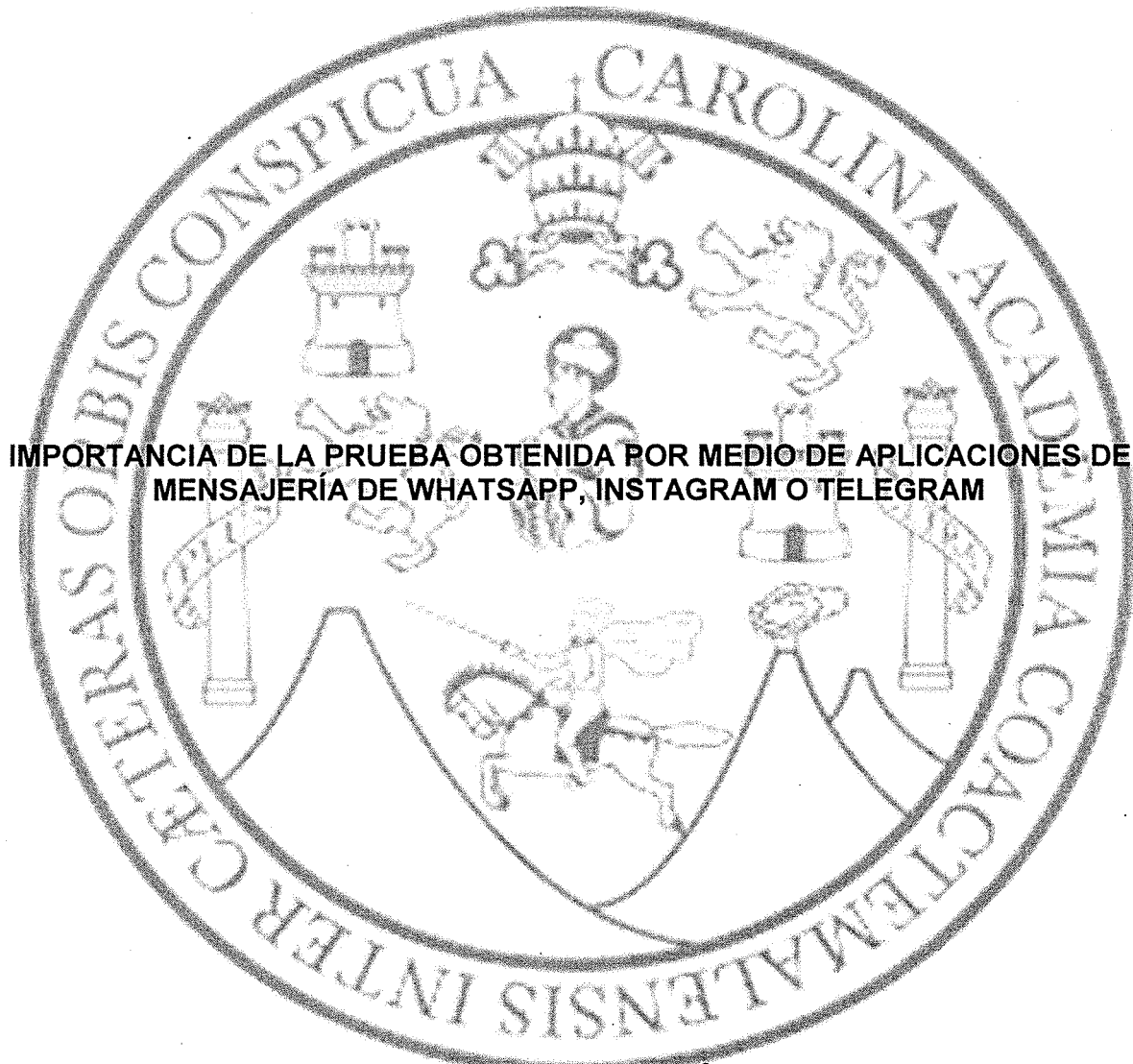


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



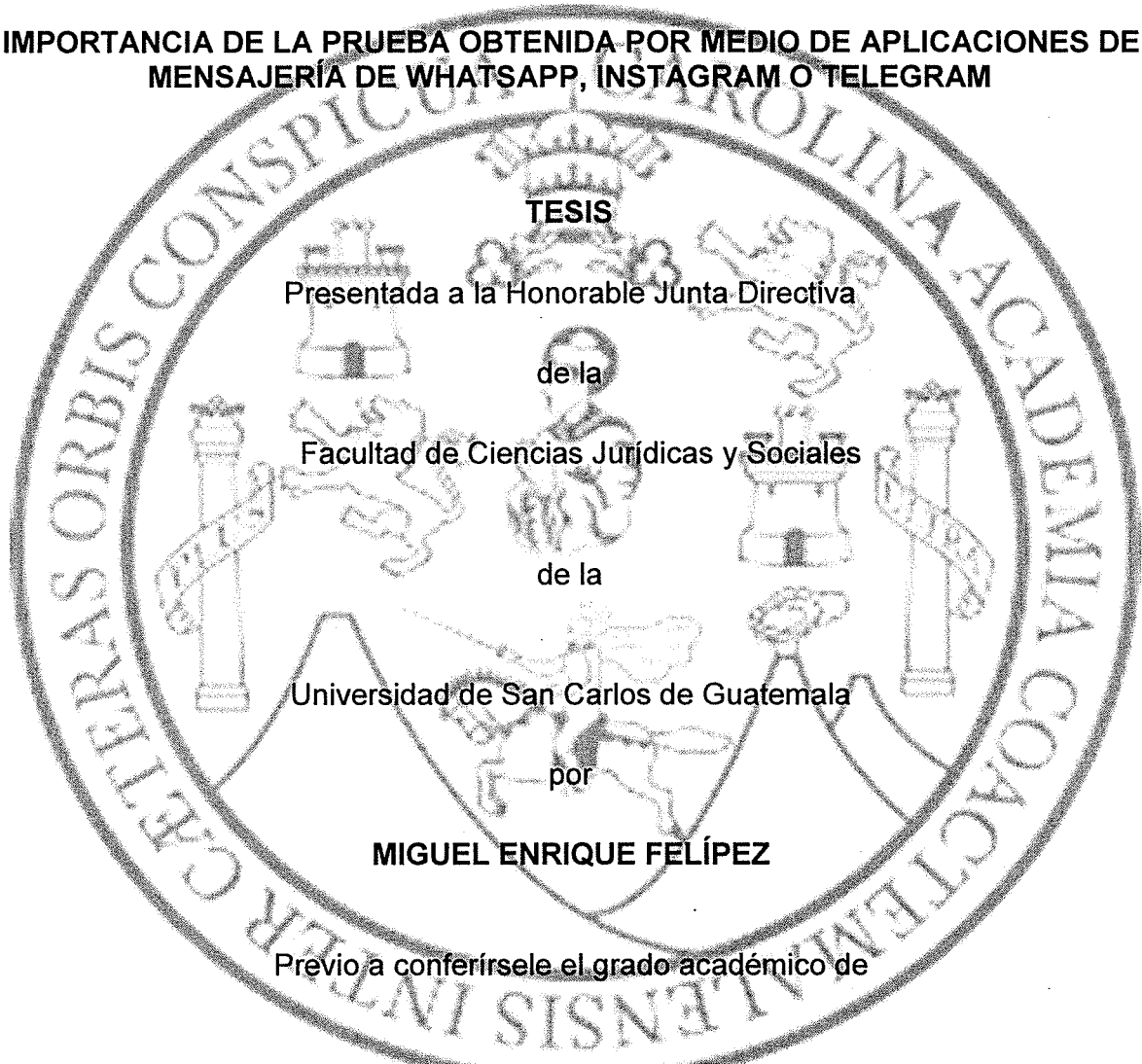
**IMPORTANCIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE APLICACIONES DE
MENSAJERÍA DE WHATSAPP, INSTAGRAM O TELEGRAM**

MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2022

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

**IMPORTANCIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE APLICACIONES DE
MENSAJERÍA DE WHATSAPP, INSTAGRAM O TELEGRAM**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2022

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Alberto Cáceres Lima
Vocal:	Lic.	Adolfo Vinicio García Méndez
Secretario:	Lic.	Wilfredo Porras Escobar

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Sergio Armando Teni Aguayo
Vocal:	Lic.	Guillermo Alfonso Jerez Hernández
Secretario:	Lic.	Adonay Augusto Catavi Contreras

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



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMER NIVEL EDIFICIO S-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de
FECHA DE REPOSICIÓN: 25/10/2021



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. treinta y uno de julio de dos mil dieciocho

Atentamente pase al (a) profesional **CARLOS DIONISIO ALVARADO GARCÍA**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ**, con carné 201121343 intitulado **INCORPORAR COMO MEDIO DE PRUEBA LAS COMUNICACIONES UTILIZANDO LA APLICACIÓN DE WHATSAPP**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción: 31 / 07 / 2018

(f)

Asesorado (f) **Dr. Carlos Dionisio Alvarado Garcia**
ABOGADO Y NOTARIO
(Firma y Sello)



Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario

Guatemala, 20 de febrero de 2020

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado Orellana Martínez:

Muy atentamente le informo que de acuerdo al nombramiento de fecha treinta y uno de julio del año dos mil dieciocho, he procedido a la asesoría de tesis del alumno **MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ**, la cual es referente al tema nombrado: "INCORPORAR COMO MEDIO DE PRUEBA LAS COMUNICACIONES UTILIZANDO LA APLICACIÓN DE WATSAPP"; sin embargo, analizando con el bachiller, la conveniencia de modificar el título, quedo de la siguiente manera "**IMPORTANCIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE APLICACIONES DE MENSAJERÍA DE WHATSAPP, INSTAGRAM O TELEGRAM**" y después de llevar acabo las modificaciones correspondientes le doy a conocer:

En cumplimiento de esta designación, he brindado la orientación requerida y se ha asesorado el tema con la debida acuciosidad, dando como resultado que: el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudios completos, su contenido científico y técnico de tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se hacen observaciones; en cuanto a las técnicas empleadas, éstas tienen como objetivo exponer propuestas que se realizaron para llegar a resolver el problema a través de los pasos establecidos previamente, utilizando la recolección de datos, tales como: libros, diccionarios, la exposición de doctrina en páginas Web y ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de investigación.

La metodología y las técnicas de investigación que se han utilizado, se desarrollaron a través de un análisis crítico y descriptivo del contenido de la presente tesis y la realización de síntesis y deducciones para generar la conclusión discursiva; de manera que se utilizó el análisis de diversas leyes, doctrinas y la información de páginas de internet, que se relacionan con el tema investigado; todo ello, con el fin de llegar a la conclusión discursiva de que se deben buscar soluciones al problema señalado.

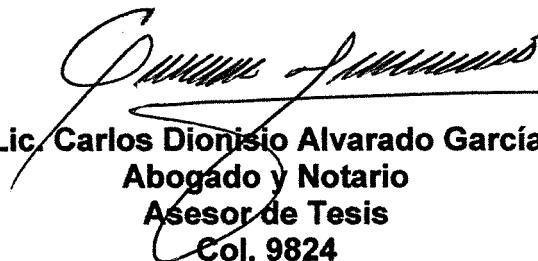
La redacción utilizada por la estudiante, es la correcta; apegándose a los requisitos de las normas mínimas establecidas en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público.

**Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario**

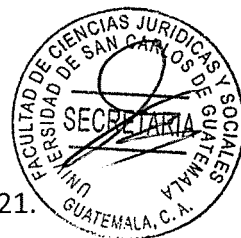


Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

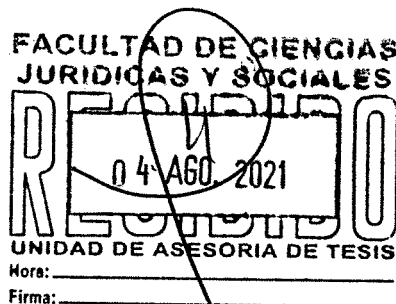

Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 9824

Lic. Carlos Dionisio Alvarado García
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 04 de agosto de 2021.

Dr.
Carlos Ebertito Herrera
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala

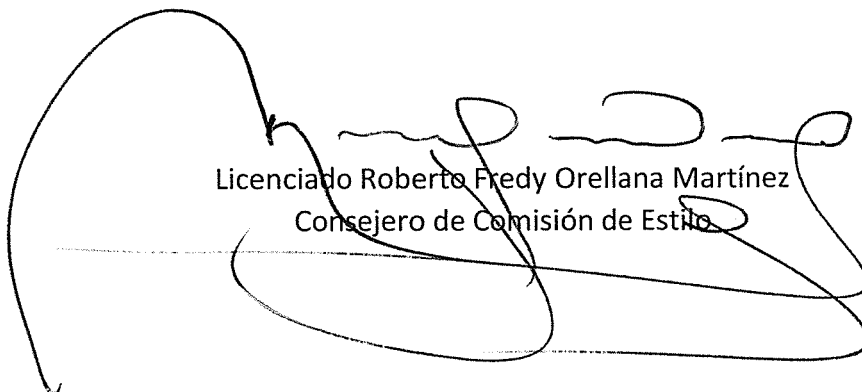


Dr. Herrera:

De manera atenta le informo que fui consejero de estilo de la tesis titulada: **IMPORTANCIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE APLICACIONES DE MENSAJERÍA DE WHATSAPP, INSTAGRAM O TELEGRAM**, realizada por el bachiller: MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ, para obtener el grado académico de licenciado de ciencias jurídicas y sociales.

El alumno cumplió con todas las observaciones que se le sugirieron, por lo cual dictamino de manera FAVORABLE, para que el trámite de orden de impresión pueda continuar.

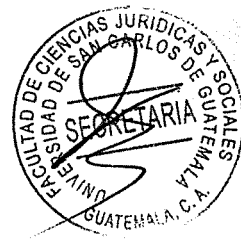
ID Y ENSEÑAD A TODOS



Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez
Consejero de Comisión de Estilo

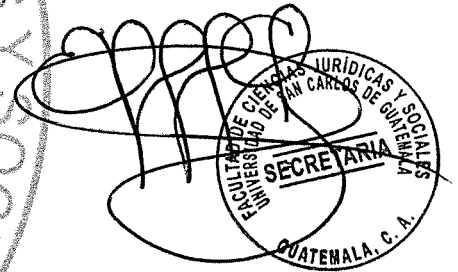
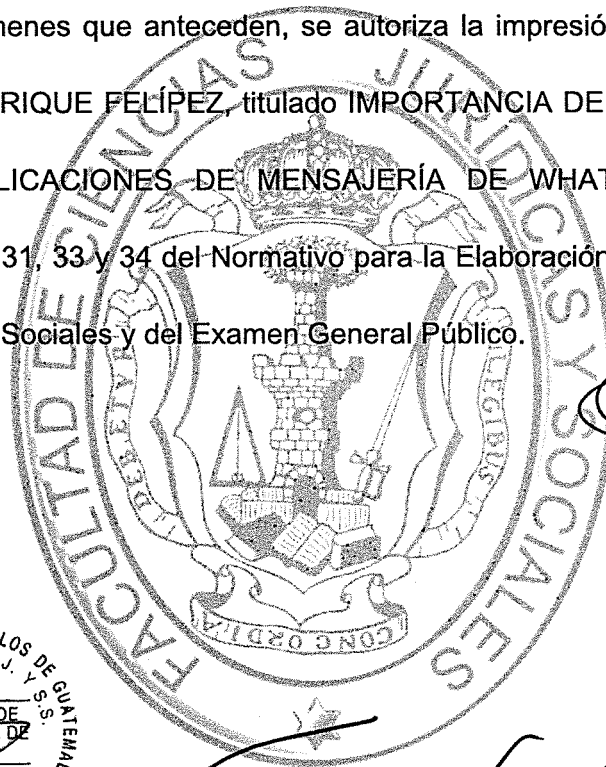


USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

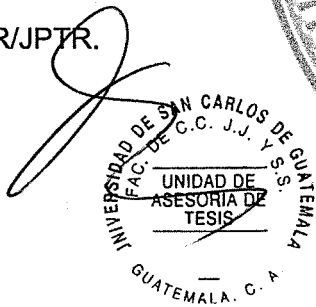


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinticinco de octubre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MIGUEL ENRIQUE FELÍPEZ, titulado IMPORTANCIA DE LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE APLICACIONES DE MENSAJERÍA DE WHATSAPP, INSTAGRAM O TELEGRAM. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/JPTR.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por iluminarme y guiarme durante este tiempo de culminar tan anhelo sueño, sin ti no hubiera podido superar los momentos difíciles y de prueba, pido sus bendiciones en cada proyecto que emprenda en mi vida, nunca me apartare de ti.

A MI MAMA:

Por su apoyo incondicional y acompañarme en cada etapa de mi vida, por ser mi inspiración, corazón guerrero, valiente, triunfador y por enseñarme el camino hacia el éxito con amor, compromiso y pasión.

A MIS ABUELOS:

Me enseñaron que el trabajo duro es el camino que conduce al éxito.

A TODOS MIS FAMILIARES:

Por el apoyo incondicional que me brindaron con sus consejos en todos los años de estudio realizado.

A MIS AMIGOS:

En general; por el apoyo brindado y sus buenos deseos en la evolución de este proyecto; cada uno en su propio estilo.



- A:** Guatemala, mi patria; a la que podré contribuir en su desarrollo y prosperidad.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por abrirme sus puertas y permitirme iniciar los conocimientos, aptitud, carácter y valores para actuar con apego a la ética y a la moral profesional.
- A:** La Universidad de San Carlos De Guatemala, por la formación profesional y ser la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.

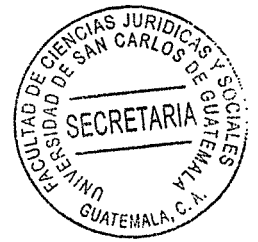


PRESENTACIÓN

De todos los servicios de mensajería instantánea, la aplicación WhatsApp es la más usada mundialmente; y, a pesar de sus innegables ventajas como la practicidad, rapidez y su bajísimo costo, puede ser también objeto de uso indebido por parte de algunas personas, pues es fácilmente manipulable. Tanto es así que, los tribunales han tenido que tomar algunas decisiones, acerca del valor que las conversaciones de WhatsApp y servicios similares, pueden tener como prueba en un juicio. Y es que, sólo las personas que hayan participado en una conversación, ya sea entre dos o un grupo, podrán hacer uso de la misma. Se debe incorporar como medio de prueba, las comunicaciones, utilizando la aplicación de WhatsApp, cuando su obtención es de manera lícita y sin que procedan de un perfil falso; asimismo, determinar la forma en que podría afectarle; y si en ésta no existe mala fe en el sentido de manipuleo del número de teléfono para producir los mensajes.

Este estudio corresponde a la rama del derecho penal y procesal penal. El período en que se desarrolla la investigación es, de enero de 2017 a diciembre de 2019. Es de tipo cuantitativa; puesto que, el problema se mide por cantidad. El sujeto de estudio es la aplicación del WhatsApp como medio de prueba; y, el objeto, la incorporación como medio de prueba, de las comunicaciones, utilizando la aplicación de WhatsApp.

Concluyendo con el aporte científico, que se materializa al analizar la forma en que la prueba recabada en la aplicación de WhatsApp debe tomarse como prueba.



HIPÓTESIS

La hipótesis planteada para este trabajo fue que, de todos los servicios de mensajería instantánea, la aplicación WhatsApp es la más usada mundialmente y, a pesar de sus innegables ventajas como la practicidad, rapidez y su bajísimo costo, puede ser también objeto de uso indebido por parte de algunas personas; pues fácilmente manipulable. Tanto es así que, los tribunales han tenido que tomar algunas decisiones acerca del valor que las conversaciones de WhatsApp y servicios similares pueden tener como prueba en un juicio. Y es que, sólo las personas que hayan participado en una conversación; ya sea entre dos o un grupo de personas podrán hacer uso de la misma. Se debe incorporar, como medio de prueba, las comunicaciones, utilizando la aplicación Whatsapp, cuando su obtención es de manera lícita y sin que la persona que lo obtiene tenga perfil falso; asimismo, determinar si la prueba fue dirigida de manera individual o a un grupo, para evidenciar la forma en que podría afectarle; y si en ésta no existe mala fe y manipuleo del número de teléfono, para la obtención de mensajes.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis planteada fue debidamente comprobada, en el sentido de que, se evidencia la importancia de implementar como medio de prueba los mensajes de Whatsapp, tanto es así que, los tribunales han tenido que tomar algunas decisiones acerca del valor que las conversaciones de Whatsapp y servicios similares, pueden tener como prueba en un juicio. Por lo que, se deben incorporar como medio de prueba, las comunicaciones utilizando la aplicación de Whatsapp; siempre tomando en cuenta que no exista la mala fe para la obtención de la prueba.

Entre los métodos que se emplearon para la validación de la hipótesis formulada, están: el analítico, el deductivo e inductivo y el dialéctico, para la elaboración de razonamientos que sustentaron los aspectos científicos y jurídicos. Con lo que se puede ampliar el conocimiento y perspectiva de lo que se pretende comprobar. Asimismo, las técnicas de investigación bibliográfica, documental y de campo.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La prueba.....	1
1.1 Definición de prueba	4
1.2 Objeto de la prueba.....	5
1.2.1 Alegaciones de hechos	6
1.2.2 Alegaciones de derecho.....	8
1.3 Diferencias existentes entre la prueba del hecho y del derecho.....	9
1.4 La fuente de prueba	10
1.5 Clasificación de la prueba	11
1.6 Carga de la prueba.....	13

CAPÍTULO II

2. Diligenciamiento de los medios de prueba.....	15
2.1 Los medios probatorios	15
2.2 Clasificación de los medios de prueba.....	16
2.3 La importancia del testimonio como medio de prueba.....	20
2.4 La pericia.....	21
2.5 Reconocimiento como medio de prueba.....	23
2.6 El careo	24
2.7 Valoración de los medios de prueba	24
2.8 Los sistemas de valoración de la prueba	25
2.8.1 El sistema de prueba legal o prueba tasada	26
2.8.2 Sistema de libre valoración de la prueba	27



CAPÍTULO III

3. Incorporar, como medio, de prueba las comunicaciones utilizando la aplicación de WhatsApp	31
3.1 Definición de Whatsapp.....	31
3.2 Funcionamiento de la aplicación Whatsapp.....	32
3.3 La confidencialidad de Whatsapp	33
3.4 Mensajes de Whatsapp considerados medios de prueba.....	34
3.5 Problemas de seguridad de Whatsapp	44
3.6 Los servicios de mensajería instantánea contemplados por las leyes procesales.....	47
3.7 Los mensajes de Whatsapp y su aceptación como prueba en Guatemala.....	48
3.8 Requisitos que debe cumplir una conversación de whatsapp para que sea tomada como eficaz	51
3.9 El uso de las conversaciones de grupos de Whatsapp como medio de prueba	55
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	61
BIBLIOGRAFÍA	63



INTRODUCCIÓN

La aplicación de WhatsApp y otras de mensajería de redes sociales, no garantizan la seguridad y confidencialidad de la información que maneja; tanto como los mensajes de texto, audio, fotos e incluso hasta los contactos. Esto se establece en sus términos y condiciones de uso que, como mal hábito, jamás se toman el tiempo para leer. También establece que, su uso es únicamente para personas mayores de 16 años, aunque no se ha establecido aún por parte de la empresa, un mecanismo para verificar qué edad sea la permitida entre todos sus usuarios.

La aplicación en mención, proporciona un aviso a sus usuarios que tiene la potestad de cambiar sus condiciones de usos, cuando así lo desee y sin previo aviso; sin importar que dichos cambios afecten negativamente a sus usuarios, y en el caso que alguien no esté de acuerdo, su única salida es dejar de utilizar sus servicios, en virtud de que tienen millones de usuarios que les dan la posibilidad de no preocuparse por afectar o no, a sus usuarios en todo el mundo.

Asimismo, los datos que se transmiten por medio de la aplicación, jamás son eliminados de sus servidores, lo que quiere decir que la empresa siempre tendrá una copia de dicha información, solo se elimina del celular y de este hecho es que surgen sentencias que algunos juzgados han resuelto, por el simple hecho que pueden obtener toda la información aún de mensajes borrados del celular de todo tipo, en estos casos, de información que compromete en la comisión de un delito.

El objetivo general de este informe consistió en, analizar la aplicación de Whatsapp, como prueba en procesos penales; siempre que reúna las características idóneas para que sea considerada lícita.



Cabe indicar que, los métodos utilizados en la elaboración de esta tesis fueron analítico, el sintético, el inductivo, el deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la documental y las fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó información suficiente y de actualidad; y, el trabajo de campo.

Esta tesis está contenida en tres capítulos, los cuales se detallan a continuación: en el primero, se trató lo relacionado a la prueba; el segundo se refirió a los medios de prueba; y, el tercero, contiene el tema: incorporación, como medio de prueba, de las comunicaciones, utilizando la aplicación de Whatsapp.

Cabe resaltar que, desde el punto de vista constitucional y de derechos humanos, el objeto de la protección al secreto de las comunicaciones consiste en establecer límites al actuar del poder público y evitar así la injerencia arbitraria e ilegítima al área privada de las personas. Esta comprende las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, el contenido de correspondencia y comunicaciones. Por otro lado, si se cuenta con autorización judicial y la obtención se realizó de manera lícita, debe acatarse tal resolución.

Se espera sea de utilidad esta tesis para futuras generaciones y para que se tomen las sugerencias acá indicadas.



CAPÍTULO I

1. La prueba

Se puede decir que, la prueba se considera como una operación de la cual depende en gran parte el costo y el rendimiento del proceso, por lo tanto, es necesario que no quede abandonada a la libre actividad de los hombres que participan en ella, sino, al contrario, que el derecho pueda regularla a fin de garantizar del mejor modo posible, sus resultados.

Cabe mencionar que, “la valoración de las pruebas tiene lugar mediante el empleo de reglas de experiencia; por lo cual, una regulación de estas en esta fase puede hacerse en el contexto de que el oficio no quede en libertad para la elección de la regla a aplicar, sino que tal regla le sea impuesta convirtiéndose de esta manera la regla de experiencia en una regla legal.”¹

“Una regla de experiencia que convierte en aquélla, cuando se establezca para alguien la obligación de someterse a ella; en lo que se refiere a las reglas de experiencia que se utilizan para la valoración de las pruebas, tal obligación se impone al juez y, en general, al oficial del proceso. El resultado de la valoración de

¹ Morales Alvarado, Melisa. **Valoración de la prueba en el proceso ordinario.** Pag. 22



la prueba es que se reconozca su eficacia o su ineficacia para establecer la verdad de la afirmación.”²

Se puede decir, entonces que, la prueba también se toma como aquel medio para patentizar la verdad o falsedad de algo, y como procedimiento, es aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o de un tribunal sobre de la exactitud de las afirmaciones de hechos operadas por las partes en el proceso.

Es, por la prueba que las partes demuestran la verdad de su afirmación, debido a que a través de ella que se convence al juez sobre lo discutido. La prueba se aporta cuando existen hechos controvertidos. Y cuando la prueba ha cumplido con el procedimiento a que se ha hecho referencia y el juez se encuentra en la posición de dictar sentencia, debe determinar que eficacia tiene los medios de prueba ofrecidos, propuestos y diligenciados, basándose en los distintos sistemas de valoración.

“La doctrina europea distingue entre las llamadas pruebas legales y las pruebas libres, las primeras son aquellas en las cuales la ley le señala al juzgador, por anticipado, el grado de eficacia de la prueba y las segundas le dan libertad para determinar su eficiencia. Básicamente los sistemas de valoración de la prueba son

² Carnelutti, Francesco. **Instituciones de derecho procesal civil.** Pág. 23



tres, la prueba legal o tasada, la libre convicción y la sana crítica, sistema que es utilizado en el derecho español.”³

Es importante señalar que, el aspecto de la generalización o antecedentes de la prueba, se puede definir de manera específica, que lo que se prueba en el proceso, no es el derecho, ni siquiera la pretensión o lo que se demanda, sino los hechos, y éstos no son más que las afirmaciones que se toman como presupuesto, para que se sujeten a comprobación.

Por lo cual, se debe de cumplir por las partes, en la demanda, y por el otro lado, en la contestación, y exponerlos de manera clara, precisa y congruente con lo que se demanda, en virtud que sustentan el derecho cuestionado o lo que se pretende; este ejercicio del derecho es conocido por el juez, por lo tanto, el reconocimiento de la pretensión depende mucho si los hechos que la fundamentan son ciertos, o si éstos se comprueban con los medios de convicción ofrecidos, aportados y diligenciados de conformidad con la ley.

Si se logra probar el hecho sobre el que descansa la demanda, su procedencia es obligada, lo que es impuesto por el juzgador al momento de resolver.

³ Madrazo, Sergio. Danilo Madrazo. **Compendio de derecho civil y procesal**. Pág. 37



1.1. Definición de prueba

Se puede comenzar definiendo a la prueba en su acepción jurídica, la cual “es la que demuestra la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.”⁴

También se define la prueba como instrumento, en este sentido se conoce que es el medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo.

Cuando se considera como procedimiento, es aquella actividad de carácter procesal cuyo objeto consiste en lograr la convicción del juez sobre la exactitud de las afirmaciones de hechos cometidos por las partes.

Cabe señalar como una definición más que, “la prueba es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva”.⁵

Otro aspecto para considerar es, examinar “la prueba en el procedimiento judicial la cual es susceptible de tomarse en dos acepciones. En primer lugar, se entiende que

⁴ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil**. Pág. 224.

⁵ **Ibíd.** Pág. 46



consiste en los medios empleados por las partes para llevar al ánimo del juez ^{1a} convicción de la existencia de un hecho; en segundo lugar, comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a su decisión.

“Lo que se llama prueba no es más que el objetivo que persiguen las partes para obtener el convencimiento del juez en un negocio determinado. En conclusión, por prueba se entiende lo que persuade el espíritu; todo lo que existe en el proceso que puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio.”⁶

1.2. Objeto de la prueba

A este respecto, se puede decir que, “el objeto de la prueba es contemplado desde dos puntos de vista: uno abstracto y otro en concreto. En abstracto se entienden las realidades que objetivamente pueden ser probadas y en concreto son las realidades que han de ser probadas en un proceso determinado.”⁷

Definido a que, se refiere el objeto de la prueba, es indispensable preguntarse ¿Qué se debe probar? En virtud que normalmente el objeto de la prueba son los hechos

⁶ González Bustamante, Juan José. **Principios de derecho procesal penal mexicano**. Pág. 57

⁷ *Ibíd.* Pág. 67



y ya que legislación guatemalteca comparte dicha opinión, como lo señalan los Artículos 123 y 126 del Código Procesal Civil y Mercantil. Se ve entonces que, en el proceso civil, en donde la vigencia del principio de aportación de parte, carga procesal, establece que sólo estas pueden realizar alegaciones, el objeto de la prueba vendrá determinado por estas alegaciones, pero no todas deberán ser probadas.

1.2.1. Alegaciones de hechos

Es importante iniciar este punto, comentando que la prueba recae sobre afirmaciones de hechos realizados por las partes, sobre los hechos que constituyen la base de la norma cuya aplicación se pide. Las alegaciones de hechos que deben probarse son las siguientes:

a. Hechos admitidos, no controvertidos

Como es de conocimiento, el proceso civil está regido por el principio dispositivo, por lo tanto, los hechos admitidos por las partes no necesitan ser probados y, aún más, ni siquiera debe intentarse la prueba sobre los mismos, al respecto el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil indica que sólo se abrirá a prueba el proceso si hubiere hechos controvertidos.



b. Hechos notorios

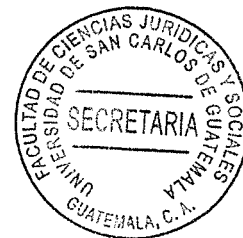
Pueden definirse como, “aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social durante el tiempo en que se produce la decisión judicial.”⁸ El aspecto primordial es que lo notorio no precisa de prueba, pero debe tomarse en cuenta:

- Que no son hechos notorios los conocidos previamente por el juez.
- Es necesario tener claro que una cosa es el hecho notorio y otra la fama pública o el rumor.

c. Hechos que se favorecen por una presunción

Sobre el asunto de las presunciones legales existe uno o varios indicios y un hecho presumido y lo que sucede en esta situación es que probado el indicio la ley dice que se presume existente el hecho presumido, el cual no necesita ser acreditado directamente. Por otro lado, todas las presunciones legales *iuris tantum* admiten prueba en contrario.

⁸ <http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20revista%20juridica/Revista%20Juridica%201516/articulos/05%20Aplicacion%20del%20Hecho%20Notorio.pdf> (Consulta: 13 de febrero de 2020)



1.2.2. Alegaciones de derecho

En esta situación se debe considerar que, el conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador; en virtud que se dice justamente el tribunal conoce el derecho, y ello se corresponde perfectamente con la función jurisdiccional de aplicar el derecho objeto.

Por lo tanto, la falta de necesidad de prueba del derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el derecho escrito, interno y general, lo que significa que sí es necesario probarse lo descrito a continuación:

a. La costumbre

En cuanto a este tema, el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial señala que, al reconocer la costumbre como fuente del derecho, precisa que se aplicará cuando esta resulte probada.

b. El derecho extranjero

A partir del Artículo 24 de la Ley del Organismo Judicial, se señalan los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera.



c. Derecho histórico o no vigente

En este apartado se debe tener en cuenta que, el deber del juez de conocer el derecho del país se limita al vigente, no al histórico.

1.3 Diferencias existentes entre la prueba del hecho y del derecho

Como es de conocimiento, existen grandes diferencias entre los hechos y el derecho cuando se les contempla desde la perspectiva del objeto de la prueba. En cuanto a este tema las diferencias se refieren a:

a. El diferente valor de la admisión por la otra parte de los hechos y del derecho

“Los hechos admitidos o afirmados por las partes, aquellos sobre los que existe conformidad, se imponen al juez, quien no podrá desconocerlos en la sentencia, pero no tendría sentido que, si una norma extranjera no existe, la alegación y la admisión de esta por una de las partes, se toma como existente por la otra parte, que pudiera imponerse a un juez que es sabedor de esa inexistencia.”⁹

⁹ *Ibíd.* Pág. 79



Con relación a la norma, el derecho existe o no existe y no pueden las partes ponerse de acuerdo para determinar su existencia, y tampoco para que el juez diga en la sentencia que no existe.

b. Diferencia de la ciencia con el conocimiento privado del juez

El juez no puede determinar, cómo existente un hecho que él conoce como persona particular, si no ha sido probado, pero sí puede aplicar una norma no comprendida si tiene conocimiento de esta por sus estudios privados.

c. El deber del juez en la investigación de oficio el derecho

Es necesario insistir en que, el deber del juez de investigar el derecho extranjero no puede imponerse; no pueden ser iguales los casos de juez de primera instancia de un departamento alejado de la capital que el que labora en la Corte Suprema de Justicia.

1.4. La fuente de prueba

Dentro de la doctrina procesal hacen alusión a la confusión en torno a si los conceptos de medio de prueba o fuente de prueba son sinónimos o por el contrario



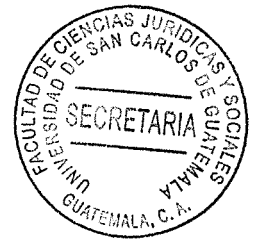
identifican objetos de los conocimientos distintos. Por lo tanto, el primer punto se refiere a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba.

Respecto a las fuentes prueba, se puede decir que son las personas o cosas cuya existencia son anteriores al proceso e independientes de él y que tienen conocimiento o representan el hecho o probar.

“Se puede decir que los medios de prueba son los procedimientos que señala la legislación para poder incorporar al proceso las fuentes de prueba pertinentes. Dentro del ordenamiento procesal penal, se regulan como medios de prueba los testimonios, en los Artículos del 207 al 224 del Código Procesal Penal, en donde se indica el deber de prestar declaración, modalidades de recepción, las excepciones y la necesidad de protesta solemne que regulan la forma en que dicho medio ingresará al proceso.”

1.5. Clasificación de la prueba

Cabe señalar que, existen varias clasificaciones de los medios de prueba y como una clasificación importante se tiene la de Cabanellas, Guillermo:



a. Por confesión

Es de conocimiento esta surge por declaración que hace un individuo voluntariamente. Constituye un medio de prueba tasado, puesto que produce plena prueba. La confesión puede ser expresa, que es la que se hace con palabras o señales que claramente manifiestan lo confesado. Tácita, que es la que se infiere de hecho cometido o la supuesta por la ley. Judicial, es la efectuada en juicio y la extrajudicial, que es la que se hace fuera de juicio.

b. Por testigos

Esta es la que se hace, a través del interrogatorio y declaración verbal o escrita de personas que han presenciado los hechos litigiosos o han escuchado su relato a otros.

c. Prueba pericial

También se le conoce como dictamen de expertos, la cual surge del dictamen de peritos, es decir personas que son citadas ante un tribunal para declarar en base a sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario para el juzgador el asesoramiento técnico sobre dentro del juicio.



d. Inspección ocular

Es conocida como reconocimiento judicial, consiste en el examen que hace el juez por sí mismo y en algunos casos con el auxilio de peritos, del lugar donde se produjo el hecho o la situación litigiosa o controvertida.

e. Documental o instrumental

Este tipo de prueba es la que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito.

f. Prueba conjetural

Esta es la que resulta de indicios, señales, presunciones o argumentos.

1.6. Carga de la prueba

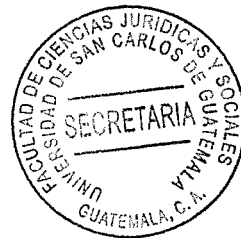
Al establecer lo que se ha de probar, el razonamiento lógico nos hace preguntarnos



¿Quién debe probar?, lo que significa examinar la carga de la prueba. determinación de esta carga exige fijar algunos principios y criterios.

De acuerdo con la doctrina el principio de aportación de parte es el que determina que son las partes las que deben probar. Sobre estas recae la carga de alegar los hechos que son la base de la norma cuya aplicación solicitan y deben de probar la existencia de estos hechos, con el objeto de convencer al juez de su existencia o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

Por lo anterior, se percantan de que la carga de prueba se resuelve en quién debió probar. En relación con ello la doctrina de la carga de la prueba produce efectos en dos momentos distintos, el primero, en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, cuando el juez decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba, y el segundo, respecto de las partes para que sepan quién debe probar un hecho determinado.



CAPÍTULO II

2. Diligenciamiento de los medios de prueba

Para comprender mejor este tema, se necesita definir “la prueba judicial la cual se conoce como un acto procesal a través del cual se le dirige al juez al convencimiento de los hechos que son materia de la controversia. Por lo tanto, la prueba judicial es un acto, que proviene de la voluntad de quienes lo producen y es de carácter procesal, pues solo se realiza dentro del proceso y tiene como finalidad llevarle al juez la certeza de los hechos.”¹⁰

“En el momento de comprender que en todo proceso que se denomina contencioso, indiscutiblemente cuenta con personas que tienen intereses controvertidos. Por esta razón las simples afirmaciones que cada uno de ellos pueda realizar sobre determinados hechos o circunstancias se hacen insuficientes, dan lugar a acreditar precisamente con los medios probatorios.”¹¹

2.1. Los medios probatorios

“Los medios probatorios constituyen los instrumentos que permiten incorporar al proceso, la información indispensable para comprobar un hecho contrapuesto o

¹⁰ Azula Camacho, Jaime. **Manual de derecho probatorio**. Pág. 4

¹¹ Cisneros Farías, Germán. **Diccionario de frases y aforismos latinos**. Pág. 36



afirmación y provocar en el juzgador la certeza plena, con el objeto de que este declare el derecho que se pretende, satisfacen con ello la pretensión ejercitada.”¹²

Conforme al Artículo 185 del Código Procesal Penal, medio de prueba es el procedimiento legal, a través del cual se ingresa o puede ingresar un elemento de prueba en el proceso. Incluso si se tratase de un medio de prueba no regulado, se asimilará al medio de prueba más análogo para su incorporación en el proceso.

2.2. Clasificación de los medios de prueba

De acuerdo con la doctrina, los medios de prueba se clasifican en los siguientes:

a. La inspección

Es importante mencionar que, “es el medio de prueba, por el cual, el funcionario que lo practica a la vez describe personas cosas o lugares. Su objetivo es de determinar la existencia de rastros del delito, por lo tanto, la alteración o dispersión de éstos y cualquiera otra observación que puede hacerse sobre un acontecimiento delictivo en relación con personas, lugares y cosas, tiene el poder de influir significativamente en el proceso.”¹³

¹²Martínez Pineda, Ángel. *Filosofía jurídica de la prueba*. Pág.72

¹³ *Ibíd.* Pág. 78



También es importante definir, “la inspección ocular como un medio de prueba o de investigación directo, en el cual entre lo investigado y el órgano judicial no hay interpuesto medio humano o material alguno”.¹⁴

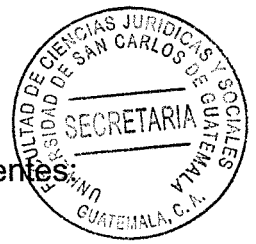
Cabe señalar, además que, una situación contraria es la que sucede, con las diligencias referentes a los testigos o documentos, en las cuales la persona o el documento es el medio por el cual el órgano jurisdiccional se forma opinión o llega a conclusiones determinantes de acuerdo con la investigación.

Respecto a este tema, se encuentra que el Artículo 187 del Código Procesal establece: “Cuando fuere necesario inspeccionar lugares, cosas o personas, porque existen motivos suficientes para sospechar que se encontrarán vestigios del delito, o se presuma que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, se procederá a su registro, con autorización judicial.

Por medio de la inspección es posible comprobar el estado de las personas, lugares y cosas, y sus efectos materiales que fuesen de utilidad para la confirmación del hecho o la individualización de los partícipes en él.

En cuanto a los efectos materiales, se puede decir que son modificaciones del mundo exterior producidas por un delito, pero que, a diferencia de los rastros, no indican directamente su comisión.

¹⁴ Par Usen, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Pág. 137.



Existen diferentes tipos de inspección y a continuación desarrollaran los siguientes:

- **Inspección del imputado y de personas**

Es, a través de este tipo de inspección que puede comprobarse el estado mental o corporal de las personas. La ley admite que, previo permiso judicial, que se someta a personas a inspección, enfatizan que durante la diligencia se respete el pudor de estas.

- **Inspección de lugares**

Esta es la que realiza el Ministerio Público o en su caso, también puede realizarse por el juez.

En lo referente a este tipo de inspección el Artículo 189 del Código Procesal Penal señala: “De ordinario, los registros en lugares cerrados o cercados, aunque fueren de acceso público, no podrán ser practicados antes de las seis ni después de las dieciocho horas”.

Asimismo, el Artículo 192 del Código Procesal Penal establece: “La orden de allanamiento será notificada en el momento de realizarse a quien habita el lugar o



al encargado, entregándole una copia. Si quien habita la casa se resistiere al ingreso o nadie respondiere a los llamados, se hará uso de la fuerza pública para ingresar. Al terminar el registro se cuidará que los lugares queden cerrados y, de no ser ello posible inmediatamente, se asegurará que otras personas no ingresen en el lugar, hasta lograr su cierre.

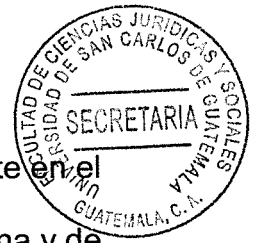
Este procedimiento constará en el acta. La medida de cierre a que se refiere este artículo no podrá exceder del plazo de quince días, salvo casos especiales calificados por el juez”.

- **Inspección de cadáveres**

La práctica nos ha demostrado que esta diligencia puede tener algunos rasgos del reconocimiento, cuando lo que se busca es conocer a identidad de la víctima pues elementos específicos solo podrán ser apreciados debidamente por expertos.

- **Inspección corporal**

Esta se define como la observación y descripción de partes del cuerpo de las personas. Situación que, puede afectar la intimidad de estas.



Dentro de esta, también se encuentra la inspección psiquiátrica, que consiste en el examen médico con el fin de analizar las facultades psíquicas de una persona y de esta manera determinar la condición intelectual y emocional de las personas. Sobre este tema, el Artículo 194 del Código Procesal Penal indica: “Reconocimiento corporal o mental. Cuando, con fines de investigación del hecho punible o de identificación, fuere necesario el reconocimiento corporal o mental del imputado, se podrá preceder a su observación, cuidando que se respete su pudor.”

- **Registro de lugares públicos**

Conforme a lo regulado en el Artículo 193 del Código Procesal Penal, “el registro o ingreso en las oficinas administrativas o edificios públicos, de templos o lugares religiosos, de establecimientos militares o similares, o de lugares de reunión o de recreo, abiertos al público y que no están destinados a habitación particular, no requieren permiso judicial de allanamiento; cuando las personas encargadas de los locales lo permitan.”

2.3. La importancia del testimonio como medio de prueba

Se inicia al definir que, “un testigo es toda persona que proporciona información de manera verbal, de su conocimiento sobre un hecho objeto de investigación o durante la fase de esta, o en último caso cualquiera otra etapa procesal”.¹⁵

¹⁵ Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 49



A esta prueba también se le conoce como, declaración de testigo en virtud que comprende la afirmación de haber presenciado o escuchado hechos que son relevantes sobre el proceso que se juzga.

En cuanto a la declaración de testigos, el Artículo 315 del Código Procesal Penal, señala: “Proposición de diligencias. El imputado, las personas a quienes se les haya dado intervención en el procedimiento, sus defensores y los mandatarios podrán proponer medios de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio.

El Ministerio Público los llevará a cabo si los considera pertinentes y útiles; deben dejar constancia de su opinión contraria, a los efectos que ulteriormente correspondan. En caso de negativa el interesado podrá acudir al juez de paz o de primera instancia respectivo, para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto”.

2.4. La pericia

En este punto se puede definir la pericia “como el medio de prueba cual se introduce al procedimiento un dictamen que se funda en conocimientos especiales de alguna



técnica, arte o ciencia. Dicho informe permite la mejor valoración de un elemento probatorio”.¹⁶

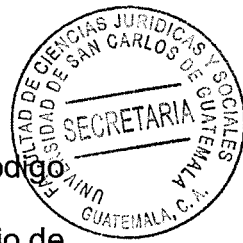
Respecto a este medio de prueba el Artículo 230 del Código Procesal Penal establece: “Orden de peritaje. El tribunal de sentencia, el Ministerio Público, o el juez que controla la investigación en el caso de prueba anticipada, determinará el número de peritos que deben intervenir y los designará según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones a plantear, se atiende a las sugerencias de las partes.

De oficio a petición del interesado, se fijará con precisión los temas de la peritación y acordará con los peritos designados el lugar y el plazo dentro del cual presentarán los dictámenes. Las partes pueden proponer también sus consultores técnicos, en número no superior al de los peritos designados”.

Es necesario conocer el significado de dictamen, el cual la doctrina indica que “es el acto procesal elaborado por un perito por medio del cual brinda información de manera detallada sobre las operaciones practicadas, sus resultados y conclusiones, aplican los principios de su ciencia; arte o técnica.”¹⁷

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 78

¹⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal. Héctor Aníbal de León Polanco. **Aproximación del derecho procesal penal guatemalteco.** Pág. 22



En cuanto a este medio de prueba, cabe mencionar el Artículo 242 del Código Procesal Penal, el cual señala: “Cotejo de documentos. Para el examen y cotejo de un documento, el tribunal dispondrá la obtención o presentación de escrituras de comparación. Los documentos privados se utilizarán si fueren indubitados, y su secuestro podrá ordenarse, salvo que el tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo. También podrá disponer el tribunal que algunas de las partes escriban de su puño y letra en su presencia un cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia”.

Es de gran importancia el cotejo de documentos, así como la escritura de puño y letra, para el esclarecimiento de la verdad; procedimiento que, al hacerse de manera objetiva, es de gran ayuda para las actuaciones que debe encaminar en su función investigativa, el Ministerio Público.

2.5. Reconocimiento como medio de prueba

Para entender este tema, se define el reconocimiento como “la diligencia por medio de la cual se comprueba la identidad de una persona o una cosa. Es el acto formal a través del que, se intenta conocer la identidad de una persona, mediante la intervención de otra.”¹⁸

¹⁸ Milena, Conejo. Rolando Cortés. **La oralidad en el proceso penal.** Pág. 28



Cabe mencionar que, el reconocimiento de documentos, cosas y otros elementos de convicción que han sido incluidos en el procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, testigo y peritos solicitándoles informar al respecto de estos.

2.6. El careo

Este medio de prueba consiste en la reconstrucción de acontecimientos que constituyen el objeto del proceso o de alguna parte, por medio de la colocación, el uno frente a otro, de dos órganos de prueba, para que describan los hechos y discutan sobre los mismos, cuando se establezcan contradicciones con el fin de que quede demostrada la verdad de los hechos.

“Se considera que su valor probatorio será una consecuencia tanto de la superación de contradicciones como de los nuevos elementos que proporcione al juez la confrontación, pero siempre será necesario considerar su resultado con discreción.”¹⁹

2.7. Valoración de los medios de prueba

Se debe tomar en cuenta que, después de diligenciar los medios de prueba y de lograr que éstos formen parte del proceso, los jueces deberán analizar

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 65



objetivamente para resolver en cuanto respecta a la participación del procesado en el delito que se le imputa. Desde este punto de vista surge la importancia de esta fase del proceso, por tal razón se le define como la operación intelectual destinada a establecer la eficacia de los elementos de prueba recibidos.

Dicha valoración tiende a determinar cuál la utilidad de los fines de la reconstrucción del acontecimiento cuya afirmación originó el proceso. Cabe mencionar que es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales, pero es necesario tomar en cuenta que también corresponde colaborar a todas las demás partes que participan dentro del proceso.

2.8. Los sistemas de valoración de la prueba

Con el objeto de valorar el resultado de la prueba, fueron creados los sistemas o reglas de valoración, el primero de ellos es el llamado sistema de la prueba legal o tasada y el segundo es el sistema de la libre valoración de la prueba, este se subdivide en dos: sistema de la libre convicción y sistema de la sana crítica razonada.

Conforme a lo anterior cabe mencionar que “la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y a las llamadas máximas



generales de la experiencia”;²⁰ esto quiere decir, que siempre debe existir sana crítica, pero puede existir o no obligación de motivar la conclusión que se adopte.

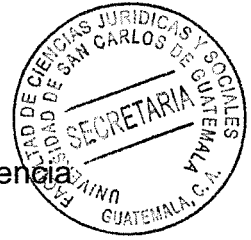
En la actualidad se habla de libertad de prueba, lo que quiere decir que cualquier medio que contribuya a la averiguación de la verdad es admitida y por lo tanto existe la posibilidad de aportar cualquier elemento de prueba.

2.8.1. El sistema de prueba legal o prueba tasada

Se puede iniciar mencionando que, en el país el sistema de prueba legal o tasada quedó en desuso, a partir que entró en vigencia el Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República. Este sistema es considerado de excesiva rigidez, con el cual la ley le indica al juzgador el valor exacto que debe darles a los medios de prueba y le establece las condiciones bajo las que debe condenar y resolver, sin tomar en cuenta o darle valor a su propio criterio.

Cabe mencionar que, este sistema tiene como base la desconfianza hacia los jueces y pretende limitar su criterio interpretativo; por lo tanto, es propio del proceso de tipo inquisitivo que rigió principalmente en época de escasa libertad política, lo que lo convirtió en un fenómeno que propicia la falta de libertad judicial, como un

²⁰ **Ibíd.** Pág. 84



curioso intento de garantía para el imputado, en el momento de la sentencia definitiva.

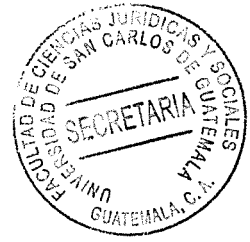
2.8.2. Sistema de libre valoración de la prueba

Este sistema se divide en dos, la libre convicción o íntima convicción y la sana crítica razonada, los cuales se desarrollan a continuación.

a. La libre convicción

Cabe mencionar que, este es un sistema bastante flexible y como resultado ocasiona una completa incertidumbre, en virtud que el juez tiene la facultad de resolver como su criterio lo indique, por lo tanto, le otorga la plena libertad en la estimación de las pruebas.

Dicho sistema también concede al juez, una amplia potestad de apreciar a la prueba sin ningún tipo de restricción; además, le permite la consideración de indicios como apoyo para alcanzar la convicción judicial, con lo cual recae totalmente en la responsabilidad del juez que se lleve a cabo la aplicación de la justicia.



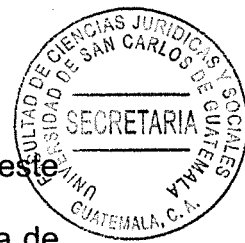
b. La sana crítica razonada

Este sistema es considerado un intermedio entre la prueba legal y la libre convicción. Al respecto la doctrina indica: “Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, de regular la actividad intelectual del juez frente a la valoración de la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez”.²¹

La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, con el objetivo de asegurar un completo y eficaz razonamiento. Cabe mencionar que las reglas de la sana crítica razonada como reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y el lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Para lo cual, el juez antes de resolver debe valorar los principios de la lógica, y también los de la experiencia.

Este sistema hace referencia a un procedimiento complejo de toma de decisiones, el juez es libre de apoyarse en su propio criterio, pero hay límites, como por ejemplo la obligación de fundamentar la decisión con la finalidad de impedir la arbitrariedad.

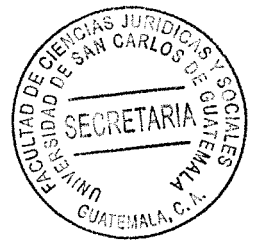
²¹ *Ibíd.* Pág. 59

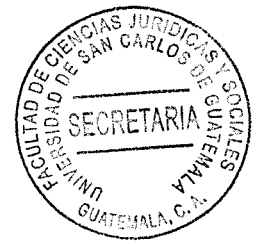


Por lo tanto, el Código Procesal Penal en los Artículos 186 y 385 respaldan este principio. Lo que le brinda más seguridad al hecho que para valorar la prueba de acuerdo con este sistema, los jueces deben considerar los conocimientos que aportan los peritos, las leyes de la lógica, los principios psicológicos y el sentido común, los jueces están tienen la potestad de resolver, pero toman en cuenta únicamente a la cuestión planteada por el acusado y por lo tanto debe apoyarse solamente en las pruebas aportadas.

Cabe señalar que, la sana crítica razonada exige que se fundamente de la decisión del juez, es decir, debe expresar los motivos y mencionar los elementos de prueba que se tuvieron en cuenta para llegar a una resolución del caso y valorar la prueba.

En conclusión se puede decir que, este sistema exige también que la valoración crítica sea racional, respetan las leyes del pensamiento y de la experiencia, en el sentido de fundamentar todas las conclusiones sin omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados, esto se refleja en la presentación de las conclusiones por parte del tribunal.





CAPÍTULO III

3. Incorporar, como medio de prueba, las comunicaciones utilizando la aplicación de WhatsApp

Para un mejor desarrollo del tema de investigación se necesita conocer las definiciones que se manejan en el mundo de las comunicaciones como lo son:

3.1. Definición de Whatsapp

“Es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes, en la que se envían y reciben mensajes mediante Internet, así como imágenes, vídeos, audios, grabaciones de audio (notas de voz), documentos, ubicaciones, contactos, gifs, así como llamadas y videollamadas con varios participantes a la vez, entre otras funciones. WhatsApp se integra automáticamente a la libreta de contactos, lo que lo diferencia de otras aplicaciones, ya que no es necesario ingresar alguna contraseña o pin para acceder al servicio. Según datos de principios del año 2020, es líder en mensajería instantánea en gran parte del mundo, en el que supera los 2000 millones de usuarios, superan a otras aplicaciones como Facebook Messenger o Telegram, entre otros.”²²

²² <https://es.wikipedia.org/wiki/WhatsApp>. (Consultada el 10 de mayo de 2020)



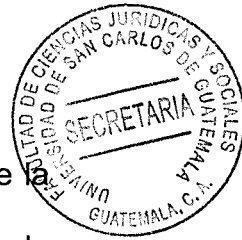
Cabe mencionar que, esta aplicación fue lanzada en el año de 2009 pero únicamente para el sistema operativo iOS, y un año después se lanzó para utilizar en el sistema operativo Android.

Dicha aplicación fue popularizada masivamente desde el año 2012, desplazando al servicio de SMS, y causando gran revolución en el servicio de mensajería instantánea.

Fue en el año 2014, se anunció la compra de la aplicación de WhatsApp por Facebook por la cantidad de 21,800 millones de dólares. A raíz de dicha compra, WhatsApp anunció habilitar la opción para realizar videollamadas, lo cual tuvo como consecuencia que fuera mejor aceptada por todos los usuarios de teléfonos inteligentes.

3.2 Funcionamiento de la aplicación Whatsapp

A través del tiempo y el desarrollo de la aplicación haciéndose cada vez más popular y se podría decir, hasta indispensable entre todos los usuarios de teléfonos inteligentes, pues es una aplicación muy sencilla de utilizar, por ejemplo para comunicarse con una persona, lo único que se necesita es el número de teléfono celular.



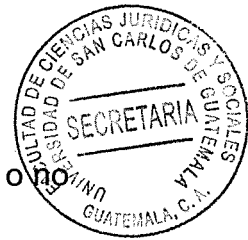
Se guarda el número ya sea manualmente desde la misma aplicación o desde la lista de contactos del celular y ya se puede enviar mensajes a la otra persona, solo con el hecho de tener instalada la aplicación el interlocutor. Cabe mencionar aquí que solo depende que el destinatario apruebe primero la recepción de los mensajes, por una sola vez, y ya queda listo para comunicarse en el momento que deseen.

3.3 La confidencialidad de Whatsapp

Esta aplicación no garantiza la seguridad y confidencialidad de la información que maneja; tanto como los mensajes de texto, audio, fotos e incluso hasta los contactos. Esto se establece en sus términos y condiciones de uso que como mal hábito, jamás se toman el tiempo para leer.

También establece que, su uso es únicamente para personas mayores de 16 años, aunque no se ha establecido aún por parte de la empresa un mecanismo para verificar qué edad sea la permitida entre todos sus usuarios.

Dentro de estos mismos términos y condiciones que se mencionan anteriormente; la aplicación proporciona un aviso a sus usuarios que tiene la potestad de cambiar sus condiciones de usos cuando así lo desee y sin previo aviso, sin importar que dichos cambios afecten negativamente a sus usuarios, y en el caso que alguien no esté de acuerdo su única salida es dejar de utilizar sus servicios, en virtud que tienen



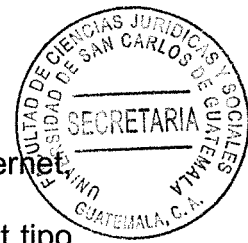
millones de usuarios que les dan la posibilidad de no preocuparse por afectar o no a sus usuarios en todo el mundo.

Otro aspecto muy importante que se debe tomar en cuenta, es que los datos que se transmiten por medio de la aplicación, jamás son eliminados de sus servidores, lo que quiere decir que la empresa siempre tendrá una copia de dicha información, solo se elimina del celular y de este hecho es que surgen sentencias que algunos juzgados han resuelto, por el simple hecho que pueden obtener toda la información aún de mensajes borrados del celular de todo tipo, en estos casos, de información que compromete en la comisión de un delito.

3.4. Mensajes de Whatsapp considerados medios de prueba

A través de los años en que funciona esta aplicación tan utilizada en el mundo, se han aparecido en los medios de comunicación conversaciones de whatsapp que habían sido aportadas en procedimientos penales como prueba de la comisión de un delito, lo cual ha ocasionado que se planteé la pregunta ¿tiene validez probatoria un mensaje de whatsapp dentro un procedimiento penal?

A este respecto, se puede decir que, a partir del surgimiento de los teléfonos inteligentes y el desarrollo de las aplicaciones de mensajería instantánea como

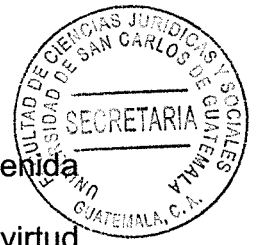


Whatsapp, Telegram, Line, entre otras, que, a través de la conexión a internet, permiten a los usuarios mantener conversaciones instantáneas. El uso de este tipo de aplicaciones ha tenido un impacto grande dentro del mundo legal en general, especialmente dentro de los procesos penales, que lo han utilizado como un medio de prueba.

A pesar de las ventajas prácticas, rapidez y su gratuidad, el uso de dicha aplicación también ha sido objeto de usos indebidos por parte de algunas personas, hasta el punto de cometer delitos. Se han presentado casos en los cuales los tribunales han tenido que tomar decisiones sobre el valor que las conversaciones de whatsapp y se ha permitido presentar el uso de dichas conversaciones y tomarlas como prueba dentro de un juicio.

Se puede decir que, acerca de este tema, son muchos los elementos técnicos y jurídicos que entran en juego y que se analizan en cada uno de los casos en los cuales se considera utilizar las conversaciones realizadas dentro de esta aplicación como medio de prueba.

A este respecto se percata que en Guatemala, en estos últimos años, han considerado mensajes de whatsapp como prueba de cargo válida en algunas ocasiones y sin embargo en otras éstos han sido rechazados.



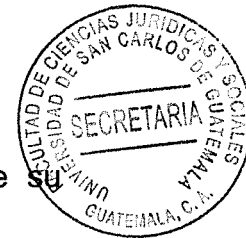
Es importante resaltar que, se debe tener en cuenta si la prueba ha sido obtenida de manera lícita, para lo cual será esencial saber quién presenta la prueba, en virtud que sólo las personas que hayan participado en una conversación, ya sea entre dos personas o entre un grupo de personas podrán hacer uso de la misma.

El uso de las comunicaciones dentro de un juicio no es ninguna novedad, ya que lo mismo ocurre con cualquier otro medio de comunicación, en el cual se puede grabar una conversaciones telefónica y presentarla como prueba.

Por lo tanto, que una prueba sea lícita no quiere decir que por parte del juez vaya a ser valorada como prueba de cargo suficiente sobre la que fundamentar una sentencia.

En el momento que se tiene claro que la prueba ha sido lícitamente obtenida; ya se podrá acreditar que esa conversación se ha producido tal y como se refleja en el soporte documental que se haya utilizado para su presentación en el juzgado, que no ha sido previamente modificada y por lo tanto que refleja fielmente lo sucedido.

Cabe mencionar que, en los supuestos en los que el acusado se haya reconocido como autor de los mensajes, no será suficiente con aportar el pantallazo de la conversación, sino que será necesario valerse de una prueba pericial o de



elementos externos adicionales que acrediten en la medida de lo posible su autenticidad.

Es importante mencionar que, la Constitución Política de la República de Guatemala señala en el Artículo 24 que se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Por su parte dentro del ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, prohíben la injerencia arbitraria en la vida privada y correspondencia.

También es importante resaltar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada.

Por lo tanto, es necesario proteger la privacidad de las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.



De esta manera, la protección a la privacidad incluye las conversaciones telefónicas esto muy independiente de su contenido también puede comprender cualquier otro elemento del proceso de comunicación, como lo son, el destino de las llamadas que salen o las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, como también la comunicación por mensajería instantánea por medio de whatsapp.

Cabe resaltar que, desde el punto de vista constitucional y de derechos humanos, el objetivo de la protección al secreto de las comunicaciones consiste en establecer límites al actuar del poder público y evitar así la injerencia arbitraria e ilegítima al área privada de las personas. Esta comprende las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, el contenido de correspondencia y comunicaciones.

De esta manera, las conversaciones telefónicas en cualquier formato, incluyen la mensajería instantánea, forman parte del ámbito de protección de lo que se conoce como el derecho a la intimidad y vida privada, es el derecho al secreto de las comunicaciones una variante.

Esta situación se concreta en que, sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o mensajería

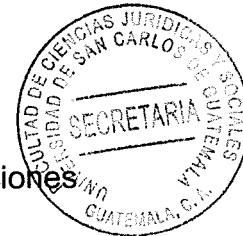


instantánea de otros aspectos propios del proceso de comunicación. Lo anterior debido a que el área privada de todo ser humano, al no estar destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y por no ser una actividad de índole pública, debe en principio mantenerse libre de cualquier tipo de intromisión.

Cabe mencionar que, la doctrina y jurisprudencia han ampliado el alcance de protección de los derechos humanos, por lo que el derecho a la intimidad y vida privada no solo es oponible ante el poder público, sino también frente particulares que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad realicen actos que reúnan las características para ser considerados como actos de autoridad.

A su vez, la Constitución Política de la República de Guatemala también establece que el deber del Estado de Guatemala entre otros es garantizar a sus habitantes la seguridad y justicia, además de indicar que el fin supremo es la realización del bien común.

Por esta razón, la legislación guatemalteca reconoce que el derecho al secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, puesto que regula los supuestos en los cuales se considera legítima la injerencia o intromisión al área de privacidad de las personas con la finalidad de privilegiar la seguridad y justicia de la colectividad.

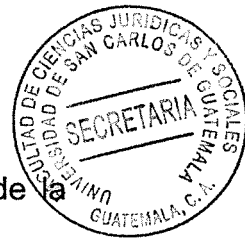


La Corte de Constitucionalidad, al analizar la interceptación de comunicaciones permitida por las leyes antes citadas, indicó que existe un conflicto de derechos fundamentales entre la garantía del secreto de las comunicaciones contenido en el Artículo 24 de la CPRG, frente a la seguridad y justicia estipuladas como deber del Estado en el Artículo 2º constitucional.

Al respecto, concluyó que los valores constitucionales en un Estado social de derecho no deben interpretarse de forma tal que solo se privilegie a la individualidad del sujeto, sino optar por una interpretación que permita armonizar las libertades e inviolabilidades individuales con el orden, la moralidad pública, el bien común, el desarrollo social y la optimización de los derechos de la colectividad.

Por lo antes expuesto, en Guatemala el derecho al secreto de las comunicaciones se considera un derecho fundamental no absoluto, por lo que admite limitaciones razonables que tienen por objeto la seguridad de las personas, la justicia y el bien común como parte de los deberes del Estado de Guatemala. En ese sentido, en determinadas circunstancias y con autorización judicial, se permite a las fuerzas de seguridad del Estado interceptar las conversaciones telefónicas, incluyen la mensajería instantánea y utilizarlas como prueba en un proceso judicial.

En el caso de relaciones entre particulares, existen diversas posturas respecto a la legalidad de grabación de conversaciones o capturas de pantalla de los mensajes



enviados por WhatsApp en ámbitos privados de la persona y la legalidad de la utilización de estas como prueba en un proceso judicial.

Por ejemplo, en España se ha aceptado que la grabación de una conversación o el espiar la mensajería instantánea, que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona, ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación.

Esto quiere decir que, las conversaciones en las que una persona interviene sí pueden ser grabadas, siempre y cuando se participe en la misma, pero las conversaciones ajenas no pueden ser grabadas porque eso implicaría una invasión ilegal a la privacidad de los interlocutores.

De la misma manera y como otro ejemplo, la Corte Suprema de Chile, en un caso de índole laboral en contra de una institución bancaria por prácticas antisindicales y desleales en proceso de negociación colectiva, declaró válido el uso de una grabación oculta como medio de prueba con base en los parámetros de la privacidad.

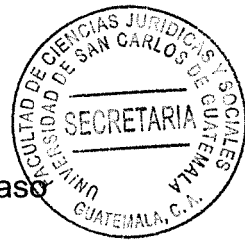


Dicha teoría deviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que la utiliza para evaluar la legitimidad de las injerencias al ámbito privado de las personas y se basa en que es razonable todo aquello que la sociedad usualmente esté dispuesta a aceptar como tal, de forma que la tutela jurídica del derecho solo abarca situaciones que la sociedad ofrece un mínimo de protección

Asimismo, también existe la postura contraria, que sostiene la Corte Constitucional de Colombia al considerar que constituye una violación del derecho a la intimidad personal si la grabación de las conversaciones no ha sido autorizada directamente por el titular del derecho. Por lo que el resultado de la recolección de la voz sin la debida autorización del titular implica el quebrantamiento de su órbita de privacidad, imposibilitan que la grabación pueda presentarse como prueba válida en el proceso judicial.

En el país, como se indicó anteriormente, el secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto y existen supuestos en los que se considera legítima la injerencia o intromisión en las conversaciones telefónicas, mensajes por whatsapp, con la finalidad de privilegiar la seguridad y justicia de la colectividad. Esto para el caso de prevención e investigación de delitos de alta relevancia social.

Cuando existen casos entre particulares, la grabación de una conversación telefónica o las imágenes que contengan los mensajes enviados por whatsapp entre

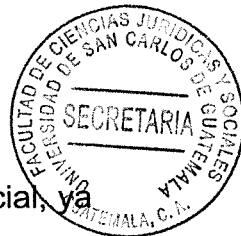


dos personas puede ser presentada como prueba en un proceso judicial en caso exista autorización de dicha grabación.

A falta tal autorización, la ponderación entre privilegiar la justicia o el derecho a la vida privada de una de las partes corresponderá al juez que conozca el asunto según las circunstancias particulares del caso, quien podrá optar por cualquiera de las posturas respecto a la valoración como prueba de la grabación de conversaciones o el envío de mensajes instantáneos en ámbitos privados de la persona.

A su vez, no debe olvidarse que los tribunales de justicia deben hacer uso de todos los elementos que se encuentran a su disposición para resolver las controversias sometidas a su conocimiento, conforme a la normas jurídicas aplicables e interpretación de las mismas, pero principalmente con apego a los principios generales del derecho, dentro de los cuales se encuentra la justicia, que a su vez constituye uno de los deberes más importantes del Estado de Guatemala según lo indicado anteriormente.

Cabe decir que, utilizar como prueba una conversación o comunicación telefónica por mensajes de whatsapp, que no ha sido autorizada por alguna de las partes ni por autoridad judicial, ayuda a la obtención de la verdad de los hechos del caso y de una resolución judicial justa dentro de la controversia existente entre esas



mismas partes particulares, dicha prueba debe admitirse en el proceso judicial, ya que con ello se está privilegiado la justicia y de forma indirecta, se contribuye con el bien común al que se aspira con la Constitución Política de la República de Guatemala.

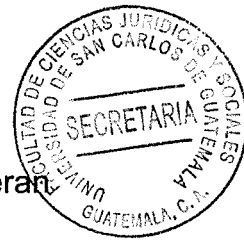
3.5. Problemas de seguridad de Whatsapp

Se puede iniciar al decir que, el funcionamiento de la aplicación objeto de análisis tiene dos momentos claves separables, el primero su modo de transferir y almacenar la información antes y después de 2014.

Si se recurre a los antecedentes, el servicio de mensajería instantánea tiene sus inicios en el año 2009. Desde entonces, no fueron pocos los problemas en cuanto a la seguridad y vulnerabilidad del servicio, lo que provocó fuertes críticas por parte de sus usuarios, que no dudaron en cambiarse a otras aplicaciones similares.

Tanto fue la poca seguridad de la aplicación que en 2012 que, se creó una página web que permitía cambiar el estado de cualquier usuario de whatsapp. El problema en ese momento es que el servicio usaba texto plano, es decir, los mensajes no estaban cifrados y era muy fácil acceder a ellos e incluso modificarlos.

Esta situación provocó que, en la primavera de ese mismo año se dejara de usar el texto plano para cifrar los mensajes, es decir, para ponerles como una especie de



candado para que no fuera tan fácil acceder a ellos, pero esos candados aun eran demasiado débiles y seguían aparecen más problemas de hackeo.

En consecuencia de dichas vulnerabilidades, en el año 2014 whatsapp, con la ayuda de otra empresa externa, decidió mejorar la seguridad de sus comunicaciones e incorporó el sistema cifrado de extremo a extremo. Esto significa que, cada mensaje que se envía a alguno de los contactos lleva una clave que sólo se descifra cuando el mensaje es recibido por el emisor, y cada texto, video, imagen, documento o nota de voz que se envíen, tiene una clave distinta.

Como es conocido la llave que cifra el mensaje no se almacena en el servidor de whatsapp, sino en el teléfono móvil del usuario que envía el mensaje. Como consecuencia de esto, ni siquiera los administradores de la aplicación tienen acceso a los mensajes y archivos que se envían, de manera que si todos o algunos de los comunicantes borran todo o parte de la conversación, la misma desaparece del terminal desde que se procede el borrado.

Al proceder a la eliminación, la conversación se almacena en la memoria flash del teléfono, pero en el momento que esta se quede sin espacio, los contenidos se borran automáticamente. Así pues, el administrador de la aplicación se limita a garantizar el envío y recepción de los mensajes entre los comunicantes.



Es importante tener en cuenta que, aunque este sistema parezca ideal para preservar la intimidad y seguridad de las conversaciones, el hecho de que whatsapp no almacene copia de lo que se envía en sus servidores supone un quebradero de cabeza para aquellos procesos penales en los que se ha aportado, como prueba por alguna de las partes, las comunicaciones a través del servicio de mensajería instantánea, pues el cifrado de extremo a extremo no permite a las autoridades acceder a los mensajes.

Por ejemplo en Estados Unidos, el FBI tiene muchísimas dificultades para investigar los mensajes enviados desde los terminales de sujetos sospechosos, entre los que se encuentran terroristas.

Todo esto tiene como consecuencia la evidente facilidad para eliminar todos o algunos de los mensajes, cambian así el contexto y sentido de la conversación, además de manipular los contenidos de la misma, sus comunicantes e incluso la hora en la que los mensajes o archivos fueron enviados. De hecho, en 2014, la asociación de internautas publicó un informe sobre las distintas posibilidades para alterar los mensajes recibidos en whatsapp.

Sin analizar pormenorizadamente cada uno de ellos, cabe señalar algún ejemplo al alcance de todos y sin necesidad de poseer conocimientos técnicos, como es el hecho de añadir un nombre de usuario a la persona que se quiere dañar, simular el



envío de mensajes y, a partir de ahí, aportar al proceso las capturas de pantalla de las conversaciones, alegando luego la pérdida, borrado o destrucción de los mensajes o incluso del propio teléfono móvil.

De esta manera, puede comprobarse que las vulnerabilidades del sistema son numerosas, por lo que será difícil que, a partir del soporte en el que se aporta la prueba, se puede considerar la validez de la misma de forma fehaciente. Salvo en casos de prácticas periciales por expertos informáticos, ni la fe del Secretario Judicial podría acreditar que se han producido esas conversaciones sin lugar a dudas.

3.6. Los servicios de mensajería instantánea contemplados por las leyes procesales

En este apartado vale la pena analizar que, si las conversaciones de whatsapp tienen cabida en las leyes procesales de la mayoría de países. Al respecto, se puede decir que cada vez son más los casos en los que las partes implicadas aportan capturas de pantalla o conversaciones transcritas que han mantenido a través de la aplicación objeto de análisis, para dar fuerza y probar su argumentación o testimonio. Esto como consecuencia de la innegable incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como medio para cometer delitos.



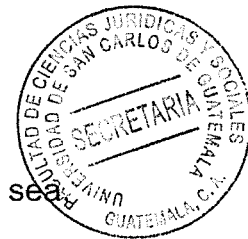
Con lo anterior, pareciera existir una tendencia a aceptar las comunicaciones generadas a través de whatsapp como prueba en el proceso, e incluso en algunos de ellos se les da un valor importante de cara a dictar sentencia.

Pero esta situación no significa, que dichas comunicaciones vayan a ser aceptadas siempre y que se convierta una obligación que las partes las incorporen como prueba, sino que habrá de determinarse el valor fehaciente de las mismas, dadas las numerosas formas de crear una conversación ficticia que beneficie a la persona interesada.

En cuanto a la práctica pericial por los expertos informáticos, ésta ha de llevarse a cabo en caso de que las pruebas de whatsapp sean impugnadas por alguna de las partes, pues tendría que determinarse si esas conversaciones tuvieron lugar realmente, si los comunicantes son los que parecen y si coinciden las horas en las que los mensajes y archivos fueron enviados y recibidos.

3.7. Los mensajes de Whatsapp y su aceptación como prueba en Guatemala

Cabe mencionar que, en el país se encuentra vigente una normativa que reconoce la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas. Al respecto, el decreto da un espaldarazo a esa forma tan contemporánea de dejar plasmado el intercambio



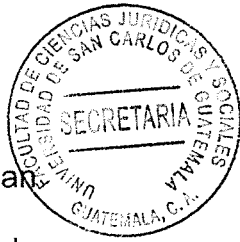
de ideas, como lo son las comunicaciones, a través de mensajes de datos; o sea, el intercambio de información generada, enviada o recibida por medios electrónicos.

Es importante resaltar que, no quedan fueran las redes sociales, correos electrónicos ni los mensajitos sms, siempre y cuando la comunicación se mantenga íntegra; es decir sin alteraciones.

De conformidad con lo anterior, un mensaje enviado a través de la red social *whatsapp*, no debería perder su eficacia probatoria, por el solo hecho de haberse transmitido utilizado esa vía.

Cabe resaltar que, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, únicamente contempla los casos generales y no entra a conocer situaciones individualizadas; por lo mismo, la persona que quiera utilizar un mensaje electrónico como prueba en un juicio laboral deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a. No todos los mensajes electrónicos serán aceptados como medios de prueba; ni todos los mensajes servirán para probar lo mismo;
- b. Para valorar su grado de certeza, es necesario tener en cuenta la finalidad por la que fue creado;



- c. Es fundamental poder determinar la identidad de los sujetos que intercambian la información. No debe quedar duda en cuanto al verdadero origen de la comunicación y la identidad de los interlocutores;
- d. Es muy probable que, en su uso, se necesite de la ayuda de otros medios de prueba;
- e. En algunos casos, será necesario que se practiquen peritajes sobre la comunicación electrónica.

Al respecto se tuvo conocimiento de un caso, en el cual el trabajador presentó su renuncia de una forma bastante pragmática; dirigiéndose a su jefe superior, se utiliza la red social whatsapp, escribió un texto, dejan en claro su decisión de no querer seguir prestar sus servicios laborales.

A pesar de varios requerimientos del departamento de recursos humanos del empleador, la persona en mención no aceptó firmar ningún documento de renuncia.

Este caso tiene como probabilidad, de ser conocido por un tribunal de trabajo, se vea afectado por el mencionado Decreto 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, con la cual se determinará si se puede tomar como prueba o no la conversación ocurrida por este medio electrónico.



En este sentido, se evidencia que utilizar whatsapp como prueba en juicio es de lo más normal. Lo cierto es que para que una conversación de whatsapp tenga plena validez ante un juez, debe estar certificada y autenticada. Y ello se consigue con el trabajo de un perito informático con titulación requerida para ello.

whatsapp es una prueba muy sensible y puede ser alterada sin dejar rastro. Esto es así porque no existe respaldo de los servidores de la App, sino que las copias de los mensajes se almacenan en los propios dispositivos. Por esta razón la cadena de custodia debe ser extremadamente delicada.

En referencia a la certificación de su autenticidad se deberá acreditar al examinar los dispositivos electrónicos usados durante la conversación.

Aunque, actualmente se encuentran con muchas sentencias que dan validez a esta prueba, un whatsapp no será válido como prueba única, ya que se requieren otras pruebas, otros indicios, que apoyen o refuercen el valor de la prueba del chat.

3.8. Requisitos que debe cumplir una conversación de whatsapp para que sea tomada como eficaz

La legislación no regula específicamente el tratamiento probatorio de las comunicaciones bidireccionales, mediante el uso de mensajería instantánea como *whatsapp, facebook, twitter, telegram, skype, snapchat, etc.*



Por esta razón, para poder presentar estas conversaciones como prueba en un juicio, se debe de reunir una serie de requisitos que los jueces vienen y establecen en sus sentencias. Si se desea que la prueba prospere y sea determinante en el procedimiento debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- **La licitud de la prueba**

Este es un requisito indispensable, el cual debe demostrar que para su obtención no se tuvo que haber vulnerado la intimidad de las personas o cualquier otro derecho fundamental protegido por la constitución.

Como ejemplo de lo anterior, cabe señalar que se estaría vulnerar la intimidad de una persona y el secreto de las comunicaciones, si se graba una conversación ajena sin ser partícipes y sin consentimiento de quienes participan en dicha conversación, y utilizan la grabación como prueba en un juicio. Esta prueba sería inválida y no admitida, en virtud que atenta a los derechos fundamentales.

- **La autenticidad de la conversación**

En cuanto a este tema, se debe tener en cuenta que el smartphone o dispositivo donde se contenga el chat no puede ser manipulado, garantizan así su autenticidad.



Por ejemplo, si un celular ha sido hackeado para alterar el contenido de una conversación o los perfiles de los intervinientes, dicha prueba no será válida.

- **La integridad del chat**

Es necesario buscar, en la medida que esto sea posible, que la conversación o la captura de un whatsapp que se muestre como prueba debe ser lo más clara posible, procuran que la prueba sea entregada en su integridad.

Razón por la cual, se debe tener en cuenta que es necesario tener cautela en relación con la utilización de este tipo de pruebas, admiten que existen riesgos de manipulación del *whatsapp*.

También es necesario resaltar que, la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas.

Existen, también, los casos en que el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo.



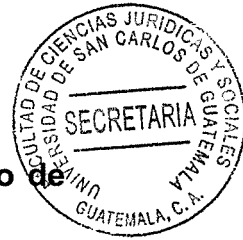
Por lo anterior, se considera que será indispensable que se lleve a cabo la práctica de una prueba pericial en la que se identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

Se puede decir, entonces que, precisamente la impugnación de la captura o el pantallazo del chat provocará que tal prueba devenga ineficaz y por tanto que no se tenga en cuenta por el juez.

En el ejercicio profesional es sabido que, para evitar la impugnación de la prueba conviene presentar el dispositivo donde se contengan los mensajes de chat ante el juzgado para que levante acta con la transcripción literal de la conversación de whatsapp.

Otra forma utilizada en la práctica, es acudir ante un notario donde se de fe pública del contenido de los mensajes y que dicho chat se corresponde con el teléfono aportado y con los números de celular que aparecen en el chat.

También es necesario tomar en cuenta que, aunque la otra parte muestre su oposición a la prueba e impugne las conversaciones basándose casi siempre en la obtención ilegal o en la posibilidad de que hayan sido manipuladas, el juez es quien decide si la prueba es admitida o no.



3.9. El uso de las conversaciones de grupos de Whatsapp como medio de prueba

Se dan cuenta que, en los casos que la comunicación es bidireccional, la aportación del otro dispositivo sería clave para determinar la autenticidad de la conversación, aunque en la práctica resulta difícil porque el acusado o la otra parte habrá borrado todo rastro del teléfono celular.

Por lo tanto, si la conversación que se quiere presentar como prueba se ha desarrollado en un grupo de whatsapp, la parte interesada deberá reunir al menos otro u otros dispositivos para poder aportar al proceso, en busca del éxito de la prueba.

Cabe resaltar que, en este supuesto de comunicación multidireccional es muy recomendable que la parte interesada aporte no sólo su propio teléfono, sino además otros dispositivos, y siguen siempre los mismos requisitos que se desarrollaron en el apartado anterior para poder conseguir la validez de la prueba.

En conclusión, si una de las partes quiere basar sus pretensiones o su denuncia en una conversación de whatsapp debes ser consciente de los riesgos que existen en relación con la manipulación y suplantación de la identidad del emisor y/o receptor.



También debe estar preparado a la posición que adoptará el acusado o la parte contraria durante el proceso judicial. Y para evitar impugnaciones, es sumamente necesario aportar otras pruebas; no solo la conversación de whatsapp.

Cabe mencionar que, el éxito de la prueba de whatsapp pasa por la legalidad de su obtención, el cuidado de la cadena de custodia, desde el momento que se obtiene el mensaje hasta que se aporta como prueba, la garantía de su autenticidad, la ausencia total de manipulación, y finalmente, si fuese necesaria, la práctica pericial informática.

En la actualidad se puede decir que, en Guatemala las conversaciones por whatsapp han tenido una gran aceptación como medios de prueba, tanto es así, que es conocido que el Ministerio Público adquirió tecnología donada por el gobierno de los Estados Unidos para crear una unidad que se dedique a monitorear las diferentes conversaciones telefónicas y todas las comunicaciones por medio de redes sociales, pero más aún se trata de tener un control sobre las conversaciones de whatsapp, las cuales son un gran apoyo para las investigaciones que lleva a cabo esta institución y de esta manera dar un mejor soporte a las acusaciones.

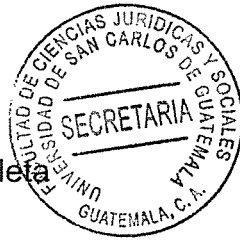
Aunque este hecho es sabido en la práctica, no es algo que el Ministerio Público haya reconocido de manera pública pero se sabe que existen las escuchas telefónicas y que este ha sido un medio para poder dismantelar diversas



estructuras en el país, en virtud, que cuando existe una sospecha de la comisión de algún delito en el seguimiento de las conversaciones de algún ciudadano, el Ministerio Público organiza allanamientos para verificar que sus sospechas sean verídicas o en algunos casos coordinan con la Policía Nacional Civil para llegar de sorpresa a algún punto específico en el cual se considera que se cometerá un ilícito.

También es sabido, aunque no confirmado, que aunque los delincuentes utilicen diversos chips para la comunicación entre ellos, esto sobre todo en delitos de crimen organizado, quienes tratan de tomar medidas en base a esta información que se maneja a nivel nacional, con el fin de despistar a quienes realizan las diferentes escuchas telefónicas o quienes monitorean las conversaciones o llamadas por *whatsapp*, utilizan diversos dispositivos o inician la conversación con un chip y luego lo destruyen y continúan con uno diferente, con la tecnología avanzada con la que cuenta dicha unidad es posible igualmente rastrear las conversaciones aunque intenten tomar diversas medidas.

Como se mencionó anteriormente, uno de los requisitos para que este tipo de prueba se tome en cuenta dentro de un juicio y tenga validez, debe ser la presentación de otras pruebas que complementen las escuchas telefónicas o bien las conversaciones por *whatsapp*, es por ello que el Ministerio Público al tener la sospecha de que se cometerá algún delito a un ilícito, recurre a realizar los allanamientos o a presentarse a los lugares que consideran como escenas del



crimen para recabar más pruebas que acompañen y hagan mucho más completa su investigación.

Como un ejemplo de que este tipo de investigación sí existe en el país, es el caso de defraudación aduanera llamado La Línea, en el cual se puede confirmar que las conversaciones por medio de whatsapp entre los funcionarios implicados en el caso, fue una de las pruebas más fehacientes para llegar a determinar quiénes fueron los cabecillas de dicha estructura y lograr las condenas de estos de una manera más certera.

En este caso, se ve que se pone en práctica que el juzgador hizo un análisis de las pruebas que le presentó el ente acusador y aceptó 165 de 178 documentos, logran así una combinación de pruebas.

El juez también avaló 562 documentos aduaneros que sustentan que el Estado dejó de percibir Q28.5 millones del 8 de mayo del 2014 al 16 de abril del 2015, cuando operó la estructura que cobraba sobornos a los importadores cuya negociación se hacía a través de una línea telefónica.

Al respecto de este caso, el jefe de la Feci, Juan Francisco Sandoval, explicó que en el debate declararon 13 testigos y siete peritos que fueron propuestos ante el



juez. En el debate fueron explicados 154 medios de convicción, es decir, discos y memorias USB con las escuchas telefónicas, fotografías y correos electrónicos, lo que es un gran ejemplo del uso de la tecnología en las comunicaciones en la actualidad dentro de un juicio.

En este caso también tuvo parte la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig), que operaba en ese tiempo en el país, en este caso el juez avaló mil 723 documentos, 150 medios materiales y otros tres medios de prueba. En total el Ministerio Público y la Cicig presentaron estados financieros, actas de objetos decomisados en allanamientos, cheques, tarjetas de crédito, durante el debate como medio de prueba adicionales a los tecnológicos.

En este ejemplo cabe decir que, por parte de la defensa, el juez aceptó sus testigos y documentos para que intentaran demostrar la inocencia de sus defendidos. A partir de estos casos, cada vez es más común que las conversaciones de *whatsapp* sean un gran apoyo en la resolución de los casos, quedan como criterio del juez el aceptar y darle valor fehaciente a las conversaciones obtenidas por medio de *whatsapp* y utilizarla para dictar sentencia.

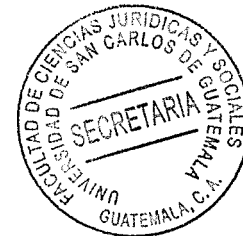
Otro ejemplo más reciente es el caso en contra de Sandra Torres, la excandidata a la presidencia, quien fue acusada como la cabeza de un grupo que se concertó para



captar y gastar, sin dejar registro, al menos 5.6 millones de quetzales en las elecciones de 2015.

Esto fue comprobado por el Ministerio Público y la Cicig, por medio de diversos medios de prueba como documentos, escuchas telefónicas y mensajes por whatsapp con los diputados de la bancada a donde pertenecía, lo que también logró arrastrar al partido que la respaldaba.

En conclusión, se ve que cada vez se toma por más certeras las comunicaciones por este medio en el país y los jueces aceptan su valor probatorio, cada vez con más facilidad.

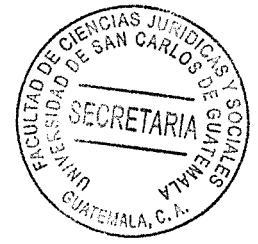


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El desarrollo de los llamados “smartphones” ha permitido la aparición de las aplicaciones de mensajería instantánea como Whatsapp, Line o Telegram, que, mediante conexión a internet, permiten a los usuarios mantener conversaciones bidireccionales (de persona a persona) o multidireccionales (a través de grupos). En los últimos años han aparecido en los medios de comunicación conversaciones de Whatsapp, que habían sido aportadas en procedimientos penales como prueba de la comisión de un delito; lo cual deriva en la siguiente pregunta: ¿Qué validez probatoria tiene un mensaje de Whatsapp en un procedimiento penal?

De todos estos servicios de mensajería instantánea, la aplicación Whatsapp es la más usada mundialmente; y, a pesar de sus innegables ventajas, como la practicidad, rapidez y su bajísimo costo, puede ser también objeto de uso indebido, por parte de algunas personas; puesto que es, fácilmente manipulable. Tanto es así que, los tribunales han tenido que tomar algunas decisiones acerca del valor que las conversaciones de Whatsapp y servicios similares, pueden tener como prueba en un juicio.

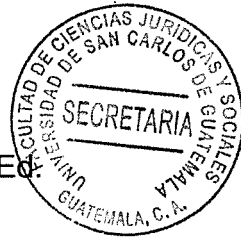
La defensa técnica debe incorporar, como medio de prueba, las comunicaciones; utilizando la aplicación de Whatsapp, cuando su obtención es de manera lícita y sin que la persona que lo obtiene tenga perfil falso; y determinar si la prueba fue dirigida de manera individual a un grupo, para evidenciar la forma en que podría afectarle; y si en ésta, no existe mala fe y manipuleo, del número de teléfono para manipulación de mensajes. Y, los jueces deben observar la objetividad al recibirla.





BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil**. Tomo III. (s.E.), (s.e.), Buenos Aires, Argentina. 1962.
- AZULA CAMACHO, Jaime. **Manual de derecho probatorio**. Ed. Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, (s.e.), 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. (s.e.), 1974.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones de derecho procesal civil**. Volumen 3. México. (s.E.), (s.e.), 1997.
- CISNEROS FARÍAS, Germán. **Diccionario de frases y aforismos latinos**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México; (s.e.), 2003.
- CONEJO. Milena, Rolando Cortés. **La oralidad en el proceso penal**. San José, Costa Rica, (s.E.), (s.e.), 1997.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal. **Aproximación del derecho procesal penal guatemalteco**. Ediciones Superiores, S.A. (s.E.), Guatemala, 2010.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. **Principios de derecho procesal penal mexicano**. México. Ed. Porrúa, (s.e.) 1959.
- MADRAZO, Sergio y Danilo Madrazo. **Compendio de derecho civil y procesal**. Guatemala. Ed. Magna Terra; (s.e.), 2003.
- MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. **Filosofía jurídica de la prueba**. Ed. Porrúa. 2ª edición. Av. República Argentina, 15. México, 2001.
- MORALES ALVARADO, Melisa. **Valoración de la prueba en el proceso ordinario**. Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. 2014



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta S. R. L. Viamonte: (s.e.), Buenos Aires, Argentina; 1970.

PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco.** Guatemala, Centroamérica; (s.e.), Ed.Vila. 1997.

Legislación:

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

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

Código Penal Decreto 17-73 Guatemala 1973.

Código Procesal Penal Decreto 51-92 Guatemala 1992.