

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN
PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN**

ZAIDA VERONICA LISSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN
PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ZAIDA VERONICA LISSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rócael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Vocal: Lic. Jorge Leonel Franco Mora
Secretario: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana

Segunda Fase:

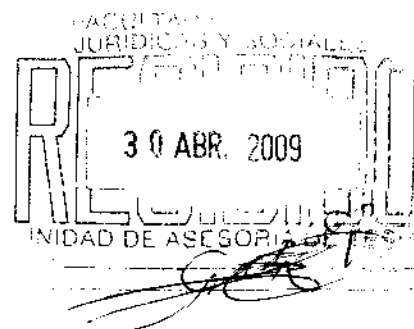
Presidente: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Aura Marina Chan Contreras
Secretaria: Licda. Ángela Aída Solares Fernández

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LICENCIADO MYNOR ARMANDO CASTELLANOS MEDA
ABOGADO Y NOTARIO
4ª. Avenida 3-89 zona 1 Oficina 207 Villa Nueva, Guatemala

Guatemala, 28 de abril de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



Estimado Licenciado Castro:

En cumplimiento del nombramiento emanado por la Honorable Decanatura mediante nota del 5 de junio de 2008, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante, **ZAIDA VERONICA LISSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ**, carné estudiantil número 9710394. A la estudiante se le brindó la asesoría que se requiere para realizar este tipo de trabajo, se obtuvo la versión final que presenta intitulada como “ **LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN**”.

DICTAMEN:

- a. Durante el desarrollo de la elaboración de la presente tesis la estudiante Zaida Veronica Lissette Godínez González, acató las instrucciones y sugerencias que le formulé para el desarrollo de cada uno de los temas que comprende esta tesis; poniendo de manifiesto la estudiante la capacidad de investigación, aptitud y análisis con el que abordó la elaboración de la misma pudiéndose establecer que dicha investigación es un aporte científico. La estudiante resaltó dentro de la investigación la necesidad de crear un banco de datos de ADN en la persecución penal en el delito de violación, en virtud de que actualmente el Ministerio Público no cuenta con una institución de tal importancia como lo es este banco.
- b. El contenido científico y técnico del presente trabajo fue adecuado a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- c. Para la realización de la presente investigación se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base a la bachiller para realizar un análisis jurídico-doctrinario, en el presente trabajo la estudiante hizo uso de los métodos analítico y deductivo así como la técnica bibliográfica.



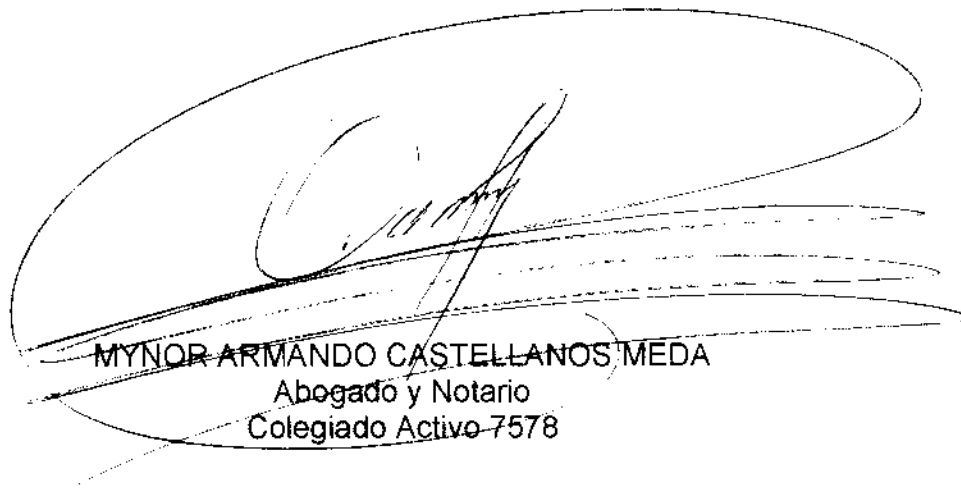
LICENCIADO MYNOR ARMANDO CASTELLANOS MEDA
ABOGADO Y NOTARIO
4ª. Avenida 3-89 zona 1 Oficina 207 Villa Nueva, Guatemala

d. La metodología y las técnicas de investigación utilizadas por la bachiller la llevaron a realizar un estudio profundo del tema, lo cual se refleja en las conclusiones y recomendaciones. El presente trabajo de investigación es un esfuerzo meritorio y será una excelente fuente de consulta.

En base a lo anteriormente anotado y en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted.

Respetuosamente



MYNOR ARMANDO CASTELLANOS MEDA
Abogado y Notario
Colegiado Activo 7578

Lic. Mynor Armando Castellanos Meda
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, G. A.

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RAFAEL ANTONIO MORALES VALDIZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ZAIDA VERONICA LISSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ. Intitulado: "LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr.

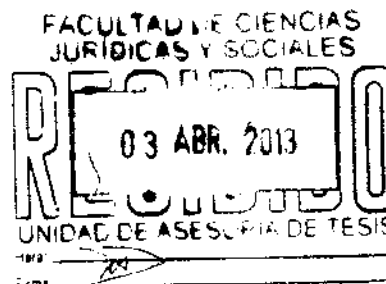




Lic. Rafael Antonio Morales Valdizón
Abogado y Notario
4ta. Av. 3-89 Zona 1 Villa Nueva
Teléfono 6631-3499

Guatemala, 27 de marzo de 2013.

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



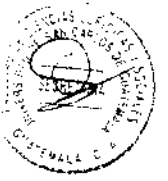
Estimado Doctor Mejía:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha seis de mayo del año dos mil nueve procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller **ZAIDA VERONICA LISSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ** intitulado "LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN".

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones, que consideré en su momento eran necesarias, para mejorar la comprensión del tema que se desarrolla, después de las correcciones sugeridas por la estudiante encuentro que la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma.

En relación al sentido técnico y científico la misma abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de la actualidad, la recolección de la información de la bachiller fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones de la autora, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siguiendo las normas de la Real Academia de la Lengua Española; al mismo tiempo se observa que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son aceptables y acordes al tema relativo a la creación del banco de datos de ADN en la persecución penal en el delito de violación, aprobando el trabajo de tesis asesorado



Lic. Rafael Antonio Morales Valdizón
Abogado y Notario
4ta. Av. 3-89 Zona 1 Villa Nueva
Teléfono 6631-3499

esperando que sea de gran aporte científico a esta facultad, contribuyendo doctrinaria y jurídicamente en materia de derecho penal.

En consecuencia y en virtud de lo antes expuesto, se emite **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis de la bachiller Zaida Verónica Lissette Godínez González, pues a mi criterio cumple con los requisitos de forma y de fondo establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.



Rafael Antonio Morales Valdizón
Abogado y Notario
Colegiado Activo 4933



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ZAIDA VERONICA L'ASSETTE GODÍNEZ GONZÁLEZ, titulado LA CREACIÓN DEL BANCO DE DATOS DE ADN EN LA PERSECUCIÓN PENAL EN EL DELITO DE VIOLACIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público

CMCM/sllh

Lic. Aydan Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi fortaleza, darme todo lo que tengo y nunca dejarme caer.

A MIS PADRES:

Maria Angela González y Victor Arnoldo Godínez que partieron tempranamente de esta vida y aunque ya no estén entre nosotros siguen vivos en mi pensamiento. Fue su estímulo mi impulso para llegar al final por eso les dedico mi esfuerzo donde se encuentren. Hasta luego, porque sé que algún día nos volveremos a ver, los amo.

A MIS HERMANOS:

Jaime y Erick Godínez González con amor por la ayuda incondicional que me otorgaron.

A MI FAMILIA:

En especial a mis sobrinos: Angela, Mariana, Julia, Jeshua, Zaida y Victor por ser mi alegría. A mis cuñadas Julia y Alejandra por toda su ayuda.

A MIS AMIGOS:

Por estar conmigo en todo este tiempo, en especial a Norma y Magdali.

A:

LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que de ella he recibido.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El delito.....	1
1.1. Naturaleza jurídica.....	6
1.2. Elementos característicos del delito.....	9
1.2.1. Elementos positivos del delito.....	11
1.2.2. Elementos negativos del delito.....	15
1.3. Clasificación de los delitos.....	18
1.3.1. Por su gravedad.....	18
1.3.2. Por su estructura.....	19
1.3.3. Por su resultado.....	19
1.3.4. Por su ilicitud y motivaciones.....	19
1.3.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad.....	20
1.3.6. Por la forma de acción.....	20
1.4. Valoración final.....	20

CAPÍTULO II

2. Delito de violación sexual.....	21
2.1. Historia del delito de violación sexual.....	22
2.2. Concepto de violación sexual.....	24



	Pág.
2.2.1. Violencia.....	27
2.3. Sujetos que participan en el delito de violación.....	30
2.4. Valoración final.....	31

CAPÍTULO III

3. El Ministerio Público.....	33
3.1. Definición del Ministerio Público.....	40
3.2. Principios básicos que rigen la figura del Ministerio Público.....	42
3.3. Funciones del Ministerio Público.....	45
3.4. Estructuración del Ministerio Público.....	47
3.5. Valoración final.....	53

CAPÍTULO IV

4. La prueba en el derecho penal.....	55
4.1. Objeto de la prueba.....	56
4.2. La actividad probatoria.....	57
4.3. Legalidad, admisibilidad y pertinencia de la prueba.....	58
4.4. Clasificación de la prueba.....	61
4.4.1. De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad.....	61
4.4.2. De acuerdo a su forma de presentación en el debate.....	62
4.4.3. De acuerdo al ordenamiento jurídico.. ..	63
4.5. Valoración de la prueba.....	64
4.5.1. Sistemas de valoración de la prueba.....	64



Pág.

4.6. Valoración final..... 67

CAPÍTULO V

5. Creación del banco de datos de ADN..... 69

5.1. Definición de ADN..... 69

5.2. Relación del ADN con el derecho penal..... 71

5.3. Creación del banco de datos de ADN en los delitos de violación sexual..... 72

5.4. Base de datos de ADN para la identificación de delincuentes..... 78

5.5. Funciones del banco de datos de ADN..... 80

5.6. Instituto Nacional de Ciencias Forenses..... 83

5.7. Valoración final..... 86

CONCLUSIONES..... 89

RECOMENDACIONES..... 91

BIBLIOGRAFÍA..... 93



INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como base el análisis jurídico-doctrinario para la creación de un banco de datos de ADN, el cual estaría a cargo del Ministerio Público como investigador de hechos ilícitos, en el sentido de que quien ha sido violada se le extraiga muestras del semen que ha dejado el violador, y las mismas sean analizadas para extraer el ADN, creando un archivo para hacer comparaciones de casos posteriores en el delito de violación, y de esta forma evitar que este tipo de delito quede impune.

En este trabajo se analizó la efectividad de la persecución penal del delincuente para proteger a la agraviada, pues sucede que en muchos casos el violador ha cometido el mismo delito en otras personas, por lo que al proceder a la detención del criminal, se haría el análisis con los archivos del banco de datos de ADN para comprobar si el violador ha actuado en otros casos de violación.

En este orden de ideas, el objeto principal de la investigación es: analizar la problemática que se presenta en la investigación del Ministerio Público, cuando no cuenta con un banco de datos de ADN para verificar si el sindicado ha participado en otros hechos delictivos; y asimismo la hipótesis se comprobó, demostrando que la falta de datos de ADN dificulta la labor del fiscal investigador, ya que no cuenta con datos concretos y verídicos que puedan constituir prueba en el proceso penal.

En la actualidad cuando se comete el delito de violación, se analiza la muestra de semen que el hechor ha dejado en la víctima, pero no se investiga si esa muestra coincide con otras de violaciones anteriores, por no tener un banco de datos de ADN, por lo que puede ser que el sindicado haya violado a otras mujeres anteriormente, quedando impune esos casos. La solución del problema radica en la creación de un banco de datos de ADN, adscrito al Ministerio Público, para que el fiscal pueda consultar fácilmente y poder así, establecer la participación o no, del presunto violador en el delito de violación sexual.

La presente investigación se divide en cinco capítulos: el primero, trata sobre el delito, considerado este como la acción que transgrede la ley; el segundo, hace referencia al delito



de violación sexual, siendo este el elemento que sirve de base para el análisis y comprensión del problema planteado; en el tercero, se hace referencia al Ministerio Público, por ser el ente acusador del Estado; el cuarto, trata sobre la prueba, que es la base de todo proceso, para hacer una imputación objetiva y emitir una sentencia congruente; y el quinto, que es el tema central de la presente investigación, trata sobre la creación de un banco de datos de ADN, para que quien ha sido violada se le extraiga muestras del semen que ha dejado el violador, y las mismas sean analizadas para extraer el ADN, creando un archivo para hacer comparaciones de casos posteriores en el delito de violación.

Para el desarrollo de esta tesis se utilizaron los siguientes métodos: deductivo, estadístico, comparativo y analítico, que coincidieron para determinar paso a paso la necesidad de que se lleve a cabo la creación de un banco de datos de ADN adscrito al Ministerio Público. Sobre las técnicas empleadas se pueden mencionar: Bibliográficas y documentales, que permitieron conocer diferentes posiciones respecto a tal situación.

Concretamente con lo expuesto pretendo demostrar la necesidad de crear un banco de datos de ADN, que coadyuve al ente investigador a probar la participación de los autores en los delitos de violación sexual.



CAPÍTULO I

1. El delito

El actual Código Penal guatemalteco no define lo que significa delito, aunque desde los inicios de la era cristiana, el delito fue concebido de acuerdo con las ideas filosóficas de la época, la cual partía de la idea de la moral, que identificaba al delito con el pecado; no utilizaban el verbo delinquir sino hablaban de pecar, concebían al delito como una conducta contraria a la moral y a la justicia, posteriormente en la edad media son utilizados los términos: "Crimen y delictum, el primero expresamente para identificar a las infracciones o delitos revestidos de mayor gravedad y castigados con mayor pena, y el segundo para señalar una infracción leve, con menos penalidad".¹

El delito es una conducta contraria a la ley y ésta la tiene regulada como tal. Dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que no está permitido, además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo granítico y que constituyen los elementos del delito.

El delito como la razón de ser del derecho penal, como razón de las distintas actividades punitivas llevadas a cabo por el Estado, el cual ha recibido diversidad de concepciones durante la evolución histórica que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas, tomando en cuenta que siempre ha sido una valoración jurídica que se encuentra bajo sujeción de mutaciones que obligatoriamente conllevan a la evolución de la sociedad.

¹De Mata Vela, José Francisco y Héctor Anibal de León Velasco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 117.



En la actualidad en el derecho penal moderno y muy especialmente en el medio de cultura jurídico guatemalteco, se habla de delito, infracción penal, hecho o acto punible, crimen, conducta delictiva, hecho penal, acto delictuoso, ilícito penal, hecho criminal, faltas o contravenciones.

Existen varias formas para definir el concepto delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo a que cada uno de los estudiosos del derecho ha sentido la inquietud por los problemas del crimen, y para dar una definición actual y completa citaremos algunas de ellas.

Etimológicamente, la palabra delito proviene “del latín delictum (delito), que en la Roma antigua designaba a los delitos privados, los cuales conllevaban únicamente la obligación de pagar una multa a la víctima, por parte del delincuente. En el derecho Justiniano se le conoce ya como delictuum privatum (delito privado), apareciendo luego el llamado delictum publicum (delito público) que producía verdaderos efectos punitivos públicos”.²

En una primera acepción el delito es definido comúnmente como: “Hecho ilícito sancionado con una pena”.³ Jurídicamente el delito es definido como: “Toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.⁴

² Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 522.

³ Diccionario, **Pequeño Larousse**. Pág. 319.

⁴ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Pág. 19.

El jurista español Jiménez de Asúa define al delito como: “un acto concreto, una decisión, una violación del deber de los preceptos de la ley”.⁵

El mismo autor establece que: “El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en remplazo de ella”.⁶ El delito también es definido como: “Culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa”.⁷

Fancésco Carrara, autor citado por los juristas guatemaltecos define al delito como: “La infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moral y políticamente dañoso”.⁸

Por su parte los positivistas, que se caracterizaron por sus concepciones realistas, por su método de indagación inductiva y por la incorporación de las ciencias naturales para el estudio de las ciencias jurídicas, arribaron a la afirmación de que “el delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico”.⁹

Fancésco Carrara, autor citado por los juristas guatemaltecos define al delito como: “La infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos

⁵ Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Pág. 108.

⁶ **Ibid.** Pág. 109.

⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 115.

⁸ De Mata, **Ob.Cit.** Pág. 124.

⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal parte general**. Pág. 52.



Y finalmente el catedrático Jorge Alfonso Palacios Motta expresa que “el delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad, y al cual se le impone una pena o una medida de seguridad”.¹⁰

En la actualidad existen diversos criterios para definir el delito, tomando en cuenta que cada corriente del pensamiento ha planteado la propia.

a. Criterio legalista: desde la denominada edad de oro del derecho penal a principios del siglo XIX se deja ver un criterio legalista para definir al delito. En un principio indicaba que el delito es lo prohibido por la ley, concepto que por su mismo simplismo se torna en indeterminado y resulta ser demasiado amplio en la actualidad, porque cuantos actos hay que son prohibidos por la ley, y sin embargo, no son necesariamente una figura delictiva.

El criterio legalista, es la infracción a la ley del Estado promulgada para brindar protección a la seguridad de los ciudadanos la cual es el resultado de un acto externo del hombre, el que puede ser positivo o negativo, políticamente dañoso y moralmente imputable.

b. Criterio filosófico: debido a la intrascendencia del legalismo, muy probablemente por los trastornos ocasionados por los postulados de la escuela positiva en oposición a la escuela de juristas, hizo que los estudiosos del crimen de la época se encaminaran por senderos filosóficos, tomándolos en consideración desde distintos aspectos: primeramente se hace alusión al aspecto moral, por parte de los teólogos quienes identificaban al delito con el pecado y seguidamente el delito es definido como una conducta contraria a la justicia y a la

¹⁰ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal**. Pág. 91.



moral, para posteriormente enfocarlo como violación al deber. La violación de un deber consiste en un quebrantamiento libre e intencional de los deberes. En la actualidad no se puede dar validez debido a que el pecado no tiene relación alguna en la orientación jurídica y porque las infracciones al deber atienden mas a normas de conducta moral, que a normas de conducta jurídica. Lo que persigue de alguna forma, es la regulación de la conducta humana.

Al no prosperar la concepción del delito, relacionada con la moral y con el deber, se le intenta definir como una infracción al derecho y entonces se establece que es una violación al derecho, lo cual no tiene validez en el derecho penal contemporáneo, debido a que existen tantas violaciones al orden jurídico establecido, que no necesariamente son constitutivas de delito.

c. Criterio natural sociológico: Garófalo lo define como ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidad en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado; también lo define como acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado.

d. Criterio técnico jurídico: después de que se superó la crisis por la cual pasó el derecho penal durante la segunda mitad del siglo XIX, cuando se encontró sometido a las más exageradas especulaciones del positivismo, comienza a renacer la noción jurídica del delito con un movimiento llamado técnico jurídico.



La construcción técnico jurídica se sintetiza con la teoría jurídica del delito que alcanza completa relevancia dentro del derecho penal. El comienzo de esta nueva corriente, la cual se desarrolla en diversas etapas comienza a tomar relevancia con las construcción del delito sobre bases estrictamente jurídicas, intentando con ello llenar el vacío técnico de la teoría filosófica.

Para este criterio, la tipicidad consiste en uno de los caracteres primordiales del delito. Además, señala que la construcción del delito tiene que tomarse en cuenta en base a los demás elementos pertenecientes a la legislación positiva, o sea al concepto formal que por abstracción lleva a cabo el legislador de los distintos hechos que son objeto de estudio de la parte especial de los códigos penales.

1.1. Naturaleza jurídica

Muchos penalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva en todos los tiempos y en todos los países para determinar si un hecho es o no delictivo. No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos y para siempre, ésta comúnmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país.

Es de importancia la creación de un sistema abierto a las necesidades y fines de la sociedad, un sistema susceptible de cambios cuando se presenten problemas nuevos que no pueden resolverse con los esquemas tradicionales.



El punto óptimo a que tiene que aspirar un penalista consiste en el equilibrio dialéctico entre el pensamiento controversial y el pensamiento sistemático. Para la determinación de la naturaleza jurídica es fundamental señalar las dos más importantes escuelas del derecho penal que han existido, como lo son la escuela clásica y la escuela positiva, debido a que las mismas son el conjunto de doctrinas y principios cuyo objetivo es investigar la naturaleza del delito y las condiciones que influyen en la comisión del mismo.

A mediados del siglo XIX, la escuela clásica del derecho penal con la doctrinas de su máximo exponente Francesco Carrara, que perfeccionó las de su maestro Carmigniani, el delito alcanza su máxima perfección, considerando que la idea del delito no es sino un idea de relación, es a saber, la contradicción entre el hecho del hombre y la ley.

Para la escuela clásica, la infracción de la norma del Estado, promulgada para brindar protección a la ciudadanía, es resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

De esa forma es como se asienta la doctrina clásica que el delito es, sino un acontecimiento de carácter jurídico, o sea consiste en una infracción del Estado, un ataque a la norma penal, es esencialmente un ente jurídico.

En relación con el delincuente, la imputabilidad moral y su libre albedrío son el fundamento para la existencia de responsabilidad penal. En cuanto a la pena, sostuvieron que la misma era un mal mediante el cual se llevaba a cabo la tutela jurídica. El derecho penal era una ciencia jurídica, la que para su estudio tenía que utilizar el método racionalista.



Para la escuela positiva, el delito fue un fenómeno natural o social, la cual apareció cuando se creyó que la escuela clásica había alcanzado su mayor nivel y sus postulados daban la apariencia de haber sentado las bases de un derecho penal definitivo. Con la misma, se revolucionaron los principios ya establecidos, sus principales representantes fueron: Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo; quienes en sentido contrario a los clásicos parten del estudio del delincuente, y estudian al delito como a la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito.

Para la escuela positiva el delito natural consiste en la violación a los sentimientos de piedad y probidad y todos los hechos que sean antisociales y que atentan contra la tranquilidad pública.

Para este postulado el delito no es un ente de carácter jurídico sino una realidad humana, o sea un fenómeno natural o social.

En lo relacionado con el delincuente, sostenían que el hombre es imputable, no porque sea un ser consciente y libre, sino que simplemente por el hecho de vivir en sociedad. En relación a la pena, consideraron que consistía en un medio de defensa social y que tenía que ser impuesta en atención al nivel de peligrosidad social del delincuente y no en lo relacionado al daño ocasionado, para lo cual se propusieron las medidas de seguridad con la finalidad de prevenir el delito y llevar a cabo la rehabilitación del delincuente.



Lo que más caracteriza a este postulado, es que para los mismos el derecho penal no es perteneciente al campo de estudio de las ciencias jurídicas, sino al campo de las ciencias naturales y que tiene que utilizar el método positivo.

Con los planteamientos formulados por la escuela positiva y posteriormente por la escuela clásica, el derecho penal pierde su autonomía al ser considerado como parte de las ciencias naturales, postura que actualmente no puede ser sostenida, debido a que el derecho penal consiste en una ciencia jurídica que se compone de un conjunto de normas jurídicas tendientes a la regulación del comportamiento del ser humano para alcanzar la protección de valores considerados como esenciales para vivir y desarrollarse socialmente. En dicho sentido, el objeto de estas normas es perteneciente al campo del deber ser que lleva consigo un juicio valorativo, mientras que las ciencias criminológicas, estudian los fenómenos de la naturaleza o reales que se encuentran sujetos a la relación de causa y efecto.

1.2. Elementos característicos del delito

Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman las palabras o los átomos que forman los elementos. Los elementos que contienen las definiciones de delito no han llenado todas las interrogantes que durante el tiempo se han formulado los estudiosos en la materia; a continuación se exponen varios puntos de vista de elementos del delito, que son los que deben contener una definición para que se considere como delito.



- a. El delito es un acto humano: Es una acción u omisión, por lo que cualquier daño o mal, graves o no y sus consecuencias, si no tiene su origen en una actividad humana, no podrá ser reputado como delito, ya que los hechos de los animales no pueden constituir delito como en la antigüedad, donde se les seguían juicios a los mismos.
- b. El acto debe ser antijurídico: es decir, ha de estar en contraposición a una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido: pero esta acción antijurídica debe corresponde a un tipo legal o figura delictiva definida y sancionada con una pena, ya que no todo acto antijurídico constituye delito, es decir que ha de ser necesariamente un acto típico.
- c. El acto ha de ser culpable: imputable a dolo (intención) o culpa (negligencia), una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una persona determinada.
- d. "La ejecución o la omisión del acto debe ser sancionada con una pena; sin ésta comunicación no existe delito.

En ese sentido se habla de una serie de elementos positivos, constitutivos del delito que son esenciales para su existencia y para afirmar la responsabilidad penal del sujeto activo; y en vía contraria se mencionan una serie de elementos negativos, que destruyen la conformación del delito desde el punto de vista jurídico, y en todo caso, eliminan la responsabilidad penal del sujeto infractor."¹¹

¹¹ **Ibid.** Pág. 140.



1.2.1. Elementos positivos del delito

Para que exista delito, deben de concurrir todos los elementos siguientes:

a) Acción o conducta humana: es todo comportamiento derivado de la voluntad y la voluntad implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar; es decir, un fin; la acción es siempre el ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se divide en dos fases:

Fase interna y fase externa. La primera ocurre siempre en el pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin. Para llevar a cabo el fin selecciona todos los medios necesarios; cuando el autor decide lo que quiere, decide resolver el problema de cómo lo quiere, en esta fase toma en cuenta también los efectos concomitantes que van unidos a los medios para la realización del fin; y una vez los admite como segura o probable producción, los realiza. Tales efectos pertenecen a la acción. La fase externa ocurre después de la realización interna. El autor realiza la actividad en el mundo externo, ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades y su proceso de ejecución del acto.

b) Tipicidad: La tipicidad es definida como: “La abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”.¹² La tipicidad es un elemento positivo característico del delito; en Guatemala generalmente se habla de tipicidad, cuando se refiere al elemento delito, y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

¹² **Ibid.** Pág. 36.



La doctrina le ha asignado las siguientes tres funciones a la tipicidad, como instituto penal que es:

A.- Una función fundamentadora, en virtud de que constituye en sí un presupuesto de legalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o bien una medida de seguridad la conducta delictiva del agente.

B.- Una función sistematizadora, debido a que por su medio se tiende a relacionar formalmente la parte general con la parte especial del derecho penal.

C.- Y por último, una función garantizadora, ya que la tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad o de reserva, por medio del cual no puede haber crimen, ni pena sino está previamente establecido en una ley penal que lo regule.

c) Antijuricidad: Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que actuar en contra de esa disposición constituiría un acto contrario a la juridicidad, lo que técnicamente es nombrado como antijuricidad. Por tanto, es antijuricidad el calificativo que recibe todo hecho que se encuentre reñido con lo que el orden jurídico permite y que, además, constituye en latu sensu, un injusto penal.

La antijuricidad, puede definirse desde tres puntos de vista: tomando en cuenta su aspecto formal; tomando en cuenta su aspecto material; y valoración o desvaloración que se hace de su aspecto formal o material. En sentido formal, la antijuricidad, "Es una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, o bien la contradicción entre una



conducta concreta y un concreto orden jurídico penal establecido de forma previa por el Estado".¹³

Mientras en el sentido material, se puede indicar que es la acción antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

Referente al tercer aspecto, en sentido positivo, es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es la que demanda al derecho, por tanto un injusto penal y en sentido contrario o sea negativo, es el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre la acción típica, en la medida en que ésta lesiona o pone en peligro, sin que exista una causa de justificación, un bien jurídico tutelado.

d) Culpabilidad: Para que exista el delito y se puede imponer una pena, no es suficiente que el hecho sea típico y antijurídico, para esto es necesaria la presencia de un tercer elemento, el cual debe encontrarse en todo hecho delictivo, siendo este elemento la culpabilidad.

Según el diccionario jurídico elemental la culpabilidad es la "imputación de delito o falta, a quien resulta agente de una u otra para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal".¹⁴ La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, debe entenderse por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados (y por ende regulable), se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal

¹³ De Mata. **Ob.Cit.** Pág. 176.

¹⁴ Cabanellas. **Ob.Cit.** Pág.103.



típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la culpabilidad puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, justificado inculpaado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de responsabilidad que resulte.

La culpabilidad además, de ser un elemento positivo, para la construcción técnica del delito, tiene como característica fundamental la de constituir el elemento subjetivo del delito, refiriéndose pues a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo. La culpabilidad radica pues, en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención deliberada de cometer el delito, o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.

En cuanto a la naturaleza de la culpabilidad, se dan dos teorías, la teoría psicológica y la teoría normativa.

La primer teoría indica que la culpabilidad, es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado; es decir, el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico; su fundamento radica en que el hombre es un sujeto de conciencia y voluntad, y de ésta depende que contravenga la norma jurídico o no. Mientras que la segunda establece que "No basta la relación psíquica entre el autor y el acto, sino que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en reproche, por no haber realizado la conducta deseada".¹⁵

Por lo tanto, se puede decir que la naturaleza de la culpabilidad es subjetiva debido a la actividad psíquica del sujeto, formada por los motivos, las decisiones de voluntad que toma

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Pág. 133.



o deja de tomar el sujeto y los elementos subjetivos del injusto que de no computarse la culpabilidad no podrían ser imputados.

e) La imputabilidad: Muchos juristas sostienen que este es un elemento positivo de la infracción, por lo que debe analizarse dentro de la teoría general del delito. La imputabilidad juega un papel decisivo en la construcción del delito, ya que no tendría objeto una conducta típicamente antijurídica, si no existe un sujeto a quien pueda ser imputada.

La imputabilidad es definida como: “Una expresión del hombre, en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza y las consecuencias naturales de los mismos como su causa formal eficiente y libre”.¹⁶ La imputabilidad formalmente hablando está condicionada por ciertos límites que la ley propone, sujetándose a ella habrá que considerar imputable a los sujetos que en su persona reúnen las características biosíquicas que requiere la ley, para tener la capacidad de ser responsable de los hechos típicamente antijurídicos cometidos.

1.2.2. Elementos negativos del delito

Estos elementos tienden a destruir la configuración técnica jurídica del delito y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad penal del sujeto activo. El Código Penal guatemalteco, en el título III del libro primero, regula las causas que eximen de responsabilidad penal, las cuales en su orden son:

¹⁶ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág. 276.



a) Causas de inimputabilidad: de acuerdo a la legislación guatemalteca, no son imputables y por ende tampoco responsables penalmente, los menores de edad, y los que en el momento de la acción u omisión no posean, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto, o por retardo o trastorno mental transitorio, la capacidad con esa comprensión, salvo cuando el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente.

Es decir, que no opera esta causa cuando el sujeto activo con el fin de cometer el acto delictivo dispuso embriagarse o drogarse deliberadamente, en este caso su conducta se convierte en agravante de su responsabilidad penal, esto es lo que se conoce como acciones liberae in causa (acciones que en su causa son libres, aunque determinadas en sus efectos) lo cual significa que la acción se decidió en estado de imputabilidad, pero el resultado se produjo en estado de inimputabilidad. En síntesis las causas de inimputabilidad que eliminan la responsabilidad penal de sujeto activo, son el negativo de la imputabilidad como elemento positivo del delito.

Las causas de justificación: Este elemento negativo del delito también es conocido como ausencia de antijuricidad ya que para que exista un delito, es necesario que se realice un comportamiento humano subsumible en un tipo penal, pero puede ser que tal comportamiento típico se encuentre justificado por alguna de las circunstancias establecidas en ley.

La teoría de los elementos negativos del delito considera que las causas de justificación eliminan la tipicidad, por considerar que el tipo es la parte positiva del injusto y la



conurrencia de los presupuestos de una causa de justificación la parte negativa. La razón material de la justificación se aprecia como una situación de conflicto, conflicto entre el bien jurídico tutelado y otros intereses equivalentes. Las causas de justificación lo que hacen es permitir la agresión a bienes jurídicos en virtud de ciertas circunstancias que al legislador le parecen mas importantes que la protección de un bien jurídico individual. El derecho no prohíbe resultados sino conductas. La legislación penal guatemalteca regula las siguientes causas de justificación:

- A.- Legítima defensa
- B.- Estado de necesidad
- C.- Legítimo ejercicio de un derecho

c) Causas de inculpabilidad: De la misma manera que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del tipo, que es la voluntad del agente, no existe; las causas de inculpabilidad son el negativo de la culpabilidad y surgen cuando en la comisión de un acto delictivo, no existe: dolo, culpa o preterintención; la legislación penal guatemalteca describe cinco causas en la siguiente forma:

- A.- Miedo invencible;
- B.- Fuerza exterior;
- C.- Error;
- D.- Obediencia debida; y



E.- Omisión justificada.

1.3. Clasificación de los delitos

La clasificación que se hace de las infracciones a la ley penal son de tipo doctrinario, y tienen como principal objetivo ilustrar los diferentes puntos de vista, en que pueden analizarse las mencionadas infracciones. Las más comunes son las siguientes:

1.3.1. Por su gravedad

Estos se clasifican en delitos y faltas (identificando al sistema bipartito que sigue nuestra legislación penal). Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal de tal manera, que los delitos son sancionados con mayor drasticidad que las faltas, atendiendo a su mayor gravedad. Los delitos ofenden las condiciones primarias, esenciales y por consiguiente, permanentes de la vida social; las contravenciones, en cambio, ofenden las condiciones secundarias, accesorias y por lo tanto contingentes de la convivencia humana

En Guatemala los delitos se castigan principalmente con pena de prisión, pena de multa, pena mixta de prisión y multa, extraordinariamente con la pena de muerte; mientras que las faltas sólo se sancionan con pena de arresto y pena de multa (hurto).



1.3.2. Por su estructura

Se clasifican en simples y complejos. Son delitos simples los que están compuestos de los elementos descritos en el tipo y violan un solo bien jurídico protegido. Son delitos complejos los que violan diversos bienes jurídicos y se integran con elementos de diversos tipos delictivos (robo).

1.3.3. Por su resultado

Por sus resultados se clasifican en delitos de daño y de peligro; y delitos instantáneos y permanentes. Son delitos de daño, los que efectivamente lesionan el bien jurídico tutelado produciendo una modificación en el mundo exterior (homicidio, robo, etc.). Son delitos de peligro, los que se proyectan a poner en peligro el bien jurídico tutelado (agresión, disparo de arma de fuego, omisión de auxilio, etc.). Son delitos instantáneos los que se perfeccionan al momento de su comisión (el homicidio, el robo, la calumnia, etc.). Son delitos permanentes aquellos en los cuales la acción del sujeto activo continua manifestándose por un tiempo más o menos largo (secuestro, el rapto, etc.).

1.3.4. Por su ilicitud y motivaciones

Estos se clasifican en comunes, políticos y sociales. Son delitos comunes los que lesionan o ponen en peligro valores de la persona individual o jurídica (la estafa, las falsedades, etc.) Son delitos políticos los que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado (la revelación de secretos de Estado, atentados contra altos funcionarios, etc.). Son delitos



sociales, los que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado (terrorismo, las asociaciones ilícitas, etc.).

1.3.5. Por su grado de voluntariedad o culpabilidad

Estos se clasifican en dolosos, culposos y preterintencionales, atendiendo a la intencionalidad o no del sujeto activo en la comisión del acto delictivo, así se dice que el delito es doloso cuando ha existido propósito deliberado de causarlo por parte del sujeto, y se dice que es preterintencional cuando el resultado producido es mucho más grave que el pretendido por el sujeto.

1.3.6. Por la forma de acción

Estos se clasifican en delitos de comisión, de omisión, de comisión por omisión y de simple actividad.

1.4 Valoración final

En conclusión, luego de haber analizado las diferentes definiciones del concepto delito así como sus elementos y clases de delito, en una acepción concreta se puede decir que el delito es una conducta humana, consiente y voluntaria (acción), regulada en ley (típica) que produce efectos en el mundo exterior, la cual es contra derecho (antijurídica) y a pesar de que la persona conoce y valora la norma decide cometer el acto (culpable).



CAPÍTULO II

2. Delito de violación sexual

Estos delitos consisten en atentar contra la libertad y seguridad en materia erótica o sexual. Son aquellas acciones tipificadas por la ley que atacan la libre disposición del individuo sobre su sexualidad.

El delito de violación sexual a sido llamado de diferentes denominaciones en distintas legislaciones, en Francia se le denomina atentados contra las buenas costumbres en Alemania Crímenes y delitos contra la moralidad el Código Belga lo denomina contra el orden de las familias y la moralidad pública.

En la legislación guatemalteca antes de las reformas del año dos mil nueve este delito se encuentra regulado dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor, dicha denominación fue reformada por el Artículo 26 del Decreto número 9-2009 Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas. Actualmente se encuentra regulado dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, en el título tercero del libro segundo de la parte especial del Decreto número 17-73 Código Penal.

Cuando en los diversos países se va admitiendo una pluralidad de concepciones sociales diversas sobre la moral sexual, adquiere importancia el concepto de libertad sexual. Los principales límites al ejercicio de la misma tienen su fundamento en el respeto a la libertad sexual de otros, en las situaciones de inmadurez o incapacidad mental que impide a ciertas



personas tener suficiente autonomía en su decisión y conocimientos para orientar y regir sus comportamientos sexuales y otras conductas que sin afectar de forma directa a la libertad e indemnidades sexuales encuentran una gran reprobación social.

2.1. Historia del delito de violación sexual

En Babilonia, el Código de Hammurabi establecía que la mujer no tenía independencia o bien la mujer era una virgen prometida o una esposa legalmente casada. De acuerdo con este código, un hombre que violaba a una virgen prometida debe ser cogido y ajusticiado, pero a la joven víctima se le consideraba inocente.

Hammurabi decretó que un hombre que conocía a su hija (es decir que cometía incesto), era simplemente desterrado fuera de los muros de la ciudad. Una mujer casada que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante, sin tener en cuenta cómo se había desarrollado el incidente, el crimen era considerado adulterio y ambos participantes eran arrojados al río. Es revelador que hubiera una posibilidad de apelación. Se permitía al marido en caso de desearlo éste, que sacara a su mujer del agua; el rey si así lo quería podía dejar libre a su súbdito.

Asimismo en Israel, en la cultura hebrea, la mujer casada que era victimizada mediante la violación, era considerada culpable, adúltera e irrevocablemente profanada. En el pueblo hebreo, dependiendo si la víctima era casada o soltera se le imponía la pena de muerte o multa al responsable.



En la cultura Egipcia se castraba a aquel que violare a alguna mujer. En el Código de Manú se aplicaba la pena corporal en el caso de que la mujer no fuera de la misma clase social. En Grecia el violador debía pagar una multa y estaba obligado a casarse con la víctima si así lo deseaba ella, de no ser así se le aplicaba la pena de muerte. En la época de Teodorico existía un edicto por el cual el responsable de este delito debía casarse con la mujer atacada, además de otorgarle la mitad de sus bienes si era rico y noble.

En el Derecho Canónico sólo se consideró el *stuprum violentum*, en el caso en que se realizara el desfloramiento de una mujer obtenido contra o sin su consentimiento, pero en mujer ya desflorada no se podía cometer el delito.

En España los Fueros Municipales, el Fuero Viejo, las Partidas y el Fuero real lo castigaban con la pena de muerte o con la declaración de enemistad que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor. En tanto en el Derecho Romano, la unión sexual violenta con cualquier persona, fue castigada por la *Lex Julia de Vis Pública*, que imponía la pena de muerte para el responsable de la unión sexual violenta.

Es necesario resaltar como punto de partida al derecho Romano por ser principalmente en éste en donde se encuentra ya previsto este delito de lo cual tenemos conocimiento gracias a la labor desarrollada por los glosadores y post glosadores. En realidad antes del derecho romano no podemos hablar de violación, ya que ninguna referencia escrita ha llegado a nosotros con relación al mismo y todos los tratadistas están de acuerdo en que fue en el derecho romano donde se legisla por primera vez sobre el mismo.



En Guatemala, se tiene conocimiento que desde la conquista, las mujeres de los vencidos y las mujeres indígenas sufrieron ultrajes sexuales por parte de los conquistadores, siendo en muchos casos sometidas a esclavitud sexual, los primeros mestizos fueron engendrados en odio y miedo. El mestizaje en Guatemala fue un proceso de violencia extrema contra las mujeres, consumativo de una violación frustrada.

2.2. Concepto de violación sexual

Comúnmente la violación es definida como: “Relación sexual impuesta por coacción y que constituye un delito”.¹⁷ Jurídicamente se define la violación como: “Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer contra su voluntad expresa, por emplear fuerza o grave intimidación; contra su voluntad presunta, por encontrarse privada temporalmente de sentido, por enajenación mental, anestesia desmayo o sueño, o por faltarle madurez a su voluntad para consentir a un acto tan fundamental como su concepto público y privado, para la ulterior formación de su familia y por la prole eventual que puede tener”.¹⁸

El concepto anterior es muy completo ya que se determina por parte del autor que comete el delito de violación quien tiene acceso carnal con una mujer sin su voluntad, empleando fuerza o sin ella.

¹⁷ Larousse. **Ob.Cit.** Pág. 1035.

¹⁸ Cabanellas. **Ob.Cit.** Pág. 410.



El mismo autor establece que violación es: "tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o en todo caso, si es menor de doce años, en que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella".¹⁹ El Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 establecía hasta el año 2009 que: comete delito de violación quien yaciere con mujer, usando de violencia suficiente para conseguir su propósito; aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir; y en todo caso si la mujer fuere menor de doce años.

El mismo código citado regulaba en el artículo 174 la agravación de la pena, el cual establecía, la pena a imponer será de ocho a veinte años de prisión con los siguientes casos: cuando concurrieren en la ejecución del delito dos o más personas; cuando el autor fuere pariente de la víctima, dentro de los grados de ley, o encargado de su educación, custodia o guardia (este inciso corresponde a los parientes consanguíneos, el cual existe entre personas que descienden de un mismo progenitor y dentro del cuarto grado en línea recta y colateral; el de afinidad dentro del segundo grado y el civil el que se da entre adoptante y adoptado, según el Artículo 190 y 191 del Código Civil); cuando, como consecuencia del delito, se produjere grave daño a la víctima.

El Código Penal, Decreto número 17-73 en el Artículo 175 regulaba antes de las reformas del Decreto número 9-2009 lo relacionado con la violación calificada, el cual establecía: si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 419.



En lo que se refiere a este artículo, la legislación penal lo determinaba como un tipo de violación especial ya que como consecuencia se daba la muerte de la víctima. Si la muerte ocurría a consecuencia de la violación, esta se clasifica como violación calificada, pero para algunos autores lo califican como homicidio preterintencional, ya que el victimario no pretendió darle muerte a la víctima, pero en lo que se refiere al delito de violación si se cometió lo que se pretendía que era la violación en si, y como resultando adicional se produjo la muerte de la víctima.

Es evidente que antes de las últimas reformas sufridas en la ley penal, para que existiera el delito de violación era preciso que se consumara mediante el acceso carnal, el cual se caracterizaba por la intromisión sexual del hombre hacia la mujer, por lo que era preciso que el agente fuese varón y la víctima una mujer; no era necesario un coito perfecto.

Actualmente el Decreto número 9-2009, en su Artículo 28 establece: Se reforma el Artículo 173 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, el cual queda así: Artículo 173. Violación. Quien, con violencia física o psicológica, tenga acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otra persona, o le introduzca cualquier parte del cuerpo u objetos, por cualquiera de las vías señaladas, u obligue a otra persona a introducirselos a si misma, será sancionado con pena de prisión de ocho a doce años.

En el segundo párrafo del mismo artículo y ley citada se establece que, siempre se comete este delito cuando la víctima sea una persona menor de catorce años de edad, o cuando sea una persona con incapacidad volitiva o cognitiva, aún cuando no medie violencia física



o psicológica. La pena se impondrá sin perjuicio de las penas que puedan corresponder por la comisión de otros delitos.

Como análisis de la acepción anterior, se puede establecer que para que una conducta se encuadre dentro del delito de violación, no es necesario yacer con mujer, como se establecía anteriormente, ya que este delito solo se podía cometer contra mujeres, ahora el delito de violación se puede cometer contra cualquier persona, hombre o mujer, siempre y cuando concurren los elementos establecidos en el Artículo 173 del Código Penal. Según las anteriores acepciones para que se produzca la violación sexual, debe haber, excepto en los casos de las personas menores de catorce años o con incapacidad volitiva o cognitiva, violencia por parte del sujeto activo del delito.

2.2.1. Violencia

La violencia, medio que debiera ya estar desterrado en la sociedad civilizada, sigue actuando en la sociedad guatemalteca como si fuera el único medio a través del cual unos pocos hacen oír su voz, mientras que la mayoría, perjudicada, ha de seguir aguantando. El concepto tiene varias acepciones, las cuales han sido definidas de manera general como jurídicamente, para dar una definición completa citaré algunas de ellas. De una manera simple la violencia es definida como: "Manera de actuar contra el natural modo de proceder, haciendo uso excesivo de la fuerza".²⁰ Jurídicamente la violencia puede definirse como: "Coacción, a fin de que se haga lo que uno no quiere, o se abstenga de lo que sin ello se quería o se podría hacer".²¹

²⁰ Larousse. *Ob.Cit.* Pág. 1035.

²¹ Martínez de Navarrete, Alonso. *Diccionario jurídico básico.* Pág. 462.



la violencia, también es definida en términos legales como: "Acción y efecto de violentar; de aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia, las repercusiones jurídicas de ese proceder son tanto de orden civil como penal, con respecto al primero, porque representa un acto atentatorio a la libre voluntad de las personas en la relación de los actos jurídicas, por lo cual es causa de nulidad de los mismos".²²

A la violencia se le suelen asignar tres funciones: expresiva, instrumental y comunicativa. Cuando una persona ejerce violencia por el placer de hacer daño se habla de violencia expresiva. Violencia instrumental es el término que se utiliza cuando una persona busca obtener algún objetivo a través de la violencia, verbigracia un atracador que utiliza una pistola para robar. Por último, los actos violentos a veces buscan transmitir un mensaje y en este caso se habla de violencia comunicativa.

El ejercicio de la violencia supone la existencia de relaciones de poder. El poder es la posibilidad de hacer que otra persona haga lo que uno quiere. Para poder ejercer violencia sin obtener una respuesta defensiva, quien la ejerce debe tener alguna forma de poder sobre la víctima. El instrumento de poder puede ser físico, es decir, la capacidad de ejercer violencia física; material, cuando se controlan recursos materiales que la víctima necesita, por ejemplo, el dinero; o simbólico, cuando se puede condenar a la víctima a algo que la desagrada.

Luego de analizar las diferentes definiciones se puede definir a la violencia como: la presión síquica o abuso de la fuerza ejercida contra una persona con el propósito de obtener fines contra la voluntad de la víctima.

²² Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 1014.



La violencia puede clasificarse de acuerdo a su manifestación en: material o psicológica. La violencia material es definida generalmente como: "Coacción física ejercida sobre una persona para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado".²³

En una acepción jurídica más completa se define a la violencia material como: "Fuerza material ejercida sobre o contra una persona a fin de lograr que preste su consentimiento para la formalización de un acto jurídico, vicia este consentimiento y torna anulable, a pedido de parte, el acto jurídico en cuestión".²⁴

Desde el punto de vista penal la violencia material o física es definida como: "Vis absoluta, nombre que se da desde los tiempos del primitivo derecho romano a la fuerza irresistible".²⁵

La violencia psicológica, también es denominada vis compulsiva y es definida como: "Violencia moral que se ejerce sobre una persona amenazándola con la privación de un bien, con pérdida de algo valioso para ella o con crearle una situación peligrosa o perjudicial desde el punto de vista de sus intereses".²⁶

La violencia vis compulsiva, se diferencia de la vis absoluta, en que la voluntad está presente, es una voluntad viciada por la amenaza y restringida por el miedo. Por otra parte se dice que la violencia moral o psicológica es el empleo de cualquier medio lógico destinado a inspirar temor o inspiración.

²³ Larousse. **Ob.Cit.** Pág. 1035.

²⁴ Ossorio. **Ob.Cit.** Pág. 786.

²⁵ Goldstein, Raul. **Diccionario de derecho penal y criminología.** Pág. 670.

²⁶ **Ibid.** Pág. 670.



La violencia se origina en la falta de consideración a la sociedad en que vivimos, si se creara mayor conciencia en las personas, si se analiza que la violencia no es la mejor forma de alcanzar las metas, de seguro así nuestra sociedad crecerá y se desarrollará.

2.3. Sujetos que participan en el delito de violación

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre de sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que recibe el nombre de sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato.

El sujeto activo es el que realiza la acción, o sea el comportamiento descrito en la ley. El sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. Sujeto activo es entonces el autor del hecho.

El sujeto pasivo es el titular de derecho o interés que jurídicamente protege el derecho penal, denominada generalmente como víctima, término que es definido por el Decreto número 9-2009 como: persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal.



El mismo cuerpo legal también considera víctima a los familiares o a las personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Los sujetos que participan en el delito de violación son: a) Sujeto activo: El sujeto activo dentro del delito de violación anteriormente debía ser siempre un hombre, actualmente puede ser un hombre o una mujer, ya que también existe violación sexual cuando cualquier persona obligue a otra a introducirse a sí misma objetos ya sea vía vaginal, anal o bucal.

b) Sujeto pasivo en el delito de violación sexual: A este respecto, la doctrina y las diferentes legislaciones se encuentran divididas ya que para algunos solo la mujer puede ser el sujeto pasivo, pero para otros lo puede ser un hombre también. En la sociedad guatemalteca de acuerdo a la legislación penal, el sujeto pasivo en el delito de violación puede ser tanto una mujer como un hombre, no importando la edad, estado civil o sexo, lo relevante es que el acto se produzca con violencia.

2.4. Valoración final

El Estado de Guatemala protege la libertad sexual, es decir la actuación sexual, la actividad sexual cualquiera que fuere no puede ser castigada, la violación sexual no es castigada por la actividad sexual en sí, sino por que tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro, según el derecho penal la intervención sexual debe darse sin abuso de la libertad sexual del otro, es por eso que lo castiga como delito dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas.





CAPÍTULO III

3. Ministerio Público

Al estudiar cualquier organismo o institución jurídica, es necesario conocer su origen y su evolución a través del tiempo con el fin de investigar si cumple con las funciones que le fueron encomendadas, atendiendo con ello las necesidades que demanda el momento histórico que se vive.

La doctrina estudia al Ministerio Público desde diferentes puntos de vista, una de ellas determina que tiene su génesis en Grecia y el otro en Roma, y la corriente más dominante determina su origen en Francia.

Se reconoce que los antecedentes más lejanos de la figura del Ministerio Público se encuentran en Grecia, cuando en Atenas se iniciaba la acusación personal hecha por el afectado contra el agraviante, y que luego se le cedía a un ciudadano a quien como un honor se le daba la distinción de representar de los intereses de los individuos en la sociedad. En este escenario, se habla del Arcontes griego que eran los principales magistrados de la República Ateniense, estos intervenían en los juicios y tenían a su cargo la representación de los individuos que por algún motivo presentaban una reclamación en contra de sus semejantes.

En Roma se habla de algunas instituciones que podrían ser asimiladas al Ministerio Público como los Judice Questiones, Curiosis Estationari, Irenarcas, Advocati Fisci y los



Procuradores Caesaris, estos incluso figuraban en la Ley de las XII Tablas y tenían facultades policíacas y de persecución de los criminales. A pesar de estos rasgos notorios, la mayor parte de la doctrina señala que el verdadero origen de la institución del Ministerio Público es puramente francés.

En Francia, anteriormente se dejaba la persecución de los individuos que cometían una infracción o causaban un daño a otra persona o a sus bienes a la iniciativa personal de la víctima o de sus familiares y posteriormente a cualquiera que quisiera sostener la acusación, que es lo que hoy se conoce como ley del Talión, esto trajo como inconveniente que muchas veces el castigo excedía al delito o muchas otras el delito quedaba impune pues las personas tenían miedo de cualquier represalia que pudiera tomar el delincuente en su contra.

La monarquía francesa del siglo XIV es la que da origen a la figura del Ministerio Público como hoy la conocemos pues con ella se crean de los Procuradores y de los Abogados del Rey a quienes se le encargaban la defensa del príncipe. Así, el procurador se encargaba de los actos de procedimiento y el abogado del litigio, en donde estuvieran en pugna los intereses del monarca o las personas que estuvieran bajo su protección.

Había ocasiones en que estos procuradores tenían que actuar en jurisdicciones penales en los que se establecían penas como las multas y las confiscaciones de bienes, esto fue generando cambios en su naturaleza hasta que llegaron a convertirse en representantes del Estado y no del Rey.



La institución del Ministerio Público aparece registrada por primera vez en el Código del Tercer Brumario del año IV, la que posteriormente fue copiada por lo redactores del Código de Procedimiento Criminal del año 1808 siendo de esta manera que se establece oficialmente y por primera vez que la acusación tenía que hacerse y mantenerse en cada tribunal por funcionarios calificados.

La historia del Ministerio Público en Guatemala, para su estudio, es necesario dividirla por etapas o periodos. A pesar de que no se cuentan con datos exactos, se empezó a conocer por información proporcionada por sacerdotes mayas y ancianos de las comunidades. Según el derecho consuetudinario que se practica en las comunidades indígenas de Guatemala, se puede evidenciar que no existió un derecho punitivo maya, ejerciéndose un derecho reparador, subsanador y socializador, que actualmente se practica dentro de las referidas comunidades, el cual ha sido transmitido en forma oral, los cuales son preceptos normativos con ciertos matices e idiosincrasias en las diferentes áreas geográficas del país.

Período Pre-independencia: La institución del Ministerio Público vino a Guatemala vía España en la época del Rey de España Juan I, quien siguiendo las recomendaciones de las cortes españolas designaba a un funcionario encargado de la persecución de los delitos públicos, cargo que más tarde los Reyes Católicos instituyeron en las Cancillerías de Granada y Valladolid, y es a través de las leyes de la recopilación expedida por Felipe II en el año de 1576 donde se reglamenta las funciones de los procuradores fiscales que acusaban cuando no lo hacía un acusador privado, así como el control del procedimiento criminal en los tribunales y el ejercicio de la persecución penal en la comisión de los delitos, delimitando la aplicación de las penas y medidas de seguridad en contra de los infractores;



debido a que las leyes vigentes en toda España eran aplicables en todas sus colonias por ende en Guatemala desde la conquista del territorio por don Pedro de Alvarado quedo bajo el imperio, por tal manera los tribunales españoles trenzan jurisdicción en todas la provincias a través de disposiciones legales que ya incluían la denominación del fiscal.

La promulgación de la constitución de Bayona en el año de 1809 la cual regia para España y las Indias, se encuentra uno de los antecedentes más remotos del Ministerio Público para nuestro país ya que regulaba El Consejo Real y el Procurador General o Fiscal. Respecto al sistema legal en Guatemala existía la Capitanía General que tenia entre otras funciones el control de la administración de justicia, actividad asesora y representación de la corona.

En el periodo de la Independencia, el 15 de Septiembre de 1821, Guatemala se deslinda de la corona española y se otorga un fortalecimiento a los fiscales a quienes se les consideraban como asesores dentro de la administración pública. En la Constitución Federal las funciones de los fiscales se delimitaba a ser miembros adscritos a la Corte Suprema de Justicia. El Código Fiscal regulaba las funciones de los fiscales en el desarrollo de de sus actividades tributarias ejecutadas por el Estado a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es pues la función de los fiscales velar por la recaudación de los tributos.

Con la reforma planteada a la Constitución de 1921, nace la figura del Procurador General de la Nación y jefe del Ministerio Público, siendo el Organismo Legislativo quien señalaba cuales deberían de ser sus funciones. A partir de ese momento, el Procurador General de la Nación y Jefe del Ministerio Público, era un departamento adscrito a la Secretaria de



Estado de Gobernación y de Justicia dependencia del Organismo Ejecutivo quien era el que nombraba a Procurador General de la Nación, según esta ley los fiscales seguían teniendo mayor dedicación a los asuntos de Hacienda Pública.

En el período Contemporáneo, conforme a la ideas que imperaban en el período de la revolución de 1944, en el año de 1945 se promulgó la Constitución, por lo que se hizo necesario adaptar la Ley Orgánica del Ministerio Público entre las nuevas disposiciones se regulaba las funciones de los fiscales de la Sala de Apelaciones.

Nace a la vida jurídica el Decreto número 512 del Congreso de la República que reguló cada una de las secciones siendo estos los fiscales de la Sala de Apelaciones De Consultoría, que tenía las funciones de evacuar consultas hechas por la administración pública; la sección de Procuraduría tenía a su cargo evacuar las consultas relacionadas con actividades propias de los particulares y de actos de jurisdicción voluntaria y de menores, actuando en representación de estos, y el estado a través del Ministerio Público. En cuanto a la función del Ministerio Público ante los Tribunales, le correspondía desarrollar la investigación del delito mediante la investigación realizada por los fiscales.

En el período de reforma, con el rompimiento del orden constitucional ocurrido el 23 de marzo de 1982, desaparece de la vida jurídica tanto del Organismo Judicial, como del Organismo Legislativo, y en consecuencia toda la actividad jurisdiccional y legislativa se concretó en un solo organismo estatal, siendo el encargado el Organismo Ejecutivo.



El 14 de enero de 1986, se da un paso histórico en la legislación nacional al entrar en vigor la nueva Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 que incluía la figura del Procurador General de la Nación y la del Jefe del Ministerio Público, nombrados por el Presidente de la República, con lo cual se mantenía la supremacía legal del Decreto 512 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Ministerio Público. Este ordenamiento constitucional reconoce a la institución como autónoma, en donde el Procurador General de la Nación tiene las preeminencias de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Durante esta fase política de Guatemala, el nuevo gobierno insta a una reforma de la Carta Magna y promueve la Consulta Popular llevada a cabo el 30 de enero de 1994 de conformidad con los Artículos 173 y 280 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respectivamente permitió la promulgación del Acuerdo Legislativo 18-93, mediante el cual se aprobaron las reformas constitucionales, siendo una de ellas la contenida en el Artículo 251 a través de la cuales se separan las funciones del Ministerio Público y las del Procurador General de la Nación, para el efecto el Decreto 512 del Congreso de la República de Guatemala se deroga parcialmente.

Con las reformas constitucionales, se promulgó el Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la actual Ley Orgánica del Ministerio Público, por medio de la cual nace a la vida jurídica la figura del Fiscal General de la República como jefe del Ministerio Público y el responsable de su buen funcionamiento. A tal efecto, se instituye el Ministerio Público, conquista del Derecho moderno.



Al asumir el Estado la acción penal, establece los órganos facultados para ejercerla: Lo anterior fue objeto de severas críticas y de encontradas opiniones, el Ministerio Público se ha instauró en la mayor parte de los pueblos cultos, considerándosele como una magistratura independiente. Su misión implícita es la de velar por el estricto cumplimiento de la ley, depositaria de los más sagrados intereses de la sociedad.

El Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social. Su funcionamiento como organismo especializado resulta imprescindible para la buena administración de la justicia. A su importancia natural se agregan la de la equidad y la de la más elemental conveniencia, esto es: la separación radical de las atribuciones del solicitante, por un lado; y las de quien debe resolver la procedencia de dicha solicitud; y el de quien acusa; y de quien falla. Así se evita la parcialidad en el ejercicio de la jurisdicción.

El Ministerio Público surge como instrumento para la persecución del delito ante los tribunales, en calidad de agente del interés social. De ahí que se le denomine representante social. Las sociedades aspiran a una adecuada impartición de justicia a través de instituciones especiales dedicadas a la solución de conflictos. En el caso de conductas delictuosas, se busca que la persecución del responsable esté a cargo de personas ajenas a la infracción, es decir, de especialistas que actúen en representación de todos aquellos que en forma directa o indirecta resultan lesionados. En conclusión, el origen del Ministerio Público se debe a la necesidad de defender los intereses fiscales del Estado y promover la justicia penal en la Nación.



3.1. Definición del Ministerio Público

El nombre Ministerio Público, es una expresión consagrada por la doctrina y la legislación y tiene su origen en la expresión latina "Ministérie Public"; que cuando la analizamos por separado tenemos que Ministérie significa ministro, gobernante o mediador y Público se refiere al pueblo, colectividad o pleno de la sociedad.

Jurídicamente el Ministerio Público puede definirse como: "La institución y el órgano encargado de cooperar en la administración de la justicia, velando por los intereses del Estado, de la sociedad y de los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y prevención de los delitos".²⁷

Asimismo puede ser definido como: "Representación de la ley y de la causa del bien público atribuida al fiscal ante los tribunales de justicia"²⁸

La Constitución Política de la República de Guatemala, lo regula en el Artículo 251 así: El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son los de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país.

El Artículo 1 del Decreto 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Ministerio Público, lo define de la siguiente manera: El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, además velar por el estricto cumplimiento de

²⁷ Martínez. Ob.Cit, Pág. 307.

²⁸ Salvat. La Enciclopedia. Pág. 10246.



las leyes del país. El Código Procesal Penal en el Artículo 107 lo define como: El órgano auxiliar de la administración de justicia que ejerce la acción penal.

En conclusión, se puede definir al Ministerio Público de acuerdo a la integración de definiciones como: fiscalía u órgano acusador del Estado, que ejerce la representación social monopolizando el ejercicio de la acción penal, en nombre del Estado. Suele ser considerado como la parte acusadora, de carácter público, encargada por el estado, de exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal. Como representante de la sociedad, el Ministerio Público no persigue ningún interés propio, ni ajeno, sino que realiza llanamente la voluntad de la ley.

Como la parte pública dentro del proceso, el Ministerio Público es indispensable para que exista proceso penal, agregando a sus peculiaridades un carácter forzoso, imparcial, de buena fe y privilegiado.

El Ministerio Público representa intereses generales. Según sea la personificación de esos intereses generales así será el tipo de Ministerio Público que se obtenga, por lo que para unos es la personificación de la sociedad para otros es del poder ejecutivo y por último para algunos personifica la ley. Los que consideran que el ministerio personifica la sociedad se basan en que el Ministerio Público es el reflejo de la sociedad, en cuanto a que el Ministerio Público personifica al poder ejecutivo en sus relaciones con la administración de justicia, ello en cuanto a que el mismo ejerce la acción penal en nombre del Estado, y al decir que el Ministerio Público es el reflejo de la ley, es la más correcta, ya que el interés del Ministerio Público debe de ser la justicia, la observancia y aplicación de la ley, aunque no es único en



la representación de la ley, pues también a los tribunales se les atribuye esta representación.

3.2. Principios básicos que rigen la figura del Ministerio Público

Los principios que rigen el funcionamiento del Ministerio Público se encuentran establecidos en la Ley Orgánica de dicha institución, siendo éstos:

Principio de legalidad: Este principio está contemplado en el Artículo 1 segundo párrafo de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Este principio establece que el Ministerio Público debe de atenerse siempre a la legalidad, es decir que todas sus actuaciones están sometidas a lo que manda la Constitución, las leyes vigentes lo que es lo mismo no pueden ir en contra de estas. El jurista Cabanellas define el término legalidad como: "Calidad de legal o proveniente de la ley".²⁹

Este principio se tomado en cuenta para regir las actuaciones de esta institución, pues como ente encargado de representar a la sociedad y al Estado y al igual que todo funcionario público se le hace obligatorio actuar con apego a la ley con el fin de garantizar un clima de confianza en la sociedad y que esta se sienta realmente representada por él.

La importancia de este principio radica en que si el único apego que tiene el Ministerio Público es la ley, se le proporcionan las armas a la institución para evitar la intromisión de cualquier otro poder en el mismo o que entes superiores puedan darle órdenes que vayan en contra de sus obligaciones pues él no se debe a estos.

²⁹ Cabanellas. **Ob.Cit.** Pág. 229.



El Principio de autonomía: El cual esta regulado en el Artículo 3 de la Ley citada anteriormente establece que el Ministerio Público debe actuar independientemente, por impulso propio y en cumplimiento de las funciones que le atribuyen las leyes, sin subordinación a ninguna otra autoridad u organismo del Estado. Aquí se plantea que lo único que ata al Ministerio Público es la ley. Debe de actuar con apego a esta, por lo demás actúa sin ataduras a los demás poderes públicos y a las políticas partidistas.

Aunque paradójicamente a esto, señala prestará su colaboración en la facultad de investigar que corresponda a los cuerpos legislativos nacionales o sus comisiones en todo lo relativo a las garantías y derechos constitucionales y estará bajo la dirección del poder ejecutivo cuando actúe como órgano de la conformación y ejecución de la política del Estado contra la criminalidad.

Para que este principio pueda cumplirse verdaderamente deben de revisarse una serie de cuestiones que tiendan a garantizar su independencia; la más importante, es desligarlo completamente de la lucha de poderes tanto políticos como económicos a los que por mucho tiempo se ha vinculados por este organismo.

Principio de unidad y jerarquía: Este principio esta regulado en el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público el cual establece que esta institución es única e indivisible para todo el Estado, se organiza jerárquicamente y en la actuación de cada uno de sus funcionarios está representada íntegramente. Este principio es también conocido como principio de subordinación. Establece que el Ministerio Público en Guatemala es único en todo el territorio nacional y que a la vez todos sus representantes se encuentran bajo la



subordinación directa del Fiscal General de la República quien es su máximo representante y todos sus representantes actúan bajo su delegación y dependencia.

El hecho de que todos los miembros de la institución actúan bajo las ordenes y dependencias de Fiscal General de la República, tiene una doble responsabilidad ya que por un lado se le otorga un alto grado de poder y por el otro se le da un elevado nivel de responsabilidad, se entiende que todas las actuaciones de los miembros del Ministerio Público vienen por orden directa del mismo, así que debe responder tanto por las buenas como por las malas actuaciones de sus subordinados sobretodo cuando provengan de ordenes suyas.

Principio de vinculación: Regulado en el Artículo 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público el cual determina que todos los funcionarios y autoridades administrativas del Estado deben colaborar sin demora, así como proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos, para el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio Público.

Principio respeto a la víctima: Está regulado en el Artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. La institución ejecuta las funciones tomando en cuenta los intereses de la víctima, a quien debe proporcionársele asistencia, consideración y respeto.

Principio de objetividad: Como su nombre lo indica, el Ministerio Público debe en este sentido desarrollar todas sus encomiendas y atribuciones manteniéndose en un plano neutro, es decir que en transcurso de la investigación de los hechos deben de examinar tanto los elementos de incriminación, ya sea que esos fundamenten la acusación o la



agraven y al mismo tiempo los que extingan o atenúen la misma. Es de resaltar que este es uno de los principios de más importancia ya que al ser este órgano el encargado de dirigir la investigación de los hechos punibles, debe obligatoriamente mantener la objetividad ya que no solo se ocupa de buscar las pruebas que incriminen sino las que exoneren de culpa al mismo tiempo.

Ya que hay una línea muy ligera que divide lo personal de lo profesional y puede confundirse y en su empeño de buscar las pruebas se pueden forzar e incluso mal interpretar El Ministerio Público es una institución estatal encargada de la persecución penal, no solo existe en Guatemala, sino que también se ha desarrollado dentro de otros ordenamientos jurídicos alrededor del mundo; representa a la sociedad y es considerado como el único ente acusador dentro de los procesos penales.

3.3. Funciones del Ministerio Público

La actividad del Ministerio Público, descansa sobre tres aspectos: el primero la actividad Inquirente, esta actividad es observada en el procedimiento preparatorio, cuyo objetivo es encontrar elementos para formular la acusación al concluir el mismo; el segundo aspecto, es la actividad de persecución, la cual se observa cuando el Ministerio Público formula la acusación, al encontrar elementos para la persecución penal del sindicado, dando inicio con ello a la fase intermedia; el tercer aspecto, se refiere a la actividad de realización de los resultados obtenidos, actividad que se da en la ejecución de las sanciones.



La Ley Orgánica del Ministerio Público, en el título I, Artículo 2, asigna a la institución las siguientes funciones, sin perjuicio de las que le atribuyen otras leyes:

a. Investigar los delitos de acción pública y promover la persecución penal ante los tribunales, según las facultades que le confiere la Constitución, las leyes de la República y los tratados y convenios internacionales. En esta función la ley le otorga la facultad de ejercer la persecución penal, comprendiendo que la persecución penal es el conjunto de actos que realiza el Ministerio Público para establecer la posible responsabilidad penal de una persona.

b. Ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley y asesorar a quien pretenda querrellarse por delitos de acción privada de conformidad con lo que establece el Código Procesal Penal.

c. Dirigir a la policía y además cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de hechos delictivos. Esto es complementado con lo que regula el Artículo 51 de la misma ley el cual establece, que el Director de la Policía Nacional, las autoridades policíacas departamentales y municipales que operan en el país y cualquier otra fuerza de seguridad pública o privada, están obligadas a cumplir las órdenes que emanen de los fiscales del Ministerio Público y deberán dar cuenta de las investigaciones que efectúen.

d. Preservar el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, efectuando las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia.



3.4. Estructuración del Ministerio Público

El Ministerio Público como institución estatal, tiene una organización administrativa, regulada dentro de su propia ley, cuyo funcionamiento, control, vigilancia y jerarquía se encuentra contenido en los siguientes órganos:

- a) El Fiscal General de la República;
- b) El Consejo del Ministerio Público;
- c) Los Fiscales de Distrito y Fiscales de Sección;
- d) Los Agentes Fiscales;
- e) Los Auxiliares Fiscales;

a) **Fiscal General de la República:** En el Artículo 251 de la Constitución Política de la República se establece que: El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción pública.

El Fiscal General, constituye la máxima autoridad del Ministerio Público y se encarga de velar por el buen funcionamiento de la institución, de ejercer la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga en todo el territorio nacional, por sí misma o por medio de los diversos órganos que la conforman. Asimismo determina la política institucional y los criterios para el ejercicio de la persecución penal, imparte instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como relativas a asuntos específicos en los términos y alcances establecidos en la ley.



El Fiscal General dura cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tiene las mismas preeminencias e inmunidades que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en especial el derecho de antejucio. El Presidente de la República lo puede remover por causa justificada debidamente establecida, o sea la comisión de un delito doloso durante el ejercicio de su función. Para optar al cargo de Fiscal General son requisitos: ser Abogado colegiado, mayor de cuarenta años de edad, haber desempeñado un periodo completo como magistrado de la Corte de Apelaciones o de los tribunales, es decir cuatro años como funcionario judicial, o en su caso haber ejercido la profesión de Abogado y Notario por más de diez años, y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, ser guatemalteco de origen y de reconocida honorabilidad.

El Fiscal General de la República será nombrado por el Presidente de la República de entre una nomina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación integrada de la siguiente forma: a) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside; b) Los respectivos decanos de las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país; c) El Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala; d) El Presidente del Tribunal de Honor del Colegios de Abogados y Notarios de Guatemala.

b) Consejo del Ministerio Público: Es el órgano asesor del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público, cuyas funciones son las de proponer el nombramiento de personal del área de fiscalía; acordar la creación o la supresión y la determinación de la sede y ámbito territorial de las fiscalías distritales, de sección y municipales, a propuesta del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público;



ratificar, modificar o dejar sin efecto las instrucciones generales o especiales dictadas por el Fiscal General de la República, cuando ellas fueren objetadas y las demás establecidas por la ley.

El Consejo del Ministerio Público es un órgano colegiado, el cual está integrado por:

- a) El Fiscal General de la República, quien lo preside.
- b) Tres fiscales electos en asamblea general de fiscales entre los fiscales distritales, de sección y los agentes fiscales.
- c) Tres miembros electos por el Organismo Legislativo entre los postulados a Fiscal General de la República.

En los últimos períodos, el Consejo del Ministerio Público no ha actuado con la fuerza necesaria ni ha asumido su rol de asesor, en los aspectos que se refieren a la implementación de una política de persecución penal efectiva. Probablemente, la debilidad se deba a una rigurosa interpretación del Artículo 18 numeral 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, donde a este órgano se le asigna la función de asesorar al Fiscal General, cuando él lo requiera.

El Consejo solo se ha inclinado a desarrollar funciones de carácter administrativo, lo cual ha provocado que se convierta en un órgano de poco contrapeso a las decisiones del Fiscal General. Actualmente el Consejo necesita ser fortalecido, política y jurídicamente a efecto de que se convierta en un ente determinante en la definición, control y supervisión de la política de persecución penal del Ministerio Público.



c) **Fiscales de distrito y de sección:** Los fiscales de distritos son los encargados o jefes del Ministerio Público en los departamentos o regiones que les fueren encomendados y los responsables del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejercerán la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público, por sí mismos o por intermedio de los agentes fiscales y auxiliares fiscales que la ley establece, salvo cuando el Fiscal General de la República asuma directamente esa función o la encomiende a otro funcionario conjunta o separadamente.

Los fiscales de distrito organizarán las oficinas de atención permanente, para la recepción de las denuncias o prevenciones policiales y las oficinas de atención a la víctima para que se encargue de darle toda la información y asistencia urgente y necesaria.

En cuanto a los fiscales de sección, la idea fundamental de la creación de las fiscalías de sección, es la de perseguir penalmente de manera especializada cierta tipología de delitos que, por su complejidad y/o alto grado de apareamiento en la realidad social, así lo requiere de conformidad con los criterios político-criminales del Fiscal General.

Los Fiscales de Sección serán los Jefes del Ministerio Público en las diferentes secciones que les fueren encomendadas y los responsables del buen funcionamiento de la institución en los asuntos de su competencia. Tendrán a su cargo el ejercicio de las atribuciones que la ley le asigna a la sección a su cargo, actuarán por sí mismos o por intermedio de los agentes fiscales o auxiliares fiscales, salvo cuando el Fiscal General de la República asuma directamente esa función o la encomiende a otro fiscal, conjunta o separadamente.



La Ley Orgánica del Ministerio Público creó originalmente ocho fiscalías de sección, de las cuales dos fueron redefinidas y absorbidas mediante la Fiscalía Contra la Corrupción. Actualmente, el Ministerio Público cuenta con nueve fiscalías de sección y dos más que se contabilizan como fiscalías adjuntas a la de narcoactividad, que funcionan en Quetzaltenango e Izabal de manera regional.

Con un sentido un poco ambiguo, se han instaurado las denominadas fiscalías especiales siguientes: la de delitos contra periodistas y contra sindicalistas; la de delitos contra operadores de justicia; y la de delitos cometidos contra activistas de derechos humanos. El Fiscal General, previo acuerdo del Consejo del Ministerio Público podrá crear las secciones que se consideren necesarias para el buen funcionamiento del Ministerio Público.

d) Agentes fiscales: Son unidades a cargo de un agente fiscal, cuya función primordial es ejercer la persecución penal de los delitos que le sean asignados conforme a la distribución de casos que realiza la fiscalía distrital o la fiscalía de sección a la cual pertenecen. Actualmente, asisten a los fiscales de distrito o fiscales de sección: tendrán a su cargo el ejercicio de la acción penal pública y en su caso la privada conforme a la ley y las funciones que la ley le asigna al Ministerio Público.

Ejercerán la dirección de la investigación de las causas criminales, formularán acusación o el requerimiento de sobreseimiento, clausura provisional y archivo ante el órgano jurisdiccional competente.



Para ser agente fiscal se requiere ser mayor de treinta años, poseer el título de abogado y notario, ser guatemalteco de origen, y haber ejercido la profesión de abogado por tres años o en su caso la de juez de primera instancia, o auxiliar fiscal por el mismo período de tiempo.

e) Auxiliares fiscales: como su nombre lo indica, tiene la función de auxiliar a los fiscales de distrito, fiscales de sección y agentes fiscales, actuando bajo su supervisión y responsabilidad. Los auxiliares fiscales son los que realizan la etapa de instrucción o investigación en el procedimiento preparatoria del proceso penal en todos los delitos de acción pública y en los delitos que requieran instancia de parte, al llenarse este requisito.

Podrán intervenir directamente y por sí mismos en todas las diligencias de investigación y declaraciones de imputados que se produzcan durante el procedimiento preparatorio.

Los auxiliares fiscales podrán, firmar todas las demandas, peticiones y memoriales que se presenten ante los tribunales durante el procedimiento preparatorio. Asimismo, cuando posean el título de Abogado y Notario, podrán asistir e intervenir en el debate, acompañando al agente fiscal. Para concluir diré, que el sistema de justicia es un todo, conformado por cada uno de los órganos a los que la ley les ha otorgado funciones dentro del mismo.



3.5. Valoración final

Hay órganos que por su naturaleza y función asignada dentro del sistema de justicia, inciden de una manera mas profunda, siendo este el caso del Ministerio Público quien lleva sobre sí la responsabilidad de poner en acción el sistema de justicia penal, para que este a su vez, proteja los intereses de la sociedad mediante el uso de la coerción penal u otras formas alternativas, moderadamente permitidas dentro del marco del derecho penal.





CAPÍTULO IV

4. La prueba en el derecho penal

El tema de la prueba es un tópico muy discutido en la doctrina mundial, por lo tanto la definición del mismo o su conceptualización igualmente ha sido objeto de rigurosos análisis. Dentro de las distintas definiciones que de tal instituto se han dado, pueden citarse las siguientes:

En sentido amplio, cabe decir que prueba es: “Lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”.³⁰ Esta noción amplia, llevada al proceso penal, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva.

Desde el punto de vista jurídico la prueba es definida como: “El conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe de decidir”.³¹

En sentido general, se le llama prueba a todo aquello que, en el procedimiento, representa el esfuerzo por incorporar los rastros o señales que conducen al conocimiento cierto o

³⁰ Cafferata Nores, José L. **La prueba en el proceso penal**. Pág. 3.

³¹ Jauchen, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Pág. 17.



probable de su objeto. La doctrina procesal, en cuanto a la conceptualización de la prueba, mantiene tres corrientes principales:

- a) La que define a la prueba como actividad que propone demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, la verdad o falsedad de una afirmación.
- b) La orientación formal, según la cual la prueba debe configurarse como un simple mecanismo de fijación formal, de los hechos alegados en el proceso.
- c) La que considera la prueba como una actividad encaminada a conseguir el consentimiento psicológico del juez o tribunal con respecto a la veracidad o falsedad de los hechos.

Luego de analizar las tres corrientes anteriores a mi juicio es la tercera corriente la que en mejor forma puede desarrollar un concepto de lo que es la prueba y por ello, entiendo que la prueba es todo aquel dato que sirve al juzgador para llegar al convencimiento de cómo fue que ocurrieron los hechos delictivos en un conflicto penal determinado, para así poder emitir la sentencia respectiva sobre la responsabilidad penal del acusado.

4.1. Objeto de la prueba

En todo proceso se discute la existencia de determinados hechos controvertidos, cuya acreditación manifestada en sentencia por el órgano jurisdiccional competente implica la aceptación de la pretensión procesal de una de las partes. En el proceso penal estos hechos controvertidos se relacionan con todas aquellas circunstancias que determinan la



existencia de la acción delictiva y acreditan la participación del procesado en su realización, es decir, su culpabilidad. Por ello el objeto de la prueba es sencillamente, lo que con ella se pretende probar, el hecho controvertido o parte de éste que se demuestra con la información que convence al juzgador de la existencia del mismo.

Por lógica deben de ser probados únicamente los hechos controvertidos, sean físicos, naturales o humanos, no así los aceptados por las partes.

4.2. La actividad probatoria

Cada uno de los sujetos procesales inmersos en un juicio realizan una serie de acciones y diligencias tendientes a la incorporación, admisión, diligenciamiento y valoración de todos aquellos datos que puedan convencer al juzgador de la veracidad de sus argumentaciones; tales actividades que se ejecutan por las partes en un proceso conforman la denominada actividad probatoria. Jurídicamente puede definirse la actividad probatoria como: "La actuación que realizan dentro de un proceso todos los sujetos procesales con el fin de establecer la exactitud o inexactitud de los hechos objeto del proceso".³²

La actividad probatoria implica necesariamente una vinculación legislativa, pues la actuación de los sujetos procesales y de los órganos jurisdiccionales en materia penal debe estar previamente determinada en la ley. En la legislación guatemalteca el sistema de justicia esta integrado por el Organismo Judicial, el Ministerio Público, El Ministerio de Gobernación (por la Policía Nacional Civil y el Sistema Penitenciario) y el Instituto de la Defensa Pública Penal, cada uno de ellos tiene su fundamento constitucional y un desarrollo a nivel de leyes

³² Jauchen. *Ob.Cit.* Pág. 17.



ordinarias sobre su estructura, atribuciones y competencias, además de la específicas señaladas en el Código Procesal Penal, que regula su actuación dentro de la de los otros sujetos procesales como el mismo imputado, su defensor.

Toda esta actividad probatoria tiende buscar un fin, el descubrimiento de la verdad, pero de la verdad formal, pues difícilmente se puede llegar con plena exactitud en un ciento por ciento a la verdad histórica.

4.3. Legalidad, admisibilidad y pertinencia de la prueba

El tema referente a la legalidad de la prueba y especialmente a los efectos que le asignen a las pruebas ilícitamente obtenidas es y ha sido motivo de gran discusión en el ámbito procesal, su sola denominación ha originado una pluralidad de términos como: prohibiciones probatorias, prueba irregular, prueba prohibida, prueba ilegal, prueba ilícitamente obtenida, o reglas de exclusión.

La definición del termino puede elaborarse utilizando dos criterios principales, un laxo, que considera como prueba ilícita la obtenida mediante o con ocasión de acciones que atenten contra la dignidad humana o el orden jurídico, integrado este por normas constitucionales, ordinarias, reglamentarias, etc.

Los seguidores de este criterio fundamentan el origen de la prueba ilícita como: “El atentado que con esta se provoca a la dignidad humana, reconocido universalmente a los distintos



tratados y convenciones de derechos humanos".³³ Dicho autor sostiene que cuando la prueba se obtiene violentando el orden legal bajo la perspectiva del concepto de ilicitud único, es decir no importando la jerarquía de la norma, estableciendo que no se requiere que el quebrantamiento de las normas tenga carácter delictivo sino cualquier acto que trasgreda el ordenamiento legal.

Desde una concepción amplia, otra parte de la doctrina fundamenta la ilicitud de las pruebas en el derecho de defensa del acusado y en la garantía de un debido proceso, pues todas las normas que regulan la prueba en materia penal limitan el poder punitivo del Estado resguardando al procesado. El segundo un criterio restrictivo, señala que solo podrá considerarse ilícita aquella prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la constitución.

El ordenamiento procesal penal guatemalteco, adopta en su regulación una concepción amplia en materia de prueba ilícita regulado en el Artículo 183 prueba inadmisibles. 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 o los archivos privados.

En cuanto a los alcances de la prueba ilícita, en el medio procesal penal guatemalteco, se ha aceptado casi sin cuestionamiento la teoría del fruto del árbol ponzoñoso. También conocida como prueba refleja, derivada, o teoría del fruto del árbol envenenado, la cual tiene su origen en la jurisprudencia establecida por tribunales estadounidenses, las razones que motivan la formulación de esta teoría en esencia son tres:

³³ Miranda Estampes, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Pág. 17.



- a) Disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público para que no violen la protección constitucional;
- b) Integridad judicial, las cortes no deben de ser cómplices de la desobediencia de la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida;
- c) Impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera, el pueblo pierde la confianza en el gobierno.

Por regla general en el derecho probatorio, toda prueba pertinente, es admisible, salvo que por razones de política estatal, o para evitar un entorpecimiento a la búsqueda de la verdad, se declare inadmisibles o exista una regla de exclusión; la regla de exclusión es aquella disposición de derecho probatorio que excluye la prueba pertinente, fundamentando tal exclusión en factores, de falta de confiabilidad de la prueba, razones exteriores de política pública o el posible entorpecimiento o daño que dicha evidencia pudiera causar el descubrimiento de la verdad.

Una prueba es pertinente cuando sirve para convencer al juzgador con relación al hecho que se pretende probar, y es no pertinente cuando dicha evidencia no guarda relación con el hecho que se pretende probar o cuando siéndolo, su utilización causa un daño grave a los derechos del acusado, inferior al valor probatorio que pudiera tener.

Actualmente, la legislación guatemalteca carece de un cuerpo legal especializado para derecho probatorio y debemos conformarnos con la norma instituida el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo



183 un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad.

4.4. Clasificación de la prueba

La prueba puede ser clasificada de acuerdo a distintos criterios, a continuación se plantean tres clasificaciones :

4.4.1. De acuerdo a su utilidad en la búsqueda de la verdad

a) Prueba directa: Son todos aquellos datos que de ser creídos por el juzgador, comprueban los hechos que se buscaba demostrar sin ningún otro tipo de consideración. Verbigracia, la declaración de una persona que se encontraba en la misma habitación donde le sindicado dio muerte a su víctima, la cual no es susceptible de ninguna clase de impugnación.

b) Prueba indirecta: También llamada circunstancial, son todos aquellos datos de los cuales se pueden desprender inferencias que permitan en un momento dado convencer al juzgador de la forma en que ocurrieron determinados hechos. Ejemplo, la declaración de una persona que vio al acusado en la escena del crimen poco tiempo antes de que éste ocurriera. La prueba indirecta cobra un valor muy importante en materia penal, pues difícilmente puede contarse en un gran número de casos con prueba directa para plantear las acusaciones y mientras más delicados sean los delitos que se persiguen en la sociedad



guatemalteca, más difícil resulta el lograr que la gente participe por la misma cultura de silencio y miedo en la que hemos estado inmersos por muchos años.

4.4.2. De acuerdo a su forma de presentación en el debate

a) Testimonial: También denominada personal, comprende a todas aquellas personas que suministran información al juzgador, ya sea sobre los hechos que les constan, o sobre algún aspecto relacionado con el delito y que requiera de sus especiales conocimientos en cualquier ciencia, profesión o arte.

Dentro de esta clasificación encontramos al testigo lego y al testigo perito. El primero, es aquella persona común y corriente que tiene conocimiento personal y directo de la forma en que ocurrieron determinados hechos. Mientras que el testigo lego, es aquella persona que por sus conocimientos especializados en determinada ciencia, arte u oficio, puede ser considerado como experta en la materia.

b) Demostrativa: Está constituida por todas aquellas personas, objetos o representaciones perceptibles por los sentidos, cuyo objetivo es demostrarle al juzgador como ocurrieron los hechos, ésta puede ser real o ilustrativa. La prueba es demostrativa y real, cuando los objetos que se presentan son los mismos que fueron parte del hecho en el cual se quieren presentar como prueba. La prueba ilustrativa, consiste en aquellas representaciones que ilustran al juzgador sobre cómo ocurrieron los hechos que pretenden probar, por ejemplo, una representación computarizada de la trayectoria de los proyectiles disparados.



4.4.3 De acuerdo al ordenamiento jurídico

El Código Procesal Penal guatemalteco, contempla en su Artículo 182 una disposición por la cual los hechos o circunstancias de interés para la correcta solución de un caso podrán ser probados por cualquier medio de prueba permitido. En su Artículo 185 establece que incluso pueden ser utilizados otros medios de prueba no contemplados en este Código, siempre que los mismos no contravengan el ordenamiento jurídico. Dentro de los medios de, la carga de la prueba, o sea la prueba que se contemplan expresamente se encuentran: testimonio, peritación, reconocimientos y careos.

Otro aspecto a considerar, es que en materia penal, al contrario que las demás áreas del derecho obligación que tienen las partes de probar sus distintas aseveraciones, opera solo en función de la parte acusadora, pues en el procedimiento común es el Estado, como ente soberano, el que debe ejercer la persecución penal y el obligado a demostrar que la persona que se encuentra sindicada de un delito fue quien lo cometió, que según sus investigaciones sin olvidar de acuerdo al ordenamiento jurídico guatemalteco todo procesado es considerado inocente, hasta en tanto el tribunal correspondiente lo haya declarado culpable en sentencia y la misma se encuentre firme.

Dicha apreciación debe hacerse más allá de toda duda, pues aunque el ordenamiento legal no lo expresa de esa manera, al establecer que en caso de duda se debe favorecer al reo, se está afirmando que la condena solo puede emitirse cuando no exista ninguna duda razonable.



4.5. Valoración de la prueba

Abordar el tema de la valoración de la prueba es penetrar en el campo de la espiritualidad del juzgador. Se ha dicho que la prueba es todo aquel dato que se presenta en el debate para convencer al juzgador sobre determinado hecho o la forma en que se dio. Dicho análisis de los datos presentados, por el juzgador, implica una actividad espiritual que trasciende lo estrictamente jurídico y abarca también factores de índole humano que hacen posible esta apreciación. Debe quedar claro que la apreciación de la prueba es un proceso distinto al de la determinación de la norma jurídica aplicable al caso concreto en un juicio penal, el aspecto jurídico, formado por la indicación de el o los delitos que se imputan a un acusado, la forma de su participación en ello.

Cualquier tipo de incidente adicional ha sido ya fijado con anterioridad, y la valoración que se hace de la prueba tiene como último fin establecer cual de las hipótesis planteada por los sujetos procesales ha quedado demostrada. Es por ello que esta actividad no se realiza al finalizar el debate, como podría pensarse con cada prueba que se presente. La mente del juzgador, sea individual o colectivo funciona como una balanza y va determinando ya cuál de las hipótesis está quedando mejor establecida.

4.5.1. Sistemas de valoración de la prueba

Son entendidos como los distintos métodos, formas o grupos de criterios para realizar tal actividad intelectual. El estudiarlos desde el paradigma del sistema procesal que lo generó los vinculará a una discusión histórica-doctrinaria acerca de establecer el origen del sistema



acusatorio previo al inquisitivo o por el contrario posterior a éste. Dependiendo del criterio que se tenga sobre esta problemática variará el número de sistemas que de la valoración de la prueba se reconozca.

La doctrina plantea dos posiciones predominantes; la primera acepta solamente la existencia de dos sistemas contrapuestos, la prueba tasada y prueba libre, clasificando a la sana crítica como una subespecie del segundo, en el que algunos autores expresan que la sana crítica no constituye un tercer sistema valorativo, sino que se identifica con la libre valoración. Así que solo se puede hablar de dos sistemas de valoración de la prueba: la valoración legal o tasada y la libre apreciación o sana crítica.

Contrario a esta postura otro gran número de autores afirman la existencia de un tercer sistema de valoración que surge de la polarización de los dos anteriores, el de la sana crítica o libre convicción. Lo importante en esta investigación es dejar plasmadas las diferencias entre cada uno de éstos, por ello se explican separadamente a continuación:

a) Intima convicción: En la íntima convicción que surge con el sistema acusatorio puro, propio de los germanos y de la Grecia Antigua, se vincula a los jurados populares ya sean por consejo de ancianos, personas de autoridad, o ciudadanos comunes. Se valora la prueba de acuerdo a su particular criterio. No está sujeto a ninguna regla sobre la apreciación de los medios de prueba, los aprecia según la forma en que le dicta su entendimiento, de acuerdo a su conciencia, a como él percibió la prueba.



En este sistema era el propio agraviado y el acusado los que exponían sus argumentos ante un tribunal del pueblo formado por un grupo de sus vecinos, o incluso por toda la comunidad en pleno, que decidía de esa forma quién decía la verdad. De esta manera el órgano decidor no está obligado a expresar los motivos de su decisión, no debe fundamentarla ni menos motivarla, solamente emitirla.

Es bueno mencionar que algunos autores han denominado este sistema de valoración como libre convicción, al expresar: "Para no caer en errores que obedecen a una mera diferencia terminológica de un mismo concepto, es preciso señalar que algunos denominan como libre convicción al sistema que en realidad es el de íntima convicción como se le designa en la doctrina europea".³⁴ Este sistema se utiliza en el derecho anglosajón inglés y por herencia de éste, en el norteamericano.

b) Prueba tasada: La prueba tasada contrario a la íntima convicción, es una creación del sistema inquisitivo y se basa en una serie de principios y normas que asignan determinado valor a cada medio de prueba. Por ejemplo los testigos contestes, o un documento público, hacían plena prueba en contra del acusado y al ser este sistema escrito secreto y no contradictorio, la confesión, paso a jugar un papel central; se le llamó prueba reina; porque siendo el fin principal el descubrimiento de la verdad y ya que no había mejor prueba que la aceptación de la responsabilidad por el propio autor.

Este sistema fue aplicado en Europa por la inquisición o la casería de brujas practicada en Salem, Estados Unidos, donde incluso se aceptó la prueba espectral, el empleo de maquinas de tortura como el potro o el cepe, y muchos años después, el Latinoamérica, la

³⁴ Jauchen. *Ob.Cit.* Pág. 53.



utilización de ácidos, quemaduras con cigarrillos, capuchas de gamezán, velas eléctricas, etc., aparatos de terror que obligaron al reo a confesar y aceptar la culpa aunque no la tuviera si no que fallecía a consecuencia de la tortura.

c) Sana crítica o libre convicción: Este sistema surge de la confrontación de los principios y postulados de los sistemas íntima convicción o prueba tasada explicados anteriormente, junto con el desarrollo del derecho continental, fundamentado en la separación de poderes y en la existencia de jueces especializados.

De ahí surge la necesidad de fundamentar el porqué de su pronunciamiento, es decir, que las conclusiones a que se arribe sean fruto racional de las pruebas que se aportaron y la necesaria motivación de la sentencia. El juez aprecia los medios de acuerdo a su conocimiento y experiencia de la vida haciendo uso de las reglas de la lógica sin estar compelido a regla cuantitativa determinada, sino, sino al convencimiento al que arribe por la percepción de éstas, pero debe explicar fundamentalmente cómo acreditó los hechos que le permitieron emitir su fallo.

4.6 Valoración final

Guatemala usa el sistema de la sana crítica razonada encontrando dicho fundamento en el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala específicamente en el Artículo 385 el cual establece: Para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos.





CAPÍTULO V

5. Creación del banco de datos de ADN

Hasta mediados del Siglo XX, no se sospechaba que el ácido desoxirribonucleico, también conocido con sus siglas DNA, fuera una molécula capaz de asegurar la transmisión de los caracteres hereditarios de célula a célula, generación tras generación. Su limitada variedad química no permitía suponer que tuviera la versatilidad necesarias para almacenar la información genética de los seres vivos, como actualmente debido a los avances científicos se ha podido comprobar que el ADN conserva toda la información genética de un ser vivo.

El papel del ADN en la heredabilidad fue develado en 1953 mediante los experimentos de Alfred Hershey y Martha Chase, en los cuales comprobaron que el fago T2 transmitía su información genética en su ADN, y no en su proteína. En 1953 Watson, Crick y Franklins Wilkins fueron los primeros científicos que descubrieron la estructura correcta de la molécula del ADN, propusieron una estructura que consistía en dos cadenas de de polinucleótidos no ramificados, unidas por enlace de hidrógeno que formaban una estructura helicoidal enrollada hacia la derecha, la cual se llegó a conocer como doble hélice.

5.1. Definición de ADN

Cuando se habla de ADN se hace mención al ácido desoxirribonucleico, el cual es el material genético encontrado en todos los seres vivientes y es definido como: "La plantilla



molecular, un registro de instrucciones precisas almacenadas que definen todas las características hereditarias mostradas por un organismo".³⁵

El ADN es la sustancia química donde se almacenan las instrucciones que dirigen el desarrollo de un huevo hasta formar un organismo adulto, que mantienen su funcionamiento y que permite la herencia. Dicha molécula es de longitud gigantesca, formada por la agregación de tres tipos de sustancias: azúcares, llamados desoxirribosas; el ácido fosfórico; y, bases nitrogenadas de cuatro tipos, la adenina, la guanina, la timina y la citosina.

En conclusión, el ADN, o ácido desoxirribonucleico, se define como: "Un biopolímero, compuesto químico formado por unidades estructurales que se repiten que constituye el material genético de las células, está formado por unidades que están ordenadas según una secuencia y es ahí donde se encuentra la información para la síntesis de proteínas; y es el responsable del código genético, que determina en gran medida las características de los seres vivos al nacer".³⁶

Después de analizar las definiciones anteriores en términos simples se puede decir que el ADN es material genético que todos heredamos de nuestros padres, es considerado como la estructura química que hace único a cada ser humano, la única excepción son los gemelos idénticos cuyo ADN es igual.

³⁵ Karp, Gerald. **Biología celular y molecular**. Pág. 389.

³⁶ Burns, Ralph. **Fundamentos de química**. Pág. 654.



Los avances tanto en informática como en biología molecular han aportado nuevas técnicas de análisis para el estudio de las pruebas delictivas, así como modernos sistemas de identificación personal, que agilizan las investigaciones criminales. El gran paso en los sistemas de identificación personal han sido las técnicas de análisis del código genético, que permiten extraer y leer fragmentos de la molécula de ADN.

5.2. Relación del ADN con el derecho penal

La modernización de la justicia penal que se está implementando desde la perspectiva procesal, debe ser complementada con la incorporación de los conocimientos que las diferentes ciencias va adquiriendo. En esta perspectiva el genoma humano se presenta como un espacio susceptible de aportar conocimientos que abren posibilidades insospechadas a la legislación guatemalteca. El ir considerando desde ya su utilización sistemática en el ámbito jurídico, nos va preparando para enfrentar mejor los nuevos desafíos.

Para la sociedad guatemalteca este tema puede significar un auxiliar para las investigaciones criminales desde el ángulo de la inseguridad que se vive a diario, así como el agudizamiento de las conductas delictivas, es decir, la inseguridad se presenta como uno de los grandes desafíos para las distintas sociedades del mundo. Por ello la posibilidad de utilizar los recientes avances de las ciencias, respetando las garantías y los derechos individuales, fortalece no solo la respuesta objetiva del Estado, sino también la conciencia ciudadana, que percibe en éste la preocupación por dar las mejores respuestas a los casos concretos.



Es pues evidente que tales aportes tienen vital importancia en el hecho de que las investigaciones que mejores resultados pueden alcanzar con la práctica de estas pruebas, se refiere a las agresiones sexuales tema de suma importancia en el presente trabajo, delitos que hoy día resultan repudiables, y que cuando han afectado a víctimas menores de edad, han generado las mayores relaciones sociales. Delitos que por lo demás presentan índices de aclaración muy bajos, sin dejar de mencionar que dichos avances además pueden ser útiles para el esclarecimiento de delitos como asesinato, homicidio, parricidio, feminicidio e incluso delitos relacionados con el narcotráfico.

5.3. Creación del banco de datos de ADN en los delitos de violación sexual

La expresión banco de datos si bien parece referirse exclusivamente a los sistemas de acopio de información, en la literatura aparece utilizada de manera ambigua, especialmente porque en muchos bancos de información se guarda paralelamente la muestra, lo que los transforma en definitiva en bancos que manejan material genético e información genética.

Al comenzar el proceso de examen de ADN tenemos material genético en las muestras sometidas al análisis. Al finalizarlo tenemos información genética que puede ser almacenada en cualquier soporte físico capaz de acumular información. Así, la información genética puede guardarse en papeles, carpetas, archivos o en soportes electrónicos, como discos duros, flexibles o cintas.

Para los efectos de este trabajo, entenderemos por banco de datos genéticos a un conjunto organizado y sistematizado de información genética, referido a individuos de la especie



humana, y obtenidos a partir del análisis de ADN, que en términos generales implica los procesos de recolección, registro y uso de esa información.

Un banco puede referirse a la totalidad de una población como a un sector de ella. Aun cuando se ha planteado la posibilidad de extender el fichaje por ADN a todos los recién nacidos en algunos países, los bancos existentes se refieren preferentemente a grupos limitados de individuos. La finalidad de estos bancos puede ser muy variada, pero las más frecuentes tienen relación con la investigación científica y la identificación de personas o restos de personas.

Cualquiera sea la finalidad del banco de datos, el contenido de éste puede referirse exclusivamente a los objetivos específicos del proyecto o incorporar información adicional. Estos suelen corresponder a personas con actividades riesgosas las cuales buscan manejar previamente la información necesaria para tratamientos médicos de urgencia, así como para identificar cadáveres o restos humanos; y los bancos de personas en conflicto con el ordenamiento jurídico, a su vez, cubren grandes necesidades, identificación de paternidad o la identificación de delincuentes.

Desde hace décadas, en el sistema penal internacional se han ido generando bancos de datos de delincuentes. Inicialmente dicha información estaba destinada a establecer un sistema que permitiera identificar con absoluta precisión a las personas que tuvieran algún conflicto con la ley penal, se trataba de tener la certeza de que, efectivamente aquel a quien se detenía era la persona acusada o individualizada, y llegando el momento de la sentencia,



saber si el acusado tenía una conducta anterior ajustada a la ley; o por el contrario, era un reincidente.

Por su puesto esto no era fácil, dada la ausencia de un documento de identidad que ofreciera la característica de inalterable, así como la práctica frecuente de cambiarse de nombre como una manera de eludir la responsabilidad penal.

Fue así como se fueron creando banco de datos basados en fotografías, las medidas antropométricas y más tarde aquellos basados en impresiones dactilares. De ellos el primero y el último aún aparecen y forman la base de los registros existentes a nivel de identificación civil y policial. A partir de los descubrimientos científicos y la implementación de tecnología generada en relación con el ADN y llamada huella genética o identidad genética, se planteo la utilidad y posibilidad de implementar un banco de datos genéticos de personas.

Haciendo un análisis de la importancia de la creación del banco de datos de ADN, es importante resaltar los aportes que han brindado los mismos en diferentes países; en Chile, se utiliza el análisis de ADN como herramienta de investigación criminalística, para apoyar las decisiones civiles y penales, en el marco jurídico actual. Se ha establecido la Ley de Registro de Secuencias de ADN para diversos fines penales, Ley 19,970. Su amplia utilización radica en un conjunto de ventajas que no es posible obtener con otras técnicas de identificación, estas técnicas tienen una gran aceptación entre especialistas e instituciones forenses.

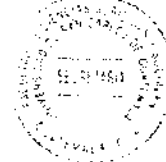


Estados Unidos es quizás el primer país donde se legisla sobre la materia, solo que como estado federado, cada uno de los Estados, lo ha hecho separadamente. Los delitos que facultan para exigir una muestra obligatoria varían considerablemente. Michigan y Arizona solo lo hacen para los delitos sexuales, en cambio Virginia, para un amplio espectro de figuras penales. Solo los delitos sexuales presentan la característica de ser considerados por todos los estados.

Dichos exámenes genéticos son efectuados por organismos públicos, generalmente laboratorios vinculados al sector policial o en laboratorios privados, previamente acreditados para ello. En relación a las personas a quienes se exige el examen existe una variación dependiendo también de cada Estado en algunos se exige a los condenados y en otros también a los inculcados. Es importante resaltar que en algunos Estados se aplica con relación a la retroactividad de la aplicación de la ley.

En Canadá el primer caso de utilización de pruebas genéticas en un juicio criminal data de 1988, pero es a partir de 1995 cuando es posible exigir una muestra biológica para el análisis genético en investigaciones de delitos graves. En el año de 1998 se aprobó la ley concerniente a la identificación por importa genética, posibilitando la constitución del Banco Nacional de Datos; pero no fue hasta en junio del año 2,000 que la misma tuvo vigencia.

La gestión del Banco Nacional de Datos se encuentra a cargo de la Dirección General de la Gendarmería Real de Canadá, creándose a su vez un Comité Consultivo quien es el encargado de examinar y orientar la aplicación de la ley y la administración del banco de datos. En dicho banco se encuentran esencialmente los archivos de evidencias encontradas



en el lugar del delito, sobre la víctima o en sus vestimentas y las concernientes a los condenados.

En julio de 1998 en Puerto Rico se crea la Ley 175 que regula la existencia de un banco de datos sobre estas materias, llamada Ley del Banco de Datos de ADN de Puerto Rico, declarándose como política pública que los datos obtenidos por medio de análisis de material genético son herramientas de gran importancia para la investigación criminal. Dicho banco se encuentra adscrito al Instituto de Ciencias Forenses de Puerto Rico, sus principales funciones son las de asistir a las agencias de seguridad públicas y proveer de información a los procedimientos criminales.

Estableciéndose en dicha ley que solo se obliga a otorgar la muestra a personas convictas y por ciertos delitos específicamente indicados limitándose también los lugares donde se efectuaran las tomas, regulando además los procedimientos para la obtención de las muestras y la confidencialidad del banco de datos.

En Perú fue presentado un proyecto de ley de base de registros de datos de ADN en el año 2001 por un Congresista, en el proyecto se establece la creación de un banco de datos de ADN, el cual sería administrado por la Policía Nacional del Perú. Es de resaltar que llama la atención que sus objetivos trascienden el ámbito penal estableciendo que la toma de las muestras biológicas pueda recabarse de toda persona que se encuentre cumpliendo condena en un centro carcelario o en contra de la cual existen indicios razonables de responsabilidad, pero también a los miembros del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y las personas que soliciten permiso para portar armas.



En Guatemala el ADN es utilizado generalmente en asuntos de filiación, o identificación de paternidad pero seria de mucha utilidad crear un banco de datos de ADN como prueba para la identificación de violadores cuando se cometa un delito de violación.

En la sociedad guatemalteca el delito de violación es uno de los más cometidos, "En el año del 2012 el Ministerio Público recibió 1,426 denuncias por agresión sexual: 1,236 contra niñas y adolescentes y 190 contra niños y jóvenes. Por violaciones en el 2012 hubo 2,135: 1876 contra niñas y adolescentes y 259 contra niños o jóvenes. En el 2013 la fiscalía recibió 291 denuncias por agresión sexual: 252 contra niñas y adolescentes y 39 en contra de niños o jóvenes. Las denuncias por violación sexual en el 2013 suman 643: de esas 589 contra niñas y adolescentes y 54 contra niños y adolescentes".³⁷ Es importante establecer que solo un bajo porcentaje de los delitos denunciados son resueltos en sentencia debido a la falta de pruebas que se pueden incorporar a los procesos.

Por lo que es importante la creación del banco de ADN ya que el delito de violación es uno de los hechos delictivos que tienen como particularidad que el violador o el que comete el hecho delictivo generalmente reincide, es decir que vuelve a cometer una violación posteriormente de haber sido absuelto. Por lo que muchos de los violadores son reincidentes, pero la justicia no ordena hacerles análisis de ADN y de este modo, al quedar su palabra contra la del denunciante, prima la presunción de inocencia del acusado.

Este banco permitirá dar un paso importante en materia penal porque hasta el momento existe un vacío legal con relación al seguimiento de las condenas por violación una vez que se purga la pena.

³⁷ Valdez, Sandra. **Prensa libre**. Pág.12.



La regeneración o rehabilitación de los violadores es poco probable pero el objetivo del banco no sería el de una persecución ni de prejuzgar contra sospechosos de cometer este tipo de delitos sino, sería, otra prueba para ayudar a la Justicia para probar una violación. Si hubo un hecho de este tipo, y hay dudas, el análisis de ADN daría la prueba exacta de la autoría o no de un imputado.

5.4. Bases de datos de ADN para la identificación de delincuentes

Desde los orígenes de la investigación policial con fundamento científico, quienes abordan el escenario del crimen saben que en la comisión de los hechos delictivos y muy especialmente cuando se da una interacción directa entre víctima y victimario, este último va dejando huellas de diferente naturaleza. Precisamente la búsqueda y el análisis científico de esas huellas es lo que hoy se conoce como criminalística. El plomo de la bala asesina, el casquete de ese plomo, la marca del instrumento que forzó la cerradura, el cigarro consumido durante el delito, todas esas son huellas que pueden ayudar al descubrimiento y condena de los autores.

Entre estos indicios rescatados por los investigadores, se encuentran algunas que poseen un altísimo valor probatorio, especialmente, por su carácter claramente identificador del autor del delito, como ocurre con las huellas dactilares. Una situación similar se produce cuando el autor deja huellas de carácter genético. De este modo, la sangre, el semen, el pelo, si tiene raíz, la piel, dejados por un delincuente, pueden constituir elementos plenamente identificatorios de su titular.



Los Bancos de ADN referidos a delincuentes buscan precisamente permitir la comparación de una huella genética de una persona desconocida, con la de una conocida y por esta vía alcanzar la identificación del primero. En este último caso, el objetivo central es identificar o descartar al autor de un determinado delito, cuyas huellas genéticas quedaron en el lugar del crimen. Para lograr estos objetivos, los bancos de datos funcionan con registros de información de diferentes categorías.

En términos generales, algunas se refieren a delincuentes ya individualizados genéticamente, otras a las evidencias encontradas en el lugar del delito y, por último, también hay algunas en donde transitoriamente se registra la información genética de las víctimas, a fin de tener la certeza de que las evidencias provienen de quien se sospecha participó en los hechos investigados, y no corresponden a las mismas víctimas.

En definitiva, un banco de datos de esta naturaleza permite básicamente dos cosas:

- a) Atribuir a un mismo individuo delitos diferentes.

- b) Ubicar o descartar sospechosos respecto de los cuales se tiene el ADN previamente registrado.

En el segundo caso, se trata de utilizar los resultados obtenidos en análisis forenses previos en que la identidad del delincuente no cabe duda alguna comparándolos con evidencias nuevas obtenidas en cuerpos o sitios del suceso de recientes delitos.



5.5. Funciones del banco de datos de ADN

El secreto reside en que cualquier persona suele dejar algún rastro en el sitio por el que ha pasado, entre ellos el lugar de la comisión de un delito, así a partir de colillas de cigarrillos, pelos, saliva, semen pueden obtenerse uno o más perfiles genéticos capaces de identificar a él o los responsables. Estos perfiles genéticos se introducen en una base de datos. Los contenidos del banco de ADN serán secretos y su acceso sólo estará permitido a través de la orden de un juez, o podrá solicitarlo el Ministerio público. El acceso quedará entonces limitado sólo a la justicia y a las partes del proceso que se le lleve adelante al imputado de un delito sexual.

Por otro lado, en los Estados Unidos o países en que existen estos Bancos, cuando la Policía detiene a un sospechoso, está autorizada para tomarle una muestra de sangre o saliva, obtener su perfil genético e introducirlo en la misma base de datos. Automáticamente se cotejan los resultados de las evidencias con los de él o los imputados. Cabe recordar que como la probabilidad de encontrar dos personas que compartan el mismo patrón genético es prácticamente nula, si ambos coinciden, el sospechoso puede pasar a la categoría de culpable en caso contrario a la de inocente. En la investigación de delitos sexuales la búsqueda de semen es de gran importancia debido a que se puede utilizar como elemento de identificación humana y para descartar sospechosos.

La ausencia de espermatozoides no descarta que el fluido sea semen porque éstos se destruyen con facilidad y el sospechoso puede ser oligozoospermico, es decir que tiene poca cantidad de semen o azoospermico, que tiene ausencia de espermatozoides. Por lo



que en relación con este delito se pueden plantear diferentes hipótesis. La más clara es aquella en la que el individuo ha cometido el delito y como resultado de éste, queda en la víctima semen del infractor, desde el que se puede extraer el ADN. Una segunda hipótesis se da en el caso de que, aun cuando la eyaculación no se haya producido al interior de la víctima, si quedó semen en sus ropas. Otra situación posible, se produce cuando se identifica el lugar de la agresión un vehículo por ejemplo, y han quedado allí huellas.

Durante el examen que debe realizar el médico forense a la víctima de violación, este revisa si en la víctima hay residuos de semen, por los que deberá de recoger la muestra y esta deberá de ser almacenarla en el banco de ADN, o el semen puede estar como mancha en la ropa interior de la víctima o en la del sospechoso, en el suelo, en la tierra, o en la ropa de cama. Por lo que la muestra que utilizaría el banco de ADN, saldría en el momento que el médico forense realiza el examen a la víctima, ya que en la actualidad cuando se comete estos delitos se analiza la muestra de semen que el hechor ha dejado en la víctima, pero este no se almacena por lo que no se puede investigar si esta coincide con otras violaciones anteriores, en los cuales el sindicado haya violado a otras mujeres anteriormente quedando impunes en esos casos. En conclusión el Banco de ADN se utilizaría para:

- a) Recopilar las muestras biológicas de las escenas de crímenes o en la propia víctima al realizar el examen por el médico forense;
- b) Reproducir un perfil de ADN de la evidencia;
- c) Convertir el perfil de ADN en un código numérico;
- d) Introducir el código numérico en el programa de base de datos de ADN;
- e) Buscar y encontrar cotejos.



El banco de ADN tendría que estar a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Forenses conocido también con sus siglas INACIF, quien tendría la obligación de trasladar los archivos de información genética al Ministerio Público para almacenarla en el Banco de datos que estaría adscrito mismo.

A manera de concluir, se puede establecer que es evidente que la medicina forense utiliza técnicas desarrolladas en el curso de la investigación sobre ADN para identificar delincuentes. Las muestras de ADN tomadas de semen, piel o sangre en el escenario del crimen se comparan con el ADN del sospechoso; el resultado es una prueba que puede utilizarse ante los tribunales. La utilización de restos orgánicos para identificar el ácido desoximbonucléico (ADN) de una persona ha servido para identificar plenamente el origen de la misma.

Por ello, la creación del banco de datos de ADN puede llegar a ser muy útil en Derecho Penal guatemalteco, no sólo para identificar a una persona gracias a los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia, sino también para determinar la filiación biológica de una persona.

La creación del banco de datos de ADN facilitaría la labor del fiscal investigador, proporcionándole datos concretos y verídicos que pueden constituir prueba en el proceso penal. En el proceso penal el ADN es capaz de revelar datos para identificar a la persona que ha cometido el hecho delictivo.



5.6. Instituto Nacional de Ciencias Forenses

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF) surge de la necesidad de unificar los servicios forenses periciales mediante el desarrollo científico del trabajo que realiza como institución autónoma, garantizando la imparcialidad y confiabilidad de la investigación técnica científica y contribuyendo a la determinación de la prueba científica.

Su finalidad es la de convertir los indicios en elementos útiles para el sistema de justicia, mediante la realización de análisis técnico científicos en materia forense y estudios médico legales apegados a la objetividad, transparencia y autonomía, fundamentados en ciencia o arte. Es una institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional, personalidad jurídica y con patrimonio propio la cual tiene competencia a nivel nacional. El INACIF estará integrado por los órganos siguientes:

A. Consejo Directivo, es el máximo órgano del INACIF y estará integrado por:

- a. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su representante.
- b. El Ministro de Gobernación o su representante.
- c. El Fiscal General de la República o su representante.
- d. El Director del Instituto de la Defensa Pública Penal o su representante.
- e. El Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Médicos y Cirujanos de Guatemala o su representante.
- f. El Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Químicos y Farmacéuticos de Guatemala o su representante.



g. El Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala o su representante.

B. Dirección General: Es el órgano que se encuentra a cargo del Director General del INACIF quien es el responsable de su buen funcionamiento. Será nombrado por el Consejo Directivo, dentro de los candidatos al concurso público de méritos, que será convocado para el efecto al menos con sesenta días de anticipación conforme lo señala el reglamento respectivo. Desempeñara dicho cargo por el plazo de 5 años, pudiendo ser reelecto una vez más, ejerce la representación legal del mismo y le corresponde la ejecución de sus operaciones y la administración interna. Es la autoridad administrativa y jefe superior de todas las dependencias y de su personal.

C. Departamento Técnico Científico: Es el departamento que tiene a cargo del manejo de todos los asuntos técnicos científicos, cuando se solicitan los servicios del INACIF en algún caso, por lo que el servicio debe solicitarse ya sea por el Ministerio Público o la entidad que corresponda.

D. Departamento Administrativo Financiero: este departamento maneja los fondos de los que dispone el INACIF.

E. Departamento de Capacitación: Este departamento tiene la función de capacitar a todos los profesionales de las materias que se necesitan para el buen funcionamiento del INACIF así poder cumplir y desempeñar con éxito las finalidades del Instituto.



Actualmente el Instituto Nacional de Ciencias Forenses INACIF, presta una serie de servicios los cuales son de mucha ayuda para el Ministerio Público dentro de un proceso penal ya que puede utilizarlos para plantear pruebas dentro de este. Dichos servicios pueden numerarse de la siguiente manera

- A. Clínica forense;
- B. Odontológica forense;
- C. Antropológica forense;
- D. Psicología y Psiquiatría forense;
- E. Dactiloscópica forense;
- F. Fisicoquímica forense;
- G. Sustancias controladas;
- H. Toxicología forense;
- I. Documentoscopia y grafología forense;
- J. Identificación y reidentificación de vehículos;
- K. Balística Forense;
- L. Biología forense;
- N. Seminología Forense;
- Ñ. Tricología forense;

El banco dispondrá de los resultados de estudios genéticos que se realicen en las investigaciones penales, especialmente en las que se investiguen delitos contra la libertad y seguridad sexual.



Por lo que los investigadores deben convertirse en verdaderos profesionales, en la búsqueda de evidencias que lleven al rápido esclarecimiento de un hecho delictivo, ayudados por las herramientas específicas y necesarias, apoyados por laboratorios especializados para procesarlos. A excepción de situaciones de incesto, en la mayoría de los delitos sexuales la víctima no conoce al atacante, lo que hace muy difícil su identificación.

En tales circunstancias, la prueba de ADN resulta una herramienta importante, porque, por lo general, existen rastros, como el semen, directamente vinculados con el hecho que se investiga. Pero localizar al agresor es una ardua tarea que no siempre logra su objetivo.

5.7 Valoración final

En consecuencia, lo ideal sería crear el banco de ADN para ayudar a la justicia con llevar ordenadamente un registro de las personas que han sido acusadas de cometer el delito de violación para lograr cotejar la muestra del presunto violador con las muestras que tenga el banco de datos.

Por ello, la creación del banco de datos de ADN puede llegar a ser muy útil en Derecho Penal guatemalteco, no sólo para identificar a una persona gracias a los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen, en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia, sino también para determinar la filiación biológica de una persona. La creación del banco de datos de ADN facilitaría la labor del fiscal investigador, proporcionándole datos concretos y verídicos que pueden constituir



prueba en el proceso penal. Si bien es cierto, actualmente el INACIF presta dentro de sus servicios específicos el llamado seminología forense, también es cierto que dicho estudio solo sirve en el momento del ataque sexual no así en el proceso penal ya que por carecer de un banco donde se almacene dicha información, la misma ya no puede ser utilizada en nuevos procesos iniciados por estos mismos delitos los cuales quedarían impunes.



CONCLUSIONES



1. El gobierno guatemalteco, no cuenta con un sistema de planificación de prevención del delito de violación y abuso sexual que ayude a erradicar este flagelo en la sociedad guatemalteca.
2. En Guatemala existen registros que almacenan información relacionada a la identidad de personas, no obstante, aún no se cuenta con un banco de datos, que contenga un archivo de huellas genéticas, por lo que, para fines criminalísticos el ADN se utiliza para identificar a los sindicados, si se le ha individualizado, de lo contrario no se le puede identificar.
3. El Ministerio Público es el ente encargado de establecer las formas de análisis y recolección de los elementos encontrados en el lugar de la comisión de los delitos que posteriormente servirán de prueba, tiene como limitante para esclarecer los delitos de violación sexual, la falta de un banco de datos que contenga archivos de ADN, que facilite la rápida identificación del sindicado.
4. El Estado de Guatemala, cuenta con una Institución especializada que se encarga de analizar en los delitos de violación sexual los elementos genéticos encontrados en la víctima, pero su función es únicamente para un caso concreto o actual ya que cuenta con un archivo de ADN específico para buscar la relación que pueda existir en casos anteriores



5. La falta de un banco de datos de ADN, provoca que la mayoría de los delitos de violación sexual no puedan ser investigados ni resueltos ya que no se cuenta con la evidencia para identificar al sindicado.



RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Ministerio Público como órgano encargado de la persecución penal, cuente con personal capacitado para poder llevar a cabo de una forma especializada la recolección de muestras obtenidas tanto en las víctimas de violación como en el lugar de la comisión de dichos delitos, porque con ello se daría seguridad a la investigación que se realiza.
2. El Estado de Guatemala, debe procurar la creación de un Banco de datos de ADN porque es necesario que el Ministerio Público cuente con un archivo genético y así poder identificar de una manera más rápida a los responsables de los delitos de violación sexual.
3. Que las autoridades del gobierno guatemalteco, aprueben la creación de un banco de datos de ADN, con el objeto de contar con los medios de prueba necesarios para ligar a una persona a quien se le sindicque la comisión de un delito de violación sexual, porque mediante los archivos contenidos en el banco de datos se podría determinar si el sindicado ha cometido el mismo delito en diferentes ocasiones.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar la Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias forenses (INACIF), con el objeto de que en la misma se regule la creación del Banco de datos de ADN que sirva como ente auxiliar del Ministerio Público y porque facilitará la investigación de los delitos de violación sexual.



5. Al ser reformado el Decreto número 32-2006 del Congreso de la República de Guatemala Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, es necesario que el Ministerio Público y Corte Suprema de Justicia, trabajen de manera conjunta, para establecer los mecanismos que permitan la eficacia del banco de datos de ADN para resolver los casos de delitos de violación sexual, porque esto podría proporcionar los datos concretos y verídicos que puedan constituir prueba en el proceso penal.



BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Manual de derecho penal**. Bogota: Ed. Temis, 1998.

BURNS, RALPH. **Fundamentos de química**. 2ª. ed.; México: Ed. Interamericana S.A., 1980.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 4ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 15ª. ed.; corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2001.

CAFFERATA NORES, José Luis. **La prueba en el proceso penal**. 1ª. ed. Argentina: Ed. Depalma, 1994.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal parte general**. 17ª. ed.; Barcelona: Ed. Bosch, 1974.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. 13ª. ed.; Guatemala: Ed. Crockmen, 2002.

Diccionario. **Pequeño Larousse**. 2ª. ed.; Santa Fe Bogotá, Colombia: Ed. Printer Colombiana, S.A., 1997

GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. 3ª. Ed.; Argentina: Ed. Astrea, 1993.

JAUCHEN, Eduardo M. **La prueba en materia penal**. Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1996.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires Argentina: Ed. Hermes, 1959.

KARP, GERALD. **Biología celular**. 2ª. ed.; México: Ed. Interamericana S.A., 1996.



MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alonso. **Diccionario jurídico básico**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 2001.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. 1ª ed.; España: Ed. José María Bosch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Ed. Bosch, 1975.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1992.

PALACIOS MOTTA, Jorge Alonso. **Apuntes de derecho penal**. Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1980.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Nauta, S.A., 1959.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República e Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

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

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

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 40-94, 1994.

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