

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Programa de Actualización y Cierre Académico



**Prueba pericial del ADN en el proceso penal
guatemalteco**

-Tesis de Licenciatura-

Tito Nathanael Caxaj Suriano

Guatemala, enero 2015

**Prueba pericial del ADN en el proceso penal
guatemalteco**

-Tesis de Licenciatura-

Tito Nathanael Caxaj Suriano

Guatemala, enero 2015

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M.A. César Augusto Custodio Cóbar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Revisor de Tesis Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

M. Sc. Eduardo Galván Casasola

Licda. Vilma Corina Bustamante Tuche

M. Sc. Héctor Ricardo Echeverría

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

Segunda Fase

M. Sc. José Antonio Pineda Barales

M. Sc. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Licda. Carmela Chamalé García

Licda. Carol Yesenia Berganza Chacón

Tercera Fase

Lic. Carlos Antonio Muñoz Corzantes

M. Sc. Mario Jo Chang

M. Sc. Roberto Samayoa

M. Sc. María Victoria Arreaga Maldonado

Lic. Sergio Armando Teni Aguayo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de junio dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PRUEBA PERICIAL DEL ADN
EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO**, presentado por **TITO
NATHANAEL CAXAJ SURIANO**, previo a otorgársele el grado académico de
Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de
Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es
procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como
Tutor al Licenciado **JAIME TRINIDAD GAITÁN ÁLVAREZ**, para que realice
la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO**

Título de la tesis: **PRUEBA PERICIAL DEL ADN EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 08 de septiembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Jaime Trinidad Gaitán Álvarez
Tutor de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sapientia ante todo, adquiere sapientia"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y JUSTICIA. Guatemala, ocho de septiembre de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PRUEBA PERICIAL DEL ADN
EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO**, presentado por **TITO
NATHANAEL CAXAJ SURIANO**, previo a otorgársele el grado académico de
Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de
Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del
tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **CARLOS
RAMIRO CORONADO CASTELLANOS**, para que realice una revisión del
trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO**

Título de la tesis: **PRUEBA PERICIAL DEL ADN EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

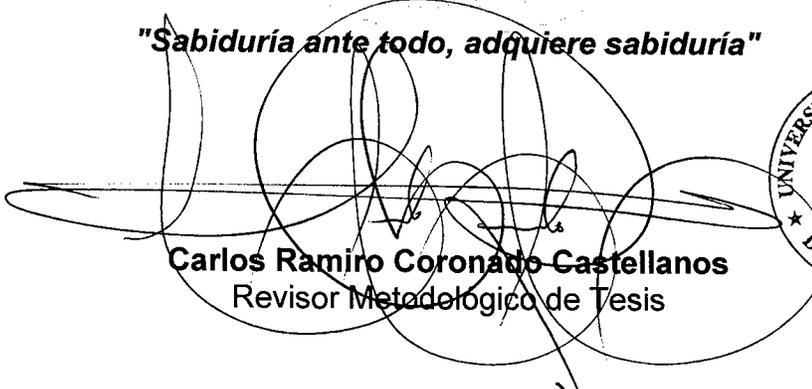
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 07 de octubre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Carlos Ramiro Coronado Castellanos
Revisor Metodológico de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL COORDINADOR GENERAL DE TESIS

Nombre del Estudiante: **TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO**

Título de la tesis: **PRUEBA PERICIAL DEL ADN EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 05 de diciembre de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mynor Augusto Herrera Quiroz
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: TITO NATHANAEL CAXAJ SURIANO

Título de la tesis: PRUEBA PERICIAL DEL ADN EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 06 de enero de 2015

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mynor Augusto Herrera Quiroz
Coordinador Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo


Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO: Por darme la vida y sus bendiciones y porque sus misericordias han sido nuevas cada mañana, le alabo y honro con mi vida, por su gran fidelidad al guiar mis pasos durante todo este camino y regalarme la sabiduría que solo proviene de Él, y de esta forma culminar exitosamente mi carrera universitaria. A Él sea la gloria y la honra por los siglos de los siglos, amén.

A MI PADRE: Teodoro Caxaj Ordoñez, quien con sus enseñanzas ha sembrado las virtudes cristianas que se necesitan para vivir en este mundo con anhelos, metas y felicidad y con su ejemplo me ha enseñado la responsabilidad, que como hombre debo tener. Gracias, lo amo.

A MI MADRE: Tomasa Mauricia Suriano Hernández, por ser mi ángel, mi ayuda, mi fuerza, por haberme enseñado desde muy pequeño que todo se puede realizar y lograr, por hacer que yo creyera en mí y que con la ayuda de Dios, todo es posible, por decirme muchas veces que por ser hijo del Dios Altísimo todo lo podemos en Él, porque Él nos fortalece, gracias por sus enseñanzas, la amo.

A MI HIJO: Juan Marcos Caxaj Velásquez, por ser lo más grande, bello, hermoso y valioso tesoro que Dios me ha regalado, por ser mi razón de ser, y quien me motiva a ser mejor cada día, por quien nunca

me rendiré, seguiré adelante y de esta forma ser su ejemplo. Te amo hijo con todo mi corazón.

A MIS HERMANOS/AS: Luis, Lilian, Teodoro, Esdras, William, Yojana, por ser parte de mi vida, ser mi familia y por el amor que me brindan cada día.

A MIS AMIGOS/AS: En especial a: Urías Udiel Barrios Calderón, Lilian del Carmen Ramírez Coyoy, Marizabel Alvarez Bethancourt, gracias por sus palabras de aliento y fe en mí, porque me ayudaron y participaron en todo momento para que lograra el presente éxito profesional.

A UNIVERSIDAD PANAMERICANA DE GUATEMALA: Por darme la oportunidad de cumplir mis anhelos y mis sueños.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Proceso penal	1
La prueba	7
Prueba pericial	14
Privilegios evidenciarios	28
Intervenciones corporales en el proceso penal	38
Notas de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad	49
Conclusiones	53
Referencias	55

Resumen

El presente trabajo contiene una descripción breve de cada una de las figuras que se relacionan al proceso penal en general, hasta llegar a la prueba pericial del ácido desoxirribonucleico -ADN- como medio de prueba obtenida de forma coercitiva sin consentimiento del imputado y utilizado como tal dentro de un proceso legalmente establecido, se desarrolla la temática principal con base en los datos extraídos de las fuentes consultadas, presentando al proceso penal como el conjunto de actuaciones realizadas no solo por un órgano jurisdiccional, sino también por las partes que intervienen en el proceso, con el objeto de determinar las circunstancias en que pudieron haberse cometido los hechos, la posible participación del imputado y la aplicación de la pena que corresponda según la ley sustantiva penal, siempre observando el debido proceso.

Así mismo se desarrolla 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, entendiendo que el dictamen pericial es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las

operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que de ellos derivó.

Y finalmente se describe como se puede auto incriminar a una persona obteniendo la pericia genética de ADN en los procesos, sin su consentimiento expreso y la inadmisibilidad de emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante en contra de sí mismo dentro de su propio proceso toda vez que se utiliza como objeto, sujeto y fuente de prueba. A la vez que se violentan los derechos constitucionales establecidos en un debido proceso.

Palabras clave

Proceso penal. Pericia biológica. Prueba científica. ADN. Autoincriminación.

Introducción

La presente investigación se sintetiza en el título acerca de la prueba pericial del ácido desoxirribonucleico -ADN- en el proceso penal guatemalteco. La misma contiene un estudio relacionado con el proceso penal, la prueba en general, la prueba pericial y por último la relación de la prueba genética del ADN y cómo ésta puede ser utilizada en contra del imputado cuando la misma es obtenida en contra de su voluntad y sin consentimiento expreso, toda vez que no existe un ordenamiento jurídico legalmente establecido que se relacione a la obtención del mismo dentro de un proceso penal.

La justificación de dicho estudio se centra específicamente 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, se violentan sus derechos fundamentales, la misma toma vital importancia debido a que la legislación guatemalteca no regula de forma clara y precisa las intervenciones corporales coactivas.

Razón por la cual, 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, o se obtienen las mismas de forma coercitiva y sin consentimiento expreso de parte del imputado

hace que se viole el derecho de defensa y la no autoincriminación y como consecuencia jurídica se produce la nulidad absoluta de cualquier diligencia o acto realizado, y si se llega a una sentencia, da lugar a una impugnación por no haber observado el debido proceso y respetado estas garantías procesales y constitucionales y la interposición de una apelación especial.

El estudio se realiza con la intención de que pueda servir como instrumento de análisis sobre la prueba pericial del ADN en el proceso penal guatemalteco, y de esta forma contar en un futuro con un ordenamiento jurídico legal que regule todo lo referente a la misma dentro del proceso legalmente establecido, y pueda ser tenido en cuenta para ayudar en la aclaración de las dudas que sobre la prueba pericial científica biológica en un proceso penal, pudieran existir.

Proceso penal

El proceso penal se define como el conjunto de actuaciones ordenadas cronológicamente y de forma sistemática que practican y accionan las partes en el proceso, aplicando lo establecido en la normativa adjetiva penal y sobre todo con la debida observancia de las garantías constitucionales, especialmente el debido proceso; ya que el objeto principal del proceso es la averiguación de un hecho calificado como delito o falta, las actuaciones, forma y modo en que se debió haber cometido, la posible participación de una persona en el hecho delictivo y la aplicación de la pena que corresponda y las medidas de seguridad en el caso concreto, mediante un debido proceso que concluya con la emisión de una sentencia.

Existen varias definiciones del proceso penal, según Maier, lo define así

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. (2004:75)

El derecho procesal penal, en efecto regula la función jurisdiccional, la 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, donde se haya observado las garantías constitucionales y el debido proceso.

El artículo 5 del Código Procesal Penal, establece

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

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.

Según Binder (2000), define al proceso penal como un conjunto de actos realizados por determinados sujetos que intervienen en el proceso (jueces, fiscales, defensores, imputados), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena, y en el caso de que tal existencia se establezca la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.

De acuerdo con lo anterior, el proceso penal es el conjunto de actuaciones realizadas no solo por un órgano jurisdiccional, sino también por las partes que intervienen en el proceso, con el objeto de determinar las circunstancias en que pudieron haberse cometido los hechos, la

posible participación del imputado y la aplicación de la pena que corresponda según la ley sustantiva penal, siempre observando el debido proceso dentro del derecho procesal.

El derecho procesal penal, es el conjunto de normas que regulan las directrices del debido proceso, cuya finalidad es la aplicación concreta del derecho penal sustantivo, desde su inicio hasta su finalización; Además se ocupa de la competencia y de la jurisdicción y las regula, así como la actividad de los jueces, defensores y el Ministerio Público.

Principios

El proceso penal se desarrolla dentro de un marco legal donde se respetan y aplican principios y garantías contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en acuerdos internacionales ratificados y aceptados por Guatemala, ambos tienen por finalidad que se respete el debido proceso, los derechos de las partes intervinientes y de esa forma demostrar la culpabilidad de un hecho calificado como delito o falta, garantía contenida en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala donde se advierte la inviolabilidad del derecho de defensa.

El Código Procesal Penal lo regula en el artículo 20, el cual establece

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

Consecuentemente, la violación de este precepto legal produce la nulidad absoluta de cualquier diligencia o acto realizado dentro de un proceso penal establecido.

Sin embargo las garantías han sido creadas en su función principal de proteger, que los derechos establecidos en favor de todo ciudadano sean respetados dentro de un proceso y los principios deben inspirar y orientar al legislador para la elaboración de las normas y establecer en ellas los derechos inviolables de la persona.

Entre estos derechos y garantías constitucionales, se pueden citar las siguientes: derecho a un debido proceso, derecho de defensa, derecho a un defensor letrado, derecho de inocencia, derecho a la igualdad de las partes, derecho a un juez natural, derecho a la improcedencia de la persecución penal múltiple, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a un juez independiente e imparcial y al de legalidad.

Procesales

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, además son criterios orientadores de los sujetos procesales y son muy importantes toda vez que facilitan la interpretación y aplicación de la jurisdicción penal.

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.

Etapas

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.

El Código Procesal Penal, en su artículo 4, establece

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.

La prueba

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, material y objetivo, y no simplemente de características especulativas.

El manual del fiscal (2001) establece que prueba es todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad en relación a 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.

Se puede inferir que prueba es el medio para llegar a conocer la verdad real e 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 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.

Partiendo del principio general y a la vez básico de que solo la prueba que se produce en el debate es la que puede ser utilizada para la sentencia, la misma debe servir para el descubrimiento de la verdad y debe obtenerse de forma establecida por la ley, como consecuencia la prueba será legítima y será útil para el fin que se persigue dentro de un proceso penal, toda vez que lo que se busca es demostrar la existencia de un hecho ilícito y como resultado mediato probar la verdad, para luego dictar sentencia. Según Cabanellas, define así

“Prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.”(2001:327)

Y en efecto, 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, pericial, documental y todo aquel elemento de convicción reunido en la etapa de investigación.

Al respecto el Código Procesal Penal en su artículo 181 establece

Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código. Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley.

Elementos

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

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.

Medios admisibles

Un medio de prueba para ser admisible debe ser legítimo, es decir 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.

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.

Medios 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.

Entre los medios de pruebas inadmisibles se puede mencionar la Obtención ilegal, esto se determina cuando no se han observado y respetado las garantías constitucionales ni los procedimientos 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.”

Principio de libertad probatoria

Este principio se ha caracterizado porque en el proceso penal legalmente establecido todo puede ser probado por cualquier medio de prueba. El Artículo 182 del Código Procesal Penal establece.

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

La disposición legal anterior determina que además de los medios de prueba descritos en el Código Procesal Penal se pueden ofrecer otros distintos siempre que se observen los requisitos de pertinencia y legalidad y que hayan sido obtenidos por los medios de prueba permitidos taxativamente en la ley e incorporados conforme a los plazos procesales legales.

Se infiere además que este principio no es absoluto debido a que su principal excepción se refiere al estado civil de las personas que es materia de la ley civil.

Objeto

El objeto de la prueba es todo aquello que puede ser demostrado o probado, específicamente a la existencia y realización del hecho, la posible participación del acusado, sus agravantes o en su caso las atenuantes en la realización de ilícitos penales, establecidos en la ley sustantiva penal.

Fin

Existen diversas teorías que explican el fin de la prueba judicial, sin embargo existe una que en su concepto es muy acertada en cuanto a ese fin; según Echandía (2000) considera y reconoce como fin de la prueba judicial la obtención o el convencimiento o certeza subjetiva del juez.

De esto se deduce que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, considerando que las pruebas son los medios para llevar al juez, en el proceso a ese conocimiento y permitirle dar una resolución con arreglo a lo que considera que es la verdad.

Prueba pericial

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.

La prueba pericial es de suma importancia debido a que esta prueba la presta un perito experto en una determinada ciencia, técnica o arte y de este dictamen ofrecido oportunamente ayudar al juzgador a entender mejor un hecho dentro de un juicio procesal penal.

Según Cabanellas 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.” (2001:327)

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.

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.

Al respecto el Código Procesal Penal en su artículo 225 establece

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.

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.

Según Poroj (2013) se considera perito, a la persona que posea conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, técnica u oficio.

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.

Y con relación a la orden del peritaje este deberá contener con precisión la peritación, se tomara 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

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.

Dictamen

Del dictamen en forma general se puede decir que 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.

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.

De lo anterior se puede inferir de que el dictamen es la conclusión determinante a la que ha llegado el experto, en este caso perito, posterior al estudio y análisis del objeto de prueba, utilizando para ello sus habilidades cognoscitivas de acuerdo al arte, ciencia o técnicas que domina sobre cierta área, el cual posterior a todo ello debe remitir el informe correspondiente el cual podrá ser verbal o por escrito.

Al respecto, Cafferata Nores (1998) refiere que el dictamen pericial es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las operaciones o actos practicados, sus resultados y las

conclusiones que de ellos obtuvo, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.

Entonces el dictamen es la conclusión a la que ha llegado el perito, tras el estudio minucioso y análisis del objeto de prueba, de acuerdo al arte, ciencia o técnica por él conocido y dominado.

El dictamen contendrá una relación sistemática, detallada y concatenada de todas las operaciones practicadas y los resultados obtenidos, además contendrá las observaciones pertinentes de las partes y de sus consultores técnicos y las conclusiones que se emitan en torno al tema pericial del cual es objeto.

Según Ossorio (2006) considera que el dictamen pericial es el informe elaborado por una persona con conocimientos especializados en la materia tratada en dicho informe. En el orden procesal los dictámenes periciales son efectuados por personas especialmente designadas a tal fin y deben versar sobre los puntos que se hayan establecido en el curso del respectivo proceso.

Se infiere que este tipo de prueba y su informe correspondiente, llamado dictamen existe justificando que el juez no puede saberlo todo, y ante el supuesto de que si lo sabe todo de igual forma, se impone la necesidad de que pueda intervenir en el proceso una persona que pueda suplir esa falta de conocimiento específico sobre determinada materia del cual se

carece y de esta forma cumplir con su razón de ser, por lo cual es imperativo realizarlo dentro del proceso.

Ofrecimiento

Según la ley procesal penal, el Ministerio Público o el tribunal pueden ordenar la peritación a pedido de parte o de oficio. Las pericias se realizan a través de estudios científicos, análisis, comparaciones, observaciones de cosas u objetos, por parte de personas especializadas en cada materia objeto de investigación.

El Código Procesal Penal en su artículo 317 refiere como anticipo de prueba lo siguiente:

(...) Si, por 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. 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. (...).

Durante el procedimiento preparatorio y como base para la investigación, el fiscal a cargo del caso puede ordenar todas las pericias que estime convenientes. El manual del fiscal (2001) establece también que de igual manera el juez de primera instancia podrá ordenar la pericia a requerimiento de algunas de las partes y tras negativa del Ministerio Público, debido a que el fiscal no tiene obligación legal de citar a las partes para la práctica de la pericia, pero de igual forma tampoco tiene impedimento legal para hacerlo.

La ley procesal penal establece que en la fase intermedia se llevara a cabo la audiencia de ofrecimiento de prueba ante el juez de primera Instancia que controla la investigación, ofrecida la prueba por la parte acusadora, se le concederá la palabra a la defensa y demás sujetos procesales para que se manifiesten al respecto. El juez, deberá resolver inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazara la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

Su fundamento legal se encuentra en el Código Procesal Penal a tenor del artículo 343 estableciendo lo relativo al ofrecimiento de prueba

(...) Individualizando cada uno, con indicación del nombre del testigo o perito y documento de identidad, y señalando los hechos sobre los cuales serán examinados en el debate. En caso de otros medios de prueba, se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancia que se pretende probar.

Ofrecida la prueba, se le concederá la palabra a la defensa y demás sujetos procesales para que se manifiesten al respecto. De igual forma se procederá para el ofrecimiento de prueba de los otros sujetos procesales. El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal.

El Código Procesal Penal determina que en la fase del juicio, el presidente del tribunal identificara al perito con su nombre y con el documento personal de identificación, e inmediatamente concederá la palabra a la parte que lo propuso para que lo examine sobre idoneidad, hechos y comparecencia al tribunal, acto seguido concederá la palabra a los demás sujetos procesales para que lo examinen o contra examinen. Además moderara, guiara y controlara el interrogatorio y no permitirá que el testigo o perito conteste a preguntas capciosas e impertinentes.

Cuando el perito oportunamente citado no hubiere comparecido el presidente del tribunal dispondrá lo necesario para hacerlo comparecer por la fuerza pública. El tribunal podrá ordenar, aun de oficio la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes. Su fundamento legal se encuentra en el Código Procesal Penal en los artículos 376, 378 y 381 al establecer

El presidente hará leer las conclusiones de los dictámenes presentados por los peritos. Si estos hubieran sido citados, responderán directamente a las preguntas que les formulen las partes, sus abogados o consultores técnicos y los miembros del tribunal, en ese orden y comenzando por quienes ofrecieron el medio de prueba. Si resultare conveniente, el tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate. (...).

(...) El presidente del tribunal moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo o perito conteste a preguntas capciosas e impertinentes, la resolución que sobre ese extremo adopte será recurrible, decidiendo inmediatamente el tribunal.

(...) También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes. Las operaciones periciales necesarias serán practicadas en la misma audiencia, cuando fuere posible.

En el caso de pericias ya practicadas, deberá indicarse concretamente el nombre del perito y su profesión, lugar para recibir citaciones, notificaciones y señalar concretamente la pericia que haya practicado y el lugar donde se encuentre el debido dictamen para ser requerido en el momento oportuno, dichos dictámenes deberán ser incorporados mediante su lectura al debate, previamente que el perito lo haya

ratificado como corresponde legalmente y según lo establecido en la ley adjetiva penal.

Pericia biológica del ácido desoxirribonucleico

Con este nombre se denomina a un proceso de prueba biológica científica destinada específicamente a la identificación e individualización de una persona a partir del material genético contenido en todas las células del cuerpo.

La pericia biológica científica del ácido desoxirribonucleico, en el presente estudio se abreviara ADN, entra en lo que se denomina pericia biológica científica, según Reyes (2005) establece que son aquellas que se utilizan para designar a las pericias en los cuales los conocimientos científicos son novedosos y complejos, y como característica esencial que son constantes y cambiantes.

Existen varias definiciones de la pericia biológica, según Midon, lo define así:

Son las pericias científicas que se realizan sobre la base de muestras biológicas del hombre, extraídas de seres vivos o muertos, que se elaboran a partir de la comparación de sus grupos o factores sanguíneos, del cotejo de sus principales caracteres morfológicos y fisiológicos transmisibles de generación en generación, o mediante la confrontación de sus códigos o huellas genéticas, y cuya finalidad consiste en contribuir a la individualización o identificación de tales personas físicas. (2009:264).

La ley procesal penal establece que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés por cualquier medio de prueba permitido; y, cuando ello sea necesario para establecer la identidad de una persona a la

que se le imputa un delito penal o para la constatación de circunstancias de importancia para una investigación penal, por lo que se interpreta desde el punto de vista extensivo que la prueba pericial del ADN, es un medio de prueba permitido, toda vez que la ley procesal penal establece la libertad probatoria, su fundamento legal se encuentra en el artículo 182 y 185 del Código Procesal Penal referente a la libertad de prueba

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

Además de los medios de prueba previstos en éste capítulo, se podrán utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos, en lo posible.

Como antecedente importante se puede citar que la pericia científica biológica apareció con el examen de sangre y se determinaron los grupos y sus derivados, a este respecto Verruno, citado por Maier (2004) expone que luego de varias investigaciones una combinación de ciencias químico biológicas llevaron a la ciencia a descubrir el HLA, por sus siglas en inglés *Human Leucocyte Antigen*, que se refiere al Antígeno del Leucocito Humano, el cual pronto fue sustituido ya que daba un resultado de poca certeza o sea un 95%; y, esto dio como resultado el origen al descubrimiento del ADN, el cual es portador de la información genética que llega a determinar las relaciones humanas con una certeza prácticamente del 99.99%.

Se clasifica en codificante ya que a través del mismo, se obtiene toda la información posible sobre la persona, permite hacer predicciones de enfermedad, caracteres y capacidades, y no codificante, ya que solamente hace posible identificar personas y proporciona la misma información que una huella digital.

El ADN no codificante es el que más interesa al derecho procesal penal, porque permite identificar al presunto responsable de la comisión de un ilícito penal, pues se encuentra presente en todas las células del organismo y algo sumamente importante que es idéntico en todas las células de una misma persona, lo cual posibilita su tipificación a partir de diversos tejidos y fluidos biológicos contenidos en el cuerpo del ser humano.

Según García (2012) en lo que respecta a la utilización de la pericia genética en los procesos criminales, determina que el mismo consiste en el estudio de la variabilidad genética humana aplicada a la resolución de dichos procesos, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos.

Con la prueba biológica científica se podrá determinar con certeza donde ocurrió el hecho punible sujeto a la investigación, ya que ciertos rastros y vestigios quedan en el lugar denominado escena del crimen, como

rastros del lugar en el cuerpo u objetos de la víctima y el imputado. A este respecto el artículo 20 del Código Penal establece

“El delito se considera realizado: en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida”.

En todos los lugares del delito llamados también escenas del crimen, se encuentran toda clase de evidencias, como sangre, semen, cabellos, saliva, las mismas deberán ser recolectadas con mucho cuidado y precisión con tal de no contaminarlas, luego ser embaladas, conservadas, transportadas y custodiadas adecuadamente, debido a que pueden ser determinantes para el esclarecimiento de un delito y dar con el responsable del mismo. Esto se obtendrá mediante una prueba pericial de ADN y obtener un resultado eminentemente certero relacionado con esta clase de prueba biológica científica.

La obtención de la prueba biológica científica, como evidencia probatoria pericial dentro del proceso penal, se realiza sobre la existencia de vestigios biológicos, los cuales deben ser recolectados de tal manera que se asegure la calidad probatoria de la evidencia, a este respecto García (2012) se refiere a la cadena de custodia, que no es otra cosa que el debido cuidado que se debe tener en la recolección y conservación del

material biológico, con el fin de evitar la contaminación y degradación del mismo, toda vez, que uno de los motivos comúnmente utilizado para impugnar la pericia genética del ADN, es aquel que se apoya en la degradación o contaminación del material biológico durante el periodo que media entre la extracción de la muestra y los análisis que del mismo deben realizar en el laboratorio.

En todos los casos en que sea necesaria esta peritación biológica científica, los jueces deberán fundar la decisión de realizar tal medida, bajo pena de nulidad, debido a que en la legislación guatemalteca aún no está regulado de forma codificada.

Privilegios evidenciarios

Como privilegio debe entenderse a la gracia que se concede a una persona, librándole de carga o confiriéndole un derecho de que no gozan los demás; y como evidenciario se entiende a tener certidumbre plena de una cosa, convicción consciente, para poder resolver de una forma específica cierta situación. Los privilegios evidenciarios entonces se refieren a la exclusión de toda la información que se ha obtenido mediante una comunicación que goza de confianza, porque la misma no se revelara a terceros.

Al respecto Jáuregui (2003) considera que los privilegios evidenciarios son reglas de exclusión basadas en consideraciones de política pública, algunas de estas reglas tienen rango constitucional.

Entre los privilegios evidenciarios que se relacionan con la prueba pericial del ADN en el proceso penal y que se encuentran claramente establecidas en la legislación guatemalteca, se mencionan los siguientes:

La no autoincriminación

La autoincriminación se refiere a acusar por un delito o crimen o imputar una falta. Este derecho tiene por objeto evitar abusos en contra del sindicado, para que no sea obligado a confesarse culpable ni a proporcionar información que lo pudiera incriminar en un proceso.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 16 expone:

“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.”

Debe aclararse también que al admitir que se practique este medio de convicción de la prueba biológica científica, se vulneran los derechos constitucionales del acusado, ya que si ha manifestado su negativa a

someterse voluntariamente a dar esa prueba biológica, la misma se debe respetar, y abstenerse de realizarla coercitivamente.

Autoincriminación en la obtención de la prueba de ADN

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales que se derivan del derecho de defensa, que da cobertura a la manifestación pasiva del imputado, quien en consecuencia puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente de acuerdo a sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable, debido a que es utilizado como objeto, sujeto y fuente de prueba al obtener de sí mismo la muestra biológica científica.

A pesar de la importancia de la confesión, o mejor dicho, debido a ella, se han fijado límites constitucionales que protegen al imputado. Dada la inclinación a la búsqueda de la aceptación de los hechos atribuidos mediante métodos coactivos o violentos, o que en un Estado de derecho con sistema acusatorio penal deben rechazarse como formas de averiguación de la verdad, toda vez que la declaración del imputado es un medio de defensa, más que un medio de prueba.

El artículo 15 del Código Procesal Penal garantiza el derecho a la no autoincriminación:

El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas.

Y el artículo 16 del mismo cuerpo legal abarca lo referente al respeto a los derechos humanos:

“Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos.”

Así mismo se encuentra regulado este principio en el artículo 14 inciso 3, literal g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que:

“(…) Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

El proporcionar la prueba biológica del ADN de parte del procesado sin su consentimiento expreso, como en el de revisión corporal para determinar su imputabilidad, individualización, reconocimiento e identificación, y relacionarlo como el hechor del acto ilícito, el imputado es objeto de prueba, aunque se quiera justificar que se puede realizar en contra de su voluntad, toda vez que el acto se realice por persona idónea y no conlleve peligro para su integridad.

Actualmente el Código Procesal Penal no regula expresamente la extracción de muestras de ADN como una medida de prueba pericial biológica en el proceso penal.

Según Maier (2004) considera que el imputado puede ser definido como la persona contra la cual se ejerce la persecución penal, precisamente porque alguien indica que ella es la autora de un hecho punible o participa en él, ante una de las autoridades competentes para la persecución penal, por lo que la importancia de lo anterior radica en la individualización de la persona perseguida y los actos de persecución penal contra ella, por lo que le asiste el derecho de no auto incriminarse, toda vez que se le tome como objeto, sujeto y fuente de prueba en contra de sí misma de forma coercitiva, esto cambiaría consecuentemente si manifiesta de forma expresa su consentimiento a la realización de una prueba pericial como el ADN dentro de un proceso penal, y se respeten las garantías constitucionales y procedimentales que le asisten.

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 se viola el derecho a la no incriminación, por la misma acción de coercibilidad de parte del Estado.

Según Choclán (1994) considera que para la realización de la prueba pericial biológica se requerirá de idoneidad, cuando resulta útil para la consecución del objetivo perseguido; la necesidad cuando el objetivo no puede alcanzarse a través de otra medida, y la proporcionalidad que obliga a realizar una ponderación entre los intereses perseguidos, es decir la intimidad personal o la averiguación de los hechos con objeto de comprobar cuál de ellos tiene mayor valor y entidad.

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, teniendo en cuenta que el imputado representa a los efectos consecuentes de tales medidas como sujeto y objeto.

Partiendo de que el ser humano es un ente biológico, psicológico y social, todo lo que entrañe a su integridad física y sea utilizado en su contra dentro de un proceso penal no puede ser realizado sin su consentimiento expreso.

El ser humano es un ente biológico, debido a que en su estructura posee sistemas, los cuales están formados por células y estas células de contenido genético, por lo que no es solo un sujeto de prueba sino que también objeto, ya que de él mismo emana tal prueba pericial biológica científica.

Por lo que la realización de la misma constituye para el imputado una sujeción imperativa y el precepto constitucional que veda la declaración contra sí mismo se violenta a tal punto que los actos realizados pueden ser declarados nulos por la inobservancia en el debido proceso, por lo que se puede negar y no ser sometido coercitivamente, toda vez que se determina que el imputado es en relación a la prueba un sujeto incoercible en el procedimiento.

Se advierte que la ley procesal guatemalteca carece de dicha regulación legal para su absoluta aplicación en estos casos.

Por lo tanto es de carácter imperativo legislar una normativa específica de la extracción de la prueba pericial científica codificada en un manual de procedimientos para la contención, conducción e intervenciones corporales de personas sindicadas o privadas de libertad a quienes se les imputa un hecho ilícito.

La presencia del imputado en las actuaciones del proceso penal es fuente y sujeto de prueba, toda vez que los estudios y resultados practicados con la prueba del ADN, extraída del cuerpo del imputado sin su consentimiento expreso, es un acto que le coacciona para obtener prueba contra sí mismo y consecuentemente estas resoluciones judiciales se podrán impugnar a través de los recursos legalmente establecidos. Caso contrario sería que los actos de coerción estén permitidos en ley y

autorizados por un juez y los elementos de prueba permitidos sean incorporados al procedimiento conforme a la ley.

El artículo 11 Bis del Código Procesal Penal establece

(...) La fundamentación expresara los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal.

A este respecto Poroj (2013) considera que procedería presentar un recurso en contra de una resolución judicial, cuando el juez o tribunal incurre en un agravio procesal en contra de alguno de los sujetos procesales, ya sea porque inobservan una norma que si existe, aplican erróneamente una norma y debieron aplicar otra, o bien porque interpretan erróneamente una norma dándole un sentido que esta no tiene.

El artículo 415 del Código Procesal Penal determina en relación al objeto

Además de los casos previstos, se podrá interponer el recurso de apelación especial contra la sentencia del tribunal de sentencia o contra la resolución de ese tribunal y el de ejecución que ponga fin a la acción, a la pena o a una medida de seguridad y corrección, imposibilite que ellas continúen, impida el ejercicio de la acción, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

Lo anterior se podría evitar si existiese una ley específica que posicione al imputado de un ilícito penal como objeto de prueba y se pueda ordenar la investigación del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad, de esta forma y con orden de un tribunal, serán

admisibles las intervenciones corporales , las cuales se efectuaran según las reglas del saber de un perito experto en ciencias médicas, aun sin el consentimiento expreso del imputado, siempre que estas medidas no afecten su salud, ni su integridad física, y en un país como Guatemala con diversidad cultural las mismas no se contrapongan seriamente a sus creencias.

Ese mismo cuerpo legal específico de la prueba biológica tendrá que determinar en qué casos serán aplicables de forma absoluta e indispensable para descubrir la verdad, y determinar reglas específicas para el caso en que la muestra deba obtenerse del imputado de un delito de acción pública y éste se niegue a permitir intervenciones sobre su cuerpo.

Si esto sucediera el juez podrá, si lo estima conveniente y sea posible alcanzar igual grado de certeza, ordenar la obtención de la prueba biológica, por medios distintos a la extracción de sangre, tales como el secuestro de objetos personales, ya que se presume que los mismos contienen impregnados sus propios vestigios biológicos auténticos de ADN no codificante.

Comunicación entre cónyuge, conviviente o parientes en los grados de ley

El cónyuge, conviviente o parientes dentro de los grados de ley, no pueden ser obligados a declarar en un proceso legalmente establecido.

Este privilegio evidenciario se encuentra establecido claramente en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el artículo 212 del Código Procesal Penal, los cuales determinan

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.

No están obligados a prestar declaración: Los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley; los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, en los mismos casos. Sin embargo, podrán declarar, previa advertencia de la exención, cuando lo desearan, (...).

Esta exención del deber de declarar está dada en razón de los vínculos familiares y del conflicto moral que podría surgir entre los lazos que le unen al imputado y el deber de declarar en juicio de parte del familiar en contra de él.

La Corte de Constitucionalidad se pronunció en nota de jurisprudencia del expediente 3659-2008 fecha de sentencia 10/03/2009, estableciendo que:

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.

Intervenciones corporales en el proceso penal

Las intervenciones corporales, son medidas de investigación que se realizan en el cuerpo del imputado con su consentimiento o contra su voluntad, con el fin de localizar y extraer muestras materiales que constituyan evidencias físicas del mismo para la averiguación de un delito, toda vez que se incluyan exámenes de sangre, piel, uñas, saliva, semen, secreciones vaginales.

Medidas de investigación en el cuerpo del imputado

En cuanto a las medidas de investigación en el cuerpo del imputado, el Código Procesal Penal regula el reconocimiento personal, en su artículo 78 establece:

“El Ministerio Público o los tribunales podrán ordenar el reconocimiento personal del imputado por médico forense, para la constatación de circunstancias de importancia a la investigación. (...).”

Tal situación se relaciona en que si se hubiese dado una lucha entre la víctima y el imputado, sería de vital importancia y preciso que el médico forense realizara reconocimiento físico y personal del imputado para determinar qué tipo de lesiones presenta el mismo, a efecto de que

cuando se realice el peritaje respectivo, sea posible determinar si tenía en ellas tejidos o fluidos de la víctima.

En relación al reconocimiento corporal o mental del imputado, con fines de investigación del hecho punible o de investigación, se realizara cuando no se tenga la certeza de algo en especial. Verbigracia, podría ser la edad del imputado y éste no cuenta con documento de identificación para establecer dicha circunstancia, el médico forense puede proceder a practicarle tal reconocimiento. Si fuere que la persona padeciere de trastorno mental transitorio, será preciso que un psiquiatra forense le practique reconocimiento mental, a este respecto el Código Procesal Penal en el artículo 194 determina.

“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 del perito si fuere necesario y por una persona del mismo sexo. (...).”

Para que la prueba pericial del ADN se pueda obtener y producir, es necesario e imperativo realizar intervenciones corporales en el cuerpo del imputado, para la obtención o extracción de muestras según sea el caso, a efecto de que el perito pueda cotejarlas o contrastarlas en el laboratorio con los rastros biológicos encontrados en la escena del

crimen o bien en el cuerpo o prendas de vestir de la víctima o del imputado y luego emitir dictamen.

Las intervenciones corporales para la obtención y realización de la prueba biológica de ADN, según lo observado en el proceso penal se lleva a cabo de la siguiente manera primero la recogida de las muestras del cuerpo de la víctima y del imputado; el análisis de lo obtenido en el laboratorio; el resultado de los perfiles genéticos obtenidos y la interpretación de los resultados plasmados en un dictamen pericial el cual constituye fuente de prueba en el proceso penal. Toda vez que existen solo dos formas para obtener las pruebas corporales del imputado y es que preste su consentimiento de forma expresa y que existe habilitación legal para ello. Se insiste que en Guatemala tal regulación legal no existe.

Derechos constitucionales violentados

Los derechos constitucionales se deben observar en todos los actos que se realicen dentro de un proceso para buscar la verdad, por los medios establecidos en la ley, observando tales preceptos, por parte del tribunal para la tramitación del juicio, dando oportunidad en el momento oportuno de hacer valer los medios de defensa de parte del imputado en la forma y con las solemnidades prescritas en la ley, y la violación a algún procedimiento establecido legalmente producirá como

consecuencia la nulidad absoluta de todos los actos realizados en el proceso.

Debido Proceso

El debido proceso comprende el desarrollo progresivo de todos los derechos fundamentales observando lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en la ley adjetiva penal, ambos preceptos legales establecen a que nadie puede ser juzgado sin observar las leyes preexistentes y por un acto calificado como delito o falta tipificado en la ley sustantiva penal y estas actuaciones deben ser ante tribunales competentes y con la observancia de las formas instrumentales preexistentes.

El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece al respecto:

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

Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Esta garantía constitucional se violenta cuando se realizan intervenciones corporales en el cuerpo del imputado sin su consentimiento expreso, debido a que en Guatemala aún no existe un procedimiento preestablecido legalmente para su ejecución.

Derecho de defensa

Al referirse el precepto constitucional de defensa se entiende que es la facultad otorgada a alguien dentro de las actuaciones judiciales, con el propósito de ejercitar las acciones y excepciones dentro de un proceso penal desde el punto de vista como imputado o víctima.

Este principio se encuentra establecido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde se advierte la inviolabilidad del derecho de defensa; y el Código Procesal penal lo regula en el artículo 20 cuando establece:

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

La violación e inobservancia de este precepto como consecuencia produce la nulidad absoluta de cualquier diligencia o acto realizado dentro del proceso penal, el artículo 281 del Código Procesal Penal determina:

No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, salvo que el defecto haya sido subsanado o no se hubiera protestado oportunamente de él.

El Ministerio Público y las demás partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen gravamen, con fundamento en el defecto, en los casos y formas previstos por este Código siempre que el interesado no haya contribuido a provocar el defecto. Se

procederá del mismo modo cuando el defecto consista en la omisión de un acto que la ley prevé.

Este derecho se encuentra ampliamente regulado dentro de la normativa internacional, en el artículo 14 inciso 3 literales a), b), d), f), g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el cual se establece

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) (...), b) (...), d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviere defensor del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo, e) (...), f) (...), g) A no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable.

De Igual forma se encuentra regulado en el artículo 8 inciso 2, literales a), b), d), e), f), g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente a garantías judiciales.

La ley adjetiva penal establece que el derecho de defensa se puede ejercer de dos maneras, defensa material que es la facultad o derecho que posee el imputado, para poder intervenir y defenderse por sí mismo, dentro de un proceso, y la defensa técnica la cual consiste en un asistente técnico que asesora legalmente al imputado y este surge de forma obligatoria cuando no se posee conocimientos jurídicos suficientes o aún se posean no pueda ponerlo en práctica con idoneidad.

Para el efecto se crea el Instituto de la Defensa Penal Publica, según lo establece el artículo 1 de la Ley de Servicio Público de Defensa Penal, Decreto número 129-97; el cual es un organismo autónomo responsable

de la defensa pública en Guatemala, fue creado en 1997, luego del compromiso adquirido por el Estado en los Acuerdos de Paz, donde se instituyó la necesidad de contar con un órgano autónomo que asumiera la efectiva defensa de los ciudadanos.

El Código Procesal Penal en su artículo 92 establece

El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza. Si no lo hiciera, el tribunal lo designará de oficio, a más tardar antes de que se produzca su primera declaración sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, lo designará de oficio. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

Derecho a no declarar contra sí mismo

La declaración se define como la información que el sindicado transmite válidamente en forma oral o escrita dentro de un proceso. El artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala determina al respecto.

“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 espíritu de esta norma radica en evitar que se obligue al procesado a confesarse culpable, tal y como sucedía en el proceso inquisitivo donde la prueba fundamental era la confesión, ya que en ese sistema se partía de la presunción de culpabilidad.

Es importante inferir que la obtención de las pruebas periciales de ADN, solamente se pueden efectuar con consentimiento expreso del imputado y anuencia de su abogado defensor, partiendo del supuesto de que no está obligado a producir prueba en contra de sí mismo, toda vez que al hacerlo iría en perjuicio de sus derechos fundamentales. Distinto sería el caso en los cuales voluntariamente el imputado autoriza con consentimiento expreso que su cuerpo sea intervenido para lograr por esta intervención corporal medios de convicción, toda vez que se sabe que esto le puede perjudicar dentro del proceso al cual está sometido.

Al realizar intervenciones en el imputado, sin su consentimiento expreso, se infringe esta garantía constitucional, toda vez que el artículo 14 del Código Procesal Penal establece el derecho a no declarar contra sí mismo, el cual está contenido también en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual se puede interpretar de forma extensiva ya que la misma favorece la libertad y el ejercicio autónomo de sus facultades.

Cuando se pretende practicar una prueba pericial biológica coactiva el imputado tiene el derecho de declarar que no quiere que tal prueba se le realice, ya que ello le puede perjudicar, toda vez que no existe un normativo legal para su debida y legal realización preestablecida.

Debido a que una intervención corporal coactiva, en este caso una prueba pericial biológica de ADN que tiene un 99.99% de confiabilidad, podría significar una sentencia condenatoria segura en su contra, caso contrario, resultaría totalmente ilógico que se negara a proporcionar las muestras requeridas voluntariamente, si sabe que la práctica de esta prueba pericial biológica lo puede exculpar. Por lo anterior; si no se le puede obligar a que declare contra sí mismo, tampoco se le puede practicar una intervención corporal coactiva sin consentimiento expreso.

Presunción de inocencia

En el proceso penal con sistema acusatorio el imputado de un ilícito penal es inocente hasta que no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:

“Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.”

Al respecto el artículo 14 del Código Procesal Penal, determina:

El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la

interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado.

Esta disposición prohíbe las intervenciones corporales coactivas en los sindicados, debido a que no hay disposiciones legales que las regulen de una manera clara y expresa y su ejecución da lugar a utilizar medidas de coerción no autorizada que restringe la libertad y el ejercicio de sus facultades, ya que no podría accionar su derecho de libertad de acción que lo faculta para negarse a ello.

Debe quedar establecido que existe una laguna legal en cuanto a su práctica, y el principio de libertad probatoria determinado en el artículo 182 del Código Procesal Penal, no autoriza en forma alguna su realización sin el consentimiento del imputado, únicamente aduce lo referente a que se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido.

Si bien los hechos y circunstancias de importancia para la investigación, se pueden probar por cualquier medio de prueba permitido legalmente, no es prudente pensar que las intervenciones corporales coactivas son un

medio de prueba permitido, porque para ello sería necesario interpretar extensivamente dicha norma.

Derecho a la integridad física

Este derecho se refiere a que las personas imputadas de un hecho ilícito no deben sufrir lesión alguna en su cuerpo.

El artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece:

“El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”

También está regulado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todo referente a que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques ilegales a su honra y reputación.

Las intervenciones corporales coactivas, consistentes en la obtención de la prueba pericial biológica del ADN, presuponen una injerencia en el derecho a la integridad física del imputado, porque la obtención se realiza sin su consentimiento expreso o sea en contra de su voluntad y como consecuencia atenta contra su integridad física y por ende su salud.

La obtención, análisis y utilización del ADN puede representar una restricción del derecho fundamental a la intimidad personal del sujeto objeto de la investigación penal, ya que tal restricción en todo caso supone una vulneración de dicho derecho fundamental y que esta obtención de la pericia biológica sea por principio ilegítima, por no existir un ordenamiento legalmente adecuado para su obtención. Actualmente, el Código Procesal Penal no regula expresamente la extracción de muestras de ADN como una medida de prueba en el proceso penal, sin embargo, los jueces han ordenado el diligenciamiento de la extracción de este tipo de muestras biológicas, cuando lo han considerado necesario o útil.

Notas de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

La controversia en este sentido radica en que si se violentan los derechos fundamentales del acusado en cuanto a que su cuerpo sea objeto de prueba y que esta lo auto incrimine inculpándolo o exculpándolo según sea el caso, a este respecto se considera que si violentan tales derechos cuando la misma se practica sin consentimiento expreso, con excepción que la práctica de la diligencia sea ordenada de parte del juez.

Por no estar regulada en el ordenamiento legal guatemalteco, la misma práctica y diligenciamiento es objeto de impugnaciones de parte del acusado y de su abogado defensor, toda vez que la misma debió contar

con el consentimiento, ya que de lo contrario se incurre en violar el precepto constitucional contenido en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, donde consagra el derecho a no declarar contra sí mismo.

Se darán varias interpretaciones, la Corte de Constitucionalidad seguirá pronunciándose y produciendo notas de jurisprudencia al respecto, sin embargo en la actualidad las impugnaciones a las resoluciones dictadas en sentencia, son recurso utilizado casi en todos estos procesos que tengan relación con la obtención de la prueba pericial biológica y la misma atrasa de manera significativa llegar a una sentencia y ejecución dentro de un proceso penal.

Por lo que es de imperiosa necesidad contar con 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 evitar darle significados erróneos o distintos y que los mismos no sean medios idóneos que ayuden al descubrimiento de la verdad.

La Corte de Constitucionalidad se pronunció en nota de jurisprudencia del expediente 3659-2008, fecha de sentencia 10/03/2009, estableciendo que:

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.

De lo anterior se interpreta que en los órganos jurisdiccionales, los juzgadores le dan el valor probatorio que consideran valido y el cual depende de la sana critica al interpretar de diferentes formas las leyes relacionadas debido a que no existe una normativa específica de la obtención de la prueba biológica científica del ADN al respecto.

Razón por la cual es necesario reformar el Código Procesal Penal y a la vez crear una ley específica, 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 que establece:

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

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

Conclusiones

La pericia genética del ADN, es una herramienta muy útil a los fines de esclarecer la verdad real o material de un hecho ilícito penalmente, debido a que da certeza a la individualización y determinación de una persona como participe de un ilícito penal.

La práctica de la intervención corporal para la obtención de la prueba pericial del ADN de forma coercitiva y sin consentimiento expreso, atentan contra la dignidad y la salud del imputado de un hecho ilícito penalmente, y la misma es una medida restrictiva de derechos fundamentales.

El adquirir la prueba biológica científica del ADN del procesado sin su consentimiento expreso, así como el de revisión corporal coercitiva, aunque se quiera justificar por todos los medios posibles que se puede realizar en contra de su voluntad, violenta el derecho a la no autoincriminación.

La pericia biológica científica del ADN se debe realizar exclusivamente ante delitos cometidos contra la vida, y los sujetos a quienes se les podría realizar sean personas con riesgo de delincuencia habitual previamente establecida.

La prueba pericial biológica del ADN deberá proceder cuando ésta se regule legalmente y la apreciación de los hechos sea controvertida y se requiera tener conocimientos especializados.

Referencias

Libros

Binder, A. (2000) *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina.

Cafferata Nores, J. (1998) *La prueba en el proceso penal*. Editorial Depalma. Argentina.

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

Jáuregui, H. (2003) *Introducción al Derecho probatorio en Materia Penal*. Magna Terra Editores. Guatemala.

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

Midon, M. (2007). *Pericias Biológicas, Enigmas que se le plantean al hombre de derecho*. Ediciones Jurídicas cuyo. Argentina.

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

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

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

Reyes, J. (2005) *Tratado de Criminalística*. Tercera edición, cárdenas velico editores S.A de C.V. México.

Diccionarios

Cabanellas, G. (2001) *Diccionario Jurídico Elemental*. Decimoquinta edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina.

Ossorio, M. (2006) *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

Leyes

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Constitucion Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente 1985.

Decreto Ley 106 Código Civil.

Ley de Servicio Público de Defensa Penal, Decreto 129-97 del Congreso de la República.

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

Internet

Choclán, 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 30.07.2014

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 30.07.2014