



# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

### SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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.º 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 párrafo precedente. Para ello, es pertinente precisar algunos conceptos relacionados con los temas planteados.

13.º En principio, es conteste la postura doctrinal que sostiene que “en el proceso penal [...] todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba”<sup>1</sup>. Así se establece en el artículo 157º 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

<sup>1</sup> Claria Olmedo, citado por César San Martín. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, INPECCP – CENALES editores, 1ra edición, Lima Perú 2015, p. 506.

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 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 irreplicable 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 imputado<sup>2</sup>-. 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 relevantes<sup>3</sup>.

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

<sup>3</sup> 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 (1) Junio 2002, p. 8.

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 ley<sup>4</sup>. 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 científicidad 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 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 óptimas<sup>5</sup>.

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

<sup>4</sup> 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".

<sup>5</sup> Cfr. Mora Sánchez, Miguel; *ibid.*, p. 8 y ss.

intervenido; c) No se requiere el consentimiento del intervenido; d) Puede implicar una injerencia invasiva en el pudor de la intervenida<sup>6</sup>, 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 ADN<sup>7</sup> 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 humano<sup>8</sup>, 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<sup>9</sup> 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 resultado, 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 competentes<sup>10</sup>. Su cientificidad

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

<sup>7</sup> “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, citocina y timina” (González Ortega, Adela: *Valoración de la prueba de ADN en el proceso penal*; Madrid 2016; Universidad Politécnica de Madrid; p. 15).

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Dominioni, O. citado por Fausto Giunta en: *Questione Scientifiche e Regole di Giudizio*, en *Criminalia 2014 Annuario di scienze penalistiche*, p. 562 y s.



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)<sup>11</sup>.

23° 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 estimaciones<sup>12</sup>. 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 microsátelites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos<sup>13</sup>; *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 mismo<sup>14</sup>; *d)* Los jueces pueden no interesarse, para dar fiabilidad al análisis genético, en la cantidad de marcadores<sup>15</sup> analizados, cuando en realidad es relevante 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

<sup>11</sup> Para un estudio integral de la experiencia en el uso del análisis del ADN en Europa occidental y el ámbito anglosajón cfr. Suptot Elsa - directora de la investigación colectiva y que dio lugar a la presentación del Informe final. *Le proces pénal a 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'preuve-de-la-g%C3%A9n%C3%A9tique.pdf>

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> The National Center for Victims of Crime. *ADN & las víctimas de delito: lo que las víctimas deben saber*, p. 1.

<sup>15</sup> 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.

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 absolutas<sup>16</sup>, 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”<sup>17</sup>. 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 Estado<sup>18</sup>. 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 periodo de violencia 1980-2000. Pero la data también puede ser construida sobre la base del registro personas condenadas –

<sup>16</sup> En este sentido Lourdes Prieto y Ángel Carracedo: *La Valoración Estadística de la Prueba de ADN para Juristas*.

<sup>17</sup> Prieto – Carracedo: *ibid.*

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



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 porcentuales<sup>19</sup>; *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) Rexamen 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 experto<sup>20</sup>. 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

<sup>19</sup> 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>

<sup>20</sup> 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>

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 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 víctima<sup>21</sup>; 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.<sup>22</sup>

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 fiscal<sup>23</sup>. Su utilidad no solo se expresa en los casos presentes, sino también en los

<sup>21</sup> En este sentido, Mora Sánchez, *ibid.*, p. 7.

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

<sup>23</sup> Ambos sujetos procesales deben saber administrar correctamente este medio de prueba, para evitar la visión sesgada denominada la falacia de la defensa y la falacia del fiscal

casos antiguos y archivados provisionalmente<sup>24</sup>. 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 utilizadas<sup>25</sup>.

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 en 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

<sup>24</sup> The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 7.

<sup>25</sup> The National Center for Victims of Crime; *ibid.* p. 8.



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 inconcusas<sup>26</sup>. De esta manera los peritos tradicionales se constituían en *summum sapiens*, cuyas conclusiones desbordaban la apreciación técnico-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 probatoria<sup>27</sup>. 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. 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

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

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

una exposición de las diferencias con el dictamen, sin desligarse de los estándares científicos—. <sup>28</sup>

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 científica <sup>29</sup>.

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” <sup>30</sup>.

#### § 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

<sup>28</sup> Roxin, Claus: Obra citada, p. 239.

<sup>29</sup> Cfr. Tonini Paolo: *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, en *Diritto penale e processo*, p. 1343.

<sup>30</sup> Gascón Abellán, Marina: *Validez y valor de las pruebas científicas: La prueba del ADN*, p. 3.



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 haga<sup>31</sup>.

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 indicios<sup>32</sup>. 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 experiencia<sup>33</sup>.

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

<sup>31</sup> 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/judicial/Downloads/LA\_PROVA\_DEL\_DNA\_E\_IL\_RUOLO\_DEGLI\_ESPERTI\_NEL\_PROCESSO\_PENALE.pdf

<sup>32</sup> Giunta Fausto: *Questioni Scientifiche e Prova Scientifica tra categorie Sostanziali e Regole di Giudizio*, p. 562.

<sup>33</sup> Giunta Fausto; *ibid.* p. 63.





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 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

44º 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**

*[Handwritten signatures in blue and black ink, including a large signature at the top and several others below it.]*

*[Handwritten signature]*  
ILAR ROXANA SALÁS CAMPOS  
SECRETARIA SALA PENAL PERMANENTE  
CORTE SUPREMA