

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO
DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN
DEL PROCESO PENAL.**

Presentado por:

TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO

Previo a optar el título profesional que lo acredite como:

Maestro en Derecho Penal

Quetzaltenango, noviembre de 2021

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

**LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO
DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN
DEL PROCESO PENAL.**

TESIS

**Presentada al Honorable Consejo Académico de Postgrados del
Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de
Guatemala**

Por Licenciado

TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO

Previo a optar el título profesional que lo acredite como:

Maestro en Derecho Penal

Asesor:

MSc. Erick Darío Nufio Vicente

Quetzaltenango, noviembre de 2021

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

AUTORIDADES

RECTOR MAGNIFICO M A. Pablo Ernesto Oliva Soto

SECRETARIA GENERAL Inga. Marcia Ivónne Véliz Vargas

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

Ing. Erick Mauricio González
MSc. Freddy de Jesús Rodríguez

REPRESENTANTES DE LOS EGRESADOS DEL CUNOC

Licda. Vilma Tatiana Cabrera

REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES

Br. Aleyda Trinidad de León Paxtor
Br. Romeo Danilo Calderón

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

Dr. Percy Ivan Aguilar Argueta

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

Presidente: M Sc José Ignacio Camey

Secretario: Dr. Carlos Calderón paz

Coordinador: MSc. Milton Estrada Morales

Experto: MSc. Fidencia Orozco

Asesor de Tesis

MSc. Erick Darío Nufio Vicente

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)



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



ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-074-2021

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. 16-2021 de fecha 21 de mayo del 2021, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada **“LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL”** Presentada por él (la) maestrante Tito Nathanael Caxaj Suriano Registro Académico No. 100022666, previo a conferírsele el título de **Maestro(a) en Derecho Penal**, autoriza la impresión de la misma.

Quetzaltenango, Noviembre 2021

IMPRIMASE

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Percy Iván Aguilar Argueta
Director Postgrados CUNOC

Quetzaltenango, 12 de marzo de 2021.

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

Apreciados señores:

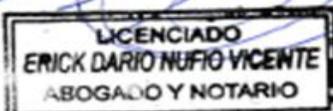
Mediante punto quinto, inciso 5.6, del acta de postgrados 004-2020, de sesión celebrada por el Consejo Académico de Postgrados, el 10 de marzo de 2020, fui designado asesor del trabajo de tesis del licenciado **Tito Nathanael Caxaj Suriano**, carné **100022666**, denominado: **LA OPOSICIÓN DEL PROCESADO A LA TOMA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL**. El profesional en mención ha concluido su trabajo de tesis para la obtención del grado académico de **MAESTRO EN DERECHO PENAL**.

El trabajo indicado aborda un objeto de estudio interesante y de actualidad, siendo el aspecto central la problemática que se plantea cuando se necesita extraer del cuerpo del sindicado muestras de sangre a efecto el perito pueda cumplir con su función legal, pero dicho sindicado se niega a dar tales muestras, aunque exista orden de juez competente que autorice la diligencia.

Se trata de un fenómeno jurídico social del cual existe poca bibliografía a nivel nacional, por lo que es meritorio el trabajo del tesista quien, incluso, lleva a cabo análisis de derecho comparado en el mencionado sentido, así como de jurisprudencia. Las técnicas de investigación utilizadas son las atinentes al objeto de estudio abordado, ello le permitió arribar a conclusiones y recomendaciones de valor tanto para nuestra casa de estudios superiores como para la comunidad jurídica en general.

Por lo anterior, extiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE** para que el licenciado Tito Nathanael Caxaj Suriano, pueda sustentar su examen privado de tesis y obtener el grado académico pretendido.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de ustedes, como su atento y seguro servidor.



Dr. ERICK DARIO NUFIO VICENTE

Asesor de Tesis.



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. 16-2021 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las diecisiete horas del día viernes veintiuno de mayo del año dos mil veintiuno, reunidos en la plataforma virtual Meet con el link de reunión meet.google.com/jrw-befi-sdc, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** M Sc. Milton Estrada Morales, con registro de personal No. 20200204; **Examinador:** M Sc. José Ignacio Carney, con registro de personal No. 20160894; **Examinadora:** M Sc. Fidencia Orozco, con registro de personal No. 20210388; **Secretario que certifica:** Dr. Carlos Calderón Paz, con registro de personal No. 930388; con objeto de practicar el Examen Privado de la Maestría en Derecho Penal en el grado académico de Maestro(a) Ciencias de él (la) Licenciado(a) Tito Nathanael Caxaj Suriano identificado(a) con el registro Académico No. 100022666 procediéndose de la siguiente manera:-----

PRIMERO: El (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 él (la) sustentante **APROBO** parcialmente con correcciones obligatorias de parte del Tribunal Examinador, el examen privado de tesis para otorgarle el título profesional de **MAESTRO(A) 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 a él (la) interesado(a) 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 once días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno.-----

"D Y ENSEÑAD A TODOS"

Certifica:

Vo. Bo.



Verónica Vamitah Rodas de Córdova
Secretaria de Postgrados



Dr. Percy Juan Aguilar Arriola
Director de Postgrados

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO: Por darme la vida, inspiración, sabiduría, bendiciones y por haberme permitido llegar al lugar donde me encuentro hoy. *Porque Jehová da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia.*

A MI FAMILIA: Por el cariño y apoyo que siempre me brindan. En especial a mi madrecita *Tomasa Mauricia Suriano Hernández (QEPD)*; Por ser mi ángel, mi ayuda y mi fuerza, besos al cielo. A mi señor padre *Teodoro Caxaj Ordoñez*, por el amor que me brinda y los consejos recibidos a diario. A mi hijo *Juan Marcos Caxaj Velásquez*, por ser el valioso tesoro que Dios me ha regalado que este triunfo le sirva de ejemplo.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: Por todas las jornadas vividas, que constituyen un recuerdo permanente de amistad. En especial a Lic. Urias Udiel Barrios Calderón, por su calidad humana, apoyo inmensurable y amistad sincera recibida en todo momento. A todas las personas que me brindaron su apoyo para lograr lo que hoy es una realidad, ustedes se saben aludidos.

A MIS CATEDRÁTICOS: Por compartir sus sabias enseñanzas y conocimientos.

A MI ASESOR DE TESIS: Dr. Erick Darío Nufio Vicente, por su capacidad y orientación en la elaboración del presente trabajo de tesis, gracias por la asesoría recibida.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Por permitirme culminar otra etapa de mi vida profesional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	5
EL PROCESO PENAL	5
1.1 Definición.....	5
1.2 Etapas del proceso penal	7
1.3 Características del proceso penal.....	9
1.4 Garantías constitucionales penales	10
1.5 Principios procesales	12
1.6 Procedimiento preparatorio.....	12
CAPITULO II	23
LA PRUEBA.....	23
2.1 Generalidades	23
2.2 Elementos de la prueba	31
2.3 Principios probatorios	32
2.4 Medios de prueba inadmisibles	39
2.5 Medios de prueba admisibles	40
2.6 La prueba pericial	40
2.7 Perito	47
2.8 Dictamen pericial	49
CAPITULO III	52
EL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) COMO PRUEBA CIENTIFICA EN EL PROCESO PENAL	52
3.1 Nociones generales del ácido desoxirribonucleico (ADN)	52
3.2 El ADN como fuente de prueba pericial en el proceso penal	54
3.3 Medicina forense criminalística	57
CAPITULO IV	61
EL ADN COMO PRUEBA PERICIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SINDICADO	61
4.1 Generalidades	61
4.2 Los Derechos fundamentales que le son inherentes a todo sindicato	63
4.3 Derechos Fundamentales del sindicato vinculados a la toma de ADN	64
4.4 El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable	67

4.5 Regulación internacional.....	69
4.5.1 Unión Europea.....	70
4.5.2 Argentina	74
1.3 4.5.3 España.....	78
4.5.4 Costa Rica	82
4.5.5 Legislación guatemalteca	84
CAPITULO V	89
LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA PRUEBA PERICIAL DEL ADN	89
5.1 Generalidades	89
5.2 Jurisprudencia en materia de la toma de ADN	92
EXPEDIENTE 3266-2007 SENTENCIA 24/01/2008.....	92
EXPEDIENTE: 3659-2008 SENTENCIA 10/03/2009.....	95
EXPEDIENTE 3014-2012 SENTENCIA 12/12/2012.....	100
COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS	104
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFIA	111
ANEXO A	120
ANEXO B	122

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación busca determinar qué derechos fundamentales se ven directamente vinculados con la realización de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico–ADN-. Esta prueba es utilizada en el proceso penal guatemalteco como un mecanismo para dilucidar y a la vez que permita establecer que los restos o muestra de ADN corresponden o no al procesado, en la actualidad se cuenta con un banco de datos genéticos que permita conocer si el código de ADN corresponde a otra persona que no se encuentre procesada, sin embargo existe desconocimiento acerca de las funciones del mismo y es por ello que en este estudio se determina la ilegitimidad de la oposición del procesado al ordenársele por medio de juez competente, dentro de un debido proceso poder practicársele la prueba genética del ADN, porque aun sin contar con el consentimiento del procesado, cuando medie orden de juez o tribunal competente, el mismo no puede oponerse por haber regulación en la norma jurídica; ya que la realización de la diligencia de ADN a un sindicado tiene sustento legal y no transgrede el derecho fundamental contenido en el artículo 16 constitucional; se puede apreciar que la investigación de un delito es de interés público y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, son causas legítimas que justifican la realización de una intervención corporal.

Debido al problema planteado, cuando los sindicados de un hecho punible se niegan a dar este medio de prueba biológico, aduciendo que si la misma se realiza en contra de su voluntad, se violentan sus derechos fundamentales, la misma toma vital importancia debido a que la legislación guatemalteca regula de forma clara y precisa las intervenciones corporales coactivas en la Ley del banco datos genéticos para uso forense Decreto 22-2017, sin embargo se observó desconocimiento de parte de los sujetos de estudio. En la actualidad este es uno de los mayores problemas y por ello en algunos casos se decide no tomar tales muestras biológicas, con lo cual la prueba pericial se torna ineficaz.

Para la recolección de datos se utilizó tanto la metodología cualitativa como la cuantitativa, redactándose cinco capítulos donde se abordan las consideraciones doctrinarias y legales relativas al objeto de estudio, el derecho comparado internacional, la práctica forense guatemalteca y, la presentación y análisis de resultados.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca determinar qué derechos fundamentales se ven directamente vinculados con la realización de la prueba de ADN. En la actualidad la prueba de ADN es utilizada en el proceso penal guatemalteco como un mecanismo de inclusión o exclusión que permita establecer que los restos o muestra de ADN corresponden o no al procesado, se cuenta con un banco de datos que permita conocer si el código de ADN corresponde a otra persona que no se encuentre procesada, sin embargo existe desconocimiento acerca de las funciones del mismo y es por ello que en este estudio se determina la ilegitimidad de la oposición del procesado al ordenársele por medio de juez competente, dentro de un debido proceso poder practicársele la prueba genética del ADN.

Con los avances científico-biológicos del ácido desoxirribonucleico –ADN- la prueba pericial ha adquirido suma importancia dentro del proceso penal, a tal punto que, en los países desarrollados, constituye la base fundamental para la averiguación de la verdad y esclarecimiento de hechos punibles debido a su alto porcentaje de confiabilidad (99.99%). Para obtener y producir la prueba pericial de ADN se precisa extraer del cuerpo del sindicado, muestras de sangre u otro medio de obtención, a efecto de que el perito haga el estudio correspondiente, entre estos y los indicios recolectados en el cuerpo de la víctima y en la escena del crimen para luego cotejar las muestras dubitadas con las indubitadas y obtener un resultado afirmativo o negativo del código genético.

Debido al problema planteado, cuando los sindicados de un hecho punible se niegan a dar este medio de prueba biológico, aunque exista orden judicial competente que autorice tal diligencia y aducen que si la misma se realiza en contra de su voluntad, ellos refieren que se violentan sus derechos fundamentales, la misma toma vital importancia debido a que la legislación guatemalteca regula de forma clara y precisa las intervenciones corporales, debido a que existe una ley de Banco de datos genéticos para uso forense, en su artículo tercero regula tal disposición.

Los análisis del ADN, que determinan la huella genética de un individuo, es decir la información contenida en sus genes, representan una gran ventaja en la investigación de la comisión de delitos violentos, pues aportan la ventaja de que son mucho más precisos, ya que es prácticamente imposible hallar dos individuos que posean el mismo perfil genético (la única excepción es el caso de los hermanos gemelos homocigotos), lo cual facilita las tareas de búsqueda y también de identificación de sospechosos en casos de hechos delictivos graves, tales como homicidio y de agresiones físicas o sexuales.

En la actualidad las pruebas de ADN, por su grado de precisión y fiabilidad, constituyen una herramienta elemental tanto en lo atinente al estudio de la genética forense, ligada fundamentalmente al ámbito de la investigación de la paternidad y de los procesos de filiación y lo que atañe al presente estudio la investigación delictiva, siempre que se cumplan con los estándares establecidos y dentro de un debido proceso, la lucha contra el crimen y el proceso penal, como en lo que concierne al estudio de la genética clínica, dado que los análisis genéticos permiten determinar enfermedades y patologías congénitas hereditarias, situación que al margen de los derechos individuales de cada paciente, incide directamente en el derecho a la salud del individuo, familia y comunidad.

La certeza de inclusión o exclusión a la que permite llegar el análisis de ADN hace indiscutibles sus beneficios dentro del proceso penal, pero, a su vez, conlleva examinar los retos que implica su efectiva implementación y determinar que su práctica no atenta contra derechos fundamentales consagrados para la defensa de la persona.

En este orden de ideas, se ha realizado el presente estudio en cinco capítulos, así en el primero de ellos se analizó el proceso penal como fuente del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado para la regulación y sanción de las conductas humanas penalmente relevantes a través del derecho penal que se materializan por la vía del proceso penal. La finalidad inmediata del proceso penal, es la averiguación, determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento mediante una

sentencia de la participación del procesado, la determinación de su responsabilidad, la imposición de la pena y su ejecución.

Por su parte, en el capítulo segundo se desarrolló el estudio de la institución principal como es la prueba, determinando que es todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva. La prueba es el único medio para descubrir la verdad y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Según la terminología de la legislación procesal guatemalteca, determina que prueba sólo será lo actuado en el juicio oral, mientras que todo el material reunido durante la investigación es denominado elementos de convicción.

En el capítulo tercero se abordó lo concerniente al ácido desoxirribonucleico como prueba científica en el proceso penal la prueba de ADN, desde la óptica procesal penal presenta ciertas peculiaridades en función del tipo de muestras biológicas que se analicen.

En el capítulo cuatro se desarrolló el tema acerca del ADN como prueba pericial y su incidencia sobre los derechos fundamentales del sindicado dado que la práctica de estas medidas implica la restricción de determinados derechos fundamentales, entre los que resaltan, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, el derecho a no declarar contra uno mismo y a la presunción de inocencia entre otros, además se hace una comparación de las diferentes legislaciones de países que tienen regulada la obtención de la prueba pericial como es el caso de España, Argentina y Costa Rica, sin dejar a un lado el excelente ordenamiento de la Unión europea, en relación a la legislación nacional guatemalteca.

En el quinto y último de los capítulos se dedica al estudio de algunos pronunciamientos en notas de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad relacionadas al tema de la legitimación de la oposición del procesado a la orden del juez de proporcionar la muestra del ADN en la etapa de investigación del proceso penal.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, puedo afirmar que el estudio de esta temática se justifica, pues, tomando en consideración las lagunas legales del ordenamiento jurídico guatemalteco referente al tema, la oposición del procesado a proporcionar la muestra de ADN seguirá siendo tema primordial en los procesos penales ya que entran en contradicción los derechos fundamentales contra lo ordenado por un juez en un debido proceso, es claro que el derecho habrá de estar preparado para dar respuesta a los nuevos interrogantes que el uso de la tecnología ligada al ADN planteará, al objeto de evitar que se produzcan actuaciones indebidas vinculadas particularmente a la utilización y transmisión de la información genética, como prueba primordial en un debido proceso.

CAPITULO I

EL PROCESO PENAL

1.1 Definición

Se define por derecho penal a la rama del Derecho que se encarga de normar y prescribir las capacidades castigadoras que faculta al Estado aplicar a aquellos que violentan las normas de convivencia con conductas antijurídicas, siempre apegándose al principio de imparcialidad y de proporcionalidad. Sin embargo, el proceso penal regula la función jurisdiccional y la competencia de los jueces y la actuación de las partes dentro de sus diferentes fases procedimentales ya que su fin es establecer la verdad histórica del hecho objeto de la investigación, determinar la participación del imputado para obtener una sentencia justa apegada a derecho.

Según Vásquez (1995) “el ejercicio del *Ius Puniendi* por parte del Estado, se caracteriza a través de la regulación y sanción de las conductas humanas penalmente relevantes, a través del derecho penal que se materializan por la vía del proceso penal” (p.33).

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, en efecto regula la función jurisdiccional y competencia de los jueces y la actuación de las partes, dentro de las diferentes etapas procedimentales, ya que el fin es establecer la verdad histórica del hecho y la participación del imputado para luego tener una sentencia justa.

Baumann (1986) considera 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” (p.2).

El proceso penal también se puede considerar como el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo por medio de la averiguación de la verdad y la perpetración de los hechos delictivos, la participación del sindicado, su responsabilidad, la imposición de la pena señalada y la ejecución de la misma, dentro de un debido proceso. Por lo cual se puede inferir que el proceso es una actividad estratégica consistente en construir una teoría sólida adecuada en busca de la verdad.

En la doctrina, al proceso penal según Ossorio (2001) “también se le conoce con el nombre de juicio criminal; por lo cual es el que tiene por objeto la averiguación de un delito, el descubrimiento del que lo ha cometido y la imposición de la pena que corresponda (...)” (p.421)

Se entiende que el proceso penal es el conjunto de normas jurídicas que norman y fijan las directrices del proceso, determinándolo como un conjunto de actos mediante los cuales se provee por órganos estatales establecidos en ley la aplicación de la norma jurídica penal en los casos concretos.

Baquiax (2012) determina que “de esta forma la política criminal de Estado ira dando lugar a la conformación tipológica de las normas jurídico-penales (sustantivas y adjetivas), y es por ello que en la actualidad puede hablarse de un derecho penal garantista o de un derecho penal premial en el caso de la delincuencia organizada” (p.15).

La finalidad inmediata del proceso penal, es la averiguación, determinación y valoración de hechos delictivos, el establecimiento mediante una sentencia de la participación del procesado, la determinación de su responsabilidad, la imposición de la pena y su ejecución.

El artículo 5 del Código procesal penal, establece que los fines del proceso penal son los siguientes: la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y 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 sentencia.

Por lo anterior se infiere que el proceso penal es una actividad de actos solemnes determinados y guiados por una norma jurídica establecida por distintas fases procedimentales que tienen como objetivo único la averiguación de la verdad determinando la participación del imputado durante la sustanciación del mismo para luego poder obtener por este medio una sentencia apegada a derecho, en otras palabras, Justa.

Existen varias definiciones del proceso penal, según Maier (2004), define que “el derecho procesal es la rama del orden jurídico interno de un Estado cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos, que cumplen la función penal del Estado, y; disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en el” (p.75).

El derecho procesal penal es el conjunto de normas que regulan las directrices del debido proceso desde su inicio hasta su finalización, además se ocupa de la competencia y la jurisdicción y las regula, así como la actividad de los jueces, defensores y el Ministerio público.

1.2 Etapas del proceso penal

El proceso penal regula todo el desarrollo procesal, iniciando con los actos introductorios, el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, hasta la preparación y desarrollo del debate y la sentencia, las medidas de seguridad; además de las impugnaciones que se pudieran interponer del mismo y la respectiva ejecución.

Las etapas en el procedimiento común, llamadas también etapas procesales, son las fases en que se agrupan todos los actos o hechos realizados o accionados dentro de un determinado proceso de acuerdo con una finalidad inmediata, y la sujeción del proceso a determinadas normas legalmente establecidas, regulan además la forma de cómo se debe desarrollar el procedimiento dentro de un marco jurídico preestablecido.

El Código procesal penal, en su artículo 4, establece que, nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos

del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.

Por lo tanto, queda claro que las etapas en el procedimiento común están plenamente especificadas y determinadas de forma expresa en el ordenamiento procesal penal guatemalteco, las mismas contienen formas lógicas en que se debe llevar a cabo dicho procedimiento penal, observando durante todo su proceso las formas preestablecidas por la propia ley.

Las etapas en el procedimiento común son cinco e inicia con la etapa preparatoria, en la cual se recopilan los medios de convicción para fundar la acusación, y como consecuencia poder llegar al debate en juicio oral y público. Esta etapa inicia con la denuncia respectiva y continua con la práctica de la investigación objeto del proceso recopilando todos los medios de convicción necesarios, a efecto de fundamentar la acusación y la solicitud de apertura a juicio ante el juez contralor de la investigación.

Esta etapa finaliza normalmente con la formulación de la acusación y solicitud de apertura a juicio donde se oficializa la incriminación directa en contra del acusado ante el órgano jurisdiccional competente.

La etapa intermedia, donde se depura y analiza el resultado de la etapa preparatoria. En esta etapa se realiza un análisis de la solicitud formulada por el Ministerio Público, en relación a la apertura a juicio y admisión de la acusación, el sobreseimiento o clausura provisional del procedimiento si procediere, además determinar si existen fundamentos para llevar a juicio oral a una persona por la probabilidad de participación en la realización de un hecho delictivo determinado en la ley sustantiva penal.

La etapa de juicio oral, es la más importante del proceso, por cuanto se aplica el principio de inmediación toda vez que se reciben públicamente ante el juez y las partes, los medios de prueba obtenidos y admitidos legalmente, los cuales servirán para fundamentar la sentencia.

El control jurídico procesal sobre la sentencia, se desarrolla a través de los medios de impugnación, donde la parte que no esté de acuerdo con el fallo emitido puede interponer el recurso pertinente y lograr el examen de la decisión tomada.

La etapa de ejecución penal, en el cual se da cumplimiento a la sentencia, se controla las penas impuestas por los tribunales respectivos; en síntesis, se ejecuta la sentencia firme; luego que la sentencia emitida ha cobrado firmeza, adquiere autoridad de cosa juzgada, lo que significa que la misma ha adquirido obligatoriedad, por lo cual un juez específico debe de controlar la ejecución de la pena principal y accesoria resuelta en dicho fallo.

1.3 Características del proceso penal

Es un derecho público: El derecho procesal penal es una rama del derecho público por cuanto se trata de una parte de la universalidad jurídica de que está conformada la legislación guatemalteca. Según Par (1999), “en él se enmarca la función jurisdiccional del Estado, ejercida por medio de los tribunales de justicia. Siendo que estas normas procesales son imperativas y obligatorias para todos los ciudadanos, ya que el Estado los impone mediante su poder de imperio, con el objeto de proteger a la sociedad y reestablecer la norma jurídica violada” (p.27)

Además, el proceso tiende a la actuación de una norma de derecho público de modo que la pretensión represiva pertenece al estado en sentido de que quien la hacer valer es un órgano público. Los poderes de las partes son de la misma naturaleza formal que los correspondientes a los funcionarios públicos. La voluntad de ellas no puede restringir el campo de la investigación, ni permite aplicar la teoría de la carga probatoria.

Es un derecho instrumental: Es instrumental porque tiene como objeto la realización del derecho penal sustantivo o material, que también pertenece al derecho público, en otras palabras se podría decir que le sirve de vehículo mediante el cual se materializa el *Ius Puniendi* del Estado; quien a través del Ministerio Público ejerce

la función de persecución penal, haciendo efectiva la función sancionadora que le corresponde.

El carácter instrumental estriba en que el estado aplica la ley penal contra el imputado por medio de los mecanismos jurídicos que esta disciplina le otorga, protegiendo de esa forma a la colectividad, y restituyendo la norma jurídica violada.

Es un derecho autónomo: Tiene principios e instituciones propias, posee autonomía legislativa, jurisdiccional y científica. Esto le da la virtud de ser una disciplina jurídica independiente. Su autonomía legislativa proviene de leyes especiales que lo regulan, específicamente el Código procesal penal. Su autonomía jurisdiccional obedece a que existen órganos jurisdiccionales específicos encargados de ejercer la jurisdicción penal. Su autonomía científica, se determina porque en la doctrina se ha llegado a considerar que es una disciplina jurídica independiente.

1.4 Garantías constitucionales penales

Baquiáx (2012), al término “garantías, hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano, en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la constitución y la ley le habiliten a ingresar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle a determinadas reglas” (p.61).

Los derechos, garantías y principios constitucionales relativos al proceso son el soporte de la seguridad jurídica, son como una barrera protectora de la dignidad humana, esta garantía protege a los sujetos procesales del poder desmedido de la persecución como manifestación del poder coercitivo que tiene el Estado. En otras palabras, es una protección contra el poder de reprimir que tiene el Estado.

En ello, el proceso penal, como medio de ejercicio de la potestad punitiva del Estado a través del enjuiciamiento, responde a la misma idea. Ibañez citando a Carrara, “la garantía procesal lleva implícita la preordinación a un fin. Por ello, el Estado

constitucional de derecho reserva al juez un particular estatuto de independencia, rodeando su ejercicio de garantías orgánicas funcionales para lograr dicho objetivo. Las mismas, son el presupuesto o antecedente institucional de las garantías procesales, en la medida que son condiciones de posibilidad de estas últimas. Ibañez citando a Ferrajoli considera que las garantías procesales son los elementos configuradores del modelo teórico” (1996:77).

Entonces, todo medio consignado en la constitución para asegurar el goce de un derecho se llama garantía. Las garantías son medios realistas substanciales constitucionales para asegurar los derechos de los individuos dentro de un proceso penal preestablecido, dirigido a limitar ese poder punitivo y para disminuirlo legalmente; esta garantía tiene significado solo frente al Estado.

Para Baquixax, “las garantías constitucionales penales son:

A) Garantías primarias o epistemológicas:

A.1. Formulación de la acusación.

A.2. Carga de la prueba para el acusador.

A.3. Derecho de defensa del imputado.

B) Garantías secundarias:

B.1. Publicidad.

B.2. Oralidad (inmediación y concentración)

B.3. Legalidad del proceso (nulidad).

B.4. Motivación.

Las primeras se traducen en actividades cognoscitivas, las segundas facilitan el juego de las primeras y hacen posible el control interno y externo de las mismas por lo que se les denomina “garantías de garantías” (2012:61,62).

La pretensión de que se imponga una pena sin que exista delito, conducta o culpabilidad, o de que se aplique una ley contraria a los postulados de la constitución

del Estado, solo puede neutralizarse mediante el instituto de la nulidad. Por ello la nulidad por más que sea un instituto netamente procesal, constituye una herramienta imprescindible para asegurar la efectividad de la vigencia de los principios constitucionales, por lo que posee una dimensión constitucional.

El orden jurídico penal, presidido por la constitución del Estado, se vale de la nulidad como herramienta fundamental para asegurar que la realización del poder penal del Estado no vulnere las garantías fundamentales de los individuos que lo soportan.

1.5 Principios procesales

Los principios procesales son todos aquellos postulados necesarios que dirigen o guían el proceso y lo definen como un instrumento de aplicación del derecho sustantivo; además son criterios orientadores de los sujetos procesales y son muy importantes toda vez que facilitan la interpretación y aplicación de la jurisdicción penal.

Entonces se puede afirmar que los principios procesales guían el proceso penal y facilitan las directrices que orientan todas las actuaciones de las partes dentro del proceso para hacerlo más efectivo.

Dentro de los principios procesales están: de oralidad, de inmediación, de publicidad, de celeridad, de sencillez, de reparación civil, de equilibrio, de oficialidad, de libertad probatoria, de contradicción, de concentración.

1.6 Procedimiento preparatorio

El procedimiento preparatorio es la fase inicial del proceso penal y tiene por objeto regular la investigación a cargo del fiscal del Ministerio público, bajo el control del juez, a fin de poder sustentar una acusación formal contra la persona que se considera responsable de un hecho delictivo.

Para Par (1999), citando a Llores indica “esta fase es el conjunto de actos tendientes a comprobar la existencia de un hecho punible, reunir todas las circunstancias que

podrían influir en su calificación legal, descubrir a los autores, cómplices y encubridores y a practicar todas las diligencias necesarias para la aprehensión de los delincuentes y para asegurar su responsabilidad civil” (p.211).

Esta fase preparatoria en el proceso penal , inicia con el conocimiento de la noticia criminis, compuesto por actos eminentemente investigativos, preparan y construyen las evidencias, informaciones o pruebas auténticas que permitirán establecer la existencia del delito y la participación del imputado, posteriormente le servirá al fiscal de Ministerio publico formular la acusación y la petición de apertura del juicio penal contra el procesado ante el juez de primera instancia penal contralor de la investigación. Estos actos tratan de analizar y determinar si existe una sospecha suficiente de que el imputado ha cometido el hecho punible investigado.

Par (1999) citando a Binder indica que “sustancialmente durante este periodo preparatorio, se realizan cuatro tipos de actividades:

- a) Actividades de pura investigación;
- b) Decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento;
- c) Anticipos de pruebas, es decir, prueba que no puede esperar a ser producida en el debate;
- d) Decisiones o autorizaciones vinculadas a actos que pueden afectar garantías y derechos procesales, normados por la Constitución” (p.211).

El Ministerio publico actuara en esta etapa a través de sus fiscales quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo, así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligadas todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.

La base legal de esta fase preparatoria la contempla el Código procesal penal en su capítulo IV, en los artículos que taxativamente exponen lo siguiente:

Artículo 309.- Objeto de la investigación. En la investigación de la verdad, el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para

determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer quiénes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil. (Párrafo adicionado por el Artículo 23 del Decreto 79-97 del Congreso de la República.) El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo, así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.

Artículo 313.-Formalidades. Las diligencias practicadas en forma continuada constarán de una sola acta, con expresión del día en el cual se efectúan, y la identificación de las personas que proporcionan información. Se resumirá el resultado fundamental de los actos cumplidos y, con la mayor exactitud posible, se describirán las circunstancias de utilidad para la investigación. El resumen será firmado por el funcionario del Ministerio Público que lleva a cabo el procedimiento, el secretario y, en lo posible, por quienes hayan intervenido en los actos.

Artículo 314.-Carácter de las actuaciones. Todos los actos de la investigación serán reservados para los extraños. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por el imputado, las demás personas a quienes se les haya acordado intervención en el procedimiento, los defensores y los mandatarios. No obstante, quienes tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas durante la investigación, estarán obligados a guardar reserva. Sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, el incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave y podrá ser sancionado conforme a la Ley del Organismo Judicial y disposiciones reglamentarias. El Ministerio Público podrá dictar las medidas razonablemente necesarias para proteger y aislar indicios en los lugares en que se esté investigando un delito, a fin de evitar la contaminación o destrucción de rastros, evidencias y otros

elementos materiales. No obstante, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad y si no hubiere auto de procesamiento, el Ministerio Público podrá disponer, para determinada diligencia, la reserva total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, los interesados podrán solicitar al juez que ponga fin a la reserva. A pesar del vencimiento de los plazos establecidos, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponerla, con mención de los actos a los cuales se refiere y con la limitación prevista en el párrafo anterior, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado. Los abogados que invoquen un interés legítimo deberán ser informados por el Ministerio Público, acerca del hecho que se investiga y de los imputados o detenidos que hubiere. A ellos también les comprende la obligación de guardar reserva.

Artículo 315.- Proposición de diligencias. El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores y los mandatarios podrán proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio. El Ministerio Público los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles, debiendo dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. En caso de negativa el interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo, para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.

Artículo 316.- Participación en los actos. El Ministerio Público permitirá la asistencia del imputado, de los demás interesados, de sus defensores o mandatarios a los actos que se practiquen, sin citación previa. Los asistentes no tomarán la palabra sin expresa autorización de quien preside el acto. Quienes asistan o participen en un acto de diligenciamiento de investigación, deberán guardar seriedad, compostura y en ninguna forma perturbar, obstaculizar o impedir la diligencia con signos de aprobación o de desaprobación, pudiendo ser excluidos u obligados a retirarse en caso de que no se comporten como corresponde, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar. Podrán solicitar que conste en el acta las observaciones que

estimen pertinentes en cuanto a la conducta de los presentes, incluso sobre las irregularidades y defectos del acto.

Artículo 317.- Actos jurisdiccionales: Anticipo de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos que no puedan ser reproducidos, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que lo realice. El juez practicará el acto, si lo considera admisible formalmente, citando a todas las partes, los defensores o mandatarios, quienes tendrán derecho a asistir con las facultades previstas respecto de su intervención en el debate. El imputado que estuviere detenido será representado por su defensor, salvo que pidiere intervenir personalmente. Si, por la naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro, procurando no afectar las facultades atribuidas a ellas. (Adicionado por el Artículo 24 del Decreto 79-97 del Congreso de la República.) En ningún caso, el juez permitirá que se utilice este medio para la formación de un expediente de instrucción sumaria que desnaturalice el proceso acusatorio. (Adicionado por el Artículo 20 del Decreto 17-2009 del Congreso de la República.) Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará su declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico, con la presencia del abogado defensor designado por el imputado y en su defecto por el que designe la Defensa Pública Penal; y en caso de no existir imputado, igualmente se hará comparecer a un defensor público de oficio, para garantizar la legalidad de la declaración testimonial en esta forma; asimismo comparecerán en ese acto probatorio anticipado, el fiscal del caso, el querellante adhesivo si los hubiere, y dicho acto será presidido personalmente por el Juez del proceso. En este caso se observará lo requerido por los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.

Artículo 318.- Urgencia. Cuando se ignore quién ha de ser el imputado o cuando alguno de los actos previstos en el artículo anterior sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir verbalmente la intervención del juez y éste practicará el acto con prescindencia de las citaciones previstas en el artículo anterior, designando un defensor de oficio para que controle el acto. Cuando existiere peligro inminente de pérdida de elemento probatorio, el juez podrá practicar, aun de oficio, los actos urgentes de investigación que no admitan dilación. Finalizado el acto, remitirá las actuaciones al Ministerio Público. En el acta se dejará constancia detallada de los motivos que determinaron la resolución.

Artículo 323.- Duración. (Reformado por el Artículo 23 del Decreto 32-96 del Congreso de la República.) El procedimiento preparatorio deberá concluir lo antes posible, procediéndose con la celeridad que el caso amerita, y deberá practicarse dentro de un plazo de tres meses. (Párrafo derogado por el Artículo 25 del Decreto 79-97 del Congreso de la República.) En casos especiales, el tribunal podrá prorrogar durante un mes la investigación. Si el Ministerio Público no cumple con presentar su requerimiento dentro de los plazos indicados, el fiscal a cargo del asunto será amonestado por escrito por el juez que controla la investigación quien, le fijará un plazo de ocho días para que lo haga.

También se debe entender que esta etapa no es pública, en el mismo sentido en que lo es el juicio oral, es decir abierto a todos los ciudadanos, no se debe deducir que sea secreta para los distintos sujetos procesales, por el contrario, tiene el acceso al desarrollo de la investigación.

Es aquí en donde se solicita la toma de la muestra de ADN, de parte del Ministerio público, el juez contralor de la investigación accede a la realización de esta prueba biológica y es donde el imputado se niega a darla aduciendo que vulnera sus derechos, específicamente al no declarar contra sí mismo, extremo que en este trabajo de investigación se deja claro que no vulnera dicho derecho constitucional debido a que los resultados que se obtengan con el procedimiento científico no suponen necesariamente efectos desfavorables, toda vez que se ordena la diligencia dentro de un debido proceso respetando las garantías y derechos que le

asisten a todo sindicado y el mismo es ordenado por juez competente. Además, es necesario dotar de herramientas y modernizar la investigación criminal a través de la identificación por medio del análisis genético forense que ayude a tener mayor certeza sobre los responsables de hechos criminales y se esta forma cumplir con el fin supremo del Estado.

El artículo 3 de la ley de Banco de datos genéticos para uso forense es claro al indicar que:

El Banco almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito, así como las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación criminal, a fin de alimentar de oficio, por cualquiera de las dos vías, El Banco de Datos Genéticos. El reglamento de la presente Ley establecerá el procedimiento y los protocolos adecuados para la obtención de las muestras biológicas.

Por ser un dato que protege el bien común y los derechos individuales de los sindicados inocentes y las víctimas, se autoriza que se tome la muestra de ADN de sangre de la persona sindicada, aunque esta lo rehúse. El médico que extraiga la sangre observará los protocolos médicos de higiene. Sólo cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva (el resaltado es personal, el texto original no lo tiene).

La información genética registrada consistirá en el resultado obtenido a partir de los análisis de identificación humana en genética forense. Se administrará dentro de la base de datos informática que posee el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF-.

Por lo anterior se determina con toda certeza que es ilegítima la oposición del procesado a dar la muestra de ADN para su investigación ya que la misma no necesariamente supondrá efectos desfavorables a su persona, y la valoración dependerá del juez dentro de un debido proceso.

Previo a la toma de la muestra de ADN el medico encargado de la misma, evaluará el estado de salud del sindicado y si peligre su vida con la extracción de sangre, se podrá tomar la muestra de otras fuentes como cabello, saliva, uñas, etc.

El Acuerdo No. CD-INACIF-32-2018.- Reglamento del Banco de Datos Genéticos para uso forense creado mediante el Decreto No. 22-2017 del Congreso de la República determina en los siguientes artículos

Artículo 2 Ámbito de aplicación: Las normas contenidas en el presente reglamento son de observancia obligatoria para los funcionarios y demás personas que en él se mencionan.

Artículo 3 Definiciones: Para la correcta aplicación del presente Reglamento, se deberán entender como tales, los siguientes términos o siglas: ADN: Ácido desoxirribonucleico, molécula que contiene la información genética de un individuo.

Cadena de custodia de El Banco de datos genéticos: Es el conjunto de procedimientos que garantizan la identidad e integridad de la muestra biológica desde que es recolectada hasta que se presenta y cumple su objetivo ante la autoridad competente.

Consentimiento informado: Es la manifestación expresa de voluntad de la persona que autoriza para que le sea tomada la muestra biológica para obtención de perfil genético de su persona o de la persona a la que representa legalmente.

El Banco: Banco de Datos Genéticos para Uso Forense, el cual consiste en un conjunto de registros de los perfiles genéticos obtenidos por el INACIF de las muestras biológicas que han sido recolectadas y remitidas por el Ente encargado y que han sido recabadas en cualquiera de las circunstancias previstas en La Ley u otras leyes. El Banco es uno sólo, sin embargo, contendrá bases de datos de perfiles genéticos debidamente clasificados, atendiendo a la naturaleza del proceso del cual se trate o en el que fueron obtenidos. (...)

Muestra biológica: Cualquier muestra de origen biológico que contenga ácidos nucleicos y la dotación genética característica de una persona

Muestra biológica dubitada; Toda aquella muestra biológica cuya identidad de la persona a la que pertenece es desconocida.

Muestra biológica indubitada: Toda aquella muestra biológica proporcionada por una persona debidamente identificada.

Perfil Genético; Colección de datos genéticos obtenidos de la información contenida en regiones específicas del ADN y que es relevante para la identificación humana forense.

Artículo 4 Principio de optimización de recursos: El Ministerio Público y Jueces competentes, podrán en el curso de una investigación criminal, ordenar el procesamiento de las muestras biológicas para la obtención del perfil genético, siempre que sea congruente con la lógica investigativa y evitando en lo posible requerir dicho análisis cuando en El Banco obre registro de una persona, salvo duda razonable y para confirmación. Cuando alguna autoridad competente requiera el perfil genético de una persona cuyo perfil obre en El Banco de datos por haber sido solicitada en otro proceso, el INACIF lo comunicará inmediatamente al requirente.

En el anterior reglamento se determina que el decreto 22-2017 es de observancia obligatoria para los funcionarios que intervienen en la toma de la muestra de ADN, sin embargo se pudo determinar que existe desconocimiento del mismo cuerpo legal y en las audiencias determinadas para esta prueba anticipada se vulnera los derechos del sindicado al obtener de su parte la negativa a proporcionar la prueba, reacción contraria de parte de las personas que tomarán la prueba ya que el sindicado es sometido a la fuerza y únicamente en los órganos jurisdiccionales la toma de la misma es por medio de la extracción sanguínea sin previa evaluación médica del sindicado. Experiencias vivenciales de la defensora pública María López (nombre ficticio) Se infiere que existe desconocimiento de que existen otras formas de obtener la muestra especificados taxativamente en el artículo 3 del decreto 22-2017.

En la norma citada también se determina que la única institución que practicara dicha prueba a solicitud del Ministerio público o del órgano jurisdiccional a cargo de

quien se encuentre el expediente es el Instituto Nacional de ciencias Forenses INACIF, que cuenta con el laboratorio de Serología y Genética Forense, es un laboratorio de altísimo impacto en la investigación, ya que realiza una serie de análisis bioquímicos para determinar en caso de agresiones sexuales o casos en que se da lucha entre agresor y víctima la presencia de fluidos, además lleva a cabo análisis de ADN sobre fluidos identificados y en los cuales existe elementos de comparación. La virtud de los fluidos es la enorme capacidad individualizante de sus resultados.

El Ministerio de Salud pública y asistencia social determina el protocolo para la obtención de la muestra de sangre en el Manual de normas y procedimientos para la toma de muestras y su envío al Laboratorio, ya que la misma es una práctica universal al momento de la extracción de la sangre del sindicado, especificando que se debe realizar de la siguiente manera:

Colocar sobre la mesa de trabajo todo el material que se necesitará para ejecutar la obtención de muestra.

Llenarla ficha de control de la persona con los datos que se solicitan y explicarle el propósito de los exámenes a practicársele y obtener el consentimiento para realizarle el examen, guardando la confidencialidad de los datos proporcionados por él.

Rotular el/los tubo(s) con nombres, apellidos y edad de la persona.

Lavarse las manos previamente a la extracción de sangre y colocarse los guantes

Sentar a la persona en un lugar cómodo de manera que el brazo donde se extraerá la muestra quede colocado, paralelamente, a la mesa de trabajo donde se hará la extracción de sangre.

Observar las venas del antebrazo a nivel del pliegue del codo o cualquier vena sobresaliente.

Limpiar la zona de punción con algodón embebido en alcohol, haciendo movimiento de adentro hacia afuera en forma circular sobre la zona de punción.

Colocar la ligadura de 4 a 5 dedos sobre el pliegue del codo.

Según el sistema de extracción, seguir instrucciones precisas: Venopunción con jeringa Venopunción con sistema de extracción al vacío.

Aplicar una pieza seca de algodón sobre la parte donde se encuentra oculta la punta de la aguja

Retirar la ligadura del brazo.

Sacar la aguja con movimiento rápido por debajo de la pieza de algodón.

Indicarle a la persona que flexione su brazo de modo que haga presión sobre la herida hasta que cicatrice (2015:79).

Lo anterior se realiza dentro de la cadena de custodia, que es el conjunto de procedimientos que garantizan la identidad e integridad de la muestra biológica desde que es recolectada hasta que se presenta y cumple su objetivo ante la autoridad competente. Con el objetivo principal de tener el debido cuidado en la recolección y conservación a fin de evitar la contaminación y degradación de la muestra biológica.

CAPITULO II

LA PRUEBA

2.1 Generalidades

El tema de la prueba es tan importante en el proceso penal, ya que es el dato o fuente en sí, y el procedimiento o actividad que ha de realizarse para confirmar o rechazar la previa afirmación de algo, es decir la verificación material de lo previamente afirmado. Por lo que la prueba penal debe ser considerada como el dato verificado idóneo determinante para resolver una pretensión penal, basada en un dato racional y objetivo y no simplemente de características especulativas.

Resulta prudente, al iniciar el tratamiento y conceptualización del término prueba, remitirse a una idea primaria de que se entiende por tal. Así, prueba deriva del latín *probare* que se traduce como probar, comprobar o ensayar. Según Villa Real “es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” (p. 437).

En su acepción más general se puede determinar que prueba es una manera de verificar algo para ver si es verdadero o realizar procedimientos para establecer la originalidad de la misma y su fiabilidad, lo contrario a falsedad.

Según el Diccionario jurídico espasa (2007) Aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que este adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como criterios a los efectos de un proceso” (p.1206).

Se puede inferir que prueba es el medio para llegar a conocer la verdad real o histórica acerca de los hechos realizados por persona determinada e individualizada en un espacio y tiempo específico. Además es el medio que utiliza el juzgador para llegar a conocer los indicios y las circunstancias en las que se cometieron los hechos y a la vez determinar la participación del acusado, proporcionando bases fundamentales para la homologación y por ende emitir una resolución justa apegada de forma proporcional a derecho y según las leyes procesales preestablecidas.

El vocablo prueba deriva del latín probare, probar, comprobar, ensayar. De manera genérica, la Real Academia Española (1992), entiende por prueba: “1. Acción y efecto de probar.

2. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.

3. Indicio, señal o muestra que se da de algo. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. f. Der. La que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho, generalmente criminal, que se pretende esclarecer. Semiplena. f. Der. Prueba imperfecta o media prueba, como la que resulta de la declaración de un solo testigo, siendo este de toda excepción. Tasada. f. Der. La que, por diferencia de la regla de su libre estimación por el juez, la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado” (p.1011).

Probar es demostrar la verdad o la falsedad de algo, según los medios establecidos por la ley, ya que prueba debe llamársele a aquella que se ha incorporado al debate en presencia de las partes y de los jueces, ya sea esta prueba de tipo testimonial, documental y todo aquel elemento de convicción reunido en la etapa de investigación,

La palabra prueba tiene múltiples significados. Por lo pronto y en su más corriente acepción, para Alsina, probar es demostrar que lo afirmado corresponde a la realidad (1961:224).

Y en efecto se trata de demostrar lo que paso en realidad, pero al principio de forma abstracta ya que en el lugar de los hechos únicamente quedan vestigios que se tienen que interpretar y llegar a una conclusión hipotética de lo que fue en la realidad, determinando modo, forma y circunstancias que tuvieron que accionar para dar como resultado ese acto delictivo que mueve todo el sistema adjetivo penal para el esclarecimiento de la verdad real y objetiva utilizando todos los momentos procesales y la intervención de las partes para su pronto descubrimiento.

Pero también la Real Academia Española (1992) denomina prueba “al medio a través del cual 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, etcétera” (p.1685).

De lo anterior se tiene que hacer mención que, partiendo del principio de la comunidad de la prueba, tales pruebas presentadas sin importar que sujeto procesal las presentó, estas ya pertenecen al proceso en sí, y lo que se quiere con ello es que las mismas sirvan para el inculpado como para la víctima en cuanto sea objetiva al llevar el proceso al descubrimiento de la verdad, que es el objeto del proceso penal.

El procesalista Couture (1988) indica que en su acepción común “...la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación” (p.219).

Se determina entonces que prueba es un elemento esencial para el proceso, ya que su estudio es determinante porque determina el medio para hacer valer la verdad o la falsedad de alguna circunstancia o acción dirigida dentro de un proceso a lograr la convicción del juez acerca de la exactitud de las afirmaciones de las partes en el proceso.

Couture, al definir la prueba, indica: “Tomada desde su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado” (1988:219).

Se confirma entonces que la prueba es un elemento esencial del proceso, ya que la condición fundamental para que la sentencia este fundada es precisamente la prueba, que como lo dice Couture la prueba es base para la averiguación y para la comprobación. Por lo tanto, la prueba cuya finalidad es en conclusión lograr la convicción del juez acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas

por las partes en el proceso. Por lo cual cuando se denomina prueba pericial de ADN, esta prueba en si no puede destruir la presunción de inocencia ya que se deben valorar otras circunstancias relacionándolas a la cadena de custodia y el juez es quien le dará el valor probatorio que en derecho corresponda.

En materia procesal penal, Binder señala que “la segunda actividad de preparación de gran importancia es el ofrecimiento de prueba” (2000:243).

Este consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis. Ofrecer prueba significa señalar los elementos o medios de prueba que se utilizarán en el debate. La tercera parte principal del juicio penal es la producción de la sentencia. El período de producción de la sentencia comienza con la deliberación que es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirán construir la solución del caso; el primer nivel es el del análisis jurídico; el segundo, el de la valoración de la prueba.

El manual del fiscal “establece que, prueba es todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en el proceso penal son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva” (2001:125).

La prueba es el único medio para descubrir la verdad y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Según la terminología del Código, prueba sólo será lo actuado en el juicio oral, mientras que todo el material reunido durante la investigación es denominado elementos de convicción. Sin embargo, la normativa de valoración y legalidad de la prueba rige también para los elementos de convicción: Por ejemplo, un juez no podrá basarse en un elemento de convicción ilegalmente obtenido para fundamentar una orden de captura.

Los artículos 181 y 183 del Código procesal penal señalan las características que debe tener la prueba para ser admisible:

1º Objetiva: La prueba no debe ser fruto del conocimiento privado del juez ni del fiscal, sino que debe provenir al proceso desde el mundo externo, siendo de esta manera controlada por las partes. Por ejemplo, si el juez conoce de un hecho

relevante relacionado con el proceso a través de un amigo, no podrá valorarlo si no es debidamente introducido al proceso. El código en su artículo 181 limita la incorporación de la prueba de oficio a las oportunidades y bajo las condiciones previstas por la ley.

2º Legal: La prueba debe ser obtenida a través de medios permitidos e incorporada de conformidad a lo dispuesto en la ley.

3º Útil: La prueba útil será aquella que sea idónea para brindar conocimiento acerca de lo que se pretende probar.

4º Pertinente: El dato probatorio deberá guardar relación, directa o indirecta, con el objeto de la averiguación. La prueba podrá versar sobre la existencia del hecho, la participación del imputado, la existencia de agravantes o atenuantes, el daño causado, etcétera.

5º No abundante: Una prueba será abundante cuando su objeto haya quedado suficientemente comprobado a través de otros medios de prueba.

Para evitar confusiones, cuando se habla de prueba, se tiene que distinguir y mencionar las acepciones:

1º El órgano de prueba: Son aquellas personas o cosas que tienen existencia anterior al proceso con independencia de él, y tienen conocimiento o representan el hecho que se pretende probar. Por ejemplo, en una declaración testimonial, el órgano de prueba es el testigo.

2º Medio de prueba: Es el procedimiento a través del cual obtenemos la prueba y la ingresamos en el proceso. Por ejemplo, la declaración testimonial o un registro.

3º Objeto de la prueba: Es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Dentro de los objetos de prueba se incluyen tanto los hechos o circunstancias como las evidencias materiales. Por ejemplo, un hecho (objeto) puede ser probado a través de un testimonio (medio) o una pericia balística (medio) puede realizarse sobre una pistola (objeto).

El manual del fiscal (2001), “también establece que en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba” (p.123).

Existe pues, libertad de prueba tanto en el objeto (artículo 182 CPP) como en el medio (arts. 182 y 185 CPP).

Sin embargo, este principio de libertad de prueba no es absoluto, rigiendo las siguientes limitaciones:

1º En cuanto al objeto se debe distinguir:

Limitación genérica: Existen unos pocos hechos, que por expresa limitación legal, no pueden ser objeto de prueba: Por ejemplo, no puede ser objeto de prueba la veracidad de la injuria (art. 162 del CP). Tampoco podría ser objeto de prueba el contenido de una conversación, sometida a reserva, entre un abogado y su cliente, sin la autorización de este último. (arts. 104 y 212 del CPP).

Limitación específica: En cada caso concreto no podrán ser objeto de prueba hechos o circunstancias que no estén relacionados con la hipótesis que originó el proceso, de modo directo o indirecto (prueba impertinente).

2º En cuanto a los medios:

a. No serán admitidos medios de prueba que vulneren garantías procesales o constitucionales, como un allanamiento ilegal o una confesión obtenida mediante tortura o malos tratos.

b. El estado civil de las personas solo podrá probarse a través de los medios de prueba señalados en los códigos civil y procesal civil y mercantil (art. 182 CPP).

c. Existen distintos sistemas para valorar la prueba, se señalan los más importantes:

1º Sistema de prueba legal o prueba tasada: En este sistema, la ley procesal explica bajo qué condiciones el juez debe condenar y bajo cuáles debe absolver, independientemente de su criterio propio. El código procesal penal anterior se

basaba en este sistema. Por ejemplo, el artículo 701 estipulaba que la confesión lisa y llana, con las formalidades de la ley, hacía plena prueba o el artículo 705 que establecía que no hacía prueba en adulterio la confesión de uno solo de los encausados. De fondo este sistema se basa en la desconfianza hacia los jueces y pretende limitar su criterio interpretativo.

2º La íntima convicción: En el sistema de íntima convicción, la persona toma su decisión sin tener que basarse en reglas abstractas y generales de valoración probatoria, sino que en base a la prueba presentada debe decidir cuál es la hipótesis que estima como cierta. A diferencia del sistema de sana crítica razonada, no se exige la motivación de la decisión. Este sistema es propio de los procesos con jurados.

3º La sana crítica razonada: El juez debe convencerse sobre la confirmación o no de la hipótesis, pero en base a un análisis racional y lógico.

Por ello es obligatorio que el juez motive todas sus decisiones, demostrando el nexo entre sus conclusiones y los elementos de prueba en los que se basa. La motivación requiere que el juez describa el elemento probatorio y realice su valoración crítica. La motivación es requisito esencial de la sana crítica, ya que de lo contrario la resolución del juez sería incontrolable y podría ser arbitraria.

El Código procesal penal, acoge este principio en sus artículos 186 y 385. Si bien la valoración de la prueba es tarea eminentemente judicial, el fiscal deberá recurrir a la sana crítica para elaborar su hipótesis y fundamentar sus pedidos.

d. La carga de la prueba, En el proceso civil rige, como norma general, el principio de carga de la prueba por el que la persona que afirma un hecho debe probarlo. Sin embargo, esta regla no es válida para el proceso penal, por dos razones principales:

1º En primer lugar hay que indicar que el imputado goza del derecho a la presunción de inocencia, (artículo 14 CPRG y artículo 14 CPP). Las partes acusadoras han de desvirtuar la presunción, demostrando su teoría si quieren lograr la condena. Si por ejemplo, el imputado alega legítima defensa, no le corresponde a su abogado probar la existencia de la misma, sino que el fiscal tendrá que demostrar que su hipótesis

es cierta y que no cabe la posibilidad de aplicar esta causa de justificación. Por ello, se puede decir que, aunque la defensa no interviniese, si la acusación con su prueba no logra desvirtuar la presunción de inocencia, el tribunal tendrá que absolver.

2º En segundo lugar el Ministerio Público está obligado a extender la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las de descargo (artículos 108 y 290 CPP). El Ministerio Público no actúa como un querellante y no tiene un interés directo en la condena sino en lograr el esclarecimiento de los hechos, por lo tanto, si la defensa alega alguna circunstancia favorable, el fiscal deberá investigarla.

Por todo ello, podemos afirmar que la carga de la prueba en el proceso penal no recae en quien alegue un hecho, sino en las partes acusadoras.

e. Incorporación de la prueba al proceso: Durante el procedimiento preparatorio, la prueba (elementos de convicción), se introducen al proceso a través de la investigación del Ministerio Público. Cuando el defensor o el querellante desean introducir elementos de convicción, deben de solicitar al Ministerio Público que los incorpore. Tan sólo en el caso de que este se oponga, recurrirán al juez (artículos 116 y 315 CPP) para que ordene la práctica de diligencia. En ningún caso se podrá admitir que las partes recurran directamente al juez a presentar sus pruebas. Por ejemplo, no debe admitirse en la audiencia de revisión de una medida sustitutiva que la defensa presente un testigo que no fue previamente presentado a la fiscalía. Los elementos de convicción reunidos servirán para fundamentar el pedido del Ministerio Público (acusación, sobreseimiento, etc.) así como para resolver sobre las medidas de coerción propuestas.

El decreto 79-97 eliminó la posibilidad de que las partes ofrezcan prueba para que se practiquen en el procedimiento intermedio, sin embargo, esto no obstaculiza que las partes puedan acudir a la audiencia con los medios de investigación que fundamenten sus pretensiones. En base a los elementos de prueba que presenten las partes en la audiencia de procedimiento intermedio y los recopilados durante el procedimiento preparatorio resolverá sobre el pedido del Ministerio Público.

Según Chaia (2009), “la prueba no es un concepto unívoco, comprende al menos tres cuestiones: 1) indica el método, proceso, operación o actividad encaminada a comprobar la exactitud de una proposición, 2) hace referencia a los elementos, datos, evidencias o motivos que analizados concretamente al tiempo de tomar una decisión permiten fundarla o motivarla, 3) señala el resultado obtenido, esto es, lo que se tiene por probado” (p.3).

Con lo anterior se determina que prueba es toda actividad que se lleva a un proceso para obtener una certeza judicial sobre la imputación dirigida al sospechoso por los medios y procedimientos aceptados por la ley que tiene por objeto el convencimiento del juez.

2.2 Elementos de la prueba

Objetividad, debe ser el contenido específico de una relación jurídica procesal, la prueba a valorar debe ser la producida en el debate y no la que subjetivamente obtenga el juez de los hechos conocidos por referencia de los particulares o de la información obtenida de los medios de comunicación o de cualquier otro medio legalmente establecido pero que carezca parcial o totalmente de congruencia entre sí.

Legalidad, debe ser una prueba que haya sido obtenida respetando las garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en los tratados internacionales ratificados y aceptados por Guatemala, además; por los procedimientos establecidos en la ley adjetiva penal y que la misma haya sido incorporada al proceso por un medio permitido conforme a lo dispuesto en la misma ley.

A este respecto el Código procesal penal en su artículo 186 establece que “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”.

2.3 Principios probatorios

2.3.1 Principio de investigación integral

Mientras en el proceso civil prevalece fuertemente el sistema dispositivo y sólo las partes son las encargadas de introducir el material probatorio referente a las cuestiones privadas que las mismas propusieron al entablar la *Litis* y formular sus pretensiones; En el proceso penal la situación de la prueba y a quién corresponde aportarla, varía sustancialmente al ser el interés público el vulnerado. Es por ello que el proceso de investigación y aportación de las pruebas corresponde, en principio, al Ministerio Público, y las complementarán las aportadas por el querellante y la defensa del procesado.

El diligenciamiento de las pruebas corre a cargo del Ministerio Público el cual actúa con la autorización del juez contralor, quién también autorizará el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas por las partes.

2.3.2 Principio de la verdad real

Por el hecho de que en el proceso penal se ve comprometido el orden público el Estado no puede desentenderse de la búsqueda de la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso. Por ello no puede depender exclusivamente de las pruebas que aporten las partes.

Como consecuencia, según Jauchen (2006) “tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Público tienen el deber funcional de investigar la verdad material, real o histórica con relación al hecho que da lugar al proceso, por encima a la voluntad de las partes” (p.32)

De manera que la negligencia, omisión, inactividad de las partes y aun la confesión del imputado no revelan la obligación de indagar la verdad, más allá incluso de cualquier artificio formal. Este principio está limitado por el objeto del proceso en cada caso, el que debe ser determinado por el fiscal en su acusación. Le incumbe

al juez procurar el conocimiento de la verdad histórica con total independencia, ejerciendo esa actividad por sí solo, sin necesidad de requerimiento de parte. La misma actividad debe realizar el fiscal, aun cuando el juez no se la imponga, porque está obligado a ello no por una resolución judicial sino como un deber funcional.

Según Guzman (2007), “la realización de la justicia y la búsqueda y realización de la verdad son las caras de una misma moneda. Para el derecho penal es imprescindible que la verdad que se busca en el proceso, sea la verdad histórica y real del hecho que originó el mismo” (p.26).

Luego el juez o tribunal no puede conformarse con lo que muestran las partes por sí, sino que debe analizar y valorar las pruebas que le son presentadas durante el debate oral y público; dichas pruebas son fruto de la actividad investigadora que ha desplegado el Ministerio Público durante la etapa preparatoria y que han de llevar a la verdad material del hecho. Por ello la sola admisión de los hechos realizada por el imputado es insuficiente para establecer la verdad del hecho.

De ahí que se ha afirmado con todo acierto específica Jauchen (2006), “lo que el proceso penal alcanza es una declaración aproximativa de la verdad convencionalmente aceptable en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica por la invocación explícita de ciertas constancias e implícitas por el convencimiento subjetivo de los juzgadores” (p.34).

Esa reconstrucción efectuada mediante una actividad oficial sujeta a reglas no es una auténtica indagación de la realidad, sino la búsqueda de una plausibilidad social y jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso, una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son, en definitiva, garantías; el conocimiento judicial no es un conocimiento de lo real ni mucho menos, de lo absoluto, sino una plausibilidad verosímil ajustada a reglas apreciativas que implican formas de mutuo control, sobre cuya validez debe insistirse.

2.3.3 Principio de contradicción de la prueba

Este principio encuentra su fundamento en la garantía constitucional de inviolabilidad de defensa en el juicio y la contradicción que es característica del proceso en general. Así, la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y atacarla.

Según Guzman (2007), “cada una de las partes sostiene una hipótesis contrapuesta la cual debe ser escuchada por el tribunal. Así mismo, tiene el derecho de aportar las pruebas que consideren pertinentes y útiles para sustentar sus respectivas argumentaciones en defensa de sus intereses y por supuesto con el objeto de establecer la verdad real en el juicio” (p.57).

La etapa preparatoria es parcialmente contradictoria y tiene más vigencia una efectiva investigación de los hechos y aplicación de la ley penal, y se reserva la participación plena de los sujetos procesales a las diligencias de anticipo de prueba, habida cuenta de que dichos actos son definitivos e irreproducibles. Durante la fase del juicio es en donde tanto el contradictorio como la publicidad adquieren su vigencia total, así como se cuida con celo el principio de inviolabilidad de la defensa.

El conocimiento de la prueba implica que se notifique a la contraparte respecto de su ofrecimiento, admisión y el día y hora y la forma de su producción, así como todos los actos procesales que se vinculen a la misma. Lo anterior es con el fin de permitir a las partes conocer la naturaleza e identidad del medio probatorio, el órgano que la practicará, la oportunidad de su producción y las condiciones en que se hará, lo que posibilitará la oposición mediante las instancias pertinentes a todas las cuestiones que considere impertinentes.

El principio de contradicción de la prueba implica el derecho a contraprobar, que no es otra cosa que la facultad para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra.

2.3.4 Principio de libertad probatoria

Como regla general los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos prevén amplias posibilidades respecto de lo que se puede probar y los medios para hacerlo. Es evidente que a dicha regla le acompañan, de manera necesaria, ciertas

restricciones o limitaciones, tal es el caso de la manera en que se debe probar el estado civil de las personas y la limitación de aportar pruebas prohibidas por la legislación y las que resulten incompatibles o no reconocidas por la ciencia.

En consecuencia, en el proceso penal todo puede probarse por cualquier medio siempre que sea legal. Por ello, toda prueba obtenida o recabada en abierta violación de los principios constitucionales o legales establecidos, es nula y no puede sustentar un fallo judicial. La excepción la constituye el estado civil de las personas, el cual únicamente puede ser probado con las certificaciones expedidas por el Registro Civil.

Para el autor Jauchen (2006), “también se encuentran las limitaciones referidas a las garantías individuales y a las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso. En cuanto a las primeras, las constituciones, con la finalidad de proteger la intimidad, la vida privada, la salud y la propiedad particular, fijan condiciones formales insoslayables para que puedan alterarse estos valores en pro de la averiguación del delito” (p.36).

De modo que para la obtención de la prueba es menester el respeto de las garantías constitucionales y las formas impuestas para cada medio probatorio; de lo contrario, el material colectado en violación de estas normas será invalorable.

2.3.5 Principio de comunidad de la prueba

Este principio actúa aparejado al de investigación integral. El principio de comunidad de la prueba también es denominado de adquisición procesal. De por sí su denominación comunidad de la prueba conlleva que la misma al ser ordenada y producida pertenece al proceso y no a las partes, siendo que su resultado puede favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas, incluso a la que la propuso.

Según Jauchen (2006), “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 hayan ofrecido (p.37).

Debido a que toda la prueba ofrecida por las partes dentro del proceso la misma, de acuerdo a este principio ya le pertenece al proceso en si, por lo que puede favorecer o perjudicar a cualquiera de las partes y en especial a quien la ofreció.

Para Guzman (2007), “la prueba propuesta por el Ministerio Público, la defensa o cualquiera otra de las partes, deja de pertenecerle al proponente, para ser prueba del proceso y consecuentemente es común a todos los sujetos procesales y puede beneficiar a cualquiera de ellos” (p. 52 y 53).

Luego resulta una mala práctica el que los tribunales permitan que el proponente renuncie a un elemento de prueba, porque lo que interesa es la averiguación de la verdad para la realización de la justicia y este es un valor que va más allá de los deseos o intereses de las partes.

2.3.6 Principio de originalidad de la prueba

Siendo que con la prueba se pretende afirmar o negar una hipótesis que necesariamente estará vinculada con la responsabilidad que se aduce del sindicado, y que la misma busca echar por tierra el estado de inocencia que le acompaña a todo sindicado, el principio de la originalidad de la prueba busca que ese estado de inocencia solamente sea disminuido por medio de pruebas que sean lo suficientemente idóneas y contundentes. Es por eso que la prueba original deberá ser preferida sobre la prueba no original o indirecta ya que esta última no es una fuente directa sino indirecta de lo que se supone aconteció o que da cuenta de la prueba material pero no es esta en sí.

Jauchen (2006) indica que “toda prueba que se presente en juicio, consiste en definitiva en personas o cosas. Desde esta perspectiva, las pruebas se clasifican en personales o materiales” (p.50).

A su vez, la forma en que la prueba se introduce al juicio puede ser mediante la asistencia personal del testigo que presencié el hecho en forma directa por medio de sus sentidos y de los objetos mismos que constituyen las pruebas materiales, o bien el testimonio de una persona que depone sobre lo que escuchó decir a aquél sobre su observación del hecho, y en el otro caso, un dibujo, fotografía,

reproducción, filmación, etcétera, de los objetos materiales probatorio En el primer caso se estará frente a las pruebas originales; en el segundo, a pruebas no originales o indirectas.

2.3.7 Principio de proporcionalidad

Según Casabona (1993), “el principio de proporcionalidad es el instrumento que actúa como límite a la actividad estatal y que nos dará la clave para llevar a cabo el juicio de ponderación que es necesario efectuar cuando se produce una colisión entre dos valores del ordenamiento (en nuestro caso particular, los derechos fundamentales de la persona investigada y el interés público en la investigación y persecución de los delitos), con el objetivo de poder dilucidar de manera justificada y razonada cuál de los dos debe prevalecer” (p.6).

En primer término, es en la ley donde deben fijarse los límites a observar a tal efecto, para que después el juicio de ponderación respecto del caso en concreto sea llevado a cabo por el juez y plasmarse asimismo en la motivación escrita de tal acuerdo con el fin de que, en virtud del principio de contradicción, el sujeto pueda oponerse si manifiesta su desacuerdo con la decisión judicial y ejercer de este modo su derecho de defensa.

Según Pérez (2008) “la medida que limite derechos fundamentales tendrá que ser idónea, necesaria y proporcionada en relación a un fin constitucionalmente legítimo, pero, además, para la adopción de la misma se deberá observar la concurrencia de otros dos presupuestos, la gravedad delictiva y la existencia de indicios racionales de criminalidad suficientes” (p.162).

Entonces, una medida de obtención de la fuente de prueba, como es la intervención corporal previa a la realización de la prueba de ADN solamente podrá ser lícita y, por tanto, empleada con fines probatorios en el curso de un proceso penal si cumple con todas las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. En tal sentido, hay que hacer mención a la necesidad de adecuar las medidas de intervención corporal que sean precisas para la obtención de muestras biológicas del

sospechoso para su posterior análisis y determinación de perfiles de ADN, a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Rodrigues (2010), refiriéndose al sistema portugués, enumera una serie de criterios a los que se debe atender para apreciar debidamente la proporcionalidad de una medida de intervención corporal y, más en concreto, de una toma de muestras biológicas indubitadas para la subsiguiente realización de una prueba de ADN:” 1. La gravedad del crimen que justifica la medida de injerencia corporal; 2. El impacto social de tal crimen; 3. El tipo de medida o actuación corporal a realizar (tipo de medida y tiempo de ejecución de la misma); 4. Las circunstancias personales, sanitarias o de salud del individuo frente a la necesidad de extracción de la sustancia biológica; 5. El agotamiento o imposibilidad de llevar a cabo otras medidas diferentes que no lesionen ningún derecho del individuo; 6. Las posibilidades reales de éxito de la medida, principalmente la viabilidad de tal medida o actuación (corporal)” (p.112).

Siguiendo lo afirmado por el autor anterior se comparte la idea de que para poder solicitar la prueba de ADN se debe tomar en cuenta la gravedad del delito y el impacto social que el mismo contenga, porque serían las dos características esenciales para poder ordenar su diligenciamiento, pero sobre todo que no exista otra forma de probar tal acción, sino esa sea la única forma posible apegado a la ley y respetando sus derechos fundamentales.

Por otro lado, Casabona (1993) indica que “tampoco se puede obviar que la aplicación del principio de proporcionalidad se halla igualmente presente en lo que concierne a la regulación de las bases de datos, puesto que el legislador deberá determinar, de conformidad con dicho principio, el ámbito general del fichero y la intensidad en la intromisión o restricción de los derechos fundamentales” (p.8).

El principal objetivo del principio de proporcionalidad consiste, pues, en fijar los criterios de medición en el conjunto de valores e intereses constitucionales en juego; sólo de este modo se podrá advertir cuáles de ellos se sitúan en un plano superior y preferente, sin que sea admisible ningún exceso injustificado para alcanzar el objetivo que se busca.

2.4 Medios de prueba inadmisibles

La prueba debe obtenerse legalmente observando las garantías establecidas por la Constitución Política de la República de Guatemala y los preceptos establecidos en la ley adjetiva penal, pues en caso contrario no podrían utilizarse para fundamentar una sentencia dentro de un proceso penal.

Según Par (1999), “se considera inadmisibles los medios de prueba por motivos de impertinencia cuando la prueba no guarda relación con el objeto de la averiguación del hecho histórico. Es decir, no es útil para el descubrimiento de la verdad, de ahí la pertinencia o impertinencia de la prueba” (p.46)

Entre los medios de pruebas inadmisibles se pueden mencionar:

Obtención ilegal, esto se determina cuando no se han observado y respetado las garantías constitucionales ni las formas propias establecidas en la ley adjetiva penal. También la ilegitimidad de la prueba se produce cuando la misma ha sido obtenida por un medio prohibido como por ejemplo la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, esto según lo establecido en la ley procesal penal.

Incorporación irregular, se da cuando la prueba no es incorporada por los medios y formas establecidos en la ley adjetiva penal. Verbigracia: la incorporación de un informe pericial sin haber sido ratificado por el perito respectivo. Lo anterior tiene como consecuencia que dicha prueba no pueda ser valorada, debido a que su incorporación no cumple con los requisitos establecidos en el código procesal penal.

A este respecto el Código procesal penal en su artículo 183 establece “(...) 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”.

2.5 Medios de prueba admisibles

Un medio de prueba para ser admisible debe ser legítimo, o sea debe estar regulado en la ley, el ordenamiento jurídico procesal establece además que debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación, y sobre todo debe carecer de aspectos impertinentes, inútiles o abundantes y ser útil para su fin el cual es descubrir la verdad.

Las características de un medio de prueba admisible son:

Relevancia, la prueba debe ser importante, debe tener un fin específico de aportar datos o información que sirvan al juez para llegar a una certeza jurídica en un caso concreto y también debe aportar elementos de convicción que den un juicio de probabilidad al juzgador y le puedan servir para fundamentar una sentencia.

Pertinencia, la prueba debe ser admitida con un propósito ya que el elemento de prueba debe tener relación con los hechos que se están juzgando, específicamente con la existencia del hecho y la posible participación y por ende responsabilidad del acusado dentro del proceso penal.

El Código procesal penal, en su artículo 183 determina “Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa e 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”.

2.6 La prueba pericial

Según Cabanellas (2001) define la prueba pericial como “la que surge del dictamen de los peritos, siendo estos los llamados a informar ante un tribunal por razón de

sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal asesoramiento técnico o práctico del juzgador sobre los hechos litigiosos” (p.327).

Es necesario el dictamen de los peritos, debido a que el juez no puede tener conocimientos de todas las disciplinas de la ciencia y aunque así fuese de todas maneras es necesario e imperativo obtener el dictamen y poder explicar o valorar alguna circunstancia pertinente de los hechos, debe auxiliarse de una persona que tenga amplios conocimientos de la misma y de una explicación con alto grado de certeza sobre lo que le ha sido encomendado estudiar, analizar e informar.

El manual del fiscal (2001) “considera a la prueba pericial como el medio probatorio a través del cual un perito, el cual puede ser nombrado por el fiscal, juez o tribunal, emite un dictamen fundado en ciencia, arte, técnica u oficio, el cual es útil para la obtención, descubrimiento o valoración de un objeto de prueba” (p.125)

Se establece que prueba pericial es aquella declaración que presta un perito o un experto en determinada área del conocimiento el cual debe ser de su especialidad y, de esta forma servir como medios de convicción para ayudar al juez a tomar una decisión con alto grado de certeza, acerca de un caso concreto en un proceso y la resolución sea lo más justa posible.

Actualmente el Instituto Nacional de Ciencias Forenses es el encargado de proporcionar a dichas personas para realizar los peritajes dentro del proceso penal, según el artículo 1, 2, 5 y 29 de la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala al determinar que, (...). Tiene competencia a nivel nacional y la responsabilidad en materia de peritajes técnicos científicos de conformidad con la presente Ley. (...).

El INACIF tiene como finalidad principal la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente, emitiendo dictámenes técnicos científicos. El INACIF no podrá actuar de oficio y realizará los peritajes técnico científicos conforme la presente Ley.

El INACIF suministrará sus servicios a requerimiento o solicitud de:

a) Los Jueces o tribunales competentes en materia penal;

- b) Los auxiliares y agentes fiscales del Ministerio Público;
- c) Los Jueces competentes de otras ramas de la administración de justicia;
- d) El Instituto de la Defensa Pública Penal, la defensa técnica privada y las partes procesales en el ramo penal, por medio del Ministerio Público o el órgano jurisdiccional competente;
- e) La Policía Nacional Civil en el desarrollo de investigaciones preliminares en casos urgentes, dando cuenta inmediatamente al Ministerio Público quien también deberá recibir el resultado de las mismas para dirigir la investigación correspondiente. Por ningún motivo podrá la Policía Nacional Civil solicitar en forma directa informes o peritajes sobre evidencias obtenidas en allanamientos, aprehensiones, detenciones o secuestros judiciales; y,
- f) Las personas o entidades a quienes se les encomiende la investigación en los procedimientos especiales de averiguación.

La pericia es realizada regularmente por un perito, los peritos han de ser titulados en la materia, específicamente sobre el punto sobre el cual han de pronunciarse y posteriormente emitir un dictamen, lo importante aquí es que la profesión técnica o arte estén reglamentados y si no hubiere perito habilitado se designara a una persona de idoneidad manifiesta, su fundamento legal se encuentra en el Código procesal penal a tenor del artículo 226 el cual señala, 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 pudiera contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta.

Y con relación a la orden del peritaje este deberá contener con precisión la peritación, se tomará en cuenta la naturaleza de la evaluación, la complejidad y la urgencia de sus resultados, además deberá indicarse el plazo para presentar los dictámenes respectivos. A este respecto la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, es muy puntual al determinar en su artículo 30 lo siguiente: La orden de peritaje fijará con precisión los temas de la peritación e

indicará el plazo dentro del cual se presentarán los dictámenes, tomando en consideración la naturaleza de la evaluación, la complejidad de su realización y la urgencia de sus resultados.

También el Código procesal penal en su artículo 230 establece lo relativo a la orden del peritaje al enunciar que, El tribunal de sentencia, el Ministerio Público, o el juez que controla la investigación en el caso de prueba anticipada, determinará el número de peritos que deben intervenir y los designará según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones a plantear, atendiendo a las sugerencias de las partes. De oficio o a petición del interesado, se fijará con precisión los temas de la peritación y acordará con los peritos designados el lugar y el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes. Las partes pueden proponer también sus consultores técnicos, en número no superior al de los peritos designados.

La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. Según Cafferata Nores (1998), expresa que no se trata de un medio para auxiliar al juez, supliendo su deficiente formación sobre el tema a peritar, pues no se podría evitar su diligenciamiento aun cuando él tenga los conocimientos especializados necesarios” (p.53).

Por lo tanto, la pericia será tomada en cuenta dentro del proceso como una prueba más y valorada tanto individualmente como en el conjunto probatorio en general y si de tal valoración surgen motivos para descalificar el dictamen el juez podrá prescindir de él y no tomarla en cuenta durante el proceso penal preestablecido.

Para Jauchen (2006), “la prueba pericial es la reconstrucción histórica o su aproximación de los hechos que constituyen el objeto del proceso penal, importa generalmente el conocimiento de circunstancias que, mediante inferencia encadenadas, pueden conducir a los sucesos que importan” (p.375).

Sin embargo, también indica que la pericia ha sido definida procesalmente como la actividad por la cual determinadas demostraciones o indagaciones vienen confiadas

a personas dotadas de especiales conocimientos técnicos, por lo que según su expertis podrán brindar un dictamen real y verídico de lo que se les solicita.

Para Ellero, citado por Muñoz (1997) por ejemplo la pericia no era más que un medio subsidiario de la inteligencia del juez, auxiliándose al modo como los anteojos auxilian al sentido de la vista” (p.210).

El juez podrá tener los conocimientos acerca de lo que se está probando, pero necesita de un perito para que le proporcione un dictamen pericial para explicarle con mayor detalle y tecnicismo lo que realmente llevas inmersa esa prueba que se está presentando y luego el juez tendrá la facultad de darle el valor probatorio apegado a derecho dentro del juicio.

También para Carnelutti (1998) “el perito no hace más que integrar la actividad del juez, no siendo por tanto ni fuente ni medio de prueba” (p.131).

La pericia es el medio probatorio con el cual se pretende obtener un dictamen fundado en conocimientos técnicos y científicos, por lo que su función es integrar la actividad del juez en relación a la valoración del medio, especificando lo científico de su estudio e interpretación.

Prieto citado por Muñoz (1997), “ manifiesta que aunque la actividad pericial es llamada “prueba” por la ley esta calificación es contradictoria con el mismo enunciado legal y con el destino del dictamen pues, de un lado, quien ha de poseer la posibilidad de conocer o de apreciar el hecho es el juez, y el dictamen persigue decírselo” (p.211).

El dictamen pericial es aquel realizado por un perito a quien con anterioridad se le solicito una pericia siendo esta un medio de prueba que ingresa al proceso basándose a las modalidades requeridas por la normativa legal vigente. El objetivo es valorar y descubrir un elemento de prueba de acuerdo a los conocimientos que tenga y pueda aportar al proceso. Por lo tanto, en este estudio se toma como prueba toda actividad pericial.

Cabanellas (1993) define la peritación como “el trabajo o estudio que hace un perito” (p.302).

El perito hará una peritación solicitada por los sujetos procesales dentro de un debido proceso y sus resultados los presentará por medio de un dictamen pericial delimitando en el mismo y plasmando sus conocimientos específicos en una ciencia o arte, que servirán para el proceso y el objetivo del mismo que es la averiguación de la verdad.

El criminal siempre deja algo en el lugar del hecho o delito, encontrar ese “algo” en el lugar del hecho es el trabajo del grupo de especialistas. Según Rosales, “en toda investigación pericial existen tres etapas que son:

- 1) La búsqueda en la escena del crimen: La escena de cualquier crimen constituye una prueba y el testimonio ofrecido por un oficial de la policía entrenado con relación a la observación y descubrimientos realizados en una escena de crimen inalterada, es vitalmente importante para la resolución exitosa de un caso, por lo general la protección inadecuada de la escena del crimen producirá la contaminación, la pérdida o el desplazamiento innecesario de artículos que constituyen pruebas físicas, y es probable que cada uno de estos hechos rindan inútiles a las pruebas;
- 2) Levantamiento y envío al laboratorio: Cuando sea necesario desplazar aquellos objetos que parezcan poseer un potencial de prueba de aquellas zonas donde de lo contrario podrían ser destruidos o drásticamente afectados por los elementos;
- 3) Exámenes analíticos y su interpretación: Cuando el oficial que primero asuma la responsabilidad de la escena del crimen debe colaborar con los detectives, examinadores del laboratorio y otros especialistas que puedan más tarde registrarla y procesarla ya que en determinado momento el solo hecho de mover un jarrón de su lugar por ejemplo cambia la escena física del crimen también puede que la escena sufra cambios como resultados del clima o por alguna acción que se llevara a cabo después de la llegada de los oficiales por tal motivo los primeros en llegar a la escena del crimen deberán transmitir sus observaciones a los especialistas” (2006:26 y 27).

Existe una regla de oro que consiste en el esquema y la fotografía que deben preceder a cualquier actuación. El primer investigador en llegar a la escena debe

dar prioridad absoluta a que nadie entre, ello para mantener intacta la situación original de todos los indicios. Es importante recordar que se debe valorar las evidencias de tal forma que permitan encontrar un vínculo entre la escena del crimen y la víctima, entre víctima y sospechosos o entre sospechoso y escena del crimen, es decir que se levanten evidencias que tengan valor comparativo entre los participantes de un hecho delictivo.

El artículo 225 del Código procesal penal el cual indica: “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.

No rigen las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente, sin haber sido requerido por la autoridad competente, aunque para informar utilice las aptitudes especiales que posea. En este caso, rigen las reglas de la prueba testimonial”.

Según Carnelutti (1998), “la integración del juzgador tiene lugar mediante el instituto de la pericia o peritación. En un tiempo los peritos se colocaban en el mismo plano de los testigos, puesto que su oficio se cumple, como el del testigo, mediante un diálogo con el magistrado; el magistrado pregunta y el perito, como el testigo, responde” (p.131).

La diferencia se buscaba entonces en que el testigo narra hechos y el perito expone juicios. Se puede decir que el testigo narra juicios formados fuera del proceso y el perito juicios formados en el proceso.

En todo el desarrollo del proceso penal la diferencia entre el juez y el perito principalmente será que el primero manda y el segundo aconseja, será a quien pida consejo, recurren a la ayuda del juicio ajeno y el juez será quien tome la decisión de tomar o no el consejo recibido ya que no podrá renunciar al juicio propio. Para Cafferata (1998), “el juez solo podrá requerir el auxilio del perito respecto de cuestiones de hecho, nunca sobre cuestiones jurídicas” (p.48)

No siempre se va a necesitar la intervención del perito, únicamente será cuando existan extremos que deberán ser comprobados mediante una ciencia, arte o técnica. Como bien lo dice Cafferata (1998), “aun cuando el juez sepa sobre el tema, aunque esté, por sus particulares conocimientos científicos, técnicos o artísticos, en condiciones de descubrir o valorar por sí solo un elemento de prueba, únicamente si el común de la gente estuviera también en condiciones de hacerlo podrá prescindir del perito. Ello debe ser así como resultado de la vigencia de dos principios: el del contradictorio y el de la sociabilidad del convencimiento judicial” (p.47).

2.7 Perito

El manual del fiscal (2001), “indica que el perito es un experto en ciencia, técnica o arte ajenos a la competencia del juez, que ha sido designado por el fiscal, juez o tribunal, con el objeto de que practique la prueba de la pericia” (p.149).

La diferencia entre un testigo y un perito no está en el conocimiento técnico, sino en la circunstancia de que el perito conoce y concluye por encargo judicial o del Ministerio Público y a raíz del mismo tiene conocimiento de los hechos. Por su parte, el testigo percibe espontáneamente y el interés procesal es posterior a su conocimiento (artículo 225 CPP).

Según Poroj (2012), “se considera perito, a la persona que posea conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio” (p.41).

Se deduce entonces que perito es la persona con habilidades propias derivadas de un estudio que lo hace experto en una ciencia o arte y para demostrar tal extremo posee un título que lo faculta y legitima en una materia determinada.

De acuerdo al artículo 226 del Código procesal penal, el perito ha de ser titulado en la materia sobre la que ha de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentadas. Si este no fuera el caso, se recurrirá a persona de idoneidad manifiesta. Por ejemplo, ciertas áreas como la balística o la grafotécnica no están reglamentadas en Guatemala, por lo que el perito deberá demostrar su idoneidad a

través de los cursos recibidos o la experiencia en laboratorios. Igual solución se dará a aquellos casos en los que estando reglamentada la profesión, arte o técnica hubiese un obstáculo insuperable que imposibilite la designación de profesional habilitado.

El manual del fiscal (2001), “establece que, el perito está obligado a aceptar y desempeñar fielmente su cargo, salvo que tuviere algún impedimento de los enumerados en el artículo 228 CPP” (p.149).

Esta obligación incluye el deber de comparecer y desempeñar el cargo (artículo 232 CPP) el de prestar juramento del cargo (artículo 227 CPP) y actuar conforme a las directivas que imparta el juez o el fiscal. El juramento del cargo se dará en el proceso cuando el perito no sea oficial, ya que en esos casos el juramento se dio en el momento en el que fue nombrado para el puesto. Este juramento no ha de confundirse con la protesta que todos los peritos deben emitir al rendir su dictamen en el debate o en la prueba anticipada. Si el perito no concurre al acto, se comporta negligentemente o no cumple con rendir su dictamen en el plazo otorgado, se ordenará su sustitución (artículo 233 CPP), sin perjuicio de las acciones penales que correspondieren por desobediencia o falso testimonio (artículo 460 CP).

Frecuentemente, los abogados y fiscales no tienen la posibilidad de comprender analizar y criticar una prueba pericial por la falta de conocimientos en la materia. Por ello la ley procesal penal prevé en su artículo 141 la posibilidad de que durante la práctica de la pericia y en el debate, el Ministerio Público o los abogados de la defensa y querrela sean asistidos por consultores técnicos. El consultor técnico es un apoyo que tienen las partes para poder controlar el actuar de los peritos durante la práctica de la pericia o al momento de rendir el dictamen.

Durante el procedimiento preparatorio y como base para la investigación, el fiscal a cargo del caso, puede ordenar todas las pericias que estime convenientes (artículos 230 y 309 CPP). De igual manera, el juez de primera instancia podrá ordenar la pericia a requerimiento de alguna de las partes y tras negativa del Ministerio Público (artículo 315 CPP). Como ya se indicó, en la orden de peritaje (artículo 230 CPP) se fijarán temas, lugar y plazo para presentar dictamen.

2.8 Dictamen pericial

Según Cafferata (1998), “el dictamen es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosas o hechos examinados, relaciona detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que de ellos derivó conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica” (p.69).

El juez y los demás sujetos procesales pueden aprehender el objeto de prueba mediante informes de otras personas que no estén vinculadas al proceso por ningún interés originado en las relaciones jurídicas que en él se ventilan.

Cabanellas (1993), señala “dictamen escrito, y verbal a veces, que emite en una causa el designado en ella como perito, para aclarar a los instructores o juzgadores algunos aspectos de hechos de complejidad técnica ajena a la de aquellas autoridades” (p.720).

El informe pericial corresponderá siempre que, para conocer, hacer constar o apreciar una circunstancia o hechos de interés en la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales o técnicos.

Muñoz (1997), “señala en la ponderación de los dictámenes suelen pesar aunque no debiera las diferencias de grado facultativo o académico de los peritos” (p.361)

El dictamen contendrá en cuanto fuere posible, una serie de datos a saber:

1) La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados, tal como hubieran sido hallados. Esta exigencia tiende a dejar constancia del estado en que se hallaban las personas o cosas sobre las cuales versa la pericia, o la forma de producción del hecho examinado, antes de operar sobre ellos. Tendrá esencial significación cuando aquellos puedan ser modificados o destruidos por obra de las operaciones periciales.

A veces, este paso, se supone la observación del perito de aquello que describe, será la única operación necesaria para dictaminar.

2) La relación detallada de las operaciones practicadas, su resultado y fecha de realización. Este aspecto será esencial para la valoración crítica de las conclusiones a que los peritos lleguen, tanto en los casos de discrepancia como de nominación de peritos contralores posterior a la pericia. También será meritado en el momento de resolver sobre la eficacia probatoria de la pericia.

3) El dictamen deberá contener las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica. Las conclusiones son las respuestas precisas de los expertos relativas a las cuestiones sometidas a su consideración. Deberán ser específicas, ceñirse a éstas y podrán tener carácter afirmativo, dubitativo o negativo, según los resultados que se haya podido lograr con la ejecución de las operaciones propias del tipo de pericia encomendada. También podrán ser omitidas cuando los expertos carezcan de los elementos necesarios para su tarea. Las conclusiones del perito serán el vehículo para la incorporación al proceso del elemento probatorio que se pretendía obtener con la pericia o para introducir los criterios científicos, técnicos o artísticos para su valoración.

El manual del fiscal (2001) determina que el dictamen, “es la conclusión a la que ha llegado el perito tras el análisis del objeto de prueba, de acuerdo al arte, ciencia o técnica por él dominadas” (p.153).

El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado. Si la presentación del mismo se da en audiencia, podrá presentarse oralmente, según lo disponga el tribunal o autoridad ante quien se ratifique (artículo 234 CPP). En cualquier caso, no hay impedimento para que el dictamen se dé en ambas formas.

El dictamen es la opinión o juicio que se emite acerca de alguna cosa u objeto, según Cabanellas (2001), considera que dictamen es “la opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales; sin embargo, también se le llama así al informe u opinión verbal o por escrito que expone un letrado, a petición del cliente, acerca de un problema jurídico sometido a su consideración” (p.130).

Por consiguiente, un dictamen debe ser fundado y basado en conocimientos científicos, técnicos o artísticos, sin exclusión de las partes en su control y realización, ya que lo que se pretende es descubrir o valorar un elemento de prueba que pueda ingresar a un proceso penal y de esta forma ayudar a la resolución por medio de una sentencia.

El Código procesal penal en su artículo 234 y 235 establece, el dictamen será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados, las observaciones de las partes o de sus consultores técnicos, y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema pericial, de manera clara y precisa. Los peritos podrán dictaminar por separado cuando exista diversidad de opiniones entre ellos. El dictamen se entregará por escrito, firmado y fechado, y oralmente en las audiencias, según lo disponga el tribunal o la autoridad ante quien será ratificado. Cuando se estimare insuficiente el dictamen, el tribunal o el Ministerio Público podrá ordenar la ampliación o renovación de la peritación por los mismos peritos o por otros distintos.

CAPITULO III

EL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN) COMO PRUEBA CIENTIFICA EN EL PROCESO PENAL

3.1 Nociones generales del ácido desoxirribonucleico (ADN)

El ácido desoxirribonucleico (ADN o DNA si utilizamos la terminología inglesa), es la molécula portadora de toda la información genética que dota a un organismo de sus características biológicas. Buena parte de lo que somos depende de nuestro ADN, que se alza como la molécula biológica fundamental.

Para Clayton, “El ácido desoxirribonucleico, abreviado como ADN, es un ácido nucleico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos y algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria. La función principal de la molécula de ADN es el almacenamiento a largo plazo de información 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” (2003:4).

Desde el punto de vista químico, el ADN, es un polímero de nucleótidos, es decir, un polinucleótido, la molécula tiene forma de doble filamentos de fosfato, cuyas dos hebras se disponen en espirales paralelas recordando a una escalera en caracol, están dos hebras están unidas por cuatro elementos llamados nucleótidos (tiamina, adenina, citosina y guanina) que forman el código genético.

Según Judson, “En las células humanas, el ADN se encuentra organizado en 23 pares de cromosomas, 22 de ellas autosomas y un cromosoma sexual, los cromosomas sexuales son uno de los 23 pares de cromosomas humanos. La espiral de ADN está formada por cien mil millones de pares nucleótidos, la mitad heredada de la madre y la otra mitad del padre” (1996:2).

Posee toda la información codificada para la construcción de estructuras y la activación de todas las funciones celulares de un individuo.

Las técnicas de reconocimiento forense que emplean la prueba de ADN, utiliza el estudio de zonas específicas conocidas como marcadores genéticos, repeticiones cortas en cadena, que son altamente polimórficas, que varían de un individuo a otro, haciendo posible su identificación certera. Se utiliza una serie de procesos que tiene por objetivo recorrer la cadena de ADN y cortar un fragmento de la zona polimérica del ADN siempre en el mismo punto.

Se emplea una técnica denominada reacción en cadena de la polimerasa, que permite identificar los marcadores genéticos específicos y ampliar un número determinado de veces para que posteriormente se logre una lectura o secuencia mediante una técnica denominada electroforesis.

Al final se obtiene una serie de pares de números que indican la relación exacta entre un individuo y la serie obtenida de las evidencias. Estos pares de números conocidos como perfiles genéticos son el resultado final de una prueba de ADN.

Esta prueba permite individualizar e identificar a la persona. Su gran utilidad e importancia es dada a la variabilidad que presenta en las personas.

El perfil genético obtenido se compara con la muestra de origen conocido y se estudia la posibilidad de que pertenezca o no a una persona determinada, o se compara con muestras familiares y se estudia la relación de parentesco. Se puede aplicar el estudio a cualquier tipo de muestra biológica donde se encuentren células: sangre, esperma, saliva, orina, pelos, huesos, piel, dientes, tejidos.

ADN Mitocondrial, es el que procede de la madre, se utiliza cuando hay poca cantidad o en desaparición de personas.

ADN Nuclear Autosómico, establece lazos de paternidad y maternidad, permite una identificación o discriminación más elevada.

ADN del cromosoma Y, es el heredado del padre, útil en casos de libertad sexual, paternidad (relación padre-hijo varón) y en estudios antropológicos.

Para Lee (2000) la aplicación forense criminológica, en análisis de restos orgánicos como pelos, semen, saliva, sangre, etcétera, que han quedado en el lugar del delito” (P.269).

Los médicos forenses pueden utilizar el ADN presente en la sangre, el semen, la piel, la saliva o el pelo en la escena de un crimen, para identificar al responsable. Esta técnica se denomina huella genética, o también perfil de ADN. Al realizar la huella genética, se compara la longitud de secciones altamente variables de ADN repetitivo, como los microsatélites, entre personas diferentes. Este método es frecuentemente muy fiable para identificar a un criminal. Sin embargo, la identificación puede complicarse si la escena está contaminada con ADN de personas diferentes.

La técnica de la huella genética fue desarrollada en 1984 por el genetista británico Sir Alec Jeffreys, y fue utilizada por primera vez en medicina forense para condenar a Colin Pitchfork por los asesinatos de Narborough en 1983 y de Enderby en 1986. Se puede requerir a las personas acusadas de ciertos tipos de crímenes que proporcionen una muestra de ADN para introducirlos en una base de datos. Esto ha facilitado la labor de los investigadores en la resolución de casos antiguos, donde sólo se obtuvo una muestra de ADN de la escena del crimen, en algunos casos permitiendo exonerar a un convicto. La huella genética también puede utilizarse para identificar víctimas de accidentes en masa, o para realizar pruebas de consanguinidad (prueba de paternidad).

3.2 El ADN como fuente de prueba pericial en el proceso penal

Según López-Fragoso (1995), “fue en el Reino Unido, en 1986, en el asunto Queen vs. Pitchfork, comúnmente denominado como “Enderby”, por ser este el nombre del lugar en el que ocurrieron los hechos, cuando se aceptó, por primera vez, el uso en un proceso de los análisis de ADN para identificar al autor del crimen” (p.8).

La aplicación de esta técnica por el genetista Alec Jeffreys permitió exculpar al principal sospechoso: un joven de apenas diecisiete años, que sufría un trastorno mental y que, por las presiones sufridas durante el interrogatorio, confesó ser

culpable de los crímenes (la violación de dos niñas de quince años y el asesinato que una de ellas, aunque habían sido asesinadas las dos). Jeffreys comparó las muestras de semen de ambos asesinatos con la sangre del chico y demostró que, si bien ambas mujeres habían sido violadas y asesinadas por el mismo hombre, el responsable no era él.

Poco tiempo después, el ADN, y la indiscreción de un amigo del autor de los hechos, permitieron resolver el caso. La policía, en el curso de la investigación, había solicitado a los hombres que vivían en el pueblo mencionado y en los vecinos que, voluntariamente, proporcionaran muestras de sangre o de saliva, no obteniendo de ello ningún resultado positivo. Fue cuando se oyó a un sujeto alardeando de haber obtenido cierta cantidad de dinero por haber donado una muestra haciéndose pasar por su amigo, cuando la policía pudo llegar hasta este último, y, tras la práctica de los análisis, correspondientes, y su posterior confesión, demostrar su culpabilidad. Lo expuesto demuestra que, en el marco de un proceso penal, el ADN, como fuente de una prueba pericial científica (pues no es un medio de prueba en sí mismo y, por tanto, es erróneo hablar de la prueba de ADN) puede prestar un gran servicio a la Justicia, como de hecho se hace. El uso de este método permite comparar el resultado de los análisis de la muestra biológica obtenida en el lugar del crimen (muestra dubitada) con el resultado de los análisis de la obtenida de una persona concreta: el sospechoso (muestra indubitada).

No obstante, lo anterior, no podemos caer en el equívoco de pensar que en el caso de que dicha comparación tuviera como resultado la coincidencia, una sentencia condenatoria pudiera basarse únicamente en la misma, porque el ADN, por sí solo no puede, en ningún caso, destruir la presunción de inocencia.

Esto indica López-Fragoso “Prueba de ello es el famoso “caso Angie”, en el que la asesina se hizo pasar por la víctima para contratar un seguro de vida a su nombre que poder cobrar cuando esta última falleciera, dejando en su cuerpo semen de dos hombres que se dedicaban a la prostitución para simular un móvil sexual” (1995:9). En otras palabras, lo que se quiere expresar es que pese a que a las pruebas científicas en general, y al análisis del ADN en particular, las rodea una especie de expectativa de infalibilidad porque parece que todo lo científico es cierto por el mero

hecho de ser ciencia; no se puede olvidar que hay que tener en cuenta otras variables a la hora de valorar los resultados obtenidos, entre las que se encuentran, además de la posibilidad de encontrarnos con un delincuente especialmente imaginativo, como Angie, que dichos resultados son, en todo caso, probabilísticos y que la fiabilidad de los mismos depende de la correcta recogida y conservación de los restos biológicos a analizar y de la correcta realización del análisis. Aspectos estos a los que hay que atender en mayor medida en función del valor que en un proceso pretenda dársele a los resultados obtenidos: cuando mayor se desee que sea aquel, más rigurosos habrán de ser la recogida, la custodia y el análisis.

A las pruebas periciales científicas, por sus características propias, se las excepciona de la regla básica en virtud de la cual las pruebas han de realizarse en el acto del juicio oral, porque tienen como fin convencer al juzgador de la veracidad de los hechos afirmados por alguna de las partes, con independencia de que ya en la instrucción se hubieran realizado actos de investigación en el mismo sentido, actos que, por lo demás, se limitan a comprobar un hecho de forma abstracta. Así pues, se permite que un acto de investigación devenga prueba, que recibe el nombre de prueba preconstituida, dada la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral.

Aquí se encuentra un problema claro, y es el relativo a cómo garantizar el principio de contradicción que informa el proceso penal. Para resolver esta cuestión se debe partir de una diferenciación previa y es que, no es lo mismo el análisis científico de la muestra de ADN, que la plasmación de las conclusiones a la que llega tras dicho análisis el perito correspondiente, es decir, el informe pericial.

Si bien el primero no puede ser practicado en el juicio oral, no así el segundo, que sí que puede practicarse en esta fase mediante la declaración del perito con el fin de que se ratifique en el informe que a este respecto haya presentado en la instrucción y de que las partes puedan preguntarle y alegar lo que a su derecho convenga, garantizándose así el principio de contradicción.

La investigación criminal mediante el uso de ADN forense no puede, en sí misma, probar la culpabilidad o inocencia de un sospechoso, pero sí puede establecer un vínculo entre la persona y el lugar de los hechos o un delito particular. La

identificación humana por medio del ADN forense es aceptada por procesos judiciales en todo el mundo y, además, con el uso de esta técnica es posible la identificación de personas muertas, muchos años antes, utilizando ADN obtenido de sus huesos y dientes.

3.3 Medicina forense criminalística

Para Martínez (2007), la medicina forense criminalística es el estudio de los indicios físicos encontrados en el lugar del delito provenientes del organismo humano, los cuales aportan pruebas a los órganos que procuran y aplican justicia” (p.11).

La criminalística por su parte, estudia los indicios materiales, descubre, verifica científicamente la existencia de un hecho presuntamente delictuoso y a los presuntos responsables, aportando las pruebas a los órganos que procuran y aplican justicia. La criminalística en la investigación del hecho delictivo recurre a toda ciencia o arte así, para la identificación se auxilia no solo de la ciencia médica, sino que también de la fotografía, la videografía, la dactiloscopia, la antropología, la radiología, la antropometría, la odontología, la etnología, la tanatología, dibujo, la genética, la traumatología y técnicas de laboratorio.

La identificación médico forense, para efectos penales es indispensable para individualizar tanto al sindicado o al imputado como al ofendido, condiciones importantes dentro del proceso penal.

La identificación puede ser de dos tipos: a) Identificación personal: a un sujeto vivo, es decir a una persona. b) Necro identificación: en cadáveres desconocidos, en este caso se analizan los elementos de identificación del cadáver desconocido y se comparan con los elementos de identificación que se tiene de un sujeto conocido. Se debe determinar si el material es humano o no; si son restos humanos se deberá determinar el número de individuos. La identificación busca elementos de orden general, es decir, los que se presentan en todos los individuos, siendo estos: edad, talla, sexo, raza. Busca además elementos de orden individual, es decir; hallazgos objetivos que en mayor o menor confiabilidad identifican a un individuo particularizándolo.

La descripción de rasgos fisonómicos constituye el medio más simple para la identificación, sistema piloso, caracteres cromáticos, marcas particulares, señales indelebiles, cicatrices, defectos congénitos, deformidades o mutilaciones, tatuajes y estigmas profesionales. Otros como examen radiológico, odontológico, fotografía, examen de la vestimenta. Además, objetos como carteras, documentos, anteojos, joyas. Exámenes médicos, datos durante la autopsia.

Para la determinación de la edad, se pueden hacer de forma general, que, si bien no afectan la edad la edad exacta de la persona, permite situarlos en la fase de la vida en la que se encuentran, siendo estos prenatal, neonatal, infancia, niñez, adolescencia, juventud, adultez, vejez y senilidad.

En el adulto el cálculo puede hacerse con más o menos seis años de aproximación, porque los signos que denotan la edad aparecen en tiempos diferentes según individuos, raza, clima, enfermedades.

Para efectuar el cálculo de la edad de una persona o de un cadáver se examinan la canicie y las arrugas, obteniéndose la siguiente cronología: presencia de arrugas en el ángulo externo de los parpados, hacia los treinta y cinco años, que luego se extienden a la frente hacia los cuarenta años, cara cuello, en manos hacia los cincuenta años. Canicie en la región temporal, a partir de los treinta y cinco años. Encanecimiento de vello pubiano, después de los cincuenta o cincuenta y cinco años, ramillete de pelos en la cara interna del tragus, después de los cuarenta y cinco a cincuenta años. En las mujeres: vello en el labio superior, mentón, mejillas y orejas a partir de los cuarenta y cinco a cincuenta años. Para estimar la edad de un individuo subadulto, el mejor indicado cronológico de edad es el desarrollo dental, la longitud de los huesos largos, y la unión de epífisis.

En el examen del esqueleto se puede determinar la edad a través de los siguientes elementos: En fetos, la aparición de los centros de osificación, siendo estas las zonas donde empieza a formarse hueso para conformar el esqueleto. La fusión de la epífisis se da cuando el hueso deja de crecer. Sirve para calcular la edad de sujetos hasta antes de los veintidós años.

Para investigar los centros de osificación y fusión de la epífisis es necesario tomar radiografías en las personas, en el caso de restos óseos se practica el examen

directo. Los datos obtenidos se comparan en las tablas estandarizadas, encontrándose la edad correspondiente. Para el cálculo de la edad es importante examinar las arcadas dentarias, pues tanto los dientes temporales como los permanentes presentan su aparición a determinada edad, de los cinco meses hasta los veintidós años en promedio. Al tener dentición permanente se observa desgaste incisal y oclusal.

Para la determinación de la talla o estatura se utiliza una medición ordinaria, lo mismo se practica en cadáveres, aunque en este caso se presenta siempre un pequeño margen de error. Si lo que se examinan son restos óseos y se quiere determinar la talla, ya están elaboradas técnicas y tablas específicas. Las tablas están basadas en que existe una proporción directa entre todos los huesos del esqueleto de un sujeto, para la determinación de la talla se utilizan solo los huesos largos, aunque no se encuentre el esqueleto completo y si los huesos encontrados pertenecen o no al mismo sujeto.

Para Montiel (1994), al examinar personas o al examinar cadáveres completos, la determinación del sexo se determina a través de los órganos genitales, tanto externo como internos, si lo que se examina son restos óseos, el diagnóstico del sexo es sumamente difícil antes de la adolescencia. En adultos la diferenciación sexual puede realizarse con el estudio de la pelvis, el cráneo y el maxilar inferior. Siendo la pelvis adulta el mejor indicador del sexo” (p.144).

La diferenciación racial en personas y cadáveres completos se toma en características como la talla, color de la piel, color del iris, color y forma del cabello, características de la cabeza y de la cara. Si se trata de restos óseos, los hallazgos son mezclados por lo que en el cráneo puede establecerse predominancia de grupo racial, pudiendo ser caucásico, negroide y mongoloide, tomando en consideración características como distancia intraorbital, característica de huesos nasales, grado de apertura nasal, proyección de malares.

Las intervenciones corporales, en cuanto medidas restrictivas de determinados derechos fundamentales, consistentes en medios de investigación o de adquisición de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas con el fin de poder perseguir eficazmente hechos delictivos de especial importancia, vienen a

constituir, en la mayoría de las ocasiones, un requisito para poder realizar una prueba biológica. Ello es evidente en los casos de identificación por el ADN, la cual exige una intervención corporal, aunque sea mínima, con el fin de obtener una muestra de ADN que pueda compararse con el indicio encontrado en el lugar del crimen o la persona agraviada por el delito.

CAPITULO IV

EL ADN COMO PRUEBA PERICIAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SINDICADO

4.1 Generalidades

La toma de ADN por medio de la extracción de sangre del sindicado, a priori puede considerarse que la misma viola el derecho constitucional a la integridad física, así como el derecho a la intimidad personal que deriva del derecho a la intimidad corporal. Ambos son derechos humanos y derechos fundamentales.

En Guatemala se estima que la toma del ADN se realiza violando el principio de legalidad pues se considera que no existe fundamento legal para dicha pericia. Siendo que la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el derecho a la no incriminación, también se estima que desde el momento en que se coacciona al sindicado para extraerle sangre, se está violando este derecho.

La controversia parte del contenido del artículo 194 del Código procesal penal guatemalteco que desarrolla y busca hacer concurrente la vigencia y el respeto a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República de Guatemala, a la cual se encuentra jerárquicamente supeditada la normativa ordinaria.

El Código procesal penal en su artículo 194 establece: (Reconocimiento corporal o mental). Cuando, con fines de investigación del hecho punible o de identificación, fuere necesario el reconocimiento corporal o mental del imputado, se podrá proceder a su observación, cuidando que se respete su pudor. El examen será practicado con auxilio de perito si fuere necesario y por una persona del mismo sexo.

Se procederá de la misma manera con otra persona que no sea el imputado, cuando el reconocimiento fuere de absoluta necesidad para la investigación.

A este respecto López (2007), considera que con todo ello se aprecia, desde su particular criterio, que el artículo 194 no contraviene la oportunidad de realizar cualquier actividad de reconocimiento a una persona que se supone sospechosa de un crimen y con lo cual se requiere que se le identifique, se le determine su naturaleza y las demás circunstancias para medir su participación” (p.20).

Lo anterior ha quedado claro respecto a que en Guatemala si existe una normativa que es el Decreto 22-2017 del Congreso de la República, en su artículo 3º. Indica que, si se puede autorizar que se le tome la muestra de ADN de sangre de la persona sindicada, aunque esta lo rehúse. El medico deberá observar los protocolos médicos de higiene. Solo cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva. Lo que generan los argumentos anteriores es desconocimiento de la normativa vigente. Los requisitos que se deben observar para que se practique la toma de ADN, con o sin el consentimiento del sindicado, y para que dicha pericia pueda ser admitida posteriormente como prueba en juicio son:

a) Previsión legal

Para el cumplimiento y realización de las extracciones judiciales se hace necesario su previsión legal, en nuestro medio, se cuenta con una diversidad de artículos procesales, tales como el 78, 187 y 194 del Código procesal penal y el artículo 32 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

b) Control judicial

El poder del juez tiene como función esencial determinar la viabilidad de una diligencia judicial requerida, por lo que, a solicitud del fiscal se produce la autorización judicial (artículo 308 Código procesal penal), que en auto motivado determinará la necesidad y proporcionalidad de la diligencia.

c) Proporcionalidad

El órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucional protegido en donde se evidencie la necesidad de la adopción de la medida que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo. Para establecer la proporcionalidad de la medida es necesario ponderar los intereses sociales con los individuales.

d) Necesidad

La necesidad de la diligencia se puede manifestar con la gravedad del hecho que se quiere investigar, la importancia de la diligencia, la posibilidad de éxito de la misma y la falta de peligro para el imputado.

e) Lex artis

La diligencia debe de ser practicada por un profesional de la medicina, con el debido respeto a la dignidad en intimidad del sujeto.

Con estos requisitos se puede tener por completada una autorización y ejecución de la medida judicial, sin ningún riesgo de indefensión y de violación a las garantías mínimas del sindicado.

4.2 Los Derechos fundamentales que le son inherentes a todo sindicado

López (2007) señala "que desde el punto de vista jurídico los derechos humanos forman parte de los derechos positivos. Primero, porque son predicables de la persona como prerrogativa inherente, como facultades cuya titularidad es irrenunciable y, por consiguiente, se puede y se debe exigir su respeto, garantizar su ejercicio y sancionar a quienes los conculquen. Segundo, porque ellos conforman un catálogo de normas codificadas en los sistemas nacionales, regionales y en el sistema internacional y constituyen una parte fundamental del derecho internacional expresada en los pactos y convenios internacionales de donde derivan las obligaciones de los Estados. En los ordenamientos nacionales se establecen en la Constitución y en las leyes" (p.21).

Los derechos fundamentales son una garantía para cada individuo ante el Estado porque con ellos se garantiza su bienestar y se limita al Estado de reprimir dichos derechos, por lo que en Guatemala el estado se organiza para proteger a sus ciudadanos, y su fin supremo es la realización del bien común, siendo sus deberes fundamentales la libertad, la justicia, la seguridad y la paz adoptando esas medidas y garantizando su cumplimiento. Tanto para la sociedad en si como para los inculpados por un delito o falta y lleven un proceso apegado a ley y le sean respetados dichos derechos.

Para Garrido (2011), "la diferencia entre los derechos humanos y los fundamentales depende del lugar en el que se ponga el acento de su validez y de qué tipo de validez es al que se dé primacía. En los derechos humanos, partimos de una validez axiológica en la que nos situamos en un nivel del discurso pre jurídico, descansando

su fundamento en las razones que se entienden como suficientes o buenas para que el legislador las recoja, valorándolas y regulándolas” (p.24).

Es decir, en este caso nos ceñimos al plano de las aspiraciones humanas, entendidas esencialmente como necesidades básicas, que son las que el legislador debe atender para que las personas y los grupos puedan desenvolver su vida dignamente adaptada a los estándares vigentes en la sociedad.

4.3 Derechos Fundamentales del sindicado vinculados a la toma de ADN

En cuanto a la toma de la muestra de ADN, suele argumentarse que se violentan ciertos derechos fundamentales que le asisten al imputado. En particular, se hace referencia a la integridad física y a la intimidad corporal y personal, derechos que dimanar de la inmunidad corporal y que se traducen en la posibilidad de no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo o en la apariencia externa sin consentimiento. Cabe destacar esto último, porque la extensión de esta garantía protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo, poniendo en riesgo o dañando su salud, sino que su ámbito constitucionalmente protegido también comprende toda clase de intervenciones en el cuerpo que carezcan de la aquiescencia de su titular.

El jurista Herrera (2004) señala "en cuanto a la integridad física, nos parece ilustrativa la distinción que la jurisprudencia constitucional española realiza al referirse a las diligencias practicables en el curso de un proceso penal, entendidas como actos de investigación o medios de prueba preconstituidos que recaen sobre el cuerpo del imputado o de terceros. El tribunal menciona, por un lado, a las inspecciones y registros corporales, y por el otro, a las intervenciones corporales” (p.7)

Las primeras consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, sea para identificar al imputado (a través de huellas dactilares, por ejemplo), sea para determinar las circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (como ocurre con los exámenes ginecológicos), sea para el descubrimiento del objeto del delito (en el caso de inspecciones anales o vaginales), y en principio no afectan el

derecho a la integridad física, sino el de la intimidad corporal en la medida en que recaigan sobre partes íntimas del cuerpo.

Las segundas, las intervenciones corporales, se refieren a la extracción de determinados elementos externos o internos del cuerpo, para someterlos a informes periciales (como lo son las biopsias o los análisis de sangre, orina, semen, pelos u otros). En este caso el derecho a la integridad física sí puede ser afectado en la medida en que las intervenciones lesionan o menoscaban el cuerpo, aunque sólo sea externamente.

Así, habrá intervenciones leves que no pongan en peligro la salud de la persona afectada ni le causen sufrimientos (como ocurre con la extracción de pelo), e intervenciones graves, cuando el grado de sacrificio que imponen a la integridad física si lo haga (como en el caso de extracción de líquido cefalorraquídeo u otras).

Aunque se ha sostenido que la prohibición de torturas o tratos inhumanos o degradantes delimita el ámbito constitucionalmente protegido por la integridad física, la determinación del momento en el que se atraviesa desde una lesión constitucionalmente irrelevante hacia un maltrato lesivo del derecho fundamental sólo puede resolverse casuísticamente, considerando circunstancias puntuales del caso en cuestión.

Por eso, existe una tendencia a considerar como pena o trato degradante a aquella que provoca una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de una condena. El derecho a la intimidad, en cambio, considera como contenido esencial la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según pautas culturales, para mantener una calidad mínima de vida.

Herrera (2004), señala que “la intimidad tampoco es sinónimo de privacidad, también ésta de mayor extensión y definida por la Real Academia Española, como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Lo anterior ha llevado a la doctrina a distinguir distintas clases dentro del derecho a

la intimidad. En Alemania, Hubmann propuso la Sphärentheorie compuesta por el concepto de intimsphäre, referido a la esfera de lo secreto y que se lesiona cuando llegan al conocimiento de los demás hechos o noticias que deben permanecer ocultas o cuando éstas se difunden; el de privatsphäre, que protege el ámbito de la vida personal y familiar; y el de individualsphäre, que alude a todo lo que atañe a la peculiaridad o individualidad de la persona” (p.8).

No obstante, esta teoría, ampliamente difundida en Europa y Estados Unidos, presenta un problema advertido, entre otros, Morales citado por Herrera (2004), “quien sostiene que estas esferas en realidad se comunican y por medio del consentimiento de su titular los componentes de la zona de secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien éstas pasar a la esfera privada” (p.8).

Lo expuesto demuestra que la vulneración del derecho a la intimidad es compleja, por lo que implica que debe ser abordada desde una doble perspectiva, efectuando una útil distinción entre un concepto restringido denominado intimidad corporal y otro más amplio llamado intimidad personal. De esta forma, considero que una intervención corporal, como una extracción de cabellos, saliva, muestras de sangre, a mi parecer; probablemente no entre en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal, y por lo tanto, llegue a vulnerarlo, en cambio, puede que si ocurra respecto de la intimidad personal, entendiendo esta cuando extraen muestras de estudio genético en áreas genitales o áreas perianales propiamente.

Cuando se establezcan medidas limitadoras y éstas tengan que respetar el contenido esencial de la intimidad y la integridad física, será necesario diferenciar tales derechos, pese a sus cercanías, toda vez que el bien jurídico de la intimidad corporal parece ser el pudor, determinado sobre la base de criterios sociológicos, atendiendo al sentimiento dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, dado que no todo el cuerpo humano se ve protegido por la intimidad corporal y al hecho de que no resultan indiferentes los medios utilizados para llevar a cabo la inspección o intervención corporal. La integridad física, en cambio, puede ser más

amplia que la intimidad corporal, si las partes del cuerpo afectadas exceden del ámbito protegido por el pudor o recato o los medios utilizados no resultan agresivos, estos se pueden realizar, entendiendo entonces que el pudor de una persona se centra en partes íntimas sexuales y la integridad física para el resto del cuerpo.

Según Naranjo (2006), el derecho a la integridad física nace y muere con la persona y, de cierta manera, va más allá de la muerte. Tiene por objeto proteger la integridad corporal del individuo, que es parte sustancial de su existencia como persona” (p.534).

De ahí que las, legislaciones modernas en las sociedades civilizadas impongan castigos severos a delitos como la mutilación, la castración, la desfiguración del rostro, la privación de la vista, o del habla, o, en general, a los atentados contra el cuerpo humano que dejen huella perdurable. También, aunque en menor escala, se sancionan las lesiones que se causan por agresiones físicas o aun por accidentes involuntarios.

4.4 El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable

De manera genérica se garantiza el derecho a todas las personas vinculadas a proceso penal a no declarar respecto de lo que se les pregunta. Para Galiano (1996), “en los juicios penales, las personas que declaren están obligadas a ser veraces respecto de lo que digan, pero nadie, ni los inculpados, ni las partes, ni los testigos están obligados a declarar respecto de lo que se le pregunta. Esto significa que la facultad de negarse a declarar puede ejercerse en forma total o parcial; pero respecto de aquello que se está dispuesto a declarar, procesados, partes y testigos tienen el deber de ser veraces” (p.84)

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 16, establece que, en proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

El derecho a no incriminarse, faculta al sindicado a abstenerse a declarar, de igual manera si declara con hechos inexactos, debe considerarse la declaración como una expresión material de su humano derecho de defensa. Ahora bien, si el sindicado declara para lograr algún beneficio, y en tal sentido de su declaración pueda emanar una confesión total o parcial de aceptación de un acto o de asumir alguna responsabilidad con relación a los actos imputados, el juzgador deberá estar muy atento a la información que preste el sindicado a su declaración.

En el caso europeo, su jurisprudencia ha sido constante en señalar que este derecho fundamental (el de no declarar contra sí mismo) no se ve afectado en modo alguno por el hecho de que se solicite o compela al sospechoso a entregar una muestra corporal para el análisis de ADN a los fines del procedimiento.

Moreno (2011) señala que el “Tribunal Constitucional Español, con ocasión de las pruebas de alcoholemia, ha manifestado que el derecho a no declarar contra sí mismo se limita a las declaraciones o testimonios que se prestan en el curso del procedimiento que tengan un contenido directamente incriminatorio, al señalar: “las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la expiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente (...) su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (...). De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas” (p.1827).

En ese sentido, los tribunales europeos también han sostenido que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina.

En esa línea, cabe concluir que cuando se requiere al sospechoso a que consienta la obtención de sus huellas dactilares o de un análisis de ADN, no se le está exigiendo una declaración auto incriminatoria, sino tan sólo la verificación de una pericia técnica.

Moreno (2011) determina que “En el caso Holt versus US, el criterio del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido que la prohibición de compeler a una persona a ser testigo contra sí misma es una prohibición del uso de una compulsión física o moral para extraer comunicaciones de ella, no una exclusión de su cuerpo cuando puede ser material” (p.1828).

Por lo que, si está permitido que el procesado pueda proporcionar la muestra de ADN sin su consentimiento ya que la misma acción no se toma como una declaración contra sí mismo, razón por la cual también utilizan las muestras subrepticias indubitadas.

4.5 Regulación internacional

Dentro de la regulación internacional que puede vincularse con los derechos íntimamente relacionados con la toma de ADN dentro de un proceso penal, se puede citar:

- a) Declaración Universal de Derechos Humanos;
- b) Pacto de Derechos Civiles y Políticos; c) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- d) Convención Americana de Derechos Humanos;
- e) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;

f) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Sin embargo, en materia penal es necesario preguntarse si es posible extraer del sindicado pruebas valorativas biológicas sin consentir someterse a la prueba, en los países europeos en los cuales las pruebas de ADN en materia penal son frecuentes, se ha establecido que la negativa del acusado a someterse al análisis puede ser valorada como una prueba en su contra junto con las demás existentes. También se ha determinado que, si guarda silencio, y eso que guardarlo es un derecho fundamental, puede ser valorado como una conducta negativa que, además constituye una desobediencia a una orden del juez dentro de un debido proceso.

4.5.1 Unión Europea

Además de la normativa internacional enumerada, es prudente transcribir, en su parte conducente, el tratado europeo de cooperación transfronteriza que evidencia la importancia y los modelos que otros Estados adoptarán respecto de las pruebas de ADN. El Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005.

El cual se denomina Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal.

Las Altas Partes Contratantes del presente Tratado, Estados miembros de la Unión Europea, Considerando que en un espacio en el que las personas circulan libremente es importante que los Estados miembros de la Unión Europea intensifiquen su cooperación para luchar con mayor eficacia contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, Deseando asumir un papel pionero en la consecución del máximo nivel posible de cooperación, en aras del desarrollo de la cooperación europea y sin perjuicio del Tratado de la Unión Europea y del

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en particular mediante un mejor intercambio de información, especialmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, y ofrecer la posibilidad de participar en esta cooperación a todos los demás Estados miembros de la Unión Europea, Deseando incorporar el régimen que establece el presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea, para conseguir una mejora al nivel de toda la Unión del intercambio de información, especialmente en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias.

Dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes, y conscientes en particular de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte Contratante requiere que en la Parte Contratante receptora se garantice un nivel adecuado de protección de datos,

Considerando que, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas internas vigentes, deben mantenerse y preverse unos controles judiciales adecuados de las medidas previstas en el presente Tratado, Dispuestos a completar el presente Tratado con otros acuerdos para hacer posible la consulta automatizada de datos de otras bases de datos pertinentes, en la medida en que ello sea necesario y proporcionado para profundizar en la cooperación transfronteriza, Han convenido en lo siguiente: (se transcribe lo referente a la regulación del ADN)

Capítulo 2

Perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y otros datos

Artículo 2. Creación de ficheros nacionales de análisis del ADN.

(1) Las Partes Contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros en virtud del presente Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento, sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado.

(2) A efectos de la ejecución del presente Tratado, las Partes Contratantes garantizarán que se disponga de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN con arreglo a la primera frase del apartado 1. Dichos índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y una referencia. Los índices de referencia no podrán contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. Los índices de referencia que no puedan atribuirse a ninguna persona (huellas abiertas) deberán poder reconocerse como tales.

(3) En el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Parte Contratante designará los ficheros nacionales de análisis del ADN a los que sean de aplicación los artículos 2 a 6 y las condiciones para su consulta automatizada con arreglo al apartado 1 del artículo 3. Para la República Federal de Alemania, los perfiles de ADN en el sentido del presente Tratado se denominan «DNA-Identifizierungsmuster» (modelos de identificación del ADN).

Artículo 3. Consulta automatizada de los perfiles de ADN.

(1) Las Partes Contratantes permitirán que los puntos de contacto nacionales de las demás Partes Contratantes a que se refiere el artículo 6 tengan acceso, para los fines de la persecución de delitos, a los índices de referencia de sus ficheros de análisis del ADN, lo que incluirá el derecho a consultarlos de manera automatizada mediante una comparación de perfiles de ADN. La consulta deberá formularse únicamente para casos concretos y con arreglo al derecho de la Parte Contratante que realice la consulta.

(2) Si en el curso de una consulta automatizada se comprueba la coincidencia entre un perfil de ADN transmitido y un perfil de ADN almacenado en el fichero de la Parte Contratante receptora, el punto de contacto nacional requirente recibirá de forma automatizada información sobre la existencia de una concordancia y su referencia. Si no se encuentra coincidencia alguna, este hecho se comunicará de forma automatizada.

Artículo 4. Comparación automatizada de perfiles de ADN.

(1) Las Partes Contratantes llevarán a cabo, de mutuo acuerdo y a través de sus puntos de contacto nacionales, una comparación de los perfiles de ADN de sus huellas abiertas con todos los perfiles de ADN contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales de análisis del ADN, para los fines de la persecución de delitos. La transmisión y la comparación se efectuarán de forma automatizada. La transmisión para los fines de la comparación de los perfiles de ADN de las huellas abiertas únicamente tendrá lugar en los casos en que se prevea dicha transmisión en el derecho interno de la Parte Contratante requirente.

(2) Si en el curso de la comparación efectuada con arreglo al apartado 1, una Parte Contratante comprueba que algún perfil de ADN transmitido coincide con los existentes en sus ficheros de análisis del ADN, comunicará sin demora al punto de contacto nacional de la otra Parte Contratante cuáles son los índices de referencia respecto de los cuales se ha encontrado la concordancia.

Artículo 5. Transmisión de otros datos de carácter personal y de otras informaciones.

En caso de que se compruebe que existe concordancia entre perfiles de ADN por los procedimientos previstos en los artículos 3 y 4, la transmisión de otros datos de carácter personal disponibles relativos a los índices de referencia y demás informaciones se efectuará con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante requerida, incluidas las disposiciones en materia de asistencia judicial.

Artículo 6. Punto de contacto nacional y acuerdo de ejecución.

(1) Para la ejecución de la transmisión de datos con arreglo a los artículos 3 y 4, cada Parte Contratante designará un punto de contacto nacional. Las competencias de los puntos de contacto nacionales se registrarán por el derecho interno vigente para cada uno de ellos.

(2) Los pormenores técnicos de los procedimientos descritos en los artículos 3 y 4 se regularán en un acuerdo de ejecución con arreglo al artículo 44.

Artículo 7. Obtención de material genético molecular y transmisión de perfiles de ADN.

Si en el curso de una investigación o procedimiento penal no se dispone del perfil de ADN de una persona determinada que se encuentre en el territorio de una Parte

Contratante requerida, esta última deberá prestar asistencia judicial mediante la obtención y el análisis de material genético molecular de dicha persona y la transmisión del perfil de ADN resultante, siempre que:

1. La Parte Contratante requirente comunique el fin para el que se requiere,
2. La Parte Contratante requirente presente una orden o declaración de investigación de la autoridad competente exigible con arreglo a su derecho interno, de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para la obtención y análisis de material genético molecular si esa persona concreta se encontrara en el territorio de la Parte Contratante requirente, y;
3. Se cumplan los requisitos para la obtención y análisis de material genético molecular y para la transmisión del perfil de ADN obtenido con arreglo al derecho de la Parte Contratante requerida.

Se puede inferir que todos los países contratantes del anterior tratado, se comprometieron a que dentro de sus territorios iban a ser tomadas las muestras de ADN de todos los transeúntes para que exista seguridad en los territorios y detectar a personas que han realizado algún delito habitual y piensan huir de un país a otro, por lo que los datos genéticos se quedan en una base de datos para su posterior cotejo en algún acto criminal y determinar por medio del estudio y comparación biológica de los vestigios de fluidos corporales de muestras dubitadas con las indubitadas y determinar su relación en un 99.99% y determinar la confiabilidad del estudio biológico e individualización de la persona autora del crimen.

4.5.2 Argentina

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sanciona con fuerza de ley, con fecha 07 de diciembre de 2011, el Registro de datos genéticos digitalizados vinculados a delitos contra las personas y contra la integridad sexual para la ciudad autónoma de Buenos Aires; la cual se transcriben los artículos referentes a la regulación del ADN:

CAPITULO I

DE LA CREACIÓN, DEFINICIÓN Y FINALIDAD

Artículo 1º Creación. Créase en el Ámbito del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el “Registro de Datos Genéticos vinculados a delitos contra las personas y contra la Integridad Sexual “, en adelante “el Registro “, constituido sobre la base de la huella genética digitalizada obtenida de un análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) no codificante, en las circunstancias y bajo las modalidades establecidas por la presente Ley.

Artículo 2º Finalidad. El Registro tiene por fin exclusivo facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación judicial en materia penal vinculada a delitos contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo, Título III, Capítulo II y Capítulo IV y de los delitos contemplados en los artículos 79, 80, 81 y 82 del Capítulo I Título I Libro II del Código Penal de la Nación Argentina cometidos en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para cumplir con su fin debe obtener, analizar y almacenar, previa orden judicial información no codificante asociada a una huella genética digitalizada.

Artículo 3º.- Definición. A los fines de la presente ley, se entiende como huella genética digitalizada al registro alfanumérico personal elaborado exclusivamente sobre la base de genotipos que segreguen independientemente, sean polimórficos en la población, carezcan de asociación directa en la expresión de genes y aporten sólo información identificatoria apta para ser sistematizada y codificada en una base de datos informatizada.

CAPITULO III

DEL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

Artículo 6º Confidencialidad. La información incluida en el Registro tiene carácter reservado y de acceso restringido a las autoridades judiciales competentes en materia de prevención e investigación de los delitos contemplados en el artículo 2. En ningún caso puede solicitarse o consultarse la información contenida en aquél, para otros fines distintos a los establecidos en la presente Ley.

El registro no puede bajo ningún concepto ser utilizado como base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna y debe ser administrado en forma armónica con las disposiciones contenidas en la Ley 1.845 de Protección de Datos Personales.

CAPITULO IV

DEL REGISTRO

Artículo 7º Contenido. El Registro está integrado por las siguientes secciones:

- a. Sección evidencias: huellas genéticas digitalizadas asociadas a la evidencia que hubiere sido obtenida en el curso de un proceso penal originado en la comisión de los delitos contemplados en el artículo 2º y que no se encontraren asociadas a personas determinadas.
- b. Sección víctimas: huellas genéticas digitalizadas de las víctimas de uno de los delitos contemplados en el artículo 2 obtenidas en un proceso penal o en el curso de una investigación policial en la escena del crimen, siempre que la víctima preste su consentimiento expreso a su incorporación.
- c. Sección condenados: huellas genéticas digitalizadas de personas condenadas con sentencia firme por la comisión de delitos contemplados en el artículo 2.
- d. Sección personal policial, técnico y cuerpos de seguridad: huellas genéticas digitalizadas del personal policial, de cuerpos de seguridad y técnicos que intervengan en la obtención o cuidado de la muestra biológica para determinar los posibles casos de contaminación biológica de la misma.

Artículo 8º Funciones. Son funciones del Registro:

- a. Organizar y poner en funcionamiento una base de datos que registre y sistematice las huellas genéticas digitalizadas.
- b. Proceder a la extracción de muestras biológicas que fueren útiles para la determinación de las huellas genéticas digitalizadas.
- c. Recibir y cuidar las muestras biológicas que fueren útiles para la determinación de las huellas genéticas digitalizadas.
- d. Realizar el análisis de las muestras biológicas para determinar el perfil genético para la elaboración de huellas genéticas digitalizadas.
- e. Preservar las muestras biológicas y los resultados que de ellas se obtengan mientras se realiza su procesamiento, evitando la interrupción de la cadena de custodia;

- f. Proceder a la destrucción de las muestras biológicas, una vez obtenidos los datos identificatorios a los fines del Registro y la conservación de una ficha genética con los datos no codificantes, para ser incluidos en un sistema informático.
- g. Las constancias y datos obrantes en el Registro serán consideradas datos sensibles y de carácter reservado, por lo que sólo serán suministradas a solicitud del Poder Judicial de la Ciudad, de las Provincias o de la Nación, en el marco de una causa en la que se investigue alguno de los delitos contemplados en el artículo 2.
- h. Mantener estricta reserva respecto de la información obrante en el Registro, obligación que se extiende a todos aquellos que en razón de su función tomen conocimiento de su contenido y que subsistirá aún después de finalizada su relación con el Registro, y
- i. Adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales;

CAPITULO V

DE LAS MUESTRAS Y HUELLAS

Artículo 11 Obtención de muestras. Sólo la autoridad competente en el curso de una investigación o proceso penal, en el que se investigue alguno de los delitos contemplados en el artículo 2, puede disponer la obtención de las muestras biológicas que posibiliten la elaboración de las respectivas huellas genéticas digitalizadas y siempre deben obtenerse a través del medio menos lesivo para los derechos del condenado con sentencia firme.

Artículo 12 Conservación y destrucción del material biológico. Una vez determinado el perfil genético, el Registro debe destruir la muestra biológica, excepto cuando un Juez competente lo ordene mediante resolución fundada.

El funcionario competente debe dejar constancia de la destrucción o conservación de las muestras biológicas e indicar los datos que permitan identificarlas, así como las razones que justificaron la conservación, en este último caso el laboratorio debe conservar el material biológico en un soporte adecuado.

Los funcionarios que, debiendo proceder a la destrucción del material biológico, no lo hicieren, son pasibles de sanción disciplinaria, considerándose falta grave; sin perjuicio de las que pudieran corresponder en el ámbito civil y penal.

Artículo 13 Información genética - La información obrante en la Sección Condenados del Registro sólo será dada de baja transcurridos cien (100) años desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación o por orden judicial.

Con respecto a las Secciones Evidencias y Víctimas, el perfil genético obtenido, siempre que no se encontrare vinculado ha imputado alguno, será eliminado del Registro, de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley de fondo para la prescripción de la acción penal para el o los delitos cometidos.

1.3.4.5.3 España

Por medio del Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esa ley establece, de forma general, que a dicha Comisión Nacional le corresponderán distintas funciones relacionadas con la acreditación, la coordinación, la elaboración de protocolos oficiales y la determinación de las condiciones de seguridad de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres.

La reciente Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, ha encomendado a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, en su artículo 5, la función específica de acreditación de todos aquellos laboratorios que realicen análisis de ADN y aporten perfiles genéticos a la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

De acuerdo con dicho precepto, sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esa 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.

A la vista de estas previsiones resulta imprescindible la puesta en marcha de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, y tras la que late un interés público evidente en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y como garantía en los procesos penales que de manera creciente emplean el ADN en materia de prueba. Constituye, pues, el objeto de este real decreto la regulación de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Justicia.

La norma regula, asimismo, cuáles son las funciones de la Comisión y su composición, en la cual se contempla la presencia de un Magistrado, un Fiscal, representantes del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, de la Comisaría General de Policía Científica y de la Jefatura de Policía Judicial de la Guardia Civil, representantes de las policías autonómicas que cuentan con laboratorios de ADN que se hayan integrado en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, así como de expertos en bioética y genética.

Artículo 3. Funciones. La Comisión Nacional para el uso forense del ADN desempeñará las siguientes funciones:

a) 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. No se acreditarán laboratorios que no cuenten previamente con la certificación de calidad otorgada por la entidad de acreditación correspondiente.

A tal fin, la Comisión nacional para el uso forense del ADN establecerá, de acuerdo con los criterios que se propongan por la Comisión técnica permanente, los 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 a que se refiere a la letra anterior, 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 policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, como base de datos nacional de perfiles de ADN.

c) La elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis.

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 relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del análisis del ADN con fines de investigación y persecución de delitos y la identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas, sin perjuicio de las actuaciones que correspondan a los Ministerios de Justicia y del Interior en relación con dichas materias.

f) 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.

g) La propuesta de Convenios con otras entidades para favorecer la realización de procedimientos de acreditación, así como de colaboración con laboratorios no incluidos en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

h) La elaboración de una memoria anual, para su remisión a los Ministerios de Justicia y del Interior.

i) La aprobación de las normas y procedimientos internos de actuación para el ejercicio de las funciones encomendadas en este real decreto.

El tribunal Constitucional de España en sentencia doscientos siete/mil novecientos noventa y seis del 16-12-1996 considero que “Para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que se idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (artículo 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes (...); d) la decisión judicial por medio de la cual se obligaría a una intervención corporal en las personas de los imputados en contra de su voluntad satisface las exigencias del principio de proporcionalidad por cuanto es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella”.

Por lo que las intervenciones corporales como instrumentos auxiliares para la investigación de los delitos, no se consideran lesivos a los derechos fundamentales, al contrario la misma es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella; esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y

de las sospechas existentes (...), (TSE:1996). La decisión judicial por medio de la cual se obligaría a una intervención corporal en las personas de los imputados en contra de su voluntad satisface las exigencias del principio de proporcionalidad por cuanto es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (el ejercicio de la acción penal pública que corresponde al Ministerio Público), pues sirve objetivamente para determinar los hechos que constituye el objeto del proceso penal (artículos 5 y 309 del Código procesal penal); e) el hecho que las decisiones que constituyen los actos reclamados no se encuentren conformes con las pretensiones del accionante, no implica vulneración a sus derechos de defensa, debido proceso y presunción de inocencia.

4.5.4 Costa Rica

Se hace un análisis retrospectivo de la implementación forense de la tecnología del ADN en Costa Rica. Indicando que todos los objetivos inicialmente propuestos, se habían cumplido al finalizar el proyecto de investigación denominado “proyecto de ADN” en abril de 1997:

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. Datos de resumen fueron aceptados en la Base de datos de ADN nuclear del GEP-ISFG (Grupo Español, portugués e Iberoamericano de la "International Society of Forensic Genetics").

Durante el desarrollo del proyecto se formó personal capacitado en el análisis de ADN con propósitos forenses: cuatro profesionales y tres técnicos.

Se implementaron varios métodos de análisis que se preveían importantes una vez se iniciara la utilización en forma rutinaria pericial de la tecnología del ADN, dentro del Organismo de Investigación Judicial. Así, se estandarizó la extracción de ADN a partir de huesos, músculo, semen, hisopeados orales, anales y vaginales, a la vez que se procesaban los primeros casos penales.

La reciente utilización de la tecnología del ADN para la identificación individual ha traído consigo una revolución en las ciencias forenses, que ha alcanzado también a la América Latina (Morales, 2003).

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 (repeticiones cortas en serie), 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. Se espera un cambio de actitud en el futuro, al estar disponible una nueva generación de marcadores de ADN, que permita así utilizar en forma pronta, todo el potencial de esta útil tecnología.

4.5.5 Legislación guatemalteca

En Guatemala se cuenta con la Ley del banco de datos genéticos para uso forense Decreto número 22-2017 del Congreso de la Republica, el cual fue emitido en el palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, el veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete. Siendo unos de sus considerandos la razón sustancial de la misma ley al referirse a que es necesario 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. (Se transcriben los artículos de interés para el presente estudio):

Artículo 1. Creación. Se crea el Banco de Datos Genéticos para Uso Forense, en adelante denominado como El Banco, el cual será administrado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF-, el cual pondrá a disposición inmediata del Ministerio Público toda la información, la que únicamente podrá usarse para la investigación criminal y los procesos respectivos.

Artículo 2. Objeto. El Banco tendrá como objetivo la recopilación de información genética para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal.

Artículo 3. Banco Genético. El Banco almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito, así como las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación criminal, a fin de alimentar de oficio, por cualquiera de las dos vías, El Banco de Datos Genéticos. El reglamento de la presente Ley establecerá el procedimiento y los protocolos adecuados para la obtención de las muestras biológicas.

Por ser un dato que protege el bien común y los derechos individuales de los sindicados inocentes y las víctimas, se autoriza que se tome la muestra de ADN de sangre de la persona sindicada, aunque esta lo rehúse. El médico que extraiga la sangre observará los protocolos médicos de higiene. Sólo cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva.

La información genética registrada consistirá en el resultado obtenido a partir de los análisis de identificación humana en genética forense. Se administrará dentro de la base de datos informática que posee el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF-.

Artículo 4. Donación Voluntaria. Cualquier persona, o menor con autorización de sus padres que tenga la guardia y custodia, podrá acudir al Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF- a dar su muestra voluntariamente de ADN para que se archive en el Banco Genético. El INACIF deberá atender al donante tomando y archivando la muestra.

Artículo 5. Solicitud. Los exámenes genéticos los practicará el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF-, a solicitud del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional a cargo de quien se encuentre el expediente, que alimentarán la base, de datos que contendrán los perfiles genéticos.

Artículo 6. Registro. El Ministerio Público llevará un Registro Nacional de Agresores Sexuales, sobre las personas que hubieren sido condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual regulados en el Código Penal y otras normas específicas de la materia. (...)

Artículo 16. Prohibición. En el marco de esta Ley, queda prohibida la utilización de muestras de ácido desoxirribonucleico (ADN) para cualquier fin que no sea la identificación humana en el ámbito forense y de investigación penal.

Aquí hay que hacer una aseveración importante en cuanto a la toma de muestra de ADN por medio de sangre, ya que cuando no se pueda realizar este procedimiento médico, por múltiples circunstancias de salud del imputado, se podrá obtener de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva. Ya que el objetivo de la muestra de ADN es la comparación de una muestra indubitada que en este caso sería la del imputado en cotejo directo con la muestra dubitada de la víctima objeto del delito, para determinar si hay veracidad e igualdad en la muestra.

Por lo cual se puede apreciar y determinar que no hay legitimidad a la oposición del procesado, toda vez que quien la ordena es un juez o tribunal competente y la misma se dicta dentro de un debido proceso, además en el Decreto 22-2017,

determina expresamente que el médico que extraiga la muestra observará protocolos médicos de higiene, con la excepción que cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes menos invasivas y dañinas para el procesado.

Además, por ser el decreto 22-2017 una Ley de banco de datos genéticos para uso forense, el Instituto nacional de ciencias forenses de Guatemala, pondrá a disposición inmediata del Ministerio Público toda la información, la que únicamente podrá usarse para la investigación criminal y los procesos respectivos.

El mismo tendrá como objetivo la recopilación de información genética para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal. La información genética registrada consistirá en el resultado obtenido a partir de los análisis de identificación humana en genética forense.

Por lo que se infiere que si algún profesional del derecho penal crea que si es legítima la oposición del procesado a proporcionar la muestra de ADN, aunque medie orden de juez competente dentro de un debido proceso, y esto se debe a varios factores, en primer lugar al desconocimiento de la ley de bancos de datos genéticos, específicamente el artículo tercero y porque aún no existe en nuestra legislación un ordenamiento establecido respecto a la obtención, extracción y diligenciamiento de la prueba pericial biológica del ADN y que la misma determine de forma clara y precisa a que sujetos y a qué tipo de delitos se deba practicar y lo más importante que solo un juez o tribunal competente conocedor de la investigación lo pueda ordenar, y si aun así el procesado se opone a su obtención, de forma consecuente cometa el delito de desobediencia.

Sin embargo el Decreto 22-2017 en el tercer considerando expone que los delitos sexuales contenidos en la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, concuerdan con los convenios internacionales ratificados por el Estado de Guatemala para la sanción de actividades de trata de personas y violencia sexual; sin embargo, no abordan integralmente la reincidencia de estas conductas delictivas, mismas que atienden eminentemente a motivaciones psicológicas de los agresores sexuales. Razón por la cual es necesario 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. Por lo que sí está establecido taxativamente en la ley antes mencionada a que delitos sexuales se pueda realizar la muestra de ADN, por lo que se determina inobservancia de la misma por algunos operadores de justicia y por ende su desconocimiento.

También se cuenta con el Reglamento del banco de datos genéticos para uso forense creado mediante el decreto 22-2017 del Congreso de la Republica; acuerdo número. CD INACIF-32-2018. El cual tiene por objeto desarrollar el procedimiento de administración y sistematización de la información que integrará el banco de datos genéticos para uso forense regulado por el decreto 22-2017 del Congreso de la República de Guatemala y el traslado de la información obtenida a las instituciones que corresponde en cada caso.

En el informe anual del INACIF, bajo la administración de MSc. Fanuel García Morales, correspondiente a Julio 2018 a julio 2019, los avances fueron los siguientes:

La implementación del banco de datos genéticos implicó el crecimiento del laboratorio de Genética y serología, en adquisición de equipo forense, contratación de personal y capacitación. El banco de datos genéticos tiene como objetivo la centralización de los perfiles genéticos para realizar búsquedas automatizadas de forma puntual y periódica en las bases de datos relacionadas pertinentemente, con el objetivo de encontrar coincidencias para la identificación humana. El análisis genético se aplica en los siguientes casos:

Identificación de cadáveres: Dentro de las disciplinas de la identificación humana existe la genética forense, cuando el médico considera necesario y haya agotado otras instancias de identificación humana, el laboratorio de genética apoyó directamente a las áreas de patología del instituto, realizando la identificación de cadáveres con total veracidad y apegados a la ciencia.

Transferencia de fluidos biológicos: Los análisis genéticos son eminentemente comparativos, permiten establecer o descartar el vínculo que pueda existir entre

sospechoso-victima-escena de crimen, a través de la transferencia de vestigios biológicos.

Los indicios a los que se realizan análisis genéticos, son provenientes de reconocimientos médicos, necropsias médico legales y escenas de crimen, los cuales fueron previamente dictaminados en el análisis de serología al haberse detectado algún fluido biológico de interés como: sangre, semen, saliva, elementos pilosos o células epiteliales. Estos dictámenes emiten resultados de inclusión o exclusión con su tratamiento estadístico adecuado según sea necesario. A la fecha el banco de datos genéticos alberga a más de 25,000 perfiles genéticos.

CAPITULO V

LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA PRUEBA PERICIAL DEL ADN

5.1 Generalidades

La oposición del procesado a la toma de la muestra de ADN en la etapa de investigación dentro del proceso penal, resulta ilegítima cuando la misma emane de orden de juez competente y con respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales que le asisten como sindicado de un determinado delito. La jurisprudencia destaca que el consentimiento actuará como verdadera fuente de legitimación de la coacción estatal que representa la toma de las muestras, pero este consentimiento de parte del procesado se vuelve el verdadero problema con este tipo de toma de muestras biológicas debido a la negativa, sin embargo, se le debe preguntar al procesado si da su consentimiento para poder realizar la prueba, al rehusarse entonces se contará con la autorización judicial.

Se argumenta también que en ningún momento el tipo de diligencia que se lleva a cabo vulnera o atenta en absoluto derechos fundamentales como el no declarar contra sí mismo ni la presunción de inocencia, debido que a este tipo de prueba científica no necesariamente es desfavorable para el sindicado, pues es obligación del ente investigador el respeto al principio de inocencia, y en su actuar objetivo debe realizar todas aquellas diligencias que busquen la averiguación de la verdad.

Conforme el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, dentro del proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma. Dicho artículo contiene lo que la doctrina conoce como, el principio de incoercibilidad del imputado, que implica la imposibilidad de influenciar, de cualquier modo, al imputado para obtener que él suministre prueba en su contra (Jauchen, 2006).

Con base a resoluciones de la Corte de Constitucionalidad se puede apreciar que la investigación de un delito es de interés público y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, son causas legítimas que justifican la realización de una intervención corporal, con base en el artículo 182 del Código procesal penal

que indica, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido y que de conformidad con el artículo 183 del Código citado, se refiere directamente al objeto de la averiguación, siendo útil para el descubrimiento de la verdad y no está prohibido.

Desde este punto de vista, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha señalado (Decisión 8278/78, de 13 de octubre de 1979) que la extracción de muestras de sangre no constituye una injerencia prohibida y que, con mayor razón puede sostenerse que tampoco la toma de muestras como la saliva, pelos, etc., suficientes para elaborar un análisis del perfil genético del sometido. Además del principio de proporcionalidad puede inferirse que la información a obtener mediante el ADN ha de ser exclusivamente la destinada a la identificación, es decir, la denominada huella genética que puede corresponderse con el análisis de unos marcadores neutrales dentro del ADN y no la obtención de todo el mapa genético.

Por lo anteriormente expuesto se concluye que no hay legitimidad a la oposición del procesado, toda vez que quien la ordena es un juez o tribunal competente y la misma se dicta dentro de un debido proceso, y no vulnera de ninguna manera sus derechos fundamentales; además en el Decreto 22-2017, determina expresamente que el médico que extraiga la muestra observara protocolos médicos de higiene, con la excepción que cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes menos invasivas y dañinas para el procesado.

Además, por ser el decreto 22-2017 una Ley de banco de datos genéticos para uso forense, el Instituto nacional de ciencias forenses de Guatemala, pondrá a disposición inmediata del Ministerio Público toda la información, la que únicamente podrá usarse para la investigación criminal y los procesos respectivos.

Según la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; en sentencia 5977-94 del 11-10-1994 establece (.....) la garantía de no declarar en contra de sí mismo surgió, principalmente como respuesta a la costumbre, entronizada en algunos países y aceptada en sistemas inquisitivos de organización no democrática, de obtener la confesión del imputado mediante tortura, lo que

impedía que el acusado fuera juzgado con imparcialidad como lo requiere la ley. Modernamente se acepta también que una persona tiene derecho a no coadyuvar con quienes pretenden quitarle su libertad, porque se entiende que éste es uno de los bienes más preciados del ser humano, de allí que sea lógico que un acusado, no esté obligado a procurarse un daño a sí mismo.

El imputado aportará material probatorio a su favor o en su contra sólo voluntariamente, tomando la decisión libremente sin coacción de ninguna naturaleza; no es permisible de manera alguna constreñirlo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo: *nemo tenetur se ipsum accusare* (Segura, 2007).

En el caso específico de proporcionar la muestra pericial de ADN, se entiende que no estaría declarando contra sí mismo ya que la prueba pericial en si no es un medio para destruir la presunción de inocencia y tampoco se puede caer en el equívoco de creer que en el caso de que en dicha comparación se tuviera como resultado la coincidencia entre una muestra dubitada con una muestra indubitada de ADN, y por ende sea una sentencia condenatoria esta no podría basarse únicamente en el resultado pericial biológico, sino que necesitaría de más elementos de convicción para que la misma le perjudique; y el juez contralor de la investigación tendría que aceptarla como prueba dentro del proceso, dándole el valor probatorio que en derecho corresponda. No se puede pensar y creer en su totalidad que el análisis de ADN tiene un mínimo porcentaje de infalibilidad porque parece que todo lo científico es cierto por el simple hecho y acierto de que es ciencia, dejando por un lado variables que pudiesen influir en la cadena de custodia que pongan duda e incertidumbre razonada en sus resultados.

El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que 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. (...)

Por lo que en este estudio se establece que los derechos de los sindicatos en ningún momento son violentados debido a que están sometidos en una

investigación procesal penal y el mismo está fundamentado en ley con sus sujetos procesales y un debido proceso, por lo que todas las diligencias están ordenadas por un juez que goza de competencia y jurisdicción para poder decidir dentro de su judicatura lo que en ley se puede y no se puede hacer. Por lo que todo se realiza respetando las garantías constitucionales de Guatemala y; lo establecido en el decreto 22-2017 del Congreso de la Republica, específicamente lo preceptuado en el artículo 3.

5.2 Jurisprudencia en materia de la toma de ADN

La Corte de Constitucionalidad realizo varios pronunciamientos en notas de jurisprudencia de varios expedientes relacionados al tema de la oposición del procesado a la orden del juez por la toma del ácido desoxirribonucleico en la etapa de investigación del proceso penal, en los cuales denegaron los amparos solicitados, argumentando que no se vulnera ningún derecho constitucional ya que la misma diligencia de toma de muestra de ADN está en ley, y tales derechos que le son inherentes a todo procesado son de observancia general y por ende respetados conforme a la ley, toda vez que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y su fin supremo es la realización del bien común.

A continuación, reproduzco extractos de las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, que esencialmente establecen que la toma de ADN no implica necesariamente una violación a los derechos fundamentales debido a que los mismos no deben conceptualizarse como absolutos sino como coexistentes con otros derechos que revisten de mayor incidencia las actuaciones en el proceso penal guatemalteco.

EXPEDIENTE 3266-2007 SENTENCIA 24/01/2008

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: GUATEMALA, VEINTICUATRO DE ENERO DE DOS MIL OCHO.

(...) La postulante objetó la facultad del juez de ordenar la práctica de la diligencia, pues, a su juicio, al no contar con su consentimiento, se incurriría en violación al derecho a no declarar contra sí mismo, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al respecto, esta Corte estima que el hecho de no contar con el referido consentimiento no implica violación al referido derecho, pues los resultados que se obtengan con el procedimiento científico no suponen necesariamente efectos desfavorables para quienes son sometidos a la prueba, por lo que, la extracción de una muestra de sangre no puede ser equiparada a la obligación del sindicado a emitir una declaración en determinado sentido, ni a una tortura. Además, debe tenerse presente que la implementación de medios científicos en la investigación penal en búsqueda de la verdad -algunos de ellos, novedosos-, no podría estar supeditada a la aquiescencia de los sometidos a prueba, ya que ello truncaría la posibilidad de contar con instituciones de investigación penal modernas y eficaces. Los límites para el diligenciamiento de tales medios de prueba deben ser el respeto a la dignidad y privacidad personales, así como demás derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce y derechos humanos consagrados en convenciones internacionales de los que nuestro país forma parte.

Por su congruencia con lo antes considerado, este Tribunal estima conveniente evocar el contenido de la sentencia dos mil dos-cero tres mil cuatrocientos ochenta y seis (2002-03486), dictada el diecisiete de abril de dos mil dos por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dentro del expediente cero dos-cero cero dos mil quinientos treinta y cuatro-cero cero cero siete-CO (02-002534-0007-CO), en la cual se emitió el siguiente pronunciamiento: "(...) El reclamo del recurrente se centra en el hecho que la Fiscalía de Corredores ordenó la detención de su defendido para realizarle un examen de sangre, ya que se abstuvo de aportar esa prueba. El tema del imputado como objeto de prueba y la detención de éste para comprobar determinados detalles de interés para el proceso y para la averiguación de la verdad real se ha tratado en varias sentencias de esta Sala. Se ha indicado que algunas de estas injerencias pueden realizarse en forma coercitiva, es decir, aún contra la voluntad del examinado, tal es el caso de la

extracción de sangre (véase en ese sentido las sentencias número 1428-96 de las 15:36 horas del 27 de marzo de 1996 y 0556-91 de las 14:10 horas del 20 de marzo de 1991). Para la realización de ellas es necesario que sean ordenadas y motivadas por el juez penal y de que sean practicadas en todo caso por un perito o médico. Además, debe entenderse que sean útiles, necesarias y no impliquen un tratamiento cruel o degradante para el examinado. En este caso, se ha cumplido con esos requisitos, ya que el Juez Penal de Corredores ordenó la detención del amparado mediante resolución motivada por un plazo de cinco días, con el fin de realizarle la extracción de sangre por parte de los peritos de la Sección de Bioquímica de la Medicatura Forense... Finalmente, el imputado fue puesto en libertad una vez realizada la prueba, sin que se reclame o advierta que ello implicó un tratamiento cruel o degradante...” Esta Corte comparte el criterio expuesto en el fallo transcrito, es decir que las pruebas científicas deben practicarse sin que implique lesión a la dignidad o privacidad y sin que haya un trato cruel o degradante, lo cual, con la extracción de la muestra de sangre, puede ser posible, si se respetan los límites correspondientes que establece el principio de proporcionalidad, como el que la prueba sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible para ello y que el sacrificio que imponga no sea desmedido, lo cual fue valorado y considerado por el Juez controlador conforme la ley. Por ello se concluye que la autoridad impugnada, al dictar el acto reclamado, actuó dentro del ámbito de sus facultades inherentes, sin que lo resuelto implique violación a derecho o principio constitucional alguno, debiéndose denegar el amparo solicitado. En igual sentido se resolvió en sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil siete dentro del expediente mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil siete (1748-2007).

Lo anterior tiene íntima relación con lo preceptuado en el artículo tres del decreto 22-2017 del Congreso de la República al establecer que (...) por ser un dato que protege el bien común y los derechos individuales de los sindicados inocentes y las víctimas, se autoriza que se tome la muestra de ADN de sangre de la persona

sindicada, aunque esta lo rehusé. El médico que extraiga la sangre observará los protocolos médicos de higiene. Solo cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva.

El artículo cinco del mismo cuerpo legal especifica que Los exámenes genéticos los practicara el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala -INACIF- a solicitud del Ministerio Público o del órgano jurisdiccional a cargo de quien se encuentre el expediente, que alimentarán la base de datos que contendrán los perfiles genéticos.

Razón por la cual las actuaciones de los juzgadores en estos casos deben ser en el ejercicio de las facultades que les confiere el artículo 402 de Código procesal penal, ya que la realización de la diligencia de toma de muestra de ADN a un sindicado tiene sustento legal y no violenta el derecho fundamental contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo tanto, no vulnera derechos constitucionales debido a que todas las actuaciones se llevan a cabo dentro de un debido proceso en observancia de la ley.

EXPEDIENTE: 3659-2008 SENTENCIA 10/03/2009

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: GUATEMALA, DIEZ DE MARZO DE DOS MIL NUEVE.

(...) El examen del proceso subyacente, permite establecer que la autoridad impugnada, al dictar el acto reclamado, expuso: "(...) El infrascrito juez después de haber escuchado lo argumentado por los sujetos procesales, manifiesta que en virtud que ya se ha ordenado por parte de la Honorable Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente la extracción de sangre, empero él también ya ordenó al perito extraer la sangre, y no estando el sindicado dispuesto a dar la muestra de sangre, el Juzgador no puede someter a la fuerza al sindicado, a pesar de estar ya ordenado, por lo que el suscrito

de acuerdo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Internacional sobre Derechos de los Reos, no es posible llevar a cabo la presente diligencia, ya que no existe mecanismo legal para poder hacerlo, por lo que insta al Ministerio Público a que solicite lo que tenga a bien pedir, debiendo hacer la declaración respectiva en la parte resolutive del presente auto (...).”.

Esta Corte aprecia que la controversia surgida en el caso que nos ocupa, versa en determinar si es posible extraer sangre al imputado sin su consentimiento, a efecto de obtener muestras de su ADN dentro de la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público, sin que con ello se vulneren sus derechos fundamentales, específicamente el contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que otorga al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo.

Sobre el particular, este Tribunal, al pronunciarse en un caso similar al que nos ocupa, expuso: “(...) El postulante objetó la facultad del juez de ordenar la práctica de la diligencia, pues, a su juicio, debió contar con su consentimiento, ya que, de lo contrario, se incurriría en violación al derecho a no declarar contra sí mismo, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala; al respecto, esta Corte estima que el hecho de no contar con el referido consentimiento no implica violación al referido derecho, pues los resultados que arroje el procedimiento científico no suponen necesariamente efectos desfavorables para quienes son sometidos a la prueba, por lo que la extracción de muestras de sangre no puede ser equiparada a la obligación del sindicado a emitir una declaración en determinado sentido. Además de lo anterior, debe tenerse presente que la implementación de medios científicos en la investigación penal en búsqueda de la verdad -algunos de ellos, novedosos-, no podría estar supeditada a la aquiescencia de los sometidos a prueba, ya que ello truncaría la posibilidad de contar con instituciones de investigación penal modernas y eficaces. Los límites para el diligenciamiento de tales medios de prueba deben ser el respeto a la dignidad y privacidad personales, así como demás derechos humanos consagrados

en convenciones internacionales de los que nuestro país forma parte (...) las pruebas 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 (...) [sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil siete, dictada en el expediente mil setecientos cuarenta y ocho – dos mil siete [1748-2007].

Además de lo acotado, esta Corte estima que es necesario tener en cuenta que el proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, así como de las circunstancias en que pudo ser cometido y el establecimiento de la posible participación del sindicado, lo cual conlleva –en principio y con las limitaciones legales respectivas- que, en el proceso penal, por derivación del principio de la libertad probatoria, se pueda admitir cualquier medio de prueba.

El caso que subyace al presente amparo, trata del proceso penal que se tramita contra Francisco Ángel Castellanos Góngora, por un delito de Violación, en el cual el Ministerio Público solicitó, en calidad de anticipo de prueba, la extracción de sangre del imputado, a efecto de cotejar las muestras de su ADN con las muestras biológicas que obtuvo en la fase de investigación, lo cual resulta razonable y necesario para lograr los fines del proceso penal. La obtención de las muestras sanguíneas fue ordenada judicialmente en primera y segunda instancias, que se hará mediante el control jurisdiccional de la autoridad impugnada y se llevará a cabo mediante el procedimiento propuesto por el ente acusador, el cual puede consistir en pinchar el dedo del acusado con una lanceta o en el uso de un hisopo que absorba su saliva, no denotando con tales procedimientos un trato cruel o degradante al imputado. Tales actos deben, en todo caso, ser fiscalizados por el juez contralor a efecto de velar porque se respeten sus derechos.

No escapa al conocimiento de esta Corte que la prueba de ADN es utilizada universalmente como un medio científico de investigación, que puede ser aplicable perfectamente en nuestro medio por derivación no sólo del principio de libertad probatoria, sino del artículo 236 del Código Procesal Penal, que establece: "(...) Se podrá requerir al imputado y a otras personas que confeccionen un cuerpo de

escritura, graven su voz o lleven a cabo operaciones semejantes. Cuando la operación sólo pudiere ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y se rehusare a colaborar, se dejará constancia de su negativa y, de oficio, se llevarán a cabo las medidas necesarias tendientes a cumplir esa falta de colaboración”. Cabe agregar también que, en materia civil, la prueba de extracción de sangre para la obtención del ADN está expresamente permitida en el país por Decreto 39-2008 en juicios de filiación. En ese sentido, la práctica de la prueba de ADN que se pretende llevar a cabo, ya sea mediante la extracción sanguínea o por la muestra de saliva, mediante los métodos propuestos, no conculca los derechos fundamentales del sindicado.

El derecho que reconoce el artículo 16 de la Constitución a la persona sometida a proceso penal para abstenerse a declarar contra sí misma, se explica por la especial condición de orden subjetivo que la preserva de no incriminarse con su propio dicho, el cual puede presumirse alterado por íntimas circunstancias psíquicas que le impiden su absoluta libertad moral para pronunciarse sobre su actuación, de tal manera que la declaración del acusado no constituye un medio suficientemente idóneo para revelar la verdad material. Precisamente por esa subjetividad es que incluso la declaración o confesión voluntarias admiten prueba en contrario. No sucede lo mismo con relación a los datos de la realidad, que son independientes del complejo psíquico del individuo, pues los hechos son como son, separados de la voluntad o de la intención de la persona que los ostenta. Por ejemplo, las huellas dactilares, el tipo sanguíneo o los registros genéticos no pueden ser modificados a voluntad, porque constituyen hechos eminentemente objetivos y de suyo corroborables por medios de alta solvencia técnica, y cuyo valor probatorio dependerá de la sana crítica del juzgador.

El juez reclamado ordenó la suspensión de la diligencia de prueba señalada para tomar la muestra sanguínea del procesado, basándose de manera generalizada y sin indicación precisa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Internacional sobre Derechos de los Reos, que protegen la dignidad humana. La protección de la

dignidad del individuo no está en discusión, y debe ser respetada en toda su integridad, sin embargo, esta misma no es oponible a las medidas de coerción que son propias del derecho, que, precisamente para garantía de su imperio ha previsto el uso legal y razonable de la fuerza, como sucede, por simple ejemplo, cuando es necesario capturar y conducir a un sujeto de quien se ha ordenado su aprehensión o ésta resulta de un delito flagrante. En el caso sub Litis, el juzgador no cumplió con lo decidido al respecto por la Sala jurisdiccional, ignorando que la ley le permite prevenir al obligado e incluso ordenar se someta por la fuerza a quien se oponga sin fundamento jurídico a la ejecución de un mandato basado en ley.

Es del conocimiento universal que la toma de la muestra de ADN utilizada como prueba en un proceso penal establecido según la ley, es utilizado como un medio científico de investigación, y la misma puede ser aplicable perfectamente en nuestro medio legal, aunque el procesado se niegue a proporcionarla, lo anterior se fundamenta para su obtención y diligenciamiento en el principio de libertad probatoria y también hace uso del artículo 236 del Código procesal penal que establece “(...) Se podrá requerir al imputado y a otras personas que confeccionen un cuerpo de escritura, graven su voz o lleven a cabo operaciones semejantes. Cuando la operación sólo pudiere ser ejecutada voluntariamente por la persona requerida y se rehusare a colaborar, se dejará constancia de su negativa y, de oficio, se llevarán a cabo las medidas necesarias tendientes a suplir esa falta de colaboración”.

Por lo anterior se puede determinar que la extracción sanguínea o según lo establecido en el artículo 3, del Decreto 22-2017; en el sentido en que el médico que extraiga la sangre también observará los protocolos médicos de higiene y seguridad del paciente, por lo que cuando medicamente peligre la salud del sindicado, se podrá obtener la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva. En este sentido la práctica de la prueba de ADN no transgrede los derechos fundamentales protegidos por las leyes del país y leyes internacionales respetadas por Guatemala.

EXPEDIENTE 3014-2012 SENTENCIA 12/12/2012

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: GUATEMALA, DOCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL DOCE.

(...) Del estudio de las constancias procesales, se establece que el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de Villa Nueva del departamento de Guatemala, en resolución de diecinueve de agosto de dos mil once, en ejecución de lo resuelto por el Tribunal Superior Jurisdiccional señaló audiencia de diligenciamiento de prueba anticipada de ácido desoxirribonucleico –ADN- de extracción, de fluidos del amparista, para el dos de septiembre de dos mil once, por lo que en esa fecha se celebró la audiencia referida, dentro del proceso penal incoado contra Transito Enrique López Pérez por el delito de Violación agravada. El accionante reprocha que con la celebración de la audiencia de diligenciamiento de prueba anticipada prueba anticipada de ácido desoxirribonucleico –ADN- de extracción de fluidos solicitada por el Ministerio Público, se vulneran sus derechos de defensa y a una tutela judicial efectiva; así como al principio jurídico del debido proceso, puesto que no se le notificó la resolución del recurso de reposición que interpuso contra el auto que señalaba día y hora para ese efecto.

Este Tribunal, al confrontar los agravios que el postulante denuncia con el informe circunstanciado remitido por la autoridad objetada, infiere que: i) en la audiencia de dieciséis de mayo de dos mil once, en donde se realizaría el diligenciamiento de prueba anticipada de ácido desoxirribonucleico –ADN-, el amparista se opuso a la extracción de fluidos, aceptando dicha oposición la autoridad objetada; ii) contra esa decisión el ente investigador, la querellante adhesiva y actor civil y la Misión Internacional de Justicia interpusieron recurso de reposición el cual fue declarado sin lugar, por lo que los mismos sujetos procesales interpusieron recurso de apelación el cual fue declarado con lugar por la Sala de Apelaciones, ordenando a la autoridad cuestionada revocar aquella resolución que conoció en alzada y que señalar nueva audiencia para el diligenciamiento de la prueba anticipada

anteriormente relacionada; iii) atendiendo lo resuelto por la Sala respectiva, el Juez contralor de la investigación señaló nueva audiencia para llevar a cabo aquel diligenciamiento de prueba anticipada, resolución que el postulante impugnó mediante recurso de reposición, el cual fue declarado sin lugar.

El día de la audiencia de diligenciamiento de extracción de fluidos para la prueba anticipada de ácido desoxirribonucleico –ADN-, el abogado defensor del sindicato y ahora postulante del amparo, planteó su formal protesta, manifestando que el recurso de reposición interpuesto no le fue notificado, por lo que desconoce el fundamento y motivación de la resolución que decidió sobre dicho recurso.

Esta Corte determina que aun cuando no consta un acto de notificación de lo resuelto sobre el recurso de reposición de manera previa a la celebración de la audiencia reclamada en amparo, la celebración de esta no causo agravio, pues tal celebración era como consecuencia de ejecutar una orden emanada por la Sala de Apelaciones. De esa cuenta la sola realización de la diligencia reclamada por la presente acción de amparo sin la previa notificación de la improcedencia de un recurso de reposición instado por el amparista no causa a este ultimo las violaciones que él denuncia.

Por lo anterior, se concluye que el Juez impugnado, al celebrar la audiencia de diligenciamiento de prueba anticipada de ácido desoxirribonucleico –ADN-, actuó con base en las facultades que le confieren los artículos 203 constitucional, y 3 y 317 de la ley procesal penal, razón por la cual el amparo solicitado debe denegarse dada su notoria improcedencia (...).

Lo anterior hace referencia a que no se transgreden los derechos de las personas sindicadas de un delito cuando se requiere la toma de la muestra de ADN y por ende no vulnera derechos de defensa y de tutela judicial efectiva. Por lo que la negativa del procesado a la extracción de fluidos corporales, específicamente sanguínea, no tiene fundamento legal.

Ya que para su obtención se debe observar lo preceptuado en el artículo 3, del decreto 22-2017. De lo anterior se puede inferir que, en los órganos jurisdiccionales, los juzgadores le dan el valor probatorio que consideran valido y el cual depende de la sana crítica al interpretar de diferentes maneras las leyes relacionadas, debido a que para ellos no existe una normativa específica de la obtención de la prueba biológica científica del ADN al respecto. Sin embargo, la regulación legal si existe.

En la actualidad existe la ley de banco de datos genéticos para uso forense, decreto 22-2017, en su artículo 1 explica que se crea el banco de datos genéticos, el cual será administrado por el Instituto nacional de ciencias forenses de Guatemala, el cual pondrá a disposición inmediata del Ministerio Publico toda la información, la que únicamente podrá usarse para la investigación criminal y los procesos respectivos. Tendrá como objetivo la recopilación de información genética para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal. El banco almacenara y sistematizara la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito, así como las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación criminal.

El Ministerio Publico llevara un registro nacional de agresores sexuales, sobre las personas que hubieren sido condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual regulados en el código penal y otras normas específicas de la materia.

En la ley al considerarse que protege el bien común y los derechos individuales de los sindicados inocentes y las victimas, se autoriza que se tome la muestra de ADN de sangre de la persona sindicada, aunque esta lo rehúse, según el artículo tercero.

Luego de su aprobación, el consejo directivo del Instituto nacional de ciencias forenses, presentaron dos acciones de inconstitucionalidad general parcial contra la norma, debido a que los argumentos presentados se centran en el artículo tercero y aducen que viola la presunción de inocencia. Según la acción de inconstitucionalidad el organismo legislativo no puede autorizar cuestión alguna relacionada con una persona privada de libertad, la medida solo puede ocurrir siempre que medie autorización de juez competente. La extracción de sangre debe pasar de sujeto de derecho a objeto de investigación la persona y por lo mismo no

debe prevalecer para todas las personas, sino solo a determinados delitos, al momento se planteen hacer reformas a esta ley para hacerla más fácil de implementar para todas las instituciones.

La Corte de Constitucionalidad se pronunció en notas de jurisprudencia donde hace referencia a la prueba del ácido desoxirribonucleico -ADN-, los cuales son: Expediente 1483-2004; Expediente 4564-2012; Expediente 1612-2015; Expediente 1915-2017, en donde se plasma el criterio de la Corte en cuanto a que dicha prueba pericial al ser solicitada por el Ministerio Público o por el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el expediente respectivo, tal acción no conculca derechos fundamentales del sindicado.

Cabe mencionar que en materia civil la prueba científica biológica del ADN está expresamente permitida por decreto 39-2008, en juicios de filiación.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para el desarrollo de la comprobación de la hipótesis, se realizó una encuesta, cuyo contenido fue dirigido a jueces, defensores públicos, agentes fiscales del Ministerio Público, abogados litigantes. La razón fundamental de haber procedido a practicar un muestreo no probabilístico de la población obedeció al hecho de darle una mayor consistencia, fundamentación y veracidad a los supuestos planteados en el diseño de investigación, ya que como se puede apreciar cada uno de ellos es parte determinante en el mismo.

La hipótesis que se formuló en el diseño de investigación, se ha comprobado en base a la investigación de campo que se desarrolló. A continuación, aparece la hipótesis con su respectiva comprobación.

Formulación de la hipótesis:

¿Es ilegítima la oposición del procesado a la toma del ácido desoxirribonucleico (ADN) en la etapa de investigación del proceso penal por estimar que no perjudica sus derechos fundamentales?

Comprobación:

Al finalizar la presente investigación, la hipótesis enunciada ha quedado comprobada porque existe claridad en la legislación guatemalteca con relación a la obtención de la muestra pericial de ADN, porque aun sin contar con el consentimiento del procesado, cuando medie orden de juez o tribunal competente, el mismo no puede oponerse por haber regulación en la norma jurídica; ya que la realización de la diligencia de ADN a un sindicado tiene sustento legal y no transgrede el derecho fundamental contenido en el artículo 16 constitucional; con base a resoluciones de la Corte de Constitucionalidad se puede apreciar que la investigación de un delito es de interés público y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, son causas legítimas que justifican la realización de una intervención corporal, con base en el artículo 182 del Código procesal penal que indica, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la

correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido y que de conformidad con el artículo 183 del Código citado, se refiere directamente al objeto de la averiguación, siendo útil para el descubrimiento de la verdad y no está prohibido; haciendo un análisis comparativo con otros países, como en España, las intervenciones corporales como instrumentos auxiliares para la investigación de los delitos, no se consideran lesivos a los derechos fundamentales, al contrario la misma es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella; esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes...”; la decisión judicial por medio de la cual se obligaría a una intervención corporal en las personas de los imputados en contra de su voluntad satisface las exigencias del principio de proporcionalidad por cuanto es adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (el ejercicio de la acción penal pública que corresponde al Ministerio Público), pues sirve objetivamente para determinar los hechos que constituye el objeto del proceso penal (artículos 5 y 309 del Código procesal penal); el hecho que las decisiones que constituyen los actos reclamados no se encuentren conformes con las pretensiones del accionante, no implica vulneración a sus derechos de defensa, debido proceso y presunción de inocencia.

Los resultados anteriores se traducen en que no hay legitimidad en la oposición del procesado, toda vez que quien la ordena es un juez o tribunal competente y la misma se dicta dentro de un debido proceso, además en el Decreto 22-2017, Ley del Banco de datos genéticos para uso forense, determina expresamente que el médico que extraiga la muestra observará protocolos médicos de higiene, con la excepción que cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes menos invasivas y dañinas para el procesado.

El Decreto 22-2017 Ley de banco de datos genéticos para uso forense, el Instituto nacional de ciencias forenses de Guatemala, pondrá a disposición inmediata del Ministerio Público toda la información, la que únicamente podrá usarse para la investigación criminal y los procesos respectivos.

El mismo tendrá como objetivo la recopilación de información genética para facilitar el esclarecimiento de los hechos que sean objeto de una investigación criminal. La información genética registrada consistirá en el resultado obtenido a partir de los análisis de identificación humana en genética forense.

CONCLUSIONES

- a) La importancia jurídico procesal de la prueba de ADN, que se proyecta es esencial en los procesos penales donde resulta de suma utilidad a la hora de establecer delitos graves y violentos en especial aquellos de violencia sexual, toda vez que su función principal e importante es la identificación del agresor.

- b) Los derechos fundamentales del procesado no revisten de carácter absoluto para favorecerlo a él en la oposición a la toma del examen genético, sino que los mismos pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o intereses supremos del ordenamiento jurídico, como lo es el interés público en la persecución de delitos y el ejercicio del poder punitivo del estado, ya que su objeto principal es la realización de la justicia, por lo cual siempre se debe observar el debido proceso derivados de las principios de legalidad y proporcionalidad por ende la oposición del procesado es ilegítima, según resoluciones de la Corte de Constitucionalidad.

- c) La prueba biológica del ADN, se realiza exclusivamente ante delitos cometidos contra la vida, y los sujetos a quienes se les deba realizar sean personas con riesgo de delincuencia habitual previamente establecida, sin embargo, la prueba pericial biológica del ADN debe proceder legalmente con la apreciación de hechos controvertidos y la necesidad de tener conocimientos especializados. Sin embargo, las pruebas genéticas basadas en ADN, no pueden sustituir el juicio del juez con base en los principios fundamentales del proceso penal.

- d) La problemática existente en torno al marco constitucional de las intervenciones corporales y las pruebas de ADN, en el ámbito del proceso penal ha sido solucionada por la doctrina y la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad en diferentes sentencias, por lo cual no existe impedimento legal para que la autoridad judicial dentro de un proceso penal establecido competente pueda ordenar su práctica incluso aplicando la

posibilidad de recurrir a medidas mínimas indispensables fundamentadas en el decreto 22-2017.

- e) Los países de Europa, que firmaron el tratado de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, a la fecha 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 por los países firmantes encargados de los análisis de las pruebas de ADN.
- f) Algunos países han incorporado en sus leyes procesales normas claras y explícitas sobre el alcance de la prueba genética de ADN y a la vez permite su validez y diligenciamiento en el proceso. Analizando el derecho comparado, se pudo determinar que la Unión Europea, Argentina, España y Costa Rica han incorporado en sus normas jurídicas procesales la regulación y el uso de la prueba de ADN.
- g) Los resultados obtenidos en la boleta tipo cuestionario; muestran desconocimiento sobre la regulación de la prueba de ADN en la legislación guatemalteca.

RECOMENDACIONES

- a) Se deberá tomar en cuenta que, para ordenar la práctica de una prueba de ADN, y acto siguiente el registro de los identificadores genéticos en la base de datos, determinados en el decreto número 22-2017, se deberá respetar el principio de proporcionalidad de modo que deberán existir suficiente indicios racionales de criminalidad sobre la persona procesada y determinar la gravedad como parámetro fundamental de criminalidad, esta medida deberá ser siempre idónea necesaria y proporcionada en strictu sensu.
- b) La prueba de ADN, por cuanto tiene carácter de prueba pericial debe ser realizada con demasiada atención observando las reglas propias de la ley específica y observando de forma meticulosa todos los pasos que componen la cadena de custodia, para que la prueba de ADN sea válida y subsecuentemente adquiera de manera estricta los presupuestos referidos fundamentalmente a la proporcionalidad de la medida, tanto en su autorización como en la ejecución tomando en cuenta lo establecido en el decreto 22-2017 y su reglamento acuerdo 32-2018.
- c) El Estado de Guatemala se debe organizar y a priori contemplar en su ordenamiento jurídico una regulación clara y detallada a acerca de la cadena de custodia con carácter general y particularmente en relación a la práctica de la prueba de ADN, ello contribuirá a evitar que se produzcan las alteraciones y contaminaciones que puedan poner entre dicho o en tela de duda el acto de juicio, al valor probatorio de los análisis genéticos, lo anterior deberá constar en una ley especial penal.
- d) Se recomienda contar con protocolos de actuación para la toma de la prueba pericial del ADN, en el cual se deberá observar el proceso de recogida, embalaje etiquetado, identificación, catalogación, conservación, custodia y análisis de las evidencias, vestigios y muestras biológicas especificando los

medios materiales que serán empleados a tal efecto, así como el tipo de expertos que han de intervenir en cada fase o etapa de la recogida, custodia, traslado y análisis de las muestras biológicas. Así mismo se determinará lo referente a la devolución al juzgado de las evidencias que pudieran constituir pruebas de convicción, se deberá determinar los distintos modelos de documentos que se deban utilizar a fin de dejar la debida constancia de todas las personas que tuvieron acceso a la muestra biológica y los lugares por la que estas pasaron.

- e) Con relación al derecho comparado; se recomienda reformar el artículo tercero del Decreto 22-2017, tomando como base lo que señala el código procesal argentino referente a la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El cual indica de forma clara y precisa que 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.

- f) Se recomienda modificar el código procesal penal guatemalteco a efecto de incorporar la figura procesal de pruebas genéticas de ADN humano. Para tal efecto se sugiere que cuando se incorporen huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho objeto de la investigación, el Ministerio Público solicite al juez contralor de la investigación, la autorización de la práctica del medio de prueba y el juez ordene al INACIF su obtención y la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación criminal. En observancia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

BIBLIOGRAFIA

Libro:

Alsina, H. (1963) *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. 2ª. Edición, Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina.

Baquiáx, J. (2012) *Derecho Procesal Penal Guatemalteco, Etapa Preparatoria e Intermedia*. 1ª. Edición Servi Prensa editorial. Quetzaltenango, Guatemala.

Baumann, J. (1986) *Derecho procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales, Introducción sobre la base de casos*. Depalma Editores. Buenos Aires, Argentina.

Binder, A. (2000) *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina.

Cafferata, J. (1998) *La Prueba en el Proceso Penal*. Editorial Depalma. Argentina.

Carnelutti, F. (1998) *Derecho Procesal Penal*. Volumen 2, Biblioteca clásicos del derecho penal, Harla, México.

Casabona, R. (1993) *La Intimidad del Paciente Desde la Perspectiva del Secreto Médico y Acceso a la Historia Clínica, Derecho y Salud*. Vol. 1 Núm. 1 julio-diciembre, Madrid.

Couture, J. (1988) *Fundamentos del Derecho procesal civil*. 3a. ed.; Buenos Aires, Argentina.

Del Moral, A. (2003) *Intervenciones Corporales: Reflexiones Ante la Inminente Enésima de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid, España.

Díaz, F. (2005) *La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios*. Editorial Del Puerto. Argentina.

Echandia, H. (2000) *Compendio de la Prueba Judicial*. Rubinzal Culzoni editores. Argentina.

Fundación Mirna Mack. (2001) *Valoración de la Prueba (compilación)*. Serie: *Justicia y Derechos Humanos*. Editorial Litografía Arte. Guatemala.

Galiano, J. (1996) *Derechos Humanos. Teoría, Historia, Vigencia y Legislación*. Tomo I, LOM Ediciones. Santiago de Chile.

Garrido, M. (2011) *Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Editorial Dilex, Madrid, España.

Guzmán, C. (2007) *La Prueba Penal*. Editorial Praxis. Primera edición. Guatemala.

Ibáñez, P. (1996) *La Función de las Garantías en la Actividad Probatoria*, Fundación Myrna Mack, *Valoración de la Prueba, Serie Justicia y Derechos Humanos, No. 2*. 1ra. Edición. Guatemala.

Jauchen, E. (2006) *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina.

Jáuregui, H. (1999) *Introducción al Derecho Probatorio en Materia Penal*. Editorial Magna Terra. Guatemala.

Lee, H. (2000) *DNA Typing in Forensic Science*. The American of Forensic Medicine and Pathology. USA.

López, R. (2007) *Revista de Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. No. 54* Servi Prensa. Guatemala. Enero-Diciembre, editorial Ingrafic.

Maier, J. (2004) *Derecho Procesal Penal*. Tomo I y II, Segunda edición, Editores del Puerto srl. Buenos Aires, Argentina.

Manual de normas y procedimientos para la toma de muestras y su envío al Laboratorio Nacional de Salud (2015) Unidad Central de Referencia para la Vigilancia Epidemiológica (UCREVE) Segunda edición, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala.

Martínez, E. (2007) *Apuntes de Criminología y Criminalística*. Edición Mayte. Guatemala.

Ministerio Público de la República de Guatemala, (2001). *Manual del Fiscal*. Segunda Edición. Guatemala.

Montiel, J. (1994) *Manual de Criminalística*. III tomos. Editorial Limusa. S.A. México.

Morales, A. (2003) *La implementación Forense de la Tecnología del ADN en Costa Rica: un Análisis Retrospectivo*. Costa Rica C.A.

Morales, F. (1984) *La Tutela Penal de la Intimidación: Privacy e Informática*. 1era edición, editorial Prats, Ediciones Destino. Barcelona, España.

Muñoz, J. (1998) *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Español*. Editorial Aranzadi. Madrid, España.

Muñoz, L. (1997) *Técnica Probatoria*. Editorial Temis, S.A. Santa Fé de Bogotá, Colombia.

Naranjo, V. (2006) *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 10a. ed.; Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Pallares, E. (1994) *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa. México.

Par, J. (1999) *El Juicio Oral en el Proceso Penal Guatemalteco*. Segunda edición. Centro Editorial Vile. Guatemala.

Pérez, A. (1991) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 4a. ed.; Editorial Tecnos. España.

Pérez, M. (2008) *Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Pérez, Y. (2001) *Valoración de la Prueba*. Fundación Myrna Mack. 1era. Edición. Guatemala.

Perretta, M. (2000) *El Genoma Humano. Los Derechos de la Persona que está por Nacer*. Editorial Universidad Santo Tomás de Aquino. España.

Poroj, O. (2012) *El Proceso Penal Guatemalteco*. Tercera edición. Versión corregida, actualizada y ampliada. Guatemala.

Rodrigues, S. (2010) *Da prova penal. A prova Científica: exames, analises ou perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substancias Psicotrópicas*, T.I, Rei dos Livros, Lisboa, Portugal.

Rosales, Y. (2006) *Naturaleza de la Prueba Pericial, Ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente*. Tesis de Grado USAC, Guatemala.

Segura, S. (2007) *Frasas y Expresiones Latinas de Uso Actual*. Serie derecho Vol. 85: publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, España.

Vásquez, J. (1995) *Derecho Procesal Penal*, tomo I. Conceptos Generales, Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

Diccionario:

Cabanellas, G. (2001) *Diccionario de Jurídico Elemental*. Decimoquinta edición, editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

Diccionario jurídico espasa, (2007) Fundación Tomas Moro, primera edición, editorial Espasa Calpe S.A. Madrid, España.

Osorio, M. (2001) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 28ª. Edición, Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

Real Academia de la Lengua Española. (1992) *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II Editorial Océano, 21ª. Edición, Madrid, España.

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. En vigencia a partir del 14 de enero de 1986, y sus reformas.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Nueva York, diciembre 10 de 1948.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York, diciembre 19 de 1966. Aprobado

mediante Decreto Número 69-87 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 30 de noviembre de 1987. Adhesión, 6 de abril de 1988.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, diciembre 19 de 1966. Aprobado mediante Decreto Número 9-92 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 19 de febrero de 1992. Adhesión, 16 de marzo de 1992.

Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la 9a. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Conferencia Internacional Americana. Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Aprobada mediante Decreto Número 6-78 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 30 de marzo de 1978. Ratificada mediante Acuerdo de fecha 27 de abril de 1978. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 10 de diciembre de 1984. Aprobada mediante Decreto 52-89 del Congreso de la República de Guatemala de fecha 12 de octubre de 1989. Adhesión por medio de Acuerdo Gubernativo de Fecha 23 de noviembre de 1989.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 17-73. Código Penal. Guatemala. 1973, y sus reformas.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51-92. Código Procesal Penal. Guatemala. 1992, y sus reformas.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 22-2017. Ley del Banco de Datos Genéticos, para uso Forense. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 32-2006. Ley orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala.

Reglamento del Banco de Datos Genéticos para uso Forense, creado mediante el Acuerdo No. CD INACIF- 32-2018. Guatemala.

Internet:

Chaia, R. (2009) *Prueba y Verdad en la Dinámica del Proceso Acusatorio, Reflexiones en Torno a las Facultades del Tribunal de Juicio*. Revista novatesisi No. 13, Ene-Feb. Argentina. Recuperado el 06.11.2017

Choclan, J. (1994) *Las Técnicas de ADN como Método de Identificación del Autor Contra Delitos de Libertad Sexual*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N° 3, págs. 815-825. Recuperado el 30.07.2017

Clayton, J. (2003) *50 Years of DNA*, Palgrave MacMillan Press. ISBN 978-1-4039-1479-8 Recuperado el 05.08.2017

Judson, H. (1996) *The Eighth Day of Creation: Makers of the Revolution in Biology*, Cold Spring Harbor Laboratory Press, 1996. ISBN 978-0-87969-478-4. Recuperado el 24.05.2021

García, S. (2012) *La Pericia Genética de ADN en el Proceso Penal*. Argentina: Revista IN IURE (en línea) ISSN 1853-6239, Vol. 2 Año 2. Recuperado el 30.07.2017

Gascón, M. (2004) *Validez y Valor de las Pruebas Científicas. La Prueba de ADN*. Universidad de Castilla La Mancha, <http://www.uv.es/CEFD/15/gascon.pdf>. Recuperado el 25.08.2017

Herrera, R. (2004) *Los Registros de ADN y los Derechos Fundamentales. ¿Cómo esquivar sin despellejar?*, foro jurídico (03) 105-114. Recuperado el 20.08.2017

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sanciona con Fuerza de Ley el *Registro de Datos Genéticos Digitalizados Vinculados a Delitos Contra las Personas y Contra la Integridad Sexual para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. 07 de diciembre de 2011. Argentina. Ley No. 4.114 Sanción: 07/12/2011 Promulgación: De Hecho del 18/01/2012 Publicación: BOCBA N° 3858 del 22/02/2012 Recuperado el 10.06.2017.

López-Fragoso, T. (1995) *Las Pruebas Biológicas en el Proceso Penal. Consideraciones Sobre la Identificación por el ADN*. Universidad de La Laguna, España, ISSN 1133-7400, Vol, No 1. Recuperado 10.09.2017

Moreno, J. (2007) *ADN y Proceso Penal: Análisis de la reforma operada por la ley orgánica 15/2003 del 25 de noviembre del 2004*, ISSN-n 1888-7740, No. 2004. Recuperado 13.09.2017

Moreno, J. (2011) *Afectación de Otros Derechos Fundamentales Distintos del Protegido por el Art. 18.3 de la Constitución Española*. Diario la Ley. ISSN 1989-6913 No. 7573. Recuperado el 19.11.2017

Real Decreto 1977/2008 del 28 de noviembre que regula la composición y funciones de la comisión nacional para el uso forense de ADN. Ministerio de la Presidencia <<BOE>> Núm. 298, de 11 de diciembre de 2008. Referencia: BOE-A-2008-19992. Recuperado el 05.06.2017.

Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo del 2005. Publicado en: «BOE» núm. 307, de 25 de diciembre de 2006, páginas 45524 a 45534 Referencia: BOE-A-2006-22583 Recuperado el 30.11.2017.

ANEXO A



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE POSTGRADO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL**

GUIA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DE DERECHO PENAL.

FECHA: _____

Boleta de investigación Número: _____

Puesto funcional laboral:

Dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

OBJETIVO DE ESTUDIO: Establecer la legitimidad de la oposición del procesado a la toma de Acido Desoxirribonucleico –ADN- en la etapa de Investigación del proceso penal, por estimar que vulnera y perjudica derechos fundamentales y lo coloca en una posición de ser sujeto de investigación a objeto de su propia investigación. Sin embargo la controversia surge cuando el procesado se niega a la práctica de dicha diligencia, aunque exista orden de juez competente, argumentando que la misma se realiza contra su voluntad.

INSTRUCCIONES: A continuación se presentan varias preguntas, las cuales deberá contestar de acuerdo a la experiencia obtenida en el puesto de trabajo, La información servirá para fines académicos.

1.- Diga usted, si la oposición del procesado a la toma de la muestra de Ácido Desoxirribonucleico, es legítima cuando la orden emane de un Juez competente; con respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales que le asisten:

2.- Diga usted si la orden de Juez competente a la realización de la toma de muestra del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo:

3.- Diga usted si la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en el proceso penal, es eficaz:

Si _____ No _____ Porque:

4.- Diga usted si se puede tomar la muestra de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- al procesado sin su consentimiento, pero con orden de Juez competente; en caso afirmativo diga los efectos jurídicos que emanen de esta acción:

5.- Diga usted, no obstante exista orden emanada por Juez competente, el procesado pueda oponerse a la toma de la muestra de Ácido desoxirribonucleico –ADN-, respetando su decisión a no proporcionarla:

6.-Diga usted cuál cree que es la causa de la inoperancia de la prueba pericial de Ácido Desoxirribonucleico en el proceso penal guatemalteco:

7.- Diga usted si cree que se deba contar con un ordenamiento jurídico establecido para la obtención, extracción y diligenciamiento de la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- y que la misma determine de forma clara y precisa a que sujetos y en qué tipo de delitos se deba practicar:

8.- Diga usted si cree que el artículo 3 del decreto 22-2017, Ley del banco de datos genéticos para uso forense, viola la presunción de inocencia; debido a que esta medida solo puede ocurrir cuando media autorización de juez competente:

9.- Diga usted si cree que la Ley de banco de datos genéticos para uso forense Decreto número 22-2017, soluciona las controversias sobre la toma de la muestra de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en el proceso penal guatemalteco:

ANEXO B

TRABAJO DE CAMPO

Resultados obtenidos de los cuestionarios aplicados a diferentes profesionales del derecho penal, entre ellos: jueces, defensores públicos, agentes fiscales del Ministerio Público, abogados litigantes; durante el período de abril a mayo de 2019.

El tamaño de la muestra fue de 50 encuestados, de los cuales 20 fueron hombres y 30 mujeres. Entre la población encuestada se encontró que el 31% son abogados litigantes, el 30% defensores públicos, el 30% fiscales del Ministerio público, y el 9% jueces.

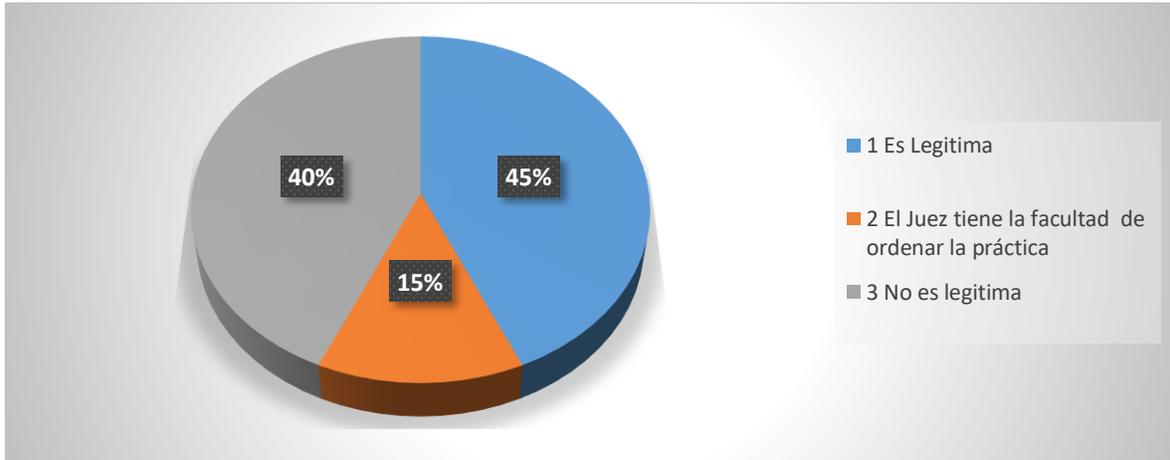
Para llevar a cabo un análisis de forma más clara se creó un archivo en Microsoft Excel, en donde se realizó el vaciado de todos los datos obtenidos, para posteriormente ser analizados por medio de gráficas.

La validación del instrumento se realizó con 5 personas que reunían las mismas características que el de la muestra población objeto de estudio, esto se realizó en el municipio de Coatepeque, departamento de Quetzaltenango, durante el mes de marzo de 2019.

El objetivo del estudio es establecer la ilegitimidad de la oposición del procesado a la toma de ácido desoxirribonucleico –ADN- en la etapa de investigación del proceso penal, por estimar que no vulnera ni perjudica derechos fundamentales, argumentando que la misma se realiza contra su voluntad; aunque exista orden de juez competente dentro de un debido proceso.

Pregunta No. 1

Diga usted, si la oposición del procesado a la toma de la muestra de Ácido Desoxirribonucleico, es legítima cuando la orden emane de un Juez competente; con respeto al debido proceso y a los derechos fundamentales que le asisten.

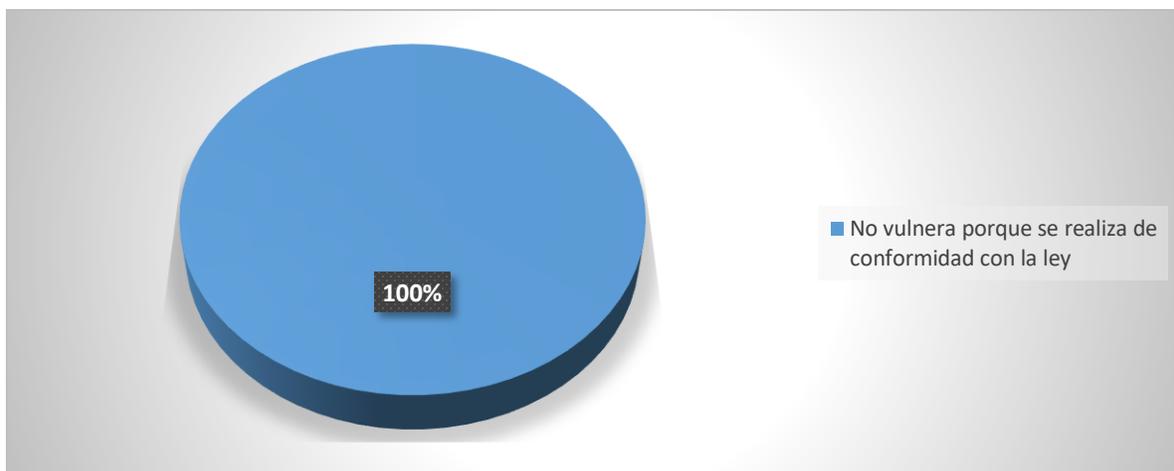


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 45% respondió que es legítima, toda vez que la orden emana de juez competente, por lo que la oposición es dentro de un debido proceso por lo que le asisten derechos y por ello puede oponerse porque todas las actuaciones están en ley. El otro 40% respondió a la misma pregunta que la misma acción no es legítima debido a que vulnera el debido proceso y esa acción conlleva al delito de desobediencia; y, solo el 15% indica que el juez tiene la facultad de ordenar la práctica de la toma de la muestra de ADN, toda vez que la misma se dicta con respeto al debido proceso y en observancia de derechos fundamentales que le asisten.

Pregunta No. 2

Diga usted si la orden de Juez competente a la realización de la toma de muestra del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo.

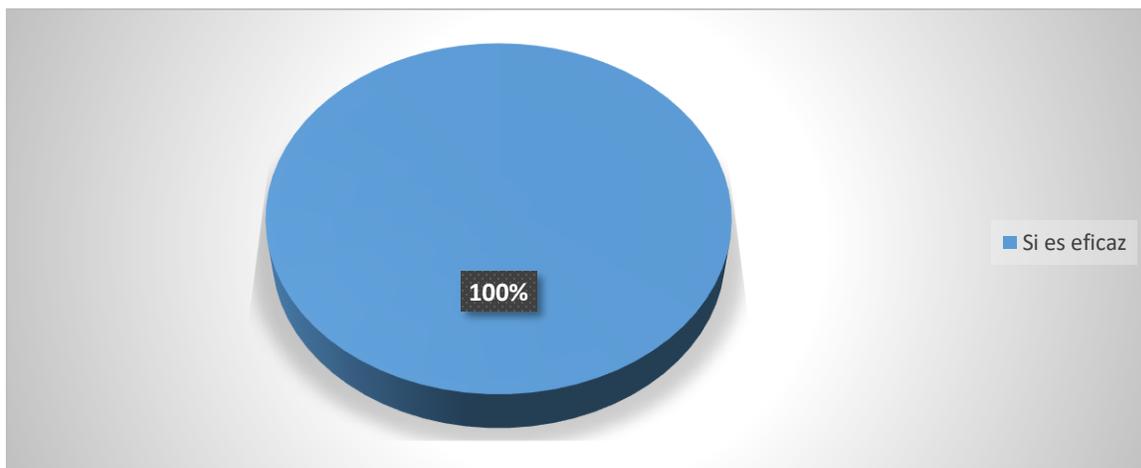


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 100% de los encuestados respondió con toda certeza que no vulnera el mencionado derecho, debido a que la misma se realiza de conformidad con la ley. Toda vez que el Código procesal penal no regula expresamente la extracción de muestras de ADN como una medida de prueba pericial biológica en el proceso penal.

Pregunta No. 3

Diga usted si la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en el proceso penal, es eficaz.

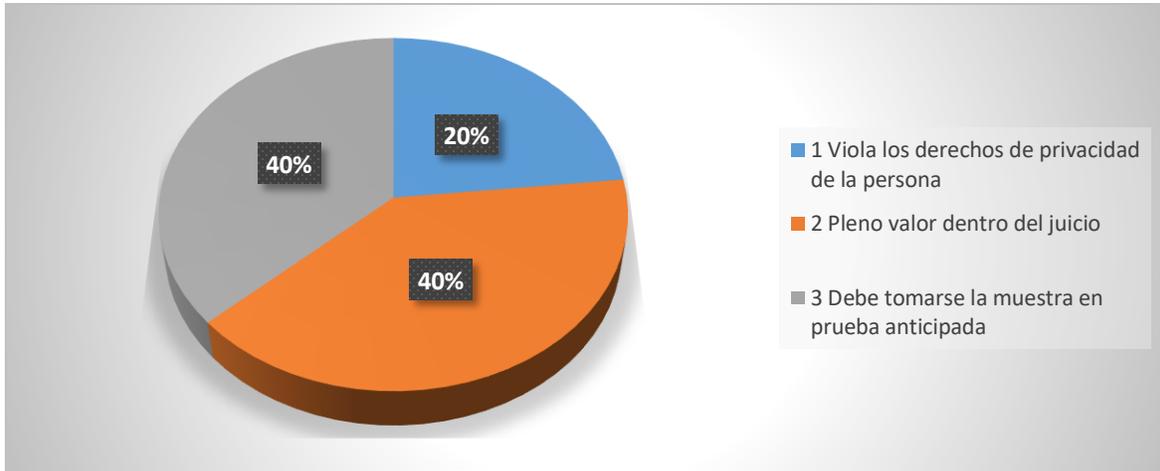


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 100% de los encuestados comparten lo mismo y aseveran que si es eficaz, por lo tanto se considera que en la actualidad el imputado es objeto de prueba y en este sentido, para el Estado haciendo uso de su poder soberano será irrelevante y de poca importancia la voluntad del imputado y por ende no es necesario su consentimiento para llevar a cabo la diligencia para la obtención de la prueba biológica, es ahí donde radica su eficacia.

Pregunta No. 4

Diga usted si se puede tomar la muestra de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- al procesado sin su consentimiento, pero con orden de Juez competente; en caso afirmativo diga los efectos jurídicos que emanen de esta acción.

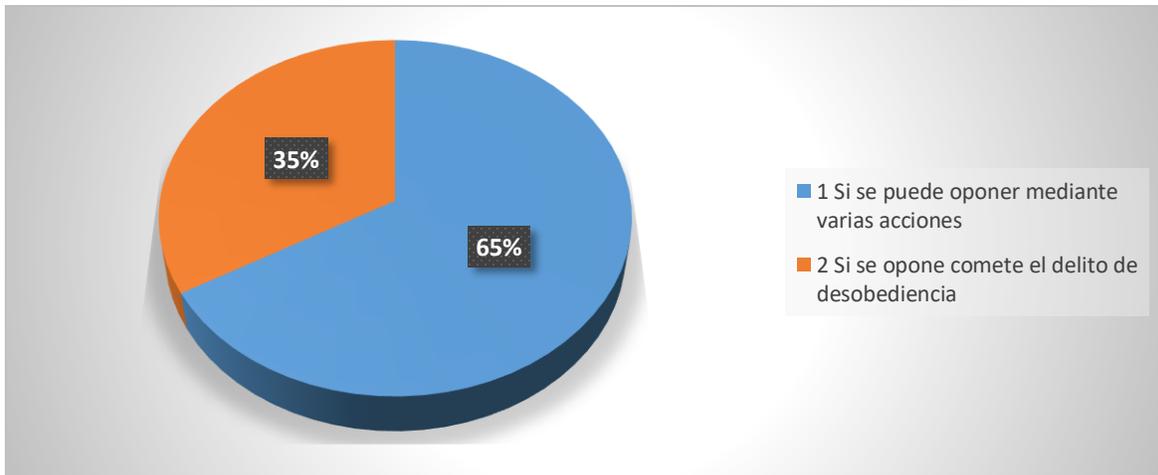


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 40% de los encuestados afirma que si, toda vez que da plena validez y legalidad dentro del juicio, mientras que un 40% estipula que si se puede tomar la muestra toda vez que sea en la institución de prueba anticipada; en tanto una minoría del 20% señala que viola los derechos de privacidad de la persona, por lo tanto no debe tomarse la muestra sin su consentimiento expreso, aunque exista orden de juez competente, debido a que la obtención sin consentimiento de la prueba pericial biológica científica del ADN violenta garantías constitucionales y ante la negativa del imputado no deberá practicarse por imposición coercitiva del Estado.

Pregunta No. 5

Diga usted, no obstante exista orden emanada por Juez competente, el procesado pueda oponerse a la toma de la muestra de Ácido desoxirribonucleico –ADN-, respetando su decisión a no proporcionarla.

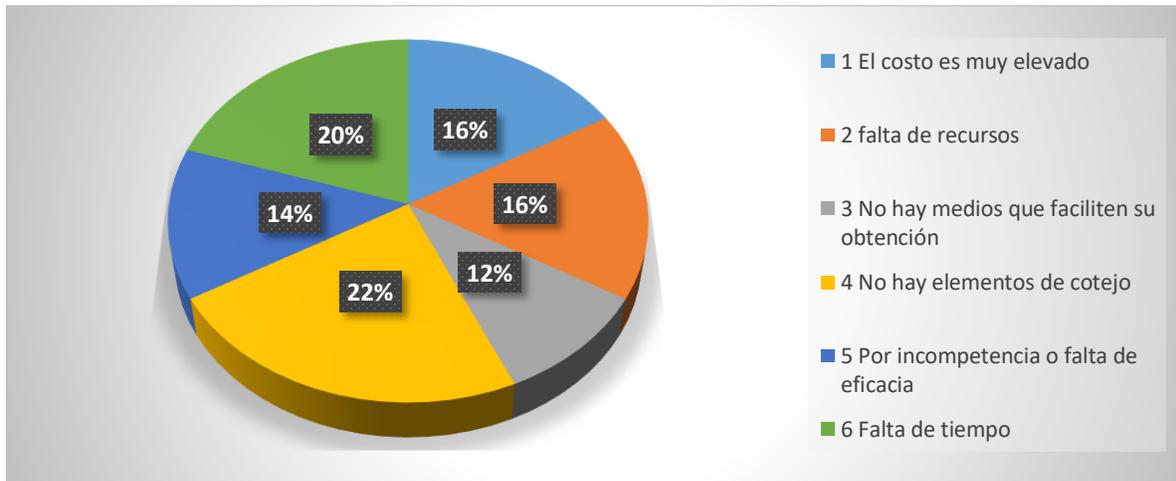


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 65% de los encuestados respondió que sí se puede oponer mediante varias acciones, que de hecho en la práctica se interponen y las mismas dilatan el proceso, hasta que las mismas llegan a la Corte de Constitucionalidad. Caso contrario el 35% considera que si se opone comete el delito de desobediencia ya que la orden emana de juez competente dentro de un debido proceso con garantías constitucionales y procedimentales.

Pregunta No. 6

Diga usted cuál cree que es la causa de la inoperancia de la prueba pericial de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- en el proceso penal guatemalteco.

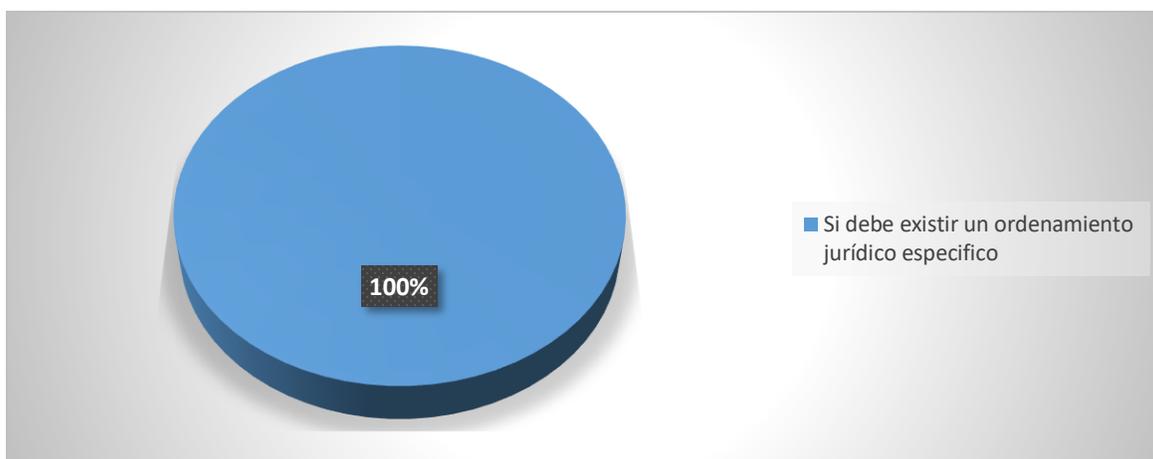


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 14% indica que por incompetencia y falta de eficacia, toda vez que no existe un ordenamiento establecido respecto a la obtención, extracción y diligenciamiento de la prueba pericial biológica del ADN y que determine de forma clara y precisa a que sujetos y en qué tipo de delitos se debe practicar y de esta forma evitar darle significados erróneos o distintos y por ende no sean medios idóneos que ayuden al descubrimiento de la verdad. Por la cual el 22% indica que también la inoperancia radica en que no hay elementos suficientes de cotejo; el 20% de los encuestados considera que por la falta de tiempo la prueba pericial es inoperante, el 16% indica que por falta de recursos y el otro 16% indica que el costo es muy elevado, sin embargo un 12% indica que no hay medios suficientes que faciliten su obtención al no existir un ordenamiento jurídico establecido para tal diligencia, sin embargo en Guatemala si está regulado en el Decreto 22-2017 del Congreso de la Republica, en su artículo tercero.

Pregunta No. 7

Diga usted si cree que se deba contar con un ordenamiento jurídico establecido para la obtención, extracción y diligenciamiento de la prueba pericial del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- y que la misma determine de forma clara y precisa a que sujetos y en qué tipo de delitos se deba practicar.

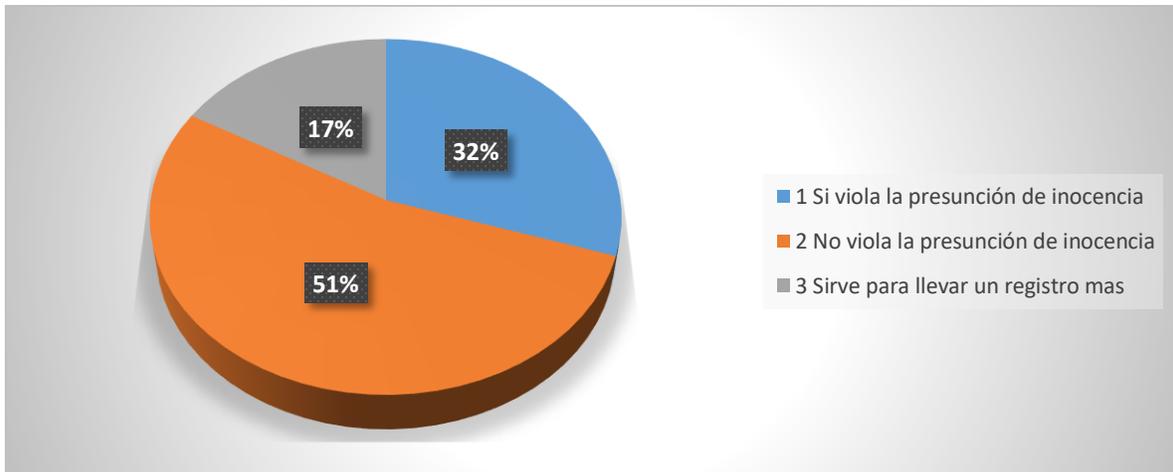


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 100% de los encuestados considera que es necesario contar con ese ordenamiento jurídico establecido, ya que consideran que el Decreto 22-2017 y en su reglamento creado mediante el Acuerdo No. CD INACIF-32-2018; no cumple con ese requisito esencial y lineamientos mínimos establecidos en comparación con otros países que si lo aplican, como por ejemplo España, toda vez que la prueba pericial biológica del ADN deberá proceder cuando esta se regule legalmente y la apreciación de los hechos sea controvertida y se requiera tener conocimientos especializados.

Pregunta No. 8

Diga usted si cree que el artículo 3 del decreto 22-2017, Ley del banco de datos genéticos para uso forense, viola la presunción de inocencia; debido a que esta medida solo puede ocurrir cuando media autorización de juez competente:

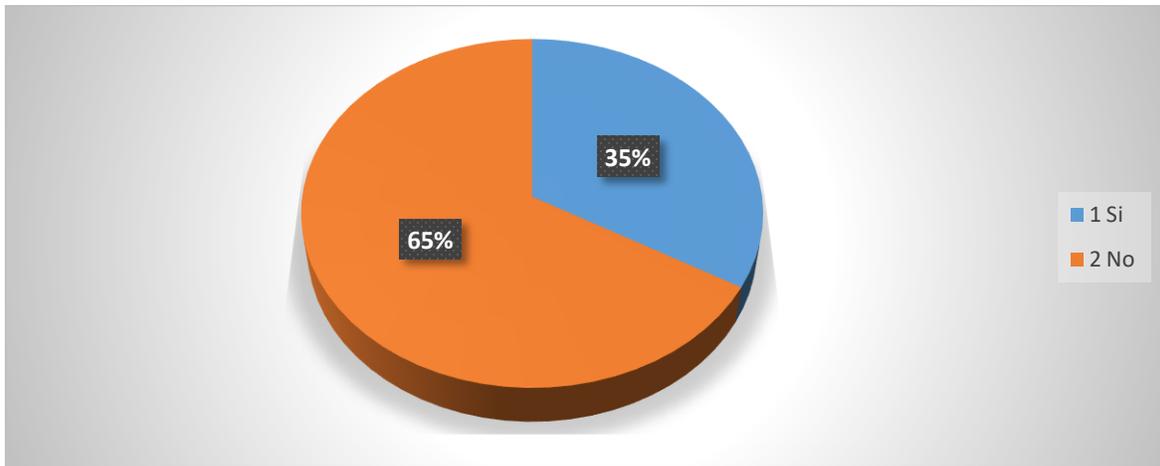


FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 51% respondió que no viola la presunción de inocencia, sin embargo un 32% indica que si viola la presunción de inocencia, ya que esta prueba podrá ocurrir solo cuando la ordene juez competente dentro de un debido proceso específico observando garantías procedimentales y constitucionales, ya que el artículo 182 del Código procesal penal establece que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Siempre y cuando sea ordenado por juez competente. Y solo un 17% de los encuestados señala que ese artículo hace mención a que se debe llevar un registro más, pero sin solventar el problema principal.

Pregunta No. 9

Diga usted si cree que la Ley de banco de datos genéticos para uso forense Decreto número 22-2017, soluciona las controversias sobre la toma de la muestra de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en el proceso penal guatemalteco.



FUENTE: Boleta dirigida a Jueces, Defensores Públicos, Agentes fiscales del Ministerio Público, Abogados litigantes que laboran en la ciudad de Quetzaltenango.

El 65% de los encuestados respondió que no soluciona las controversias; mientras que un 35% respondió que sí las soluciona, toda vez que la orden para la obtención de la muestra emane de un juez competente. Razón por la cual es necesario reformar el Código procesal penal con el fin de que no existan dudas al resolver casos concretos. En la actualidad los juzgadores únicamente se basan para su diligenciamiento dentro de un proceso penal, lo que se estipula expresamente en el artículo 182 del Código procesal penal, y ahora lo establecido en el Decreto 22-2017 del Congreso de la Republica, en su artículo tercero.