

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 10-2019/CIJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial

ASUNTO: Organización criminal y técnicas especiales de investigación

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por 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 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación

J
ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **A.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **B.** Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. **C.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **D.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **E.** Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. **F.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **G.** Viáticos y peculado. **H.** Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

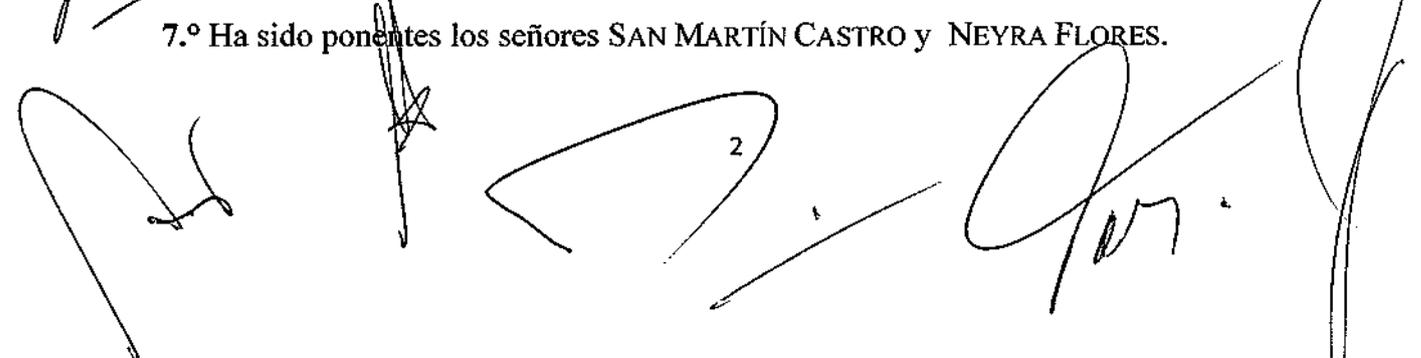
4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a las diferencias hermenéuticas entre organización criminal y banda criminal, las siguientes personas:

1. Michael García Coronel – abogado.
2. Arturo Mosqueira Cornejo – Fiscal Provincial
3. Irene Mercado Zavala – Fiscal Provincial.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra: **A.** Michael García Coronel. **B.** Irene Mercado Zavala. **C.** Arturo Mosqueira Cornejo.

6.º La tercera etapa radicó, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, 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 el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y NEYRA FLORES.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA: LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

1.º El 20 de agosto de 2013, se promulgó la Ley 30077 – Ley contra el Crimen Organizado, en su Exposición de Motivos mencionó que el artículo 44 de la Constitución estatuye como un deber primordial del Estado, entre otros: “[...] *proteger la población frente a las amenazas contra su seguridad* [...]”. Sobre esta base el Estado elaboró diversas medidas punitivas frente a los hechos antisociales, a la vez que las concretó a través de preceptos legales, de carácter material y procesal, para garantizar su eficacia, asumiendo como límite el respeto de los derechos fundamentales y los valores, directivas y principios constitucionales. En esta perspectiva, añadió el legislador, que para poder enfrentar ciertas clases especiales de delitos –cuyas características dificultan su persecución e, incluso, en el caso del crimen organizado pueden socavar los cimientos de economía legal de cualquier Estado– es menester contar con instrumentos legales y operativos que permitan recabar adecuadamente las fuentes de investigación o de prueba.

∞ Es de tener presente, desde luego, que en materia de crimen organizado –en tanto, genéricamente, es de concebirlo como un “[...] *entramado que dispone de gran cantidad de medios personales y materiales que le facilita su actividad delictiva*” [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHEVARRÍA, LESLY: *La cualificación de los métodos especiales de investigación en América Latina y el Caribe*, Cali, Octubre 2016, p. 9]– las intervenciones normativas son aspectos importantes de un conjunto de factores, entre los que se encuentran, adicionalmente, no solo los desarrollos jurisprudenciales, sino también el compromiso institucional y político –de todos los poderes públicos– y los comportamientos de la sociedad civil. El control del crimen organizado y la reducción al mínimo su capacidad de dañar a la sociedad depende no solo del aparato del Estado: leyes, policías, fiscales y jueces, sino también de la movilización de la ciudadanía en contra de esta amenaza, debiéndose exigir públicamente la aplicación estricta de la ley y de la fuerza coercitiva y coactiva del Estado en contra de esta amenaza [NOGUEIRA D’ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Las especiales técnicas de investigación de los delitos de lavado de activos*. En: *Revista Pensamiento Penal*; Montevideo, 2014, pp. 1-2].

∞ La combinación conjunta de todos ellos es la clave para combatir con eficacia este grave problema, en el entendido de que la peligrosidad de la criminalidad organizada no sólo está conectada a (i) su brazo violento (eliminación física de adversarios y de víctimas, así como sosteniendo un clima de intimidación y alarma social) o (ii) su masiva presencia en los más variados mercados ilícitos (drogas, armas y explosivos, trata de personas, etcétera), sino también se deriva de (iii) su capacidad de infiltración en la política, en la economía, en la sociedad [Confróntese: MILITELLO, VINCENZO: *Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano*. En: *Problemas actuales de la justicia penal*, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (Director), Editorial Colex, Madrid, 2013, pp.119-120].

2.º En el articulado de la Ley 30077 –en adelante, la Ley– se incorporaron disposiciones generales para todas las técnicas especiales de investigación. La regulación de las mismas se consolidó porque se asumió, con razón, que las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes, carecen de efectividad frente a este tipo de delincuencia, y se consideró que las técnicas especiales de investigación están perfiladas con el propósito de interceptar tanto carga, como información acerca de cualquier operación sospechosa dentro de una organización criminal, antes de que esta sea completada exitosamente, justificadas por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de agrupaciones criminales para desentrañarlas [CALDERÓN ARIAS, EMMA/LARA HECHEVARRÍA, LESLY: *Ob. Cit.*, pp. 10-11]–.

∞ Es de destacar, respecto de las técnicas especiales de investigación:

- A. Su aplicación, según las exigencias del caso concreto.
- B. Su empleo, con el escrupuloso respeto de dos principios claves. **1.** De razonabilidad –entendido como no arbitrariedad– y **2.** De Proporcionalidad – la necesidad, es un sub-principio del género que es el principio de proporcionalidad–, entre otros.
- C. Asimismo, en el artículo 15, inciso 1, de la Ley se estableció la obligatoriedad de colaboración por todas las instituciones y organismos del Estado, funcionarios y servidores públicos para la oportuna y eficaz realización de estas técnicas especiales de investigación.

3.º En el artículo 3 de la Ley se precisó su aplicación, de un lado, *(i)* a más de 50 tipos penales, entre los cuales destacan: trata de personas, extorsión, marcaje o reglaje, secuestro, tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades, contra la salud pública, ambientales, tráfico ilícito de armas, pornografía infantil, contra la Humanidad, contra la Administración Pública, lavado de activos, entre otros; y, de otro lado, *(ii)* a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante específica su comisión mediante una organización criminal, y a cualquier otro delito cometido en concurso con los delitos antes citados.

∞ Es de tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 2 de la Ley solo introdujo un criterio operativo para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la Ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales.

∞ El nombrado artículo 2, en su inciso 2, definió el conjunto de individuos a los que se aplica las disposiciones que contiene. En efecto, la Ley comprendió: “La intervención de los *(i)* integrantes de una organización criminal, *(ii)* personas vinculadas a ella, o que *(iii)* actúan por encargo de la misma [,] que puede ser [en todos los casos] temporal, ocasional o aislada [pero] debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal”.

∞ Por último, según ya se aclaró en el Acuerdo Plenario 8-2019/CIJ-116, de la fecha, que el género del injusto de organización es la organización criminal, mientras que son

especies de ella (i) la organización criminal propiamente dicha y (ii) la banda criminal –en razón a su diferenciación por las notas características de su estructura interna, menos compleja en la segunda, y por la naturaleza de los delitos que integran su plan criminal sustantivo–. A ambas figuras típicas se extiende, por razones obvias, los alcances de la Ley 30077.

4.º Cabe agregar que, mediante el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016, se establecieron diversas modificaciones a la Ley 30077. Por tanto, entre la lista de delitos comprendidos en el artículo 3 de la citada Ley se agregaron los delitos tipificados en los artículos 108-C, 108-D, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del CP.

∞ Dicho Decreto Legislativo, igualmente, modificó el artículo 24 la Ley, para que las personas condenadas como líderes y financistas de organizaciones criminales, así como los agentes que atenten contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables, no puedan obtener los beneficios penitenciarios referentes a la redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional. De igual manera, esta prohibición se extendió a los que desde esa integración o vinculación cometan los delitos de homicidio calificado, sicariato, trata de personas, trata de personas con agravantes, robo con agravantes y secuestro.

5.º Ahora bien, en la lucha contra la criminalidad organizada se han regulado diversas técnicas especiales de investigación para hacerle frente por sus altos índices de impacto negativo que produce en el colectivo social. En función a la evolución que ha tenido la criminalidad organizada, como consecuencia de la globalización de la economía, es que, en su nivel más sofisticado, le permitió “[...] actuar de forma directa o indirecta, en un radio de acción global y a tiempo real, cerradas, o atomizadas, y con un funcionamiento en red, y la difícil identificación tanto de sus componentes como de la forma en la que se articulan sus actividades criminales [...], lo que forzó a los gobiernos que desarrollen instrumentos de todo orden para que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad comenzaron a explorar técnicas de investigación propias de los servicios secretos” [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Estrategias Multidisciplinarias de seguridad para prevenir el crimen organizado*. Tesis doctoral. Barcelona, 2015, pp. 55-56].

∞ No obstante, pese a lo consignado en el último párrafo del fundamento jurídico precedente, un sector de la judicatura, lamentablemente, ha venido pronunciándose en el sentido de que no es posible investigar a una banda criminal empleando estas técnicas especiales de investigación –aun cuando se trata de injustos de organización y que, incluso, existen figuras procesales vigentes con anterioridad a la Ley, como es el caso del agente encubierto y especial, y de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, con una aplicación obviamente expansiva–.

∞ Cabe reiterar que el artículo 2, apartado 1, de la Ley, no es un tipo penal, sino una mera definición operativa, muy amplia de organización criminal –solo para garantizar la eficacia de su persecución procesal– y, como tal, en su comprensible amplitud,

abarca lo que el Código Penal, en sus últimas reformas, denominó organización criminal y banda criminal (artículos 317 y 317-B, según el Decreto Legislativo 1244, de 29 de octubre de 2016). Las explicaciones pertinentes constan en el aludido Acuerdo Plenario 8-2019/CIJ-116, de la fecha.

§ 2. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

6.º El armazón de las técnicas especiales de investigación está constituido por la normativa internacional. El 20 de diciembre de 1988, a partir de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, también conocida como Convención de Viena, se realizó el primer intento serio para unificar los desiguales y variados mecanismos de investigación, que inclusive eran de aplicación informal.

∞ El artículo 11 de dicha Convención instituyó, en sede internacional y de cooperación judicial internacional, el procedimiento de “entrega vigilada”, con el fin de descubrir a las personas implicadas en los delitos tipificados conforme al párrafo 1 del artículo 3 de la Convención.

7.º Posteriormente, mediante la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, también conocida como Convención de Palermo (2000), que entró en vigencia en el 29 de septiembre de 2003, se logró especificar mucho más los procedimientos de investigación. En su artículo 20 reguló expresamente las denominadas “Técnicas Especiales de Investigación”, en cuyo inciso 1 se prevén los controles para la utilización de la entrega vigilada, y otras técnicas, como la vigilancia electrónica o, de otra índole, en este caso las operaciones encubiertas.

8.º Finalmente, con la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, también conocida como Convención de Mérida (2003), también se hace mención a las “Técnicas Especiales de Investigación”, “[...] en aras de combatir eficazmente la corrupción...” –artículo 50–, para que las Partes conforme a las condiciones prescritas en su derecho interno adopten las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso a “[...] la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica (es lo que se denomina “tecnovigilancia”) o de otra índole y las operaciones encubiertas (con la actuación del agente encubierto y con la configuración de operaciones trampa de creación de personas jurídicas ficticias), así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales”. Asimismo, desde la perspectiva de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en su artículo 40, estableció que: “Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados en la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos

apropiados para salvar todo obstáculo que puede surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario”.

9.º Es relevante, desde la legislación internacional –esta vez de carácter regional, europea– la Recomendación Rec (2005) 10 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre “*técnicas especiales de investigación*” en relación a delitos graves, incluidos los actos de terrorismo, de 20 de abril de 2006 [CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros].

∞ En los “Principios Generales” señaló (2) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para el uso de técnicas especiales de investigación con el fin de ponerlas a disposición de las autoridades competentes en la medida en que esto es necesario en una sociedad democrática y se considere adecuado para una eficiente investigación y persecución penal. Asimismo, (3) que los Estados miembros deben adoptar las medidas legislativas apropiadas para garantizar un control adecuado de la aplicación de técnicas especiales de investigación por parte de las autoridades judiciales u otros organismos independientes a través de una autorización previa, la supervisión durante la investigación o revisión *ex post facto*. El acento está, pues, de un lado, en el uso adecuado y necesario, en una sociedad democrática, de las mismas y, de otro lado, en el control adecuado de su aplicación.

∞ Frente a este último punto es de tener presente que el medio de investigación que se acuerda en la investigación está llamado a lograr resultados que puedan utilizarse como prueba en la causa penal, por lo que para su calificación como medio de prueba han de incorporarse al juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad de armas, inmediación, publicidad, y demás principios propios del proceso penal acusatorio. Adicionalmente, el respeto de la (i) cadena de custodia (artículo 220, apartado 5, del Código Procesal Penal) –cuando se trate de pruebas materiales–, además de la propia (ii) licitud en su obtención y actuación, otorgará eficacia procesal al elemento probatorio que resulte de las “*Técnicas Especiales de Investigación*” y podrá valorarse por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica judicial.

§ 3. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – LEGISLACIÓN INTERNA

10.º El Decreto Legislativo 824, de 24 de abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su artículo 28, introdujo las figuras del “agente encubierto” y de la “remesa controlada” como *técnicas especiales de investigación* de carácter secreto, las cuales tenían el propósito de obtención de la prueba –en pureza, fuentes de prueba– necesaria para la acusación penal.

∞ A continuación, la Ley 27697, de 12 de abril de 2002, incluyó como *técnica especial de investigación* la intervención de las comunicaciones, en su artículo 2 estatuyó el carácter secreto de esta *técnica de investigación*. En su consecuencia, fijó las fases en las que se desarrolla el proceso de intervención de las comunicaciones, designó a los funcionarios legitimados para solicitar al juez la intervención de las

comunicaciones, así como también al encargado del desarrollo de las fases de esta (el fiscal) y a su personal de apoyo. Señaló, además, los presupuestos del requerimiento de intervención de las comunicaciones, y estableció medidas de control sobre estas actuaciones que podrá ejercer el afectado.

11.º El Código Procesal Penal –en adelante, CPP– aprobado por el Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, a diferencia de la Ley 27967, de 12 de abril 2002:

A. Instituyó como presupuesto para el conocimiento y control de comunicaciones, no un listado de delitos, sino un criterio objetivo basado en la pena del delito: que corresponda a privación de libertad superior a cuatro años (artículo 230, apartado 1). Asimismo, el citado Código otorgó responsabilidad a los terceros que tengan en su poder correspondencia relacionada a la investigación y se nieguen a entregarla (existen excepciones, claro está). La intervención de las comunicaciones comprendía las comunicaciones telefónicas, radiales “...o de otras formas de comunicación”, a cuyo efecto el fiscal debía indicar al juez tanto la identidad del medio de comunicación o telecomunicación cuando la forma de la interceptación, su alcance y su duración (artículo 230, apartado 3, del CPP).

B. El control de comunicaciones escaló un nivel superior con el Decreto Legislativo 1182, de 27 de julio de 2015, que incorporó el uso de tecnologías de la información y comunicaciones por la Policía Nacional. Se trató de la localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar, cuando el acceso a los datos respectivos “[...] constituya un medio necesario para la investigación” (artículo 3, literal c). A estos efectos es imprescindible, para su debida ponderación, tomar en consideración la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014 –su regulación por el legislador, así como su interpretación y aplicación por el juez, no puede asumirse sin la referencia que impone el principio de proporcionalidad [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 177]– .

C. En cuanto al tópico de la “remesa controlada”, el CPP cambió su *nomen iuris* por el de “entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos”. Impuso que la utilización de esta técnica corresponde al fiscal; y, la autorización judicial cuando se trate de interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos (artículo 340, apartado 3). Asimismo, previa orden judicial, incorporó la posibilidad de apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos, y en caso los tengan, poder sustituirlos, así como integró el listado de los bienes delictivos que pueden ser sustituidos.

D. En lo referente al agente encubierto (artículo 341 del CPP) facultó su introducción a cualquier organización criminal –no solo las que se dediquen al tráfico ilícito de drogas– y reguló de forma más específica su ámbito y límites de actuación dentro de la organización criminal en la cual se infiltra, así como también instauró de forma expresa la posibilidad de cambiar los documentos de identidad de estos agentes. Igualmente, dispuso la obligación de consignar en la Disposición Fiscal de

designación de agentes encubiertos tanto el nombre verdadero del miembro de la policía como el supuesto que utilizara en el caso concreto.

∞ El CPP, además, ordenó que la información que obtenga el agente encubierto ha de ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del fiscal y sus superiores. También permitió el uso de esta información en otros procesos si es que tales conocimientos son necesarios para el esclarecimiento de un delito. De igual manera, impuso la obligación de ocultar su identidad si es necesario para su seguridad. Por último, instruyó al fiscal la obligación de solicitar autorización al juez de la investigación preparatoria para la ejecución de actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales.

D. El 15 de junio de 2006, por Resolución 729-2006-MP-FN, la Fiscalía de la Nación aprobó el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes Delictivos y Agente Encubierto, que fijó los lineamientos generales que deberán observar los Fiscales para la utilización de estas técnicas de investigación secretas.

E. El artículo 207 del CPP incorporó al elenco de técnicas de investigación la denominada “videovigilancia”, “tecnovigilancia” o “vigilancia electrónica”, que igualmente la radicó en los delitos graves y contra organizaciones delictivas, siempre sin conocimiento del afectado. A la tradicional vigilancia directa –personal, por los propios agentes policiales–, se autorizó –en lo que ya se denomina “tecnovigilancia”–:

1. Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes.
2. Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

El último párrafo del citado artículo 207, apartado 1, del CPP, estableció: “*Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultado menos provechoso o se vería seriamente dificultada por otros medios*”.

∞ Es de puntualizar, desde ya, que la vigilancia es una observación secreta, continua y a veces periódica de personas, vehículos, lugares u objetos para obtener información sobre las actividades e identidad de individuos. Ésta, como tal, no representa una intromisión a los derechos fundamentales de los ciudadanos investigados. En ella, (i) la vigilancia directa, se pueden utilizar prismáticos, cámaras fotográficas o video gráficas con zoom, así como disfraces, coches disimulados o incluso que se aposten en ventanas o azoteas; y, puede comprender lugares abiertos y lugares cerrados pero de pública concurrencia o abiertos al público (bares, discotecas, cines, tiendas, etcétera), así como también en lugares privados, aunque en este último caso se requiere de una previa orden judicial por afectarse la libertad domiciliaria. Y, para minimizar los riesgos de los agentes policiales y alcanzar un grado de eficacia aceptable contra las organizaciones del crimen organizado, se permitió utilizar elementos electrónicos en la vigilancia, que por ello se denomina (ii) vigilancia electrónica o tecnovigilancia (microsistemas de seguimiento y grabación de imágenes –es lo que se denomina vigilancia electrónica o tecnovigilancia–). Esta última se define como “[...] *todo tipo de control telemático de la actividad personal del individuo o de cuando sucede en un espacio, lugar u objeto, referido a un momento determinado, sirviéndose para*

ello de algún instrumento de base científica”. Los instrumentos de base científica más utilizados son los sistemas de seguimiento: (i) vía satélite, (ii) por teléfono móvil, (iii) por computadora, (iv) por movimientos bancarios –pagos con tarjeta de crédito o realización de movimientos bancarios por vía telemática–, entre otros que dicten los avances de la tecnología [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, pp. 279-284].

∞ Es claro, por lo demás, que el CPP utilizó una redacción amplia o flexible para comprender los avances de la tecnología en la investigación del delito en reconocimiento a la continua evolución de la ciencia aplicada a la criminalística. En esta perspectiva estipuló lo siguiente: “Utilizar otros medios de investigación especiales [...]”: éstos “...se dispondrán cuando resulten indispensables [...]”–.

∞ En tal virtud, como señaló la STCE 49/1999, de 5 de abril, aun cuando se presenten supuestos de una insuficiente adecuación al ordenamiento que las nuevas tecnologías pueden generar –aunque comprendidas en una lógica normativa global o genérica–, ello “[...] no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad”; aunque, como apuntó la STCE 145/2014, de 22 de septiembre: “el legislador ha de hacer el ‘máximo esfuerzo posible’ para garantizar la seguridad jurídica [de suerte que...] la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad par aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad”. Es imprescindible, por consiguiente, que la ley señale en qué tipo de delitos y en qué clase de circunstancias las técnicas especiales de investigación pueden estar justificadas. En el caso nacional, desde luego, existe suficiente base legislativa para estimar que cumple con el presupuesto de tipicidad procesal, que integra el principio de proporcionalidad.

12.º La Ley 28950, de 16 de enero de 2007, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificó parcialmente la figura del agente encubierto como técnica especial de investigación, pero fue la Ley 30077, de 1 de julio de 2014, la que incorporó la figura del agente especial, entendiendo por tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal. Se le otorgó una protección igual que al agente encubierto, en lo que se refiere a la protección de su identidad.

13.º En cuanto al agente encubierto –que se extiende, como es obvio, al agente especial– se estipula que estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito.

∞ Cabe puntualizar que el artículo 341 del CPP ha sufrido varias modificaciones. La última se produjo por la examinada Ley 30077, de 20 de agosto de 2013, de suerte que colocó en igualdad de condiciones al agente encubierto y al agente especial,

aunque incorporó el principio de subsidiaridad para la aplicación de éste último, al prever que tal figura legal solo se utilizará “[...] cuando las circunstancias así lo requieran, [el cual solo podrá ser el] ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal [mejor dicho, desde nuestro sistema eurocontinental, ‘pruebas de cargo’]–” (artículo 341, apartado 1, última oración, del CPP).

14.º La Ley 29733 – Ley de Protección de Datos Personales, de 3 de julio de 2011, en su artículo 13, inciso 4, sancionó que la incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones, sistemas informáticos o sus instrumentos de carácter privado o uso privado sin mandato motivado del juez o autorización de su titular carecerán de efecto legal. Esta ley, sin duda, previó lo que se denomina el “registro de dispositivos masivos de información”, en cuanto vigilancia electrónica, siempre bajo autorización judicial –al poder resultar afectado el derecho a la intimidad– salvo razones de urgencia, que luego exigirá la ratificación judicial, en la medida en que la información buscada esté contenida en dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos: discos duros de computadora, correos electrónicos o en los teléfonos móviles.

15.º El artículo 7 de la Ley 30077, titulado “Disposiciones Generales”, respecto de las técnicas especiales de investigación –Capítulo II de la Ley–, autorizó la utilización de estas últimas siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables, en función al caso concreto, es decir, caso por caso. Introdujo como presupuestos de legitimidad de estas técnicas especiales de investigación el debido cumplimiento de los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Afirmó, además, y cuando corresponda, que el requerimiento fiscal y la resolución judicial deben (i) estar debida y suficientemente motivados, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de (ii) cumplir los demás requisitos legalmente previstos, así como (iii) señaló la forma de ejecución de la medida, su alcance y su duración. En estos casos, (iv) la resolución judicial se emite de plano, sin trámite alguno y en el plazo de veinticuatro horas.

∞ Asimismo, el artículo 9 de la Ley, para la interceptación postal e intervención de las comunicaciones, determinó que toda correspondencia que no tenga relación con los hechos investigados es devuelta a menos que revele la presunta comisión de otros hechos punibles. Igualmente, el artículo 10 de la Ley, respecto del registro de la intervención de las comunicaciones, estipuló que las comunicaciones irrelevantes deben ser destruidas a menos que revele una presunta comisión de otro hecho punible. En cuanto a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, el artículo 12 estableció que las personas naturales que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente, en la ejecución de esta diligencia, se encuentran exentas de responsabilidad penal, siempre que su actuación se haya ceñido estrictamente al ámbito, finalidad, límites y características del acto de investigación. El artículo 13, en lo concerniente a los agentes encubiertos, los facultó para intervenir en toda actividad

útil y necesaria para la investigación del delito que motivó la diligencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 341 del CPP. Finalmente, el artículo 14 reconoció la realización de acciones de seguimiento y vigilancia para los sospechosos o de terceras personas con las que guarda conexión, bajo los lineamientos del artículo 207 del CPP.

16.º El Decreto Legislativo 1307, de 30 de diciembre de 2016, modificó el artículo 341 del CPP correspondiente al agente encubierto y al agente especial. (i) Amplió su ámbito de actuación a los delitos de trata de persona y contra la Administración Pública. Y, respecto de los que pueden ser agentes especiales, en el apartado 7, (ii) facultó la intervención como tales de funcionarios, servidores y particulares como agentes especiales y el tratamiento que merecerán estos.

17.º El citado Decreto Legislativo también añadió el artículo 341-A CPP, con el objeto de establecer la regulación de las operaciones encubiertas que puede realizar la Policía Nacional del Perú para poder proteger legalmente personas jurídicas y bienes en general. El citado artículo otorgó al Fiscal la facultad de (i) crear, para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar las ya existentes; así como, de (ii) autorizar la participación de personas naturales encubiertas, quienes podrán participar de procesos de selección, contratación, adquisición o cualquier operación realizada con o para el Estado.

∞ Del mismo modo, el Decreto Legislativo 1307 incorporó al CPP el artículo 68-A, denominado “Operativo de revelación del delito”. Es, desde luego, una técnica especial de investigación –técnica que en sí misma no importa una restricción de derecho fundamental alguno–, circunscripta, desde una perspectiva interinstitucional, a la formación de grupos de investigación integrados del Ministerio Público, la Policía Nacional u otra institución pública –siempre que no genere riesgos relevantes de frustración– (verbigracia: SUNAT, organismos de seguridad pública, Unidad de Inteligencia Financiera, Contraloría General de la República, etcétera), para el descubrimiento y esclarecimiento de un delito –obviamente complejo– para (i) identificar (lógicas de individualización, reconocimiento y determinación) y, de ser el caso, (ii) detener a sus autores, que en todo caso debe ser perennizado a través del medio idóneo.

∞ La Ley no solo incorporó, como técnica especial de investigación, las medidas instrumentales de derechos o “medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos” de interceptación postal, intervención de comunicaciones y acciones de seguimiento y vigilancia, también hizo lo propio, conforme a su artículo 16, aunque bajo la denominación de “Medidas limitativas de derechos”, al levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, que ya estaba previsto en los artículos 235 y 236 del CPP –solo agregó expresamente la reserva bursátil–, bajo criterios más flexibles.

18.º Desde esta perspectiva, ha de entenderse por técnicas especiales de investigación aquellos métodos de esclarecimiento o averiguación utilizados para reunir

información aplicados por la autoridad penal con el objetivo de detectar e investigar delitos y sospechosos sin alertar a la persona o personas a la(s) que esta acción va dirigida. Son especialmente convenientes frente a actividades delictivas complejas para hacer frente a las organizaciones criminales y bandas criminales debido a los peligros y dificultades inherentes al logro del acceso a sus operaciones y a la reunión de información y fuentes de prueba para su utilización en los procesos penales [confróntese: UNODC: *Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada: instrucción de evaluación de necesidades*, Nueva York, 2016, p. 58].

∞ La técnica de investigación, como se sabe, es la aplicación práctica de un método concreto de investigación, en tanto camino o medio para llegar a un fin basada en herramientas para la investigación y sanción de delincuentes. Se la clasifica en técnicas tradicionales de investigación y técnicas especiales de investigación. Las primeras son aquellas que se visualizan hacia atrás, reconstruyen hechos del pasado y ofrecen al investigador los móviles y circunstancias en que se cometió el delito, así como la determinación de las personas que participaron en su comisión. Las segundas, visualizan el presente y hacia adelante, a modo de extraer elementos de una organización criminal en plena operación; y, comprende toda información relacionada a la agrupación criminal, como el tipo de estructura que presenta, modo de operar, identificación de miembros y colaboradores de la organización, forma de reclutamiento de nuevos miembros, forma menos peligrosa para infiltrar la organización, forma de relacionarse con otros grupos criminales, examen de toma de decisiones y grado de agresividad de la organización [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Análisis sistemático de los métodos especiales de investigación en el régimen jurídico guatemalteco*, Tesis de Licenciatura, Asunción de Guatemala, noviembre 2014, pp. 90-91]. Las técnicas especiales de investigación, por lo demás, permiten obtener pruebas directas e indiciarias más certeras para comprobar los delitos de realización compleja o de alta profesionalidad delictiva; y, tienen lugar cuando las técnicas de investigación tradicionales son insuficientes [DIBAN, MICHEL: *Técnicas Especiales de Investigación*. OAS/SMS/CICAD y Comisión Nacional Antidrogas de El Salvador. Seminario Taller sobre Lavado de Activos para Jueces, Fiscales y Funcionarios encargados del Cumplimiento de la Ley. San Salvador – El Salvador, octubre 2013, p. 2].

∞ Es de concebir que la criminalidad organizada, especializada, utiliza unos medios de actuación que se encuentran totalmente cerrados al exterior, por lo que la intervención de la autoridad penal exige, a menudo, trasladarse a la investigación de ese ambiente [MOLINA PÉREZ, TERESA: *Técnicas Especiales de Investigación*. En: *Revista Anuario Jurídico Económico*, Real Centro Universitario “Escorial María Cristina”, Nº 41, Enero 2006, pp. 185]. También es de tener en consideración que uno de los objetivos fundamentales de la Ley, a través de las técnicas especiales de investigación, es, desde luego, abarcar el conocimiento de las estructuras de la organización, formas de operación y ámbitos de actuación e identidad de los integrantes del grupo delictivo, así como investigar y procesar no solo a las personas

físicas que pertenezcan a la organización criminal, sino las personas jurídicas de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos [confróntese: artículo 11 de la Ley Federal contra la delincuencia organizada de México, de 7 de noviembre de 1996, modificada el 7 de abril de 2017].

∞ Por lo general las técnicas o actos especiales de investigación (i) se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación, así como (ii) entrañan una limitación de derechos fundamentales. En algunos casos, la autorización, por ser de baja o de mediana intensidad, corre a cargo del Ministerio Público, y cuando se trata de una intervención intensa o grave en los derechos constitucionales requiere autorización judicial expresa (es el caso, por ejemplo, de la protección del domicilio, del secreto postal y del secreto de las comunicaciones, de la reserva tributario y del secreto bancario). De igual manera, estas técnicas especiales tienen como nota característica que, en su mayor parte, incorporan las tecnologías de la información y la comunicación, bajo el entendido que “[...] resulta posible afirmar que, bien la mayoría de los delitos dejan rastros en formato digital que pueden ser utilizados posteriormente en la investigación criminal para la averiguación de hechos y el descubrimiento de sus responsables, bien cualquier hecho delictivo puede ser investigado a través de múltiples instrumentos tecnológicos que facilitan las labores de investigación” [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *El Impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*. En: AA. VV. (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS (DIRECTOR): *Problemas actuales de la justicia penal*, Editorial Colex, Madrid, 2013, p. 317].

∞ El derecho comparado reconoció no solo las técnicas especiales de investigación, referidas a la (i) “entrega circulación o entrega vigilada de bienes delictivos” y al (ii) “agente encubierto y especial”, aparte de la (iii) “vigilancia y observación físicas”, que consiste –esta última– en someter al sospechoso a supervisión física, o seguimiento y filmaciones –incluso puede comprender la supervisión de sus cuentas bancarias o el uso de sofisticados métodos de control de las operaciones–, también configuró la (iv) vigilancia electrónica, que sirve para captar las conversaciones de particulares, algunos de los cuales podrían no estar implicados en la investigación, y puede ampliarse a la utilización de dispositivos de escucha, interceptación telefónica o de correo electrónico, y a la utilización de dispositivos de rastreo; las (v) “operaciones encubiertas y el recurso a las operaciones ‘trampa’”, que es un procedimiento planeado y ejecutado, siguiendo diversas tácticas, para ocultar la identidad de su autor [RIVAS GUERRA, ALEJANDRO: *Ob. Cit.*, p. 110], cuya utilidad se expresa cuando es muy difícil acceder por medios convencionales a una conspiración delictiva, mientras que su objetivo es entrar en contacto con los sospechosos, de manera que los agentes de la ley puedan ser testigos de prácticas delictivas y exponerlas, y desde una perspectiva más compleja crear de una entidad societaria con estos fines; y, (vi) la “supervisión de transacciones financieras” que permita identificar los movimientos de fondos ilícitos a través de instituciones financieras desde un control administrativo idóneo para tener acceso a las informaciones correspondientes para determinar el movimiento de fondos y las relaciones entre los involucrados, y de esta forma permitir que los

investigadores vigilan las cuentas para localizar y determinar los movimientos y la forma en que se han dispersado los beneficios financieros de delitos complejos, entre ellos el de corrupción [confróntese: UNODC: *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Nueva York, 2010, pp.201-203].

§ 4. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN – PRINCIPIOS REGULATORIOS

19.º Con la instauración del Estado de Derecho, se incorporó una serie de principios, derechos y garantías que intentan proteger a los individuos contra la utilización arbitraria del poder penal del Estado. Ellos conforman la base política de orientación para la regulación del Derecho penal de un Estado, el marco político dentro del cual son válidas las decisiones que expresa acerca de su poder penal. Tienen la máxima jerarquía, de carácter constitucional, de suerte que emanan de la ley suprema que otorga fundamento de validez [MAIER, JULIO: *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, 1996, pp. 473-474).

∞ Pero no solo se encuentran en la legislación nacional, sino también en la legislación internacional, en los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano. En materia penal, aquellos principios que tienen incidencia en el proceso penal, en general, y en las técnicas especiales de investigación, en específico, cumplen la función de orientar a las entidades que intervienen, tanto particulares como públicas, a actuar dentro del marco de legalidad, y así luchar contra el crimen organizado de una manera más efectiva, habida cuenta de que los mecanismos tradicionales de persecución penal se muestran deficientes ante estas nuevas modalidades de criminalidad moderna.

20.º Los principios que rigen las técnicas especiales de investigación son ocho [confróntese: UNODC: *Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada*, Septiembre 2005, Bolivia, pp. 13-14]. El entendido básico es que estas técnicas deben ser utilizadas con especial ponderación y teniendo presente que revisten un carácter subsidiario y excepcional, debiendo ser sometidas a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales [NOGUERA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Ob. Cit.*, p. 27].

1. Principio de legalidad. En materia procesal penal, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP, “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada [...]”. Sin embargo, la mera existencia de una autorización legal no implica necesariamente que no esté vacía de contenido, lo que originaría que, en el caso concreto, se “legitimen” medidas de investigación desproporcionadas.

2. Principio de excepcionalidad o de subsidiaridad. Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación del hecho punible, se erigen las técnicas especiales de investigación como la última salida para no dejar impune el delito; por consiguiente, se aplican en caso de ausencia o insuficiencia de fuentes de

investigación o de prueba –la medida intrusiva se adopta cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos fundamentales que inciden primordialmente en el derecho a la intimidad [NOGUEIRA D'ARGENIO, MARÍA LUCÍA: *Ob. Cit.*, p. 17. STC 4750-2007/PHC-TC, de 9 de enero de 2009]–. Sin embargo, ello no implica agotar previamente todas las medidas de investigación, para que frente a la insuficiencia de sus resultados recién se proceda a utilizarlas. En el caso concreto, ha de analizarse si efectivamente, por la naturaleza, complejidad y características de la infracción delictiva, se requieren este tipo de técnicas de investigación. Esta labor exige un juicio de comparación entre las medidas disponibles y escoger entre aquellas que tengan la misma eficacia, la menos dañina desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

3. Principio de proporcionalidad. Es el más característico en cualquier diligencia que vulnere los derechos fundamentales, e importa una ponderación, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, entre dos intereses en conflicto: el sacrificio de los derechos e intereses afectados y el beneficio que resulte para el interés público y de terceros –prohibición del exceso–, de modo que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adaptación resulte para el interés público y de terceros [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 215]. Se ha de tomar en cuenta la gravedad del hecho –el más relevante–, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes en el caso concreto –aunque, más bien, este criterio objetivo está vinculado al principio de intervención indiciaria–, la vulnerabilidad de la víctima o la alarma social, y la relevancia del resultado perseguido con la restricción de derechos, siempre desde una valoración ex ante (STSE de 24 de mayo de 2017).

∞ El Tribunal Constitucional Español ha manifestado que el principio de proporcionalidad “*exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el artículo 9 de nuestra Constitución*” (STCE 66/1985).

∞ Dentro de los presupuestos del principio de proporcionalidad se encuentran, como presupuesto formal el principio de legalidad y como presupuesto material el principio de justificación teleológica. Este último introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan de gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos –analizándose el fin en sí mismo considerado y que tienda a la consecución de fines legítimos– [GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Editorial INPECCP–UCLM–CENALES, Lima, 2018, p. 81).

∞ Asimismo, el principio de proporcionalidad, además, requiere el cumplimiento de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Son dos los requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad de la medida en tanto se afecta de modo grave los derechos fundamentales, y motivación de las resoluciones judiciales [GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 127].

∞ Dentro de los requisitos intrínsecos se encuentran una serie de sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad es un juicio de valor de objetivos de la decisión jurídica que dispone medidas frente a los derechos fundamentales, teniendo presentes los propósitos contenidos en la determinación de la decisión para confrontarlos con los objetivos preestablecidos en el sistema jurídico-constitucional y así concluir si son legítimos frente a este; el resultado del juicio de idoneidad, además, determinará la duración de la medida [MARCHENA GÓMEZ, MANUEL – GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, NICOLÁS: *Ob. Cit.*, p. 214]. El segundo componente es el juicio de necesidad, también denominado de intervención mínima, o de subsidiariedad, que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones –incluso protecciones y promociones que pueden tener efectos colaterales sobre otros derechos– que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos –como dice la STSE de 27 de septiembre de 2016: “la valoración de la necesidad dependerá fundamentalmente de las circunstancias de cada caso, y entre ellas de los cauces por los que haya discurrido la investigación, de los que se pretende seguir y de las posibilidades racionales de continuar exitosamente aquella”–; en buena cuenta, a los efectos de estas técnicas, solo cabe acudir a ellas “[...] si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque ni no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención” (STSE 844/2002, de 13 de mayo). Finalmente, el último componente es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, determina si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá declararse inadmisibles [LONDOÑO AYALA, CÉSAR: *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009, pp. 386-387].

∞ En esta perspectiva, para dictar una tal medida resulta imprescindible: **A.** Con carácter genérico, los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad. **B.** Los datos objetivos que pueden considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave [del previsto por la Ley], que deben ser accesibles a terceros. **C.** Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afecta por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de

la persona. D. Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva. E. La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que se ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cuál ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado (confróntese: STSE de 18 de abril de 2013).

4. Principio de celeridad. La aplicación de las técnicas especiales de investigación debe darse con prontitud y diligencia, por la finalidad de las mismas, y dentro del marco de la oportunidad de sus actuaciones. Incluso es posible que puedan otorgarse prórrogas, siempre que no vicie de ineficacia las fuentes de investigación o de prueba que puedan recabarse.
5. Principio de reserva. Las técnicas especiales de investigación se dictarán y ejecutarán dentro de la más estricta reserva o sigilo –una de las características más importantes es no ser detectado y por ello siempre se debe procurar realizarla de forma disimulada o no detectable, pues de otra forma, de advertirlo el sospechoso, reduciría drásticamente sus actividades ilícitas [MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 279]–. Ha de velar por seguridad de los agentes oficiales que las ejecutan, requerirá un férreo control y supervisión por el Ministerio Público y sus actuaciones, en aras de garantizar la confiabilidad de lo obtenido, deberán ser protocolizadas con el más estricto apego a las reglas correspondientes –la existencia de salvaguardas en defensa de los derechos de los afectados es fundamental–.
6. Principio de pertinencia. Autorizada la técnica especial de investigación, su ejecución ha de tener en cuenta la relación costo-beneficio y la complejidad de la investigación. Solo se recabarán aquellas informaciones relevantes para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Este principio sirve para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida; y, además, para la elección de la medida pertinente –ésta es la que requiere una justificación desde el punto de vista de este principio–.
7. Principio de especialidad. Las técnicas especiales tienen que estar relacionadas con la investigación de un hecho delictivo concreto, las personas, el objeto de la medida planteada y los datos previos con que se cuenta en el momento en que se acuerde utilizarlas. No se pueden utilizar para investigaciones prospectivas [GARCIMARTÍN MONTERO, REGINA: *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 233-34]. Los agentes oficiales –policías, fiscales y otros intervinientes legalmente autorizados– deberán ser idóneos, es decir, aptos o capaces, así como especializados o cualificados para lograr los objetivos de estas técnicas especiales, de suyo complejas y peligrosas.
8. Principio de jurisdiccionalidad. El CPP optó por establecer que las autorizaciones para las técnicas especiales de investigación deben provenir del Ministerio Público, al entender implícitamente que el nivel de afectación a los derechos fundamentales –es especial a la intimidad y autodeterminación informativa– es de débil o mediana intensidad. Pero, en caso puedan configurar una intensidad fuerte

en el núcleo esencial de los derechos fundamentales se requerirá, siempre, orden de juez competente mediante una resolución fundada.

PODER JUDICIAL

∞ La incidencia más numerosa de las técnicas especiales de investigación en cuanto a la utilización de la tecnología incide en el derecho a la vida privada. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concebido este derecho de una manera muy amplia, de suerte que abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona. Cubre la integridad física y psicológica de una persona, la identificación del género, el nombre y la orientación sexual, así como la información sobre su salud, e incluso la identidad étnica. Protege, además, el derecho al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior [ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS: *Ob. Cit.*, p. 320].

∞ De otro lado, para ponderar la compatibilidad de las medidas dispuestas por la autoridad pública, las SSTEDH *Friedl vs. Austria*, de 31 de enero de 1995, y *Peck vs. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003, precisado que ha de considerarse, entre otros parámetros, el contexto específico en que la información en cuestión ha sido recopilada y conservada, la naturaleza de los registros, la forma en que se utilizarían posteriormente esos registros procesados informáticamente, así como los resultados que pueden obtenerse y su grado de afectación sobre la intimidad del individuo.

§ 5. UTILIZACIÓN DE DRONES Y SATÉLITES EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

5.1 LOS DRONES

21.º Dentro de la legislación internacional, la Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944 ya regulaba en su artículo 8 las aeronaves sin piloto: “Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización”. Asimismo, en el ámbito europeo, por ejemplo, se cuenta con: (i) la Ley 18/2014 de España, que posibilita operaciones civiles con aeronaves a control remoto; (ii) el Real Decreto 1036/2017, que regula la utilización civil de aeronaves a control remoto; (iii) el Reglamento (UE) 2018/1139, que armoniza la regulación de los drones que tengan los países miembros, entre otras normativas. Esto demuestra la concientización respecto al uso de las nuevas tecnologías y la necesidad de regularlas positivamente dentro del ordenamiento jurídico.

22.º En la legislación nacional se tiene la Ley 30740, Ley que regula el uso y las operaciones de los sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS), de 22 de marzo de 2018. En otro nivel normativo, se cuenta con la Resolución Directoral 501-2015-MTC/12, Norma Técnica Complementaria “Requisitos para las Operaciones de Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia”, de 3 de noviembre de 2015; así como diversas ordenanzas municipales, como la Ordenanza 405-MSI, de veintiocho de octubre de 2015, que regula el uso de aeronaves no tripuladas pilotadas a distancia

por control remoto que circulan en la jurisdicción del distrito de San Isidro, al igual que su Reglamento, aprobado por Decreto de Alcaldía 021-2015-ALC/MSI, de 11 de diciembre de 2015), que restringe la circulación de drones en el Bosque El Olivar, dada su condición de Zona Monumental, pero pueden operar en áreas libres del distrito que tengan las características de malecones, acantilados y/o parques (artículo 5). Ello debido a la posible injerencia de los drones a derechos como la intimidad y en resguardo de la tranquilidad pública.

23.º De acuerdo a la Real Academia española de la Lengua, el término “dron” es un anglicismo que proviene del término “drone”, que significa “aeronave no tripulada”. Existen comúnmente dos tipos de drones: aquellos que operan de forma autónoma, o sea que no requieren la intervención de un operador humano durante la mayor parte de su funcionamiento (debido a que previamente requieren una configuración por parte del usuario); y aquellos drones a control remoto, que están permanentemente siendo manipulados por un piloto. Estos drones pueden incorporar diferentes dispositivos dentro de su estructura, lo que facilita la obtención de tomas de fotografías o filmaciones en vídeo, así como el acceso a zonas que un humano comúnmente no podría llegar por sus propios medios.

24.º En esta perspectiva, es evidente que los drones, en cuanto instrumentos tecnológicos, están en condiciones de facilitar la obtención de fuentes de investigación o de prueba. A través de distintos dispositivos incorporados dentro del dron es posible obtener información penalmente relevante para el posterior enjuiciamiento de organizaciones y bandas criminales, como la toma de fotografías, videgrabaciones, etcétera.

25.º Dentro del ordenamiento procesal penal está regulada, como una medida de búsqueda de prueba, la Vidzovigilancia, según el Capítulo I, Título III del Libro Segundo del CPP, específicamente en el artículo 207¹. Esta técnica especial de

¹ Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:

- a) Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,
- b) Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.

Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

2. Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.

3. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

4. Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediabilmente afectadas terceras personas.

investigación –naturaleza derivada del artículo 14 de la Ley 30077²– tiene como objetivo obtener fuentes de investigación o de prueba que permitan sustentar un eventual requerimiento fiscal, como la prisión preventiva o alguna otra medida de coerción, así como la propia acusación y, en su caso, la sentencia si se incorpora al juicio oral como medio de prueba.

∞ Los drones son un instrumento tecnológico mediante el cual se puede obtener fuentes de prueba por hechos penalmente relevantes. Se erige en una técnica especial denominada “videovigilancia”, que tiene (i) la capacidad de incorporar dentro de sí dispositivos digitales destinados a realizar tomas fotográficas y registro de imágenes (artículo 207, apartado 1, literal ‘a’, del CPP); y, de la misma manera, (ii) puede ser utilizado para cumplir labores de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado (artículo 207, apartado 1, literal ‘b’, del CPP).

26.º En orden a lograr su eficacia procesal o probatoria, las grabaciones obtenidas por los drones deben superar un filtro de constitucionalidad. Por tanto, es imperativo el cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos:

A. Principio de legalidad. Esta modalidad de videovigilancia debe tener una previa previsión legal, puesto que de lo contrario toda la información recabada se tornará ilícita.

B. Principio de proporcionalidad. Ante la eventual afectación de derechos fundamentales, como en su caso los derechos a la imagen (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9, de la Constitución), a la intimidad personal y familiar (artículo 2, inciso 7, de la Constitución), entre otros, es necesario que su utilización superen el test de proporcionalidad.

C. Autenticidad e inmediatez temporal. Una vez grabada la información que contiene medios de investigación o de prueba inculpatórios, siempre por mandato del Fiscal debe seguirse el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones (concordancia, en lo pertinente, de los artículos 207, apartado 5, y 231 del CPP). Recuérdese que la orden de videovigilancia es una atribución del Ministerio Público –salvo cuando se afecte la libertad domiciliaria (artículo 207, apartado 3, del CPP)– y el procedimiento de ejecución es el contemplado para la intervención de comunicaciones con arreglo a las reglas del artículo 231 del CPP.

∞ Es importante garantizar la fiabilidad de lo obtenido, lo cual se logrará con la aportación original del soporte físico donde se encuentra almacenada, lo que se justifica en la necesidad de evitar reproducciones irregulares y manipulaciones indebidas que el contenido esencial de la información obtenida –videograbación y/o

5. Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.

² Artículo 14. Acciones de seguimiento y vigilancia

El fiscal, de oficio o a instancia de la autoridad policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este o terceras personas con las que guarda conexión sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo 957.

imagen-, con el riesgo fundado de una malinterpretación del contexto en que fue tomada [QUISPE FARFÁN, FANY: *Uso de la videovigilancia en la investigación del delito*. En: *Los actos de investigación contra el crimen organizado*. AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR – GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), 2016, Instituto Pacífico, pp. 574-575].

∞ Lo expuesto no debe llevar a la errónea interpretación de que solo los archivos originales tienen capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia. En caso se pretenda utilizar una copia, debe seguirse la protocolización correspondiente por quien tiene la fe pública judicial notarial.

∞ El requisito de la inmediatez, en los casos de utilización de drones utilizados por particulares no implica necesariamente que si el material obtenido no es puesto a disposición del Ministerio Público en un lapso relativamente corto, este se torne ineficaz. La inmediatez busca garantizar que los riesgos de manipulación sean disminuidos considerablemente (ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR – GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 481). En estos casos, como su aporte se hace a través del medio de prueba documental, siempre, será necesario, realizar pericias para determinar alteraciones significativas en su contenido (artículo 186, apartado 2, del CPP).

∞ En consonancia con lo anotado, ante los posibles sesgos cognitivos y la desconfianza de las imágenes y filmaciones –falta de perseidad probatoria-, deberán emplearse los criterios establecidos en el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ-116, de 21 de junio de 2016, a través de la concreción de lo comúnmente denominado “prueba sobre prueba”. Siempre es de cuidar que no se considere incontestable los productos derivados de tal práctica probatoria; los jueces deben estar preparados para detectar con ayuda de peritos, salvo que la manipulación sea tan burda y fácilmente identificable, alteraciones de las pruebas videográficas.

D. Integridad. El contenido total de la videograbación o de la imagen captada a través de la videovigilancia ha de ser resguardada por el Ministerio Público, y al finalizar la medida puesta en conocimiento del juez –si la orden tuvo origen judicial– y al afectado, quien puede instar su reexamen judicial en los términos del artículo 231, apartado 3, del CPP, sin perjuicio de solicitar la realización de las pericias de autenticación correspondientes. El afectado debe conocer el conjunto de las actas levantadas, la totalidad de las grabaciones, videograbaciones o fotografías obtenidas, y de las ~~re~~levantes. Esto garantiza la vigencia de los principios de igualdad de armas y contradicción.

27.º Es de enfatizar que el uso de drones puede implicar una vulneración del derecho a la libre personalidad y al proyecto de vida de cada individuo en específico. La potencial injerencia tendrá diferente repercusión tratándose de investigaciones en lugares públicos o en lugares privados. Por lugar público debe entenderse aquel espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente

y sin ningún tipo de autorización específica. Éste posee la peculiar característica de estar supervisado por las autoridades públicas, motivo por el cual sus facultades de intervención son mucho mayores que en el caso de las propiedades privadas. Se trata, por ejemplo, de los parques, calles peatonales, aparcamientos al aire libre, estadios deportivos, etcétera [GORDILLO PÉREZ, LUIS: *Videovigilancia y derechos fundamentales: los estándares del Consejo de Europa*. En: AA.VV. ABEL LLUCH, XAVIER – PICO Y JUNOY, JOAN – RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL (DIRECTORES), *La prueba judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, Tomo II, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 1568). No obstante, dependiendo de las circunstancias, es de advertir que un espacio privado puede convertirse en público, por ejemplo, cuando se realiza una videollamada a través de la Red Social Facebook y cientos de personas observan la transmisión, conociendo a través de la cámara web el interior del cuarto donde se realiza el intercambio de información. Es por eso que caso por caso se han de analizar las circunstancias fácticas en orden a determinar si se está en un espacio público o íntimo.

28.º Lo que ocurre en el espacio público no va a requerir autorización judicial para la utilización de la videovigilancia, porque implica la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales conexos en espacio público. Sin embargo, la utilización de la técnica de videovigilancia o, incluso, de vigilancia directa, requerirá autorización judicial en aquellos supuestos en que exista “[...] una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la vida privada, incluso en un contexto público” (STEDH Peck vs. Reino Unido, de 28 de enero de 2003). Entonces ha de verificarse la “expectativa razonable de la persona que está siendo investigada”, y es que si bien es cierto las personas participan conscientemente en actividades cotidianas en lugares públicos que pueden ser registrados, la creación de una grabación permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada (STEDH P.G. et. J.H. vs. Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001).

29.º Para calificar de grave la afectación, *ex ante* quien busque con el dron la obtención de información en espacios públicos ha de considerar una serie de variables al momento de utilizarlo. En este sentido, cuando se pretenda grabar conversaciones en espacios públicos, el carácter de privado o no de estas marca una línea de divergencia en orden a determinar si se requiere autorización judicial o no. El problema radica en la dificultad para reconocer si efectivamente las conversaciones son privadas o no, y ello se determinaría *a posteriori*. Sin embargo, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas en realidad estaría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores que reflejarían su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido. Así pues, es distinta la actitud de dos personas que hablan en voz alta rodeados de varias personas, que el contexto en el cual hay dos personas que hablan en una zona

apartada, pese a tratarse de un lugar público, en voz baja, etcétera [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.* p. 476].

30.º En lo que respecta al espacio privado, no siempre lo que se desarrolle en el interior de una vivienda gozará la protección del derecho a la inviolabilidad de domicilio. La STSE 453/1997, de 15 de abril de 1997, es ilustrativa al respecto. Expresó que “[...] la autorización judicial será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuerto [el titular del inmueble] para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial”. Asimismo, la STS 620/1997, de 5 de mayo, homologa espacios que pueden conciliar con la idea de domicilio, aunque no estén destinados a tal uso. Por ejemplo, los baños públicos. Así pues, se ha diferenciado la “zona común de lo que es propiamente el retrete donde se realizan las necesidades fisiológicas”. En el caso del primero no será necesaria una autorización judicial, sin embargo para el segundo caso sí es necesaria por la afectación al núcleo más estricto de la intimidad. Como conclusión, los datos penalmente relevantes que se obtengan de la “zona común” de los baños públicos solo requerirán autorización fiscal. Otro ejemplo de homologación lo constituyen los vestidores de centros comerciales.

31.º No solo podrán ser introducidas al proceso las videograbaciones o toma de imágenes que provengan de una estricta diligencia de búsqueda de pruebas como la videovigilancia, sino también aquellos otros datos que provengan del uso de civiles que operan drones de forma recreativa. Tanto en el primer como segundo caso, la información entrará al proceso penal a través de la prueba documental.

∞ Las grabaciones efectuadas por civiles mediante drones de uso recreativo tendrán eficacia probatoria siempre y cuando se haya respetado los derechos fundamentales implicados. Ello supone la realización de un test de proporcionalidad al momento de admitirlos como medios de prueba en la etapa intermedia. Además, como son drones operados a control remoto (necesaria manipulación por parte de un ser humano), en un eventual juicio oral debe reforzarse este medio de prueba con la declaración testimonial del piloto del dron (artículo 186, apartado 1, del CPP), contextualizando el modo de obtención de la información en espacio, tiempo, modo, etcétera.

∞ Del mismo modo, la videofilmación obtenida por un dron operado a control remoto por un funcionario policial requiere necesariamente, además de su incorporación al proceso penal en la etapa intermedia, la declaración testimonial del policía en un eventual juicio oral. Dependiendo del sujeto (civil/policial) que haya obtenido la información, la valoración tendrá diferentes niveles y exigencias. Ha de extremarse con cautela los requisitos que implican la obtención de fuentes de información por parte de la Policía Nacional, pues como son funcionarios públicos que tienen la obligación de conocer sus funciones y la forma de realizarlas, el filtro de admisibilidad debe ser mayor que en el caso de civiles que captan videos o imágenes a través de sus

drones recreativos que eventualmente puedan registrar la comisión de un hecho punible [ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ: *Ob. Cit.*, p. 480].



32.º La realidad existencial es infinita y la capacidad del ser humano para percibirla a través de los sentidos es limitada por su propia naturaleza humana. Cuando se presenta ante el juzgador una imagen o videofilmación, no se debe caer en el error de considerar que aquello que se le muestra constituye prueba invencible. En estos casos la inmediación se erige sobretodo en una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución. Una imagen transmite hechos que van a ser objeto de prueba, por lo tanto, el juez no debe prejuzgar su contenido. Los hechos no están sucediendo, sino que se están reproduciendo en la Sala de Audiencias través de una filmación realizada de un modo determinado. Ninguna prueba muestra los hechos como tales hechos punibles, sino como narraciones que los reproducen. Está clara la fuerza probatoria de la filmación de la imagen y del sonido, la cuestión fundamental es el grado de credibilidad que se le puede dar [BUJOSA VADELL, LORENZO: *Tecnologías de imagen y valoración de la prueba*. En: AA.VV. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA (DIRECTOR), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 219-229].



33.º En conclusión, el rendimiento probatorio se vincula a la calidad técnica de lo filmado, la concreción espacio-temporal de la imagen y sonido captado por la grabación, la sugestividad del fragmento social captado, así como, en su caso, a la especificidad de la narración respecto al segmento factual fijado por la cámara ofrecida por las personas que aparecen en la imagen y, de haber, vertida también por el operador que captó las mismas [SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO: *La videovigilancia como fuente de prueba en el proceso penal*. En: AAVV. CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR – GIRAO, MIGUEL (COORDINADORES), *Los actos de investigación contra el crimen organizado*, 2016, Instituto Pacífico, p. 528].

3.2 LOS SATÉLITES



34.º El satélite, de acuerdo a la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia española, es un vehículo espacial, tripulado o no, que se coloca en órbita alrededor de la tierra o de otro astro, y que lleva aparatos apropiados para recoger información y transmitirla. Los satélites captan la luz que se refleja desde la superficie de la tierra, para luego procesarla y digitalizarla en una imagen. Vale decir, obtiene una imagen de tal grado de complejidad que solo puede ser producida por una computadora usando las tomas de los satélites, usualmente de superficies a gran distancia y de conocimiento complejo. Ejemplos de estas imágenes satelitales se encuentran en Google Earth, que son de mucha utilidad en el proceso penal, sobre todo para verificar recorridos o ubicaciones en determinado momento. En esta línea, los satélites producen información que eventualmente podrá ser utilizada en el marco de un

proceso penal contra la delincuencia. Asimismo, tiene un gran impacto en la investigación de delitos ambientales, sobre todo para conocer los daños de la minería ilegal, la deforestación de los bosques de la Amazonía, e inclusive detectar concentraciones móviles de personas vinculadas a la trata de personas.

∞ Los satélites también son instrumentos tecnológicos a través de los cuales se facilita la obtención de fuentes de prueba en la lucha contra la criminalidad organizada. Asimismo, pueden ser utilizados mediante la videovigilancia para realizar tomas fotográficas y hacer seguimiento a puntos específicos del globo terrestre que tengan vinculación con la comisión de un hecho punible.

36.º El Perú cuenta con 5 satélites que orbitan la Tierra. El PUCP SAT-1 y el Pocket PUCP, ambos pertenecientes a la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Chasqui 1, desarrollado por la Universidad Nacional de Ingeniería; el UAPSAT 1, que pertenece a la Universidad Alas Peruanas; y el PeruSat-1³. Este último es un satélite de observación terrestre que es operado por la Agencia Espacial del Perú – CONIDA (Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial), que es una entidad adscrita al Ministerio de Defensa. Constituye el satélite más potente de su clase en la región, puesto que genera imágenes con una resolución de 70 centímetros. Dicho satélite cuenta con un telescopio que capta imágenes a medida que orbita el planeta, cuando pasa sobre zonas iluminadas por el sol. Envía diariamente imágenes del territorio peruano y de todo el mundo, las cuales son programadas desde el Centro Nacional de Operaciones de Imágenes Satelitales – CNOIS para cubrir las necesidades de los diversos usuarios del país⁴.

37.º La particularidad del PeruSat-1 radica en que todas las entidades públicas tienen acceso al servicio de imágenes satelitales de forma gratuita, mediante la entrega de una contraseña por parte del CONIDA. Cuando no se encuentra en el banco del CNOIS las imágenes requeridas, entra en funcionamiento el PeruSat-1, para el procesamiento de estas en formato digital⁵. El Ministerio Público hace uso del PeruSat-1 para combatir diferentes ilícitos penales y, sobre todo, la criminalidad organizada que busca nuevas formas de expansión y desarrollo en la actualidad. Por ejemplo, para detectar rutas de narcotráfico en la sierra y selva peruana u organizaciones criminales dedicadas al tráfico de terrenos. Al contar con la información proporcionada por el PeruSat-1, generada en tiempo real y de manera gratuita, permitirá tomar acciones inmediatas y pertinentes. Ello debido a que puede utilizarse para comparar imágenes de manera periódica.

38.º No obstante las bondades que pueden ofrecer las imágenes satelitales en la persecución del delito, los jueces están poco familiarizados con esta tecnología

³ Recuperado de: <https://rpp.pe/peru/actualidad/peru-sat-1-los-otros-cuatro-satelites-peruanos-que-tambien-orbitan-la-tierra-noticia-1171287> Consultado el 14.09.2019.

⁴ Recuperado de: <http://www.conida.gob.pe/index.php/noticias/perusat-1-satelite-de-observacion-de-la-tierra> Consultado el 14.09.2019.

⁵ Recuperado de: <https://portal.andina.pe/edp/especiales/2018/satelite/index.html> Consultado el 15.09.2019.

compleja. A ello se aúna la falta de precedentes judiciales que orienten la admisión y valoración de este medio probatorio sofisticado. Para superar estos problemas, se plantean los siguientes criterios de admisibilidad y valoración probatoria:

A. Las imágenes satelitales deben ser recopiladas con respeto irrestricto del núcleo intangible de los derechos fundamentales, debiendo realizarse un test de proporcionalidad con el fin de determinar si la injerencia dentro del derecho fundamental conculcado resulta legítima y proporcional. Las imágenes satelitales poseen capacidad técnica de vulnerar, al menos potencialmente, la vida privada de las personas.

B. El Satélite PeruSat-1 puede ser utilizado en la investigación de delitos vinculados con la criminalidad organizada, a través de la videovigilancia (artículo 207, apartado 1, literales 'a' y 'b' del CPP). Las imágenes satelitales se introducirán al proceso penal a través de la prueba documental, cumpliéndose además los requisitos de autenticidad, integridad, inmediatez, objetividad y exactitud.

C. Las imágenes satelitales, cumplidos los requisitos antes indicados, tienen entidad para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados. Desde la perspectiva de la exigencia de corroboración será del caso, en función al contexto del caso, contar –si correspondiera– con prueba testifical, prueba documental de informes, otras imágenes y/o grabaciones, prueba pericial, etcétera.

D. Necesariamente el procesamiento de las imágenes satelitales implica la manipulación por una serie de personas en orden a obtener la decodificación de estas. Por lo tanto, ha de seguirse con sumo cuidado el procedimiento de cadena de custodia, conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario 06-2012/CJ-116, para su almacenamiento, conservación y ulterior utilización en el proceso penal. Deberá certificarse las circunstancias en que fueron tomadas las imágenes satelitales y el trayecto que recorrieron, dada la alta complejidad en su procesamiento. Si, razonablemente, se desconfía de la autenticidad de la imagen satelital, será del caso acudir a los medios de prueba denominados “prueba sobre prueba”.

III. DECISIÓN

26.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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

27.º **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 18º, 20º, 25º-32º, 34º y 38º del presente Acuerdo Plenario.

28.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin

perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

29°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

30°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

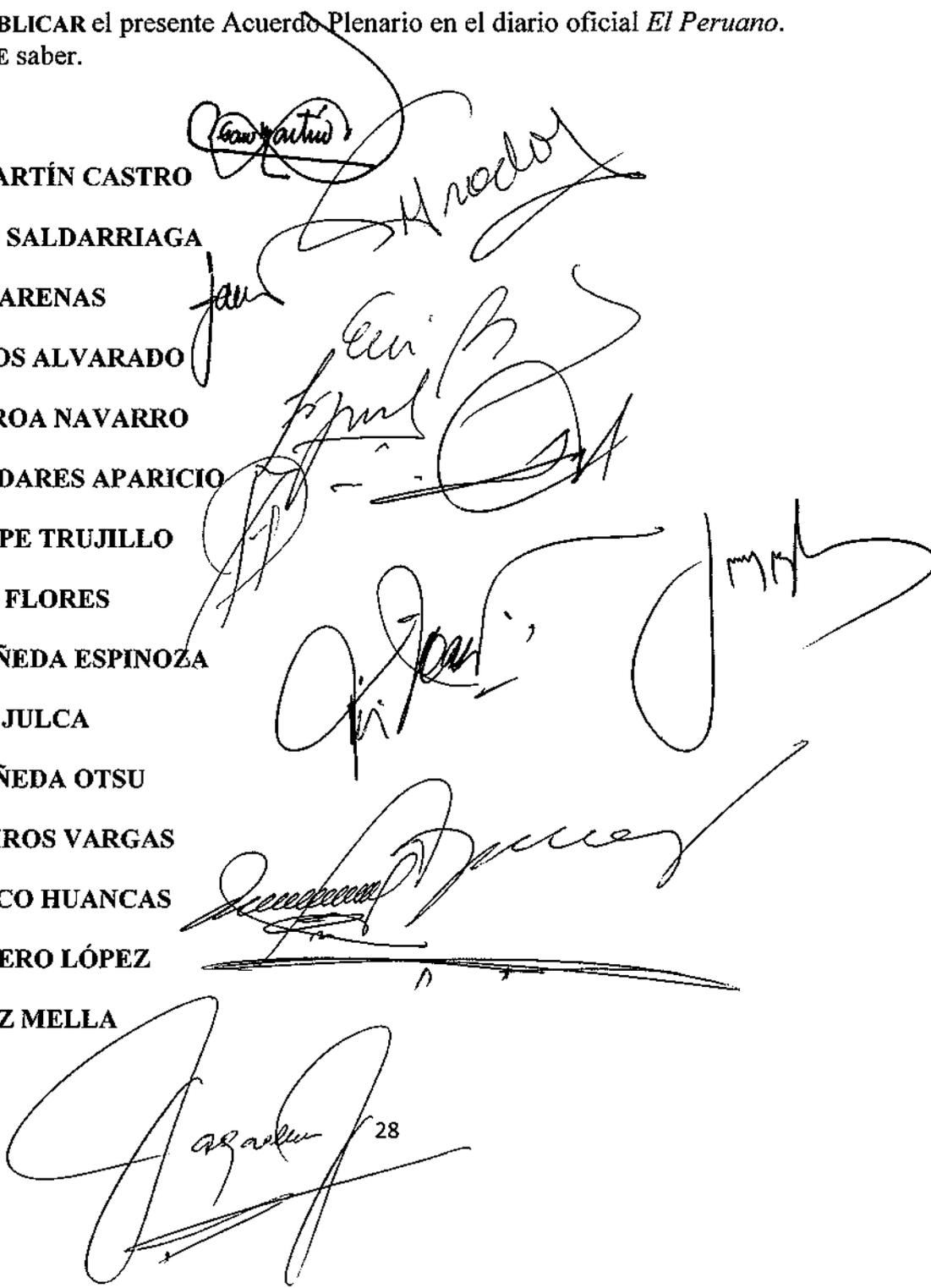
CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA



28

CONSTANCIA

La Dra. Susana Castañeda Otsu no firma el acuerdo plenario nro. 10 por encontrarse con licencia autorizada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial como se advierte del correlativo nro. 551718-2019 desde el 7 al 13 de octubre de 2019.

LA COORDINACIÓN



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.

[Handwritten notes and signatures in blue ink on the left margin, including a large 'J' and several illegible signatures.]

[Handwritten signatures in black ink at the bottom of the page.]

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”¹. 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

¹ Claria Olmedo, citado por César San Martín: *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, INPECCP – CENALES editores, 1ra edición, Lima Perú 2015, p. 503.

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 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.

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 (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 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 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 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

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, ejecutarse con las debidas garantías para el afectado".

⁵ 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 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 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 competentes¹⁰. Su cientificidad

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, citocina 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 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)¹¹.

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 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 microsátélites, y se restringen al estudio de los marcadores del ADN polimórficos¹³; *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 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

¹¹ 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 - Institut 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-la-g%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 delitos 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.

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 periodo 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 –

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 Elsas: *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 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) 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 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

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, Kämpf Richard, Hamer David, Hibbert Brynn, Ligertwood Andrew, Porter Glenn, San Roque Mehera, Scarston 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/Pubnsic/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 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

²¹ En este sentido, Mora Sánchez, *ibid.*, p. 7.

²² Pérez Marín, Ángeles: *Inspecciones, Registros e Intervenciones Corporales*, Editorial Pirant 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 y la falacia del fiscal

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 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

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

²⁵ 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 inconcusas²⁶. 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 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. 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

²⁶Cfr. 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.

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

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

²⁸ Roxin, Claus: Obra citada, p. 239.

²⁹ 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.

³⁰ 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 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

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.

file:///D:/Usuarios/judicial/Downloads/LA_PROVA_DEL_DNA_E_IL_RUOLO_DEGLI_ESPERTI_NEL_PROCESSO_PENALE.pdf

³² Giunta Fausto. *Questioni Scientifiche e Prova Scientifica tra categorie Sostanziali e Regole di Giustizia*, p. 562.

³³ Giunta Fausto; *ibid.* p. 563.

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.

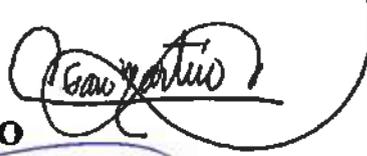
c. Que, en particular, en el ámbito de los delitos sexuales, el examen de ADN puede ser útil para la formación de la prueba directa o de la prueba por indicios, siempre que la no exclusión del sospechoso sea corroborada con otros elementos periféricos.

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.

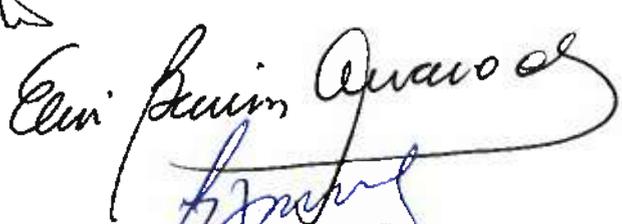
48.º **PUBLICAR** la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el Diario Oficial El Peruano.
HÁGASE saber.

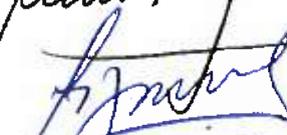
S.s.


SAN MARTÍN CASTRO


LECAROS CORNEJO

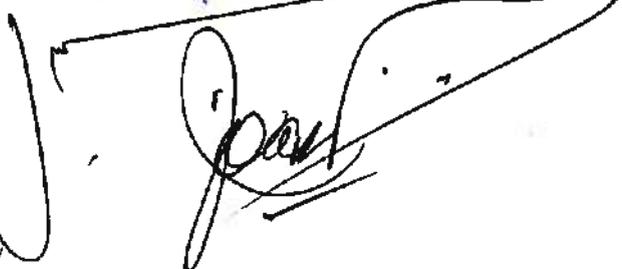

SALAS ARENAS

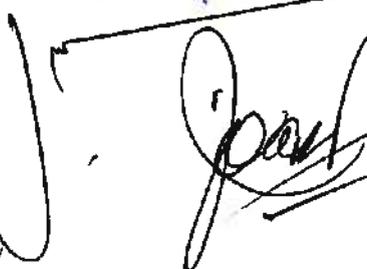

BARRIOS ALVARADO


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 smaller ones below it.]

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