

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



“Regulación del examen de ADN como medio científico de prueba”

Gladys María del Rosario López Figueroa

Quetzaltenango, Agosto de 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

AUTORIDADES

RECTOR MAGNIFICO M Sc. Murphy Olympto Paiz Recinos

SECRETARIO GENERAL Arq. Carlos Enrique Valladares Cerezo

CONSEJO DIRECTIVO

DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC M Sc. María del Rosario Paz Cabrera
SECRETARIA ADMINISTRATIVA M Sc. Silvia del Carmen Recinos Cifuentes

REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS

M Sc. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa
M Sc. Freddy Rodríguez

REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC

Licda. Tatiana Cabrera

REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES

Br. Luis Ángel Estrada García
Br. Julia Hernández

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

M Sc. Percy Ivan Aguilar Argueta

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

Examinador: M. Sc. Ignacio Camey

Examinador: M Sc. Oscar Chavajay

Examinador: Dr. Julio Bonifacio Baquiáx

Asesor de Tesis

Dra. Karol Desireé Vásquez de Kestler

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas y opiniones sustentadas en la presente tesis (artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala)



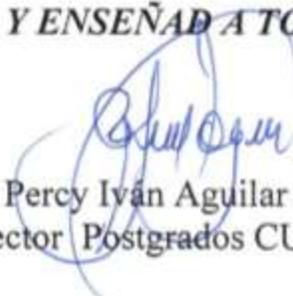
ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-051-2018

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la certificación del acta de examen privado No. 258-2018 de fecha 08 de junio de 2018, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“Regulación del examen de ADN como medio científico de prueba”**, presentada por la maestrante **Gladys María del Rosario López Figueroa** con Registro Académico No. 100031129, previo a conferírsele el título de **Maestra en Ciencias en Derecho Penal**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, julio 2018.

IMPRIMASE

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


M Sc. Percy Iván Aguilar Argueta
Director Postgrados CUNOC



cc. Archivo



Centro Universitario de Occidente
Universidad de San Carlos de Guatemala
Departamento de Estudio de Postgrado
Guatemala, C.A.

Quetzaltenango, 12 de enero de 2018.

REF: DICTAMEN DE ASESORA DE TESIS

Señores
Consejo Académico
Departamento de Estudios de Postgrados
Centro Universitario de Occidente
Universidad de San Carlos de Guatemala

Me dirijo a usted en relación al nombramiento como **ASESORA DE TESIS** que oportunamente fuera comunicado a mi persona por esa Coordinación en el que se dispuso nombrarme como Asesora de Tesis de la Maestrante **Gladys María del Rosario López Figueroa**. Al respecto vengo a presentar el siguiente:

DICTAMEN

El trabajo de investigación presentado se intituló **“Regulación del examen de ADN como medio científico de prueba”**.

Del tema de investigación en concreto y su importancia

La investigación se centra en el estudio y análisis de la regulación del Ácido Desoxirribonucleico, ADN, como medio científico de prueba en el proceso penal guatemalteco. La importancia del tema resalta en el grado de confiabilidad que genera este medio de prueba, que constituye un instrumento eficaz en la lucha contra el crimen.

El ADN como medio científico de prueba, aporta certeza en el proceso penal, en relación a los hechos atribuidos a una persona.

De la metodología utilizada para el desarrollo de la tesis

En la investigación se hace uso de las herramientas metodológicas pertinentes. Sobre esa base se delimita el problema de investigación y los objetivos generales y particulares que van a orientar la investigación y que conducirán a las conclusiones de la misma.

En el desarrollo de la investigación, se aprecia el uso de los métodos histórico-lógico, dogmático jurídico y comparativo, así como la técnica de análisis de contenido. Adicionalmente, aunque no se mencione, existe la utilización de una extensa fuente bibliográfica que sin lugar a duda constituye parte importante de la metodología utilizada, mediante la comparación de legislación y doctrina, además de haber recurrido a fuentes primarias y secundarias de la propia realidad guatemalteca.

De lo relacionado al interés que genera el trabajo de tesis en los ámbitos nacional e internacional

Como se trató de anticipar en el inicio de este dictamen, el interés que genera la investigación deriva de la importancia que esta observa en las actuales circunstancias que genera no solo en Guatemala sino en los países en general la utilización de medios científicos de prueba.

De consiguiente, el interés que genera la investigación puede considerarse muy grande, pues para el ámbito guatemalteco permitirá abordar con la seriedad que deriva de la investigación científica, la necesidad de utilizar los medios científicos de prueba como una herramienta eficaz en el proceso penal, más allá de otros medios de investigación.

Del análisis y resolución de la problemática que se investiga con el desarrollo de la tesis, la contribución social que significa el trabajo de tesis presentado por la sustentante en el entorno del tema y las instituciones abordadas con el mismo

La investigación que se ha dirigido, ha permitido entre otras cosas, establecer el desarrollo de las definiciones más importantes sobre el proceso penal, los sistemas procesales, la prueba, los principios procesales y el ADN. Ahora bien, lo más importante de toda la investigación ha sido y es, concluir en que el medio científico de prueba objeto de análisis es eficaz e importante en la lucha contra la criminalidad, derivado de la certeza que genera al constituir información genética inequívoca.

Todo lo anteriormente expuesto, razonado y analizado, me conduce a considerar que el trabajo de tesis presentado por la postulante, además de cumplir con todas las exigencias que impone la legislación universitaria y desarrollarse conforme el marco metodológico adecuado, constituye un esfuerzo de investigación importante y propio del nivel de educación superior, por lo cual estimo que el mismo debe continuar su trámite como lo ordena la ley, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

"DID Y ENSEÑAD A TODOS"

Licda. Karol D-lore Vilaguer
ABOGADA Y NOTARIA

DICTAMEN FAVORABLE
AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN DE TESIS





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala
Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado



EL INFRASCrito DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

CERTIFICA:

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 258/2018 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las diecisiete horas del día viernes ocho de junio del año dos mil dieciocho, reunidos en el salón de sesiones del Departamento de Estudios de Postgrado, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** M Sc. Oscar Chavajay; **Examinador:** M Sc. Ignacio Camey; **Examinador:** Dr. Julio Bonifacio Baquix; con objeto de practicar el **Examen Privado** de la Maestría en **Derecho Penal** en el grado académico de **Maestro en Ciencias** de la Licenciada **Gladys María del Rosario López Figueroa** identificada con el número de carné **100031129** procediéndose de la siguiente manera:-----

PRIMERO: La sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----

SEGUNDO: Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE** -----

TERCERO: En consecuencia la sustentante **APROBO** con observaciones todos los requerimientos académicos necesarios previo a otorgarle el título profesional de **MAESTRA EN DERECHO PENAL**-----

CUARTO: No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que al interesado convengan, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN** en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los veintisiete días del mes de julio del año dos mil dieciocho.-----

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Certifica:


Yamara Yamileth Rodas De León
 Secretaria Depto. de Postgrados



Vo. Bo.


M. Sc. Percy Iván Aguilar Argueta
 Director Departamento de Postgrados



INDICE

RESUMEN.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL PROCESO PENAL	3
1.1. Concepto de Derecho Penal	3
1.2. Concepto de Derecho Procesal Penal.....	5
1.3. Sistema procesal acusatorio	8
1.4. Estructura del proceso penal.....	15
1.5. Sujetos procesales	31
2. EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO.....	34
2.1. Antecedentes	34
2.2. Principios.....	37
3. LA PRUEBA	49
3.1. Definición.....	49
3.2. Tipos de prueba	54
3.3. Características de los medios de prueba	63
3.4. Principios.....	64
3.5. Modelo del Proceso Penal y la prueba	68
3.6. Valoración de la prueba.....	69
4. EL ADN COMO MEDIO DE PRUEBA.....	73
4.1. Concepto.....	73
4.2. Prueba de ADN	81
4.3. El ADN como medio de prueba en el Proceso Penal	85
4.4. El ADN y su uso en el Proceso Penal Guatemalteco	89
5. DERECHO COMPARADO: ADN COMO MEDIO DE PRUEBA.....	98
5.1. España	98
5.2. Argentina.....	104
5.3. Colombia	107
5.4. Costa Rica.....	110
5.5. Reflexiones.....	112
6. PROPUESTA DE REGLAMENTO DE LA LEY DE BASE DE DATOS PARA USO FORENSE DEL ADN COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	113

6.1. Hacer explícitas las pruebas de ADN en el Código Procesal Penal.....	117
CONCLUSIONES.....	119
RECOMENDACIONES	120
BIBLIOGRAFÍA.....	121
ANEXOS.....	125

RESUMEN

Durante los últimos años, la investigación genética ha evolucionado en forma considerable logrando grandes descubrimientos científicos principalmente sobre las bondades del ADN en temas de filiación y de la particularización de cada ser humano. A partir de la década de los noventa, las innovaciones científicas se han aplicado a los procesos penales, principalmente en la determinación de la paternidad así como la incorporación de pruebas para la resolución de casos penales.

Principalmente en países desarrollados estas innovaciones se han incorporado a los procesos penales lo que ha permitido que el uso de ADN se haya institucionalizado en los procesos jurídicos.

En el caso de Guatemala, el uso de ADN ya es común para la definición de la paternidad, aunque en el caso del uso de pruebas de ADN para la resolución de conflictos penales aún es novedoso.

Esta situación fue la razón de realizar el presente informe. Luego del desarrollo del marco teórico, este informe presenta como propuesta principal, tres elementos importantes; el primero es la creación de una base de datos con base en huellas genéticas provenientes del ADN y que permita colaborar en la identificación de presuntos sospechosos de la comisión de un delito penal. El segundo se refiere a la creación de una nueva entidad que tenga como propósito regular y controlar el uso de pruebas basadas en ADN para fines del proceso penal. El tercer elemento de la propuesta es realizar modificaciones al Código Procesal guatemalteco que permita hacer explícito el uso de pruebas genéticas en el proceso penal.

Se considera que es urgente que Guatemala haya cambios en su regulación así como también la dedicación de recursos para la investigación y desarrollo en temas relacionados con la investigación genética. Países cercanos como Costa Rica ya han hecho avances significativos en esta área, aunque el propósito sería alcanzar y aplicar las mejores prácticas que ya son de uso común en los países desarrollados.

INTRODUCCIÓN

Los sistemas de identificación personal han avanzado sobremanera con las técnicas de análisis de código genético, que permiten extraer y leer fragmentos de la molécula de ADN.

El examen del ADN es el medio científico de prueba más utilizado actualmente dentro del proceso guatemalteco, ya que el mismo permite determinar a través de los marcadores genéticos que se analizan la responsabilidad penal de una persona, debido a la certeza en el resultado, lo cual que permite a los jueces dictar sentencia apegados a derecho y justicia.

En Guatemala la práctica de esta prueba es común, no obstante la misma no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico penal como medio de prueba. Pero debido a la seguridad que brinda este estudio biológico que se practica con determinados fluidos corporales de una persona, el juez puede establecer o no la participación de la misma en el delito que se le imputa.

Por lo que es de suma importancia dentro de los procesos penales específicamente en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, la práctica del referido medio de prueba, el cual no se encuentra taxativamente regulado dentro de los medios de pruebas que recoge nuestro Código Procesal Penal. En tal virtud no se establece tampoco como debe de ser practicada la misma, así como, el ente controlador de la referida prueba.

Con base en dicha temática se ha planteado el presente informe que incluye en su primer capítulo un análisis conceptual del proceso penal, luego en el segundo capítulo se hace un análisis del proceso penal guatemalteco haciendo énfasis en los principios que lo rigen.

En el tercer capítulo se hace un desarrollo teórico de la prueba. Se hace una revisión de sus principales principios y se describen los principales mecanismos de valoración de la prueba.

En el cuarto capítulo se hace un esbozo teórico de la tecnología relacionada con el ADN, sus principales técnicas de análisis y su utilización como medio de prueba en los procesos penales. También se incluyen algunas consideraciones respecto a las limitaciones que las pruebas genéticas tienen en el proceso penal.

En el capítulo cinco se hace un análisis de Derecho Comparado del ADN como medio de prueba en cuatro países: España, Argentina, Colombia y Costa Rica. Estos países se seleccionaron considerando los avances que cada uno ha tenido en la implementación de regulación relacionada con el uso de pruebas genéticas. El ejemplo

de estos países da una referencia hacia donde debería ir encaminada la regulación en Guatemala para lograr mayor efectividad en el uso de la investigación genética en el proceso penal.

El capítulo seis incluye una propuesta de regulación de ADN para Guatemala. Esta propuesta incluye tres aspectos básicos: La creación de una base de datos basados en huellas genéticas que sea de utilidad en la investigación criminal; la creación de una entidad responsable autónoma, que tenga como propósito la regulación y control en la utilización de pruebas de ADN en el proceso penal. Dentro de las responsabilidades de esta entidad están la del monitoreo de los distintos laboratorios, sean estos nacionales o extranjeros, que se dedican al análisis de ADN.

Finalmente se plantean las conclusiones y recomendaciones. Las conclusiones van orientadas a comprobar la falencia de regulación de las pruebas de ADN en el proceso penal. Asimismo, se corrobora el rezago de Guatemala respecto a otros países en cuanto a la institucionalización de regulación concerniente a la investigación genética. Se propone dentro de las recomendaciones las propuestas incluidas en el capítulo seis.

1. EL PROCESO PENAL

1.1. Concepto de Derecho Penal

Normalmente para fines académicos, los autores suelen emitir conceptos¹ o definiciones sobre el Derecho Penal desde dos puntos de vista: subjetivo (*Ius Puniendi*) y objetivo (*Ius poenale*). Esta división, en palabras de De León y De Mata, “*ubica al que lo estudia, en un punto en el que estratégicamente puede darse cuenta cómo nace y como se manifiesta el Derecho Penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico, por medio de la protección social contra el delito*”. (De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p 4).

Desde el punto de vista subjetivo, De León y De Mata dan la siguiente definición del Derecho Penal: “*Es la facultad de imponer penas que tiene el Estado como único ente soberano (Fundamento filosófico del Derecho Penal); es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso*”.(De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 4).

Por su parte, Cuello Calón da la siguiente definición del Derecho Penal, siempre desde el punto de vista subjetivo: “*el derecho de castigar (ius puniendi), es el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas*”.(Cuello Calón, 1980)(p. 7). De acuerdo al autor, en esa noción está contenida la base filosófica del Derecho Penal.

Esta definición se puede considerar como tradicional, sin embargo la evolución del combate a la criminalidad propende a incluir dentro del ámbito del Derecho Penal las medidas de corrección y de seguridad, de tal manera que el autor amplía la definición, así: “*El derecho del estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad*”.(Cuello Calón, 1980)(p. 8).

Velásquez también da una definición del Derecho Penal similar a las anteriores: “*es la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la que este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas o medidas de seguridad, o ambas, a título de consecuencia jurídica*”.(Velásquez V., 2007)(p. 23).

Las tres definiciones dadas sobre el Derecho Penal, desde el punto de vista subjetivo coinciden en considerar el *ius Puniendi* como una facultad exclusiva del Estado. Vale la pena aclarar, que dichas definiciones no pueden ser aplicadas a todas las épocas de la humanidad. En efecto, al inicio la aplicación de penas no era estrictamente por la comisión de un delito sino era la reacción privada ante un agravio.

¹Para efectos del presente estudio, ambos términos se considerarán como equivalentes.

A esta época de reacción de los particulares ante un agravio no considerándolo como una pena sino como una venganza, se le ha denominado Época de la venganza privada que posteriormente evolucionó a la Época de la venganza pública.

Velásquez, sintetiza esta etapa primitiva de venganza, así, *“Las características más sobresalientes del derecho penal de la época eran las siguientes el delito se concebía desde una perspectiva animista; el conjunto de prohibiciones entonces imperantes no constituían un todo armónico como los códigos actuales y no tutelaban, por ende, bienes jurídicos en el sentido moderno, sino una serie de relaciones hipotéticas tomadas como ciertas de manera errónea. Así mismo, las sanciones estaban dotadas de carácter expiatorio, religioso y fatal; la relación punitiva era completamente objetiva, pues la infracción engendraba sus consecuencias independientemente de la intención del agente y de la manera automática: en fin, la responsabilidad no era siempre individual y ni siquiera exclusivamente humana, pues no consistía en una relación entre el sujeto y la conducta, sino en un estado atribuible al hombre, al os animales o a las cosas”*.(Velásquez V., 2007)(p. 165).

Las tres definiciones sobre Derecho Penal indicadas arriba, coinciden en incluir las medidas de seguridad y corrección dentro de la definición. Sin embargo hay algunos autores que éstas últimas no las incluyen en la definición puesto que consideran que el derecho penal es estrictamente sancionatorio. Al respecto, Cuello Calón indica: *“Esta es una posición de estricta lógica pero que toma poco en cuenta las exigencias de la realidad. El derecho penal aspira a realizar fines prácticos, y no a satisfacer puras exigencias lógicas, tendencia realística que impone a veces la limitación de principios básicos y que justifica que en el ámbito del derecho penal tenga cabida el sentido ético como espíritu inspirador de la pena, y la aspiración a conseguir fines socialmente útiles”*.(Cuello Calón, 1980)(p.8).

Desde el punto de vista objetivo del Derecho Penal, De León y De Mata lo definen así: *“El conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva”*.(De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 4).

Asimismo, Cuello Calón da su definición respectiva: *“es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquéllos son sancionados”*.(Cuello Calón, 1980)(p. 7).De acuerdo al autor esta definición es la base del Derecho Penal positivo.

Velásquez por su parte da su definición: *“el conjunto de normas jurídicas (derecho positivo) que tiene como cometido describir los hechos susceptibles de punición,-*

trátense de mandatos o de prohibiciones e indicar cuáles son las consecuencias jurídicas que se les pueden imponer a sus transgresores (las penas o las medidas de seguridad) imponibles a quienes vulneran tales normas; y a, además, de los diversos postulados e instituciones que permiten la interpretación, integración y sistematización de ese orden normativo”.(Velásquez V., 2007)(p.75).

Los tres autores coinciden en que el Derecho Penal es el conjunto de normas que rigen los hechos punibles y las penas asociadas a ellos.

Además de las definiciones anteriores se ha considerado conveniente agregar las seleccionadas por De León y De Mata de diversos autores:

- 1) *“El Derecho Penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias”.* (C. Roxin. Derecho Penal. P. 44).
- 2) *“Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia”.* (Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal Alemán).
- 3) *“Es el conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuestos, pena y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”.* (Santiago Mir Puig, Derecho Penal. p. 11).
- 4) *“Derecho Penal es la parte del derecho compuesta por un conjunto de normas doradas de sanción retributiva”.* (Sebastián Soler. Derecho Penal Argentino).
- 5) *“Derecho Penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.* (Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano).
- 6) *“Derecho Penal es una rama de saber jurídico que mediante la interpretación de leyes penales propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado Constitucional de Derecho”.* (Zaffaroni, Alagia y Slokar. Derecho Penal, parte general 2000, pág. 4).(De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 5).

1.2. Concepto de Derecho Procesal Penal

Se vio en el acápite anterior que la facultad del *ius puniendi* que tiene el Estado se ejerce mediante el Derecho Penal y de acuerdo a Baquix se materializa mediante el proceso penal. De tal manera que El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal “*son*

mecanismos de control social del Estado, a través de la norma, la sanción y el proceso, y que interdependen en todo grado".(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 15).

De León y De Mata consideran al Derecho Penal procesal como una rama del Derecho Penal y consideran que su propósito es buscar *"la aplicación de las leyes del Derecho Penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o medida de seguridad y ordenando su ejecución"*.(De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p.9)

De este propósito se desprende la definición, por lo que estos autores definen al Derecho Procesal Penal como el *"conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y aplicar el Derecho Penal sustantivo o material"*.(De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 9)

La definición anterior muestra la dependencia del Derecho Procesal Penal respecto al Derecho Penal. Sin embargo, autores como Clariá Olmedo indican que *"la forma en que el Derecho Procesal Penal tiene que llevar a cabo esa tarea investigadora y decisoria (...) no viene prejuzgada por el Derecho Penal"*. (De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 9). Este hecho le da cierta autonomía e independencia al Derecho Procesal Penal respecto al Derecho Penal.

Conviene ahora entonces, analizar algunas definiciones sobre el Derecho Procesal Penal. Clariá Olmedo, citado por Baquix, lo define como *"la ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidas a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal...organizando la magistratura penal con especificación de las respectivas funciones y estableciendo los presupuestos, modos y formas del trámite procesal"*. (De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 9).

Por su parte, Baumann, define el Derecho Procesal Penal como *"el conjunto de las normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal"*. (De León Velasco & De Mata Vela, 2006)(p. 9).

Velásquez coincide con las anteriores definiciones: *"es el conjunto de normas jurídicas atinentes al procedimiento judicial, en cuya virtud pueden serle impuestas al infractor las sanciones previstas en el derecho sustantivo"*.(Velásquez V., 2007) (p. 9). Dicho en otras palabras, *"es el sector del ordenamiento que tiene por objeto organizar los tribunales en el ámbito penal, así como la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del derecho penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como*

un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares”. (Velásquez V., 2007)(p. 9).

Para Arango el Derecho Procesal Penal “*es una norma del Derecho Público que establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia como del proceso para la concreción del Derecho sustancian en el caso particular”.* (Arango Escobar, 2006)(p.112).

Otros autores también han dado su propia definición sobre el Derecho Procesal Penal:

- 1) *“Florián presenta el derecho procesal penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, y considera que éste, a su vez, es él conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos, o sea, se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal.*
- 2) *Fonteccilla sostiene que el derecho procesal es la realización del derecho penal, puesto que el procedimiento se refiere a las normas para aplicar el derecho penal, para averiguar los hechos punibles y aplicar las penas.*
- 3) *Garraud contempla el procedimiento como el derecho punitivo en estado dinámico a diferencia del derecho penal, que significa la posición estática.*
- 4) *Jofré define el procedimiento penal como una serie de actos solemnes, mediante los cuales el juez natural, observando formas establecidas por la ley, conoce del delito y de sus autores, a fin de que la pena se aplique a los culpables.*
- 5) *Manzini dice que el conjunto de actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal para obtener del órgano jurisdiccional (juez) la confirmación de la pretensión punitiva deducida por el órgano ejecutivo (Ministerio Público) y, eventualmente, para realizarla en forma coactiva, constituye la actividad judicial compleja y progresiva que se llama proceso penal.*
- 6) *Para Sabatini el derecho procesal penal puede ser definido como el conjunto de las normas jurídicas que disciplinan y regular en proceso penal.*
- 7) *Según Vannini, el derecho procesal penal es aquella rama del derecho público que fija los presupuestos y disciplina la actividad preparatoria y la actividad esencial de la función jurisdiccional penal.*
- 8) *Para Oderigo, en sentido estricto, se denomina derecho procesal penal al conjunto de normas jurídicas reguladoras del proceso penal, y en forma más*

amplia se considera que ´comprende también las normas referentes a la creación y regulación de los órganos estatales que intervienen en el proceso penal”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 18).

Baquix cita a Vásquez Rossi para resumir las características del Derecho Procesal Penal:

“Es un conjunto de normas, es decir: disposiciones legales promulgadas por los órganos pertinentes, válidas y vigentes.

Tales disposiciones legislan sobre el poder jurisdiccional del Estado y regulan el proceso como fenómeno jurídico específico destinado a la realización del Derecho sustantivo.

En el procedimiento señalado sentido, El Derecho Procesal Penal se dirige hacia la noticia sobre un hecho presuntamente criminoso, a través de actos previamente fijados, hasta la declaración de certeza en torno a la cuestión planteada, y a las consecuentes ejecuciones.

En el camino hacia esa declaración de certeza, se procuran armonizar los derechos y garantías del imputado, con el interés público por la averiguación y castigo de conductas criminosas, dentro de ese amplio terreno en que se desenvuelve la función del Estado para lograr la represión y prevención de la criminalidad”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 119).

Con base en lo anterior, se concluye que el Derecho Procesal Penal norma el procedimiento del *lus puniendi*.

1.3. Sistema procesal acusatorio

Tradicionalmente se han identificado dos sistemas procesales, el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio aunque existe también un tercer sistema que es la mezcla de los anteriores.

Sistema inquisitivo

El sistema inquisitivo *“es aquel procedimiento en el que el juez procede de oficio a la averiguación del delito, lleva a cabo la instrucción y por consiguiente la acusación”.* (Cruz Ovando, 2006)(p. 1). Este sistema surge en la época de la Inquisición, cuya característica principal es la mezcla de Estado e Iglesia.

Montero Aroca, define al sistema inquisitivo así: *“Por el camino anterior las cosas llegaron a que la aplicación del derecho penal dejó de realizarse en una contienda entre*

partes ante un tercero imparcial, pues el órgano público que asumió la acusación fue el mismo juez, con lo que se tenía, por un lado, a un juez que al mismo tiempo acusaba y, por otro, juzgaba. Si la atribución de la acusación a un órgano público fue una clara conquista de la civilización, el convertir a la misma persona en juez y acusador significó pasar de un extremo al otro, desvirtuándose la conquista misma. De esa desvirtuación se derivaron las siguientes consecuencias:

1º. La figura del ciudadano acusador desapareció o, al menos, quedó desdibujada, pues la iniciación de la actividad necesaria para la actuación del derecho penal quedó en manos del juez acusador.

2º. La determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la acusación correspondía a la persona, que, al mismo tiempo, acusaba y juzgaba.

3º. La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas a practicar correspondían íntegramente a la misma persona que asumía los papeles de acusador y juez.

4º. La congruencia carecía de sentido en este sistema, pues el acusador-juez podía determinar en cualquier momento de qué y a quién acusaba y juzgaba.

5º. Los poderes del acusador-juez son absolutos frente a un acusado que está inerte ante él, tanto que puede decirse que no había partes verdaderas, siendo el acusado, no un sujeto, sino el objeto de la actuación". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 27)

A continuación se detallan las principales características del sistema inquisitivo:

1) Delegación de la justicia

La autoridad de juzgar se delegaba en un representante del Rey quien tenía todas las facultades para acusar, juzgar y condenar.

2) Procedimiento de oficio

Además de una denuncia como formalmente se conoce, en este sistema un proceso puede iniciar con la denuncia anónima. Para Arango más que una denuncia es una delación.

Quien delata o denuncia no asume ninguna responsabilidad. Es el juez quien inicia el proceso sin necesidad de terceros.

3) Juez activo

El juez además de impartir justicia, realiza las actividades de acusación e investigación. El juez interroga al sindicado, prueba de testigos, la prueba documental, práctica de reconocimientos y dicta sentencias.

4) Proceso escrito

En este sistema prevalece lo escrito sobre lo oral y público en el proceso. Al respecto, Arango indica *“la escritura no es el mecanismo original y natural de la comunicación humana como si lo es la expresión oral. La escritura fue el aspecto que constituyó el talón de Aquiles del proceso inquisitivo y lo que a la vuelta de los años acarreo su decadencia. Se vincula íntimamente con la escritura, la práctica secreta, la publicidad pierde su sentido y función, el juez surge como señor absoluto del proceso sin controles externos o internos”*. (Arango Escobar, 2006)(P. 29-30).

5) No contradicción

Debido a que el juez tiene la función de investigadora, acusadora y propiamente las funciones de juez, no existe el contradictorio.

6) Indefensión

En este sistema el acusado durante todo el proceso se mantiene en un estado de indefensión, El acusado no sabe quién lo acusa, la prisión preventiva es la regla, puede ser juzgado y sentenciado con una condena sin ser adecuadamente fundamentada y aún que haya sobreseimiento el caso se puede reabrir en cualquier momento.

7) Fallo conforme a derecho

Una de las pruebas más comunes utilizada en este sistema es la confesión. Sin embargo, la confesión era obtenida bajo métodos de tortura y ésta se consideraba legal.

8) Preponderancia de la Instrucción

De acuerdo a Teos, en este sistema la fase preparatoria tiene más importancia debido a la labor del juez como investigador: *“en investigación que realiza el juez, a veces coadyuvado por la representación fiscal, y apoyado por la Policía ambos, de tal suerte que esta etapa ejercía mayor influencia en el juzgador, al resumir los resultados de la investigación en una audiencia meramente formalista, la cual se apoyaba el juez para fallar su sentencia, creándose al acusado un sentido completo de indefensión desde el inicio del juicio”*. (Teos García, 2007)(P. 9).

Finalmente, Herrarte, citado por Cruz, sintetiza los problemas de este sistema, *“Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo inquisito. Después de varios siglos de vigencia y ya en época avanzada del imperio, la accusatio cede su puesto a una nueva forma de procedimiento conocida como cognitio extra ordinem, derivada de las nuevas ideas políticas, de las necesidades de la expansión y de la posibilidad de los ciudadanos en su función de acusar, motivada por el cambio de costumbres. Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el proceso e interviene de oficio; desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador. Dicho sistema se desarrolló y tuvo su pleno apogeo en la edad media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales”*. (Cruz Ovando, 2006)(P. 5).

Sistema acusatorio

En respuesta a las arbitrariedades que se ejercían en el sistema inquisitorio surgió el sistema acusatorio. Montero Aroca, citado por Baquixax, da las siguientes características de este sistema: *“Es posible que en algún momento histórico primitivo, en el que se tenía una noción privada del delito y en el que no se establecían diferencias entre los procesos civil y penal, se concibiera este segundo como una contienda entre partes, situadas en pie de igualdad, frente a un tercero imparcial, que debía responder al ejercicio de un derecho subjetivo por el acusador contra el acusado. En esta situación el acusador era el ciudadano ofendido o por el delito que afirmaba su derecho subjetivo a que el acusado, al que imputaba ser autor del delito, se le impusiera una pena. De la asimilación entre relaciones jurídicas materiales civiles y penales se llega a una configuración del proceso penal muy similar al proceso civil, tanto que:*

1º. El proceso se ponía en marcha únicamente cuando el particular formulaba la acusación.

2º. La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba).

3º. El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes.

4º. La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni por hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador.

5º. *La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esta estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad*". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 26-27).

Sobre este sistema, Herrarte, citado por Cruz, indica, *"Este sistema es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo acusatio. Tuvo sus orígenes en la época antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, y así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses, en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas y sociales de la época, encontramos el principio de la acusación popular mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo. El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el gran jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica"*.(Cruz Ovando, 2006)(P. 2-3).

A continuación le listan las principales características de este sistema:

1) Instancia Única

Se refiere a que las resoluciones son emitidas por una autoridad que tiene la legitimidad popular. En palabras de Teos, *"las sentencias o fallos se dictan en sentencia única o sea que se trataba de decisiones populares que no admitían recurso alguno como regla general"*. (Teos García, 2007)(P. 3).

2) La acusación

Un juez no puede iniciar un proceso si no existe una acusación previa. Se requiere que el acusador presente una denuncia formal ante el juez respectivo.

3) La igualdad de las partes

Se refiere a que tanto el acusado como el acusador tienen los mismos derechos y obligaciones dentro del proceso. Por ejemplo, tanto el acusador como el acusado tienen derecho a ver todas las pruebas y estar presentes en cada una de las audiencias.

4) Pasividad del juez

Se refiere a que el juez no debe de intervenir en el proceso de investigación ya que carece de las facultades para hacerlo.

5) Decisión fundamentada en equidad

El tribunal emite su sentencia con base a equidad, es decir lo que considera justo y no necesariamente que la resolución esté apegada a Derecho.

6) Oralidad

Esta es una de las características principales de este sistema, en donde las partes comparecen ante el juez y ejercer sus derechos

7) Publicidad

En este sistema la asistencia a las audiencias no se restringe a nadie. Es decir las audiencias son públicas.

8) Contradictorio

Esta característica se refiere a que en la búsqueda de la verdad se da un equilibrio de fuerzas dentro del proceso.

Sistema mixto

Se considera que debido a las desventajas encontradas en ambos sistemas, se ha evolucionado hacia un sistema mixto, es decir que incorpore características de ambos sistemas. Sin embargo, antes de entrar en detalle de este sistema, vale la pena acotar que se considera que es poco probable encontrar un sistema estrictamente puro. Al respecto Zaffaroni, citado por Baquix, indica, “(...) *históricamente es bastante discutible la existencia de un sistema inquisitivo puro (quizás) lo más aproximado fuese el de la República Veneciana, pero en definitiva, un inquisitivo puro se pierde con fundido con una policía secreta tanto como un acusatorio puro (quizá lo más cercano fuese el individualismo penal germano), pero es de toda evidencia que en el mundo contemporáneo es inimaginable. Si desde el punto de vista del acusatorio y del inquisitivo todos los sistemas históricos son mixtos, afirmar que el propio sistema es mixto es decir poco o nada desde el punto de vista de una definición ideológica (...)*”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 28).

Castellanos, citado por Cruz, explica la razón del surgimiento de este sistema, “el sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad. Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual del procesado y el de la sociedad como ofendida, que se considerada facultada para castigar al delincuente. Con esa conciliación, como es natural se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para

garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa”. (Cruz Ovando, 2006)(P. 4).

Respecto a este sistema, Florent Rodríguez y de Mora, citados por Baquix, hacen una referencia de su origen, *“Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos acusatorio e inquisitorio y a modo de una combinación entre ambos ha nacido la forma mixta. El cual tuvo su origen en Francia, donde la Asamblea Constituyente ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la oralidad. En este sentido señala el autor Llobet Rodríguez al respecto que uno de los aspectos fundamentales del proceso mixto es la combinación de aspectos del procedimiento inquisitivo y el acusatorio, de modo que la etapa de instrucción se rige por caracteres predominantemente inquisitivos, siendo limitadamente contradictoria y secreta para terceros, mientras que la etapa de juicio es conforme caracteres principalmente acusatorios, siendo la oralidad, la publicidad y la inmediación, lo mismo que el contradictorio. Esta forma cobró realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales, esta se caracteriza según expone Luis Mora en:*

- a) Separación de la instrucción en dos etapas, la instructora y la de juicio.
- b) Preponderancia de la escritura en la primera etapa y de la oralidad en la segunda.
- c) Valor preparatorio de la instrucción
- d) Separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgado.
- e) Garantía de inviolabilidad de la defensa.
- f) El juez no es un mero espectador de la contienda, pues toma contacto directo con las partes y la prueba y dirige el procedimiento.
- g) Se elimina la doble instancia, posibilitándose la revisión de lo resuelto mediante el recurso de casación”.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 27-28).

A continuación se detallan las principales características del sistema mixto

1) Separación de acciones

Al respecto Teos indica, *“ello implicaba la separación como resultante de un delito de la acción civil y penal, en tal sentido la acción penal le correspondía ejercerla el Ministerio Público quien representa a la sociedad y la acción civil por reclamación de daños y perjuicios pertenece al ámbito del propio ofendido y únicamente puede intentarse mediante la reclamación civil”*. (Teos García, 2007)(P. 12).

2) El valor preparatorio de la instrucción

La parte preparatoria es escrita, secreta y no contradictoria y sienta las bases para la preparación del juicio. En la fase intermedia se decidía sobre si procedía la apertura o juicio.

3) Separación de funciones

En este sistema las tres grandes actividades del proceso penal están separadas: la función de acusación le corresponde al Ministerio Público, la labor de juzgar le corresponde al juez respectivo, mientras que el imputado tiene el derecho a su indefensión con el defensor de oficio.

Cruz por su parte, agrega las siguientes características:

- a) “Es una combinación del sistema inquisitivo que aporta la fase de instrucción y del sistema acusatorio, que aporta la fase del juicio denominada también debate, plenario o decisiva;
- b) Su principal objetivo es equilibrar los intereses del individuo con los intereses de la sociedad;
- c) En la etapa de instrucción predomina la secretividad, la brevedad o sumario, la investigación sin contradictorio. En la fase del juicio por su parte, predomina la oralidad, la publicidad, la inmediación y la economía procesal;
- d) La prueba es de libre valoración por el juzgador, lo que se conoce como sana crítica, o lo que el actual Código Procesal Penal denomina Sana Crítica razonada;
- e) El tribunal no interviene en la instrucción del proceso y puede ser unipersonal (juzgado) o colegiado (tribunal)”. (Cruz Ovando, 2006)(P. 7-8).

1.4. Estructura del proceso penal

Aunque la estructura del proceso penal pueda variar de acuerdo a cada código, en términos generales la mayoría de ellos incluyen las cinco etapas que se van a describir a continuación.

1.4.1. Fase de investigación, preparación o instrucción

El proceso penal inicia con un conflicto en la vida social. Un evento que puede considerarse como una falta o un delito. Este evento tiene que ser denunciado por alguien a la autoridad respectiva. A esto se le denomina la *notitia criminis*.

Hidalgo Murillo, citado por Baquix, define la *notitia criminis*, así: “*Entendemos por notitiacriminis o noticia del crimen o del hecho ilícito el conocimiento que, distinto a la denuncia formal, obtiene la Policía de un hecho cometido en un lugar determinado*”

puede configurar delito y exige, por ende, su investigación, en su caso, la pronta actuación policial". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 138).

Debe aclararse que la denuncia no siempre debe hacerse a la Policía, también puede provenir de otras fuentes,

De acuerdo a Baquix, la noticia criminal permite averiguar aspectos relevantes del delito:

- 1) La escena del crimen.
- 2) El presunto autor
- 3) La presunta víctima
- 4) Los hechos presuntamente delictivos
- 5) Las consecuencias medias del delito. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 137-139).

El acto inicial del proceso penal inicia con la denuncia del caso. También puede iniciar con una querrela o cuando haya conocimiento de oficio por el ente acusador.

Denuncia:

El vocablo denuncia proviene del latín *nuntiare* que significa ***delatar en juicio a una persona***. De acuerdo a Arango, esta interpretación fue evolucionando con el tiempo, de tal manera que ahora se considera que denuncia es anunciar o avisar a un tercero de un evento.

La denuncia es definida por Baquix como "*publicación de conocimiento o ciencia, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito*". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 139).

Baquix también considera que la denuncia es una "*declaración de conocimiento o ciencia, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito*". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 139).

Arango considera que la denuncia es "*el medio por el cual el Estado, sin menoscabo de su poder, hace partícipe al individuo de su soberana facultad de perseguir los delitos, considerándosele como un derecho de la ciudadanía, como una búsqueda de la cooperación del súbdito en el mantenimiento del orden jurídico*". (Arango Escobar, 2006)(P. 255-256).

Arango también agrega la definición de denuncia desde el punto de vista formal e indica que ésta es *“el acto cumplido por el denunciante al órgano público predispuesto para recibirla, por el que dicho órgano público toma conocimiento de la comisión de un hecho delictivo que le permite dar inicio a las investigaciones en busca de la verdad acerca del hecho y descubrir si no los hubiere, a los posibles responsables”*. (Arango Escobar, 2006)(P. 255-256).

Binder, por su lado, también proporciona una definición de denuncia, *“acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales, jueces)”*. (Binder, 2009)(P. 233).

Aunque varía de cada caso en particular, generalmente la denuncia presenta las siguientes características:

- 1) Debe contener un detalle del hecho que se está denunciando.
- 2) El aporte, si es posible, de algunas pruebas relacionadas con el hecho.
- 3) El nombre del denunciante, aunque en algunos códigos se permiten las denuncias anónimas.

Respecto a las denuncias anónimas, Binder indica, *“La delación anónima puede convertirse fácilmente en un instrumentos de persecución política. Creo, pues, que es impropio de un Estado republicano dar curso a estas denuncias, aunque es común que las policías den comienzo a sus investigaciones por medio de denuncias de este tipo, no haciéndolas vales como tales, sino como modos difusos de iniciar investigación de oficio”*. (Binder, 2009)(P. 234-235).

Debe aclararse que generalmente quien denuncia no está obligado a efectuarlo, salvo algunas excepciones. La denuncia es un derecho más no una obligación legal, ya que la obligatoriedad riñe con principios constitucionales. Es así que el denunciante no es un sujeto procesal ni tiene mayores responsabilidades de lo que se derive del proceso. Sin embargo, los códigos tipifican la denuncia falta.

En el caso de Guatemala, el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República CP), establece en su artículo 453, norma la falsa denuncia: *“Quien imputare falsamente a alguna persona hechos que, si fueran ciertos, constituirían delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciera ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo debiera proceder a la correspondiente averiguación, será sancionado con prisión de uno a seis años”*. Debe hacerse la aclaración que no debe hacer acusación contra el denunciante sino hasta que se haya dictado sentencia en firme sobre el caso denunciado, tal como se establece en el segundo párrafo del mismo artículo.

Respecto a la no obligatoriedad de denunciar, una de las excepciones, en el caso de Guatemala, se regula en el Código Penal, que establece en el artículo 457 el delito de omisión de denuncia: *“El funcionario o empleado público que, por razón de su cargo, tuviere conocimiento de la comisión de un hecho calificado como delito de acción pública y, a sabiendas, omitiere o retardare hacer la correspondiente denuncia a la autoridad judicial competente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.*

En igual sanción incurrirá el particular que, estando legalmente obligado, dejare de denunciar”.

En el artículo 298 del Código Procesal Penal guatemalteco (CPP) se establece la obligatoriedad de la denuncia bajo ciertas circunstancias: **“Denuncia obligatoria:** *Deben denunciar el conocimiento que tienen sobre un delito de acción pública, con excepción de los que requieren instancia, denuncia o autorización para su persecución, y sin demora alguna:*

- 1) *Los funcionarios y empleados públicos que conozcan el hecho en ejercicio de sus funciones, salvo el caso de que pese sobre ellos el deber de guardar secreto.*
- 2) *Quienes ejerzan el arte de curar y conozcan el hecho en ejercicio de su profesión u oficio, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad corporal de las personas, con la excepción especificada en el inciso anterior; y*
- 3) *Quienes por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tuvieren a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio, o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control, siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.*

En todos estos casos la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesgare la persecución penal propia, del cónyuge, o de ascendientes, descendientes o hermanos o del conviviente de hecho”.

Querrela:

En algunos casos la denuncia del delito es hecho por la propia víctima quien incluso desea ser parte del proceso en cuyo caso ya no es una denuncia como tal sino una querrela. De acuerdo a Baquix, la querrela es *“un acto de ejercicio de la acción*

penal que permite al interponente adquirir la condición de sujeto procesal". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(P. 148).

Binder se refiere a la querella así *"no es más que una denuncia, a la que se suma una instancia o solicitud de constitución como sujeto procesal. Por tal razón, se suele ser más estricto en los requisitos de admisibilidad de una querella, en especial en la demostración de todas las circunstancias que legitiman a la persona para solicitar su participación como querellante"*. (Binder, 2009)(P. 235).

Por su parte, Arango define la querella así: *"es el acto procesal penal por medio del cual mediante un documento escrito con asesoría de abogado o de palabra se hace del conocimiento del órgano jurisdiccional competente la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito suministrando todos los datos que orienten la pesquisa indicando la condición de ofendido y acusador y acreditando con los atestados notariales del caso, la calidad con que actúa"*. (Arango Escobar, 2006)(P. 264).

De acuerdo a Arango, la querella se presenta en dos formas:

- 1) Objetiva: *"sirve para poner en marcha el mecanismo procesal, tanto en los delitos de acción penal pública como en los perseguibles a instancias de parte"*. (Arango Escobar, 2006)(p. 263).
- 2) Subjetiva: *"por constituir un medio procesal penal a disposición de todo sujeto de derecho ya sea nacional o extranjero"*. (Arango Escobar, 2006)(p. 63).

Prevención policial:

La tercera forma de iniciar un proceso penal es mediante la prevención policial. Baquix la define como *"la notificación inmediata que deben hacer las distintas fuerzas de policía al Ministerio Público, en el momento en que tengan noticia de la comisión de un hecho punible, perseguible de oficio"*.

La prevención policial es el hecho de que la Policía ha tenido información de un posible hecho punible y efectúa las primeras investigaciones del caso.

Luego del acto inicial (denuncia, querella o prevención policial), se inicia un período preparatorio que se refiere a que el ente responsable debe de analizar la procedencia de iniciar juicio a una persona por determinados hechos delictivos. Específicamente se refiere a la preparación de la acusación.

Durante esta etapa preparatoria se realizan cuatro tipos de actividades:

- 1) Actividades puras de investigación
- 2) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento
- 3) Anticipos de prueba
- 4) Decisiones o autorizaciones relacionadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales. (Binder, 2009)(p. 236).

Baquiáx define los actos de investigación como “*Todas las actuaciones encaminadas a...averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes*”. (Baquiáx, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 153).

En esta etapa se pretende encontrar los medios de prueba para comprobar la culpabilidad del caso. El propósito de esta etapa es establecer si procede la acusación o en caso contrario plantear el sobreseimiento. En esta etapa también, el juzgador, con base en el informe presentado por el Ministerio Público, puede fallar por falta de mérito, clausura provisional o un re direccionamiento en la investigación.

En el caso de Guatemala, al final de esta etapa el Ministerio Público puede plantear las siguientes opciones sobre el caso:

- 1) Sobreseimiento
- 2) Acusación
- 3) Clausura provisional
- 4) Procedimiento abreviado
- 5) Algunas medidas desjudicializadoras. (Baquiáx, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 171).

Además de las actividades puras de investigación, en esta etapa también se pueden tomar otras decisiones derivadas de las acciones tomadas por los sujetos procesales. Por ejemplo, se puede plantear falta de acción, decisiones sobre medidas sustitutivas a la prisión preventiva, cualquier otro incidente que influya en el proceso.

En esta etapa se pueden presentar anticipos de prueba, que son las pruebas que no pueden esperar hasta la etapa del juicio para ser presentadas.

1.4.2. Etapa intermedia o de análisis de la investigación

En la fase previa se hizo una recopilación de la información necesaria para imputar a una persona en un juicio. En la etapa intermedia se procede a validar la información y determinar si procede ir a juicio.

Baquiáx indica que la etapa intermedia tiene como objeto “*evaluar si existe fundamento para someter a una persona a juicio oral y público. Se trata de una garantía para el*

procesado, y se basa en la valoración que el juez contralor haga de los elementos de investigación de cargo o descargo que la fiscalía haya obtenido en la etapa preparatoria. El juzgador en esta fase puede admitir la acusación y apertura del juicio, o bien, puede clausurar, archivar o sobreseer el proceso, inclusive aplicar un criterio de oportunidad o la suspensión condicional de la persecución penal". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 189-190).

El propósito de esta etapa es que *"el juez evalúe si existe o no fundamento para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo (acusación) o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes del Ministerio Público en relación con la conclusión anormal del proceso"* (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 185). En esencia, en esta etapa se debe determinar si procede la acusación o el sobreseimiento (no obstante ya se ha indicado anteriormente algunas otras opciones que se puedan dar en esta parte del proceso).

Como ya se ha indicado, en esta etapa debe evaluarse el pedido del ente acusador. En este sentido se habla de un control formal y un control sustancial del requerimiento. El aspecto formal se refiere a que el requerimiento debe cumplir con las formalidades que permita la precisión de la decisión judicial. Por ejemplo, se debe identificar correctamente al imputado; aunque se piense que es un formalismo, una identificación incorrecta puede llevar a la condena de la persona equivocada); se debe describir el delito o delitos por los cuales se está haciendo la petición.

Binder sintetiza desde el punto de vista formal, el propósito de la etapa intermedia así, *"constituye el conjunto de actos procesales cuyo objetivo consiste en la corrección o saneamiento formal de los requerimientos o actos conclusivos de la investigación"*. (Binder, 2009)(p. 247).

El control sustancial del requerimiento del ente acusador se refiere a que en esta etapa debe analizarse a profundidad la información presentada por el ente acusador y que valida su petición ya sea de acusación o de sobreseimiento. Binder plantea el siguiente ejemplo: *"si se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada; esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contienen una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio"*. (Binder, 2009) (p. 347).

En otras palabras en esta fase intermedia se realiza una discusión sobre los actos conclusivos de la investigación.

Cuando ambas partes, acusados y acusadores, coinciden en los resultados de la investigación, puede obviarse ir a la siguiente etapa, la del juicio oral. En ese caso, la etapa intermedia se convierte en una etapa optativa. Caso contrario, la etapa intermedia se convierte en una etapa necesaria. Si el juzgador determina que es admisible la acusación se decide el auto de apertura a juicio.

Binder detalla los siguientes elementos que resaltan la importancia de la apertura de juicio: *“Él debe determinar el contenido preciso del juicio, delimitando cuál será su objeto. Por tal razón, el auto de apertura también debe describir con precisión cuál será el ‘hecho justiciable’. Esta determinación no se exige sólo por una razón de precisión o prolijidad, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del juicio sólo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio. La delimitación del hecho que será objeto del juicio cumple una función garantizadora, porque evita acusaciones sorpresivas y permite una adecuada defensa”* (Binder, 2009)(p. 250).

De acuerdo a Binder entre la decisión judicial y la acusación pueden existir diferentes relaciones, éstas dependerán de la intensidad del sistema acusatorio subyacente en el código penal. Estas relaciones se ilustran en el cuadro uno:

Cuadro 1
Relaciones entre la decisión judicial y la acusación

Intensidad del sistema acusatorio	Características
Extremo	La acusación obligará a la apertura a juicio y la decisión judicial se limitará al control formal que asegure el desarrollo normal del juicio.
Mitigado	El juez podrá admitir o desechar la acusación cuando ésta no tenga suficiente fundamento.
Restringido	El juez podrá, incluso, obligar al fiscal a presentar una acusación cuando considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada y el fiscal no lo hubiera hecho
Amplio	El juez podrá decidir si la víctima acusará en lugar del fiscal, o admitirá la acusación de la víctima aun cuando el fiscal no hubiere acusado.

Fuente: Elaboración propia con base en Binder (2009), p. 251.

En el cuadro dos se incluyen las actitudes que pueden asumir los sujetos procesales en la audiencia para determinar si se abre a juicio o se resuelve el sobreseimiento:

Cuadro 2
Actitud de los sujetos procesales

Acusado	Querellante
<p>1. Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;</p> <p>2. Plantear las excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil previstas en este Código;</p> <p>3. Formular objeciones u obstáculos contra el requerimiento del Ministerio Público, instando, incluso, por esas razones, el sobreseimiento o la clausura.</p> <p>4. Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para rechazar el requerimiento de apertura del juicio conduzcan directamente al sobreseimiento.</p>	<p>1. Adherirse a la acusación del Ministerio Público, exponiendo sus propios fundamentos o manifestar que no acusará;</p> <p>2. Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación requiriendo su corrección;</p> <p>3. Objetar la acusación porque omite algún imputado o algún hecho o circunstancia de interés para la decisión penal, requiriendo su ampliación o corrección.</p> <p>4. Objetar el pedido de sobreseimiento o clausura.</p> <p>5. Requerir que el juez practique los medios de investigación omitidos, manifiestamente pertinentes y propuestos que sean decisivos para provocar la apertura del juicio.</p>

Fuente: (Baquiaux, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012), p. 186.

1.4.3. El juicio o debate

Debe destacarse en primer lugar que el juicio o debate es la etapa más importante del proceso penal debido a que en ella se determina la sentencia. En palabras de Binder, es en el juicio penal donde “se *resuelve o redefine, de un modo definitivo, aunque revisable el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal*”. (Binder, 2009)(p. 255).

La primera etapa en el juicio es la preparación del mismo. Es indispensable que en estas audiencias coincidan en tiempo y espacio cada uno de los sujetos procesales ya que su presencia es indelegable. En esta etapa deben de prepararse todos los asuntos relacionados con el funcionamiento del debate. Se debe en primer lugar, conformar la integración del tribunal. Al respecto, Binder indica: “Según la concreta organización judicial es de un tipo rígido, los jueces estarán determinados por la asignación del caso a un tribunal o a una cámara Pero, si la organización judicial sigue un modelo más dinámico, la actividad de integración será más importante a que sólo en ese momento se conocerá el nombre concreto de los jueces del caso”. (Binder, 2009)(p. 257).

La segunda etapa es la de ofrecimiento de pruebas y es *“el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis”*. (Binder, 2009)(p. 258).

En esta etapa el juzgador recibe los medios de prueba de cada una de las partes y determina cuáles son atinentes a ser presentadas en las audiencias de debate.

En el caso de Guatemala, esta etapa forma parte de la etapa intermedia y está normada en el Código Procesal Penal en su artículo 343 establece el procedimiento de esta etapa:

Artículo 343.- Ofrecimiento de prueba.

“Al tercer día de declarar la apertura a juicio, se llevará a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba ante el juez de primera instancia que controla la investigación. Para el efecto, se le concederá la palabra a la parte acusadora para que proponga sus medios de prueba, individualizando cada uno, con indicación del nombre del testigo o perito y documento de identidad, y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate. En caso de otros medios de prueba, se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar.

Ofrecida la prueba, se le concederá la palabra a la defensa y demás sujetos procesales para que se manifiesten al respecto.

De igual forma se procederá para el ofrecimiento de prueba de los otros sujetos procesales. El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal”.

La siguiente etapa es propiamente la de audiencias de debate para discutir la hipótesis de acusación. Estas audiencias inician con la verificación de la presencia de los sujetos procesales y normalmente las fases dentro del debate son:

- 1) Apertura y constitución del objeto del debate: Se refiere a *“la constatación de las mínimas condiciones de validez del debate y en la fijación con precisión del objeto”*. (Binder, 2009)(p. 261).
- 2) Producción de la prueba: En esta etapa se presenta la información que verificará la comprobación de la hipótesis. Asimismo, se presentará la información que la defensa considere que pueda invalidar esta hipótesis acusatoria. Estos medios de prueba se presentan de diversas formas: testigos, peritos, documentos, cosas secuestradas, visitas oculares, etc.

- 3) Discusión sobre la prueba o alegatos: Luego de haber recibido los medios de prueba se procede a discutir sobre las mismas. *“Esta es la fase más estrictamente ligada a la idea de debate o discusión. Aquí los sujetos procesales deberán presentar al tribunal la solución del caso que cada uno propone, mediante el análisis de la prueba producida y el análisis de las normas aplicables al caso”*. Esta es una fase de discusión y cada uno de los sujetos procesales puede participar no teniendo límite para hacerlo aunque el tribunal debe dirigir el debate en un ambiente de orden.

- 4) Clausura del debate: El debate finaliza luego que se ha deliberado sobre las pruebas y el tribunal emite sentencia. Esta sentencia puede ser absolutoria o condenatoria. Respecto a la motivación de la sentencia, Baquix indica, *“La motivación es la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica. Se trata de la exposición del razonamiento judicial”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 167).

1.4.4. Impugnación

De acuerdo a Baquix, *“la teoría general de los medios de impugnación se entiende tanto en relación a los recursos propiamente, como en referencia a cualquier medio de atacar jurídicamente una resolución o acto judicial”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 209).

En tal sentido, el medio de impugnación es el recurso que se utiliza para buscar la eliminación o un nuevo examen de lo resuelto y obtener un pronunciamiento favorable ya que se considera que la resolución objeto de impugnación es ilegal o injusta.

López Rodríguez, considera que el recurso es *“una crítica lógica del acto procesal, esto es, la comparación del ser (confrontando el acto procesal concreto), con el deber ser (lo que según el recurrente, debió hacerse)”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 209).

Un sistema procesal garantista permite que la sentencia dictada en el debate pueda ser objeto de control o revisión. Estos mecanismos de impugnación se basan en cuatro ideas básicas:

- 1) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia.
- 2) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional.
- 3) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.
- 4) Al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el Derecho. (Binder, 2009)(p. 285-286).

De acuerdo a Binder, los medios de impugnación se pueden analizar desde dos perspectivas:

- 1) Como derecho de impugnación para la obtención de seguridad jurídica y como medio para evitar los errores judiciales en un determinado caso.
- 2) La necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo.

A continuación se describen los recursos más importantes:

- 1) Recurso de Reposición: Tiene como propósito subsanar en la misma instancia donde fue causado y por el mismo órgano, alguna violación producida derivado de la resolución judicial. Este recurso es recomendable para corregir errores en resoluciones dictadas sin audiencia previa.
- 2) Recurso de Apelación: El vocablo apelación proviene del latín “*apellatio*” que etimológicamente significa: llamamiento, reclamación o alzada. Este es un recurso ordinario de carácter devolucivo, “*en el cual se trae la cuestión objeto de la resolución impugnada al pleno conocimiento de un tribunal superior, que tiene facultad para reformar la sentencia, invocando las mismas pretensiones aducidas en el primer juicio*”. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p.221).

El recurso puede apelar parcial o en forma total la resolución impugnada y produce efectos suspensivos en la resolución recurrida, de tal manera que la resolución no está en firme y por lo tanto no puede ser ejecutada.

Respecto a la evolución histórica de este recurso, Binder indica, “...estuvo ligado a sistemas procesales en los que no se respetaba totalmente el principio de inmediación. Se trataba, fundamentalmente, de procesos por registros o escritos, en los que el tribunal de segunda instancia se limitaba a leer esos registros y, sobre la base de esa lectura, dictar un nuevo fallo integral, es decir, realizando una nueva valoración de prueba”. (Binder, 2009)(p. 289).

En el caso de Guatemala, el CPP establece en su artículo 404, que son apelables los autos dictados por los jueces de primera instancia que resuelvan:

1. Los conflictos de competencia.
2. Los impedimentos, excusas y recusaciones.
3. Los que no admitan, denieguen o declaren abandonada la intervención del querellante adhesivo o del actor civil.
4. Los que no admitan o denieguen la intervención del tercero demandado.

5. Los que autoricen la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.
 6. Los que denieguen la práctica de la prueba anticipada.
 7. Los que declaren la suspensión condicional de la persecución penal.
 8. Los que declaren el sobreseimiento o clausura del proceso.
 9. Los que declaren la prisión o imposición de medidas sustitutivas y sus modificaciones.
 10. Los que denieguen o restrinjan la libertad.
 11. Los que fijen término al procedimiento preparatorio; y
 12. Los que resuelvan excepciones u obstáculos a la persecución penal y civil.
 13. Los autos en los cuales se declare la falta de mérito. (Congreso de la República de Guatemala, CPP, 1992).
- 3) Apelación Especial: En el sistema procesal guatemalteco se contempla una apelación especial y que de acuerdo al artículo 415 del CPP se podrá interponer contra la sentencia del tribunal de sentencia o contra la resolución de ese tribunal y el de ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad y corrección, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

La naturaleza jurídica de este recurso está basada en tres teorías:

- a) Teoría de la modalidad casatoria, que considera esta apelación como una forma o variedad del recurso de casación, debido a que reexamina la resolución recurrida pero no constituye una segunda instancia porque no se llega a realizar una apreciación material de los hechos;
 - b) Teoría del medio de gravamen, que considera que el gravamen es un límite a la actividad impugnativa de las partes, para que tenga viabilidad el recurso que lo remediará:
 - c) Teoría del curso ordinario, ya que está contemplada en el código procesal penal. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 223-224).
- 4) Queja: La queja está regulada en el artículo 412 del CPP e indica que procede cuando el juez correspondiente haya negado el recurso de apelación, procediendo éste, el que se considere agraviado puede recurrir en queja ante el tribunal de apelación dentro de tres días de notificada la denegatoria, pidiendo que se le otorgue el recurso.
- 5) Recurso de casación: La casación es una institución procesal que otorga seguridad jurídica al sistema legal, debido a que permite la unificación en la interpretación del ordenamiento jurídico y elimina las unidades procesales.

(Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014). Sin embargo, para el autor, cuando se especifica al ámbito penal, este objetivo es contingente puesto que *“la casación es un recurso que tutela los derechos de las concretas partes en el proceso penal”*. Pero *“por economía procesal, la doctrina casacional debe respetarse por los tribunales de instancia, puesto que lo contrario quedarían virtualmente sujetos a anulación”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 236).

Los propósitos de la casación son: la defensa del reo, formación de jurisprudencia, defensa del orden jurídico, reparar los agravios de la sentencia. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 236).

Para Binder, *“El recurso de casación estuvo ligado históricamente a sistemas en los que la inmediación sobre todo en la valoración de la prueba era más estricta, como sucede en los sistemas con juicio oral, y por lo tanto, el segundo tribunal revisor no tenía posibilidad de revisar esa valoración de la prueba si no era observándola directamente de nuevo; en ese caso, dejaba de ser un tribunal revisor para convertirse en un nuevo tribunal de primera instancia”*. (Binder, 2009)(p. 291).

El recurso de casación no se admite en los siguientes casos:

- a) Contra resoluciones que declaran desierto o inadmisibles el recurso de apelación especial, puesto que no fue conocido el fondo del motivo del recurso interpuesto.
- b) Cuando se revocó por la Sala de apelaciones el sobreseimiento y ordenando continuar el proceso:
- c) Cuando se confirmó en apelación la denegación del procedimiento abreviado. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 238).

1.4.5. Sentencia

Cuando la resolución dictada en el juicio o debate es de sentencia condenatoria se requiere la ejecución de la pena.

La sentencia o ejecución de la pena es la etapa final del proceso penal. Mapelli Caffarena, citado por Baquix, define la pena como *“una institución de derecho público que limita un derecho a una persona física e imputable como consecuencia de una*

infracción criminal, impuesta en una sentencia firme por un órgano jurisdiccional". (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 279).

Las principales sentencias condenatorias son la pena de prisión, pena pecuniaria y el reintegro de costas procesales. Por su relevancia a continuación el análisis se concentrará en la pena de prisión.

Cuando el caso pasa a ejecución el caso es trasladado a un juez de ejecución. Al respecto Baquix hace la diferencia sobre el Derecho Penitenciario y el Derecho Ejecutivo Penal. El Derecho Penitenciario *"es un conjunto de normas jurídicas por medio del cual se regula la ejecución administrativa de las penas privativas de libertad"*. En tanto que el Derecho Ejecutivo Penal *"regula la ejecución judicial de las penas, en sus aspectos control de duración y concesión de beneficios penitenciarios, tales como la reducción de condena y las salidas o permisos al exterior"*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 279).

No obstante la aclaración sobre el ámbito del Derecho Penitenciario y el Derecho Ejecutivo Penal, Binder crítica el sistema procesal donde el juez resuelve la sentencia y el sistema penitenciario se encarga de ejecutar la sentencia. En este caso los jueces no tienen control o si la ley los faculta, no la ejercen.

Al respecto, el autor señala, *"las consecuencias de esa indiferencia...son muy graves. En primer lugar ello ha ocasionado en gran medida, que los condenados a prisión pases a ser objetos olvidados en un depósito totalmente insalubre, que carezcan totalmente de derechos y sean considerandos intrínsecamente enemigos: enemigos de la sociedad, enemigos de los guardia cárceles, enemigos de los jueces, enemigos entre ellos mismos..."* (Binder, 2009)(p. 296).

El segundo aspecto que el autor critica de la indiferencia judicial es que *"la actividad misma de los jueces, al alejarlos de las consecuencias de sus propias decisiones"* de tal manera que los jueces no puede hacer una autocrítica sino que consideran que cumplen *"una misión sagrada y tienen, en general, una visión aséptica de la administración de justicia"*. De tal manera, concluye el autor, que *"los jueces no tienen nada que ver con la brutalidad policial, con el estado lamentable de las cárceles..."*

Generalmente la pena de prisión está tutelada por preceptos constitucionales que buscan generalmente la reinserción social y de educación del interno, pero fundamentalmente preservar su vida. Al respecto Baquix, considera que para el cumplimiento de estos objetivos se requieren las siguientes condiciones:

- a) *"El desarrollo de la personalidad a través del trabajo o el estudio.*

- b) *La socialización con los compañeros de internamiento y posteriormente con el entorno familiar, social y laboral en la etapa de libertad condicional postpenitenciaria.*
- c) *La adquisición de conciencia respecto a la conducta antisocial delictiva sancionada de respeto a la sociedad y al ordenamiento jurídico”. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 280).*

1.5. Sujetos procesales

Sujeto procesal es *“toda parte procesal que tienen derecho a la tutela judicial efectiva penal de sus legítimas pretensiones”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 123).

Por su propia naturaleza, los sujetos procesales se clasifican en tres tipos: a) acusadores, b) acusado y defensores y c) el juez.

- a) Acusadores: En un sistema acusatorio, le corresponde al Ministerio Público la función de ejercer la acción penal. Al respecto, Baquix indica, *“si bien el proceso penal es contradictorio, existe un ente acusador y otro acusado, esta premisa debe relativizarse, en el sentido de que el Ministerio Público debe actuar con objetividad, imparcialidad y procurando encontrar durante la etapa preparatoria los medios de prueba de descargo y de cargo, que las circunstancias de hecho ameriten”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 123).

La figura del fiscal como ante acusador deviene de una característica propia del sistema acusatorio. Es el resultado de la evolución del sistema acusatorio de tal manera que el fiscal juega un papel mucho más preponderante inclusive sustituye a la víctima como acusador. Es decir, el Estado es quien ejerce la acusación. De acuerdo a Binder esta posición ha llevado a reflexionar sobre el alcance del fiscal y que el autor lo denomina “el problema de la ubicación funcional del Ministerio Público”. Al respecto, se plantean tres soluciones:

- i) quienes afirman que esta actividad es similar a la jurisdiccional. También están quienes indican que es una actividad eminentemente distinta de la jurisdiccional pero que, en última instancia, influye enormemente en la administración de justicia. En estas dos corrientes el Ministerio Público debe formar parte del Organismo Judicial.

- ii) La segunda posición plantea que el Ministerio Público es quien canaliza la política criminal de un Estado y que, por lo tanto, debe permanecer en el ámbito del Organismo Ejecutivo, responsable de la ejecución de la política criminal.
- iii) La tercera posición plantea que el Ministerio Público no debe formar parte del Poder Judicial pero tampoco estar ligado al poder del Ejecutivo. Se plantea entonces una entidad autónoma. Este es el caso del Ministerio Público en Guatemala.

El querellante es estrictamente un ente acusador. Es “la persona física o jurídica que considerándose agraviada por los hechos, es admitida como sujeto procesal, solicitando la aplicación de una penal al que se le despoja del status de inocencia”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 127).

En el caso guatemalteco el querellante adhesivo (en la etapa preparatoria) tiene los siguientes derechos:

- Provocar la acción penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público.
- Impugnar la desestimación administrativa de la querella.
- Denunciar donde corresponda el incumplimiento o demora injustificada en la investigación fiscal.
- Colaborar y coadyuvar con el fiscal en la investigación de los hechos.
- Solicitar la práctica y recepción de pruebas anticipadas y de medios de investigación a la fiscalía, inclusive las que se encuentren en su poder.
- Concurrir, alegar lo pertinente y firmar las diligencias de investigación en las que concurra, constando dicha circunstancia en el acta de actuaciones.
- Posicionarse en torno a la aplicación o revisión de una medida de coerción en contra del sindicado o de su patrimonio, para garantizar las resultas del juicio.
- Posicionarse en torno a la aplicación de un criterio de oportunidad o medida desjudicializadora.
- Plantear cuestiones e incidentes. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 128).

b) Acusado y defensores: El imputado o acusado es “aquella persona contra quien se dirige la pretensión penal. De acuerdo a Baquix la condición de

imputado se adquiere desde el momento en que la autoridad fiscal o judicial le comunica a una persona que está siendo investigada por acciones u omisiones calificadas por la ley como delito o falta y que se presume su participación. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 130).

Es importante destacar que en un sistema procesal acusatorio, el acusado es un sujeto del proceso y no objeto. Eso hace que posea las garantías procesales y que su propia declaración sea un medio de prueba y no simple información.

También forma parte de la defensa, el abogado defensor quien puede intervenir en el proceso sin limitación.

- c) Juez: Debe aclararse que el juez cuando actúa no lo hace a título personal sino que tienen la delegación del poder en nombre del Estado, es lo que se denomina el “poder jurisdiccional”. Indica Binder, *“se discute también si lo jurisdiccional, además de ser un poder, es un deber; o si es un ‘poder-deber. Porque, si bien el juez tienen poder para resolver el caso,... encarna un poder que, en realidad, es atributo del Estado, ni es de ejercicio optativo _ no depende de su decisión juzgar o dejar de juzgar el caso”*. (Binder, 2009)(p. 316).

El propósito del juez es resolver sobre el conflicto. En este caso y tao como indica Binder, no se trata de cualquier solución sino de aquellas que están previstas en el marco jurídico.

Otro aspecto importante en relación al juez es el “monopolio de la jurisdicción”. Es decir, que la facultad de impartir justicia le pertenece exclusivamente a los jueces debidamente legitimados dentro del Poder Judicial.

Otra característica fundamental del juez es su imparcialidad. La imparcialidad significa que *“el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa para el litigio tal como la ley lo prevé”* (Binder, 2009)(p. 320).

2. EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

2.1. Antecedentes

No obstante que las bases del Derecho Procesal Penal guatemalteco se originan del Derecho Procesal español, existen indicios que en las sociedades indígenas precolombinas, específicamente en la civilización Maya-Quiché, se aplicaban normas que identifican al sistema acusatorio. Por ejemplo, indica Arango que *“los jueces ejercían su ministerio en lugares denominados de sentencia”*. También en nahuatl la expresión *“tecpan”* significa *“casa del juzgado”*. (Arango Escobar, 2006)(p. 45).

Agrega Arango que *“el juicio era oral sin período o fase de instrucción porque los interesados llegaban a la casa del juzgado con un pleito en el que se aplicaban los principios de celeridad procesal, concentración, inmediación, moralidad y pronta justicia porque los asuntos eran despachados en una misma mañana y cuando los casos eran graves se resolvían en un tiempo que no pasaba de ochenta días”*. (Arango Escobar, 2006)(p. 46)

“Las normas legales se transmitían oralmente, de generación en generación, la máxima autoridad judicial era el AH POP Quiché, quien conocía en última instancia en apelación y se expresaban por medio de pinturas”.(p. 46).

Con la conquista de Guatemala por parte de España, se implementa un sistema procesal penal inquisitivo, específicamente el sistema de persecución penal de Castilla y luego de España. *“El consejo de Indias era después del Rey, la máxima entidad judicial. Se integraba por un presidente y cien magistrados y un fiscal. Ejercían jurisdicción suprema en todos los territorios de América, Legislativo, ejecutivo y judicial. En lo judicial tenía, facultad privativa en los juicios de residencias y visitas; conocía como tribunal de última instancia en las causas más graves es decir, en la segunda suplicación interpuesta contra la sentencia de revista de la audiencia”*. (Arango Escobar, 2006)(p. 47).

Ya en la época independiente el Derecho Procesal continúa principalmente con el sistema procesal anterior aunque se empiezan a hacer modificaciones. Arango identifica tres etapas en la época independiente:

- 1) Primer Período: Se inicia en los años 1831 a 1838 bajo la presidencia de Mariano Gálvez. Durante esta época se emitieron las siguientes leyes:
 - Decreto de la Asamblea el Código de Reforma y disciplina de prisiones.
 - Se decreta el Código Penal: 682 artículos, 2 libros divididos en capítulos y secciones.
 - Se decreta la Ley Orgánica de la Administración de Justicia.

➤ El Código de Pruebas judiciales.

2) Segundo Período: Este período comprende el Gobierno de Justo Rufino Barrios. En esa época se aprobaron los primeros códigos. Se implementó el Código Civil y Procedimientos civiles. El Código Penal y Procedimientos criminales y sus reformas fueron promulgadas en 1879. También se emitieron las siguientes leyes:

➤ Reforma sobre prisión arbitraria.

➤ Organización de los juzgados del ramo criminal

➤ Reformas al Código de procedimientos en materia penal.

3) Tercer Período: Comprende el período presidencial de José María Reyna Barrios (1892-1898). En este último año se implementó el Código de Procedimientos Penales. (Arango Escobar, 2006)(p. 54-57).

Según Baquix, este código es el primer antecedente de estamento procesal penal que fue aplicado en Guatemala. Este código estuvo vigente hasta 1973. Indica el autor que este código era un “proyecto calcado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882”. Al respecto Baquix indica que *“el proyecto guatemalteco optó por un procedimiento escrito, por lo que sólo tomó partes de esa Ley de Enjuiciamiento Criminal especialmente lo relativo a la instrucción. No obstante, se considera que el sistema procesal es de tipo mixto con tendencia inquisitiva, pues la etapa de instrucción y el juicio propiamente dicho fueron escritos, reduciendo el plenario a una ímera formalidad desprovista de contenido”. En el juicio plenario se discutiría la inocencia o culpabilidad del procesado y se pronunciaba la sentencia correspondiente. El expediente del sumario, se trasladaba al fiscal y la parte acusadora, por tres días, para que formalizaran la acusación, al igual que al defensor. En el caso de no haber acusador, el traslado era por seis días al defensor, e inmediatamente se dictaba sentencia. La defensa podía interponer un ‘artículo de previo pronunciamiento’, para los casos de incompetencia, antejuicio, cosa juzgada, amnistía o prescripción del delito. En estos casos, se dictaba sobreseimiento”*(Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014).(p. 17).

En resumen, en Guatemala desde que fue constituida como república, ha tenido hasta la fecha, cinco códigos penales, el primero promulgado en 1837, el segundo en 1877, el tercero en 1889, el cuarto en 1936 y el último promulgado en 1973 pero con vigencia a partir de 1974.

Sin embargo no es sino hasta con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República que se establecen las bases para la instauración de un sistema acusatorio.

De tal manera que el Derecho Procesal Penal guatemalteco está regido en primer lugar por el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República y por el Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República aunque ambos han sufrido cambios con el transcurrir del tiempo.

En efecto, en 1973 se promulgó un nuevo Código Penal mediante el Decreto 52-73 que aunque impulsó algunas modificaciones humanistas seguía siendo un sistema inquisitivo. Este código era compuesto por dos piezas en el sumario. Una que se refería a la investigación y la otra meramente administrativa. Herrarte, citado por Baquix, indica que este código mantenía los *“mismos defectos” del anterior: “ausencia de contradictorio, sobre-escrituración y lentitud en la tramitación, concentración en el mismo juez de todas las fases del proceso, prueba tasada en gran parte, ausencia de inmediación”*.(Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014)(p. 18).

Luego de la finalización del conflicto armado interno se implementó en Guatemala un nuevo Código Procesal Penal, mediante el Decreto 51-92 del Congreso de la República. Este código tiene como relevancia que establece las bases para la implementación de un sistema procesal penal acusatorio.

Para Baquix el Derecho Procesal Penal ha tenido durante los últimos años una evolución importante derivada principalmente de cuatro factores:

- 1) El proceso de reforma judicial latinoamericano, que busca la modernización del sistema de administración de justicia en un ambiente global de la reforma del Estado.
- 2) La modificación en el sistema procesal penal, transitando desde 1992 de un modelo inquisitivo a uno de corte acusatorio, lo que se evidenció con la responsabilidad de la acusación e investigación del Ministerio Público, y la limitación de las facultades probatorias de los órganos jurisdiccionales;
- 3) Los cambios legislativos. El CPP ha tenido importantes reformas para ir acomodando la estructura del procedimiento al sistema acusatorio y al modelo de gestión penal por audiencias.
- 4) Los cambios en la política criminal del Estado. La existencia de un Acuerdo Nacional por la Seguridad y la Justicia, la formulación de un Plan Estratégico para el Organismo Judicial, los acuerdos de la comunidad internacional en

materia de lucha contra el crimen organizado, temas como el femicidio, la extinción de dominio, los procesos de mayor riesgo, la extradición activa y pasiva, hasta los mecanismos de cooperación judicial más tradicionales, en materia probatoria, evidencia lo recurrente del tema del ejercicio y dimensiones del *ius puniendi* del Estado y su vinculación con la política criminal. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 13).

2.2. Principios

2.2.1. Principios Constitucionales

2.2.1.1. La Tutela judicial efectiva

El Derecho procesal penal como parte del entramado jurídico de una sociedad está inmerso dentro del ámbito de las normas constitucionales y tal como indica Lorca Navarrete, *“la interpretación y aplicación de las normas procesales tienen trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquélla que sea más conforme con el principio pro actione y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela, de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad principio de proporcionalidad entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamentan a la tutela resulta vulnerado”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p.47).

Este principio, indica Baquix, está fundamentado en la teoría de los derechos públicos subjetivos y para ello cita a Jellinek, quien señala que *“la nota distintiva del Estado moderno en el reconocimiento del individuo como persona y como sujeto de derecho, apto para reclamar con eficacia la tutela jurídica del Estado. El simple hecho del individuo de pertenecer al Estado se muestra relevante desde el punto de vista jurídico en las relaciones mantenidas entre los dos. En esa perspectiva, las pretensiones jurídicas que resultan de tales condiciones son los que se designa por derechos subjetivos públicos. Estos consisten, así, en ‘pretensiones jurídicas frente al Estado, resultantes directamente de situaciones o condiciones jurídicas”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p.48).

Concluye Baquix con la última fase evolutiva de esta teoría, *“(…) los derechos fundamentales como normas objetivas supremas de la ordenación jurídica vuelve a revestir fundamental importancia práctica y no solo teórica para las tareas del Estado. Por eso, cualquier poder del Estado tienen una obligación (negativa) de abstenerse de injerir en el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva para la realización de esos*

derechos, incluso cuando no se refieran a una pretensión subjetiva de los ciudadanos”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 48-49).

Según el autor, esta corriente doctrinaria ya está incorporada en el proceso penal guatemalteco con la modificación hecha en 2011 que modificó el artículo 5 del CPP y que incorporó dos principios fundamentales:

- La propia tutela judicial efectiva como un derecho de los sujetos procesales (la víctima o el agraviado y el imputado).
- El debido proceso.

El artículo 5 del CPP indica, “*El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. La víctima o el agraviado y el imputado, como sujetos procesales, tienen **derecho a la tutela judicial efectiva**. El procedimiento, por aplicación del **principio del debido proceso**, debe responder a las legítimas pretensiones de ambos.*”²

2.2.1.2. El debido proceso penal

Baquix hace una reseña historia del origen de este principio e indica que el origen de este concepto surge con la Carta Magna de 1215. En el caso de Guatemala, indica el autor que la Constitución Política de la República no incluye este concepto de manera directa sino que se circunscribe al derecho de defensa incluido en el artículo 12:

“Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”

De tal manera que, indica Baquix, el principio del debido proceso ha sido desarrollado en la normativa procesal penal mediante resoluciones doctrinarias de la Corte de Constitucionalidad quien ha definido el alcance y el contenido del principio: “el debido proceso consiste en la observancia, por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y en el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de justicia y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en

²El resaltado y subrayado es propio.

juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes específicas”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 52).

Los conceptos de debido proceso para el caso guatemalteco han sido desarrollados por la Corte de Constitucionalidad: “El derecho al debido proceso está concebido como garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales, connatural a la condición humana y no sólo está previsto como un principio o atribución de quienes ejercen la función jurisdiccional...” Agrega la Corte que “*El debido proceso formal o procesal, es el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial. Es el derecho que tienen toda persona a que se ventile y se resuelva su causa con justicia, respetando las necesarias garantías legales: alude a toda aquella estructura de principios y derechos que corresponden a las partes durante la secuela de un proceso determinado*”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 55).

El principio del debido proceso incluye los siguientes principios, normas y prohibiciones:

- Principio de legalidad del delito.
- Principio de legalidad de la pena y su ejecución
- Principio de legalidad del proceso.
- Principio del juez natural.
- Principio de ritual garantizadora o formas propias de caja juicio.
- Principio de favorabilidad.
- Presunción de inocencia.
- Derecho de defensa real o técnica.
- Derecho al proceso en la ley que corresponda.
- Derecho a un proceso público.
- Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.
- Derecho a presentar pruebas.
- Derecho a controlar la producción de pruebas.
- Derecho a controvertir las pruebas que se aporten en su contra.
- Derecho a la impugnación o a la doble instancia.
- Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- Derecho a la prueba debida.
- Derecho a la *reformatio in peius*.
- Derecho a no auto incriminarse ni incriminar a parientes cercanos.
- Prohibición de la pena de muerte, de penas no redimibles, crueles, degradantes o inhumanas.
- Derecho a acceso a la justicia.
- Derecho a jueces independientes y autónomos.
- Prevalencia a que los términos judiciales se observen con diligencia.

- Principio *in dubio pro reo*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 56).

Por su relevancia, a continuación se desarrollarán algunos aspectos sobre el principio de legalidad. Respecto a ello, el documento sobre “Límites al Derecho Penal” (www.unav.es/penal/iuspoenale), define el principio de legalidad como “*toda restricción de la libertad ha de llevarse a cabo mediante instrumentos jurídicos, más en concreto, mediante leyes, como medio con el que cuenta para regirse la comunidad que elige sus representantes.*”

Ese mismo documento señala que de este principio de legalidad se desprenden cuatro garantías frente al *ius puniendi*:

1. Garantía criminal: Se refiere a que el delito debe de estar definido en la ley.
2. Garantía penal: La pena o sanción correspondiente al delito debe de estar definida en la ley.
3. Garantía jurisdiccional: El juez que conoce el caso debe de estar determinado en la ley (juez natural).
4. Garantía de ejecución: El cumplimiento de las sanciones ha de llevarse a cabo mediante en régimen previamente establecido.

La definición y por lo tanto el ámbito de acción del principio de legalidad ha evolucionado con el transcurso del tiempo. De acuerdo a De León y de Mata, al inicio prevaleció el principio de “*nullum crimen nulla poena sine lege*” que luego deriva en “*nullum crimen nulla poena sine lege previa*”. Esto significa que “*se reconocen las ideas garantistas del principio de irretroactividad de la ley penal incriminadora y del de retroactividad de la ley penal más benigna, siendo ambas fases, cuando no efectos del principio de legalidad.*” (De León Velasco & De Mata Vela, 2006) (p. 72).

Luego del establecimiento del principio de irretroactividad surge el de “*nulla poena sine lege stricta*” que prohíbe el uso de la analogía para crear figuras delictivas o justificar o agravar las penas. Este principio posteriormente evolucionó a “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”.

García, por su parte, indica que “*para que el principio de legalidad sea aplicado, no es suficiente que los delitos estén previstos en la ley, sino que también es necesario que sean hechos taxativamente señalados que se pueda verificar o negar su existencia, es decir, deben coexistir tanto la mera legalidad como la estricta legalidad (nulla poena, nullum crimen sine lege valida).*” (García Yépez, 2015)(p. 15)

García indica que de este principio se obtienen cinco aspectos relevantes:

- El principio de legalidad como resultado del principio de culpabilidad, ya que al inicio se consideraba que el conocimiento de la norma era necesario para determinar la culpabilidad.
- El segundo aspecto que indica la autora es que el principio de legalidad tiene su origen en la división de poderes considerando que solo el Organismo Legislativo tiene la facultad de emisión de leyes.
- El tercer aspecto es que el principio de legalidad busca la protección de la confianza.
- El cuarto aspecto mencionada por la autora se refiere a la objetividad, es decir que el hecho punible y la determinación de la pena sean establecidos previamente.
- El quinto aspecto se puede analizar desde dos puntos de vista, el principio de legalidad en sentido constitucional que busca legitimar la intervención de los derechos de los ciudadanos y desde el punto de vista jurídico penal que establece que para imponer una pena se requiere que exista incumplimiento de una amenaza penal cognoscible.

De acuerdo a García el propósito del principio de legalidad es *“garantizar la seguridad jurídica en toda intervención penal, es decir, que los ciudadanos conozcan que hechos (acciones u omisiones) tienen como consecuencia una sanción penal determinada con anterioridad, no asumir responsabilidades de terceros, de esta manera se asegura una convivencia armónica, ordenada del ciudadano dentro de la sociedad. El principio de legalidad conlleva en Derecho Penal la reserva absoluta de la ley penal en cuanto a la creación y definición de los delitos y al establecimiento de penas.”* (García Yépez, 2015)(p. 16).

La Constitución Política de la República establece el principio de legalidad en su artículo 17: *“No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.”*

El principio de legalidad está normado en el derecho guatemalteco a través del Código Penal en su artículo 1 *“Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley.”*

2.2.2. Principios del sistema acusatorio

De acuerdo a Baquix, el sistema acusatorio del DPP guatemalteco tiene los siguientes principios:

2.2.2.1. Principio de igualdad:

La primera aclaración que el autor hace es que no debe de confundirse este principio con el concepto de “igualdad procesal”. En este sentido, indica Baquix, “el proceso penal guatemalteco, no acoge plenamente este, sino que por las características del ejercicio de la acción penal, y por la atribución al Ministerio Público de la acusación, la ley aún deja establecidas algunas desigualdades entre sujetos procesales”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 65). El autor las describe así: “

- 1) *El querellante adhesivo intervendrá solamente en las fases del proceso hasta sentencia conforme a lo dispuesto en el Código, quedando excluido de la ejecución penal.*
- 2) *Si la acción reparadora nos e ejercita en la vía penal, queda a salvo el derecho de la víctima o agraviado a ejercerla en la vía civil.*
- 3) *La obligación de diligencias pruebas anticipadas a través del Ministerio Público, por el querellante adhesivo.*
- 4) *La proposición de diligencias de prueba a través del Ministerio Público por el imputado y sujetos procesales.*
- 5) *Asistencia obligatoria a las diligencias de pruebas practicadas por el Ministerio Público, pudiendo únicamente hacer constar en el acta las observaciones que se estimen pertinentes en cuanto a la conducta de los presentes y las irregularidades del acto.*
- 6) *La formulación de acto conclusivo obligatoria por el Ministerio Público.*
- 7) *La no existencia de plazos para la investigación cuando no haya medidas de coerción o sustitutivas para el imputado.*
- 8) *La revocación de la decisión de archivo fiscal por el juez contralor de la investigación*
- 9) *La acusación alternativa fiscal”.*(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 66).

2.2.2.2. Principio de audiencia o contradicción:

Este principio está establecido tanto en la Constitución de la República como en el CPP. En efecto el artículo 12 de la Constitución de la República indica:

“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

Así también el artículo 20 del Código Procesal Penal de Guatemala (CPP) establece:

“La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley”.

Entre las audiencias más importantes contempladas en el CPP se pueden considerar:

- 1) La audiencia de primera declaración del sindicado.
- 2) Las audiencias de etapa intermedia: acusación y apertura a juicio, y la de ofrecimiento de prueba.
- 3) La audiencia del juicio oral.
- 4) La audiencia de la acción reparadora.

Asimismo, el principio contradictorio genera otro tipo de audiencias, tales como:

1. La audiencia de revisión de la desestimación fiscal.
2. La audiencia para solicitar información sobre las actuaciones preliminares fiscales con vista a la preparación de la acción penal por el denunciante.
3. La audiencia del planteamiento del criterio de oportunidad.
4. Los incidentes en general.
5. La audiencia de comprobación de la incapacidad del imputado.
6. Las cuestiones de competencia.
7. Las recusaciones en audiencias.
8. Discusión de la pertinencia de prueba anticipada por el querellante adhesivo.
9. Discusión de la legitimación procesal del querellante adhesivo
10. Incidente de tenencia, posesión o dominio de la cosa secuestrada.
11. La revisión de las medidas de coerción o sustitutivas.
12. Solicitud de embargos y garantías (medidas de coerción reales)
13. La suspensión condicional del proceso penal.
14. Las cuestiones prejudiciales.
15. Las excepciones a la persecución penal o acción civil.
16. Audiencias de conciliación o mediación.
17. Audiencia de revisión del archivo fiscal. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 67-68).

2.2.2.3. Principio acusatorio

La acusación es el fundamento para el juicio y la condena. Señala Baquix indica que “en primer lugar, se exige el conocimiento previo de la acusación, además, la acusación es el contenido del proceso mismo, y su notificación al sindicado la cual debe ser realizarse en los términos procedimentales establecidos. La congruencia de la sentencia *significa que el tribunal no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de la acusación, ni a sujeto diferente del acusado. Es decir, la acusación limita el ejercicio de la acción penal. Además, el tribunal ad quem (de segunda instancia, casacional), se encuentra limitado también por el objeto de la acusación*”.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 69).

Agrega Baquix que el principio de congruencia está incluido en el CPP. Respecto a las etapas preliminares, la base se encuentra en “*la suscita enunciación del hecho o hechos sobre los que se recibió la indagatoria, la calificación legal del delito, y las modificaciones con que admite la acusación, indicando detalladamente las circunstancias de hecho omitidas, que deben formar parte de ella, y las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación, respectivamente*”.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 70).

2.2.3. Principios del procedimiento

Baquix define los principios del procedimiento como aquellos que “*afectando prioritariamente a la forma que adopte el procedimiento o alguna de sus fases, no resultan esenciales o generadores de características intrínsecas o nucleares del proceso*”; (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 71). El autor destaca los principales principios del procedimiento guatemalteco:

2.2.3.1. Oralidad y escritura:

Se estima que el medio de comunicación del ser humano por naturaleza es el oral. El CPP propende por una mayor oralización expresado mediante el método de audiencias. Es así que “*la oralización es un principio fundamental a implementar siempre por los tribunales en todas las gestiones. Únicamente aquellos trámites que la ley requiera que se efectúen por escrito, conservarán el principio de escritura*”.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 71).

2.2.3.2. Inmediación y concentración:

Tiene su fundamento en la práctica en público y junto al juez de garantía y especialmente en las declaraciones, interrogatorios y contrainterrogatorios formulados por los órganos de prueba. En este sentido, el sistema de audiencias orales “*facilita la inmediación entre todos los sujetos procesales, lo que permite que todos a su turno*

controlen el buen curso del procedimiento". (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 72).

2.2.3.3. Publicidad y secreto:

Bajo el esquema del sistema procesal acusatorio, todos los actos procesales se celebran en audiencias públicas. *A pesar de ello el artículo 314 del CPP mantienen el principio de reserva de todos los actos de la investigación para los extraños: establece el principio de reserva para los extraños para los actos de investigación. Pero para las partes interesadas tiene carácter restringido. Baquix lista las reglas que norman lo conducente:*

- Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, sus defensores y mandatarios, con obligación de guardar reserva.
- Siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público puede disponer la reserva total o parcial de determinada diligencia hasta por diez días, prorrogables por otro tanto.
- Los interesados podrán solicitar al juez contralor de la investigación poner fin a la reserva mayor de veinte días.
- El Ministerio Público podrá prolongar la reserva parcial por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, cuando la eficacia de un acto particular depende de ello. Sin embargo, el Fiscal tiene como límite a la reserva el derecho de defensa de los sujetos procesales, no puede ocultar medios de prueba, ya que el derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra. (Baquix, *Derecho Procesal Penal guatemalteco*, 2012)(p. 73-74).

2.2.3.4. Principio de congruencia:

Se refiere a que el imputado debe de ser informado sobre los hechos en que se basa el auto de procesamiento. Estos hechos establecen el límite de la prueba fáctica y es el objeto del debate y la sentencia. Baquix hace énfasis en que este principio se refiere a los hechos y no a su calificación jurídica. (Baquix, *Derecho Procesal Penal guatemalteco*, 2012)(p. 74).

2.2.3.5. Principio de imparcialidad del juzgador:

Se refiere a que el juez a cargo del proceso debe tener las facultades para poder actuar y decidir. Es decir, el juez no debe tener interés con alguna de las partes. La imparcialidad también se refiere a *“ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), independencia de cualquier opinión (tener oídos sordos ante la sugerencia o persuasión de parte interesada que pretenda influir en el ánimo), falta de identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, la influencia de la amistad, del odio, del sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, o no involucrase personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso; evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; fallar según su propio conocimiento privado del asunto; no tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales”*.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 75).

2.2.3.6. Principio prohibición de reformatio in peius:

Este principio busca que no exista indefensión y se trata de la situación que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta perjudicada únicamente como consecuencia del medio recursivo.

2.2.3.7. Principio de in dubio pro reo:

La regla indica que las situaciones excluyentes de certeza a lo largo del proceso benefician al imputado.

2.2.3.8. Cambio de calificación en segunda instancia:

Se refiere a que *“la sola circunstancia de que en apelación, sin agravar la pena, se modifique la calificación del delito, no importa agravio constitucional, no existiendo vulneración de la garantía de la defensa en juicio”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 76).

2.2.3.9. Principio de exclusión de la prueba obtenida ilegalmente:

Esta regla señala que *“el fundamento de la regla de exclusión radica en que el sistema de justicia aproveche actividades contraria a la ley para basar sus decisiones, lo que afectaría a la integridad judicial”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 77).

2.2.3.10. Principio de vida real:

Se refiere a que el Ministerio Público tiene la obligación de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima de las voluntades de las partes.

2.2.3.11. Principio de contradicción: La obligación de las partes de aportar al proceso los elementos de convicción:

“Como derivación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y del principio de contradicción del proceso en general, la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla y oponerse mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere improcedentes.” (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 79).

2.2.3.12. La Presunción de inocencia:

Es una garantía contra la hipótesis acusatoria incierta. Baquix cita una sentencia en casación que indica:

“El derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de un hecho, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia y hasta tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata entonces de una presunción iuris tantum (...) y en este caso por el momento procesal en el que se encuentra el proceso y por existir una denuncia concreta por parte de una persona jurídica, es meritorio continuar con el proceso penal y determinar la posible comisión de hechos delictuosos por parte de las personas sindicadas”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 79).

2.2.3.13. Principio de cosa juzgada:

Se refiere a que una sentencia es irrevocable en su forma y no susceptible de impugnación por haberse agotado los recursos.

2.2.3.14. Principio de motivación de las sentencias:

“La exteriorización del razonamiento permite el control de la corrección sustancial y de la legalidad del juicio previo constitucionalmente exigido, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio. Una de las primeras funciones de dicha regla es acortar la duración de la prisión preventiva y el proceso bajo un marcado carácter ius-humanista en la

concepción de la actividad coercitiva previa a la cosa juzgada”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012)(p. 79-80)

3. LA PRUEBA

3.1. Definición

Uno de los propósitos principales del proceso penal es determinar la verdad. En el caso del proceso penal guatemalteco, la investigación de la verdad le corresponde al Ministerio Público, tal como lo indica su propia Ley:

“Artículo 2. Funciones. Son funciones del Ministerio Público, sin perjuicio de las que le atribuyen otras leyes, las siguientes:

1) Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confieren la Constitución, las leyes de la República, y los Tratados y Convenios Internacionales.”

También el CPP en su artículo 181 faculta al Ministerio Público para procurar la verdad:

“Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código”.

En tanto que la determinación de la verdad les corresponde a los jueces de sentencia, conforme a lo indicado en el artículo 389 del CPP:

“Artículo 389.- Requisitos de la sentencia. La sentencia contendrá:

3)La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estime acreditado.”

Para cumplir con el propósito principal del proceso penal de determinar la verdad, se requiere que la prueba lo demuestre. En palabras de Baquix, *“la prueba siempre será demostración de la verdad de lo controvertido en el proceso, por medio de argumentos que la dialéctica proporciona, y que jurídicamente son válidos, por su propia legitimidad en su esencia metafísica que no varía, para asegurar la permanencia del derecho”.* (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 32).

El vocablo verdad proviene del latín *veritas* y es una expresión con la que se afirma la certeza y realidad de una cosa.

Respecto a la verdad, Baquix señala, *“la verdad procesal es una verdad necesariamente relativa, una verdad probable. La verdad procesal acerca de los hechos tiene indudable parentesco con el género de verdad que es objeto del conocimiento histórico, en tanto que versa sobre hechos pasados, que no son susceptibles de ser*

conocidos en sí mismos o en forma mediata”.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 32).

Baquix hace una reflexión de la verdad como una concepción relativa. De hecho cita a Miranda Estrampes quien señala que si la finalidad de la prueba es determinar la verdad sería un fin inalcanzable o irrealizable: *“uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como la finalidad esencial de la prueba procesar, afirmando que la prueba consistiría en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho”*. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 33).

De tal manera que baso ese pensamiento doctrinario se dan dos vertientes:

- 1) *Al juez se le debe persuadir para que se convenza con la prueba aportada.*
- 2) *Basta alcanzar la certeza suficiente en el ánimo del juzgador.* (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 34).

El autor menciona una tercera vertiente y es la de la verdad formal, que es la que *“surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenidas por los medios y procedimientos de un determinado sistema institucional aplicado al proceso”*.

Para evitar caer en una discusión filosófica sobre la definición de la verdad, convencionalmente se ha considerado conveniente para la presente investigación asumir la siguiente definición: *“La finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio. En definitiva, el proceso es un contexto de búsqueda y aproximación a la verdad que tiene reglas y límites propios”*.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 37).

La determinación de la verdad en el derecho procesal penal está asociado a la prueba. El verbo *probar* significa examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa.

No obstante, la palabra prueba tiene múltiples significados, de acuerdo a Baquix algunos autores le otorgan un significado científico (aseveración incontestable y no opinable) mientras que otros, lo enmarcan dentro del subjetivismo; al atribuirle características de acreditación (hacer digno de crédito alguna cosa), verificación (comprobar la verdad de algo), comprobación (revisar la verdad o exactitud de un hecho), de búsqueda de la verdad real, de certeza (conocimiento seguro y claro de alguna cosa) y de convicción (resultado de inducir a alguien, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones). (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 37-38).

Una de las acepciones comunes de prueba es demostrar que lo afirmado corresponde a la realidad. También se denomina prueba al medio a través el litigante presenta al juez la verdad del hecho afirmado, así por ejemplo un documento, el dictamen de un perito, la declaración de un testigo, la confesión, etc. Finalmente, esa misma voz se utiliza para hacer referencia a la actividad o procedimiento desarrollado al ofrecer o producir un medio probatorio.

Prueba también es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. (Larrouse, 2013) (p. 836).

Respecto a la prueba, Ramírez señala su importancia para la obtención de la verdad, “La palabra prueba tiene diferentes definiciones conforme a los criterios adoptados por los doctrinarios que la definan; la gran mayoría de ellos, la relacionan con el hallazgo de la verdad. Considerar como realizable ese fin, resultaría utópico, pues el punto máximo que se lograría es alcanzar el mayor grado de certeza acerca de los hechos acontecidos”. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 1038).

Para Caferata Nores, que le da un sentido amplio a la definición, prueba es “lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”. Indica Baquix que con este concepto y su aplicación al proceso penal, la prueba es “*todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva*”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 39).

Convencionalmente no se hace distinción entre prueba y medios de prueba, de tal manera que Baquix indica que prueba es: “*todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva*”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 39).

También se dice que medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.

Baquix también define el Objeto de prueba e indica que es “*aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe y puede recaer la prueba. Considerado en abstracto, se refiere a lo que puede ser probado en cualquier proceso penal, y en concreto, se refiere a lo que se debe probar en un proceso determinado*”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 40).

Debe aclararse que no son objeto de prueba los hechos notorios (los que se conocen y aceptan como ciertos por la mayoría de un país o categoría de personas) ni los

evidentes, salvo que sean controvertidos razonablemente, tampoco la existencia del derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba.(Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 41).

En el cuadro tres se detallan algunos conceptos o definiciones relacionados con la prueba:

Cuadro 3
Conceptos de tipo de prueba

Tipo de Prueba	Definición
Prueba pertinente	Es aquella que al ser ofrecida por el sujeto procesal se propone para acreditar o desacreditar un hecho controvertido que conforma la imputación de cargos, en consecuencia, los testigos, peritos, documentos y objetos que se refieran a hechos no controvertidos y que no constituyan proposiciones de la imputación de cargos deben ser declarados impertinentes e inadmisibles.
Prueba útil	Es la que de forma directa, insustituible e independiente, acredita un extremo de la proposición fáctica de la imputación de cargos, de tal cuenta que si el hecho que se pretende acreditar con una prueba, puede ser demostrado por una prueba más amplia en su contenido, aquella resulta inútil también será inútil la prueba que complementa innecesariamente otra prueba, pretenda acreditar un hecho procesal no controvertido o actuación administrativa irrelevante a la imputación de cargos.
Prueba abundante	Es aquella que reitera irracionalmente en la acreditación de hechos ya señalados como objeto de otras pruebas, en el caso particular de testimonios no se debe aceptar más de tres testigos por cada proposición fáctica y que la misma sea independiente a otras, para ello el juez exigirá que los sujetos procesales cumplan con indicar los hechos sobre los cuales serán examinados los testigos en juicio
Prueba inútil	Es la información que no es útil para comprobar la hipótesis de acusación.
Prueba impertinente	Es la que contiene información pero no relacionada a la hipótesis.
Prueba superabundante	Es la que se proporciona en exceso y satura de información sobre la hipótesis o tema.
Prueba ilegal	Es la que es obtenida de una fuente o forma ilícita.
Hechos necesitados de prueba	<p>a) Hechos relevantes: Son aquellos que confirman la causa de las pretensiones planteadas por los sujetos procesales y que tienen importancia en el momento de verificar los hechos concretos alegados.</p> <p>b) Hechos controvertidos: Son aquellos hechos necesitados de prueba para ser valorados como hechos veraces o acreditados, y han de ser negados o contradichos por la parte contraria a aquella que los aportó al proceso.</p>
Hechos exentos	a) Hechos irrelevantes: Aquellos hechos accesorios, colaterales

de prueba	<p>o argumentativos dirigidos a contextualizar otros hechos jurídicamente relevantes.</p> <p>b) Hechos no controvertidos: Aquellos hechos integrantes de la causa de la pretensión no controvertidos entre las partes porque no son admitidos históricamente como reales o veraces, salvo el caso que el acuerdo sobre el hecho fáctico entre las partes pueda perjudicar a tercero.</p> <p>c) Hecho notorios: Pertenecen a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y en general en el trato social de la gente, tenida por cierto en un grupo más o menos grande de personas de cultura media.</p> <p>d) Hechos favorecidos por una presunción: Aquellos hechos que se encuentran favorecidos por una presunción.</p>
Documentos	Debe ceñirse estrictamente a los que legalmente se señalan como admisibles, evitando lo posible abundancia e impertinencia de los mismos, por ser repetitivos.
Prueba gráfica y audiovisual	Según lo considerado, los croquis, fotografías y videos, constituyen respaldo audiovisual a ser utilizado en el interrogatorio y conainterrogatorio, salvo que por sí mismos constituyan una prueba directa de los hechos controvertidos; de tal cuenta que quien los haya practicado no debe comparecer como perito.

Fuente: (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 192-193) e información propia.

3.2. Tipos de prueba

El artículo 182 del CPP establece la libertad de la prueba:

“Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas”.

3.2.1. Confesión

La confesión puede darse en dos vías, como una narración de los hechos o como la aceptación de responsabilidad de los cargos formulados.

Baquix indica que *“la confesión de una persona sujeta a proceso, como medio de prueba, se pasa de la simple información (versión de los hechos) a la autoinculpación: es decir, a reconocer que sobre su persona se dan todos los elementos de tipo de delito*

sujeto a investigación y concretamente en concepto de autor". (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 136).

La confesión debe basarse sobre los hechos y se deben evitar los juicios de valor, "*la autoincriminación de una calificación delictiva determinada, el mero reconocimiento de responsabilidad sin desarrollo pormenorizado y expreso relato de los hechos*". (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 137).

Para que la declaración sea aceptada como medio de prueba debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Requisitos relativos a las garantías procesales: Se refiere a que se debe salvaguardar las garantías del sindicado.
- b) Requisitos inferenciales: Se refiere a que el juzgador debe de tener la convicción de "*que se trata de prueba plena sobre los hechos, conforme a las reglas de valoración de la prueba*" (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) p. 136).

De acuerdo a Baquix son varias las opciones que el juzgador tiene para valorar la confesión:

- 1) *La confesión se encuentra viciada procesalmente por lo que no se produce prueba de los hechos.*
 - 2) *Los hechos confesados por el acusado, no son verdaderos o hay errores notorios o inferibles en su declaración.*
 - 3) *A pesar de la confesión, esta no es capaz de reunir los elementos del delito.*
 - 4) *Los hechos sobre los que declara el acusado constituyen prueba directa o plena sobre el delito (se reúnen todos los elementos del delito a través de la confesión, la confesión tiene la idoneidad para dejar probados los hechos imputados).* (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 139)
- c) Requisitos relativos al contenido material de declaración: Debe de corresponder a lo establecido en la teoría general del delito. Es decir la declaración debe relacionarse con los hechos y tomando en consideración cada uno de los elementos del delito que se investiga.

En el caso guatemalteco debe de considerarse en la confesión lo establecido en el artículo 389 del CPP y que requiere que se establezca, en toda su extensión la referencia de hechos y grado de autoría:

- 1) Cuáles son los hechos que el tribunal estima como acreditados:
- 2) Si esos hechos encuadran o no con un tipo penal:
- 3) Si el imputado realizó una acción relevante penalmente, lo que incluye establecer que no existen causas de exclusión de responsabilidad penal.
- 4) Si la acción ejecutada es típica. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p.140).

La confesión, como medio de prueba, debe ser valorada de acuerdo al sistema de sana crítica razonada. Baquix plantea los siguientes aspectos para realizar dicha valoración:

- 1) *“Verificar si la confesión reúne los requisitos mínimos para considerarse válida.*
- 2) *Deben analizarse rigurosamente las causas de su producción y las formalidades de su obtención.*
- 3) *La confesión es indivisible, no se puede tomar de ella la parte que aparezca sincera, rechazando las demás que no lo parezcan, aunque éstas se relacionen con circunstancias esgrimidas para eliminar o atenuar la responsabilidad.*
- 4) *Se debe verificar la sinceridad del reconocimiento de la culpabilidad, lo que implica verificar la capacidad mental, sino también la inquietud por su propósito por confesar la verdad.*
- 5) *El hecho confesado tendrá que ser posible, verosímil, coherente y concordante con otros medios de prueba.*
- 6) *La eficacia probatoria de la confesión estará directamente relacionada con que sea circunstanciada (lugar, tiempo y modo).*
- 7) *En caso de que se produjera una retractación posterior, habrá que atender a la calidad de las razones del cambio de posición y a su credibilidad objetiva y subjetiva”.* (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 144-145).

3.2.2. Testimonio

“El testimonio es aquella declaración de una persona física, que se recibe en el trayecto del proceso penal, y en relación a lo que pudo hacer de su conocimiento, mediante percepción de sus sentidos, acerca de los hechos que se investigaron, con el objetivo de contribución para poder reconstruir conceptualmente el hecho”. (Hernández García, 2008) (p. 29).

El artículo 207 establece el marco de referencia que debe tener la declaración testimonial: “Deber de concurrir y prestar declaración. Todo habitante del país o

persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial.

Dicha declaración implica:

- 1) Exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación.
- 2) El de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma.

Se observarán los tratados suscritos por el Estado, que establezcan excepciones a esta regla.

Cafferata Nores y Hairabedián, citados por Baquix, plantean que además de hacer la valoración de la confesión con el sistema de la sana crítica razonada debe de tomarse en cuenta la apreciación científica del testimonio. Para ello plantean algunas recomendaciones para establecer la veracidad del testimonio o si es erróneo o cínico. Los autores se basan en dos supuestos: la presunción de que los sentidos han engañado al testigo, y que el testigo no quiere engañar.

Baquix dice que el análisis “se debe centrar en la fidelidad de la percepción y de la transmisión de lo percibido, debiendo evaluar el desarrollo y calidad de las facultades mentales del testigo, su inmadurez o las perturbaciones de ellas que puedan afectar la credibilidad. Incluso, tratándose de personas con facultades psíquicas normales, ciertas personas pueden percibir mejor algunas cosas y que hay recuerdos que se conservan más claros que otros” (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 150).

Baquix indica también que se debe de tomar en cuenta las condiciones ambientales en que se tuvo la percepción de los hechos. Factores físicos como la luz, distancia y psíquicos como, miedo, ira, etc., pueden afectar la fidelidad del testimonio.

Un testimonio puede ser fundamental en algunas circunstancias:

- 1) Que no se disponga de medios diferentes para introducir indicios en el proceso;
- 2) Porque los hechos son temporales y no puede comprobarse directamente por el juez a través de un reconocimiento.
- 3) Por la pérdida de los indicios por destrucción, manipulación inadecuada:
- 4) Por la falta de voluntad, incapacidad, impericia, negligencia en la obtención de otros medios de prueba. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 151).

3.2.3. Prueba pericial

La pericia es “*el medio probatorio por medio del cual se incorpora al proceso un dictamen fundado en conocimientos especializados en determinada ciencia, técnica o arte, que sirve para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba, respecto de los hechos que se investigan y relacionados con su actividad*”. (Godoy Estupé, 2006) (p. 27).

Las conclusiones del dictamen deben de estar motivadas de lo contrario no podrían ser valoradas como medios de prueba. La valoración consiste en “*una explicación destinada a demostrar por qué el perito concluye lo que hace, fundada en principios, argumentos o deducciones de carácter científico, técnico o artístico según el caso*”. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 151-152).

Baquiaux recomienda que para una correcta valoración del dictamen pericial, las siguientes sugerencias:

1. Desde el punto de vista subjetivo: “*la valoración ético-psicológica de la personalidad del perito, apreciando su posible relación con el imputado, el esmero en ser objetivo o si hábilmente ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas, si está dotado de astucia y poder crítico*”. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 152).

Agrega Baquiaux que algunos errores del perito pueden ser la percepción de los hechos, la deficiencia de raciocinio, su variabilidad entre posiciones científicas diversas o el nivel de sus conocimientos. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 153).

2. Desde el punto de vista subjetivo: “*la autenticidad de los hechos que fundan la conclusión, el sustento de los métodos científicos empleados, el grado de desarrollo alcanzado por la respectiva ciencia, arte, técnica, el necesario nexo lógico entre premisas y conclusiones, si el informe en sí mismo es preciso, coherente o contradictorio, concluyente o inconcluyente*”. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 153). Debe también considerarse la calidad de los argumentos, la uniformidad de las conclusiones (si hubiere varios dictámenes).

Señala Baquiaux que un juez no tiene facultades para descalificar un dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico o artístico. Ni siquiera modificar las conclusiones del dictamen con base en su propio conocimiento. Sin embargo, de acuerdo a Baytelman y Duce (citados por Baquiaux) el juez si puede: “*desestimar su*

experticia, puede desestimar su credibilidad o es posible que el examen directo del perito simplemente no alcance a acreditar la proposición fáctica en cuestión". (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 153).

Es conveniente aclarar la diferencia entre un perito y un consultor técnico. Al respecto a continuación se describen las definiciones dadas por la Corte de Constitucionalidad³ y citadas por Baquiaux:

"El perito es la persona que mediante sus conocimientos profesionales, ayuda al tribunal en la estimación de una cuestión probatoria. Esto puede suceder de tres maneras diferentes: 1) Informa al tribunal los principios generales fundados en la experiencia los resultados de la ciencia. 2) Comprueba hechos que únicamente pueden ser observados o que sólo pueden ser comprendidos y juzgados exhaustivamente en virtud de conocimientos profesionales especiales. 3) Extrae conclusiones de hechos que únicamente pueden ser averiguados en virtud de sus conocimientos profesionales, conforme a reglas científicas.

El consultor técnico es aquella persona que tiene conocimiento sobre una ciencia, arte profesión u oficio específicos, y a quien las partes le solicitan su parecer, consideración o dictamen sobre una duda o asunto determinado con motivo de la investigación procesal". (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 154-155).

Entre los aspectos técnicos que diferencian un perito y un consultor técnico está que el perito auxilia al juez con base en su conocimiento técnico en una determinada área, ciencia o arte. El consultor técnico auxiliar a una de las partes para emitir opinión sobre un aspecto determinado.

Vale la pena mencionar que los consultores técnicos no son medios de prueba como si son los peritos.

El CPP regula lo relacionado a la peritación. Por ejemplo, en el artículo 225 se establece la procedencia: *"El Ministerio Público o el tribunal podrán ordenar peritación a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio"*.

En el artículo 226 se establece la calidad del peritaje: *"Los peritos deberán ser titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. Si, por obstáculo insuperable no se*

³Expedientes números, 3669-2012 y 3818-2012.

pudiera contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta”.

Asimismo, el CPP en su artículo 141 regula la participación y el papel de los consultores técnicos en el proceso: “Si, por las particularidades del caso, alguna de las partes considera necesario ser asistida por un consultor en una ciencia, arte o técnica, lo propondrá al Ministerio Público o al tribunal, quien decidirá sobre su designación, según las reglas aplicables a los peritos, en lo pertinente, salvo que sea legalmente inhábil conforme a este Código.

El consultor técnico podrá presenciar las operaciones periciales y hacer observaciones durante su transcurso, pero no emitirá dictamen; los peritos harán constar las observaciones. En los debates, podrá acompañar a quien asiste, interrogar directamente a los peritos, traductores o intérpretes, y concluir sobre la prueba pericial, siempre bajo la dirección de quien lo propuso”.

3.2.4. Careo

“Es aquella confrontación inmediata existente entre diversas personas que se han encargado de prestar declaración contradictoria en relación a un hecho de importancia dentro del proceso. El mismo es de utilidad para aclarar las contradicciones entre lo que se ha manifestado por los distintos imputados y testigos”.(Hernández García, 2008) (p. 50-51).

De acuerdo a Baquix, *“el valor probatorio del careo depende de la superación de las contradicciones, por decisión de los intervinientes (rectificación, retractación, o acuerdo), como por los nuevos elementos que le proporcione al juez la confrontación inmediata entre los careados, para valorar la veracidad y sinceridad de la ratificación de los dichos discordantes”.* (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 159).

El CPP en su artículo 250 regula la procedencia del careo: *“El careo podrá ordenarse entre dos o más personas que hayan declarado en el proceso, cuando sus declaraciones discrepen sobre hechos o circunstancias de importancia. Al careo con el imputado podrá asistir su defensor”.*

3.2.5. Reconocimiento de personas

El reconocimiento de personas es una labor eminentemente psicológica y por su propia naturaleza es vulnerable a errores. Estos errores están relacionados a las condiciones en que se da el proceso de reconocimiento.

Baquiáx indica, “El grado de fatiga psíquica del perceptor, sus tendencias efectivas o sus hábitos, incluyen sobre la precisión y extensión de la percepción. A su vez, la evocación puede verse suprimida o dificultada por ciertas causas, como el paso del tiempo o la asociación a mecanismos emocionales dolorosos (dolor, horror, repugnancia) que pueden verse reproducidos”.

3.2.6. Inspección judicial

La inspección “es el medio de prueba mediante el cual el juez percibe directamente con sus sentidos, materialidades que pueden ser útiles para la averiguación de los hechos, dejando constancia de sus percepciones”. (Godoy Estupé, 2006) (p. 31).

3.2.7. Prueba documental

De acuerdo a Hernández, los documentos como prueba documental son “aquellos objetos de orden material, en los cuales se asiente, a través de signos de orden convencional una determinada expresión de contenido intelectual”. (Hernández García, 2008) (p. 55).

También Hernández, citando a Cabanellas define la prueba documental, como “*instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito*”. (Hernández García, 2008) (p. 55)

Respecto a la prueba documental, un primer aspecto a considerar es determinar la legitimidad de la autoría del documento. En el caso de documentos públicos, debido a la intervención de un funcionario público facilita presumir la autenticidad.

Baquiáx señala algunas conclusiones doctrinarias respecto del valor de la prueba documental: “Cada documento prueba su propia existencia. Si se establece el autor del documento, queda probado el hecho de su otorgamiento. Cuando se trata de un documento narrativo, en el que se inserta una declaración, queda probado que las declaraciones insertas en el mismo se han llevado a cabo; pero queda por demostrar si corresponden a la realidad por medio de cualquier otra prueba. Influye en el valor del documento su origen, según se trate de documento procesal o extraprocesal, y en este caso, si proviene de una de las partes o de terceros (en este caso tendrán el valor de testimonios no jurados)”. (Baquiáx, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 161).

3.2.8. Inspección judicial

El propósito de la inspección judicial es tratar de identificar rastros y otros aspectos materiales que resultaran del hecho delictivo. En este caso los rastros son huellas que soportan la existencia del delito. En cambio los aspectos materiales son modificaciones

del mundo exterior producidas por el delito, pero que a diferencia de los rastros, no indican directamente la comisión. (Baquiáx, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 161).

Girard Luna, respecto a la inspección judicial indica, *“el reconocimiento judicial ayuda a formar con mejor eficacia que los demás medios de prueba la convicción del juez, en cuanto a las características y extensión de lo inspeccionado por examen directo a través de sus sentidos”*. (Baquiáx, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 162).

3.2.9. Reconstrucción de los hechos

Uno de los propósitos de la reconstrucción de los hechos es aclarar dudas de cómo pudieron haber sucedido los hechos considerando que pueden haber versiones contradictorias expuestas por imputados, testigos, peritos o cualquier otro medio de prueba.

También la reconstrucción de los hechos, derivado de la indagación psicológica que implica, el juez puede apreciar reacciones de acusados o testigos frente a circunstancias similares al hecho.

Baquiáx menciona algunos aspectos que pueden afectar la valoración de este medio de prueba: *“el grado de fidelidad en la reproducción de las condiciones de lugar, tiempo y acción en que el hecho a reconstruir se desarrolló (reparar en las diferencias naturales), las circunstancias psicológicas que influyen sobre todos los órganos de prueba participantes, la tendencia natural a ratificar los hechos y que vaya con una idea preconcebida formada por sus declaraciones anteriores”*.

También indica Baquiáx, *“la reconstrucción de hechos aporta elementos de juicio, para confrontar la información contenida en la acusación, con el fin de encontrar la verdad y encontrar al o a los responsables del hecho”*. (Baquiáx, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 163).

El artículo 380 del CPP regula otros medios de prueba y en su último párrafo se refiere a la reconstrucción de los hechos: *“Si para conocer los hechos fuere necesaria una inspección o una reconstrucción, el tribunal podrá disponerlo, aún de oficio, y el presidente ordenará las medidas necesarias para llevar a cabo el acto. Si el acto se realizare fuera del lugar de la audiencia, el presidente deberá informar sumariamente sobre las diligencias realizadas”*.

3.2.10. Elementos indiciarios

El indicio es un hecho o circunstancia del cual se puede, mediante operación lógica, inferir la existencia de otro.

Su valor probatorio está en la relación que establece entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. *“Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho indiciario no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el indicado (univocidad del indicio)”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 163-164).

3.3. Características de los medios de prueba

De acuerdo a la doctrina para que un medio de prueba sea considerada como tal, desde el punto de vista legal, debe reunir las siguientes características:

3.3.1. Relevancia

El medio de prueba debe tener utilidad para lograr certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho que se pretende acreditar. La relevancia también incluye que el medio de prueba permita sustentar sobre éste un juicio de probabilidad.

Se incluye dentro de la relevancia las pruebas que pretendan comprobar una nulidad, una atenuación o algún otro planteamiento defensivo.

3.3.2. Pertinencia

Se refiere a que el medio de prueba debe de tener relación, ya sea de forma indirecta o indirecta, con los hechos que se pretenden probar.

La pertinencia puede calificarse en dos sentidos:

1. Objetiva: que la prueba propuesta tenga relación con el tema del debate.
2. Funcional: Que la prueba pueda influir en el resultado final del juicio. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 194).

3.3.3. Objetividad

Se refiere a que los datos deben provenir del mundo externo del proceso de tal manera que pueda ser controlada por todos. Es decir, la prueba no debe ser resultado del conocimiento privado del juez y sin ninguna acreditación objetiva.

3.3.4. No abundante

Se refiere a que los medios de prueba no deben sobreabundar a tal grado que es suficiente otra prueba ya ofrecida. Conviene entonces hacer la aclaración que lo relevante no es la cantidad de medios probatorios como tal sino que los mismos no sean sobreabundantes.

3.3.5. Legalidad

Se refiere a que los medios de prueba hayan sido obtenidos de manera legal y que hayan sido incorporados al proceso conforme lo establecido.

“En cuanto a la obtención ilegal de medios probatorios debe distinguirse entre medios probatorios con prohibición absoluta (regla de exclusión), medios probatorios que requieren de autorización judicial (al afectar algún derecho fundamental, para ser válidos requieren la orden del juez competente, caso contrario será ilegal) y medios probatorios obtenidos de otro ilegalmente obtenido en primera instancia (doctrina de los frutos del árbol envenenado)”. (Baquix, Derecho Procesal Penal guatemalteco, 2012) (p. 194).

3.4. Principios

3.4.1. Principio general de la contradicción de la prueba

La contradicción es el resultado de la interacción de las partes procesales: acusador y acusados dentro del proceso. Ambos buscarán demostrar su hipótesis de culpabilidad o no culpabilidad. La dinámica de ambas partes crea un choque de hipótesis.

En palabra de Ramírez, *“es como consecuencia de ese choque entre ambas partes, que se origina la necesidad de que se ejerza un control recíproco entre sí, con el objeto de precautelar los respectivos derechos. Es así como surge esa contradicción, que dará pie al desarrollo del principio tratado”*. (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1032).

3.4.2. Principio de la unidad de la prueba

La actividad probatoria se realiza mediante una dinámica de confrontación y constatación de los elementos probatorios que han sido incorporados al proceso. El propósito es obtener la mayor aproximación a una idea de cómo sucedieron ciertos eventos que se ventilan en el conflicto objeto del proceso. Esta actividad probatoria se realiza al analizar y evaluar los medios de prueba en su conjunto.

De acuerdo a Ramírez, *“esa apreciación general de las pruebas permite que se llegue a un mayor grado de certeza, ya que existirán algunas que sirvan de respaldo, como así*

también otras, que ayuden a desvirtuar las menos creíbles. Ésta actividad valorativa de las pruebas brinda mayores garantías al procedimiento probatorio en sí, pues, no sólo protege a las partes sino también al juez”. (Ramírez Salinas, 2005)(p. 1029).

La evaluación aislada de las pruebas tiene sus limitaciones ya que no permiten al juzgador tener certeza de los hechos en conflicto. Al respecto Kielmanovich, citado por Ramírez, sostiene que la debilidad e imprecisión propia de las pruebas evaluadas en forma individual, se soluciona con una interpretación global y holística de las pruebas. En palabras de Ramírez, “demuestra la capacidad de mutación de aquellas pruebas que aparentemente son vanas e inútiles en su individualidad y que sin embargo, pueden tornarse de trascendental importancia si se las toma en relación a un todo.(Ramírez Salinas, 2005) (p. 1029-1030).

La valoración de esta prueba está asociada al principio de sana crítica razonada “La sana crítica se traduce en una función de lógica y experiencia, es decir, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”. Sin embargo esa mezcla de lógica y experiencia no tiene que llevar a una situación de arbitrariedad o discrecionalidad ya que entonces se estaría en una situación que incursiona en el sistema de la libre convicción. ((Ramírez Salinas, 2005) (p. 1030-1031).

3.4.3. Principio de la Comunidad de la Prueba

Este principio tuvo su origen en el principio de adquisición procesal y se refiere a la unidad en cuanto a la actividad procesal la cual es común para ambas partes. indica Ramírez que es en el procedimiento probatorio donde el juez debe apropiarse de las pruebas para evaluarlas y respaldar su decisión. (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1031).

Este principio *“implica que cuando la producción de una prueba ha sido ordenada por el órgano jurisdiccional, debe necesariamente realizarse y valorarse en la sentencia, todo ello con absoluta prescindencia de la voluntad de las partes, quienes ya no pueden desistir de su producción aun cuando la haya ofrecido”*. (Jiménez Texaj, 2008) (p. 21).

El término comunal se refiere a que, independientemente de que parte haya presentado las pruebas, las mismas ya no le pertenecen a las partes sino al propio proceso, de tal manera que las pruebas se convierten en “comunales”. En este sentido, las pruebas son de beneficio para el propio proceso y no para una de las partes. En un caso extremos la parte que aprobó la prueba desea retirarla ya no puede, porque la prueba le pertenece al proceso.

3.4.4. Principio de exclusión del conocimiento previo del juzgador

Se refiere a que el juzgador para efectos de su resolución debe atenerse estrictamente a las pruebas presentadas y debe asilar el conocimiento que del caso hubiera obtenido

previamente. En este sentido, el juzgado no puede desvalorizar pruebas con base en conocimiento previo que pueda tener del caso, en tal situación le corresponde a una de las partes que se sienta afectada, hacer valer sus derechos.

Es decir, que aún en el caso que por el conocimiento previo del juzgador considere que una prueba es falsa, “*deberá en razón de las pruebas aportadas, reconocer como ciertos o falsos los hechos mencionados*”. (Jiménez Texaj, 2008) (p. 22).

3.4.5. Principio de Ineficacia de la Prueba Ilícita

Este principio se basa en el principio de legalidad que está presente en toda la actividad procesal, de tal manera que la actividad procesal debe estar basado en el principio de legalidad.

Este principio se refiere entonces a que, no obstante que en un principio todos los medios de prueba son susceptibles de admisión en el proceso, debido al principio de legalidad y por las propias características de cada proceso, se debe discriminar sobre los medios de prueba. No se deben permitir para ser evaluadas en el debate las pruebas que no sean viables para la determinación del caso.

Tal como se ha indicado, el propósito del proceso es determinar la certeza de los hechos, pero con la utilización adecuada de los medios de prueba.

Bajo este principio debe de diferenciarse entre dos tipos de prueba: la prueba que está expresamente prohibida por ley y la prueba que es adquirida en forma ilícita.

En el caso de Guatemala en el artículo 181 y 182 del CPP establecen el uso de “pruebas permitidas”. Es decir, son las pruebas que el juzgador considera legítimas. Asimismo, en el artículo 183 se hace alusión a la prueba adquirida en forma ilícita:

“Prueba inadmisibile. Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados”.

Montero Aroca, citado por Ramírez, respecto a la licitud de la prueba, señala, “se refiere a la manera en que las partes han obtenido las fuentes de prueba, que posteriormente serán introducidas al proceso a través del medio de prueba más idóneo. Es ese mecanismo de obtención lo que determinará su utilización o no dentro del proceso.

La demostración de los hechos objeto del proceso, debe darse siempre atendiendo a las leyes reguladoras. No cabe admitir pruebas adquiridas en forma irregular y sin limitación alguna, pues se estaría fomentado actividades que podrían implicar la violación de derechos ajenos”.(Ramírez Salinas, 2005) (p. 1034).

3.4.6. Principio de inmediación de la prueba

Este principio se refiere a que debe buscarse una relación directa entre el juez y los medios de prueba incorporados en el proceso.

“El objeto de la inmediación se centra en permitir al juzgador apreciar personalmente todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando así alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo ocurrido realmente”. (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1034).

Este principio le permite al juez adquirir cierto grado de confianza con las personas que participan en el proceso. Francesco Carnelutti, citado por Ramírez, resalta “la inteligencia, humanidad y paciencia con que debe contar el juez para arrancar una declaración sana de quién se presenta ante él, plasmando así la necesidad de que el magistrado esté en contacto directo con el proceso”. (Ramírez Salinas, 2005) (1034).

Bajo este principio, también se le brinda a las partes una mayor garantía a sus derechos, debido a que las pruebas aportadas al juicio son objeto de una mejor valoración por parte del juez.

El principio de inmediación también le otorga mayor eficacia a los medios de prueba por cuanto se desvanece cualquier intermediación irrelevante que podría llevar a conclusiones erróneas, principalmente en la interpretación y valoración de las pruebas.

3.4.7. Principio del *favor probationes*

La expresión “favor probationes” se refiere al hecho de estar siempre a favor de las pruebas. En algunas pruebas, no hay duda sobre su aceptación ya que legalmente tiene asidero. El problema es con algunas pruebas sobre las cuales se tiene duda sobre su calificación como medio de prueba.

Es en este último caso donde este principio cobra protagonismo. Dice Ramírez, “En los casos señalados precedentemente, es cuando se debe dar lugar a la admisibilidad, conducencia o eficacia de ciertas pruebas consideradas insuficientes e incluso romper con el criterio rígido de admisión y valoración, de manera tal a otorgar mayor trascendencia a los indicios”. (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1036).

Ramírez también destaca la importancia de este principio por cuanto permite la aceptación de medios de prueba y en que en el peor de los casos puedan resultar en

pruebas inútiles: “es conveniente dar lugar a éstos medios probatorios que en nada perjudicarían a las partes, sino más bien redundarían o resultarían inútiles, pero se podría dar mayores garantías a las partes. Sin embargo, en caso contrario, podría dar lugar a graves perjuicios que quizás serían imposibles de reponer, y la justicia estaría fracasando en su cometido, pues no brindó al ciudadano la máxima protección, agotando todos los medios con que contaba”. (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1036).

3.5. Modelo del Proceso Penal y la prueba

De acuerdo a Baquix existen tres modelos dentro del proceso penal para la presentación de las pruebas en un juicio. A continuación se detallan los tres modelos indicados:

3.5.1. Teoría del caso: gestión estratégica del litigio

En este modelo se plantea el juicio como un planteamiento estratégico basado en la construcción de una teoría del caso con las técnicas pertinentes para ejecutarla. Parte de la premisa que la prueba “no habla por sí sola” sino que es a través de la estrategia que se permite que la prueba sea efectiva en el propósito planteado.

Indica Baquix que el fin último es “proveer al tribunal un punto de vista desde el cual analizar toda la prueba” (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 117).

Baquix indica que la teoría del caso “parte de la construcción de proposiciones fácticas como afirmación de un hecho, respecto de un caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica, en otros términos, es el elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas de caso, sobre las que un testigo u otro medio de prueba si puede declarar o aportar información acreditante” (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 117-118).

3.5.2. Método reconstructivo: Reconstrucción judicial de los hechos. Método de referencia: Historia y Detective

Este método consiste en que el juez debe realizar una “histografía”, es decir, tratar de establecer en el pasado cómo sucedieron los hechos. Indica Baquix que cuando el juez declara en definitiva que tal o cual hecho han existido o no, lo que hace es efectuar un juicio histórico.

Dallepiane señala los pasos que se deben seguir en una reconstrucción:

- 1) Buscar rastros.

- 2) Recolección de los indicios, directamente o con el apoyo de peritos o inspección in situ.
- 3) Conservación de los rastros.
- 4) Descripción o representación figurada de los mismos.
- 5) Descripción del lugar y reproducción por medio de fotografía u otros medios.
- 6) Observación y estudio de los rastros directamente o auxiliándose con peritos.
- 7) Formación de inferencias e hipótesis basándose en los rastros escogidos.
- 8) Crítica de las mismas para establecer su valor.
- 9) Comparación y combinación de inferencias para investigar el acuerdo o desacuerdo de los hechos.
- 10) Exclusión de hipótesis contradictorias. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 118).

3.5.3. Método de valoración psicológica de la prueba

Este método parte de los atributos de la Psicología, como una ciencia que permite comprender la función cerebral que refleja la realidad objetiva. En efecto, la Psicología es la ciencia que estudia la mente y el comportamiento humano.

En tal sentido, el juez, con el uso de la psicología, *“intentará conocer la psique del órgano de prueba y sus posibles alteraciones en relación a los hechos delictivos”*. (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 119).

En este método presupone que el juez tiene la capacidad para detectar, cuando los acusados o testigos en una declaración, revelan síntomas de culpabilidad, de inocencia, de veracidad o de falsedad.

3.6. Valoración de la prueba

De acuerdo a Godoy, la valoración de la prueba *“es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos”*. (Godoy Estupé, 2006) (p. 14).

Su propósito es *“determinar cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso”*. (Godoy Estupé, 2006) (p. 14).

Se consideran tres sistemas para la valoración de la prueba: el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica razonada.

3.6.1. Sistema de prueba legal

En este sistema es la ley la que pre establece, de forma general la eficacia conviccional de cada prueba, *“estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no pueda darse por convencido (aunque íntimamente lo esté)”*. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 131).

Este sistema se utiliza en sistemas típicamente inquisitorios o bien en sistemas con bajo albedrío judicial. Baquiaux crítica este sistema e indica que *“este sistema no parece el más apropiado para el propósito de descubrir la verdad, pues bien puede suceder que la realidad de lo acontecido pueda ser probada de modo diferente del previsto por la ley”*. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 131).

3.6.2. Sistema de íntima convicción

En este sistema la ley no establece alguna norma para la apreciación de las pruebas, El juez está en libertad, de acuerdo a su parecer, de convencerse o no de los hechos. Para ello valora lo que a su juicio es lo prioritario.

No tiene obligación de fundamentar su decisión judicial, pero ello no significa *“una autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido connatural a todos los hombres”*. (Baquiaux, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 131).

Indica Baquiaux que este sistema fue común en los jurados populares anglosajones. Su principal debilidad es el riesgo de arbitrariedad al no tener la obligación de fundamentar el fallo.

3.6.3. Sistema de libre convicción o sana crítica razonada

El término de sana crítica surgió en la legislación española en el sentido que la prueba fuera valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En la sana crítica no se imponen normas generales para la acreditación de algunos hechos delictivos, por el contrario le da al juez la libertad de admitir toda prueba que sea útil para aclarar la verdad.

Godoy, respecto a este sistema indica, *“la sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos y los psicólogos, tendientes a asegurar el más certero*

y eficaz razonamiento. Por imperativo legal el tribunal de sentencia debe apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolver por mayoría de votos. Podemos definir las reglas de la sana crítica razonada como reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y el lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Es decir el juez debe tomar en cuenta no solo los principios de la lógica, sino también los de la experiencia, determinados por razones de tiempo y lugar". (Godoy Estupé, 2006) (p. 55).

Arango Escobar, citado por Godoy, indica que: "Las reglas de la sana crítica son las que corresponden al correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en lo que respecta a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Como consecuencia, la apreciación que corresponde al juez hacer de la prueba no debe ser empírica, fragmentaria, aislada sino con elenco, comprendiendo todos los elementos de prueba, la urdimbre probatoria que surge de la investigación y la que aportan las partes en el escrito de individualización previo al debate, a los nuevos medios de prueba que de oficio mande el juez." 16 (Godoy Estupé, 2006) (59).

Este sistema se basa en la total libertad que tienen los jefes para obtener su convencimiento, pero requiere, que las conclusiones a que llegue el juzgador sea el resultado del análisis razonado de las pruebas. Indica Baquix que los únicos límites son "*el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano*". (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 131).

Agrega Baquix, que el juez responsable del juicio tiene que iniciar con un conocimiento nulo de la prueba practicada en las etapas anteriores, por lo que entra al debate "*en un estado de neutralidad psicológica y cognoscitiva sobre el caso y sus circunstancias probatorias anteriores*". (Baquix, Juicio oral, teoría del caso, técnicas de litigación, prueba, sentencia, recursos y ejecución, 2014) (p. 132).

Respecto a este sistema, Ramírez indica que "actúa como instrumento del cual se valdrá el juez para determinar la fuerza de convicción que contienen las pruebas introducidas, y poder determinar así la eficacia de las mismas para el logro de su cometido. Ese instrumento se activa por medio de reglas lógicas y máximas de la experiencia entendida éstas últimas como *aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico*". (Ramírez Salinas, 2005) (p. 1031)

En el caso de Guatemala, el artículo 186 del CPP establece que la valoración de la prueba debe hacerse bajo este sistema:

“Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código.

Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código”.

Adicionalmente, el artículo 181 señalan las características de la prueba para su admisibilidad:

Artículo 181: “Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados”.

4. EL ADN COMO MEDIO DE PRUEBA

4.1. Concepto

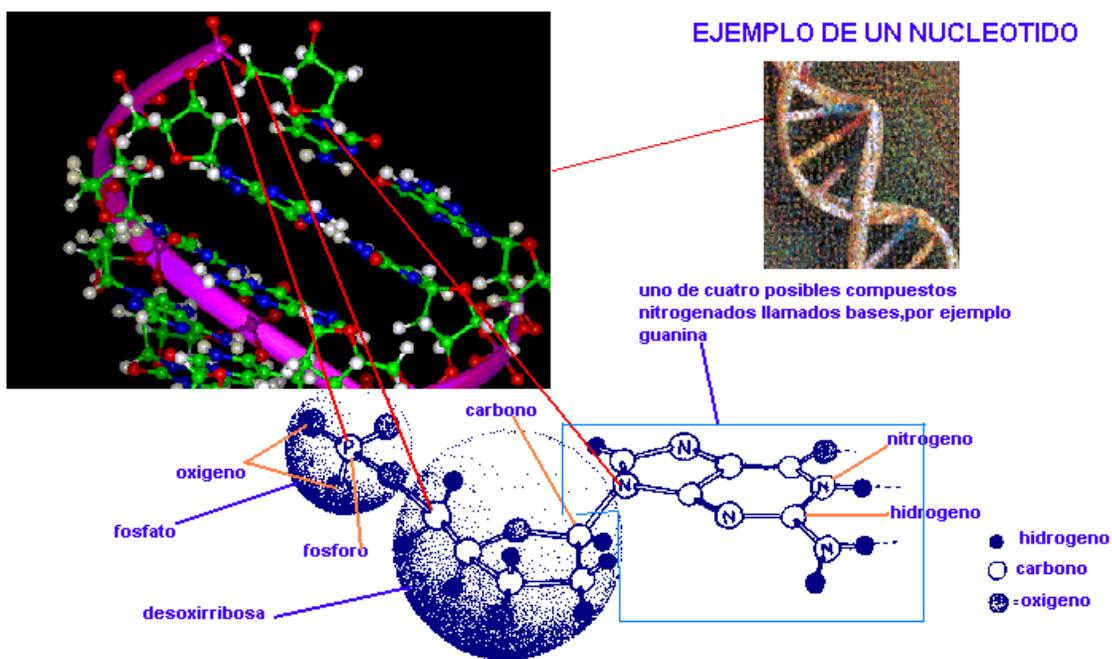
El ADN son las siglas de ácido desoxirribonucleico que es un compuesto orgánico que contiene información genética de un ser vivo y de algunos virus, en las células procariotas y en el núcleo de las células eucariotas, en el interior de los cromosomas.(www.significados.com, 2017).

El ADN significa ácido desoxirribonucleico, posee azúcar de desoxirribosa y su base nitrogenada está compuesta de: adenina, timina, citosina y guanina, asimismo, el ADN posee 2 hebras enrolladas juntas para formar una doble hélice. A su vez, **el ARN**, es decir, ácido ribonucleico, contiene azúcar de ribosa, su base nitrogenada está formada de: adenina, uracilo, citosina y guanina y, por lo general, forma una sola hebra. (www.significados.com, 2017)

El ADN “es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepetible en cada ser ya que la combinación de elementos se construye de manera única. Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión es de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo”.(Granados Mérida, 2015) (p. 6).

Es un ácido nucleído que contiene instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus, y es responsable de transmisión hereditaria. El papel principal de la molécula de ADN es el almacenamiento a largo plazo de información. Muchas veces, el ADN es comparado con un plano o una receta, o un código, ya que contiene las instrucciones necesarias para construir otros componentes de las células, como las proteínas y las moléculas de ARN. Los segmentos de ADN que llevan esta información genética son llamados genes, pero las otras secuencias de ADN tienen propósitos estructurales o toman parte en la regulación del uso de esta información genética. En el diagrama uno se ilustra el ejemplo de un nucleótido.

Diagrama 1 Ilustración de un nucleótido



Fuente: <http://www.galileog.com/ciencia/biologia/adn/estructura.htm>

El ADN tiene como función principal almacenar información genética para la construcción de proteínas y ARN que es imprescindible para cualquier función vital de un organismo. El ADN almacena y transmite de generación en generación toda la información indispensable para el desarrollo de las funciones biológicas de un organismo.

Los segmentos de ADN que transporta la información genética son conocidos como **genes**, pero las demás secuencias de ADN tienen como fin estructurales o toman parte en la regulación del uso de la información genética.

El ADN **está formado por** bandas formadas por compuestos químicos llamados nucleótidos. A su vez, cada nucleótido está constituido por 3 unidades: una molécula de azúcar, es decir, desoxirribosa, un grupo fosfato y una de 4 bases: adenina, guanina, timina y citosina. En el centro del nucleótido está la molécula de desoxirribosa y está rodeada por un lado de un grupo fosfato y el otro una base, la desoxirribosa-fosfato enlazadas forman lo que se conoce como los lados de la escalera.

El ADN de cada ser humano es exclusivo, cada ser humano posee 2 formas de cada gen, es decir, uno que recibe del padre y el otro de la madre, pero a pesar de ser los genes iguales entre las personas algunas secuencias de ADN varían de persona a persona. **El ADN se caracteriza** por la posición y cantidad de estos nucleótidos a lo largo de las cadenas, esta secuencia se conoce como código genético o genético. En este sentido, el ADN de un individuo está constituido por un 50% de información genética heredada por el padre y un 50% heredado por la madre. El ADN es propio y particular para cada individuo.

4.1.1. Información genética

El ADN fue objeto de estudio durante el siglo XX de tal manera que se plantearon algunas hipótesis sobre su función y principalmente por su papel en los aspectos hereditarios humanos. Algunas de estas hipótesis resultaron ser falsas. Por ejemplo, P.A. Levene planteaba que los cuatro elementos del ADN se daban en cantidades iguales dentro de la molécula de ADN. Él planteaba la hipótesis tetranucleotídica para explicar esta homogeneidad. De acuerdo con la hipótesis de Levene, “las cuatro bases nucleotídicas del ADN se unían en secuencias repetidas de los mismos cuatro reactivos en el mismo orden secuencial”. (Meyer, 2006).

Indica Meyer que para darse cuenta de algunas diferencias heredables entre especies, los biólogos necesitaron descubrir alguna fuente de especificidad variable o irregular, dentro de las líneas germinales de los diferentes organismos. Sin embargo, debido a que se consideraba que el ADN era una molécula repetitiva, tal como lo planteaba Levene, muchos biólogos supusieron que el ADN podía jugar un papel escaso, en la transmisión de la herencia.

Sin embargo estas concepciones erróneas sobre el ADN empezaron a cambiar a partir de la década de los cuarentas, principalmente con los descubrimientos de Oswald Avery sobre cepas virulentas y no virulentas de neumococos identificaron el ADN como un factor clave a la hora de explicar las diferencias hereditarias entre distintas estirpes bacterianas. (Meyer, 2006) (p. 5).

Erwin Chargaff también hizo aportes para rebatir la hipótesis tetranucleotídica de Levene. En efecto, Chargaff demostró que las frecuencias de nucleótidos difieren realmente entre especies, incluso cuando a menudo dichas frecuencias se mantienen constantes dentro de las mismas especies o dentro de los mismos órganos o tejidos de un único organismo. Y lo más relevante del trabajo de Chargaff, reconoció que incluso para ácidos nucleicos de exactamente “la misma composición analítica” eran posibles enormes cantidades de variación de secuencia. (Meyer, 2006) (p. 6).

Chargaff explicó que diferentes moléculas de ADN o parte de las moléculas podían diferir entre ellas...en la secuencia, aunque no en la proporción de sus constituyentes. Chargaff se dio cuenta de que, para un ácido nucleico compuesto de 250 nucleótidos el mismo número de secuencias “que muestran la misma proporción molar de purinas y pirimidinas...no lejos de 10”. De esta forma, Chargaff demostró, rebatiendo la hipótesis de Levene, que la secuenciación de las bases del ADN bien podía mostrar el alto grado de variabilidad y aperiodicidad requerido por cualquier portador potencial de la herencia. (Meyer, 2006) (p. 6).

El tercer elemento importante en la evolución del ADN fue el descubrimiento de su estructura tridimensional por Watson y Crick en 1953 y que aclaró que el ADN podía funcionar como portador de la información hereditaria. El modelo planteado por Watson y Crick concebía una estructura de doble hélice para explicar la forma de cruz de Malta de los patrones obtenidos por los estudios de ADN realizados por Franklin, Wilkins y Bragg. (Meyer, 2006) (p. 6).

El modelo de Watson y Crick aclaró que el ADN podía tener una impresionante complejidad química y estructural. La estructura de doble hélice del ADN presuponía una estructura extremadamente larga y de alto peso molecular, con una impresionante potencial de variabilidad y complejidad de la secuencia. (Meyer, 2006) (p. 6).

En 1951, Franklin realiza un importante descubrimiento. *“Controlando cuidadosamente la humedad de las muestras de ADN encuentra, a partir de los patrones de difracción colectados con humedades relativas del orden del 92%, una nueva forma de ADN que llamó forma B. Más todavía, descubre que las formas A y B se inter-convierten reversiblemente (ADN-A ↔ ADN-B) bajo cambio de humedad. La forma B origina un patrón de difracción de unos pocos picos difusos, correspondientes a moléculas de ADN relativamente orientadas según el eje de la fibra pero desordenadas entre sí [11]. Este hallazgo permite explicar el carácter poco informativo de los difractogramas de rayos-X previos colectados por Astbury y por Wilkins y Gosling: probablemente trabajaron con muestras que eran mezclas de las dos formas. Siguiendo su instinto de cristalógrafa, Franklin no se interesa demasiado en la forma B y concentra sus esfuerzos en la forma cristalina A con un número mayor y más preciso de datos”.* (Piro, 2012) (p. 17).

A continuación se cita a Costas quien hace una descripción de las propiedades genéticas del ADN: *“El ADN o Acido Deoxiribonucleico es el código genético de cada persona. Los cromosomas humanos son los empaques que acomodan y contienen el ADN de cada individuo. Ese contenido genético del ADN es la expresión hereditaria recibida a partes iguales de ambos padres.*

El ADN es la molécula que contiene, de forma codificada, la información genética de cada individuo y se encuentra en las células del cuerpo humano. Está organizada en forma de una larga escalera en espiral, cuyos escalones lo componen cuatro bases repetitivas conocidas como adenina, guanina, citosina y timina (AGCT), las cuales se combinan de dos en dos, formando unos pares básicos, ya sea A-T ó C-G (como escalones). Cada célula en su núcleo tiene 46 cromosomas, excepto el esperma y el huevo de la mujer que contienen 23 cromosomas cada uno. En el momento de la concepción habrá entonces los 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por ende, cada persona hereda de su padre y de su madre mitad y mitad de su material genético.

La materia genética está codificada por esas cuatro bases repetitivas que forman los pares básicos. La mayor parte del orden de los tres mil millones (3,000,000,000) de pares básicos del ADN que se encuentran en cada una de nuestras células es la misma de individuo a individuo. De allí a que todos tengamos dos orejas, una nariz, dos ojos, respiremos, etc.; es lo que nos hace seres humanos. Esos pares básicos compartidos se conocen como monomórficos. El resto de ADN, aproximadamente tres millones de pares básicos (3,000,000), es significativamente distinto de un individuo a otro. Estos pares básicos distintos se conocen como polimórficos, y constituyen una décima parte de un uno por ciento (0.1%) de los pares que componen nuestro ADN. Al ser el ADN de cada persona único y específico, excepto el de los gemelos idénticos, estos fragmentos polimórficos particulares de cada individuo constituyen la huella personal en cada núcleo celular. Son estos fragmentos polimórficos los que ayudan a establecer patrones discriminatorios en aras de establecer las relaciones filiales. Es en esos fragmentos (locus) polimórficos donde encontramos unas localidades específicas (loci) que representan determinadas expresiones genéticas heredadas (alelos). De forma tal que, al examinar una localidad genética en los cromosomas del menor obtenemos un fragmento aportado por la madre y otro aportado por el padre que comúnmente serán distintos". (Costas Lugo, 1998) (p. 10-12).

“Los cromosomas son cuerpos en forma de filamento portadores de los genes que se encuentran en el núcleo de las células y son considerados los portadores de la información biológica. Cada célula del cuerpo humano tiene 23 pares de cromosomas, las reproductoras (óvulos o espermatozoides) que contienen la mitad. Los cromosomas están formados por ADN, que es el material genético de los órganos vivos descrito por primera vez por Watson y Crick como una estructura formada por dos cadenas de nucleótidos trenzadas en una doble hélice. Dentro del genoma se puede distinguir dos tipos de ADN: el codificante y el no codificante. El codificante, formado por frecuencias en las cuales hay pocas variaciones entre individuos, esté. Constituido por fragmentos del ADN que determinan a los diferentes genes que definirán las características de las personas a través de la síntesis proteica. Al ADN no codificante no se le relaciona con la síntesis de proteínas, no se ha descubierto su función biológica, esto es, aunque forma parte de la estructura interna del ADN, no se traduce y, por tanto, no aporta información al producto final, la proteína.

El descubrimiento en 1980 de los polimorfismos del ADN en el genoma humano la demostración de que este rico acervo de variabilidad está ampliamente distribuido en las poblaciones humanas, permitió que los científicos forenses reconocieran el enorme potencial que ofrece el ADN para identificar criminales a partir de las muestras biológicas dejadas en la escena del crimen. Así, poco tiempo después, los tribunales de países como Inglaterra y Estados Unidos, admitieron las evidencias del ADN en litigaciones criminales y civiles, lo que a su vez favoreció que su utilización se extendiera rápidamente a todo el mundo.

El uso de la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) para la caracterización del ADN humano ha proporcionado una poderosa herramienta para los análisis forenses y de paternidad. Con los loci o marcadores de VNTR (número variable de repeticiones en serie), STR (repeticiones cortas en serie) y SNPs (Polimorfismos de nucleótidos únicos) disponibles en nuestros días, el valor del análisis del ADN como herramienta de investigación forense es extraordinario debido al gran número de genotipos que existen en la población, el cual conduce a una alta probabilidad de encontrar patrones genéticos exclusivos de cada individuo. Esto significa una enorme probabilidad de excluir cualquier individuo falsamente acusado y una posibilidad muy pequeña de apareamiento erróneo, resolviendo con mucha confianza cualquier disputa de paternidad.

Las normas internacionales promovidas entre otros por la Sociedad Internacional de Genética Forense exigen la existencia y publicación de datos nacionales que sustenten los análisis bioestadísticos en aquellos casos en que no se logra encontrar una exclusión, tanto en las investigaciones biológicas de paternidad, como en los análisis de vestigios biológicos de interés criminalístico.

4.1.2. Estructura del ADN

La molécula de ADN está constituida por dos largas cadenas de nucleótidos unidas entre sí formando una doble hélice. Las dos cadenas de nucleótidos que constituyen una molécula de ADN, se mantienen unidas entre sí porque se forman enlaces entre las bases nitrogenadas de ambas cadenas que quedan enfrentadas.

La unión de las bases se realiza mediante puentes de hidrógeno, y este apareamiento está condicionado químicamente de forma que la adenina (A) sólo se puede unir con la Timina (T) y la Guanina (G) con la Citosina (C).

La estructura de un determinado ADN está definida por la “secuencia” de las bases nitrogenadas en la cadena de nucleótidos, residiendo precisamente en esta secuencia de bases la información genética del ADN. El orden en el que aparecen las cuatro bases a lo largo de una cadena en el ADN es, por tanto, crítico para la célula, ya que este orden es el que constituye las instrucciones del programa genético de los organismos.

Conocer esta secuencia de bases, es decir, “secuenciar” un ADN equivale a descifrar su mensaje genético.

La estructura en doble hélice del ADN, con el apareamiento de bases limitado (A-T; G-C), implica que el orden o secuencia de bases de una de las cadenas delimita automáticamente el orden de la otra, por eso se dice que las cadenas son

complementarias. Una vez conocida la secuencia de las bases de una cadena, se deduce inmediatamente la secuencia de bases de la complementaria.

4.1.3. Técnicas de análisis de estos polimorfismos en genética forense.

La técnica de análisis directo del ADN y no de la proteína generada se ha aplicado con los descubrimientos de 1980 en adelante. Con el trabajo de Wyman y White en 1980 (Cal Teba, 2001), dieron el primer paso en la identificación genética por medio del ADN al descubrir un locus polimórfico caracterizado por un número de fragmentos de restricción de longitud variable, aunque el verdadero uso en la medicina forense se inicia por Jeffreys y colaboradores en 1985.

Los primeros polimorfismos en utilizarse fueron los denominados RFLPs, “Restriction Fragment Length polymorphism”, BASADOS EN LA LONGITUD DE LOS FRAGMENTOS DE RESTRICCIÓN. Se identificaron mediante la digestión de ADN con enzimas de restricción y posteriormente de hibridación con sondas. El problema de la legalidad de inmigración en el Reino Unido fue el primer caso resuelto con estos polimorfismos.

Primero se usaron las sondas multilocus “Multilocus Probe”, MLPs, que detectaron múltiples loci Minisatélite bajo condiciones poco rigurosas de hibridación, dando lugar a un complejo patrón de bandas. Estas bandas corresponden a distintos loci con secuencias relacionadas entre sí y se consideró que serían prácticamente distintas para cada individuo por lo que se les llamó Huellas Genéticas o Huellas del DNA (DNA fingerprints).

Después se comienza a utilizar sondas que detectan un único locus (Wong et al. 1987) denominadas sondas unilocus (Single Locus Probe, SLPs) que proporcionan dos bandas según el carácter homocigótico (semen u óvulo) o heterocigótico (células de tejidos) del individuo. De esta manera se obtiene un perfil unilocus de ADN (DNA profile).

En el 2003 solo las sondas unilocus debidamente caracterizadas están reconocidas para usos forenses. Han supuesto una mejora en la investigación biológica de la paternidad, pero aún tienen limitaciones importantes para su uso en criminalística.

Un método alternativo y en determinados casos que el uso de sondas unilocus utilizadas en la medicina forense es el método de la Reacción en Cadena de la Polimerasa, PCR (Polimerase Chain Reaction).

En los últimos años se ha avanzado en varias tecnologías encauzadas al análisis de STRs tales como Light Cycler, tecnología que permite llevar a cabo en una misma reacción las amplificaciones por PCR de un fragmento de ADN; chips o Arrays de ADN,

que es un sistema en miniatura que incorpora cientos de miles de sondas en fases alélicas y que según los expertos promete mucho; Espectrofotometría de Masas, que permite el análisis en cuestión de segundos pero requiere de cadenas superiores a 100 pb. Los productos a analizar se cristalizan, se volatilizan y se someten a un campo eléctrico en fase gaseosa, determinándose así el peso molecular del ADN en función del tiempo de recorrido.

Para separar el ADN satélite del ADN genómico restante se somete a centrifugación en gradiente de densidad de Plata – Sulfato de Cesio obteniéndose dos bandas, la de menor densidad corresponde al ADN satélite.

Se distinguen los tipos I, II, III y IV en un función de su densidad que está en relación el mayor o menor contenido de GC (Singer, 1982) y representan del 2 al 6% del genoma.

4.1.4. Antecedentes

La historia del ADN puede dividirse en tres partes. La primera parte cubre de 1869 a 1943. Esta época se inició con el descubrimiento de un nuevo compuesto fosfórico orgánico, en las células ricas en materia nuclear. Inicialmente se le llamó nucleína y posteriormente cromatina. Se descubrió que este compuesto constaba de ácido desoxirribonucleico (ADN) y de proteína.

El análisis de ADN mostró que contenía cuatro clases de unidades estructurales, llamados nucleótidos. El ADN se distingue del ARN (ácido ribonucleico) por tener un azúcar diferente, la desoxirribosa, en lugar de ribosa, y una base distintiva, la timina, en vez del uracilo. En esta época no había certeza de que el ADN podría ser el material genético, más bien se consideraba que eran las proteínas las que tenían esa propiedad.

La segunda época empieza en 1944 y finaliza en 1960. Este período inicia con la primera evidencia de que el ADN es sustancia genética. En efecto, en 1944 se descubre que el ADN preparado a partir de una cepa de neumococo podría transformar a otra cepa. El ADN purificado transportaba un mensaje genético que podía ser asimilado y expresado por células de otra cepa. Posteriormente se admitió que el ADN era una molécula mucho más compleja que la repetición de un tetra nucleótido y que variaba su composición de unos organismos a otros.

Un segundo descubrimiento importante en esta época fue hecho en 1956 cuando se descubrió la estructura complementaria y bifilar (dúplex) del DNA y con ello se reconoce de cómo podía replicarse esta molécula.

Con base en estos descubrimientos y otros que posteriormente vinieron, llevaron a la conclusión que el ADN tiene dos funciones principales, separadas entre sí: Una de estas funciones es transportar la información genética que conlleva el fenotipo especial

de la célula. La otra función principal del ADN, es su propia replicación. Para duplicar el genotipo de la célula, el ADN actúa de molde para convertir un cromosoma en dos cromosomas idénticos.

La tercera época cubre de 1960 hasta nuestros días. A partir de esa época, la genética y el ADN se han convertido en una rama de la bioquímica.

4.2. Prueba de ADN

De acuerdo a Carracedo, la Genética forense es una especialidad de la Genética que incluye *“un conjunto de conocimientos de Genética necesarios para resolver ciertos problemas jurídicos”*.(Carracedo, 2014) (p. 1).

Aunque la ciencia ha evolucionado para que la Genética Forense pueda colaborar en la resolución de conflictos criminales, aún la existencia de laboratorios de Genética Forense es un privilegio que se da solo en los países desarrollados. Por ejemplo, En Europa hay aproximadamente 300 laboratorios de Genética Forense. En España hay alrededor de 40 aunque alrededor de una docena realizan pruebas de investigación criminal. (Carracedo, 2014) (p. 2).

De acuerdo a Carracedo antes de la aplicación del ADN a la investigación criminal, *“los marcadores genéticos que se utilizaban para estas finalidades (HLA, proteínas, enzimas, grupos sanguíneos) presentaban grandes limitaciones cuando se trataba de analizar muestras degradadas o en minúscula cantidad lo que sucede con mucha frecuencia en el trabajo forense. Esto era particularmente cierto para el análisis de esperma o manchas de esperma y pelos o cabellos donde era excepcional proporcionar algún dato acerca de la correspondencia de un vestigio a un presunto agresor con lo que la ayuda a la justicia era muy limitada”*.(Carracedo, 2014)(p. 2).

Carracedo continúa indicando que, *“Los polimorfismos de ADN de mayor uso en medicina forense se encuentran en el ADN repetido en tandem y clásicamente se utilizan los denominados mini satélites y micro satélites que consisten en repeticiones de fragmentos de ADN de número variable. La repeticiones en el ADN micro satélite son de tamaño pequeño (de 2 a 6 pares de bases) por lo que se suelen denominar STRs (“short tandem repeats”). Poniendo un ejemplo, un STR puede tener una estructura como ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT ACTT...hasta un número n de repeticiones. Los individuos nos diferenciamos por el número de repeticiones de esa secuencia. Un individuo 8-12 para ese STR significa que tiene 8 veces la unidad de repetición (ACTT) en un lugar específico de un cromosoma (locus génico) y 12 veces en el locus correspondiente del cromosoma homólogo. Los mini satélites y micro satélites además de ser extraordinariamente polimórficos (esto es variables entre los individuos de una población), poseen una herencia mendeliana simple. Esto significa*

que el individuo 8-12, que antes pusimos de ejemplo, ha heredado uno de los alelos de su madre y otro de su padre biológico. En el campo forense utilizamos básicamente STRs de 4bp y 5bp en la unidad de repetición. Los de menos repeticiones son muy propensos a artefactos (bandas tartamudas) lo que dificulta la interpretación de perfiles de ADN obtenidos a partir de mezclas de diferentes individuos”.(Carracedo, 2014) (p. 2-3).

Un aspecto relevante en la Genética Forense es la huella genética (también llamada prueba de ADN o análisis de ADN) es una técnica que se utiliza para distinguir entre los individuos de una misma especie utilizando muestras de su ADN. Su invención se debe al doctor Alec Jeffreys, de la Universidad de Leicester, quien dio a conocer su nueva técnica en 1984.

La técnica se basa en que dos seres humanos tienen una gran parte de su secuencia de ADN en común y para distinguir a dos individuos se puede explotar la repetición de secuencias altamente variables llamadas mini satélites o satélites. Dos seres humanos no relacionados será poco probable que tengan el mismo número de mini satélites en un determinado locus. En el SSR/STR de perfiles (que es distinto de impronta genética) la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) se utiliza para obtener suficiente ADN que permita detectar el número de repeticiones en varios casos. Es posible establecer una selección que es muy poco probable que haya surgido por casualidad, salvo en el caso de gemelos idénticos, que tendrán idénticos perfiles genéticos.

La huella genética se utiliza en la medicina forense para identificar a los sospechosos con muestras de sangre, cabello, saliva o semen. También ha dado lugar a varias exoneraciones de condenados. Igualmente se utiliza en aplicaciones como la identificación de los restos humanos, las pruebas de paternidad, la compatibilidad en la donación de órganos, el estudio de las poblaciones de animales silvestres, y el establecimiento del origen o la composición de alimentos. También se ha utilizado para generar hipótesis sobre las migraciones de los seres humanos en la prehistoria.

Además de este ADN autosómico heredado al 50% de nuestros progenitores, otros dos tipos de ADN humano tienen gran interés en las investigaciones forenses.

El ADN mitocondrial (mtADN) es un pequeño genoma localizado dentro de las mitocondrias que es heredado por vía materna. Todos los miembros de un mismo grupo familiar que compartan esta línea tendrán el mismo mtADN. Dado que la variabilidad genética de su secuencia es menor que la del genoma nuclear, el perfil genético que se obtiene presenta un poder discriminación mucho más limitado. Por otro lado, su mayor ventaja es que se encuentra en un gran número de copias en cada célula (hay entre 100 y 1000 copias de mtADN por una de genoma nuclear) y, por tanto, se puede

detectar en muchos casos en los que no es posible la obtención de ADN nuclear (p.ej: tallos de pelos, restos óseos antiguos,...).

El estudio del ADN del cromosoma Y, implica que todos los miembros varones de un grupo familiar que compartan la línea paterna tienen el mismo haplotipo de cromosoma Y. El análisis de sus regiones STR (Y-STR) permite obtener un patrón genético específico del varón, lo que resulta muy útil en la identificación genética de restos de semen y otros fluidos biológicos en los casos de agresiones sexuales a mujeres.

Indica Carracedo que también está cobrando mayor auge el estudio de variaciones nucleotídicas simples en región codificante (SNPs) del ADNmt que permiten definir con mayor precisión el haplogrupo al que pertenece una muestra lo que aumenta su valor identificativo. (Carracedo, 2014) (p. 5).

Indica Carracedo que el ADNmt es importante en genética forense en dos circunstancias: en el análisis de pelos y cabellos y en el análisis de muestras degradadas. En muestras degradadas es conveniente partir de restos óseos. La mayoría de laboratorios utilizan el ADNmt, siendo su mayor problema el control de la contaminación y la valoración estadística. En este sentido, la Sociedad Internacional de Genética Forense (ISFG) ha publicado recomendaciones para su uso adecuado. (Carracedo, 2014) (p. 6).

El ADN en general se utiliza principalmente para:

- (1) La identificación de vestigios biológicos de interés en la investigación criminal de muy diversos delitos.
- (2) La identificación de restos humanos y personas desaparecidas.
- (3) La investigación biológica de la paternidad y otras relaciones de parentesco.

Se considera que en materia criminal, el ADN empezó a utilizarse en 1985. La primera técnica que se utilizó fue el RFLP (por sus siglas en inglés). Se llamaba Multilocus y tenía la característica de revelar la imagen del perfil de un individuo con una forma parecida a un código de barras. Esta técnica evolucionó considerablemente porque inmediatamente surgieron problemas en relación con la sensibilidad de estos métodos. Posteriormente, se iniciaron los análisis llamados mono locus, que eran diez veces más sensibles que los precedentes. (Saint-Dizier, 2014) (p. 66).

Cuando se tiene dificultad debido a la cantidad de material, se recurre a otros métodos, como el llamado CPR y que tiene como característica principal que permite hacer copias del ADN aunque no de tu totalidad sino de ciertas zonas del ADN. Esto permite

determinar quién es el propietario de aquellas células sin preocuparse por la cantidad.(Saint-Dizier, 2014) (p. 66).

Sin embargo, la técnica más común es la llamada STR. En esta técnica se utiliza la secuencia del ADN mitocondrial. Aunque esta técnica es muy útil, presenta dos inconvenientes: *“su origen es únicamente materno, por tanto, cuando se establece un perfil partir de este ADN hay que saber que todos los hermanos e, incluso, los primos de una misma familia tendrán el mismo perfil”*.(Saint-Dizier, 2014) (p. 68). En algunas circunstancias esto podría presentar dificultades para la aclaración de una investigación criminal.

El segundo inconveniente, Saint-Dizier lo ilustra con el caso de la identificación del esqueleto del Zar Nicolás II. “En 1951 se encontraron unos huesos en Siberia y se suponía que pertenecían a este zar. Para verificar esta identidad se tomaron muestras de un primo suyo lejano – el príncipe Felipe, duque de Edimburgo – para comprobar la filiación existente entre estos dos familiares lejanos. Pero cuando se obtuvieron los resultados se vio que el esqueleto daba el perfil de dos tipos diferentes de ADN mitocondrial, uno de los cuales era parecido al que se había obtenido del duque de Edimburgo. Tuvimos problemas graves de interpretación a partir de esto. En 1997 un equipo norteamericano exhumó el cadáver del hermano del último zar y se hizo la misma manipulación: se verificó su ADN mitocondrial y se encontraron los mismos tipos, por lo que se ha supuesto que era una herencia materna. De esta manera, los rusos han podido enterrar a Nicolás II con su propia identidad”.(Saint-Dizier, 2014) (p.68).

Granados indica que el proceso análisis del ADN consta de los siguientes pasos:

- **Extracción:** Por medio de cualquier célula que posea núcleo se puede obtener el ADN, ya sea desde una gota de sangre, un pelo o saliva son suficientes. Para procesar dichas muestras, se añaden reactivos que rompen las membranas de las células y liberan el ADN contenido en ellas, limpiándolo de restos como proteínas y otros compuestos orgánicos.
- **Amplificación:** Una vez seleccionados los fragmentos de ADN que interesan, a través de una técnica llamada reacción en cadena de la polimerasa (PCR), se multiplican los fragmentos escogidos, obteniendo millones de copias.
- **Electroforesis:** Por medio de una descarga eléctrica se separan los fragmentos que se han amplificado y con la ayuda de potentes equipos automatizados, se visualizan los resultados en forma de bandas o picos.

- Comparación: Se comparan las secuencias obtenidas en una determinada muestra con la de otra muestra de ADN y se observan las coincidencias para verificar si ambas secuencias pertenecen a la misma persona, corresponden a padre e hijo o no tienen ninguna relación.(Granados Mérida, 2015)(p. 9).

4.3. El ADN como medio de prueba en el Proceso Penal

En la actualidad, el conocimiento científico que se ha logrado de la genética humana y específicamente de los atributos del ADN ha permitido que las pruebas de ADN en forma paulatina se hayan incorporado como elementos de prueba en la resolución de conflictos penales.

Una de las primeras experiencias del uso del ADN para resolver un problema criminal data de los años ochenta, en donde Alec Jeffreys, quien en 1985 había publicado su investigación “huella genética”. Esta técnica, nueva en ese momento, permitía distinguir entre los individuos de una misma especie usando muestras de ADN.

Jeffreys participó en la resolución de un hecho criminal mediante la aplicación de técnicas de ADN: el caso de los asesinatos de Lynda Mann y Dawn Ashworth en Reino Unido fueron resueltos en 1988 al identificar al asesino (Colin Pitchfork) utilizando las novedosas técnicas de ADN.

Desde entonces el uso del ADN se ha vuelto común en muchos países del mundo y tal como se analizará en el siguiente capítulo, su uso se ha regulado en muchas normativas procesal penales.

Es innegable la contribución del ADN a la contribución de hechos criminales. Sin embargo, Acón llama a la reflexión sobre algunos riesgos que conlleva. Estos riesgos se pueden identificar en dos fenómenos: “el efecto csi” y “una cierta banalización de la prueba de ADN”.((Acón Ortego, 2015) (p. 2).

El Efecto “CSI”, que son las siglas en inglés del nombre de un conocido programa de televisión, “Crime Scene Investigation”, se refiere al estereotipo de que las pruebas de ADN son infalibles de resultados inmediatos, puede llevar a generar falsas expectativas en la ciudadanía y generar una visión distorsionada en los sujetos procesales principalmente jueces, fiscales y en donde aplica, jurados. (Acón Ortego, 2015) (p. 2).

Para ello, Arcón hace las siguientes recomendaciones en la utilización de la prueba de ADN:

1. La toma y/o recogida de muestras ha de realizarse por personal especializado.
2. La cadena de custodia de la prueba debe ser rigurosa y válida.

3. Los laboratorios encargados del análisis deben superar un examen minucioso, tanto en relación con los procedimientos utilizados como con la documentación de esos procedimientos. Se ha de requerir una acreditación previa por un organismo externo que valide la calidad del laboratorio.
4. El informe pericial de análisis también debe ser riguroso y conforme a los estándares técnicos aprobados por organismos internacionales.
5. El informe pericial ha de contener una información rigurosa, y presentarse de tal forma que pueda ser examinado y valorado por la autoridad judicial encargada de la investigación.
6. Si se adopta un enfoque probabilístico, se deberá establecer la validez de las bases de datos de población utilizadas.
7. En general, todo el proceso ha de estar sometido a control judicial (garantías). (Arcón Ortego, 2015) (p. 2-3).

El otro riesgo que Arcón plantea está relacionado con el de las garantías y se refiere a una cierta “banalización de la prueba de ADN”, y de los derechos que pueden resultar comprometidos”.

“En ocasiones, principalmente desde sectores policiales o incluso desde sectores judiciales y fiscales, de forma un tanto contradictoria, se tiende a priorizar la finalidad de la investigación a través de técnicas de ADN, por los rápidos y fiables resultados que proporciona, frente al riesgo de lesión de los derechos fundamentales en conflicto. Se tiende a “banalizar” la prueba de ADN bajo el argumento de que apenas ocasiona lesión a los derechos de la persona afectada – la incidencia en derechos como la intimidad o integridad física es mínima, afirman quienes defienden esta idea –, y de este modo se “suavizan” todas las garantías del proceso, referidas a la toma y recogida de muestras biológicas, derechos del imputado, asistencia letrada, derecho a interponer recursos, etc... para hacer prevalecer las necesidades de la investigación criminal y los resultados condenatorios que por esta vía se obtienen. En nuestra opinión, este tipo de argumentaciones equivocan el planteamiento, como luego veremos, y al final dan lugar a un resultado contrario al pretendido, pues reducir las garantías procesales para conseguir un rápido resultado condenatorio, en la práctica no consigue otro efecto que el poner en duda toda la investigación policial y judicial desde su inicio, y dar mayor y mejor munición a la defensa de los imputados”. (Arcón Ortego, 2015) (p. 3).

Por su parte Vargas, manifiesta que una de las grandes debilidades en el uso de pruebas genéticas basadas en ADN está en la recogida y envío de muestras al laboratorio y que tienen incidencia en su labor probatoria: “Las fallas en que se puede incurrir durante el procedimiento de análisis de ADN desde su inicio hasta su conclusión

pueden venir determinadas, no sólo por una deficiente aplicación del método científico - detectable si se aplican las normas de estandarización y los debidos controles de calidad-, sino también por el defectuoso desarrollo de la fase que se sucede con anterioridad a la llegada de los vestigios o muestras al laboratorio”. (Vargas Avila, 2010) (P.134-135).

Vargas agrega también que, “Uno de los principales inconvenientes que presenta el método de análisis de ADN deriva del hecho de que las muestras o vestigios no se encuentran con frecuencia en el estado más idóneo para su posterior tratamiento en laboratorio. Dicho fenómeno se conoce como contaminación de las muestras o vestigios, y puede obedecer a la presencia, junto con la muestra o vestigio de interés, de otros productos extraños de origen bioquímico o químico (contaminación química tintes, colorantes, pinturas, carburantes, etc.-) o de vestigios biológicos procedentes de otras personas (contaminación biológica). Esta contaminación puede tener su origen en la existencia, con anterioridad al depósito de los vestigios o elementos materiales de prueba de interés, de cualquiera de los productos señalados y que pueden inducir a confusión (contaminación previa), en definitiva, antes de la comisión de los hechos criminales que provocaron los vestigios directamente relacionados con la causa”.(Vargas Avila, 2010) (p. 9).

“Las pruebas científicas han incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso depende de que concurren las circunstancias que las hacen válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente. El perito tiene una responsabilidad al respecto: comunicar al juez, en los términos más rigurosos y claros posibles, el margen de incertidumbre de la opinión que emite. Pero es al juez a quien corresponde verificar la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión que debe adoptar”.(Vargas Avila, 2010) (p. 144).

Una de las características más importantes de la prueba de ADN es su fiabilidad. En efecto, Granados indica, “aunque en rigor y como enseguida se dirá la prueba es básicamente de naturaleza estadística, si se realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse en la mayoría de los casos como incuestionablemente verdaderos. Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones de realización no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta incluso anularse. En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por de contado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad”. (Granados Mérida, 2015) (p. i-ii).

Una de los usos más importantes del ADN es la creación de bases de datos con propósitos de investigación criminal, en las que los perfiles de ADN anónimos obtenidos

de vestigios biológicos de la escena del delito pueden ser comparados de forma sistemática entre sí, así como con los obtenidos de individuos que son sospechosos o condenados en una causa penal, ofreciendo una herramienta muy eficaz de identificación humana con una alta potencialidad para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido y, especialmente, aquellos en los que existe una alta reincidencia.

La utilización de estas bases de datos cobra también una vital importancia en los procesos de identificación de desaparecidos en conflictos bélicos o en grandes catástrofes que afectan a un gran número de víctimas cuyo estado de conservación puede limitar, o incluso imposibilitar, la identificación de los cuerpos por los métodos forenses convencionales. Los perfiles genéticos obtenidos pueden ser comparados de forma sistemática con un índice de perfiles de referencia de familiares (saliva o sangre), u obtenidos de muestras ante-mortem de las víctimas (Cepillos de dientes, peines,...).

Los principales pasos del análisis y las técnicas moleculares empleadas son:

1. “Tras la recogida de las muestras y el envío al laboratorio, los genetistas forenses proceden a la obtención de los perfiles genéticos de las muestras debitadas (sangre, semen, saliva, orina, pelos, tejidos, restos celulares en objetos usados o tocados...) y las muestras de referencia (normalmente una toma bucal mediante hisopo o una muestra de sangre) utilizando los siguientes procedimientos:
2. Extracción y purificación del ADN: Cuantificación del ADN humano obtenido para asegurar así la obtención de perfiles de alta calidad y reproducibilidad.
3. Amplificación y marcaje fluorescente de las regiones variables de ADN de interés (STR, mtDNA, Y-STR) utilizando la reacción en cadena de la polimerasa (PCR).
4. Separación por electroforesis y detección de los segmentos de ADN marcados generados mediante PCR.
5. Comparación de los perfiles genéticos obtenidos e interpretación de los resultados”. (Alonso Alonso, 2011) (p. 4).

De acuerdo a Saint-Dizier, las dos grandes evoluciones del ADN han sido, las encuestas de masa y la implementación de ficheros de huellas genéticas.

En el plano de la investigación, se utiliza cada vez más, las encuestas de masa, que consiste en analizar muestras – sobre los elementos que se han tomado de la escena de un crimen – no de uno, dos o tres individuos, sino de toda la población.

Asimismo, los ficheros de huellas genéticas sirven para intentar acercar asuntos entre sí y determinar la identidad del autor de estas cuestiones. (Saint-Dizier, 2014) (p. 69).

Los resultados se expresan mediante un informe. Un informe es una descripción formal de un caso o investigación. Un informe forense explica lo que los investigadores han hecho, la forma en que lo han logrado y lo que piensan es la mejor interpretación posible. Es muy importante porque tiene que ser capaz de explicar los resultados de una investigación y, posiblemente, a un juez y potencialmente a un jurado, y estas personas no han asistido/presenciado el crimen o la investigación. En algunos países no existe un protocolo específico para la preparación de un informe de este tipo, pero los científicos deben abordar los siguientes puntos:

1. El informe de síntesis
2. El contexto de la investigación (como el autor se involucró en ella)
3. Las calificaciones del autor (que permite que sea considerado como una autoridad en el tema)
4. Los materiales, métodos y límites (que trabajo se hizo, cómo y por qué, y los problemas encontrados para profundizar la investigación y / o análisis)
5. Los resultados (lo que involucran los indicios)
6. La interpretación de los resultados (lo que significan los indicios)
7. Las conclusiones (un segundo resumen corto del informe que recuerda los descubrimientos y su importancia)
8. La bibliografía (cuales fueron las fuentes de información utilizadas: bibliografía especializada, entrevistas, etc).

En resumen, la huella genética y otras pruebas en donde se utiliza el ADN han venido cobrando vigencia en el campo del proceso penal. Sin embargo, vale la pena traer a colación el comentario de Ramallo sobre la validez de esta prueba: “Es evidente que la validez de la prueba dependerá de su correcta realización técnico-científica, esto es, como indicábamos más arriba, que se realice por personal cualificado, siguiendo los protocolos correctos y prestando atención escrupulosa a las técnicas de aislamiento para evitar las contaminaciones durante el trabajo, etc. Para que ésta ofrezca garantías de certeza es necesario que el centro científico que la lleve a cabo cuente con medios materiales y técnicos suficientes, y con un equipo de expertos de reconocida competencia. Por ello, cuando se plantea en un proceso la práctica de esta prueba se encarga su realización a organismos de reconocido prestigio en la materia...” (Ramallo Machín, 2015)(p. 41).

4.4. El ADN y su uso en el Proceso Penal Guatemalteco

El uso de la huella genética es de cada vez más uso en Guatemala. En palabras de Granados, “*El potencial de la huella genética ADN es de tal magnitud que su uso en los tribunales de Guatemala, se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes*

son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica de interés criminal, puede ser muy útil para esclarecer casos de asesinatos y violaciones”.(Granados Mérida, 2015) (p. i).

4.4.1. EL Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF)

Es conveniente mencionar que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), entidad creada en 2006 mediante el Decreto número 33-2006 del Congreso de la República. Mediante este decreto se promulga la Ley Orgánica del INACIF.

De acuerdo al artículo 1 de dicho decreto, el Inacif “*es una institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional, personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene competencia a nivel nacional y la responsabilidad en materia de peritajes técnicos científicos*”.

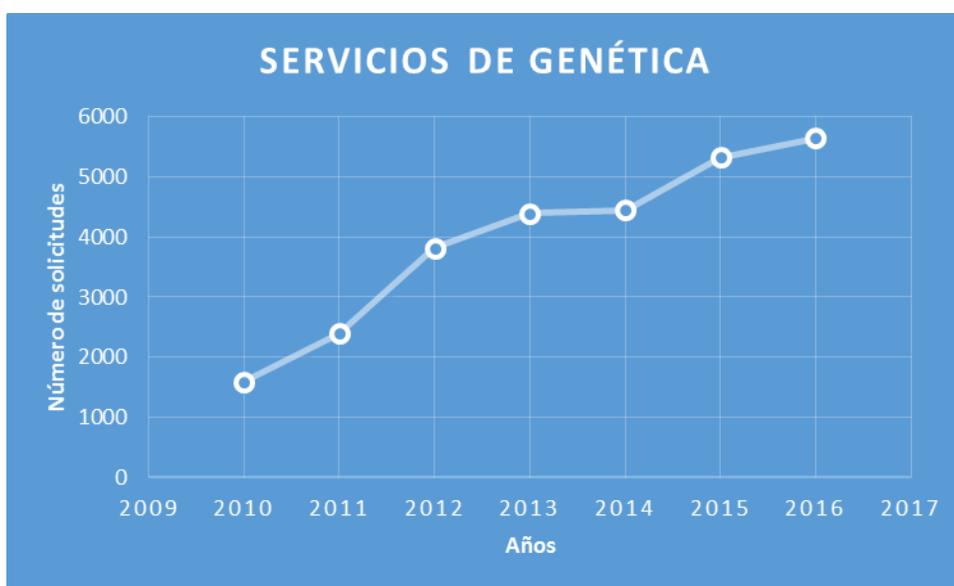
De acuerdo al artículo 2, el Inacif tiene como propósito “*la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente, emitiendo dictámenes técnicos científicos*”.

Dentro de los servicios que presta el Inacif están: Medicina forense, laboratorios de criminalística, que incluye Genética. También el Inacif realiza el seguimiento pericial. En la parte de Genética los servicios específicos ofrecidos por INACIF son:

1. Análisis para establecer filiaciones por paternidad o maternidad.
2. Realizar análisis genéticos para determinar transferencia de fluidos biológicos que permitan establecer nexos entre víctima-sospechoso-escena del crimen.
3. Identificación de cadáveres – que no han sido plenamente identificados por otros métodos.

De acuerdo a estadísticas presentadas por INACIF se observa que el servicio de genética en el ámbito criminal ha ido en aumento. En efecto, en la gráfica uno se observa la tendencia creciente en el requerimiento de servicios de genética. Durante el período 2010-2016, los requerimientos de servicios de genética, como parte del laboratorio criminal, aumentaron en 25% anual.

Gráfica 1
Guatemala: INACIF
Servicios de Genética
Período 2010-2016



Fuente: Elaboración propia con base en información de INACIF.

4.4.2. **Garantías Constitucionales que se podrían vulnerarse por la práctica de la prueba de ADN**

Se reconoce al individuo un conjunto de derechos y es el Estado quien asume las obligaciones correlativas. En tal sentido, en el sistema interamericano, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Por lo que resulta sumamente importante analizar si al momento de la recogida o practica de la prueba de ADN dentro del proceso penal el Estado en el pleno uso de su soberanía incumple con su respeto y protección o abusa del *Ius puniendi* o no lo aplica. Violentando a su las siguientes garantías Constitucionales:

- **La dignidad de la persona humana:** La persona humana para realizarse en sociedad necesita el respeto y reconocimiento de sus semejantes como persona, para tener buena autoestima. También se afirma que el ser humano tiene dignidad porque fue creado a imagen y semejanza de su creador, lo que, lo hace diferente a los demás seres vivos, por lo que merece respeto y consideración de los demás seres humanos, Quiroga Lavié (1995) afirma que: La dignidad humana en realidad es, el presupuesto, como lo es la libertad (en general) del ejercicio de los demás derechos, pues ella se modaliza en el derecho a la intimidad, a la protección del honor, al desenvolvimiento de la personalidad, en la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y en la prohibición de castigos y azotes (de todo tipo de torturas).

Por lo que de la dignidad humana genera el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, y la gran mayoría de derechos humanos, sino es que todos ellos.

La dignidad humana: es una cualidad inherente de todo ser humano, que, por estar dotado de razón, le otorga derechos individuales que lo protegen de todo tipo de vejámenes y de vilipendios.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos regula en el artículo 5, numeral 2, que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.” Asimismo, la Convención Americana en el artículo 11, numeral 1, regula que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”

Se aprecia entonces, que la CADH considera que la dignidad humana nace con la persona, y que nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos crueles inhumanos o degradantes. Por lo que se puede afirmar que la dignidad lleva inmerso el reconocimiento de la persona, por el sólo hecho de ser persona humana.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española que regula específicamente la situación analizada. Asimismo, en Alemania existe jurisprudencia específica, estimando que la modificación coactiva de la extracción de sangre, del cabello o de la barba del inculpado no constituye un menoscabo a la dignidad humana, siendo una diligencia que representa, desde la perspectiva de la proporcionalidad, una injerencia de baja intensidad, pues altera el aspecto del inculpado sólo de forma Transitoria (ETXEBERRIA GURIDI, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Madrid, 1999), (p 570).

- **Derecho a declarar contra si mismo:** es menester analizar el principio que establece que nadie esta obligado a declarar contra si mismo, por lo que con el alto porcentaje de fiabilidad que arrojan los resultados de la prueba de ADN, pudiera ésta convertirse en una declaración fáctica de culpabilidad, con lo que supuestamente en consecuencia con el principio de que nadie esta obligado a declarar contra si mismos regulado en el artículo dieciséis de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: podría válidamente negarse a su toma, en función de la preservación de su derecho, constitucional, y ante el interés que se persigue en el proceso penal tal como lo es el de la averiguación de la verdad se enfrentan los intereses individuales del sospechoso de que se respeten sus garantías fundamentales.

Por lo que podemos decir que, así como los derechos fundamentales, desde el punto de vista del inculpado o sospechoso, tienden a proteger su seguridad, y libertad frente al Estado, lo investigación penal, por su lado tiene como finalidad la averiguación de la verdad y de la identificación de la persona que ha tomado parte en ellos, además de la preparación de un posible juicio.

En la actualidad de los casos que se presentan, la actividad de las averiguaciones o instrucciones requiere de medidas que provocan la limitación de algún derecho fundamental, lo cual reposa su justificación en el interés social de la persecución del delito; pero esa limitación no es general, sino que requiere de un profundo análisis y motivación respecto de cada supuesto.

En función a ellos la prueba arroja un resultado que no implica que el inculpado se encuentre obligado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitido de su culpabilidad. De esta manera, la posición se conjuga perfectamente con el deber ciudadano de colaborar con la justicia en el esclarecimiento de la verdad.

El Tribunal Constitucional guatemalteco ha sostenido en repetidos fallos que la diligencia de extracción de muestras de sangre no violenta la garantía contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de la República, por cuanto la práctica de la misma diligencia no puede ser equipada a obligar al sindicado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, sino constituye una modalidad de pericia no equiparable a la declaración, y la extracción de sangre, aún sin el consentimiento del agraviado no puede ser considerado un acto de tortura física o mental en su contra, pues se utiliza un procedimiento médico técnico que requiere una mínima intervención en la persona del sindicado, y bajo ese contexto se justifica la práctica de la diligencia en protección del interés público que faculta la investigación que las pruebas científicas deben practicarse sin que impliquen lesión a la dignidad o privacidad y sin que haya un trato cruel o degradante, lo cual con la extracción de muestra de sangre es posible, si se respetan los límites correspondientes.

Por lo que no supone una auténtica declaración de culpabilidad que afecte el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia, Hernández Ángel indica “no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice su contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, lo que exige una mínima colaboración, en absoluto equiparable a la declaración comprendida en aquéllas” (HERNANDEZ, Ángel Gil, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Colex, 1995.) (Sent. 107/85)

La Corte Suprema Nacional de los Estados Unidos, sostuvo que el principio constitucional no ampara al sujeto cuando él mismo es objeto de prueba, cuando constituye el objeto investigado, como es en el reconocimiento por otra persona. Consideró así que “no resulta violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra sí mismo”. Señaló que la presencia del imputado no es prueba en el sentido de la norma del caso; concepto además corriente y razonable del ejercicio de la facultad estatal investigadora de los hechos delictivos. (CSJN, “Cincotta”, Fallos 255-18) (“Schuster”, Fallos 300:894.)

4.4.3. Análisis de Percepción sobre el uso de ADN en Guatemala

Con el propósito de establecer la percepción sobre el uso de ADN en el sistema de justicia guatemalteco se procedió a elaborar una encuesta la cual fue completada por jueces y otros operadores de justicia que laboran en el área de Retalhuleu. En el anexo uno se presenta el formato de la encuesta elaborada y en el anexo tres se incluyen las gráficas que ilustran los resultados obtenidos en la encuesta.

Perfil de los Encuestados:

En las primeras cinco preguntas se puede resumir el perfil de los encuestados:

Pregunta 1: Sexo

Tal como se observa en la gráfica 2, el 58% de los encuestados es de sexo masculino lo que evidencia prevalescencia del sexo masculino en los encuestados.

Pregunta 2: Escolaridad

El 100% de los encuestados posee educación universitaria completa.

Pregunta 3: Otros estudios

En la gráfica 4 se muestra que solo el 17% de los encuestados posee un postgrado al menos en grado de maestría, por el contrario el 75% no dio respuesta por lo que se infiere que este porcentaje no posee estudio de postgrado.

Pregunta 4: Tiempo en el ejercicio de la profesión

Los resultados mostrados en la gráfica 5 muestran que la mayor parte de los encuestados posee vasta experiencia en el ejercicio de la profesión. En efecto, el 75% posee más de 5 años de experiencia y el 25% posee más de 10 años de experiencia.

Pregunta 5: Tiempo que lleva desempeñando el cargo de Juez:

Similares resultados a la pregunta anterior se obtuvieron en esta pregunta, tal como se ilustra en la gráfica 6. El 75% posee más de 5 años de desempeñar el cargo y el 33% posee más de 10 años en el desempeño del cargo. Estos resultados muestran una alta experiencia en el cargo.

Pregunta 6: ¿Conoce cuáles son los medios científicos de prueba regulados dentro de la legislación penal guatemalteca? A. Sí B. No

Tal como se ilustra en la gráfica siete, el 92% de los encuestados afirman conocer los medios científicos de prueba regulados dentro de la legislación penal guatemalteca. Asimismo, el restante 8% señala desconocer cuáles son los medios científicos de prueba regulados.

Pregunta 7: Si su respuesta fue "A" en la pregunta anterior, mencione cuáles:

Del 92% que dio una respuesta positiva en la pregunta anterior, el 42% mencionó la prueba de ADN, el 25% señaló las pruebas periciales y un porcentaje igual hizo referencia a la prueba balística. Tal como se ha indicado a lo largo del presente informe la prueba de ADN no está regulada en el marco jurídico nacional lo que evidencia la

falta de conocimiento de los entrevistados sobre la regulación de la prueba de ADN en la legislación guatemalteca.

Pregunta 8: En qué procesos es frecuente la práctica del examen de ADN, como medio científico de prueba:

El 58% de las respuestas dadas por los encuestados indica que en los procesos de delitos sexuales se utiliza esta prueba, un 28% señala que se usa esta prueba en los delitos contra la vida en tanto que el restante menciona que se usa en pruebas de filiación y paternidad.

Pregunta 9: ¿Qué valor probatorio le da el Tribunal al examen de ADN dentro de un proceso penal al momento de dictar sentencia?

El 84% de los encuestados coincide en que la prueba de ADN se le da valor probatorio como plena prueba mientras que el 8% indicó que como “legal casado” y un 8% como opcional.

Las respuestas son contundentes en demostrar que la prueba de ADN se utiliza como plena prueba.

Pregunta 10: ¿Es determinante el resultado positivo o negativo del examen de ADN, para condenar o absolver a una persona sindicada de la comisión de un hecho?

. El 75% de los encuestados considera que la prueba de ADN ha sido determinante a la hora de emitir sentencia. Esto muestra la importancia que la prueba ADN ya tiene en el proceso penal. El 25% restante considera que esta prueba no ha sido determinante

Pregunta 11: Al no estar regulada la prueba de ADN, como medio científico de prueba, ¿Cuál es la base legal que utilizan los sujetos procesales para poder solicitar la práctica de la misma

El 51% de las respuestas menciona que la base legal utilizada por los sujetos procesales para solicitar la práctica de ADN ha sido la de libertad de prueba, un 25% la menciona como una prueba pericial, mientras que el 16% la considera como anticipo de prueba. El restante 8% considera que no hay base legal para utilizar el examen de ADN como prueba.

Pregunta 12: ¿Existe personal especializado en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses que se encargue de practicar el examen de ADN?

El 75% de los encuestados considera que existe personal especializado en el INACIF para realizar las prácticas de ADN.

4.4.3. Ausencia de base de datos de ADN

Debe de considerarse que Guatemala aún no tiene institucionalizada una base de datos genética basada en las huellas de ADN. La creación de la base de datos es fundamental para contribuir en la investigación criminal. López de La Cruz, al respecto señala, *“Un archivo de identificación genética criminal, integrado por la información perteneciente a los imputados y autores de delitos graves o que a través de la reincidencia, demuestren peligrosidad y se constituyan en potenciales ejecutores de actos delictivos de mayor envergadura, así como con la información sobre los estudios realizados sobre la base de los indicios recogidos en la escena de los hechos y que servirán para una posterior confrontación, resulta ser un instrumento de fundamental importancia para la concreción de investigaciones con resultados positivos, de significativo aporte para la justicia al suministrarle pruebas con certeza científica y otorga seguridad a las víctimas minimizando la sensación de impunidad por el eventual no esclarecimiento del hecho delictivo”*. (López de la Cruz, 2010) (56).

5. DERECHO COMPARADO: ADN COMO MEDIO DE PRUEBA

5.1. España

Tal como se indicó anteriormente, a partir de la década de los ochentas se empieza a utilizar las huellas genéticas como elementos de prueba en la investigación criminal. De acuerdo a Ramallo, es en la década de los noventa que empieza a incorporarse en las legislaciones europeas, regulaciones para el uso de técnicas genéticas o de ADN.

Ramallo destaca algunos fenómenos derivados de la aplicación de las técnicas genéticas en Europa. *“Por un lado la notable expansión en el catálogo de infracciones penales cuya investigación y prueba admite el recurso a las técnicas de ADN; en segundo término a paralela reducción en la intensidad de la imputación exigible para acceder a dichas técnicas y en tercer lugar la reducción de las garantías que rodean la aplicación de las mismas”*.(Ramallo Machín, 2015)(p. 20).

En el caso de España, no es sino hasta en la década de los dos mil cuando empieza a institucionalizarse el uso de ADN en el proceso penal.

En efecto, la Ley Orgánica 15-2003 del Código Penal español modificó los artículos 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El propósito de estas modificaciones era normar la posibilidad de obtener perfiles de ADN a partir de muestras biológicas obtenidas en las escenas del crimen o extraídas a sospechosos y su incorporación a una base de datos para su uso en esa investigación específica.

A continuación se incluye el artículo 326 que forma parte del Capítulo I: De la Inspección Ocular y éste a su vez forma parte el Título V: De la comprobación del delito y averiguación del delincuente

Artículo 326:

“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.

A este fin, hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno

o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

.Artículo 363:

“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

En 2005, España se adhirió al Tratado de Schengen III junto a otros seis países europeos. En este tratado los países se “comprometieron a crear y mantener ficheros nacionales de análisis de ADN ya designar los ficheros susceptibles de ser consultados automáticamente por el resto de las partes. España formalizó estos ficheros mediante la emisión de la Ley 10-2007, “Reguladora de la Base de Datos Policial Sobre Identificadores Obtenidos a partir del ADN”. Con ello España, hizo posible el registro de ADN de vestigios biológicos de origen desconocido procedentes de la escena del delito, así como de los perfiles de ADN de “muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada...”.(Gómez Colomer, 2014)(p. 49). Bajo esta ley se regula la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. Bajo esta Ley se creó una base de datos de ADN obtenida de escenas de crimen, ya sea de sospechosos, detenidos o imputados. Eso con el propósito de utilizarlos en futuras oportunidades.

En el preámbulo de dicha Ley se establece su justificación:

1. De regular la utilización de datos que pueden obtenerse a través de los avances técnicos y científicos.
2. De dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos progresivamente por España en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos y a las obligaciones recíprocas con otros países para el intercambio de la información disponible en los respectivos ficheros.
3. Y de satisfacer la exigencia de investigación por parte de la sociedad a las autoridades judiciales y policiales encargadas de la persecución de los delitos.

Vale la pena mencionar que la propia Ley también establece determinadas garantías o limitaciones:

1. Una salvaguarda especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad: sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.
2. Una limitación en cuanto el objeto de la investigación criminal mediante perfiles genéticos: sólo procederá cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada.
3. Una importante garantía técnica: la exigencia de la obligatoria acreditación con que deberán contar los laboratorios que vayan a realizar los correspondientes análisis biológicos, siendo competente para conceder dicha acreditación la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.
4. Una limitación en cuanto al período de conservación de los perfiles genéticos: la Ley fija unos períodos de cancelación cuya duración dependerá del tipo del delito y de la resolución judicial con que finalice el procedimiento penal.

De acuerdo a Gómez Colomer, esta ley introdujo dos novedades importantes con respecto al artículo 363. Por un lado, esta ley permite la toma de muestras del sospechoso, detenido, o imputado de los delitos graves enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 sin necesidad de autorización judicial siempre que medie el consentimiento del afectado:

“Artículo 3. Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.

1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados”.

Por otro lado, esta Ley posibilita “que los perfiles de ADN puedan ser utilizados no solo en la investigación concreta por la que fueron obtenidos sino que también con otras investigaciones que se sigan por la comisión de alguno de los delitos para los que la propia ley habilita la inscripción de los perfiles de ADN en la base de datos”.(Gómez Colomer, 2014) (p. 5).

Derivado de la implementación de esta Ley, en España se tiene una base de datos con perfiles de ADN con más de 300 mil registros.

Otro avance importante en la institucionalización del ADN en el proceso penal español fue la creación de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN (CNUFADN). Esta entidad fue creada mediante Real Decreto 1977-2008 y empezó a funcionar en 2009.

Dentro de las funciones más importantes que tiene la CNUFADN están:

1. La acreditación de los laboratorios.
2. El establecimiento de criterios de coordinación entre los laboratorios, así como el estudio de todos aquellos aspectos científicos y técnicos, organizativos, éticos y legales que garanticen el buen funcionamiento de los laboratorios que integran la base de datos nacional de perfiles de ADN.
3. La elaboración ya probación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras.

4. La determinación de las condiciones de seguridad.
5. El mantenimiento de las relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del uso forense de los análisis de ADN.
6. La formulación de las propuestas, a los Ministerios de Justicia y del Interior, que se estimen necesarias para la eficacia de la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres”. (Gómez Colomer, 2014) (p. 6).

Una de las primeras tareas de la CNUFADN fue la aprobación del acuerdo sobre acreditación y control de calidad de los laboratorios. Este acuerdo era para darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10-2007 y que regula la acreditación de laboratorios:

“Artículo 5. Laboratorios acreditados.

1. Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios.

2. Sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse”.

En este acuerdo de la CNUFADN se establecen dos medidas fundamentales para garantizar la fiabilidad y la calidad de los análisis de ADN realizados por los laboratorios que aportan perfiles a la Base de Datos nacional de ADN. *“Por un lado, el deber por parte de los laboratorios de superar al menos un control de calidad externo anual de entre los reconocidos por la Sociedad Internacional de Genética Forense (Ejercicio GHEP---ISFG) o por la Red Europea del instituto de Ciencias Forenses (Ejercicio GEDNAP). Por otro lado, la obligación de los laboratorios a someterse aun proceso de evaluación de su competencia técnica por parte de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para alcanzar y renovar periódicamente la acreditación bajo la Norma ENISO/ IEC17025 referente a requisitos generales relativos a la competencia técnica de los laboratorios de ensayo y calibración”.*(Gómez Colomer, 2014) (p. 8).

Otro elemento importante en la implementación del ADN en el proceso penal español fue la implementación de estándares científicos para la toma de muestras. Se aplican recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética de la Sociedad Internacional Genética Forense. “Se trata de una guía general de recomendaciones para profesionales (médicos forenses, policía judicial,...) que

describe de forma muy completa los distintos tipos de muestras biológicas (de referencia, del lugar de los hechos y del cuerpo de la víctima) más apropiados según el tipo de investigación requerida, así como los procedimientos técnicos de recogida, empaquetado, documentación y cadena de custodia en cada caso”.(Gómez Colomer, 2014) (p. 9).

También se utilizan las recomendaciones para la Recogida y Remisión de Muestras con Fines de Identificación Genética en Sucesos con Víctimas Múltiples, en donde se establecen los tipos de muestras más adecuados y los procedimientos rutinarios, así como los formularios específicos de toma de muestras en el proceso de identificación genética.

Otro aspecto importante en el proceso penal español fue la elaboración de un catálogo de delitos susceptibles de toma de muestras de ADN para registro de la base de datos. Para elaboración este catálogo se tomó en consideración principalmente el Código Penal así como otras leyes.

En ese sentido, la Ley 10-2007 en su artículo 3.1.a) hace una primera delimitación de los delitos: *“cuando se trate delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.*

Conforme a los criterios adoptados por el Grupo, de acuerdo con el citado precepto y respecto a los delitos graves, se han considerado aquellos con pena superior a cinco años no privativa de libertad, dando prioridad a los delitos que dejen huella genética. Se han excluido los delitos con pena principal no privativa de libertad superior a 5 años, al entender que dado lo extenso del catálogo éstos no deberían recibir tal consideración. Por otro lado, se han incluido los que atenten contra las personas (homicidios dolosos, asesinatos, lesiones, detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales), contra la salud pública (tráfico de drogas), contra el orden público (terrorismo) y contra el patrimonio (robos con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación de las personas) y delitos cometidos por la delincuencia organizada.

Asimismo, para salvaguardar el principio de proporcionalidad se decidió que en un futuro protocolo de actuación se debía incluir una cláusula en la que se establezcan unos criterios de actuación en calidad a los principios de proporcionalidad y eficacia, que aconsejan la toma de muestras preferentemente en aquellos delitos que dejen huella genética, en casos de reincidencia y en los supuestos que afecten a bienes

jurídicos más relevantes como son la vida, libertad, indemnidad o libertad sexual, integridad en las personas, patrimonio con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas o delincuencia organizada”. (Gómez Colomer, 2014) (p. 12).

También se han incorporado estándares científicos de análisis e interpretación de marcadores genéticos en el ámbito forense. Al respecto se recomiendan las guías internacionales acordadas por la Comisión de ADN. Estas guías incluyen normas de la nomenclatura, los sistemas de análisis, la garantía de calidad y los criterios de interpretación de las pruebas en diversas aplicaciones forenses de la prueba de ADN. (Gómez Colomer, 2014)(p. 13).

En 2015 se hace una reforma al Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y que entre sus propósitos está la posibilidad de inscribir perfiles genéticos de condenados por delitos graves en la base policial de datos de ADN. Esta reforma está enmarcada en la adhesión de España al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. En el artículo 37.1 de dicho Convenio establece que *“a efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”.*

5.2. Argentina

Debido a la desaparición forzada de personas durante la dictadura militar, llevó a este país a crear una de las leyes más antiguas relacionadas con el campo genético. En 1987 se creó la Ley para la formación del Banco Nacional de Datos Genéticos.

El Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) fue creado en 1987 mediante la promulgación de la Ley 23511. En el artículo 1 de dicha ley se establece que: *Se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos “a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”.*

Las funciones del BNDG están establecidas en el artículo 2 de su Ley:

- a) Organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos genéticos con el fin establecido en el artículo 1.
- b) Producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial;

c) Realizar y promover estudios e investigaciones relativas a su objeto.

En el artículo 3º. De dicha Ley se regula lo concerniente a la forma de asentar los registros de familiares de desaparecidos:

“Artículo 3º. Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el BNDG, podrán recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se reconozcan a ese efecto en el decreto reglamentario. La muestra de sangre deberá extraerse en presencia del Cónsul Argentino quien certificará la identidad de quienes se sometan al análisis. Los resultados debidamente certificados por el Consulado Argentino, serán remitidos al BNDG para su registro”.

En el artículo 6º de dicha Ley se establece la facultad del BNDG en la disposición de sus registros para las investigaciones pertinentes:

Artículo 6º. Sin perjuicio de otros estudios que el BNDG pueda disponer, cuando sea requerida su intervención para conservar datos genéticos o determinar o esclarecer una filiación, se practicarán los siguientes:

1. Investigación del grupo sanguíneo;
2. Investigación del sistema de incompatibilidad (HLA-A, B, C, y DR);
3. Investigación de isoenzimas eritrocitarias;
4. Investigación de proteínas plasmáticas”.

En el artículo ocho de la Ley se dispone que los registros y asientos del BNDG se conservaran de modo inviolable y en tales condiciones harán plena fe de su constancia:

“Artículo 8). Los registros y asientos el BNDG se conservarán de modo inviolable e inalterable y en tales condiciones harán plena fe de sus constancias”.

En el artículo 9º se sanciona que “Toda alteración en los registros o informes se sancionarán con las penas previstas para el delito de falsificación de instrumentos públicos y hará responsable al autor y a quien lo refrende o autorice”.

Al haber desarrollado una base de datos de ADN que si bien es cierto tenía como propósito determinar relaciones de filiación, se podía usar esta base de datos para fines de investigación penal. Es así que en 2009 se promulga la Ley 26549 que hace reformas al Código Procesal Penal. (En el anexo 1 se describe el ejemplo de un caso que se resolvió gracias a las pruebas de ADN).

El artículo 1º de esta Ley modifica el Artículo 218 bis del Código Procesal Penal argentino:

“Artículo 218 bis.- Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión de experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su re victimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo.

En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243...”

De acuerdo a Ramallo, con esta modificación al Código Procesal Penal argentino, se incorporó “una nueva y peculiar medida de prueba, relacionada con la obtención de ADN, facilitado desde ya por los avances de la investigación científica. Esto sin duda, sacude el orden jurídico y político prevaleciente. A nivel general, la temática planteada en el artículo 218 bis nos obliga a reflexionar sobre diferentes cuestiones; los límites de los derechos fundamentales relacionados con la identidad, la privacidad y la intimidad,

como delimitar lo privado y lo público, los derechos individuales y los comunitarios. Pero, a nivel particular, la indagación sobre dicho artículo demanda pensar sobre problemas políticos contemporáneos de especial significancia. En un contexto público de post dictadura, marcado por el crimen de la “desaparición” de personas y sus terribles consecuencias que son una herida abierta para la Nación argentina provoca que cualquier avance sobre el ADN como medida de prueba sea, además de un gran aporte a la comunidad científica y a la Justicia en general, posea un gran valor emotivo y relevancia en la historia e identidad nacional. Debemos tener en cuenta que, este nuevo permiso de intervención estatal es capaz de establecer con la simple extracción de sangre de una persona (o de otra sustancia o material biológico como cabellos, saliva, etc.) que quienes lo criaron, lo educaron y formaron como persona, no son sus verdaderos padres, que su identidad no es la que tuvo o gozó hasta ese momento”.

5.3. Colombia

Los avances científicos principalmente en el área de Genética y Biología Molecular fueron incorporados a la legislación colombiana mediante la Ley 721 de 2001 que modificó la Ley 75 de 1968.

El artículo 1º de esta Ley modificó el artículo 7º de la Ley 75 de 1968:

“En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

PARÁGRAFO 1o. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos expertos deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

PARÁGRAFO 2o. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

PARÁGRAFO 3o. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;

d) Frecuencias poblacionales utilizadas;

e) Descripción del control de calidad del laboratorio”.

En el artículo 9º se crea la Comisión de Acreditación y Vigilancia y que tiene como propósito principal garantizar la eficiencia científica de las pruebas de ADN:

“ARTÍCULO 9o. Créase la Comisión de Acreditación y Vigilancia del orden nacional integrada por:

Un delegado del Ministerio de Salud, un delegado del Ministerio de Justicia y del Derecho, un delegado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un delegado de las Sociedades Científicas, un delegado del Ministerio Público, un delegado de los laboratorios privados de genética y un delegado de los laboratorios públicos.

La Comisión de Acreditación y Vigilancia deberá garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN y podrá reglamentar la realización de ejercicios de control y calidad a nivel nacional en cuyo caso deberá regirse por los procedimientos establecidos por la Comunidad Científica de Genética Forense a nivel internacional.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de esta Comisión así como las calidades y forma de escogencia de los delegados.

PARÁGRAFO 2o. El delegado de los laboratorios privados de genética debe ser de aquellos laboratorios que cuenten con el reconocimiento de la Comunidad Genética Forense en el ámbito internacional”.

En los artículos 10 y 11 se regula lo relacionado a los laboratorios de Genética:

“ARTÍCULO 10. La realización de los experticios a que se refiere esta ley estará a cargo del Estado, quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados.

PARÁGRAFO 1o. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

PARÁGRAFO 2o. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.

ARTÍCULO 11. El Gobierno Nacional implementará las medidas necesarias para el fortalecimiento de los laboratorios de genética para la identificación de la paternidad o maternidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con calidad altamente calificada, con investigadores que acrediten calidad científica en la materia, que cumplan los requisitos nacional e internacionalmente establecidos, y con la tecnología adecuada”.

Asimismo en 2004 mediante la Ley 906, nuevo Código de procedimiento penal, incorporó como uno de los elementos básicos en el ámbito probatorio del nuevo sistema penal acusatorio, los análisis genéticos de ADN como contenido de la prueba pericial científica y que busca a la identificación de los responsables de algún delito.

Por ejemplo en el artículo 245 se regulan los exámenes de ADN:

“**Artículo 245.** Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación”.

En el artículo 251 se incorpora la técnica del ADN como un método de identificación:

CAPITULO IV

Métodos de identificación

Artículo 251. Métodos. Para la identificación de personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales, la carta dental y el perfil genético presente en el ADN, los cuales deberán cumplir con los requisitos del artículo 420 de este código respecto de la prueba pericial.

Igualmente coadyuvarán en esta finalidad otros exámenes de sangre o de semen; análisis de composición de cabellos, vellos y pelos; caracterización de voz; comparación sistemática de escritura manual con los grafismos cuestionados en un documento, o características de redacción y estilo utilizado en el mismo; por el patrón de conducta delincencial registrado en archivos de policía judicial; o por el conjunto de huellas dejadas al caminar o correr, teniendo en cuenta la línea direccional, de los pasos y de cada pisada”.

5.4. Costa Rica

De acuerdo a Morales, la legislación costarricense facilitó el uso de las pruebas sanguíneas para determinar la paternidad. Esta misma legislación facilitó la incorporación de huellas genéticas en la investigación criminal.

En 1993, se implementó el proyecto conocido como "Proyecto ADN" que tenía como propósito implantar la detección de las huellas genéticas para la identificación de casos criminalísticos y de paternidad.

Este proyecto empezó formalmente en 1995. Al respecto Morales indica, "Si bien en la propuesta original se sugería el análisis de tres marcadores genéticos (D1S80, D17S49 y Apo B), algunos de estos fueron reemplazados por los siete marcadores genéticos "convencionales" (D1S80, HLA-DQA1, LDLR, HBGG, GYPA, D758 y Gc) debido a la disponibilidad comercial de los reactivos, decisión que a la larga fue acertada, pues significaba estar implementando en Costa Rica los mismos marcadores genéticos que se estaban utilizando en los países desarrollados en el campo de la genética forense, y abría las puertas a la posibilidad de acreditación de la calidad analítica en el contexto internacional". (Morales, 2003) (p. 5).

Morales indica que a finales de 1997, el proyecto ya había cumplido con sus objetivos:

1. Se implementó formalmente la tecnología del ADN recombinante para la identificación individual en el Laboratorio de Ciencias Forenses, dentro de las pericias que ofrece rutinariamente su Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.) del Poder Judicial de Costa Rica, como una ayuda para la mejor administración de la justicia.

En la práctica se pasó de tener un laboratorio que solo realizaba pruebas de grupos sanguíneos, a tener un laboratorio que había incluido al ADN en forma rutinaria dentro de las pericias científico forenses que ofrece el Organismo de Investigación Judicial, y que cumplía además con los todos los requerimientos internacionales de ese momento (1997).

2. Se caracterizó la estructura genética de la población costarricense, mediante el uso de marcadores genéticos de ADN. Específicamente, se identificaron los alelos presentes en esta población, se cuantificó las frecuencias genotípicas de los marcadores de ADN antes mencionados y se probó su bondad de ajuste al equilibrio de Hardy-Weinberg, y se determinó la heterocigosidad y la capacidad de exclusión de los marcadores genéticos utilizados.
3. Se creó y mantiene desde entonces un banco de muestras de ADN, adecuadamente preservadas, con las cuales se pudieran realizar futuras

investigaciones poblacionales forenses utilizando otros marcadores genéticos y evitando así recurrir a nuevos procesos de recolección de muestras aleatorias de la población.

4. Se estableció una base de datos sobre las frecuencias de marcadores genéticos a nivel de ADN en la población de Costa Rica. (Morales, 2003) (p. 6-7).

Es importante mencionar que debido a los avances logrados en este proyecto, la justicia costarricense lograron resolver algunos casos penales y de paternidad, tal como se muestra en el cuadro cuatro:

Cuadro 4
Costa Rica: Casos penales y de paternidad resueltos durante el “Proyecto de ADN”

CUADRO 1
Casos penales y de paternidad resueltos durante el “Proyecto de ADN”

TABLE 1
Casos penales y de paternidad resueltos durante el “Proyecto de ADN”

AÑO	TIPO DE CASO	MUESTRA BIOLÓGICA	RELACIÓN CON EL CASO	PROBABILIDAD
1995	Violación Agravada	Músculo	Imputado	PEP: 96.76%
1995	Homicidio Calificado y Violación	Sangre, semen, oral, anal	Imputado	PEF: 99.93%
1995	Muerte en Investigación	Músculo	Supuesto padre Imputada	Se excluye: 100% PRM-H: 99.9999999996%
1995	Investigación de Paternidad	Sangre	Supuesto padre	Se excluye: 100%
1996	Abandono de un Menor Incapaz	Sangre	Imputado Imputada	PRP-H: 99.99999% PRM-H: 99.999998 %
1996	Homicidio Calificado	Huesos	Madre denunciante Padre denunciante	PRM-H: 99.99999996% PRP-H:
1997	Homicidio	Manchas de sangre	Víctima 1: Víctima 2: Evidencia 3:	PEF: 99.999% PEF: 99.99994% Tercera persona
1997	Homicidio culposo	Sangre	Imputada	PRM-H: 99.99999987%

PEP: Probabilidad de exclusión de paternidad; PEF: Probabilidad de exclusión forense; PRM-H: Probabilidad de relación madre-hijo; PRP-H: Probabilidad de relación padre-hijo.

Fuente: (Morales, 2003) (p. 9).

Morales sintetiza los resultados del Proyecto de ADN en Costa Rica así, “*El análisis histórico muestra que en Costa Rica se han logrado importantes avances y en la*

actualidad se encuentra consolidado el trabajo con los STRs, y se están en proceso de implementación los marcadores de ADNmt y del cromosoma Y. Sin embargo, la incorporación de las innovaciones de la genética forense se ha venido realizando, en forma cíclica, de 5 a 10 años tarde respecto a los países desarrollados en este campo”.(Morales, 2003) (p. 11).

5.5. Reflexiones

Conviene ahora hacer algunas reflexiones de la experiencia de Derecho Comparado con base en los países analizados en el presente capítulo. Una primera reflexión se debe hacer sobre la regulación de bases de datos.

En el caso de España y Argentina, ambos países han regulado el uso de las bases de datos basados en pruebas de ADN. En ambos países se ha creado una institución que tiene a su cargo la administración de la base de datos. Por el contrario, países como Colombia y Costa Rica carecen de regulación en el uso de las bases de datos de ADN. Por ejemplo, para el caso de Costa Rica, Ramírez y Bolaños, señalan, *“los Bancos de ADN en Costa Rica funcionan sin un cuerpo normativo que regule su actividad. Si bien es cierto se cuenta con leyes internas (tal como la ley de biodiversidad, la Ley General de Salud, el Reglamento para la investigación Biomédica, entre otras) y legislación internacional (tal como la Declaración Universal sobre bioética y Derechos Humanos, la Declaración Internacional de Datos Genéticos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, entre otros) que regulan algunos aspectos relacionados con la actividad genética, no cuenta el ordenamiento jurídico costarricense con una ley exclusiva que determine la actuación de estos centros”.* (Ramírez Solano & Bolaños Arias, 2009)(p. 199-200).

Un factor clave de éxito en la institucionalización de los pruebas de ADN en el proceso jurídico ha sido la creación de una institución responsable del control de las pruebas de ADN. En el caso de España, se creó la CNUFADN que tiene entre sus principales funciones, la regulación de la base de datos y la acreditación de los laboratorios respectivos.

En el caso de Argentina, es el BNDG quien tiene a su cargo el manejo de la base de datos.

Otro aspecto importante en la institucionalización de las pruebas de ADN es hacer explícito su uso en los respectivos códigos procesales. En los casos de España, Colombia y Argentina se han hecho las modificaciones a los códigos procesales. Por el contrario, en el caso de Costa Rica no obstante que ya es común el uso de las pruebas de ADN en casos criminales o de paternidad, aún no se han hecho las modificaciones en los respectivos códigos penales.

6. PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL BANCO DE DATOS GENETICOS

Con base en lo analizado, principalmente con la experiencia de otros países, se plantea la siguiente propuesta con tres componentes principales: 1) la creación de reglamento de la ley del banco de datos genéticos para uso forense. 2) modificaciones al código procesal penal para hacer explícito el uso de las pruebas de ADN en la investigación penal.

6.1. Creación del Reglamento de la Ley de base de datos genéticos para uso forense

No obstante que ya existe una ley que regula la todo lo relacionado a la base de datos genéticos para su forense, la misma no cuenta con un reglamento que establezca todo lo relacionado a la base de datos genéticos como tampoco el procedimiento de obtención de la recogida de las muestras, por lo que a continuación se hace una propuesta del reglamento de la Ley de base de datos genéticos para usos forense

A continuación se propone el Acuerdo Gubernativo que regule el funcionamiento de la base de datos genéticos para uso forense:

REGLAMENTO DE LA LEY DE BANCO GENETICO PARA USO FORENSE

ACUERDO GUBERNATIVO

CONSIDERANDO:

Que mediante el decreto número 22-2017 del Congreso de la República, se emitió la LEY DE BANCO DE DATOS GENETICOS PARA USO FORENSE, en que se establece la necesidad de dotar de herramientas y modernizar la investigación criminal, a través de la identificación por medio del análisis genético forense que coadyuve a tener mayor certeza sobre los responsables de hechos criminales para así cumplir con el fin supremo del Estado.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo establecido el artículo dieciocho de la mencionada ley, debe emitirse el Reglamento de la misma para lograr su efectiva aplicación.

POR TANTO:

En el ejercicio de las facultades que le confiere el inciso e) del artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

ACUERDA:

La siguiente:

REGLAMENTO DE LA LEY DE BANCO DE DATOS GENETICOS PARA USO FORENSE.

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Creación. Se crea la base de datos genéticos para uso forense con finalidad de coadyuvar a la investigación criminal y el establecimiento de la verdad, la cual deberá contener:

1. La identificación de la muestra.
2. Las iniciales de la persona que participó en el análisis de las muestras.
3. Las características del ADN investigado.

Artículo 2. Fines.

- a) La acreditación de los laboratorios: La acreditación de los laboratorios que estén facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas; así como evaluar su cumplimiento y establecer los controles oficiales de calidad a los que deban someterse de forma periódica los mencionados laboratorios.

establecer, de acuerdo con los criterio, estándares científicos, los sistemas de acreditación y los controles oficiales de calidad a los que deberán someterse los laboratorios que realicen análisis de ADN, en atención a las especialidades que efectivamente vayan a realizar, y aporten perfiles genéticos a la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

- b) El establecimiento de criterios de coordinación entre los laboratorios, así como el estudio de todos aquellos aspectos científicos y técnicos, organizativos, éticos y legales que garanticen el buen funcionamiento de los laboratorios que integran la base de datos nacional de perfiles de ADN.
- c) La elaboración ya probación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras.
- d) La determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y

reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes.

- e) El mantenimiento de las relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del uso forense de los análisis de ADN.
- f) La aprobación de las normas y procedimientos internos de actuación para el ejercicio de las funciones encomendadas en este real decreto.

CAPITULO II OBTENCION DE LA BASE DE DATOS GENETICOS

Artículo 3. Fuentes de donde se puede obtener el ADN:

- a) Individuos declarados culpables de determinados delitos: Mediante estos archivos se podría solicitar la autorización judicial el comprobar si una persona se encuentre imputada ha participado en la comisión de algún otro delito similar, podría hacerse tanto de forma preceptiva por decisión judicial como a petición del Ministerio Público.
- b) Víctimas que hayan sido sujetos de un acto criminal: Hacer un archivo donde consten los datos de las víctimas por posibles hallazgos de su propio perfil en el entorno de un posible sospecho, perfil que puede no encontrarse en la investigación del mismo delito que se cometió contra aquella. En estos casos se necesitaría la autorización de dicha víctima no cabría la posibilidad de que sea sometida forzosamente a la práctica de dicha prueba.
- c) Personas desaparecidas y sus parientes más cercanos.
- d) Personas que voluntariamente solicitan que su ADN conste en dichos archivos.

Artículo 4. Almacenamiento de la base de datos genéticos: todas aquellas huellas genéticas deberán estar almacenadas de la forma siguiente:

- a) Índice de delincuentes.
- b) Índices de víctimas vivas o muertas, cuyo ADN fue encontrado entre las pertenencias de los agresores.
- c) Índice forense, este archivo contendrá perfiles de casos sin un sospechoso.

- d) Índice de personas no identificadas. Contienen ADN de individuos cuya identidad no se conoce con certeza y que dejaron restos de ADN en la escena del crimen.
- e) Índice de personas desaparecidas.
- f) Índice de familiares, contiene registro de ADN de personas emparentadas biológicamente con los individuos desaparecidos.

Artículo 5 Comisión técnica

- a) Se constituye la Comisión técnica permanente, para la propuesta de criterios de investigación científica y técnica.
- b) La Comisión técnica permanente estará presidida por el Director del INACIF e integrada por los representantes de los laboratorios y el facultativo designado por el INACIF, que también actuará como secretario.

Artículo 6 Colaboración y asesoramiento

El Instituto, con la autorización del Presidente, podrá solicitar para el ejercicio de sus funciones, la colaboración y el asesoramiento del personal adscrito a los distintos laboratorios de análisis del ADN con fines de investigación criminal o de identificación de desaparecidos, así como de las bases de datos de ADN, al igual que de otros expertos que se considere.

CAPITULO III

Procedimiento para la obtención o recogida de la muestra de ADN

Artículo 7 Precauciones básicas:

- a) Utilizar guantes, mascarilla y ropa protectora
- b) Emplear material desechable y cuando sea posible, estéril
- c) Evitar fumar, comer, y beber en las zonas de recogidas de las muestras de indicio (escena del crimen)

REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN. EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL XXX de XXX de DOS MIL DIECISIETE.

6.2 Hacer explícitas las pruebas de ADN en el Código Procesal Penal

Se propone modificar el Código Procesal Penal con el propósito de incorporar la figura de pruebas genéticas basadas en el ADN humano. Para el efecto, se sugiere agregar los siguientes artículos:

Artículo

“Cuando se incorporen como documentos de prueba, huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Ministerio Público solicite al juez contralor de la investigación la autorice la práctica del medio de prueba y quien deberá ordenar a donde corresponde, para que se adopten las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad”.

Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Artículo

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo científico ha permitido que las pruebas genéticas basadas en ADN se vayan incorporando en los estamentos jurídicos de los países. En efecto, países como España en donde se ha creado un ente que regula el uso de la prueba, principalmente con el establecimiento de protocolos y parámetros así como la verificación del cumplimiento de estos estándares por parte de los laboratorios.
2. No obstante el avance en la investigación científica del ADN, la experiencia muestra que el recogimiento y envío de evidencia a los laboratorios conlleva riesgos debido al manejo adecuado de la prueba. Estos riesgos amerita que los países establezcan estándares mínimos en el manejo de la prueba que los laboratorios y personas que participan en la escena del crimen deben de cumplir.
3. Los países que más han avanzado en la institucionalización del ADN en sus procesos jurídicos han regulado las bases de datos basados en datos de ADN que permite relacionar a presuntos sospechosos con información obtenida en la escena del crimen. Países como España en donde se ha creado una norma para el manejo de la base de datos por parte de la Policía Nacional o como en Argentina que por razones histórico políticas del países llevaron a la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos y que posteriormente el uso de esta información fue utilizada en la investigación criminal.
4. Los países más avanzados, principalmente en Europa, han avanzado en la creación de un ente que se encarga de regular lo relacionado con el uso y análisis de pruebas basadas en ADN. Esta regulación incluye la creación de normas y protocolos para laboratorios encargados de los análisis de las pruebas de ADN.
5. Algunos países han incorporado en sus códigos procesales normas que hacen explícito el alcance de la prueba genética basada en ADN y que permita su validez en el proceso. Con base en el análisis de Derecho Comparado, se pudo verificar que España, Argentina y Colombia han incorporado en sus legislaciones normas en el uso de la prueba de ADN.
6. No obstante el avance de la tecnología y la alta fiabilidad de las pruebas genéticas basadas en ADN, están no pueden sustituir el juicio del juez con base en los principios fundamentales del proceso penal.
7. La encuesta de percepción arroja resultados que muestran desconocimiento sobre la falta de regulación de la prueba de ADN en el marco legal guatemalteco.
8. El uso de la prueba de ADN en Guatemala demuestra la necesidad de regularla mediante la incorporación en la Ley de su definición y su aplicación.

9. Se hace fundamental la creación de un banco de datos de ADN que facilite la identificación de posibles responsables de delitos.

10. Se considera necesario, para Guatemala, la creación de una institución que regule el uso de ADN como medio de prueba.

RECOMENDACIONES

1. Con base en el análisis de Derecho Comparado, y considerando la ausencia de regulación del uso de las pruebas genéticas de ADN en la legislación guatemalteca se recomienda la institucionalización de una base de datos que sea de utilidad en la investigación criminal. Para el efecto en el capítulo 6 se han planteado los parámetros que se deben de incluir en dicha base de datos.
2. Se propone la creación de una entidad que sea responsable del control en el uso de pruebas genéticas. Esta entidad tendría entre sus atribuciones la creación de estándares que deban regir a laboratorios, ya sea nacionales o extranjeros, que se dediquen al análisis de pruebas genéticas.
3. Se propone además, la incorporación de la prueba de ADN en el Código Procesal guatemalteco y para ello se hace la propuesta de incorporar dos artículos tal como se indica en el capítulo 6.
4. Se recomienda a las autoridades respectivas, dedicar recursos al desarrollo e investigación relacionados con la tecnología genética. Guatemala actualmente no posee infraestructura de investigación relacionada con el ADN.
5. Se considera necesario que los centros de educación jurídica superior se incorporen cursos relacionados con el uso de ADN como medio de prueba, principalmente en los procesos penales.
6. Se recomienda al Organismo Judicial institucionalizar programas de capacitación permanente a jueces y otros funcionarios de ese Organismo relacionados con el ADN como medio de prueba en los procesos penales.
7. Se recomienda que el INACIF fortalezca sus capacidades en la administración del ADN como medio de prueba.

BIBLIOGRAFÍA

- Acón Ortego, I. (2015). *La investigación criminal mediante el uso de ADN. Cuestiones sobre medicina y ciencias forenses*. Antigua Guatemala.
- Alonso Alonso, A. (2011). ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos. *ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparecidos*, 10.
- Alzate Jaramillo, C. A. (2012). *ADN y política criminal en Colombia: en materia de delitos sexuales*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Arango Escobar, J. E. (2006). *Derecho Procesal Penal Tomo I* (Segunda ed.). Guatemala, Guatemala, Guatemala: Sin editorial.
- Baquiáx, J. F. (2012). *Derecho Procesal Penal guatemalteco* (1a. ed.). Quetzaltenango, Guatemala: Serviprensa.
- Baquiáx, J. F. (2014). *Derecho Procesal Penal guatemalteco* (1a. ed.). Quetzaltenango, Guatemala: Serviprensa.
- Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (2a. ed.). Buenos Aires, Arrgentina: Ad-hoc.
- Carracedo, A. (2014). *ADN: La genética forense y sus aplicaciones en investigación criminal*. Santiago de Compostela: Instituto de Ciencias Forenses.
- Congreso de la República. (2006). Decreto 32-2006. *Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses*. Guatemala.
- Congreso de la República de Argentina. (1987). *Banco Nacional de Datos Genéticos*. Ley, Buenos Aires.
- Congreso de la República de Argentina. (2009). *Ley 26549*. Modificaciones al Código Procesal Penal, Buenos Aires.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). *Ley 721*. Ley, Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 906 Código de Procedimiento Penal*. Ley, Bogotá.

- Congreso de la República de Guatemala. (1973). *Código Penal*. Guatemala: Gobierno de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Código Procesal Penal*. Guatemala: Congreso de la República de Guatemala.
- Costas Lugo, C. (1998). Las pruebas de ADN y su justo valor probatorio. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 21.
- Cruz Ovando, J. C. (2006). *Implementación de la prueba del testigo encubierto en el sistema penal guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Cuello Calón, E. (1980). *Derecho penal Tomo I*. Barcelona: Casa Editorial, S.A.
- De León Velasco, H., & De Mata Vela, J. (2006). *Derecho Penal guatemalteco* (17a. ed.). Guatemala, Guatemala: Estudiantil Fénix.
- García Yépez, N. (2015). *Propuesta de la reforma para evitar la violación del principio de Legalidad en la aplicación de los mecanismos modificatorios de la pena en el COPI*. Universidad de Los Andes. Quito: Universidad de Los Andes.
- Godoy Estupé, A. A. (2006). *Análisis Jurídico de la Valoración de la Prueba en el Proceso Penal guatemalteco*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Gómez Colomer, J.-L. (2014). *La prueba de ADN en el proceso penal*. Madrid.
- Granados Mérida, L. F. (2015). *El valor de la prueba de ADN dentro de la investigación criminal en casos de asesinatos y violaciones*. Universidad Rafael Landívar. Huehuetenango: Universidad Rafael Landívar.
- Guatemala, R. d. (1985). *Constitución Política*. Guatemala: Guatemala.
- Hernández García, L. A. (2008). *Importancia de la prueba en el proceso penal guatemalteco como medio idóneo de garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales en Guatemala*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Jiménez Texaj, J. J. (2008). *La eficacia de las exhumaciones forenses como prueba en el proceso penal guatemalteco y la importancia de la ley de exhumaciones*.

Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Larrouse. (2013). *Diccionario*. Madrid: Editorial Larrouse.

López de la Cruz, B. F. (2010). *La importancia de la creación del banco de datos de ADN en la administración de justicia de Guatemala*. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Meyer, S. C. (2006). *El ADN y el Origen de la Vida. Información, Especificidad y Explicación*. Stanford: Stanford.

Morales, A. I. (2003). La implementación forense de la tecnología del ADN en Costa Rica: Un análisis retrospectivo. 20.

Piro, O. E. (2012). *Breve historia del ADN, su estructura y función*.

Ramallo Machín, A. C. (2015). *ADN: Huellas genéticas en el proceso penal*. La Coruña, España: Universidad Da Coruña.

Ramírez Salinas, L. A. (2005). Principios generales que rigen la actividad probatoria. *La Ley*, 1028-1039.

Ramírez Solano, A., & Bolaños Arias, A. G. (2009). *Bancos de ADN en Costa Rica: Su incidencia sobre los derechos de las personas y su normativa*. San José: Universidad de Costa Rica.

República, C. d. (1994). *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Congreso de la República. Guatemala: Congreso de la República.

Saint-Dizier, D. (2014). *El uso de ADN en la investigación de delitos*. París.

Teos García, M. E. (2007). *El principio acusatorio en el ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal salvadoreño*. Universidad Francisco Gavidia, Facultad de Derecho. San Salvador: Universidad Francisco Gavidia.

Tesen Valle, H. (2006). *Análisis crítico del derecho de igualdad procesal y lo contenido en el artículo 347 del Código Procesal Penal*. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Vargas Avila, R. (2010). La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, XIII(25), 146.

Velásquez V., F. (2007). *Manual de Derecho Penal* (3a. ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Comlibros.

www.significados.com. (doce de marzo de 2017). Recuperado el doce de marzo de 2017, de <https://www.significados.com>

ANEXOS

ANEXO 1

“En el Año 1999, Inocencia Luca Pegoraro realiza una querrela contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la presunta comisión de los delitos previstos en los artículos 139, inc.2, 146, 292 y 293 del Código Penal. Debido a la sustracción de su nieta, es decir de la hija de Susana Beatriz Pegoraro, luego de que ésta hubiera sido secuestrada por agentes del estado el 18 de junio de 1977, embarazada de 5 meses y medio, y diera a luz en un centro clandestino de detención ubicado en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA). Además, sostuvo que su nieta había sido inscrita en el registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá.

Al brindar su descargo, ambos imputados confesaron que Evelin Karina no era su hija, pero negaron conocer su origen. Por lo anterior, la jueza a cargo de la investigación ordenó la obtención de una muestra hemática de Evelin a los fines de determinar su identidad por medio de un análisis de ADN en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Sin embargo Evelin se opuso a dicha medida y, concretamente, que de ella se obtuviera prueba de cargo contra Vázquez y Ferrá, llegando el caso a estudio de la Corte Suprema de la Nación.

En su sentencia, la Corte invocó el carácter “complementario” de la medida de prueba cuestionada, dado que Vázquez y Ferrá ya habrían confesado el delito. Asimismo los jueces realizaron una interpretación analógica de las normas procesales que prohíben a los hijos declarar en perjuicio de sus padres y que establecen la no punibilidad del encubrimiento a una persona sospechada de un delito con la cual el “encubridor” tiene lazos afectivos estrechos (arts.278 y 279, Código de Procedimientos en Materia Penal, y art.279, inc. 3 CP). Abordando a la conclusión que de producirse la medida podría verse afectado el derecho a la intimidad de Evelin (art.19, CN). Con estos fundamentos, la resolución solicitó que se determinara la identidad de la víctima contra su voluntad, al menos, a través de la una extracción de sangre no consentida.

La sentencia de la CS de la Nación provocó una gran conmoción. La pertenencia de la querellante a la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo permitió que por su intermedio se presentara una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, refiriendo que dicha resolución acarrearía responsabilidad para el Estado argentino por la violación de los artículos 5, 8,17 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Concretamente, la sentencia de la Corte Suprema implicaba un obstáculo insalvable para la investigación de los delitos cometidos en la República Argentina con motivo de la desaparición de menores, cuyo objetivo es la develar su verdadera identidad y el restablecimiento, de ser posible, de los lazos afectados.

El 14 de julio de 2007 intervino en el caso la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, quien ordenó proseguir con la investigación a fin de indagar “sobre la responsabilidad penal de aquellos sujetos que habrían actuado en el centro clandestino

de detención que operó en la Escuela de Mecánica de la Armada respecto a los días previos y posteriores al nacimiento en cautiverio de la hija de Susana Pegoraro” y marcó la necesidad de buscar medios probatorios alternativos a los estudios de histocompatibilidad con la finalidad de determinar “el destino final que pudo tener la hija de Susana Pegoraro”. En función de ello, la jueza a cargo de la investigación ordenó que se registrara el domicilio de Evelin Karina, con el objeto de recabar algunos de sus objetos de uso personal y obtener de aquello, material genético. Dicha diligencia se practicó el 12 de febrero de 2008, remitiéndose luego los objetos recabados al Banco Nacional de Datos Genéticos, donde se encuentra el ADN correspondiente a familiares de algunas de las personas que desaparecieron durante el gobierno de facto vigente desde marzo de 1976 a diciembre de 1983. El 22 de abril de 2008 el Banco Nacional de datos Genéticos informó a la jueza que “los Sres. Bauer, Rubén Santiago (padre alegado desaparecido) y Pegoraro, Susana Beatriz (madre alegada desaparecida) tienen una probabilidad del 99,99993% de haber sido los padres biológicos” de quien hubiera utilizado un cepillo de dientes secuestrado en el registro del domicilio mencionado.

El 13 de julio de 2008 la jueza declaró la nulidad de la inscripción del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal del nacimiento de Evelin como hija de Policarpo Vázquez y Ana María Ferrá, y ordeno se la inscriba con el nombre de Evelin Karina Bauer Pegoraro, hija de Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer, nacida el 29 de octubre de 1977. Dicha medida no fue cuestionada por Evelin.

También se indagó y procesó a Jorge Luis Magnacco, quién habría sido el médico que atendió el parto de Evelin y participó luego de su sustracción.

Paralelamente al avance de este proceso judicial, tuvieron lugar una serie de conversaciones entre la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y el Estado argentino, con la finalidad de lograr un acuerdo que llevara a la Asociación de desistir de la acusación y evitar todo riesgo de declaración de responsabilidad internacional para el Estado argentino en materia de violación de los derechos humanos. En este el contexto, el país aceptó la veracidad de los hechos y se comprometió a adoptar medidas eficaces tendientes a contribuir en la obtención de justicia, en aquellos casos en los que sea necesaria la identificación de personas mediante métodos científicos que requieran la obtención de muestras biológicas para su realización.

El Poder Ejecutivo Nacional se comprometió a enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que establezca un procedimiento adecuado de obtención de muestras de ADN, que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar. Dicho proyecto ingresó a la Cámara de diputados de la Nación en el año 2009, y

se convirtió en la ley Nº 26.549 que incorporó el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, regulatorio de las medidas de extracción de ADN en la investigación penal”.

Fuente: (Ramallo Machín, 2015) (p. 112-114).

ANEXO 2

Encuesta sobre la utilización del ADN en procesos penales

Señor juez: Se está haciendo una investigación académica del uso del ADN en los procesos penales. Por tal razón, es de interés del investigador conocer su opinión sobre el uso del ADN como medio de prueba en procesos penales.

De antemano, muchas gracias por su colaboración.

1. Sexo: _____
2. Escolaridad: _____
3. Otros estudios: _____
4. Tiempo en el ejercicio de la profesión: _____
5. Tiempo que lleva desempeñando el cargo de Juez: _____
6. ¿Conoce cuáles son los medios científicos de prueba regulados dentro de la legislación penal guatemalteca? A. Sí B. No
7. Si su respuesta fue "A" en la pregunta anterior, mencione cuáles: _____
8. En qué procesos es frecuente la práctica del examen de ADN, como medio científico de prueba: _____
9. ¿Qué valor probatorio le da el Tribunal al examen de ADN dentro de un proceso penal al momento de dictar sentencia? _____

10. ¿Es determinante el resultado positivo o negativo del examen de ADN, para condenar o absolver a una persona sindicada de la comisión de un hecho?

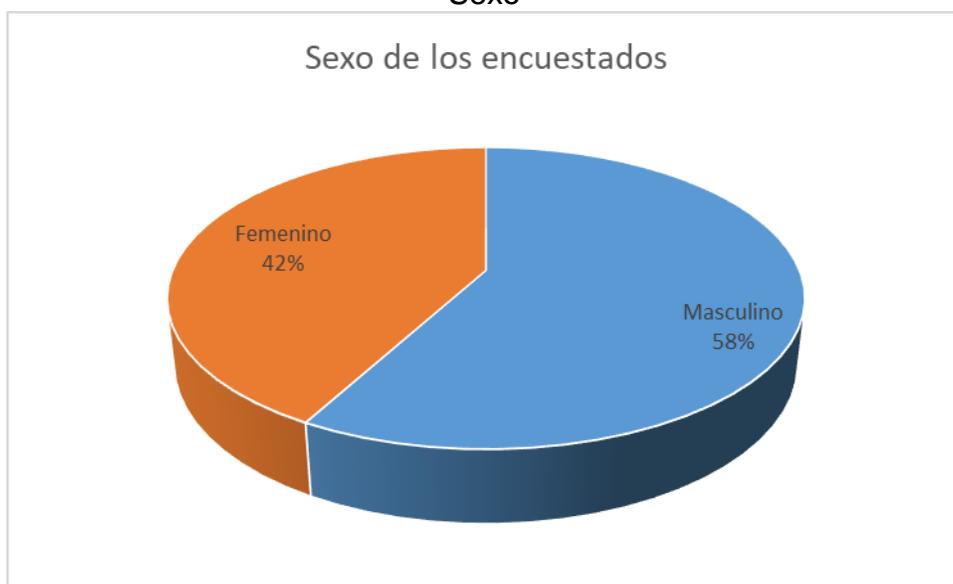
11. Al no estar regulada la prueba de ADN, como medio científico de prueba, ¿Cuál es la base legal que utilizan los sujetos procesales para poder solicitar la práctica de la misma? _____
12. ¿Existe personal especializado en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses que se encargue de practicar el examen de ADN? _____

ANEXO 3

Resultados de la Encuesta sobre la utilización del ADN en procesos penales

Pregunta 1: Sexo

Gráfica 2
Sexo



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 2: Escolaridad

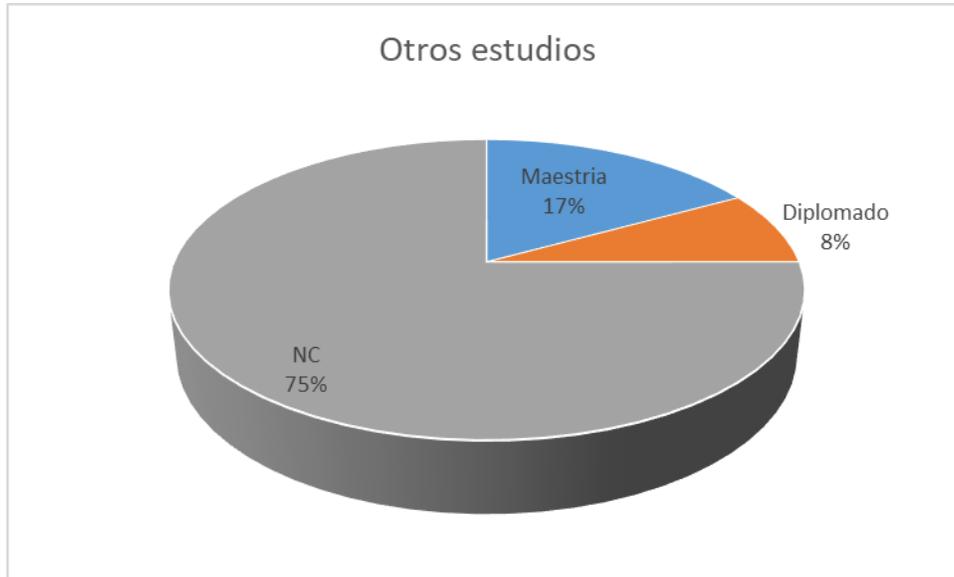
Gráfica 3
Escolaridad



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 3: Otros estudios

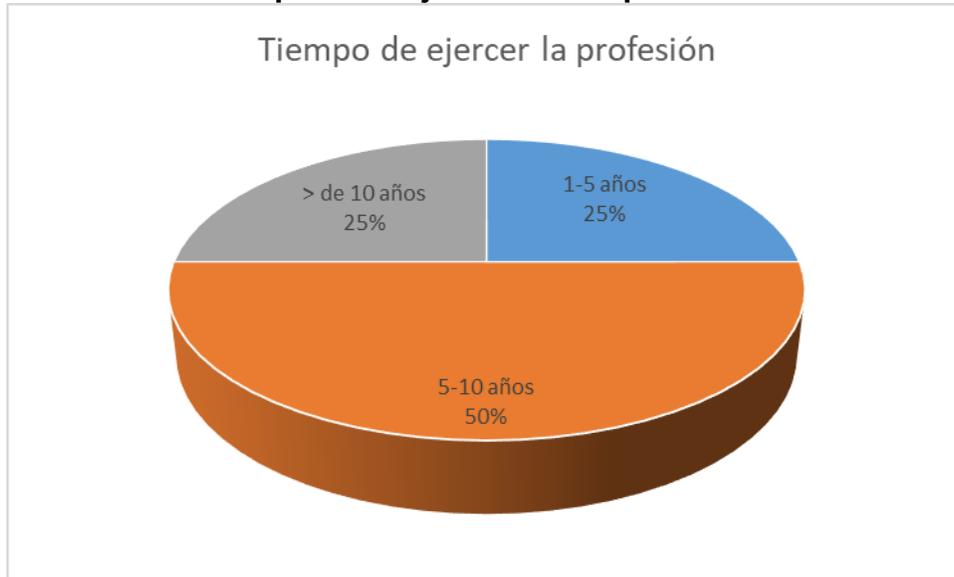
Gráfica 4
Otros estudios



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 4: Tiempo en el ejercicio de la profesión

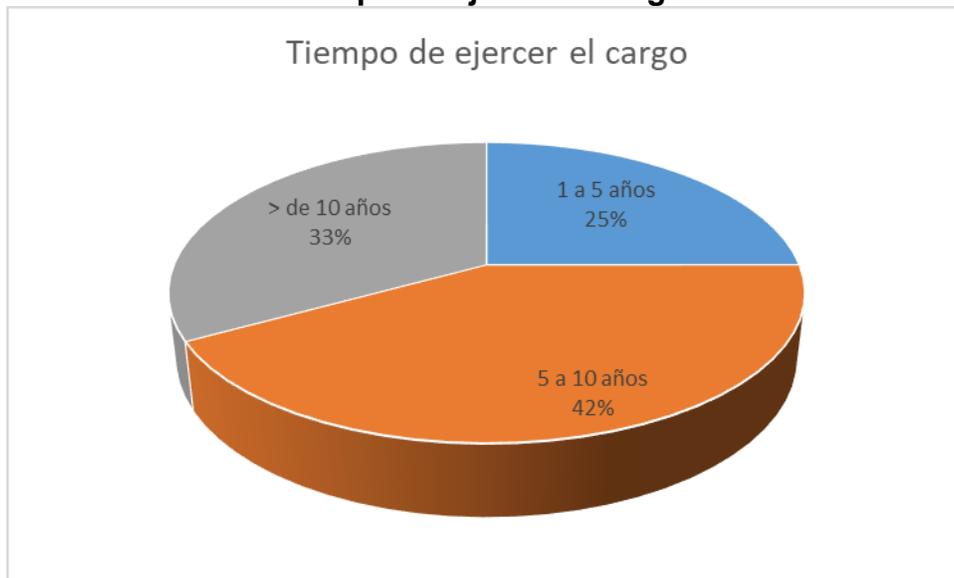
Gráfica 5
Tiempo en el ejercicio de la profesión



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 5: Tiempo que lleva desempeñando el cargo de Juez:

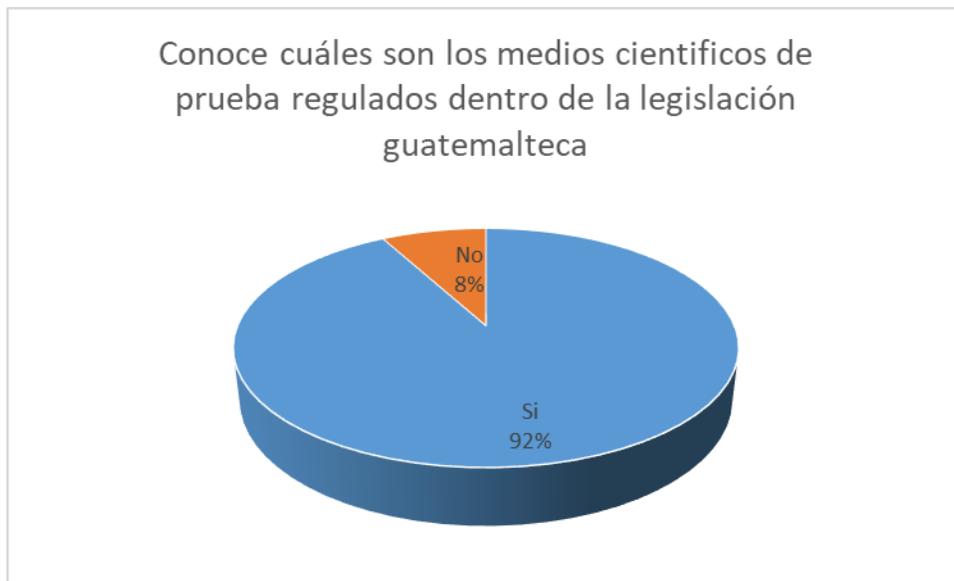
Gráfica 6
Tiempo de ejercer el cargo



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 6: ¿Conoce cuáles son los medios científicos de prueba regulados dentro de la legislación penal guatemalteca? A. Sí B. No

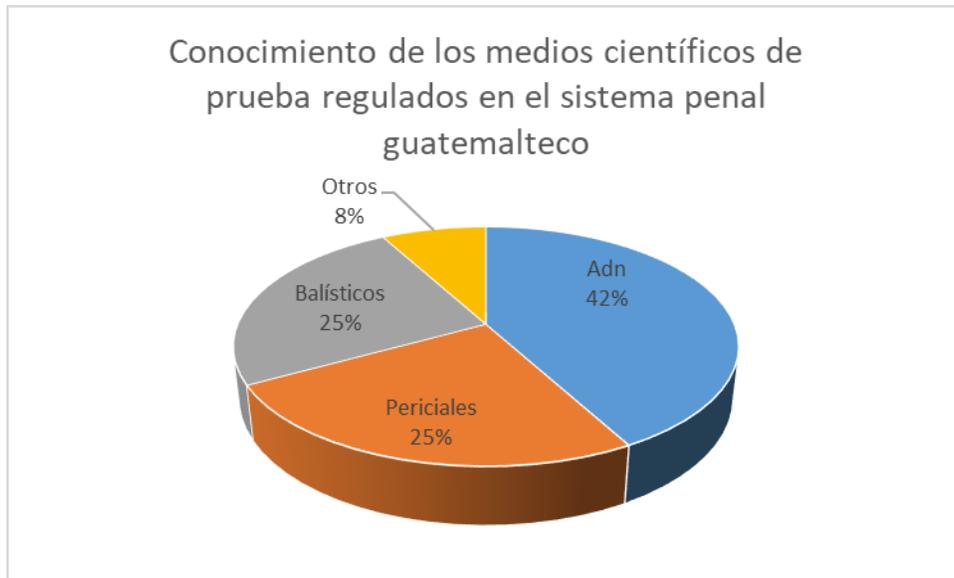
Gráfica 7



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 7: Si su respuesta fue “A” en la pregunta anterior, mencione cuáles:

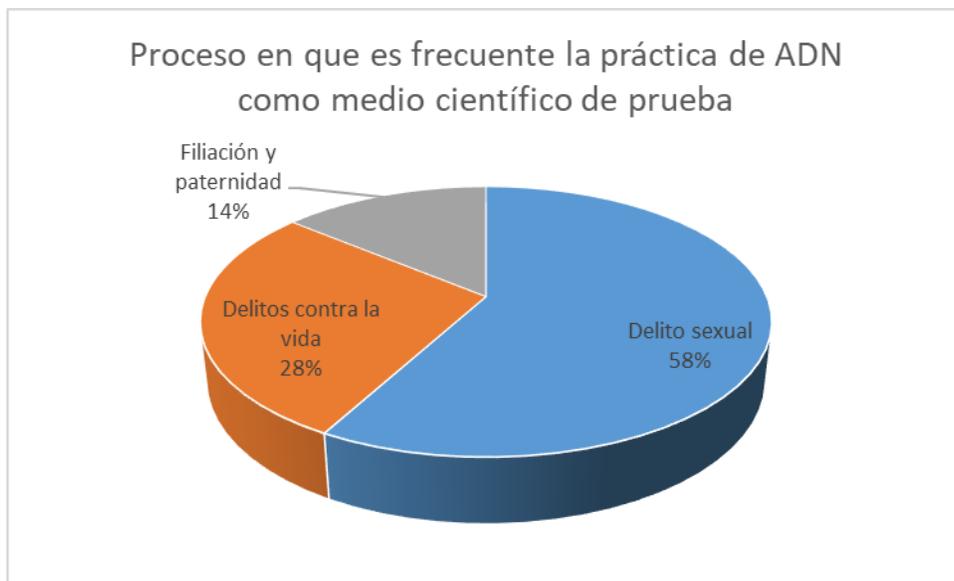
Gráfica 8



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 8: En qué procesos es frecuente la práctica del examen de ADN, como medio científico de prueba:

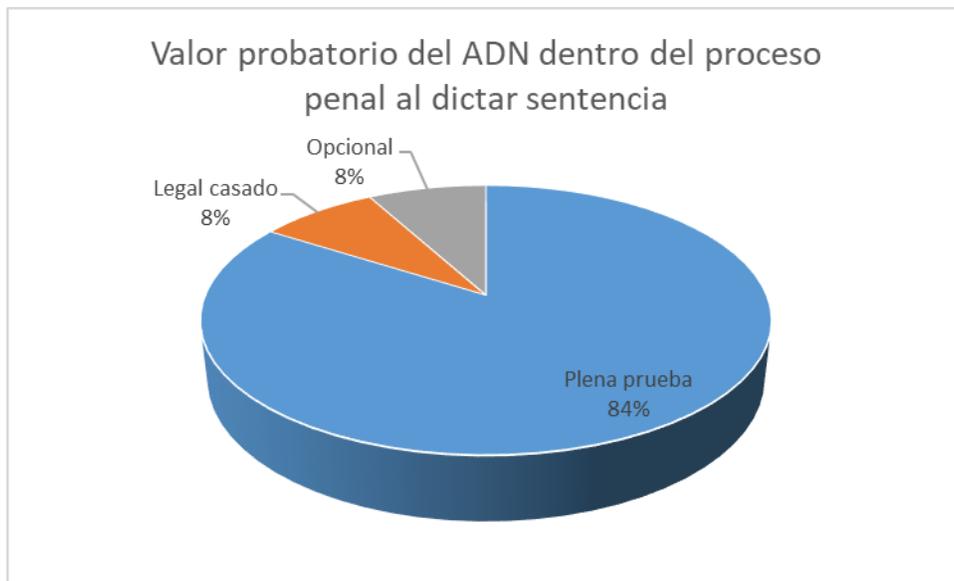
Gráfica 9



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 9: ¿Qué valor probatorio le da el Tribunal al examen de ADN dentro de un proceso penal al momento de dictar sentencia?

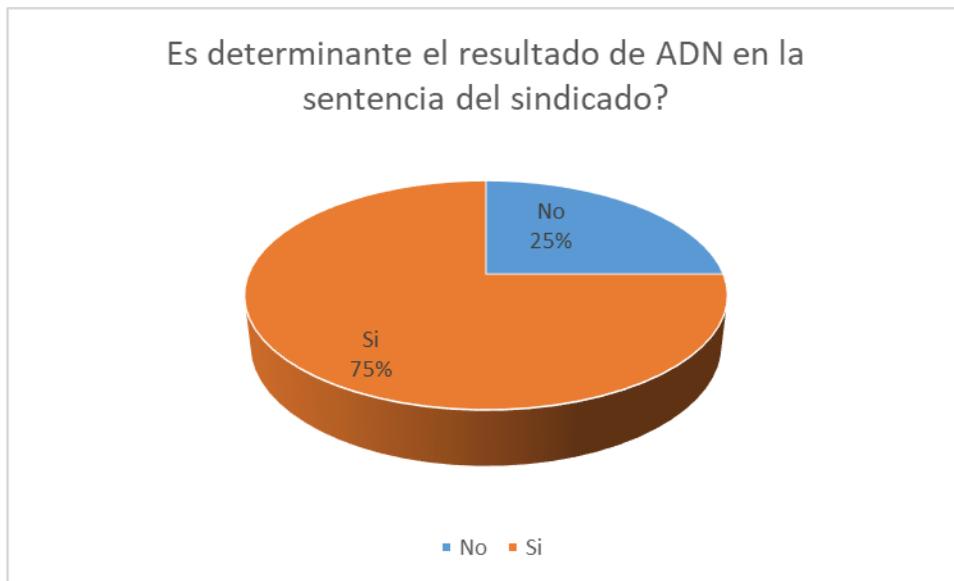
Gráfica 10



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 10: ¿Es determinante el resultado positivo o negativo del examen de ADN, para condenar o absolver a una persona sindicada de la comisión de un hecho?

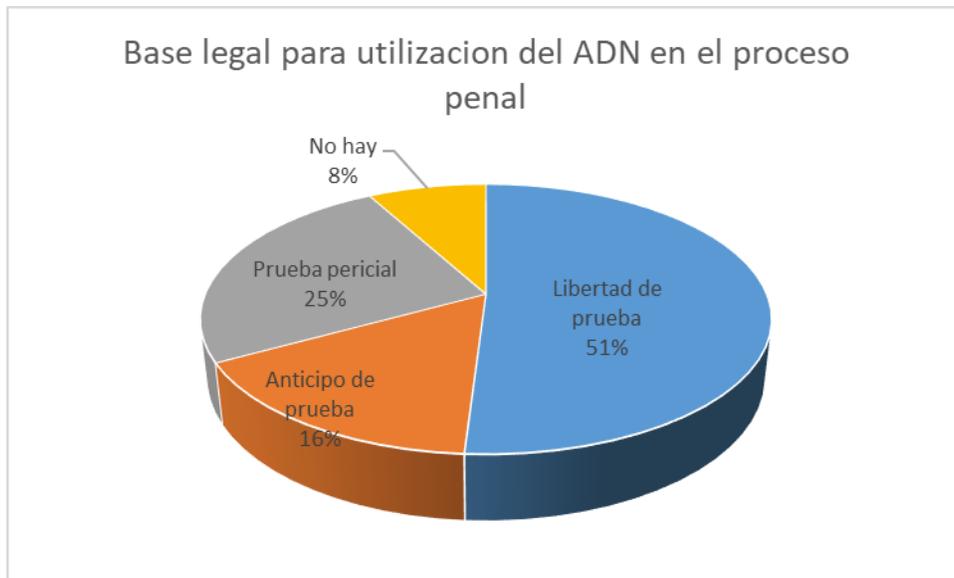
Gráfica 11



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 11: Al no estar regulada la prueba de ADN, como medio científico de prueba, ¿Cuál es la base legal que utilizan los sujetos procesales para poder solicitar la práctica de la misma

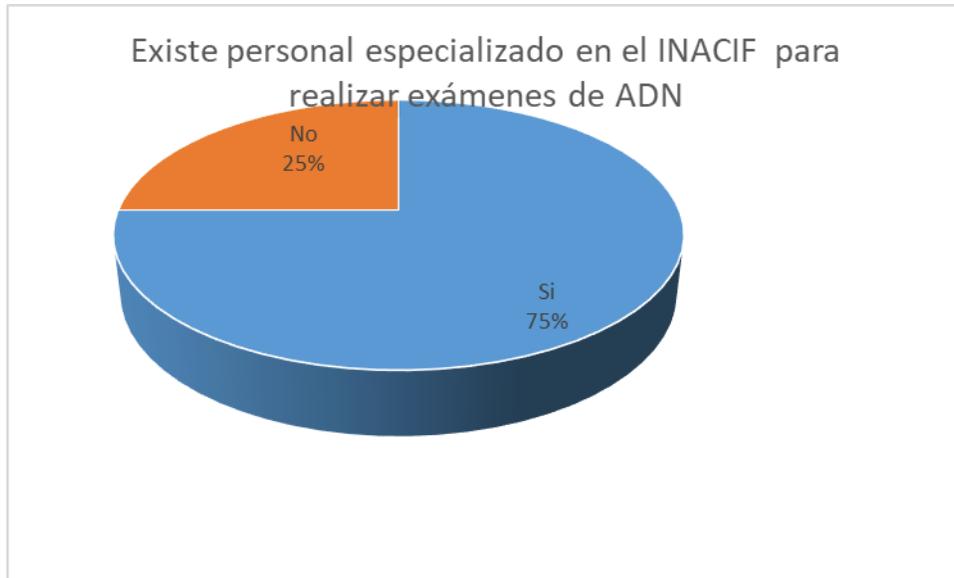
Gráfica 12



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.

Pregunta 12: ¿Existe personal especializado en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses que se encargue de practicar el examen de ADN?

Gráfica 13



Fuente: Cálculos propios con base en resultados de encuesta.