tercero, cuarto y quinto.[visitado el 7 de junio del 2019]
5. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/REV>. SENTENCIA NCPP N°154-2016-Lambayeque – de fecha 11 de diciembre de 2018-fundamentos décimo tercero, décimo quinto y décimo sexto.[visitado el 7 de junio del 2019]

ANEXOS

ANEXOS

MÉTODO DEL CASO: “EL EXAMEN DE ADN EN ÁMBITO PROCESAL PENAL, EN PARTICULAR EN LOS DELITOS SEXUALES”

Autora: TELLO PASQUEL, Almendra Nicolle

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
GENERAL: ¿La Sentencia Plenaria N° 2-2018/CIJ-433, sobre el examen de ADN en el ámbito procesal, en especial en los delitos sexuales; establece adecuadamente los criterios adecuados y necesarios para valorar dicha prueba científica? ESPECÍFICO:	General - Analizar la Sentencia Plenaria Casatoria N° 02-2018/CIJ-433 - Valoración de la prueba de ADN en los delitos de Violación Sexual. Específicos -Analizar los parámetros y criterios de que se deben tomar en cuenta en la valoración de la prueba científica de ADN en los delitos de violación sexual. -Si el examen científico de ADN	1. En los casos de valoración de la prueba científica de ADN, se ha establecido como precedentes vinculantes los parámetros que deberá tener en cuenta el juez al momento de la valoración probatoria en la investigación de los delitos contra la Libertad Sexual. 2. El examen de ADN como medio de prueba pericial requiere ser corroborado por otros	Variable Independiente Delitos contra la Libertad Sexual Variable Dependiente Valoración de la prueba científica de ADN y su suficiencia probatoria.	-Racionalidad de la Sentencia Plenaria. -Congruencia de la Sentencia Plenaria. -Análisis de la valoración de la prueba de ADN en los delitos contra la Liberta Sexual.	1. <u>TIPO DE INVESTIGACION:</u> Descriptivo Explicativo <u>2. DISEÑO</u> No experimental <u>3. MUESTRA</u> Sentencia Plenaria Casatoria <u>4. TÉCNICAS</u> Análisis Documental <u>5. INSTRUMENTOS</u> Sentencia Plenaria Casatoria

	aporta suficiencia probatoria a los procesos penales seguidos por delitos de violación sexual.	elementos periféricos ya que por sí mismo solo podría dar cuenta de un indicio. 3. El examen de ADN es uno de los medios más prestigiados en el ámbito de la criminalística, considerándosele un medio de prueba altamente objetivo a razón de encontrar una huella genética o perfil genético que permita encontrar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos.			
--	---	--	--	--	--

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE

Casación N° 292-2014, Ancash Lima, diecisiete de febrero de dos mil dieciséis

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, contra la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES

1.1. imputación fiscal Según la imputación fiscal, el veintiséis de agosto de dos mil once, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales K.M.M. (diecisiete años de edad), caminaba sola por la carretera en el sector denominado Cuta Quenua de la Puna del caserío de Tambillos, a fin de recoger los ganados vacunos y ovinos de sus padres, fue interceptada por el encausado Carrión Quito, quien la cogió de la cintura y a la fuerza la llevó hacia la parte baja donde hay pastizal, tumbándola, y tras amenazarla mantuvo relaciones sexuales vaginales, repitiendo lo mismo luego de quince minutos. A consecuencia de ello, la víctima quedó embarazada y dio a luz el día quince de junio de dos mil doce.

II. ITINERARIO DEL PROCESO

2.1. Por sentencia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, se condenó a Melecio Gaudencio Carrión Quito, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.2. Dicha sentencia fue impugnada por el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito. En mérito a su recurso de apelación, la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la provincia de Huari emitió la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates- en el que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva.

2.3. Contra la citada sentencia de vista, el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito interpuso recurso de casación mediante escrito de fecha dos de junio de dos mil catorce -fojas doscientos setenta y ocho del cuaderno de debates-, invocando el inciso uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, referido concretamente a la violación de la garantía constitucional de carácter procesal o material –presunción de inocencia-,

derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación cuando el vicio resulte de su propio tenor.

2.4. Mediante resolución del tres de junio de dos mil catorce -fojas doscientos ochenta y nueve del cuaderno de debates- la Sala Penal de Apelaciones concedió recurso de casación al recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito y ordenó se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y cuatro del cuadernillo formado en esta instancia- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien invocó las causales uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por la presunta vulneración de la garantía constitucional de carácter procesal o material, presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación de sentencia.

2.5. Ahora, cabe precisar que si bien este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el recurrente, por el primer numeral del artículo 427° del Código Procesal Penal, vinculándola con la causal primera y cuarta del artículo 429° del texto procesal penal; no obstante, al realizar una lectura integral del expediente materia de autos, esta Suprema Instancia considera conveniente desarrollar doctrina jurisprudencial, respecto a: “la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia”, en atención a lo establecido en el inciso primero del artículo 432° del Código Procesal Penal; por lo que, al advertirse la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial, en cuanto a este extremo, corresponde vincularla con el primer inciso del artículo 429 del citado texto legal.

2.6. Deliberada la causa en sesión secreta y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la secretaria de la Sala el diecisiete de febrero del presente año a horas ocho y treinta de la mañana.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.1. Respecto al ámbito de la casación

3.1.1. Conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema del cuatro de febrero de dos mil quince -fojas sesenta y cuatro del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo-, fue declarado bien concedido el recurso de casación interpuesto por el condenado Melecio Gaudencio Carrión Quito, por las causales contenidas en los incisos primero y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; por tanto, los motivos de casación se centran en la inobservancia de la garantía constitucional relacionado al principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; así como al desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a: “la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia”, en atención a lo expuesto en el apartado 2.5 de la presente resolución. 3.1.2. Sobre estos puntos el recurrente Melecio Gaudencio Carrión Quito, sostiene que: i) Se ha inobservado las garantías constitucionales, pues se vulneró las reglas de la

ciencia y la lógica jurídica, al no actuarse los resultados de la prueba genética de ADN para determinar si producto de la violación sexual procrearon un hijo, vulnerándose así la presunción de inocencia y el derecho a la prueba pertinente; y, ii) La sentencia carece de una investigación sustancial y actividad probatoria, al no existir una respuesta razonada, motivada y congruente de la acusación fiscal, más aún si tenemos en cuenta que la agraviada indicó haber sido abusada sexualmente en fecha incierta, quedando embarazada producto de la violación; y, según lo indicado por el Ministerio Público la violación sexual se perpetró el veintiséis de agosto de dos mil once, sin embargo dio a luz el quince de junio de dos mil doce, esto es diez meses después, lo que evidencia científicamente que el encausado no perpetró el delito, ya que dadas las fechas, su embarazo debió ser a fines de setiembre o inicios de octubre del año dos mil once.

3.1.3. A lo anterior expuesto, corresponde a este Tribunal Supremo, como garante y protector, el control de las garantías constitucionales cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de Apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina de esta Instancia Suprema sobre el alcance de la motivación y las alegaciones sobre la existencia de prueba en forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos.

3.2. De los motivos casacionales: inobservancia de las garantías constitucionales relacionado a la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente- prueba científica de ADN, así como la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación.

3.2.1. Antes de referirnos en concreto al caso de autos, es necesario tener en consideración que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que busca no solo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea.

En tal contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal.

3.2.2. En ese orden de ideas, el derecho a la presunción de inocencia alegado por el recurrente, es un derecho subjetivo del ciudadano, la misma que despliega una doble vertiente: temporal y material. La primera parte radica en una verdad inicial, la inocencia del procesado, que no se destruye hasta que su culpabilidad no haya quedado establecida en sentencia firme; y, la segunda, radica en que, a partir de la presunción inicial de inocencia, la condena sólo puede fundarse en una prueba plena o prueba indiciaria sin contraindicios que acredite fehacientemente su culpabilidad, por lo tanto, enerve dicha presunción, y si no se produce aquélla deberá absolversele de la imputación penal.

3.2.3. Así, en el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos en 1984 para la Asamblea General sobre el estado de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto, resumía dicha doble eficacia, al sostener que

“Por razón de la presunción de inocencia, la carga de la prueba corresponde a la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No cabe presumir culpabilidad alguna hasta que la acusación haya sido probada más allá de cualquier duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de acuerdo con dicho principio. Constituye, por tanto, una obligación de todas las autoridades públicas de abstenerse de prejuzgar el resultado del proceso”.

3.2.4. Asimismo, el artículo 2º, inciso 24, literal e) de nuestra Carta Constitucional al sostener que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Ello supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que el juez ordinario para dictar esa sentencia condenatoria debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal.

3.2.5. Es por ello que, la tutela del derecho a la presunción de inocencia está dentro del ámbito casacional, a efectos de establecer si ha existido una actividad probatoria de cargo, practicada con las debidas garantías, suficientes para desvirtuar tal presunción.

3.2.6. En ese sentido, el derecho a la presunción de inocencia se vincula directamente con la actividad probatoria en cuanto exige, para la emisión de una sentencia condenatoria, que el órgano jurisdiccional, sobre la base de la prueba de cargo aportada, alcance el convencimiento respecto de dos cuestiones fundamentales en el proceso: a la acreditación de un hecho, a través de la prueba practicada, y a la participación en el mismo de una persona a la que se le imputa la comisión de ese hecho delictivo.

3.2.7. Por lo dicho, cualquier denuncia de afectación a la presunción de inocencia habilita a este Tribunal Supremo a verificar solamente si existió o no en el proceso penal actividad probatoria mínima que desvirtúe ese estado de inocencia (valoración objetiva de los medios de prueba).

3.2.8. Respecto al derecho a la prueba pertinente, este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma.

3.2.9. En ese sentido, el Juez o Tribunal debe garantizar a las partes la atención a sus solicitudes de ofrecimiento de pruebas, siempre que: i) sean pertinentes, es decir, que guarden conexión con los hechos objeto del proceso; y, ii) tengan un grado de incidencia sobre el objeto del proceso, es decir, resulten relevantes, útiles y necesarios respecto al hecho que pretende ser probado. Empero cabe precisar que el derecho a utilizar medios de prueba pertinentes no es ilimitado, su ejercicio debe ser solicitado en la forma y momento legalmente previsto.

3.2.10. En esa línea, el profesor Julio Maier sostiene que la producción de prueba de descargo (o de cargo)

es considerada una facultad imprescindible como manifestación del derecho de defensa. Facultad que genera el deber del Tribunal de ordenar su recepción, salvo cuando la prueba ofrecida sea evidentemente impertinente (no referida al objeto procesal concreto) o superabundante (excesiva para demostrar el extremo que se pretende). Además, afirma que la inobservancia por el Tribunal de esta regla, oportunamente advertida, permite recurrir la sentencia por vía de la casación (falta de fundamento de prueba omitida). Recibida la prueba, corresponderá al Tribunal valorarla. Para el acusador y el imputado ello significa la posibilidad de argumentar ante el Tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico y jurídico.

3.2.11. Por ello, la relación entre el derecho a la prueba pertinente y el derecho a probar resulta ineludible, pues según este último, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito con la finalidad que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectivo y adecuadamente realizado.

3.2.12. Ahora bien, respecto a la prueba científica de ADN, se debe precisar que en los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la patología, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo de la investigación criminal. En esa línea, la explicación de la evidencia científica en el ámbito del proceso contribuye al esclarecimiento de los hechos y sirve como fundamento para un pronunciamiento condenatorio o absolutorio.

3.2.13. En concreto, el carácter científico de la prueba de ADN viene dado por el estudio de la Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana. Así, la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver casos que serían muy difíciles de esclarecer por los procedimientos de investigación convencionales y en su elevadísima fiabilidad de sus resultados. Así, los tipos más comunes de aplicación forense de la prueba de ADN, son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como son los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.2.14. Ahora bien, el juez frente a la prueba científica de ADN no debe eximirse de realizar el trabajo de valoración. Es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción sobre el hecho principal. Ello es importante, pues no es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la

prueba proporcione tan solo un indicio más para probar ese hecho principal.

3.2.15. Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado (o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo, en este mismo delito, cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la violación.

3.2.16. Estamos en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por delito de homicidio, la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en la escena del crimen; pero no prueba que estuvo en el momento en que éste se cometió, y menos que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas.

3.2.17. Por tanto, cuando en el proceso se presenta una prueba científica- ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de primera instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia por el A quo. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afecta el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.2.18. Así también, en cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales cuestionado por el recurrente, como bien lo ha precisado esta Suprema Sala en la Sentencia Casatoria número tres guiones dos mil siete, del siete de noviembre de dos mil siete, en la cual establece que: "la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido". Así, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, lo que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia; que, en efecto, toda sentencia - sea absolutoria o condenatoria- debe ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas -motivación fáctica- y de la interpretación de la norma aplicable -motivación jurídica-, de modo que se garantice al justiciable una resolución fundada en derecho; de ahí que, una de las manifestaciones de la garantía de la motivación de resoluciones judiciales es la exigibilidad al órgano judicial para que explique las razones que sustentan su fallo, de modo que haga posible conocer las pruebas y el razonamiento en virtud de los cuales condena o absuelve a un encausado, y del mismo modo, las razones legales en cuya virtud la conducta se subsume o no en el tipo penal materia de incriminación; que este derecho es una garantía de las partes del proceso, mediante el cual se puede comprobar que la resolución expedida es consecuencia de una exigencia racional del

ordenamiento jurídico y no producto de la arbitrariedad judicial.

3.2.19. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado también, que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificados en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. En esa línea, la motivación debe abarcar: a) la fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene; b) la fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis en los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas; y, c) la fundamentación de las consecuencias penales y civiles, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas y consecuencias accesorias. Cabe precisar, que la mera indicación de las pruebas que sustentan el fallo, no constituye motivación, pues no hay una explicación sobre ellas.

3.3. ANÁLISIS EN EL CASO CONCRETO

3.3.1. En atención a lo antes expuesto y luego de revisar la decisión adoptada por la Sala Penal de Apelaciones, se aprecia que tanto éste como el Juzgado Colegiado en sus respectivas fundamentaciones no se advierte que hayan consignado elementos probatorios que logren enervar la garantía constitucional de presunción de inocencia que le asiste al recurrente Carrión Quito; denotándose además la infracción de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, al existir deficiencia en su motivación interna ya que carece de coherencia en su justificación, pues las razones en que justifica su decisión resulta confuso e incongruente.

3.3.2. Así, el Tribunal de instancia en un primer momento razona que no es necesario efectuar una valoración de la prueba biológica de ADN a fin de determinar la paternidad del neonato producto de la violación sexual [véase considerando 3.3.3 c – obrante a fojas doscientos sesenta y siete]. Sin embargo, líneas posteriores, sin mediar fundamentación alguna concluye que existe como hecho probado y cierto que la agraviada ha mantenido relaciones sexuales [con el progenitor-encausado] y producto de ello ha alumbrado a un neonato, concretándose la autoría directa del recurrente [véase considerando 3.3.6 c – obrante a fojas doscientos sesenta y ocho]. En ese sentido, se aprecia de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, que ésta presenta una sustancial incongruencia e inconsistencia en su justificación, pues según la propia Sala Superior se encuentra “fehacientemente probado”, que producto de la violación [relaciones sexuales con el encausado] la agraviada ha alumbrado a un neonato, sin embargo descarta la valoración del resultado de la prueba de ADN que vincularía científicamente o no al recurrente como progenitor del neonato y autor de la violación. Por lo que, dicho razonamiento efectuado por el Tribunal de mérito en la sentencia de vista resulta arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsa y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del *themaprobandum* y la responsabilidad del recurrente.

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el *Ad quem* no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil

catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito, por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente; y la falta de motivación de sentencia.

II. CASARON la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva; y,

III. NULA la citada sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-. IV. ORDENARON que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; y,

V. ORDENARON: la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huari para su excarcelación.

VI. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia.

VII. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia.

VIII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

IX. PUBLICAR en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.

VILLA STEIN RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA HINOSTROZA PARIACHI NEYRA FLORES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 2-2018/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículos del Código Procesal Penal
ASUNTO: El examen del ADN en el ámbito procesal penal, en particular en los delitos sexuales Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente: SENTENCIA PLENARIA CASATORIA I.

ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanente y Transitoria, y la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, del uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, a efecto de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la pertinencia, alcances, importancia y valoración de la prueba de ADN en los delitos sexuales, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 292-2014/ Ancash.

2.º El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en las siguientes etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento para que se aborde en Pleno Casatorio la cuestión relacionada con la aplicabilidad de la prueba científica de ADN en los delitos sexuales, en función del nuevo marco normativo del Código Procesal Penal, en materia probatoria. Segunda: la resolución de convocatoria para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de octubre.

3.º La segunda etapa consistió: a) en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre del dos mil dieciocho –se presentaron un total de ocho amicus curiae–; b) en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes señalado, sin la asistencia de las partes convocadas; esto es el señor Fiscal de la Nación o su representante y un representante de la Federación del Colegios de Abogados del Perú c) en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, doctores Elvia Barrios Alvarado, Aldo Figueroa Navarro y José Neyra Flores, de fecha lunes diecinueve noviembre último. Han presentado informes escritos como amicus curiae, los siguientes:

1. PRODES 2. PROMSEX 3. Magister Silva Rodríguez, Rosa María 4. Abogado Cristobal Támara Teodorico Claudio 5. Cáceres Gutierrez Eyner 6. Abogada Raquel Limay Chávez 7. Abogado Mendoza García, Juan Arturo 8. Abogado Mendez Nizama Pocho John

4. ° La tercera etapa consistió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria. El resultado de la votación fue la de aprobar por unanimidad la ponencia presentada al efecto.

5.° Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una cuestión problemática y declarar, en consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.° Han sido ponentes los señores BARRIOS ALVARADO, FIGUEROA NAVARRO y NEYRA FLORES. II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS § 1. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA SENTENCIA CASATORIA 292-2014/ANCASH

7.° La sentencia casatoria 292-2014/Ancash tuvo como finalidad desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a: “la necesaria realización de la prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previa a la emisión de sentencia”, vinculándola con el derecho a la prueba –prueba científica de ADN–. Al respecto se señala en dicha sentencia que este derecho garantiza la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resulten pertinentes y necesarias, y solicitadas en tiempo y forma. Luego desarrolla el contenido de la pertinencia de la prueba y su faz negativa, esto es que la misma no esté referida al objeto procesal concreto o que sea superabundante –excesiva para demostrar el extremo que se pretende–. 8.° Concretamente, con relación a la llamada prueba científica de ADN se señala en la sentencia referida, que “los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba”. Resalta que su importancia radica en su potencial aplicabilidad para resolver casos complejos que no podrían esclarecerse por los procedimientos de investigación convencionales. Refiere que los casos más recurrentes de aplicación de este medio de prueba se dan en la investigación de la paternidad, la identificación de una persona y la investigación de indicios en criminalística biológica. En la sentencia se plantea, a continuación, como objeto de discusión, la valoración que debe hacer el juez de este medio de prueba y el peso que cabe atribuirle en la formación de su convicción, sea como medio probatorio: a) que guarda relación directa con el hecho principal a probar, o b) que sea un indicio más para probar tal hecho principal.

9.° Ahora bien, la sentencia mencionada plantea como un ejemplo del primer supuesto, cuando en el proceso por un delito contra la libertad sexual, el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es o no del acusado. Y refiere que en este supuesto “cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado. Asimismo en este mismo delito cuando la prueba de ADN evidencie la paternidad del menor engendrado producto de la

violación”. En la sentencia casatoria se presenta como ejemplo del segundo supuesto, “[...] cuando el proceso por delito de homicidio la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en la escena de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado [...]. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en la escena del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del encausado”.

10.° Evaluando el caso concreto, que dio lugar a la sentencia casatoria glosada, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante los siguientes puntos: a. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde relación con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia, pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la prueba. b. La aplicación forense de la prueba de ADN se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y en la investigación de indicios en criminalística biológica. c. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

11.° En consecuencia, es menester evaluar, en función del nuevo contexto normativo, los siguientes aspectos: a) El concepto; la conducencia, importancia, las características y límites de la llamada prueba científica de ADN en el proceso penal; b) Los casos en los que la prueba de ADN es útil y pertinente con relación al objeto del proceso y las condiciones para su valoración efectiva; y, c) Los límites y posibilidades de aplicación en los delitos contra la libertad sexual.

§ 2. EL NUEVO CONTEXTO NORMATIVO EN MATERIA PROBATORIA

12.° Entre las innovaciones que se introducen en el Código Procesal Penal se encuentra la consagración del principio de legitimidad de la prueba o prueba lícita (artículo VIII del Título Preliminar) y la previsión de una Sección consagrada a la prueba en general. Esta Sección contiene, a su vez, normas generales; los medios de prueba en específico; la búsqueda de pruebas y restricción de derechos; la prueba anticipada y las medidas de protección de los órganos de prueba – sin perjuicio de lo que, en lo específico, se tiene respecto de la actuación probatoria en el juicio oral–. La densidad normativa que puede observarse en la regulación detallada en materia probatoria, implica entonces que deba hacerse un reexamen de las cuestiones planteadas en el parágrafo precedente. Para ello, es pertinente precisar algunos conceptos relacionados con los temas planteados. 13.° En principio, es conteste la postura doctrinal que sostiene que “en el proceso penal [...] todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba”¹. Así se establece en el artículo 157° CPP, en cuya virtud que los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros medios de prueba, siempre que no se vulneren los derechos y garantías de la persona. De este modo se reconoce que la libertad de prueba es una institución necesaria y valiosa por el imperativo procesal de alcanzar la verdad respecto del objeto del proceso (veritas delicti). Pero como toda libertad, la prueba no puede

obtenerse de cualquier modo ni a costa de la vulneración desproporcionada de otros derechos. Al respecto, solo se puede valorar el medio de prueba que haya sido obtenido o incorporado al proceso por un medio constitucionalmente legítimo. En este sentido, la prueba obtenida, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales

1. Claría Olmedo, citado por César San Martín: Derecho Procesal Penal. Lecciones; INPECCP – CENALES editores; 1ra edición; Lima Perú 2015; p. 506.

carece de efecto legal. Dentro de estos límites, las partes pueden ofrecer, en tiempo y forma, los medios de prueba que consideren adecuados; proceder a su actuación con las garantías procesales correspondientes; y exigir que estos sean valorados debida y oportunamente por el juez de juzgamiento, dentro del contexto del ejercicio del derecho a la prueba.

14.º Ahora bien, son objeto de prueba los hechos vinculados con la imputación, la punibilidad, la determinación de la pena o medida de seguridad y la responsabilidad derivada del delito (artículo 156 CPP). A los efectos de lo que es materia de la presente sentencia cabe precisar que interesa como objeto de la actividad probatoria, los hechos constitutivos de la imputación, entendiendo por estos, el suceso fáctico y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, pero que tengan incidencia en el núcleo de la imputación. El alcance de lo que debe ser probado, con relación a la imputación, adquiere importancia cuando la forma de determinación del hecho indicado solo puede obtenerse mediante la prueba por indicios.

15.º Si bien constituye una regla general que la prueba se obtiene mediante los actos de prueba, realizables en el juicio, con las garantías propias de un proceso justo y equitativo –contradicción, publicidad, inmediación, oralidad y concentración–, es admisible que la formación de la prueba se verifique antes del plenario sea porque existe la urgencia o el peligro de no contar con el órgano de prueba –testigo o perito– (prueba anticipada), sea porque el recojo de la evidencia de la fuente de prueba deba plasmarse en un acto irrepetible o irreproducible (prueba pre constituida). Estas dos modalidades, previas a la realización de los actos de prueba, se pueden justificar por la necesidad preponderante de obtener la verdad relacionada con el objeto del proceso.

16.º En la búsqueda por esclarecer los hechos, puede a veces ser indispensable restringir derechos fundamentales. Esta restricción de derechos puede verificarse mediante diversas formas de injerencia en la libertad o en los derechos del imputado o de otra persona vinculada con el proceso. Una forma de intervención más o menos invasiva en la esfera de los derechos fundamentales de las personas es la intervención corporal –se define como un acto de coerción sobre el cuerpo del imputado, por el que se le extrae de él determinados elementos orgánicos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la intervención en él del imputado2–. En este sentido, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, genético-moleculares u otras intervenciones corporales, aun sin el consentimiento del imputado, cuando se trate de delitos sancionados con una pena mayor a los cuatro años de privación de

libertad. Estas intervenciones son solicitadas por el Ministerio Público, y son objeto de control por parte del Juez –se obviará la autorización judicial cuando el sospechoso autoriza la intervención corporal –el consentimiento será asistido, es decir, con intervención y permiso de su abogado defensor–. Sin embargo, también es posible que el Ministerio Público o la Policía Nacional, con conocimiento del fiscal, y sin orden judicial puedan disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no perjudiquen la salud del intervenido (artículo 211 CPP) –el artículo 211.5 CPP, comprende lo que se denomina “intervención banal o leve”, en cuya virtud permite que la Fiscalía o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, y sin orden judicial, pueda disponer la realización de pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la salud del sospechoso (se incluye, como es obvio, el frotis bucal)–.

17.º La intervención corporal no solo involucra a los imputados. Dentro de la exigencia de la necesidad de esclarecimiento de los hechos, es posible que otras personas no inculpadas puedan ser examinadas sin su consentimiento, solo en condición de testigos, siempre que se encuentre en su cuerpo determinada huella o secuela del delito (artículo 212 CPP). En estos casos, la realización de los exámenes está condicionada a que no exista peligro a su salud y sean necesarios para la averiguación de la verdad.

18.º Así las cosas, queda claro que, en el nuevo contexto normativo, es posible construir un espacio de legitimidad de la llamada prueba de ADN en el proceso penal, considerando como criterios reguladores, por un lado, la libertad de prueba, el objeto de prueba y el derecho a la prueba y, por otro lado, las restricciones a la actividad probatoria impuestas por el procedimiento constitucionalmente legítimo y el principio de proporcionalidad. En otras palabras, la admisión, conservación, análisis y valoración del examen de ADN se justifica mediante una ponderación de los intereses en juego legalmente estatuidos. De una parte, el respeto a la dignidad de la persona, la libertad personal, el derecho a la intimidad y a no sufrir injerencias arbitrarias o invasivas en el cuerpo y, de otra parte, el imperativo de esclarecer los hechos relacionados con conflictos o incertidumbres jurídicas relevantes3.

19.º La solución a esta aparente antinomia debe hacerse mediante un test de ponderación, y siempre que la intervención corporal, para el examen de ADN, cumpla con las siguientes condiciones: a) Legalidad. La realización del examen de ADN supone la extracción de una muestra biológica –pelo, saliva, sangre, piel, semen e incluso puede implicar una injerencia en la intimidad de la persona intervenida –recogida de muestra de las partes íntimas–. Por tanto, estando en juego la libertad personal, su restricción debe ser autorizada por ley4. Esta exigencia es sobradamente cumplida con las normas relacionadas con la búsqueda de la prueba; b) Proporcionalidad. La intervención corporal para estos efectos debe justificarse en función del interés relevante por esclarecer un hecho grave. La necesidad de realizar la intervención corporal, sin el consentimiento del afectado, debe estar debidamente motivada (artículo 203 CPP); c) Control Judicial. Toda restricción a un derecho fundamental –y la intervención corporal lo es– debe ser controlada jurisdiccionalmente en los casos legalmente establecidos (autorización previa, cuando corresponda, y cuidado en la cadena de custodia, y

cientificidad de su análisis y resultado). Este control es, por regla general, previo a su realización, y se hace a pedido del fiscal en caso de delitos que estén conminados con pena privativa de libertad mayor a cuatro años –es claro, por lo demás, que la Policía o la Fiscalía pueden recoger, sin necesidad de autorización judicial, restos genéticos o muestra biológicas abandonadas por el sospechoso en el teatro de los hechos–. Se efectiviza aun sin el consentimiento del intervenido. Excepcionalmente, el fiscal puede ordenar el examen, en caso de urgencia o peligro en la demora, con cargo a su confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento de aquél, no requerirá autorización judicial para la realización de

2 Gimeno Sendra, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Civitas, Navarra, 2015, p. 478.

3 Para una ponderación de los intereses en juego, cfr. Mora Sánchez, Juan Miguel; *Delitos contra la Libertad Sexual y Análisis de ADN*; Revista Latinoamericana de Medicina Legal 6 (2) Diciembre 2001 – 7 (i) Junio 2002; p. 8.

4 Artículo 2, numeral 24 b), de la Constitución Política: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”. La exigencia de legalidad procesal se establece en el artículo 202 CPP, cuando se señala que “[...] resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines del esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado”.

mínimas intervenciones, como pequeñas extracciones de sangre o cabello, pero siempre que la extracción de la muestra sea realizada por un especialista y este no la considere riesgosa a la salud del intervenido; y, d) Competencia especializada. Siendo la intervención corporal para fines de la búsqueda de prueba que requiere experticia, las diversas etapas de la misma – toma de muestra, conservación, análisis, contrastación, elaboración y explicación de los resultados– solo puede realizarlo personal especializado y en condiciones técnicas y científicas óptimas⁵.

20.º Ahora bien, conforme al nuevo marco normativo, la intervención corporal para fines de biología forense es de amplia aplicación. Esta amplitud se evidencia en los siguientes aspectos: a) Se extiende a cualquier delito que tenga una pena conminada mayor a cuatro años de privación de libertad –homicidios, lesiones graves a menores de edad o parientes, secuestro, trata, delitos contra la libertad sexual, robo, delitos contra la humanidad–; b) La toma de muestra o las extracciones pueden ser mínimas o pueden suponer un cierto peligro en la salud del intervenido; c) No se requiere el consentimiento del intervenido; d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenida⁶, por lo que el examen debe hacerlo un médico u otro profesional especializado y con la presencia de otra mujer o un familiar; y, d) La intervención corporal no solo se puede realizar sobre el imputado, sino también sobre otras personas no inculpadas, incluso sin su consentimiento. En este último caso, el examen se justifica por la necesidad del esclarecimiento de los hechos y se encuentra una determinada huella o secuela del delito. Dentro de este marco de referencia procederemos a examinar las cuestiones relacionadas con el examen de ADN.

§ 3. EL EXAMEN DE ADN COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO

21.º La llamada prueba de ADN es de reciente data en la investigación forense. Su aplicación en el ámbito de la investigación forense se remonta a 1983 en el Reino Unido. El examen de ADN⁷ es uno de los medios de prueba más prestigiados en el ámbito de la criminalística. Como consecuencia de los avances de la genética molecular y en particular en el estudio del genoma humano⁸, se la considera como un medio de prueba altamente objetivo. Su objetividad se sustenta en la alta probabilidad de encontrar una huella genética o perfil genético⁹ que permita identificar a un individuo a partir de los trazos únicos e irrepetibles en otros individuos (alelos). La identificación por restos de ADN consiste en la comparación entre una muestra dubitada –aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece– y otra indubitada –obtenida de la persona sospechosa–, de suerte que si ambos coinciden en sus resultados, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado o juzgado (Sentencia del Tribunal Supremo de España 607/2012, de nueve de julio).

22.º Por sus características fundamentales, el examen de ADN es considerado como una “prueba científica”. Conforme a un ampliamente aceptado concepto, la “prueba científica” es una operación probatoria, en cuya admisión, actuación y valoración se usan instrumentos del conocimiento provenientes de la ciencia y la técnica; esto es, los principios y métodos científicos, medios tecnológicos, aparatos técnicos, para cuyo uso se requiere de expertos competentes¹⁰. Su cientificidad parte del hecho que está sustentado en los avances de la biología y, en particular, de la genética molecular. Los conocimientos científicos desarrollados en este ámbito permiten establecer perfiles genéticos con ratio de probabilidad (Likely ratio) que supera fácilmente los estándares probatorios. La estimación de la probabilidad de identificación de un individuo a partir de sus rasgos genotípicos, se hace en función de un examen objetivo que descarta cualquier especulación o evaluación subjetiva y que se cuantifica en porcentaje (fiabilidad)¹¹.

23.º Sin embargo, el hecho que este examen se haga de acuerdo a métodos científicos y sustentado en un cálculo probabilístico ha generado malos entendidos o sobre estimaciones¹². A este factor se agrega el hecho de que el examen de ADN se realiza por un especialista o perito, para su valoración por parte de las partes procesales y en especial del juez. Esta dicotomía puede hacer suponer que los conocimientos desplegados por aquél sean inaprehensibles o inalcanzables. Los malos entendidos con relación al peso, la interpretación de sus resultados o el rol de los sujetos procesales, se expresan de la siguiente manera: a) Se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; b) Los jueces pueden considerar que lo relevante en este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad, quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra –cabe señalar que el sistema más utilizado en la actualidad es el denominado Short tandem repeat: STR, que se basa en la búsqueda de información en específicas regiones, llamadas Loci –que son fragmentos de ADN variable, siendo los alelos las diferentes variables

posibles—, en cuya virtud se realiza el estudio simultáneo de diez a quince de las regiones microsatélites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos—13; c) Los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando en realidad ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo14; d) Los jueces pueden no interesarse, para dar fiabilidad al análisis genético, en la cantidad de marcadores15 analizados, cuando en realidad es relevante 5 Cfr. Mora Sánchez, José Miguel; *ibid.*, p. 8 y ss.

6 En el artículo 211.2 del CPP se asume que la posible vulneración al pudor solo comprende a la mujer.

7 “El ADN o ácido desoxirribonucleico es una larga cadena de unidades de nucleótidos conectados entre sí. En un solo nucleótido hay tres componentes: 1) Una molécula de azúcar; 2) un grupo fosfato y 3) una base nitrogenada. Las bases nitrogenadas son las que hacen el ADN variable. Existen cuatro tipos de bases; adenina, guanina, citosina y timina” (González Ortega, Adela: Valoración de la prueba de ADN en el proceso penal; Madrid 2016; Universidad Politécnica de Madrid; p. 15).

8 Según Adela González Ortega (*ibid.* p. 81), el genoma humano es la codificación hereditaria que poseen los seres vivos en su estructura celular.

9 Según González Ortega, el perfil genético es el patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo; *ibid.*; p. 81.

10 Dominioni, O. citado por Fausto Giunta en: *Questione Scientifiche e Regole di Giudizio*; en *Criminalia* 2014. *Annuario di scienze penali*; p. 562 y s.

11 Para un estudio integral de la experiencia en el uso del análisis del ADN en Europa occidental y el ámbito anglosajón cfr. Supiot Elsa - directora de la investigación colectiva y que dio lugar a la presentación del Informe final: *Le proces pénal à l’épreuve de la génétique*; Mission de Recherche Droit & Justice – Institute des Sciences Juridique & Philosophique; Junio 2017. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/10/14-34-Le-proc%C3%A8s-p%C3%A9nal-%C3%A0-l%C3%A9preuve-de-lag%C3%A9n%C3%A9tique.pdf>

12 Dicha sobre estimación objetiva de la capacidad probatoria del examen de ADN, contrasta con la otra sobre estimación subjetiva de considerar a los jueces como “peritos de peritos”. Ni una ni otra postura reflejan un criterio racional o cercano a la realidad.

13 Sotelo Muñoz, Helena: *La identificación del imputado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 90, 92, 93.

14 The National Center for Victims of Crime: ADN & las víctimas de delito: lo que las víctimas deben saber; p.1.

15 Un marcador genético o marcador molecular es un segmento de ADN con una ubicación física

identificable (locus) en un cromosoma y cuya herencia genética se puede rastrear.

la relación directamente proporcional entre marcadores genéticos e identificación del individuo, por el cruce de variables (polimorfismo); e) La denominación que recibe frecuentemente este examen, identificándolo como “una prueba” genera el error semántico de equiparlo a su significación procesal, cuando en realidad es un medio de prueba (pericial) que podría dar cuenta solo de un indicio; f) El hecho que se diga que las leyes naturales – y el examen de ADN se sustenta en afirmaciones científicas categóricas– no son objeto de prueba, no significa que sus resultados sean asumidos acríticamente; y, g) Los jueces pueden confundir la alta fiabilidad del resultado del examen, con plenitud probatoria. Por tanto, a fin de superar estos malos entendidos o sobrevaloración del examen de ADN pasamos a desarrollar sus alcances, limitaciones, posibilidades de falseabilidad, vinculación con el hecho indicado o principal, y su debida valoración por el juez, en particular en el ámbito de los delitos sexuales.

24.º Estas distorsiones deben ser corregidas en función de una actitud que se asume en el ámbito científico. A lo largo de la historia de la ciencia ha quedado evidenciada que no hay verdades absolutas16, sino una progresión de avances en espiral. La actitud del científico y ciertamente la de un juez, que se mueven en el mundo de la incertidumbre, debe aproximarse a la duda cartesiana, pues es la única forma de propender a la evolución del conocimiento y, en nuestro ámbito de la verdad procesal.

§ 4. IMPORTANCIA, CONTENIDO, ALCANCES Y LIMITACIONES DEL EXAMEN DE ADN

25.º El examen de ADN ha adquirido peso en las últimas décadas por su gran capacidad diferenciadora o discriminadora. Es el 1 por ciento del ADN de una persona, el que marca la diferencia entre un individuo y otro, salvo en el caso de los gemelos. En otras palabras, el ADN que interesa a efectos forenses es el que se centra “[...] en el análisis del ADN más variable entre individuos (el más polimórfico) pero ni siquiera analizamos todo el ADN variable sino solo una pequeñísima parte”17. El examen consiste en la recopilación de un determinado grupo de identificadores o rasgos que se ubican en puntos específicos (marcadores genéticos) dentro de la cadena de ADN. Con la información que el especialista obtenga en una relevante cantidad de marcadores – entre 13 a 15, o, en todo caso, 10– puede obtener el perfil genético de un individuo. Este perfil genético obtenido en la escena del delito debe ser contrastado con el perfil de un sospechoso. La condición de sospechoso puede derivarse de alguna vinculación probable con el caso concreto, o de un registro o base de datos establecido por parte del Estado18. En nuestro país mediante el Decreto Legislativo N° 1398, se ha creado el Banco de Datos Genéticos para contribuir a la identificación de las personas desaparecidas en el período de violencia 1980–2000, en el marco de la Ley N° 30470, Ley de Búsqueda de Personas Desaparecidas durante el período de violencia 1980-2000. Pero la data también puede ser construida sobre la base del registro personas condenadas –reincidentes o no– por delitos dolosos (graves y/o violentos), o por delitos similares al investigado. Si la evidencia ADN encontrada en la escena del delito coincide con el perfil genético del

sospechoso demuestra su presencia en el lugar de comisión del delito. Este ciertamente es un primer paso en la determinación del hecho indicado.

26.º En general, el examen de ADN se divide en las siguientes etapas: a) La recopilación y conservación de la muestra. Para efectos del análisis de ADN el experto debe ubicar y recoger vestigios en el lugar del hecho y, más precisamente, en el cuerpo de la víctima. Ello supone que la muestra tomada deba ser conservada hasta su arribo al lugar donde debe ser analizado. La observancia de protocolos para la cadena de custodia de los vestigios es crucial para el éxito del examen; b) Análisis de la muestra y contrastación. Consiste en el análisis en laboratorio de la muestra recopilada para obtener un perfil genético y proceder a su contrastación con el perfil obtenido del intervenido -imputado o víctima; c) Resultado estadístico de los resultados. El resultado final del examen debe expresarse en dos sentidos: la exclusión o no coincidencia de los perfiles genéticos comparados o la no exclusión o coincidencia de los mismos. Solo en el primer sentido puede sostenerse que el resultado es absoluto; vale decir, que descarta que el perfil genético de la persona intervenida, no corresponde al ADN del vestigio encontrado en la escena del delito. Pero en el segundo caso, es menester expresar la coincidencia de perfiles en términos probabilísticos porcentuales¹⁹; d) Elaboración del Informe pericial.- El mismo que debe cumplir con los requerimientos mínimos del artículo 178 CPP; vale decir, que no se circunscriba solamente a la presentación de los resultados, sino que esté articulado con el objeto de análisis y sus características, el método utilizado y sus posibles limitaciones; e) Reexamen del perito. Finalmente, el punto de encuentro entre la llamada prueba científica y los sujetos procesales es el examen pericial de los peritos. En esta parte de la prueba pericial el experto genético explicará el contenido de su informe pericial de ADN. Será el escenario ideal para que las partes puedan tomar conocimiento, a través del examen correspondiente, del grado de fiabilidad y consistencia del informe sustentado por el experto²⁰. En este sentido se establece en el artículo 181 CPP que "El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene". Se trata por tanto de un examen integral y no solo focalizado en el resultado o las conclusiones del informe pericial. Sería un error para las partes y generaría una asimetría de información en el proceso, si se adoptase esta actitud sesgada, por los sujetos procesales. Ciertamente, esta labor examinadora podrá ser más eficiente con la interconsulta de la que puedan hacer uso las partes. La importancia de esta última etapa es la que explica la necesidad que el órgano de prueba explique y someta al contradictorio su análisis de ADN y que el informe adquiera valor probatorio con la ratificación oral y no como mero documento —es claro, en todo caso, que el examen del perito está condicionado a las solicitudes probatorias de las partes procesales y, previamente, a la solidez del informe pericial y a la corrección de la toma de muestras y a la legalidad o no ruptura de la cadena de custodia—.

27.º La relevancia del análisis del ADN se destaca sobre todo en los casos en que hay una interacción relevante entre la víctima y el agresor. El intercambio se produce en cualquier parte del cuerpo, con el consiguiente 16 En este sentido Lourdes Prieto y

Ángel Carracedo: La Valoración Estadística de la Prueba de ADN para Juristas.

17 Prieto – Carracedo: *ibid*.

18 Para una revisión detallada de las diversas experiencias de los Registros Genéticos en el ámbito comparado, cfr. Supiot Elsa: *ibid*..

19 Para ello, en el análisis estadístico actual se dice que los resultados probabilísticos deben presentarse en términos bayesianos; forma de cálculo matemático-estadístico que es propio del conocimiento del experto. Cfr. Bayes, T.: *An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances*. By late Rev. Mr. Bayes, communicated by Mr. Price, in a letter to John Canton. <http://www.stat.ucla.edu/history/essay.pdf>

20 Para ello es útil hacer uso de guías que aproximen a los juristas que normalmente participan en este acto procesal, al lenguaje de los expertos forenses, a través del examen y contra examen. Cfr. Edmond Gary, Martire Kristy; Kamp Richard; Hamer David; Hibbert Brynn; Ligertwood Andrew; Porter Glenn; San Roque Mehera; Searston Rachel; Tangen Jason; Thompson Mathew; White David: *How to cross-examine forensic scientists: A guide for lawyers*; Australian Bar Review (2014) 39. <http://netk.net.au/Forensic/UNSW1.pdf>

desprendimiento de pelos de la cabeza, vellos pubianos, saliva, sangre o sudor. En los delitos violentos realizados en un contexto de clandestinidad, en el que la víctima es testigo único de su tragedia, el examen de ADN es fundamental. En estos casos, el testimonio de la víctima es importante y siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116, pero la función identificadora del examen de ADN es un indicio, corroborativo de la afirmación de la víctima²¹; aunque, claro está, no es el único (su ausencia no necesariamente determinará, caso por caso, un supuesto de insuficiencia probatoria). Queda claro, entonces, que el examen de ADN es una prueba de probabilidad de gran margen de seguridad, por lo que mediante ella se determina, sin ningún género de duda razonable, que el material biológico utilizado pertenece efectivamente a la persona, identificándola, pero se requiere contar con otras pruebas, directas o indirectas, para demostrar la autoría de los hechos que se imputan a quien es identificado genéticamente. Por ello, así como la falta de coincidencia de los polimorfismos de dos muestras de ADN excluye, de una manera indubitada, la pertenencia a la misma persona la coincidencia de los polimorfismos de dos muestras no supone ninguna certeza respecto de la comisión del delito, sino la atribución de un valor de mera probabilidad.²²

28.º La importancia forense de este medio de prueba va más allá del ámbito penal. Sirve para la determinación de la paternidad, en los procesos civiles. Es un factor fundamental en la identificación de personas desaparecidas o fallecidas en un accidente. Pero sirve igualmente en el proceso penal, tanto a la defensa como al fiscal²³. Su utilidad no solo se expresa en los casos presentes, sino también en los casos antiguos y archivados provisionalmente²⁴. Desde esta perspectiva, puede señalarse que la víctima o sus familiares pueden considerar positivo este uso del examen, como una expresión del derecho a conocer la verdad. Aun cuando hay quienes consideren negativa la posibilidad de una reapertura del caso, por la revictimización. Como fuera, la amplia aplicación del examen de ADN sirve al propósito del

esclarecimiento del objeto del proceso. No es desdeñable su potencialidad aplicativa en los casos de revisión relacionados con homicidios, delitos contra la libertad sexual u omisión de asistencia familiar. Dado aún su incipiente uso en nuestro país, y que dificultan el uso de los resultados en tiempo oportuno, es bastante probable que sea invocado como medio de prueba nuevo. Y esta calificación puede aceptarse aun cuando haya habido un examen de ADN durante el proceso, pero con muestras diminutas o degradadas que, en el actual estado de la ciencia, pueden ser utilizadas²⁵.

29.º Ahora bien, la posibilidad de ofrecimiento de este medio de prueba es amplia. Si bien en el Código Procesal Penal se señala como límite mínimo para disponer una intervención corporal con fines de examen genético molecular, la pena conminada mayor de 4 años de privación de libertad, ello no obsta para que la parte interesada pueda ofrecer este medio de prueba en delitos que no sobrepasen este límite. El único condicionante en este caso está relacionado con el consentimiento de la persona intervenida. Consentimiento que se entiende implícito si se trata de la parte oferente. Si la intervención corporal para fines de examen de ADN lo pidiese el fiscal, el no asentimiento del imputado puede considerarse como un indicio de cargo, débil pero indicio al fin.

30.º Sin embargo, aun cuando sus posibilidades de uso son amplias, tanto las partes como el propio juez, deben ser conscientes que el examen de ADN presenta diversas limitaciones. A guisa referencial deben señalarse las siguientes: a. No todo examen de ADN, per se, es eficaz sino tan solo el que recae sobre los genes más polimórficos –el que ofrece más posibilidades de diferenciación–; b. Según el tipo de gen sobre el que se realice el examen, debe usarse determinado método; c. El examen de ADN será tan eficaz en su aproximación probabilística, cuanto mayor cantidad de marcadores sean analizados; d. Por el estado de la ciencia aún no existe la posibilidad de determinar la antigüedad del ADN analizado; e. El método utilizado en el análisis está en función del tipo de vestigio a analizar –saliva, semen, pelo, piel, sangre–; f. Las técnicas de recopilación, conservación, análisis, contrastación y presentación de resultados debe ser aplicadas necesariamente por especialistas; g. Por tanto, deben existir protocolos actualizados; h. En el procedimiento del examen del ADN debe tenerse especial cuidado en la preservación de la cadena de custodia; i. Un examen de ADN puede no aproximarse a la identificación del sospechoso por diversos problemas relacionados con el examen –contaminación, degradación, mezcla, insuficiencia–.

§ 5. EL ROL DEL PERITO GENÉTICO EN EL PROCESO PENAL

31.º La delimitación de los roles del perito y de los jueces en materia probatoria, en especial en el ámbito de un conocimiento tan especializado como el examen de ADN, refleja la relación que existe entre la ciencia y el derecho. En sentido más restringido, hace necesario diferenciar y asemejar, en lo que sea posible, los conceptos de prueba científica y prueba jurídica. La determinación del contenido de esta relación puede dar lugar a dos actitudes extremas. Por un lado, la pretensión de considerar a los jueces como “peritos de peritos”, lo que evidencia un absurdo y osado activismo judicial. Esta pretensión no se sostiene más, vista la evolución y complejidad creciente de los conocimientos científicos y tecnológicos. Pero, por otro lado, subsiste la actitud

del perito tradicional de pretender sustituir al juez, sustentado en su intuición, en su experiencia y considerando que sus conclusiones son verdades absolutas e inconcusas²⁶. De esta manera los peritos tradicionales se constituían en *summum sapiens*, cuyas conclusiones desbordaban la apreciación técnica científica para invadir espacios propios del juzgador (activismo pericial).

32.º Estos dos extremos deben ser morigerados. Los peritos en el sistema procesal penal son auxiliares, calificados claro está, del servicio de justicia. Éstos, mediante sus conocimientos profesionales, ayudan al órgano jurisdiccional en la estimación de una cuestión probatoria²⁷. Con sus conocimientos y habilidades especializadas coadyuvan a esclarecer la verdad, en el ámbito de lo que es objeto de análisis. En particular, en el ámbito del análisis del ADN deben realizar su labor pericial observando estrictamente los protocolos en cada una de las fases de este examen. En el informe pericial deben dar cuenta de las condiciones para el recojo de la muestra de ADN, el método utilizado; su correspondencia con el tipo de vestigio analizado; la cantidad de marcadores y su grado de polimorfismo; las limitaciones y la fecha de recojo; las condiciones de conservación, la correlación entre el análisis realizado y las conclusiones.

21 En este sentido: Mora Sánchez; *ibid.* p. 7.

22 Pérez Marín, Ángeles: *Inspecciones, Registros e Intervenciones Corporales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 199/200.

23 Ambos sujetos procesales deben saber administrar correctamente este medio de prueba, para evitar la visión sesgada denominada la falacia de la defensa o la falacia del fiscal

24 The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 7.

25 The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 8.

26 Cfr. Vargas Avila, Rodrigo: *La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal*; *Prolegómenos – Derechos y Valores*; volumen XIII – N° 25; Bogotá 2010; p. 130.

27 Roxin, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 238.

Se trata de una presentación objetiva y probabilística de los resultados del examen; no de explicar la correlación entre el resultado obtenido y el peso probatorio del indicio a probar. Tanto en este caso como en general en la prueba pericial, el juez debe examinar por sí mismo el dictamen del perito según su fuerza persuasiva y no puede adoptar en la sentencia los resultados del perito sin haberlos controlado –si el juez quiera apartarse del dictamen del perito debe fundar su opinión de forma verificable, con una exposición de las diferencias con el dictamen, sin desligarse de los estándares científicos–.²⁸

33.º En este sentido, lo que debe contener el informe del perito biólogo se ha de adecuar a lo establecido en el artículo 178 CPP; esto es, debe realizar una descripción genérica del objeto de análisis, señalando el tipo de vestigio analizado, la fecha de su recopilación, el estado en que encontró los vestigios analizados; la cantidad de marcadores estudiados, el o los métodos utilizados; la posible existencia de factores limitantes o distorsionantes del estudio; la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; la motivación del examen

realizado; las conclusiones en términos probabilísticos de la correspondencia del vestigio encontrado en la escena del delito con el ADN del intervenido – procesado o no–. Al respecto no basta con verificar la actuación de un análisis, como el de ADN con métodos científicos. Ha de considerarse los criterios de fiabilidad que deberán explicar los expertos en el examen y contra examen; a saber: a) verificabilidad del método; b) falseabilidad; c) sometimiento al control de la comunidad científica; d) conocimiento del margen de error, y e) aceptación general de la comunidad científica²⁹.

34.º En ningún caso se podrá expresar en el informe pericial juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso. Tampoco se podrá calificar el valor probatorio del resultado obtenido. La fiabilidad del informe presentado por el perito genético dependerá “[...] de la validez científica del método usado, de que haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos exámenes de calidad”³⁰.

§ 6. LA VALORACIÓN DEL JUEZ DEL EXAMEN DE ADN

35.º En el Código Procesal Penal se ha establecido como regla de valoración lo siguiente: “El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”. La primera regla es que corresponde solo al juez proceder a la valoración jurídica de los medios de prueba actuados en el plenario y de ser el caso de la prueba anticipada. El examen de ADN es solo uno de los medios de prueba que el juez tendrá en el caudal probatorio, y cuya valoración deberá primero abordar individualmente. Dicha valoración se realizará conforme a las reglas de la sana crítica, lo que significa que incluso en el caso del análisis del ADN, el juez no puede aceptar acríticamente los resultados del examen realizado, sino tomará en consideración la validez del examen realizado, y las observaciones o limitaciones evidenciadas en la ratificación del informe pericial. Por el criterio probatorio de la sana crítica el juez mantiene la facultad discrecional de validar los medios de prueba. El único límite que se plantea esta libertad es la fundamentación racional de la valoración que haga³¹.

36.º En este sentido, se dice que el juez no solo valora en función de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, sino también valora conforme a los conocimientos científicos. Es cierto como dice FAUSTO GIUNTA que el juez utiliza, en cuanto miembro de la comunidad, y sin necesidad de intermediarios, generalizaciones empíricas y culturales sintetizadas en las llamadas “máximas de la experiencia” que como criterios de inferencia conducen a probar los indicios³². Pero ello no lo exime de la obligación de valorar conforme a los conocimientos científicos. Y ello porque si bien es cierto la base o sustento cognitivo para la determinación del objeto del proceso lo determina el sentido común; cuestión que es propia del juez en la valoración, no puede desdeñar la valoración de los indicios probados y sustentados en el conocimiento científico que es más objetivo, racional y medible. Como sostiene Giunta, la voz de la ciencia está

dotada de mayor credibilidad explicativa que la ofrecida por las máximas de la experiencia³³.

37.º Luego de haber valorado individualmente los medios de prueba, el juez procederá a valorar integralmente o de manera correlacionada todos los medios de prueba. Esta regla no excluye el caso de la valoración del examen de ADN, como medio de prueba único -o como impropriamente se le denomina “pleno” o “absoluto”. Pues incluso en los casos aparentemente más evidentes, el examen de ADN debe ser corroborado con otros medios de prueba, para probar el objeto del proceso. Es aquí donde los medios de prueba científicos, como el análisis del ADN, se relativizan en su valor probatorio desde el punto de vista jurídico, porque lo que se trata es de probar el objeto del proceso que está conformado por un conjunto de circunstancias de la que el examen de ADN solo puede dar cuenta parcial.

§ 7. EL VALOR PROBATORIO DEL EXAMEN DE ADN EN LOS DELITOS SEXUALES

38.º En el ámbito de los delitos sexuales, en particular los de violación de la libertad sexual, la forma de la comisión del delito está signado normalmente por la clandestinidad en su comisión. Esto significa que en la escena del delito solo se encuentra el agresor y la víctima. Por tanto, la forma de probar el hecho punible y sobre todo la responsabilidad del acusado, exige el cumplimiento de los criterios de seguridad que en su día establecieron los Acuerdos Plenarios 2-2005/ CJ-116 y 1-2011/CJ-116. El testimonio de la víctima será decisivo para tal propósito, a condición que cumpla determinadas exigencias de verosimilitud y sea corroborado con otros elementos externos periféricos. La obtención de la prueba se complica aún más si la denuncia del delito se presenta mucho después de sucedido el hecho punible o si la víctima es menor de edad o ha sido puesta o se ha aprovechado de su estado de inconciencia.

39.º En este contexto, se ha considerado útil, bajo determinadas circunstancias y sin asumir criterios de pruebas obligatorias o tasadas, la realización del examen de ADN para el esclarecimiento del hecho. Dicha utilidad se evidencia en particular en los delitos de violación de la libertad sexual, porque en su forma de realización es evidente que hay un nivel de acercamiento corpóreo entre el agresor y la víctima, lo que supone

28 Roxin, Claus: Obra citada, p. 239.

29 Cfr. Tonini Paolo: La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Rifl essi sulla verifi ca delle massime di esperienza; en Diritto penale e proceso; p. 1343.

30 Gascón Abellán, Marina: Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN; p. 3.

31 Bello Valerio; Nicol DeNunzio Nicol; Dipasquale Salvina; Gnisci Debora; Liburdi Martina; Ilaria Longo: La prova del DNA ed il ruolo degli esperti nel processo penale; archivo pénale. ile:///D:/Usuarios/pjudicial/Downloads/LA_PROVA_DE_L_DNA_E_IL_RUOLO_DEGLI_ESPERTI_NEL_PROCESSO_PENALE.pdf

32 Giunta Fausto: Questioni Scientifiche e Prova Scientifica tra categorie Sostanziali e Regole di Giudizio; p. 562.

33 Giunta Fausto; ibid. p. 563.

la presencia de vestigios dejados por el agresor en la escena del delito. El examen de ADN servirá en estas circunstancias siempre que la escena del delito no sea el lugar donde viven la víctima y el sospechoso, pues la homologación de los vestigios con el ADN del sospechoso será equívoco.

40.º La utilidad del examen de ADN es más relevante si se encuentra vestigios de semen en la zona periférica del cuerpo de la víctima o en sus partes íntimas. En estos casos, es indiferente que el agresor ocupe el mismo espacio que la víctima, pues el lugar de hallazgo del vestigio evidencia una aproximación inapropiada o anormal del agresor con la víctima, conforme a las máximas de la experiencia. Por eso es importante para habilitar el examen de ADN que la víctima adopte las medidas adecuadas en cuanto a su aseo luego de la agresión sexual. A medida que pasa el tiempo luego de cometido el delito, el examen de ADN va perdiendo importancia.

41.º Ahora bien, en el caso que fue materia de la sentencia casatoria objeto de análisis, la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN se plantea la cuestión de si dicha constatación es suficiente para optar por la absolución del imputado excluido. Para ello deben abordarse diversas circunstancias. En principio, en el caso de una imputación por delito violación de menor de edad, la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba, solo constituye un contra indicio, pero no excluye la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor. Para ello el juez deberá valorar otros indicios que pueden llevar al hecho indicado –indicio de capacidad, de mala justificación, de sospecha, de oportunidad, antecedente–. 42.º Tratándose de violaciones de mayores de edad la no exclusión de paternidad del agresor tampoco constituye indicio de cargo único y suficiente para optar por la responsabilidad del acusado. Constituye sí un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que cubran la involuntariedad de la víctima en la realización del acto sexual. Pero igualmente tampoco es evidente si lo que es objeto del proceso comprende un periodo de tiempo en el que puedan haberse realizado varios actos sexuales. Las circunstancias del caso concreto y la valoración de los medios de prueba y elementos externos periféricos determinará la conclusión jurisdiccional. 43.º Finalmente, si el examen de ADN tiene como soporte un vestigio distinto a la de semen, la no exclusión del perfil genético del imputado constituye un indicio de presencia de este y que corrobora la identificación que pueda haber hecho la víctima, mediante declaración testimonial. De la misma manera debe ser corroborado su dicho con otros elementos periféricos externos para concluir por la responsabilidad del imputado. III. DECISIÓN 44.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal: ACORDARON 45.º DECLARAR SIN EFECTO

el carácter vinculante de las disposiciones establecidas por la Sentencia Casatoria 292-2014/Ancash en lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de dicha sentencia, de diecisiete de febrero del dos mil dieciséis. 46.º ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes -que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos-, los siguientes lineamientos jurídicos: a. Que el examen de ADN es un medio de prueba científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis: recojo, observación, análisis, contrastación de resultados, expresados términos probabilísticos. Es fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia. b. Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal, en materia de búsqueda de la prueba. c. Que, en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con otros elementos periféricos. d. Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba. 47.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias. 48.º PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el Diario Oficial El Peruano. HÁGASE saber. S.s. SAN MARTÍN CASTRO LECAROS CORNEJO SALAS ARENAS BARRIOS ALVARADO FIGUEROA NAVARRO QUINTANILLA CHACÓN PRÍNCIPE TRUJILLO NEYRA FLORES CASTAÑEDA ESPINOZA NUÑEZ JULCA SEQUEIROS VARGAS PACHECO HUANCAS GUERRERO LOPEZ CHAVEZ MELLA BERMEJO RÍOS 1724469-1

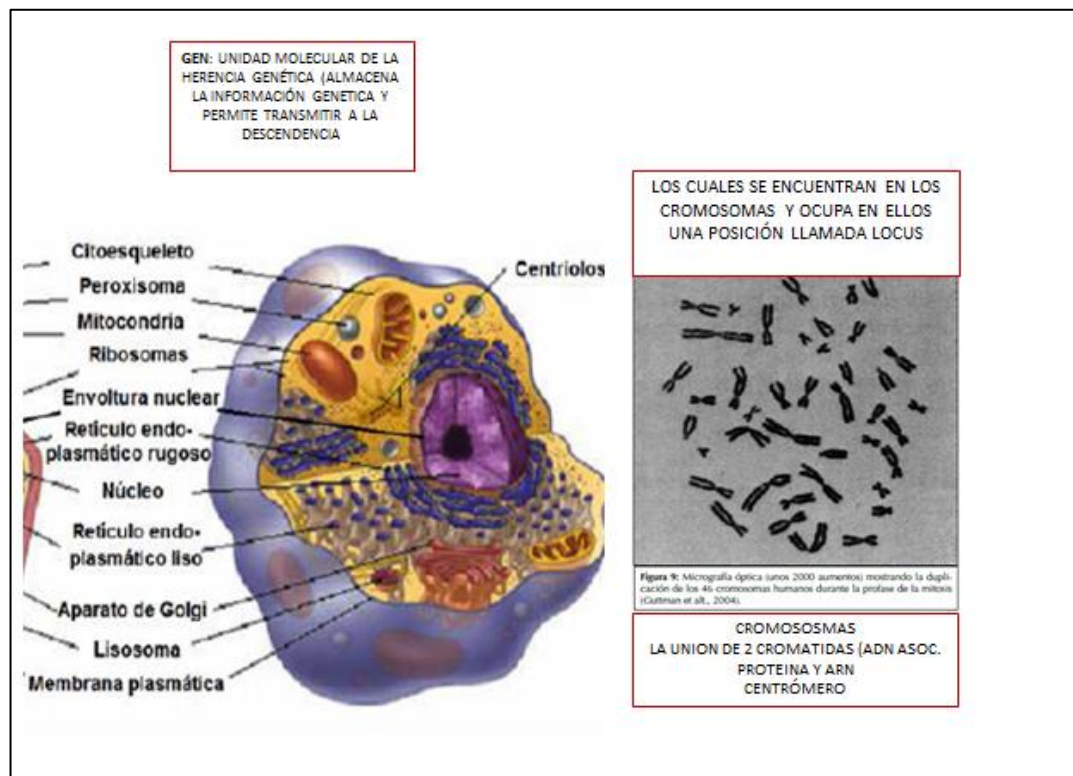
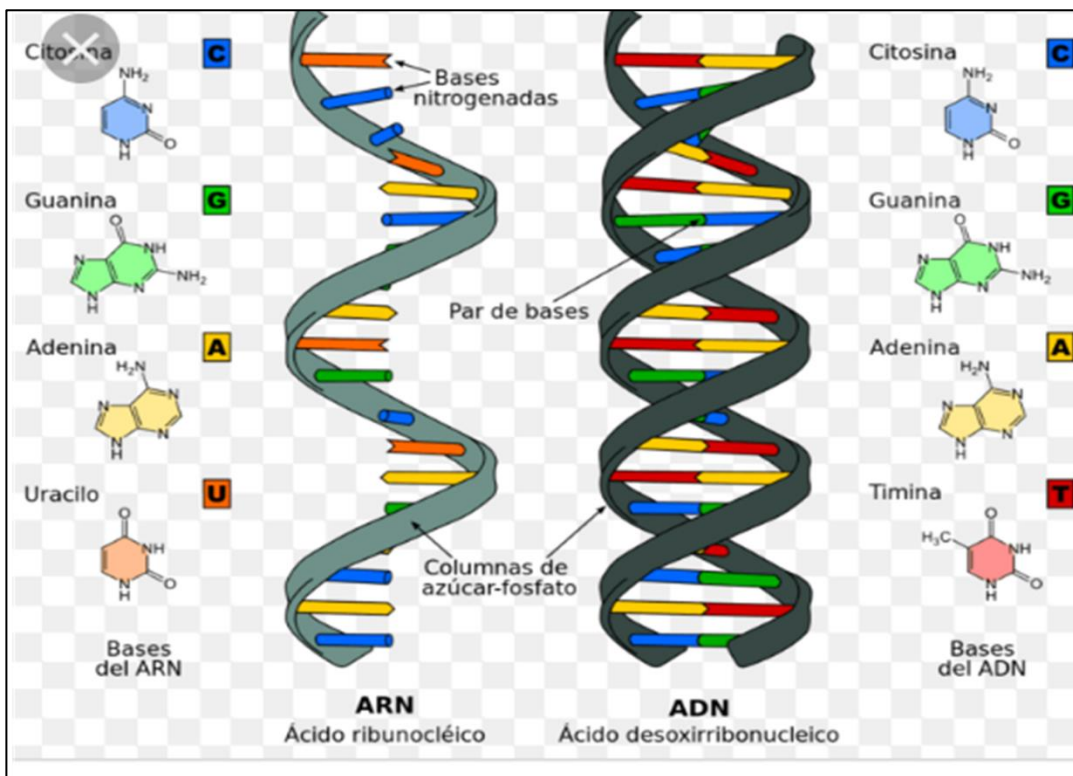
**“EL EXAMEN DE ADN EN ÁMBITO PROCESAL PENA,
EN PARTICULAR EN LOS DELITOS SEXUALES”
SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N°2-2018/CIJ-433**

PUNTOS A TRATAR

ADN-DEFINICIÓN
ALCANCES, LIMITACIONES Y
VALORACIÓN PROBATORIA

TEST DE PONDERACIÓN
INTERVENCIÓN CORPORAL
FINES DE BILOGIA FORENSE

ETAPAS DEL EXAMEN DE ADN
PRECEDENTES DE OBSERVANCIA
OBLIGATORIA



Fuentes de ADN



La sangre es una fuente excelente de ADN. Éste está presente en los glóbulos blancos (o leucocitos), pero no en los glóbulos rojos humanos (eritrocitos o hematies), pues éstos carecen de núcleo. Una mancha de sangre del tamaño de una moneda pequeña, correspondiente a unos 50 microlitros, tiene suficiente ADN para un análisis típico de VNTR.

El ADN de la cabeza de los espermatozoides es habitualmente la fuente más importante de ADN como prueba del delito en casos de ataque sexual. Cinco microlitros de semen contienen aproximadamente la misma cantidad de ADN que 50 de sangre. Para liberar el ADN de las cabezas de los espermatozoides se requieren métodos de extracción especiales. En consecuencia, en las muestras de ataque sexual se puede extraer de forma diferencial: la primera extracción proporciona principalmente el ADN de células epiteliales de la víctima, mientras que la segunda extracción rinde principalmente ADN del semen.

La saliva contiene material celular. Se puede extraer ADN, para su análisis, a partir de marcas de mordisco, collas de cigarrillo, sellos de correo pegados en el sobre o cierres engomados de sobre.

El folículo capilar de la base del cabello humano contiene material celular rico en ADN. Para poderlo usar en análisis de ADN, el cabello debe haber sido arrancado (los cabellos que caen por rotura no contienen ADN).

Cualquier tejido del cuerpo que no se haya degradado es una fuente potencial de ADN.

El hueso es una de las mejores fuentes de ADN a partir de restos humanos descompuestos. Incluso cuando la carne se ha descompuesto, a menudo se puede obtener ADN del hueso desmineralizado. Se ha usado ADN de hueso para identificar los huesos repatriados de soldados de los tiempos de la guerra de Vietnam y los restos de la familia rusa Romanov, que fue ejecutada durante la revolución bolchevique.

Al igual que los huesos, los dientes pueden ser también una fuente excelente de ADN, mucho después de que el resto del cuerpo se haya descompuesto.

La orina no contiene por sí misma ADN, pero puede contener células epiteliales, que sí tienen ADN. Sin embargo, la mayoría de personas sanas no excretan células epiteliales en su orina.

TEST DE PONDERACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN CORPORAL

FUNDAMENTO 19
LEGALIDAD
PROPORCIONALIDAD
CONTROL JUDICIAL
COMPETENCIA ESPECIALIZADA

FUNDAMENTO 20
BIOLOGIA FORENSE-FINES

1. PENA MAYOR A 4

2. NO PELIGRO A LA SALUD

3. NO CONSENTIMIENTO

4. NO SOLO AL IMPUTADO

LIMITACIONES:

FUNDAMENTO 23

de los sujetos procesales, se expresan de la siguiente manera: a) Se asume que en la medida que quienes formulan el informe de ADN son especialistas en un ámbito impenetrable por los jueces, le restringen toda posibilidad de análisis; b) Los jueces pueden considerar que lo relevante en este examen son los resultados expresados en un alto porcentaje de credibilidad, quedando fuera de consideración el método utilizado, la cadena de custodia, el tiempo de recolección de la muestra —cabe marcadores del ADN polimórficos—¹²; c) Los jueces pueden confundir que cuando se habla del 99.99 por ciento de probabilidad de identificación de un individuo, este porcentaje se refiere al 99.99 por ciento del ADN examinado, cuando en realidad ese porcentaje es el ubicable solo en el 1 por ciento del mismo¹⁴; d) Los

LA VALORACIÓN DEL JUEZ DEL EXAMEN DE ADN

FUNDAMENTO 35

RESPETARÁ LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

LÓGICA, LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA Y LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS.

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO CONCRETO Y VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y ELEMENTOS PERIFÉRICOS QUE DETERMINARÁ LA CONCLUSIÓN JURISDICCIONAL.

PRECEDENTES DE OBSERVACIÓN OBLIGATORIA

a. Que el examen de ADN es un medio de prueba científico de alta fiabilidad probabilística, siempre que se observen todas las condiciones para control de todas las etapas del análisis: recojo, observación, análisis, contrastación de resultados, expresados términos probabilísticos. Es fundamental para este objetivo que se mantenga la cadena de custodia.

b. Que como medio de prueba puede aplicarse en cualquier ámbito relacionado con la identificación de un sospechoso o de otra persona, a condición que se respeten los criterios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso del procedimiento idóneo, conforme a las normas del Código Procesal Penal, en materia de búsqueda de la prueba.

c. Que, en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con otros elementos periféricos.

d. Que las partes procesales y, en especial, los jueces deben valorar con sentido crítico los informes periciales de ADN, conforme a las reglas de la sana crítica racional. Corresponderá su análisis individual como su examen correlacionado con otros medios de prueba.