

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



**MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y VÍA LEGAL PARA EXTRACCIÓN DE
MUESTRAS DE ADN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE BANCOS DE DATOS
GENÉTICOS PARA USO FORENSE**

BLANCA ARACELY TUBAC

GUATEMALA, MAYO DE 2024

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

**MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y VÍA LEGAL PARA EXTRACCIÓN DE
MUESTRAS DE ADN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE BANCOS DE DATOS
GENÉTICOS PARA USO FORENSE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BLANCA ARACELY TUBAC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2024



**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: Vacante
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: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Lic. Dimas Camargo
Secretario: Lcda. Marta Alicia Ramírez Cifuentes
Vocal: Lcda. Doris Anabela Gil Solis

Segunda fase:

Presidente: Lcda. Iris Raquel Mejía Carranza
Secretario: Lic. Juan Pablo Pérez Solorzano
Vocal: Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos

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

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
15 de noviembre de 2021.

Atentamente pase al (a) Profesional, BERNER ALEJANDRO GARCÍA GARCÍA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
BLANCA ARACELY TUBAC, con carné 200510857,
intitulado MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y VÍA LEGAL PARA EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DE ADN
ESTABLECIDAS EN LA LEY DE BANCOS DE DATOS GENÉTICO PARA USO FORENSE.

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.



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 30 / 11 / 2021.



Asesor(a)
(Firma y Sello)

Berner Alejandro Garcia Garcia
Abogado y Notario



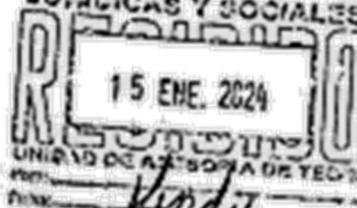
G&G ABOGADOS Y NOTARIOS



Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en permisos automovilísticos.

Guatemala, 3 de febrero de 2022.

Dr. Carlos Eberlito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Distinguido Licenciado.

En cumplimiento al nombramiento de fecha quince de noviembre de dos mil veintiuno emitido por la unidad de tesis, como asesor de tesis de la bachiller **BLANCA ARACELY TUBAC** con carné 200510857 la cual se intitula "**MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y VÍA LEGAL PARA EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DE ADN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE BANCOS DE DATOS GENÉTICOS PARA USO FORENSE**"; declarando expresamente que **no soy pariente de la bachiller dentro de los grados de ley**; por lo que me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; el trabajo de investigación del estudio e interpretación correspondiente del derecho de presunción de inocencia y la interpretación en el cumplimiento de la Ley de Bancos de datos Genéticos, lo cual permite la determinación idónea del momento procesal en el cual debe de considerarse la extracción de ADN en respeto al derecho de defensa y el cumplimiento de la Ley en mención, siendo evidentes las consecuencias jurídicas a la vulneración al derecho al debido proceso y presunción de inocencia en la aplicación de la normativa referida.
- b) Los métodos utilizados de la investigación fueron el análisis, la inducción, la deducción, la analogía y la síntesis; mediante los cuales la bachiller logró comprobar la hipótesis, también analizó y expuso detalladamente los aspectos más relevantes relacionados al momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense.
- c) La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, habiendo la bachiller utilizado un lenguaje técnico y comprensible para el lector. Asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- d) El informe final de tesis es una gran contribución científica para la sociedad y para la legislación guatemalteca puesto que es un tema importante que no ha sido investigado suficientemente. Se utilizará como material de consulta para futuras investigaciones incluso propuesta de proyectos de ley.

9 calle, 10-53 zona 12. Teléfonos. 56560505, 54604070
licalejandroarcia@gmail.com

G&G ABOGADOS Y NOTARIOS



Derecho del Trabajo, Derecho Mercantil, Derechos de Autor, Derechos de Propiedad Intelectual, Derechos de Propiedad Industrial, Derecho Civil, Derecho de Familia, Derecho Informático, Derecho Notarial, Derecho Penal, Asesoría en percances automovilísticos.

- e) En la conclusión discursiva, la bachiller expone sus puntos de vista sobre el problema detectado consiste en la falta de regulación del momento procesal idóneo para el registro del resultado de extracción de las muestras de ADN en el banco de datos genéticos a cargo del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, esto en razón del respeto del principio de presunción de inocencia dentro de un proceso y como la normativa legal de la Ley de Bancos de datos genéticos, no está acorde a las necesidades y realidad en cuanto a las aprehensiones, derecho de defensa y debido proceso, lo que se hace necesario realizar un legislación acorde para su aplicación.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema, en virtud que se consultaron exposiciones temáticas tanto de autores nacionales como del extranjero. La técnica bibliográfica permitió recolectar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- g) La bachiller aceptó todas las sugerencias que le hice y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión del tema, en todo caso, respeté sus opiniones y los aportes que planteó.

Por las razones mencionadas, considero que el trabajo de tesis que revisé de la bachiller **BLANCA ARACELY TUBAC**, cumple con todo lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo a usted con muestras de consideración y respeto.

Atentamente,

Dr. Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Licenciado

Berner Alejandro García García
Abogado y Notario

Doctor en Derecho en Ciencias Penales – Universidad de San Carlos de Guatemala,
Maestro en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Universidad de San Carlos de Guatemala
Máster en Ciencias Forenses – Universidad de Valencia, España / Universidad de San Carlos de Guatemala
Col. 12012

9 calle, 10-53 zona 12. Teléfonos. 56560505, 54604070

lialcjandrogarcia@gmail.com



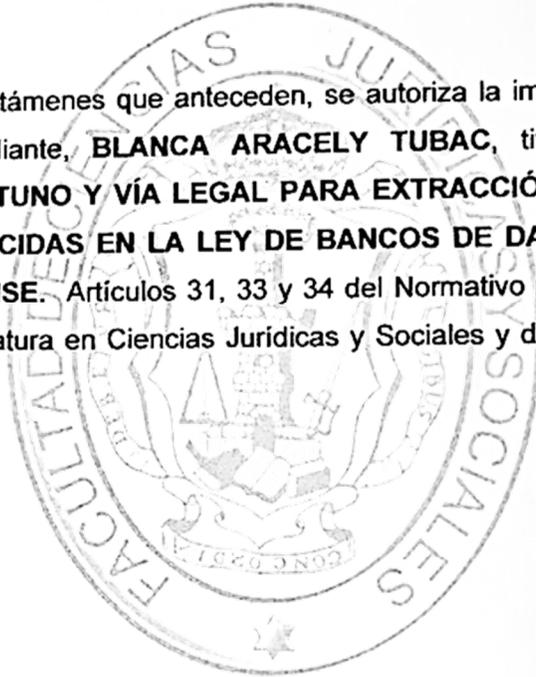
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



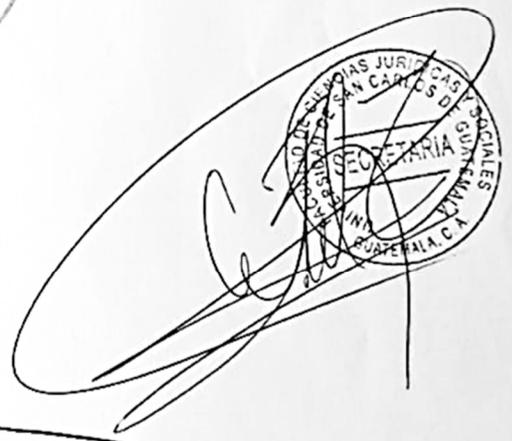
D.ORD. 216-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, siete de marzo de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **BLANCA ARACELY TUBAC**, titulado **MOMENTO PROCESAL OPORTUNO Y VÍA LEGAL PARA EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DE ADN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE BANCOS DE DATOS GENÉTICOS PARA USO FORENSE**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



HMAC/JIMR



DEDICATORIA

A DIOS:

La presente tesis se la dedico a Dios. Por ser el mayor pilar en el trayecto de mi vida, por su bondad e infinito amor, por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

A MI MADRE:

Virgilia por haberme dado la vida, a mi tía Estela y abuela Celedonia, por haberme apoyado en todas las etapas de mi vida.

A MIS HIJOS:

Edison, Jaqueline y Franklin, que son mi más grande tesoro y además el motor que impulsa mi vida hacia el futuro, por ello quiero darles las gracias por cada instante de felicidad, porque si no estuvieran a mi lado este triunfo no sería posible.

A MI FAMILIA:

Agradezco de todo corazón por el apoyo que siempre me brindan.

A MIS DOCENTES:

Agradezco por haber compartido sus conocimientos y hacer de esta profesión una mayor admiración.



A MIS AMIGAS: Maudali, Hilda, Leilan y Damaris, por estar siempre presentes y por su valiosa amistad

A MIS PADRINOS: Ing. Franklin Ajcholón y Lcda. Jaqueline Ajcholón

A MI ASESOR: Dr. Berner Alejandro García García, quien formo parte de este proceso.

A MI REVISORA: Dra. Doris Guzmán, Gracias por sus sabios consejos, apoyo y amistad.

A LA FACULTAD: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme brindado conocimientos para mi profesional.

A : La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme abierto sus puertas y permitirme gozar del privilegio que en este país representa, una educación de nivel superior.

A USTED: Por acompañarme en este momento muy especial que espero perdure en el tiempo, no solo en la mente de las personas a quienes agradecí, si no también a quienes invirtieron su tiempo para darle una mirada a mi proyecto de tesis; a ello, así mismo, les agradezco de todo corazón.

PRESENTACIÓN

La presente investigación se enmarca en el tipo de investigación mixta y pertenece al derecho penal, a través de la interpretación del derecho de presunción de inocencia y la regulación de la ley de banco de datos genéticos, lo cual permite la determinación idónea del momento procesal en el cual debe de considerarse la extracción de ADN en respeto al derecho de defensa y el cumplimiento de la ley en mención. El sujeto de la investigación será el sindicado y su acción en el ámbito penal, así como la Ley de Bancos de datos Genéticos para uso forense.

El objeto de la presente investigación es determinar la vulneración causada al derecho de presunción de inocencia, por la falta de aplicación de normas de regulación de la LEY DE BANCOS DE DATOS GENETICOS. Por tanto, se concluyó que la creación del momento procesal oportuno de toma de muestra de ADN, es efectivo como método idóneo para brindar la debida importancia a las normas en materia penal que garanticen un informe claro y confiable a la justicia.

El aporte académico del mismo se centra, en la obligación que tiene la institución encargada de almacenar muestras de ADN establecidas en la LEY DE BANCO DE DATOS GENETICOS PARA USO FORENCE. Así mismo determinar la importancia al derecho de presunción de inocencia, estableciendo el momento procesal oportuno para extracción de ADN con la finalidad de cumplimiento del artículo 3 de la LEY DE BANCOS DE DATOS GENETICOS y la necesidad de existir una sentencia para la persona imputada.



HIPÓTESIS

Actualmente en Guatemala se vulnera el principio de presunción de inocencia por parte del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) al almacenar y sistematizar información genética de personas no sentenciadas, debido a la ausencia legal del momento procesal oportuno y vía legal para la extracción de muestras de ADN, tal como lo establece la Ley de Bancos de Datos Genéticos para uso forense, vulnerándose el principio de presunción de inocencia al extraer dichas muestras sin existir sentencia condenatoria por lo que es necesario y recomendado que a través del Congreso de La Republica se legisle un procedimiento a efecto que establezca el momento procesal oportuno para su extracción y así no se vulnere el principio de presunción de inocencia de las personas procesadas no sentenciadas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se validó la hipótesis planteada, ya que se estableció efectivamente que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF) vulnera el principio de presunción de inocencia de procesados sin haber sido sentenciados, al proceder a la extracción de muestras de ADN, establecidas en la Ley de Bancos de Datos Genéticos para uso forense, sin existir el momento procesal oportuno para su extracción, vulnerados por el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que es necesario.



INDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho penal	1
1.1. Antecedentes.....	2
1.2. Definición.....	5
1.3. Fuentes del derecho penal	9
1.3.1. Fuentes directas	10
1.3.2. Fuentes indirectas.....	12
1.4. Principios.....	14
1.5. Partes del derecho penal.....	18
1.6. Naturaleza jurídica del derecho penal.....	21

CAPÍTULO II

2. La teoría general del delito y debido proceso	23
2.1. Definición de delitos	24
2.2. Clases de delito.....	27
2.3. La teoría del delito.....	32
2.4. Debido proceso.....	34

CAPÍTULO III

3. Derecho genético en Guatemala y ADN.....	55
3.1. Identificación genética.....	56
3.2. Base legal del derecho genético en Guatemala	59
3.3. Instituciones gubernamentales relacionadas al derecho genético.....	62

3.4. Protección de información confidencial, genética y consentimiento informado.....	66
3.5. Banco genético de ADN e Instituto Nacional de Ciencias Forenses.....	68

CAPÍTULO IV

4. Presunción de inocencia.....	73
4.1. Definición.....	74
4.2. Naturaleza Jurídica.....	78
4.3. Características.....	79
4.4. Principios generales	81

CAPITULO V

5. Vulneración al principio de presunción de inocencia y al debido proceso, por inexistencia de un momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense.....	89
5.1. Análisis del contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos.....	89
5.2. Vulneración de la presunción de inocencia en muestras de ADN.....	92
5.3. Del análisis de la vía legal para la extracción de muestras de ADN.....	94
5.4. Resultado de entrevistas de campo.....	96
5.5. Propuesta de momento procesal oportuno para la aplicación de muestras de ADN.....	97

CONCLUSIÓN DISCURSIVA	99
ANEXOS.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	107



INTRODUCCIÓN

La extracción de muestras de ácido desoxirribonucleico -ADN- se ha constituido en una herramienta esencial dentro del proceso penal guatemalteco, para lograr identificar a personas víctimas de un delito o a los autores de los mismos. Sin embargo, al no existir momento procesal oportuno en cuanto a la extracción de muestras de ADN, esto provoca una seria vulneración al derecho de presunción de inocencia y al derecho de defensa al aplicarse la Ley de Bancos de datos Genéticos para uso forense, la cual vulnera principios constitucionales que debe de garantizarse en favor de la persona sindicada.

Dentro del contexto de la investigación se pretende dar a conocer los principios básicos necesarios para la presunción de inocencia en búsqueda de plantear el momento idóneo para la realización del estudio de ADN y con ello el cumplimiento del contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos, pero en respeto al derecho o principio de presunción de inocencia.

El objetivo general de la tesis fue comprobar que se está vulnerando el respeto al derecho de presunción de inocencia estableciendo el momento procesal oportuno para extracción de ADN con la finalidad de cumplimiento del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos. El banco almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprendidas por cualquier delito, mano no condenadas, así como las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación criminal.



La tesis está dividida en cinco capítulos, en el primero refirió al tema del derecho penal en cuanto a su origen histórico, el concepto y las fuentes del derecho penal, siendo específicos en cuanto a los principios y las partes del derecho penal; el segundo se refirió a la teoría general del delito y el debido; el tercero abordó el derecho genético en Guatemala; el cuarto trató el principio de presunción de inocencia, desarrollando además temas como la definición, los elementos, las características y los aspectos generales; y el quinto desarrolló, todo lo referente al momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense, realizando un análisis del contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos y la vulneración de la presunción de inocencia en la toma de muestras de ADN, realizando un análisis del trabajo de campo y la propuesta de momento procesal oportuno para la aplicación de muestras de ADN.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

El derecho penal tiene como finalidad establecer todo lo relativo a los delitos o faltas, determinando las conductas antijurídicas para la tipificación de las mismas, así como el establecimiento de las penas o sanciones a imponer al individuo que transgreda las mismas.

Dentro de la misma armonía de la sociedad, ha sido necesario entender como la norma es necesaria para regular la conducta del ser humano dentro de la misma y sobre todo de cómo se debe de regir la persona dentro de ella, entendiendo que es necesaria la regulación de esas conductas con limitaciones y sanciones.

Por lo anterior, es importante entender que el derecho penal es un conjunto de normas aplicables a la conducta del ser humano en sociedad, en observancia del debido proceso y derecho de defensa, para que las garantías constitucionales y procesales no sean vulneradas.

Ante el tema relacionado sobre el momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense, es necesario conocer los aspectos esenciales sobre el derecho penal sobre todo en cuanto a los aspectos históricos, concepto, fuentes, partes y principios, los cuales deben de desarrollarse para el entendimiento del tema.

1.1. Antecedentes

Dentro del origen histórico del derecho penal, se puede establecer lo que se indica con relación al mismo surgimiento del derecho penal como un derecho moderno, pasando por etapas importantes en el desarrollo del derecho penal este tuvo su origen en Roma en los comienzos del siglo XIX, el cual se desarrolló por medio de los mismos fundamentos de la cultura.

“El derecho penal moderno nace en España, al igual que en el resto de Europa, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la ilustración. El derecho penal del antiguo régimen era fragmentario, cruel y poco definido. En España seguían en vigor la novísima recopilación, los fueros y las partidas, pero en la práctica los tribunales solían hacer gala de arbitrariedad; dejando de ceñirse a los textos escritos.”¹

Es por ello que el mismo autor Luigi Ferrajoli: “Tras el fracaso de las primeras iniciativas debido a la reacción frente a la Revolución Francesa la situación cambia decididamente con la Constitución de Cádiz, de 1812, que establece la personalidad de las penas, proscribire el tormento, la pena de horca, la de confiscación y la de azotes, y dispone que los códigos civiles, criminal y de comercio fueran unos en todo el Reino. El regreso de Fernando VII supuso la derogación de la nueva normativa, pero el mismo Monarca ordenó la formación de un código criminal. Así, nació el primer código español, el de 1822, y, con él, una nueva etapa en la evolución del derecho penal histórico español.”²

¹ Teorías del garantismo penal. **Ferrajoli, Luigi**. Pág. 108

² **Ibíd.** Pág. 108



Dentro de las mismas relaciones entre el derecho y la posmodernidad estas aún no son muy claras, sobre todo porque muchas personas y los mismos autores que estudian el tema del derecho penal, confunden la existencia de la tolerancia y de las alternativas judiciales al sistema penal, las cuales se reflejan seriamente en una crisis del paradigma moderno y la irrupción de uno nuevo.

Por otra parte, es primordial establecer el valor sobre la existencia de un pensamiento moderno que supone un mejor derecho penal apegado a nuevas formas del derecho y de la realidad de la sociedad, que es para el caso del derecho penal la ausencia de sistema adecuado y la pérdida de temor a los castigos por parte de la sociedad.

Es por ello que, en los últimos años, con las distintas transformaciones que la sociedad va experimentando, por un lado, ante las formas actuales de industrialización y el acceso a la tecnología entre otras cosas se han producido muchos cambios en el derecho penal y esto por las formas sobre las cuales se cometen muchos ilícitos y que en algunos casos no están reconocidos por un sistema penal y que es una tendencia natural que el derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estas transformaciones.

Hoy en día, el surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el derecho, bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela; como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere



no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino; a un peligro abstracto.

Dentro de la misma crisis del modelo del derecho penal este también encontró su lugar en el derecho moderno, pues éste, esto en razón que ante el surgimiento de nuevos sujetos del derecho penal dentro de la esfera pública esto no fue capaz de dar solución a los problemas que los aquejaban.

“El derecho moderno encuentra su mejor formulación en la clásica teoría pura del derecho. El formalismo es una de las características del derecho moderno. La lógica instrumental de la simple eficiencia se ha ido apoderando del proceso de creación.”³

Es por ello entonces que, dentro del contexto de cualquier sistema jurídico penal, la consecuencia razonada de propuestas y la decisión de los casos específicos va de la mano con el trabajo simplificado que se verifica en la cimentación de las relaciones y del mismo funcionamiento de las instituciones legales y relacionadas al derecho penal.

Dentro del surgimiento del derecho penal, su desarrollo y la modernidad actual del mismo el mismo sistema de justicia representa la integración de todas las normas en su momento planteadas y que al final dentro del derecho penal son un sistema de reglas lógicamente establecidas las cuales están bajo el imperio del Estado de derecho y las cuales deben de ser efectivas y garantes del respeto al derecho.

1.2. Definición

³ **Ibíd.** Pág. 114



El derecho penal guatemalteco no debe de entenderse o comprenderse solamente como un listado de conductas consideradas como faltas o delitos y que sobre todo regula únicamente la pena que a cada falta o delito corresponde, lo cual sería corto en cuanto al entendimiento del mismo esto sobre todo porque el objetivo del derecho penal lo es proteger a la sociedad.

Por ello se debe de comprender que el derecho penal consiste en todo aquel conjunto de normas jurídicas ordenadas, que tienen como función poder hacer valer ese poder del Estado llamado poder punitivo ante los miembros de la sociedad y que se relacionan en cuanto a la acción denominada delito y a la pena interpuesta por el sistema de justicia.

“Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.”⁴

La definición planteada por Bustos Ramírez, se refiere sobre todo al poder del estado de regular esas conductas de las personas en sociedad y de cómo el derecho penal busca y tiene como finalidad que se respete las formas de convivencia de los mismos como parte de los valores.

⁴ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 27.



Otra definición del mismo autor indica: "Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas mediante el Estado, las cuales asocian el crimen como hecho y la pena como consecuencia legítima."⁵

Derecho penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder, que determinan las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas.

Esto refiere a que entonces el derecho penal no es más que esa necesidad de crear normas para sancionar todas aquellas actitudes o acciones de las personas que no cumplen con las normas de orden social.

Otra definición de derecho penal se puede establecer que por otra parte, también se puede considerar al derecho penal como: "La rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones; que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho."⁶ Esta rama del derecho es la que se relaciona a las infracciones o delitos con otras personas o sus bienes.

Esta definición se encuadra en el respeto del estado constitucional de derecho y el cual se entiende como las normas interpuestas por la sociedad por medio del Estado y que

⁵ **Ibíd.** Pág. 28.

⁶ Cerezo Mir, José. **Derecho penal.** Pág. 36.



deben de ser respetadas en armonía de la relación de las personas dentro de la sociedad.

De forma particular entonces para poder definir al derecho penal, esto se puede hacer desde una forma del orden social, control social y del control social penal, en donde se desarrollan distintos modelos de intervención del derecho penal y de su aplicación desde varios principios que lo inspiran.

“Su formalidad está determinada cuando se protege bienes jurídicos a través de las normas jurídico-penales, pudiendo ser éstas de dos clases, prohibiciones o mandatos.”⁷

Mediante las primeras, se prohíben las acciones dirigidas a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos. Las segundas ordenan realizar determinadas acciones para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. En todo caso, en la medida en que van dirigidas a conseguir la omisión (prohibición) o la realización (mandatos) las acciones son normas de determinación, y no meras normas que valoran comportamientos sino bienes jurídicos.

El derecho penal objetivamente considerado se define de la siguiente manera: “Es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos

⁷ Diez Ripollés, José Luis y Esther Jiménez-Salinas i Colomer. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Pág. 6.



de incriminación. ”⁸ Esto refiere en esencial al sistema como tal de normas jurídicas que se aplican en el ámbito penal ante la comisión de un delito.

“El derecho penal subjetivo o ius puniendi se refiere a la facultad de aplicar una sanción a aquéllos que actualizan las hipótesis que prevé el ius poenale.”⁹

De una forma general siempre que se refiere al derecho penal de forma subjetiva muchos tratadistas y estudiosos lo apuntan al fundamento del derecho de castigar es por ello que se indica que: “Cuando se desarrollan los distintos puntos de vista que procuran fundamentar el derecho a sancionar, para determinar bajo qué condiciones es legítima la amenaza y ejecución de una pena, y todo lo relacionado con la pretensión punitiva estatal, es a lo que se conoce como derecho penal subjetivo. En ese sentido, Berner y Brusa conciben al derecho penal como: “(...) la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder de penar del Estado.”¹⁰

En ese orden de ideas, el derecho penal ha sido establecido como una rama de doble función dentro del derecho y esto en razón de dos formas de interpretarlo, siendo el primero dentro del derecho subjetivo denominado ius Puniendi el cual es considerado como toda aquella facultad del Estado de castigar, pudiendo determinar e imponer los delitos y las penas que se consideren necesarias y sobre todo de ejecutar las mismas y otras medidas de seguridad que sean necesarias.

⁸ Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Pág. 20.

⁹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 24

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal, tomo I**. Pág. 30



Por otra parte, se encuentra el segundo punto de vista denominado objetivo y llamado Jus Poenale, al cual se considera como todo: “El conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, limitada la facultad de éste de castigar a través del principio de legalidad.”¹¹

Lo anteriormente definido, lleva a la conclusión directa de que el derecho penal es todo el conjunto de normas jurídicas que establecen y determinan los delitos y faltas del individuo en sociedad y que conforma todas las penas a los responsables y regula las formas de sancionar las mismas, entendiéndose de la existencia del denominado delito como la conducta humana manifiesta en forma voluntaria o involuntaria transgresora de la norma del ordenamiento jurídico vigente, que amerita una sanción y considerando el contenido de las faltas como toda acción u omisión voluntarias castigadas por la ley con una pena leve.

1.3. Fuentes del derecho penal

La doctrina ha dividido a las fuentes del derecho penal en fuentes directas e indirectas, a las que también les llama fuentes inmediatas y mediatas, respectivamente, lo que depende del hecho de si tienen o no fuerza obligatoria por sí mismas y que se reflejan en el pleno conocimiento de la norma penal en cuanto al valor de la misma y el poder punitivo del Estado para hacerla valer.

¹¹ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Matta Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 5.

1.3.1. Fuentes directas

Las fuentes directas del derecho penal son las que tienen la fuerza por sí mismas para originar normas jurídicas penales obligatorias. En Guatemala, debido a la naturaleza pública del derecho penal, la única fuente directa de éste es la ley; solamente la ley puede determinar los delitos y las penas.

En consideración de lo anterior esta validez de las fuentes directas se aplican en cuanto al principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege*, que es la norma fundamental del derecho penal. Es entonces, que en cuanto a este principio de legalidad que se da la creación de normas jurídicas penales que están sometidas a la función garantizadora de la ley.

“Se puede hablar de fuentes del derecho en diferentes sentidos y menester es precisarlos previamente. (...) las fuentes de producción de la legislación penal, es decir, de los órganos capaces de producir legislación penal. (...) fuentes de conocimiento del derecho penal, (...) los componentes de la legislación penal propiamente dicha.”¹²

En tal razón entonces como fuentes del derecho penal y en especial fuentes directas debe de considerarse la importancia de este en cuanto a una mejor comprensión en su estudio y por ello se deben de considerar la existencia de las fuentes directas en fuentes directas de producción y fuentes directas de cognición.

a. De producción

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Pág. 51.

“En general, las fuentes directas de producción se clasifican con base a quién crea o produce el derecho; así, cuando se habla de fuente de producción del derecho penal, se alude al fundamento de la validez de las normas jurídicas penales, lo que dependerá de si provienen o no de quien dispone de la voluntad creadora de esas normas jurídicas en un Estado, o sea, del sujeto legitimado para crearlas.”¹³

Lo anterior otorga el razonamiento sobre el cual dentro del mismo Estado se encuentra dicha fuente, debido a que estas fuentes como tal provienen de las fuentes directas de producción del derecho penal y que en el caso de Guatemala esto se da dentro de las funciones del Congreso de la República, el cual al ser uno de los tres poderes del Estado, se encuentra legitimado para crear las normas jurídicas penales, pues éste es el encargado de producir todas las leyes, incluyendo las leyes penales, las que constituyen la única fuente directa del derecho penal en este aspecto y que se fortalece dentro de la misma función del Estado que se menciona.

b. Las fuentes directas de cognición

“Son el resultado de esa aptitud creadora de quien dispone de la potestad legislativa en un Estado (como se afirmó antes, eso le corresponde en Guatemala al Congreso de la

¹³ Palacios Montenegro Jorge Alfredo. **Interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco: análisis de un caso legal.** Pág. 49.



República); por lo tanto, puede decirse que éstas son el derecho objetivo plasmado en los códigos, las leyes, etc.”¹⁴

Por lo anterior, cuando se habla de una fuente directa de conocimiento, esto se refiere al procedimiento estipulado en la misma legislación para crear las normas jurídicas en donde se da la manifestación total de voluntad de quien está legitimado para crearlas.

1.3.2. Fuentes indirectas

El ordenamiento jurídico ordinario guatemalteco, señala que las mismas fuentes del derecho se regulan como lo establece el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial el cual dentro de su contexto indica que: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

Por ello esas fuentes indirectas son:

a. La jurisprudencia

La jurisprudencia, en sentido amplio, es el derecho creado por los tribunales en sus resoluciones cuando imparten justicia, y consiste en la práctica reconocida de los órganos jurisdiccionales por la reiteración de sus fallos en un mismo sentido.

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 51.



Estrictamente, la jurisprudencia es la aplicación del derecho por los tribunales, sujeta a un juicio constante y uniforme, en sus sentencias.

b. Costumbre

En el ámbito jurídico, se entiende por costumbre a las normas sociales no escritas que han sido reconocidas en una comunidad o sociedad determinadas luego de haber sido impuestas por la tradición.

Como fuente del derecho, en la antigüedad, la costumbre fue fundamental para reglar la conducta de los hombres y brindar orden social pues, según el tiempo de que se trate en la historia de la humanidad, el derecho escrito era inexistente o apenas comenzaba a germinar; por ello su gran importancia.

c. La doctrina

Está compuesta por los estudios y las teorías de los doctos y especialistas de nuestra ciencia, es decir, ésta es el resultado de la elaboración científica del derecho penal por los juristas; es muy importante porque, a través de la documentación y publicidad de los avances científicos que genera, es primordial para ayudar a solucionar los problemas que surgen del derecho penal.

d. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho o instituciones jurídicas generales, son los valores universales por los que se deben regir todas las materias jurídicas; no constituyen una fuente directa o inmediata del derecho penal pero sí una fuente indirecta o mediata, siendo importantísimos para la interpretación de las normas jurídicas en general, incluidas las del derecho penal.

1.4. Principios

“En el marco conceptual del derecho penal, se pueden identificar grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, siendo ellos: los principios de protección, de la responsabilidad y de la sanción.”¹⁵

En una forma general estos principios señalados por Díez y que tratan sobre la protección atienden a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger por el derecho penal, entendiéndose por ellos, el principio de lesividad, de neutralización de la víctima y el de intervención mínima. El segundo bloque de principios (de la responsabilidad) se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad penal. Los principios de la sanción se refieren a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a la conducta responsable criminalmente.

Los principios del derecho penal o principios rectores son: “(...) pautas superiores y abstractas, generales e inductivas en que descansan las diversas normas e

¹⁵ Díez Ripollés, **Óp. Cit.** Pág. 8.



instituciones del derecho penal positivo, y que los doctrinantes proponen como guías para la interpretación de las mismas.”¹⁶

Dentro de esa línea de ideas se deben de entender que existen distintas clasificaciones pero que esencialmente se deben de resumir a los siguientes principios:

a. Principio de legalidad

De suma importancia dentro de los distintos principios que deben guiar y regir el derecho penal en Guatemala se encuentra necesario destacar la importancia que tiene para éste el principio de legalidad y el cual refleja el conocido “nullum crimen nulla poena sine lege”, el cual ha sido concebido por la mayoría de los estudiosos de la ciencia penal, como el pilar sobre el cual se debe erigir toda la edificación del derecho penal sobre todo en materia del respeto al mismo.

Por otra parte, se debe de considerar que aun cuando la doctrina no está de acuerdo en cuáles deben ser todos los principios que deben regir al derecho penal y no se han establecido plenamente cuales son los mismos, este principio sí es reconocido casi universalmente por las legislaciones de los países civilizados; eso sí, no sin antes haber superado un largo proceso para ello, con muchos acontecimientos y continuos retrocesos.

¹⁶ Goldstein, Raúl. **Diccionario de derecho penal**. Pág. 8.



“La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal.”¹⁷ Este principio como también una garantía es especial en cuanto a la validez del derecho penal y como este debe de ser visto por el Estado y la sociedad.

Por otra parte, el principio de legalidad también como principio de intervención legalizada, explica que el principio establece que la intervención punitiva del Estado debe de: “(...) tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general.”¹⁸

Ampliando un poco lo manifestado por Diez y que contempla lo que refiere al principio de legalidad este señala además que existen otros principios que son importantes para el valor y razonamiento del derecho penal y que tienen que ver con todo aquello que sea considerado necesario para la validez del mismo.

b. El principio de lesividad.

Este es el principio que denota una antijuricidad material, plasmando el daño social que se provoca con la conducta criminal. Es decir, la conducta delictuosa afecta las

¹⁷ Bacigalupo, Enrique. **Principios del derecho penal, parte general.** Pág. 55

¹⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Pág. 80



necesidades del sistema social en su conjunto, superando el conflicto privado entre autor del delito y la víctima.

c. El principio de neutralización de la víctima.

En este principio descansa la voluntad del Estado, en cuanto a que la respuesta al conflicto criminal quede completamente en sus manos y no en las de la víctima. Eso explica el surgimiento de la acción penal pública, reflejo que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, y no solamente al agraviado.

d. El principio de la intervención mínima.

Este principio implica la intervención del derecho penal en último término, que se origina en la interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social. Este principio implica dos subprincipios: El de carácter fragmentario y el de subsidiariedad del derecho penal.

El primero, permite utilizar la penalización para la salvaguarda de presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social. El segundo, se entiende como la intervención del derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades.

1.5. Partes del derecho penal

Dentro del estudio y comprensión del derecho penal, este ha sido dividido para su mejor estudio y entendimiento, siendo por ello que el mismo derecho penal material se fracciona en dos partes, la parte general del derecho penal y la parte especial del derecho penal, que es la misma técnica que se utilizó y aplicó en la legislación ordinaria penal sustantiva guatemalteca.

a. Contenido en la parte general:

La parte general del derecho penal, establece: “una exposición teórica que debe responder a tres preguntas fundamentales, a las que se refiere como tripartición primaria del derecho penal.

Estas cuestiones son: ¿Qué es el derecho penal?, ¿qué es delito? y ¿cuáles son las consecuencias penales del delito? Y al sistema de respuestas a esas interrogantes las llama: Teoría de la ciencia del derecho penal, teoría del delito y teoría de la coerción penal, respectivamente.”¹⁹

Por otra parte, De León Velasco y De Mata Vela, señalan respecto a la parte general del derecho penal, que es a la que se le determina o la que se ocupa de: “(...) las

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Pág. 21.

distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, delinciente, a las penas y las medidas de seguridad.”²⁰

Las definiciones anteriores demuestran como tal que dentro del contenido de esta parte general como tal el mismo desarrolla todo lo que refiere al tema de los principios generales de la disciplina como también de las distintas teorías de la ley penal, siendo específicos al tema del delito y de la pena y que es la parte esencial de esta división.

Algunos tratadistas tienen una opinión diferente sobre esta división del derecho penal debido a que proponen “una sistematización distinta por medio de la cual desarrolla primero el tema de las cuestiones fundamentales del derecho penal, luego lo concerniente a la ley penal, el delito y el procedimiento, y por último la coerción penal.

Cabe hacer notar aquí que la mayor diferencia entre uno y otro sistema consiste en incluir el estudio del procedimiento y hacerlo antes que el de la coerción penal, lo que resulta muy interesante.”²¹

No obstante, dentro de esos aspectos preliminares y volviendo a la forma tradicional del derecho penal, debe de señalarse que la misma parte general del derecho penal es aquella en la cual se establece el estudio y desarrollo de los principios, doctrinas e instituciones, que tratan del delito, el delinciente, las penas y las medidas de seguridad,

²⁰ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** Pág. 7.

²¹ Righi, Esteban y Alberto A. Fernández. **Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena.** Pág. 77.



y ésta se manifiesta en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el libro primero del Código Penal.

b. Contenido de la parte especial

Dentro del contenido de la parte especial se debe de comprender que esta es la división del derecho penal a la que se le asigna el estudio de las figuras penales como tal y que se encuentran regidas como aquellas conductas no aceptadas por la misma sociedad.

Esta parte está comprendida por los delitos y las faltas, como también de las correspondientes penas por las acciones ilícitas reguladas en la norma penal, así como también de las diferentes medidas de seguridad que se deben imponer a los delincuentes.

Ésta también fue formulada en legislación penal guatemalteca, encontrándose estipulada dentro del contexto de los libros segundo y tercero del Código Penal.

“Así, en cuanto a la parte especial del derecho penal se refiere, la tradición ha sido que esta asignatura se dedique al conocimiento de los delitos en particular: El homicidio, el hurto, etc.”²²

²² **Ibíd.** Pág. 78.



1.6. Naturaleza jurídica del derecho penal

La naturaleza jurídica del derecho penal, se refiere a saber dónde nace y cuál es su ubicación dentro de las distintas disciplinas jurídicas, si pertenece al derecho privado o al derecho público, o si pertenece al derecho social.

Hay corrientes novedosas amparadas en la defensa social contra el delito, que han pretendido ubicar al derecho penal dentro del derecho social, como el derecho de trabajo y el derecho agrario sin éxito alguno, pero que tampoco es válido situarlo dentro del derecho privado, como el derecho civil y el derecho mercantil.”²³

Está la corriente del derecho que confirma la teoría que el Derecho Penal es una rama del Derecho Público interno del Estado que tiende a proteger intereses individuales y colectivos, es decir públicos y sociales.

²³ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco De Matta Vela. **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 7.





CAPITULO II

2. La teoría general del delito y debido proceso

Para comprender de mejor manera el tema de la teoría general del delito y del debido proceso, se debe de considerar la importancia de la materia de conocimiento de la doctrina y de todos aquellos hechos conocidos en las distintas figuras que son consideradas delictivas y que se le pueden atribuir a una persona a quien se le denomina imputado, debiendo estos nacer como consecuencia de una acción o de una omisión que anteriormente estaba dispuesta por una persona para ocasionarlos, y en cuanto a su naturaleza de la acción y de las circunstancias concretas para cometerlas, se establece ya dentro de una teoría general del delito que es esencial profundizar para su entendimiento.

Por otra parte, el delito como un comportamiento humano inadecuado dentro de la sociedad, no es más que una acción que pone en peligro la convivencia en las distintas sociedades y compromete las condiciones adecuadas para la existencia, conservación y desarrollo del debido proceso como tal.

Debido a lo anterior, es importante estudiar la teoría general del delito en todos sus aspectos, con la finalidad de poder señalar cuales son realmente los parámetros sobre la cual la ley penal debe de aplicarse a determinadas conducta y sobre todo la finalidad de la pena como tal, sin dejar de considerar además como tal, el respeto del debido proceso dentro de la aplicación de la ley penal.

2.1. Definición de delito

De León Velasco y De Mata Vela, se refieren al delito de la siguiente manera: “El delito como la razón de ser del derecho penal, y como razón de la existencia de toda actividad punitiva del Estado, ha recibido diversas denominaciones a través de la evolución histórica de las ideas penales, atendiendo a que siempre ha sido una valoración jurídica, sujeta a las mutaciones que necesariamente conlleva la evolución de la sociedad.”

Esa evolución histórica del derecho penal conlleva a que debe de valorarse el derecho penal, como aquella forma en la cual se dará castigo a una persona en la convivencia social por un daño causado según la intención del mismo.

“En el derecho penal moderno se habla de delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, crimen, delito y contravenciones o faltas. Tomando en consideración la división que plantea el Código Penal de Guatemala, se puede afirmar que se adscribe al sistema bipartito, al clasificar las infracciones a la ley penal del Estado en delitos y faltas.”²⁴

Es con ello entonces que se debe de señalar que la norma penal guatemalteca divide esa acción ilícita en delitos y faltas, sobre todo en referencia a la gravedad del hecho o

²⁴ **Ibíd.** Pág. 108



acto cometido y en especial en cuanto a las formas sobre las cuales debe de aplicarse la norma en respeto al debido proceso.

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”²⁵

El Código Penal guatemalteco no define lo que se entiende por delitos, al igual que otros códigos en el mundo, pero en el caso de la doctrina si existen diversidad de definiciones como lo es la formal, sustancial y dogmática. Ante ello se define a cada una de la forma siguiente:

a) Definición formal: Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esta definición, aun siendo cierta, no aclara el concepto por cuanto no deja de ser una fórmula vacía y tautológica.

b) Definición sustancial: Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. Esta definición explica el fundamento del delito y los motivos que impulsan al legislador a sancionar unas conductas. Sin embargo, no responde a la naturaleza concreta del delito.

²⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal**, pág. 36.



c) Definición dogmática: Delito es la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable

Algunos autores añaden el requisito de punible. Esta definición sirve para determinar en concreto si una conducta es delictiva.²⁶

La definición formal mencionada no es más que la acción en donde se incumple con las normas establecidas por el legislador, siendo la sustancial la que se comete en cuanto a la acción cometida y que deben de tener una sanción correspondiente y en cuanto a la dogmática que establece que es la acción que debe de estar encuadrada y que se incumple para formular la misma como una conducta punible.

“El delito es el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de personalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”²⁷

En este aspecto de la definición debe de entenderse el término de imputabilidad a un hombre en el aspecto del ser humano en conjunto en su condición nacional de formar parte de determinada sociedad.

“Delito es el que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena.”²⁸

²⁶ Cauhapé-Cazaux. Eduardo González. **La teoría del delito apuntes de derecho penal guatemalteco.** Pág. 27

²⁷ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 20.

²⁸ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, pág. 19.



Por otra parte, no puede dejarse de mencionar las definiciones que el mismo Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula, siendo así el primero en señalar lo que establece el Artículo 11 que define lo siguiente: “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”.

De igual manera el contenido del Artículo 12 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula el delito culposo, indicando que:

“El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”. Dentro del mismo contexto de la teoría del delito y la definición de su concepto, debe tomarse en cuenta los principios de mayor trascendencia y que se refiere a la culpabilidad, ya que es debido a ese reconocimiento que se establece la responsabilidad dentro de la comisión de un delito.

2.2. Clases de delito

Para poder realizar una correcta determinación de las clases de delitos es necesario saber y entender lo que refiere al tema de la culpabilidad. “La culpabilidad es la ejecución de un hecho típico y antijurídico, cometido como resultado de operación

mental en la que el individuo intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad.”²⁹

Esa voluntad manifestada en la definición es esencial para el tema de los tipos de delitos, ya que es el grado psicológico del autor del hecho ilícito el que va a determinar qué tipo de delito se está cometiendo y sobre todo va a determinar el grado de participación que existe en el delito que se comete, así como las consecuencias que recaen en el autor del hecho ante la comisión del ilícito.

“La culpabilidad en su más amplio sentido puede definirse como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”³⁰

Con lo anterior entonces debe de mencionarse que para determinar el tipo de delito también debe de entenderse el tipo de culpabilidad, ya que esta es la posibilidad de prever o previsibilidad del resultado no requerido ante la comisión de un delito, considerando que estas formas de participación psicológica del sujeto en el hecho, determinan el tipo de delito que se comete, y sobre todo en el análisis del grado de conciencia de querer y la conciencia de obrar, traducidas estas en una conducta externa, es decir, es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley prevé como delito.

²⁹ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 356

³⁰ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**, pág. 36.



Entendiendo entonces las clases de delitos es necesario entonces entender las clases de culpabilidad, ya que, en el ordenamiento jurídico penal, el concepto de imputabilidad es a su vez toda aquella capacidad de entender o de comprender el significado de los propios actos y la capacidad de querer o la libertad del sujeto en el momento de la acción, sin lo cual no podrá formularse juicio alguno de reproche.

La misma legislación guatemalteca refiere sobre las clases de delito que este es doloso, culposo o preterintencional, siendo la voluntad de cometer el hecho el que distingue la comisión de cada una de esas acciones tipificadas con antijurídicas y que rigen dentro de las normas penales en cuanto a determinar la figura jurídica a señalar como de la pena y sanción a aplicar, cumpliendo lo anterior con el contenido de la parte general y la parte especial del derecho penal guatemalteco.

Por lo anterior debe de entenderse los aspectos del dolo, la culpa y la preterintencionalidad, como aspectos esenciales para determinar doctrinariamente los tipos de delitos.

a. El delito por dolo

Es la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley, siendo el momento especial de este delito la voluntad para realizar el mismo.



“El dolo se considera como la regla general y la forma normal en la realización del hecho, debido a que nadie puede ser castigado como responsable del delito habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.”³¹

“La escuela positivista combate insuficientemente el concepto clásico del dolo, integrado únicamente por la concurrencia de la inteligencia y de la voluntad, y lo hace consistir en tres elementos: voluntad, intención y fin.”³²

b. El delito por culpa

La culpa como tal es aquella que se comete cuando no existe ninguna voluntad de cometer o vulnerar lo que en sus preceptos se conocen en determinados delitos. Esta se da cuando se produce un resultado típicamente antijurídico sobre todo ante la falta de previsión o por la falta de conocimiento que no ha previsto el autor en cuanto al resultado que acontecerá, sino además de la confianza de que no acontezca.

La culpa consiste en la violación de la obligación de diligencia y prudencia que imponen determinadas normas. Concedida de esta manera la culpa, ella implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico.

³¹ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**. Pág. 39.

³² Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**. Pág. 51.



“Las diversas formas de la culpa son las siguientes:

a) Imprudencia: consiste en obrar sin cautela en contradicción contra la prudencia.

b) Negligencia: constituye una omisión, desatención o descuido, consiste en no cumplir aquello que se está obligando en hacerlo con retardo, es la falta de uso de los poderes activos en virtud de los cuales un individuo, pudiendo desarrollar una actividad no lo hace.

c) Impericia: ésta se encuentra ligada al ejercicio de una profesión, arte o industria que exige determinados conocimientos, determinadas habilidades; la sucesión a determinadas reglas impuestas por la ciencia o por la práctica. Se habla así de impericia cuando se da una insuficiencia preparada por el sujeto o manifiesta inhabilidad de la correspondiente profesión, arte o industria, lo cual se concreta en la inobservancia de las reglas técnicas que se imponen el ejercicio de tales actividades.”³³

c. El delito por preterintencionalidad

³³ Estrada Méndez Clara Luz. **Estudio jurídico de la culpabilidad personal y la culpabilidad por el hecho en el código penal guatemalteco.** Pág. 55



“Es una tercera forma que puede asumir la participación psicológica. Se trata de una responsabilidad que surge solo a título excepcional. La naturaleza de la causa de inculpabilidad del estado de necesidad no es aceptada pacíficamente en la doctrina.”³⁴

Esta forma de participación dentro de un hecho tipificado como antijurídico, es una forma de la justificación y en donde se debe de entender que aun cuando se planifica la comisión de un hecho tipificado como antijurídico el resultado obtenido es mucho mayor, tal como lo puede ser provocar un daño o lesión leve y se obtiene como resultado la muerte de la persona, existiendo además una parte de responsabilidad que se da entre el dolo como máxima figura para la participación de un hecho ilícito y de la culpa como una acción total de voluntad.

2.3. La teoría del delito

La teoría del delito tiene por objeto proveer de los instrumentos conceptuales suficientes, que accedan constituir que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena.

“Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de ésta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito

³⁴ **Ibíd.** Pág. 56



dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito, trata de dar una base científica a la práctica de Los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.”³⁵

La teoría del delito es la procuradora de otorgar todos los instrumentos o herramientas necesarias al derecho penal objetivo, para que éste en su función, pueda tipificar las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación con una respectiva pena ante el incumplimiento de la misma, coadyuvando con ello a aplicar la norma penal y sobre todo la justicia penal en cuanto a lo más apegado al principio de legalidad posible.

La teoría del delito, enuncia una sucesión de elementos que se presentan de forma común en cuanto a todo delito, lo que permite una evaluación más universal de todos los delitos, sin dejar de fijar una apariencia jurídica dentro de la misma legislación jurídico penal.

Por otra parte, cada legislación penal en el mundo se ve regularmente afectada de forma directa por la doctrina penal que la informa y como se observa en un ejemplo en lo que ya se ha tratado en cuanto a los tipos de delitos, en cuanto a la doctrina y la clasificación de la legislación y que por otra parte se refleja en el conjunto de delitos en la parte especial del Código penal y que se sustenta por las normas de la parte general.

³⁵ Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 13.

“La Teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible.”³⁶

En razón de ello entonces, se toma la teoría del delito como aquella forma en la cual la legislación penal debe de garantizar la plena aplicación de la punibilidad y que se reflejan en el estudio de los hechos que se cometen para vulnerar el tipo o figura penal por medio de la acción u omisión.

2.4. El Debido proceso

El debido proceso se encuentra garantizado en Constitución Política de la República de Guatemala, la cual establece que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. En ese sentido podemos interpretar que ningún habitante de la república puede ser juzgado por comisiones especiales, eliminando con ello que la administración de la justicia se realice por fueros especiales, dando importancia especial al desarrollo de todo un debido procedimiento penal administrado y ejercido

³⁶ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal**. Pág. 5.



por los órganos jurisdiccionales correspondientes y los cuales actúan en marco de respeto de la legislación guatemalteca, evitando todo tipo de juzgamiento favorecido o en contra de cualquier persona.

Por otra parte para mejor entendimiento del procesal penal es necesario considerar a esta como aquel conjunto de normas jurídicas que reglamentan cualquier proceso penal, desde un inicio hasta el final y que refiere a todas aquellas actividades de los jueces como administradores de la justicia, el manejo de la legislación y las debidas sentencias, delegando en el juez, la función de analizar toda la investigación realizada por el Ministerio Público, así como de identificar y sancionar las conductas que sean consideradas como delitos.

El debido proceso penal no es más que la aplicación correcta de las leyes en cuanto a un procedimiento legal y en donde se respetan los mismos en razón de los derechos humanos de las partes involucradas.

a. Definición

Debe de entenderse que antes de definir el debido proceso penal es necesario conocer sobre el origen del vocablo y es por ello que se señala que: “El término debido proceso penal procede del derecho anglosajón en el cual se usa la expresión *due process of law* que se traduce en el debido proceso de la ley”.³⁷

³⁷ Hernández Quan, A.P. **El debido proceso frente a las notificaciones telefónicas vía fax y electrónicas derivadas por las reformas realizadas al Código Procesal Penal.** Pág. 31

El debido proceso penal debe de ser considerado como: “El conjunto de actos dirigidos a un fin: solucionar la controversia surgida entre de personas, por medio de él, se satisfacen pretensiones, empleando el derecho y la norma jurídica para implantar la paz y la seguridad en la comunidad.”³⁸

Lo que señala la definición de la licenciada Ruiz Castillo de Juárez, es plena al señalar que la finalidad como tal del debido proceso es solucionar una polémica entre las personas y que para ello es necesario que el derecho y la norma jurídica se aplica de la forma correcta en beneficio de la solución del problema como tal, siendo en caso específico del debido proceso penal que las normas y los procesos sean aplicados por los administradores de justicia en la forma que la misma ley penal encomienda y ofrece. Convenientemente es necesario señalar sobre el debido proceso penal que es: “Una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente y que tienen por objeto resolver un conflicto o controversia mediante un juicio del juez.”³⁹

Sobre el proceso penal, otros tratadistas señalan que estos son actos que se deben de realizar continuamente y que los mismos se enfocan y desarrollan para que el juez como administrador de la justicia pueda resolver un conflicto previamente planteado al mismo.

³⁸ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Teoría general del proceso**. Pág. 7

³⁹ **Gordillo Galindo, Mario Estuardo. Derecho procesal civil guatemalteco. Pág. 55**



Importante es señalar lo que refiere Guillermo Colín quien señala que: “El Derecho Procesal se ocupa también de la competencia y la regla; así como la actividad de los jueces. Asimismo, materializa la ley de fondo en la sentencia.”⁴⁰ Con ello entonces la importancia en materia penal, que la misma refiere a las actividades de los jueces, así como de la competencia que les ocupa y que finaliza el debido proceso penal por medio de la sentencia debida.

En el debido proceso penal también existe un conjunto de medidas que regulan el proceso penal desde la apertura hasta la terminación del proceso, teniendo como función plenamente en ese proceso, buscar por medio de la investigación el poder sancionar según lo resuelto en la investigación las conductas que sean consideradas por la misma legislación como delitos.

Por ultimo pero no menos importante es la tesis que establece que: “El derecho procesal es un conjunto de normas que regulan los tres pilares del debido proceso, con la única finalidad de la aplicación de las leyes de fondo, o derecho sustancial.”⁴¹

Con estas definiciones entonces, se debe de concluir que el debido proceso penal es aquella disciplina legislativa administradora de proveer de conocimientos hipotéticos, prácticos y experimentados obligatorios para comprender y aplicar las normas jurídicas de tipo procesal y penal, que están destinadas a regular el inicio, establecer el

40 Colín Sánchez Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales. Pág. 49

41 Rivera Silva Manuel, El procedimiento penal. Pág. 31

desarrollo de la investigación, las etapas del proceso penal y culminar por medio de la respectiva sentencia.

b. Objeto

El objeto del derecho procesal penal y por ende del debido proceso penal radica en la aclaración e investigación del hecho denunciado, por medio del desarrollo de etapas establecidas en la legislación guatemalteca.

“El objeto es obtener, mediante la intervención de un juez, la declaración de una certeza positiva o negativa de la pretensión punitiva del Estado, quien la ejerce a través de la acción del Ministerio Fiscal.”⁴²

El contenido del debido proceso en general está reglamentado en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en el contexto de Tratados Internacionales siendo por ello además, la fuente del debido proceso penal que se encuentra enfocado en la premisa que nadie puede ser condenado sin haber sido oído, citado y vencido en proceso público, en donde se observen las debidas garantías, cumpliendo con los plazos razonables por un juez o tribunal competente que por supuesto, debe de actuar de forma imparcial, tal como lo señala la misma Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 12 respecto al derecho de defensa como también en el contenido del Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial en cuanto al debido proceso.

⁴² *Ibíd.* Pág. 51



Dentro del objeto y contenido también es necesario mencionar lo que se refiere al tema del fin del debido proceso penal y para ello debe de entenderse que si dentro del fin del derecho procesal penal el mismo está orientado primero a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, siempre que la acción penal no haya prescrito, así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, archivando el proceso cuando no se pruebe su responsabilidad durante la investigación, siendo entonces el fin del debido proceso penal es que el desarrollo de etapas ya mencionados se realicen en apego a las normas y procedimientos por medio del órgano jurisdiccional correspondiente e idóneo respetando las garantías del debido proceso como tal.

Debido a lo anterior entonces, el debido proceso penal como tal es el proceso lógicamente concebido que respeta los principios que van sobreentendidos en el régimen establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, siendo que este es un principio legal por medio del cual el Estado de Guatemala debe de respetar y ser garante de todos los derechos legales que posee una persona según la legislación vigente.

El debido proceso penal entonces es una garantía jurídico procesal por medio del cual se deben de respetar los derechos reconocidos en la misma Constitución Política de la República de Guatemala y que buscan obtener como resultado asegurar que la conclusión del mismo sea justo y equitativo, en donde se le otorga a una persona la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente a un juez.



Cuando el Estado menoscaba a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley, incurre en una violación de los derechos humanos y sobre todo del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley.

c. Importancia

El debido proceso penal reviste de vital importancia en cuanto al cumplimiento del estado de derecho y del cumplimiento de las garantías de cumplir con el respeto de los derechos humanos reconocidos por la misma Constitución Política de la República de Guatemala.

“El debido proceso penal busca materializar a lo que se le llama tutela jurisdiccional efectiva. Tiene importancia porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión no reúne los supuestos que garanticen para alcanzar dicha tutela”.⁴³

Ante lo anterior entonces dentro de un proceso en general se deben de cumplir con todas las garantías procesales que indican las normas o leyes del país, también deben de cumplirse con todos los requisitos regulados por dichas leyes en la forma que las mismas lo determinan y en el respeto a todas las garantías que la misma constitución del país señala.

⁴³ Hernández Quan, A.P. **Óp. Cit.** Pág. 43



Es por ello que se puede determinar y concluir que no puede existir un debido proceso penal cuando no se cumplen y se realizan los procedimientos penales tal señalados en las leyes y cuando estos no se realizan en las formas establecidas y sobre todo cuando no se aplican de la forma adecuada por los jueces en el sector justicia.

d. Garantías del debido proceso

Al mencionar el Estado de Derecho se debe de considerar que el mismo ha reconocido una serie de principios y garantías procesales en la Constitución y que a su vez forma parte del proceso penal moderno como tal y es por medio de la misma Constitución Política de la República de Guatemala que el debido proceso penal adquiere una gran relevancia, esto en razón que la Constitución ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico, sino también porque realmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales y de relevancia constitucional los cuales quedan sujetos a una correcta aplicación de las leyes.

Es por ello entonces que la misma Constitución Política de la República de Guatemala, otorga especial reconocimiento a ese conjunto de derechos y principios procesales, en especial considerado la necesidad de un adecuado proceso penal y de la aplicación del principio de jurisdiccionalidad.

Este principio de jurisdiccionalidad dentro del debido proceso penal es una garantía que tiene una doble funcionalidad en cuanto al respeto de los derechos humanos,



entendiendo en un primer momento que este principio por un lado atiende a que la pena se debe de imponer únicamente sólo por los tribunales y por otro lado cumpliendo una segunda función que es que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso adecuadamente desarrollado.

Por esa razón, la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías de tipo general reforzadas por una amplia relación de garantías específicas y que al final tienen una inmensa correlación de cláusulas de investidura constitucional, que definen los aspectos orgánicos del debido proceso penal, como también de la formación del objeto procesal y como deben de actuar las partes de forma debida.

En ese sentido, se consideran garantías genéricas aquellas normas ordinarias que guían el desarrollo de la acción procesal penal y sobre todo porque en ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas, de las cuales se menciona las siguientes:

- a) El debido proceso.
- b) El derecho a la tutela jurisdiccional.
- c) El derecho a la presunción de inocencia.
- d) El derecho de defensa.

En cuanto a las garantías específicas estas son aquellas que señalan y abarcan aspectos muy puntuales y concretos del proceso, así como de la estructura y actuación

que deben de darse por parte de los órganos penales que intervienen en el debido proceso penal, entre los cuales en el contexto del debido proceso en general se consideran los siguientes:

- a) “Derecho de igualdad procesal.
- b) Derecho al secreto bancario y la reserva tributaria, salvo su levantamiento ordenado por el Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso.
- c) Derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo ingreso y registro por mandato judicial o en flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.
- d) Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, salvo incautación, interceptación o intervención por mandamiento motivado del juez.
- e) Derecho a la libertad de tránsito.
- f) Derecho al secreto profesional.
- g) Derecho a la libertad individual.
- h) Derecho a no ser incomunicado, salvo con fines penales.
- i) Derecho a no ser víctima de violencia, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.
- j) Privilegio de los Congresistas de no ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto en delito flagrante.

- k) Privilegio del antejucio.
- l) Garantía del Juez Natural.
- m) Garantía de la publicidad de los procesos.
- n) Principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.
- o) Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (cosa juzgada).
- p) Derecho de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención.
- q) Principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.”⁴⁴

Realizando ya un análisis del contenido de las garantías procesales generales se establece que la primera que se menciona es la que refiere al debido proceso, esta garantía la cual ha desarrollado y evolucionado desde que fue reconocida como tal en la misma Constitución de los Estados Unidos, y que dentro del desarrollo de dicha evolución la misma actualmente se considera una garantía de legalidad que con su propia naturaleza es una garantía de justicia porque como se conoce busca que se cumplan con los procedimientos que las leyes demandan.

Dentro del desarrollo de la garantía del debido proceso se reconocen además otras garantías específicas que son necesarias mencionar, siendo estas las siguientes:

44 Quevedo Osorio, Josué Daniel. **El colaborador eficaz y la falta de certeza jurídica.** Pág. 6

- “a. Derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa;
- b. Derecho a ser juzgado por un juez imparcial;
- c. Derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad;
- d. Derecho a la prueba, que importa derecho a las solicitudes probatorias, a la participación en la actuación probatoria, a investigar sobre la prueba antes del juicio y a la carga de la prueba por la acusación; y,
- e. Derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copia de las actas.”⁴⁵

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el debido proceso es una estipulación de carácter general y secundaria o suplementaria según sea el caso y que por lo tanto dentro de la norma superior jerárquica que es la Constitución Política de la República de Guatemala, incluye todas las garantías que se establecen y deben ser observadas por la legislación ordinaria, ya sea en la norma orgánica como en la norma procesal, siempre y cuando cumplan con la finalidad de una correcta aplicación de la justicia y que se encuentra destinada a la tramitación de un proceso del cual de su incumplimiento provocan efectos negativos en la regularidad e imparcialidad del procedimiento, así como en la vulneración de derechos y garantías constitucionales.

“El debido proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca,

⁴⁵ Cubas Villanueva, Víctor. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Pág. 22

en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado. A través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el estado social y democrático de derecho.”⁴⁶

Dentro de esa línea de ideas de numerosas instituciones se refieren a todas las que intervienen en el debido proceso penal y que dentro de la misma cumplen con funciones específicas que se relacionan en cuanto a los procedimientos establecidos en la legislación y sobre todo al respeto de los mismos en cuanto a los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, con ello fortalecer el cumplimiento de la ley en la materia del debido proceso penal y de las garantías generales y específicas que la norma jerárquica superior demanda.

“El debido proceso legal es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.”⁴⁷

Así mismo debe de entenderse que el debido proceso penal como una garantía genérica es necesaria como una herramienta justa e imparcial que limite *el ius puniendi* del Estado en relación a los gobernados y que tiene dos aspectos importantes a

⁴⁶ Quevedo Osorio, Josué Daniel. **Óp. Cit.** Pág. 8

⁴⁷ Quiroga de León, Aníbal. **Las garantías constitucionales de la administración de justicia.** Pág. 46



considerar tal como lo es por el lado procesal, en cuanto a que nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y por el lado material en cuanto a que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

La garantía del debido proceso penal funciona a favor de quien es objeto de una imputación penal en su momento y por ello constituye una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de la imputación señalada, siendo por ello que, dentro del seguimiento como tal, el imputado tiene el derecho a proponer dentro del proceso penal toda aquella información que considere necesaria y adecuada para desvirtuar la imputación.

“Las Garantías Procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso.”⁴⁸

Dentro del fortalecimiento del debido proceso penal es necesario determinar que para fortalecer el mismo es necesario validar otras garantías de suma importancia que complementan el fin de la garantía genérica del debido proceso penal, siendo estas las siguientes:

a. La garantía de no incriminación

⁴⁸ Maier, Julio **Derecho Procesal Penal Argentino**. Pág. 31

La garantía de la no autoincriminación dentro del debido proceso penal es aquel derecho a no declararse culpable ni ser obligado a declarar contra sí mismo, considerando además que también abarca que no se pueda declarar en contra del cónyuge o cualquier pariente y que es parte esencial dentro del proceso penal.

Se puede considerar como aquella garantía dentro del debido proceso penal que refiere al derecho a guardar silencio el cual se encuentra privilegiado como derecho fundamental del procesado tanto en la legislación interna, como dentro de los mismos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos del derecho penal suscritos y ratificados por Guatemala.

b. El derecho a un juez imparcial

La imparcialidad judicial garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel idóneo y adecuado en cuanto a la administración de la justicia, cumpliendo con la finalidad de proteger la efectividad del derecho a un debido proceso penal con todas las garantías constitucionales necesarias.

Dentro de la imparcialidad del juez debe de considerarse que la misma se puede apreciar desde dos puntos de vista de la imparcialidad judicial, siendo la primera la que



refiere a la imparcialidad subjetiva la cual considera que es aquella que refiere a la persuasión personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes y la segunda imparcialidad de forma objetiva que incide en las garantías que deben de respetar los jueces y las cuales se puede afectar por parentesco con las partes, por razones de interés personal o por razones tanto de amistad como enemistad.

Por ello en cuanto a esta garantía para que la misma sea respetada es necesario que el juez esté en una posición alejada del conflicto que debe decidir y con ello poder evitar situaciones que la ley prevé como causales de abstención y de recusación: si el juez no se aparta del proceso son las partes las que tienen el derecho de proponer que el mismo no conozca.

c. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

Es derecho de todo guatemalteco optar a un proceso sin dilaciones indebidas y que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso, siendo esto un derecho fundamental reconocido y garantizado por la misma Constitución Política de la República de Guatemala y que va dirigida a los órganos judiciales, siendo esto una obligación plena para que los órganos actúen en un plazo razonable respetando los derechos humanos al reconocer los mismos.



La vulneración de esta garantía se da sobre todo como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro del plazo que la legislación determina en cuanto a las pretensiones sobre una imputación sobre un ciudadano.

Esta garantía dentro del debido proceso penal exige a la autoridad judicial que de forma inmediata la misma sea restablecida, siendo con ello que debe de promoverse la resolución necesaria por parte del órgano jurisdiccional para que se deje esa tardanza y se evite la vulneración del derecho constitucional establecido en la ley, siendo necesario determinar si la dilación se debe a un funcionamiento tardío de la misma administración de justicia o si la misma fue provocada por parte del mismo particular culpable o señalado.

d. El derecho a la tutela jurisdiccional

“Es un derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener del mismo una resolución fundada en derecho –y, por tanto, motivada– que pueda ser de inadmisión cuando concurre una causa legalmente prevista.

A ello se añade el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades legalmente reconocidas.”⁴⁹

Dentro de este contexto el derecho a la tutela jurisdiccional está vinculado al derecho de defensa por la obligación que el Estado tiene de brindar esa seguridad del debido proceso penal para quien es imputado o señalado dentro del proceso como tal por lo tanto debe de considerarse que es una obligación del debido proceso en general que la persona se le respeto los derechos humanos por medio de la protección del mismo estado garantizando que se respeten los derechos humanos como tal. “Así tenemos que, hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.”⁵⁰

Es así como entonces se debe de considerar que esta garantía es una un derecho fundamental que tiene como fin y está destinada a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, pues la misma legislación de tipo ordinaria debe de garantizar el debido proceso, dando actuación a los medios de pruebas sustanciales para la defensa, sin priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional y es ahí donde se debe de garantizar esa tutela jurisdiccional como mecanismo de respeto de los derechos humanos.

⁴⁹ González Pérez, Jesús. **El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**. Pág. 81.

⁵⁰ Ferrajoli Luigi. **Justicia Penal y Democracia en el contexto extraprocesal**. Pág. 53

e. El derecho de defensa

“El derecho de defensa hace posible que el denunciado, inculcado o acusado puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales.”⁵¹

Nuestra Constitución sitúa el derecho de defensa dentro de los derechos fundamentales dando ese carácter de garantía general necesaria dentro del debido proceso penal y que abarca una serie de elementos esenciales dentro del proceso en general tomando en consideración que el mismo debe de contar con este mecanismo para establecer que efectivamente se cumplió con los procedimientos que la misma legislación penal demanda.

“El derecho de defensa es la facultad de las partes de sostener sus posiciones y de contradecir los fundamentos del contrario. Es un derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se le concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.”⁵²

⁵¹ Carocca Pérez, Alex. **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Pág. 30

⁵² Gimeno Sendra, Vicente. **Constitución y Proceso**. Pág. 77



Por lo anterior, podemos inferir que al no cumplirse los principios procesales se estaría vulnerado el debido proceso penal sin dejar de mencionar las severas violaciones a los derechos humanos de las personas, no cumpliéndose con ello al fin supremo del Estado que es el bien común y no se estaría aplicando la justicia como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.



CAPÍTULO III

3. Derecho genético en Guatemala y ADN

Hoy en día en muchos países del mundo la genética humana constituye un tema de sumo interés para la población y los diferentes sistemas de justicia sobre todo en cuanto a la forma sobre la cual se le puede dar atención para la investigación de sucesos de tipo penal.

En tal forma en Guatemala aún no se han realizado estudios adecuados que contengan técnicas modernas de carácter científico y que refieran al tema de la genética desde la perspectiva del derecho penal sobre todo y que fundamentalmente pueda resolver los problemas jurídicos que se pueden derivar de la aplicación de una normativa como lo es la Ley del Banco de Datos Genéticos para Uso Forense, Decreto 22-2017 del Congreso de la República y que tiene como finalidad dentro del mismo considerandos de la ley que debe de ser necesario dotar de herramientas y modernizar la investigación criminal, a través de la identificación por medio del análisis genético forense que coadyuve a tener mayor certeza sobre los responsables de hechos criminales, para así cumplir con el fin supremo del Estado.

El problema en relación al tema del momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense y la garantía de la presunción de inocencia y respeto del debido

proceso, siendo precisamente el hecho de que no existan reglas al respecto lo que pueda provocar el mal uso o bien arbitrariedades que se puedan cometer en distintos procesos.

3.1. Identificación genética

“Etimológicamente el término identificación, deriva del verbo latino identificare, que significa: verificar, hacer patente la identidad de alguien o algo.”⁵³

También se le puede llamar identificación al documento oficial o acreditación otorgado por la jurisdicción territorial de un país o entidad con el fin de clasificar a cada individuo o persona. La identificación de personas, es un proceso que puede ser de manera visual de una persona al reconocer o al ser reconocido por otro ser o como mencionamos antes por medio de un documento que alegue o acredite que es la persona que dice ser.

Por otra parte, la identificación genética no es más que todo aquel conjunto de características genéticas que posee cada ser humano y el cual es único para cada persona y, con excepción de los gemelos idénticos, no existen dos individuos con la misma constitución genética.

⁵³ Peinado, José Ibáñez. **Técnicas de investigación criminal**. Pág. 342



El discernimiento de este fenómeno y el desarrollo de los estudios sobre la genética humana en los últimos años han sido la base del desarrollo de técnicas de información genética y que en un primer plano han sido aplicados a temas especiales como en la rama de la medicina que han llevado a distintos reconocimientos sanguíneos, la búsqueda de mecanismos más efectivos para trasplante de órganos y sobre todo para la identificación de restos humanos en donde ya puede relacionarse a la ciencia del derecho como tal.

La identificación genética es de suma importancia hoy en día en muchas situaciones de las personas dentro de la sociedad. “Las características genéticas son heredadas, han servido de base para probar relaciones de parentesco como en el caso de determinar paternidad de un niño en casos de disputa legal.”⁵⁴

Ha sido en los últimos años que se visto la importancia de la identificación genética sobre todo en aquellos mecanismos para el mismo reconocimiento legal o de parentesco ante la negativa de los padres para atender y respetar la identidad de los menores de edad y que llevan a otras circunstancias más graves como lo es la comisión de un delito por parte de una persona en su participación o como un antecedente ante posibles delitos que se cometan en un futuro y que se forman en bancos de información genética.

⁵⁴ Disponible en: (Página consultada) http://www.educ.ar/dinamico/UnidadHtml__get__92b51d8c-7a0b-11e1-827bed15e3c494af/index.html Visitado: 11-09-2021 10:45

Es por ello entonces que las técnicas utilizadas en la adquisición de información genética en los últimos años, se han iniciado a aplicar al reconocimiento de restos humanos con apoyo a las características genéticas heredadas, recolectadas de los posibles familiares de los cadáveres no identificados, determinando la paternidad u otro grado de consanguinidad en casos de necesidad.

“El ADN es común a todas las células del cuerpo, y un análisis adecuado de lo que se denomina “indicio biológico criminal” (sangre, semen, pelos) y su posterior comparación con el material genético de las personas sospechosas posibilita la identificación positiva o negativa, de un presunto delincuente.”⁵⁵

La identificación Genética es una prueba para identificar y evaluar la información genética, mejor conocida como ADN o ácido desoxirribonucleico en las células de las personas, a eso se le conoce como Identificación Genética, porque es muy poco probable que dos personas tengan la misma información de ADN.

Hoy en día la prueba de información genética se utiliza para determinar si existe para ciertas acciones relevantes del ser humano y del mismo sistema médico o de justicia de los países sobre todo porque busca determinar si existe una relación de parentesco entre dos personas, o para identificar organismos que causan una enfermedad y sobre todo en el sistema de justicia penal de un país para resolver crímenes, o en este caso identificar genéticamente a una persona.

⁵⁵ Lorente, José Antonio. **Un detective llamado ADN**. Pág. 49.

Dentro de esta identificación genética basta con tan solo una pequeña muestra de células la prueba genética o prueba de ADN, y esta se puede recabar por medio de la raíz de un cabello o una gota de sangre debido a que estas pueden y contienen suficiente ADN para la efectividad de la prueba, aun cuando las pruebas son frecuentemente realizadas por medio de gotas de sangre, gotas de semen, del cabello o restos de piel sobre todo en el tema de investigaciones criminales.

Cuando una persona de manera intencional se hace una prueba de identificación genética, suele facilitar una muestra de sangre que se toma de una vena y dar la prueba ideal para obtener los elementos esenciales de la identificación genética siendo considera la prueba ideal.

Las pruebas de ADN también pueden hacerse a partir de células obtenidas mediante un enjuague bucal o con un hisopo dentro de la boca por la parte interior de las mejillas, pero estos métodos no son tan efectivos, como la toma de una prueba de sangre, pero no dejan de ser efectivas.

3.2. Base legal del derecho genético en Guatemala

La naturaleza Jurídica de la Identificación de personas en Guatemala, abarca dos áreas del Derecho, tanto el área publica, en la aplicación del Derecho Penal, criminalística y forense, como en el área Privada, como lo es en la aplicación del derecho Civil, y el área de familia, la determinación en casos de área procesal, entre otros.



Pero en especial en cuanto al tema del ADN, este es útil para la identificación de restos humanos y en las investigaciones criminológicas por varios motivos: ya que cada persona posee un ADN único, que permanece constante a lo largo de toda su vida y que sigue las leyes mendelianas de la herencia.

El derecho y Evolución de las prácticas genéticas no ha sido ajeno a Guatemala. Desde hace más de una década se realizan técnicas de reproducción humana asistidas, y actualmente se realizan esfuerzos para contratar con medios técnicos para efectuar pruebas de identificación, en cuanto a parentesco y consanguinidad, a través del genoma humano, mejor conocido como ADN, terapias genéticas y crio-conservación de embriones, inseminación artificial, y alimentar la base de datos de la Fundación Antropológica Forense de Guatemala.

En este caso en cuanto al tema del derecho genético en Guatemala este se encuentra parcialmente regulado en la Ley del Banco de Datos Genéticos para Uso Forense, Decreto 22-2017 del Congreso de la República y que refiere sobre todo en la materia para poder dotar de herramientas y modernizar la investigación criminal, a través de la identificación por medio del análisis genético forense que coadyuve a tener mayor certeza sobre los responsables de hechos criminales.

Por otra parte, ha sido necesario que se aplique normativa internacional para la validez y reconocimiento del derecho genético siendo para ello lo que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, debido a que tanto la declaración universal de los



derechos humanos (1948), así como los dos pactos internacionales de derechos humanos (1966), demuestran que determinados principios aceptados internacionalmente se pueden inferir aquellos que se aplican a la genética humana, tales como:

- a. El respeto de la dignidad y el valor de la persona humana.
- b. El derecho a la igualdad ante la ley.
- c. El derecho de individualidad de las personas.
- d. La protección de los derechos de los individuos vulnerables.
- e. El derecho a no ser objeto de experimentos médicos o científicos sin libre consentimiento.
- f. El derecho a los máximos niveles posibles de salud física y mental.
- g. El derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias en la vida privada o la familia.
- h. El derecho a la libertad de la investigación científica.

Así también existe la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Los Derechos Humanos, este es uno de los más relevantes e importantes para esta investigación es la declaración universal sobre el Genoma Humano y los derechos Humanos.

La declaración formula de modo detallado, en veinticinco artículos, los derechos de las generaciones futuras, desde los principios demográficos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres, hasta lograr los objetivos de paz internacional y de bienestar general de la humanidad.



Debe de entenderse entonces que la falta de ordenamiento jurídico especializado, en Guatemala, que regule a cabalidad la influencia de la genética en el ser humano, ocasiona una desprotección, no sólo en la persona sino también en la familia, en la sociedad, y, en términos reales, en la humanidad en general.

Este vacío legal tiene que ser cubierto a la brevedad posible, con el fin de canalizar adecuadamente los procedimientos y técnicas genéticas que viven realizando actualmente en nuestro medio, evitando la mala información pública, los abusos o la mala práctica.

3.3. Instituciones gubernamentales relacionadas al derecho genético

El Estado de Guatemala, regula la intervención de varias instituciones en el tema de la identificación de personas a través del ADN, aun cuando el manejo específico y las formas de atender el tema del derecho genético no existe una ley específica sobre el manejo de la misma, teniendo dentro de dichas instituciones, ellas las siguientes:

a. Registro Nacional de las Personas (RENAP)

En Guatemala la identificación de sus ciudadanos está a cargo del Registro Nacional de las Personas, a través del Documento Personal de Identificación, es el documento legal de identificación de cada ciudadano con la mayoría de edad, para realizar todos los actos civiles, administrativos, legales y en general, para todos los actos en que, por ley, la persona deba identificarse.



De acuerdo con el artículo cincuenta (Art. 50) del decreto noventa guion dos mil cinco (90-2005), del congreso de la República de Guatemala, todos los guatemaltecos y los extranjeros domiciliados mayores de dieciocho años, tienen el derecho y la obligación de obtener el mencionado documento.

A su vez establece que la portación del documento personal de identificación para todos los actos civiles, administrativos y legales, y en general para todos los casos en que por ley se requiera identificarse.

Es también el documento que permite al ciudadano identificarse para ejercer el derecho de sufragio. La portación del documento de identificación es obligatoria, ya que no puede incautarse ni retenerse.

b. Ministerio Público (MP)

El Ministerio Público es la institución que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, velando por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público persigue la realización de justicia, y actuará con autonomía, objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad.

El Ministerio Público es una institución de carácter autónomo, que, como ente investigador y encargado de la persecución penal, dirige la investigación de los delitos de acción pública y que vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país.



Por ello es una institución sumamente interesada en la investigación y la formulación del banco de datos genéricos para uso forense ya que este le permitiría una persecución penal más efectiva y en apego a la modernización de la investigación criminal, siendo el problema como tal que el uso del mismo sin establecer un momento específico del registro lo que puede vulnerar los derechos de las personas relacionadas al banco genético.

c. Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF)

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF), inicio sus funciones en julio de 2007, y nace como una institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional, personalidad jurídica, patrimonio propio y con toda la responsabilidad en materia de peritajes técnico científicos.

“El INACIF es una institución con autonomía funcional e independiente que surge como consecuencia de la necesidad de unificar y fortalecer los servicios periciales forenses en Guatemala, mediante el desarrollo científico del trabajo que realiza como institución autónoma, garantizando la imparcialidad y confiabilidad de la investigación técnica científica, contribuyendo así al sistema de justicia. Tiene como finalidad principal la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente emitiendo dictámenes técnicos científicos que doten a la función jurisdiccional, con medios de



prueba válidos y fehacientes en los procesos 53 judiciales. Presta sus servicios a requerimiento de jueces y fiscales, INACIF no actúa de oficio.”⁵⁶

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala, es fundado por el Decreto treinta y dos guion dos mil seis (32-2006), del Congreso de la República de Guatemala, como resultado de la necesidad de contar con medios de prueba válidos y fehacientes en los procesos judiciales.

Cuenta con la cooperación de expertos y peritos en ciencias forenses que aplican los avances tecnológicos, metodológicos y científicos de la medicina legal y criminalística, como elementos esenciales en la investigación criminal y de cualquier otra naturaleza.

Las áreas que atiende son: Medicina Legal Clínica, Patología Forense, Odontología Forense, Antropología Forense, Histopatología Forense, Genética.

Esta última sección sobre la genética es la más reciente en cuanto a su creación y la misma fue creada ante la necesidad y el impacto en la investigación forense de Guatemala, dentro de sus funciones realiza el análisis de ADN.

d. Fundación Antropológica Forense de Guatemala (FAFG)

⁵⁶ Disponible en: http://www.inacif.gob.gt/index.php?option=com_content&view=article&id=91&Itemid=91
Visitado el 29/09/2021



La Fundación Antropológica Forense de Guatemala, comúnmente conocida como FAFG, tiene como objetivo la reconstrucción de evidencias antropológicas para el esclarecimiento de la memoria histórica de Guatemala. Sin embargo, también vela por los fines principales de las investigaciones a las que se refiere la identificación humana y el rastreo de personas desaparecidas durante el Conflicto Armado Interno. Para ello, se utilizan métodos de investigación histórica, genealogías, toma de muestras y análisis de ADN y banco genético.

El Laboratorio de Genética Forense de la Fundación Antropológica Forense de Guatemala, fue creado por la necesidad de identificar a las víctimas del conflicto armado, por lo que es un laboratorio forense especializado en el análisis genético de huesos, pero a su vez es capaz de analizar el ADN de cualquier tipo de muestra forense.

3.4. Protección de información confidencial, genética y consentimiento informado

En la mayoría de los países, la legislación dedicada a las cuestiones derivadas de los avances tecnológicos no se mantiene a la par de los rápidos procesos logrados en los análisis del ADN, tanto en las aplicaciones forenses como médicas.

El tema de la información confidencial se encuentra regulado dentro de la misma Ley de Acceso a la Información Pública, pero se encuentra en un gran dilema en cuanto a la norma que se utiliza para la investigación de un hecho criminal en donde la genética como tal no está establecida y supera la norma de acceso.



Si bien es cierto, la protección de la información genética es importante también lo es cuando una norma regulada en la Ley de banco de datos genéticos para uso forense, siendo el problema cuando no se estableció el momento procesal idóneo para el registro de la misma y para que este no violente un derecho humano de defensa y el debido proceso.

Se puede concluir manifestando que el derecho genético en el sistema jurídico guatemalteco, abarca varias instituciones que actualmente aportan de manera significativa en los procesos de investigación de casos de personas fallecidas no identificadas en las formas convencionales, pero en algunos casos estos registros sobre todo en procesos donde no existe una sentencia puede vulnerar otros derechos.

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses es la Institución con más capacidad para este tipo de avalúos, ya que cuenta con una base de datos de ADN, que recolectan tanto de Víctimas como Victimarios, mismas que en varias ocasiones han resuelto casos controversiales en nuestra sociedad, pero que en su forma específica no cuenta con la herramienta adecuada en cuanto al momento idóneo para que la información de esas víctimas y victimarios sean establecidos en un banco de datos genéticos.

Cabe recalcar que el Derecho Genético no puede encasillarse en la común división de derecho público y privado, toda vez que es utilizado constantemente en las diferentes áreas del Derecho. Sin embargo, en el área pública, existen métodos científicos de aplicación internacional, que tienen como fin la identificación de cadáveres, dejando

como última opción la identificación por ADN, pero que se vuelve a reiterar puede ser un elemento violatorio de varios derechos.

En cuanto al consentimiento informado este debe de regularse en razón de la misma forma de una norma penal que pueda ser relevante en la atención de un ilícito penal, sobre todo en cuanto al momento idóneo en la cual debe de hacerse el registro del mismo y de la voluntad del señalado del mismo.

3.5. Banco genético de ADN e Instituto Nacional de Ciencias Forenses

Desde sus comienzos los bancos de datos genéticos dieron lugar a controversias y debates sobre sus aspectos científicos, tecnológicos, legales, políticos, sociales y éticos y Guatemala no se escape de dicha controversia sobre todo en cuanto al momento procesal necesario en el cual debe de otorgarse ese dato para la formulación del banco genético y que el instrumento como tal entonces si cumpla como auxiliar del derecho penal en Guatemala, sin vulnerar ningún derecho de la persona señala desde un principio de cometer un delito.

Dentro de esas distintas polémicas se han incluido la pertinencia, la utilidad y el costo de almacenar millones de datos genéticos, asociados o no con información personal de miles o millones de personas, así como la relación entre sus posibles beneficios médicos, económicos u otros y sus costos tanto monetarios como no monetarios, por ejemplo, la invasión de la privacidad de las personas y los riesgos de discriminación o reduccionismo en la interpretación y el uso de la información.



Su objetivo primordial es garantizar la obtención, almacenamiento y análisis de la información genética que sea necesaria como prueba para el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad y al hacerse de forma desmedida y sin control y mucho menos momento procesal idóneo se cometen acciones que atentan con los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala.

“Los aspectos a considerar a la hora de construir una buena base de datos serían: tipo de personas consideradas para la inclusión, tipos de delitos, tiempo de permanencia de los datos en la base. Almacenamiento de indicios y muestras de referencia, Datos técnicos y operativos.”⁵⁷

Este banco dentro de la misma función del sistema de justicia y la forma de la estructura de la justicia penal administrado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala cumple con esa función de otorgar al Ministerio Público toda la información que esta requiere y que sea necesaria para la investigación criminal, siendo el momento en el cual se formula la información dentro del banco lo que puede provocar la violación del debido proceso y la misma presunción de inocencia, violentándose los principios y la finalidad del derecho penal como tal.

⁵⁷ Lorente. **Óp. Cit.** Pág. 185.

Por ello para atender a la finalidad del derecho este banco genético deberá de actuar en relación a ciertos aspectos importantes como lo es:

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

En relación a esto, lo que se pretende en cuanto al derecho de defensa, el debido proceso y la presunción de inocencia es que el momento procesal idóneo para que los registros de una persona sean colocados en el banco de datos genéticos lo es hasta el momento en el cual este sea sentenciado y no antes de finalizado un proceso penal, pues entonces el registro seria vulnerado ante la voluntad de la persona.

Por lo anterior, no debe de confundirse que la muestra para un banco de datos genéticos no sea utilizada cuando en una escena del crimen pueden por medio de la medicina forense utilizarse técnicas en el curso de la investigación sobre ADN para identificar delincuentes, sino en aquellos casos en los cuales ante la detención de una



persona en una supuesta comisión de un delito se registre la muestra sin que el mismo tenga el derecho de defensa o se cumpla con el debido proceso como tal.

Las muestras de ADN tomadas de semen, piel o sangre en una escena del crimen, deben de ser comparadas con el ADN de personas sospechoso y el resultado debe de ser una prueba que debe utilizarse ante los tribunales ya que la utilización de restos orgánicos para identificar el ADN de una persona ha servido para identificar plenamente el origen de la misma.

Por ello, la creación del banco de datos de ADN puede llegar a ser muy útil en el derecho penal guatemalteco, no sólo para identificar a una persona gracias a los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia, sino también para determinar la fijación biológica de una persona, pero esto no debe de aplicarse cuando existe consentimiento en cuanto a la aplicación de la prueba como una forma específica en ciertos señalamientos de participación en delitos.

Por lo tanto, ante una condena absolutoria de una persona, esta prueba no debe de ser registrada dentro del banco de datos genético para uso forense, ya que eso vulneraría la presunción de inocencia y el debido proceso como derechos humanos constitucionales reconocidos para las personas.





CAPÍTULO IV

4. Principio de presunción de inocencia

Dentro del contexto y entendimiento de lo que es el principio de inocencia es necesario reconocer lo que se entiende únicamente por principio. Debido a esto, se puede entender la palabra principio desde dos puntos de vista, el primero que refiere que un principio es una norma que se refiere a que es considerado una garantía de todo ordenamiento jurídico o las primeras normas del conjunto de las mismas; y el segundo punto de vista considerando al principio como origen permanente o punto de partida de algo y en este caso del derecho, por ello entonces en el derecho los principios son normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico.

Los principios generales del derecho son auténticas medidas que son: “Fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrarse el ordenamiento”, que poseen una naturaleza filosófica y también jurídica.”⁵⁸

El principio entonces es un punto de partida que fortalece el contenido de las normas y por ende del sistema jurídico de un Estado, por medio del aspecto de positividad en

⁵⁸ Valencia Restrepo, Hernán. **Principios generales del derecho**. Pág. 192.

donde se busca y tiene como finalidad la aplicación de esa normativa en una forma adecuada.

Partiendo de ello entonces se puede señalar que dentro de ese aspecto esencial de la positividad de una norma, esto confiere la particularidad esencial y especial por medio de las cuales las normas como tal son decretadas por imperio de un Estado y tienen como característica principal la coercibilidad, es por ello que dentro de la naturaleza de los principios estos son positivos sobre la idea que son objeto de una expresa promulgación de la autoridad del Estado y serán tácitamente positivos si son creados por condiciones propuestas por la misma sociedad.

4.1. Definición

“Los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización. Los principios se conforman por una doble vía: Por inducción, generalizando las disposiciones concretas de las leyes y/o por deducción, partiendo de principios más generales como los valores, determinando su conformación a las normas concretas de la ley.”⁵⁹

Lo mencionado por Alexy, puede dar a entender que efectivamente el principio tiene dos aspectos importantes como lo es en primer lugar la norma como tal y que tiene la característica esencial de coercibilidad; y la segunda en cuanto a la moral que debe de

⁵⁹ Alexy, Robert. **Sistema jurídico, principios y razón práctica**. Pág. 143.



interponerse en cuanto a la formulación de la misma y que se apegue al contenido de la realidad social, por ello entonces el principio se enfoca como todo aquel lineamiento o pauta que sirve para instituir, dilucidar o usar una norma jurídica.

“Son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.”⁶⁰

Los principios como tal son esenciales en cuanto a la aprobación de las normas en sociedad y sobre todo en los aspectos en los cuales estos deben de estar sujetos al contenido de normas superiores o de mayor jerarquía tal como lo es en el caso de Guatemala las normas establecidas dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala y que deben de ser garantes en cuanto al tema de la moral que estas contienen para la aprobación de otras normas.

Por otra parte, debe de entenderse que una garantía constitucional es aquella que se conforma de principios supremos que rigen la estructura jurídico-política de Guatemala y que es la base fundamental del ordenamiento jurídico en el caso de las leyes ordinarias y reglamentarias de un país y que por tal jerarquía tiene preeminencia sobre otras normas, sin dejar de mencionar la importancia de las mismas debido al fundamento establecido en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de

⁶⁰ Chicas Hernández, Raúl Antonio. **Derecho colectivo de trabajo**. Pág. 53.



derechos humanos, que la misma Constitución Política de la República de Guatemala le ha dado como una forma y carácter de norma suprema y parte del derecho interno.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, esta es una garantía constitucional que se encuentra plasmada en nuestra Constitución Política de la República en su Artículo 14 primer párrafo, debiéndose de entender la inocencia como un significado de exención de culpa o un estado en el cual no se tiene culpa.

La garantía constitucional de presunción de inocencia viene derivada de la sospecha o hipótesis que necesariamente debe observarse en auxilio de un individuo tomándole y considerándole como libre de culpa.

La presunción de inocencia entonces debe de estar autorizada también como una etapa jurídica en la cual se debe de hacer valer un derecho fundamental reconocido por la misma Constitución Política de la República de Guatemala y dejando por un lado lo que se considera como un principio teórico de derecho este debe de representar una garantía procesal forzosa.

La razón de lo anterior y de esa necesidad de considerarse como una garantía procesal forzosa recae en que toda persona para ser considerada culpable es necesario que se le haya juzgado y encontrado responsable, mientras no exista un condena o decisión debidamente ejecutoriada que declare la responsabilidad de una persona, debe considerársele inocente, por ello es el mismo sistema de justicia la que debe de demostrar esa culpabilidad.



Tal como se ha mencionado, la presunción de inocencia es una figura procesal que tiene una investidura de tipo constitucional esto en la razón que la misma se encuentra plasmada en el contexto del Artículo 14 primer párrafo y en donde se señala esa necesidad de hacer valer la importancia de la inocencia mientras esto no sea demostrado por medio de un órgano competente. La característica de que una persona de ser considerada inocente es una figura legal que sólo debe de interesar al derecho en cuanto a su aplicación.

“...El Artículo 14 constitucional reconoce, en su primer párrafo, el derecho fundamental de toda persona a la que se impute la comisión de hechos, actos u omisiones ilícitos o indebidos a que se presuma su inocencia durante la dilación del proceso o expediente en el que se conozca la denuncia, y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia debidamente ejecutoriada. Se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*.”⁶¹

“...una presunción *iuris tantum*”, dirigida a garantizar al sindicato que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor.”⁶²

⁶¹ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 47, Expediente No. 1011-97, Sentencia 31/03/98. Pág. 109.

⁶² Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 60, Expediente No. 288-00, Sentencia 02/05/01. Pág. 115.



Estas sentencias de la Corte de Constitucionalidad, demuestran como tal, que la presunción de inocencia es esencial en cuanto al respeto de los derechos de una persona en especial en cuanto a la falta de existencia de motivos que establezcan que la misma no existe.

Por ello entonces la presunción o derecho de inocencia es una garantía constitucional que ha obtenido declaración universal, es un momento en que se encuentra toda persona en un proceso y que en el desarrollo del mismo debe ser tratado como inocente.

4.2. Naturaleza jurídica

Para entender la naturaleza jurídica del principio de presunción de inocencia, se debe de atender el contenido de los mismos documentos históricos que refieren, contienen y desarrollan la misma, debido a que estos como tal señalan que este principio tan respetado por la escuela internacional, como también por las distintas legislaciones del mundo, es de suma importancia en el respeto de los derechos humanos de las personas ante el poder punitivo del Estado.

El principio de presunción de inocencia en la actualidad y dentro del mismo desarrollo de la sociedad ha sido severamente vulnerado por los aplicadores de justicia, plantea su naturaleza jurídica como una garantía y principio constitucional en los países, que busca la protección de las personas imputadas de un ilícito penal, para que únicamente mediante un proceso en el cual se le garanticen todos sus derechos y facultades

puedan ser sancionadas por la ley, y de esta forma disipar las arbitrariedades y errores judiciales.

Este principio ha sido expuesto desde su origen, y así debe concebirse, como una poderosa fortaleza de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella por parte del estado y proveer a la necesidad de seguridad jurídica a los ciudadanos de determinado país.

4.3. Características

De forma resumida podemos establecer los modelos que se deben observar para el cumplimiento de la garantía de la presunción de inocencia y de las cuales se deben de indicar que forman las características del principio como tal.

Previo de determinar las características del principio de presunción de inocencia, es necesario indicar que, para poder declarar la culpabilidad de las personas, esto debe de hacerse por medio de un proceso penal debidamente diligenciado y del cual se emita una sentencia condenatoria, que cauce estado, es decir esté firme y que, sin lugar a dudas demuestre las responsabilidades del imputados y sobre todo de la necesidad de probar los hechos en forma lícita.

Es el mismo Estado el que tiene la responsabilidad de desvirtuar el estatus de inocencia de una persona señalada como imputado, debiéndose para ello respetar los derechos y garantías mínimas.

Por ello dentro de esas características se debe de mencionar que:

“Nadie es culpable si una sentencia no ha sido declarada así. Esto en concreto significa:

- Que sólo la sentencia tiene esa virtualidad.
- Que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: Es culpable o inocente. No existe una tercera posibilidad.
- Que la culpabilidad debe ser jurídicamente construida.
- Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza.
- Que el imputado no tiene que construir su inocencia.
- Que el imputado no puede ser tratado como un culpable.
- Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes que no necesitan ser probadas.”⁶³

Los elementos característicos del principio de presunción de inocencia se deben de enmarcar dentro de la base al ordenamiento jurídico guatemalteco y que son de relevancia para el entendimiento del mismo como también dentro de la observancia necesaria para su cumplimiento, siendo dentro de ellos los necesarios a mencionar los siguientes:

⁶³ Binder Barzizza, Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 121.



a) El principio de presunción de inocencia es de carácter obligatorio, puesto que, por imperativo legal, a toda persona que se le sindicue la comisión de un ilícito penal, durante el transcurso del proceso debe de ser tratada como inocente.

b) La presunción de inocencia que la ley establece como una garantía constitucional y procesal, únicamente puede ser desvirtuada, en sentencia condenatoria, basada en autoridad de cosa juzgada.

c) Para la aplicación del principio de presunción de inocencia, es necesaria la existencia de un proceso penal y sus garantías y principios inmersos en el mismo.

4.4. Principios generales

La presunción de inocencia significa que al imputado no se le debe considerar culpable hasta que se produzca la condena definitiva. Este principio, con más o menos modalidades, ha ido incluido no sólo en el ámbito constitucional sino también en la idea del derecho internacional de los derechos fundamentales.

“Todo hombre durante el proceso será considerado inocente más allá de las limitaciones cautelares que puedan imponerse a su libertad física o a la disposición de sus bienes, si el proceso concluye favorablemente regresará a la comunidad libre de toda sospecha de toda culpa ya que jurídicamente no llegó a perder la inocencia.”⁶⁴

⁶⁴ Vásquez, Sotelo, **Derecho procesal penal**. Pág. 286.

a. La legislación en la defensa del principio de inocencia

La presunción de inocencia está regulada en las siguientes disposiciones legales:

Constitución Política de la República de Guatemala

La presunción de inocencia, calificada también como un estado jurídico constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

La carta magna la establece dentro del contexto del Artículo 14 primer párrafo indicando que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

Por su parte el Artículo tres de la Ley de Amparo y Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece: “Supremacía de la Constitución. La constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”.

El Artículo cuatro del mismo cuerpo legal preceptúa: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de



sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legan ante juez tribunal competente y preestablecido.

En todo procedimiento administrativo y judicial, deben guardarse u observarse las garantías propias del debido proceso”.

Ley del Organismo Judicial

El artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, establece: Debido Proceso... Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en juicio en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías del mismo.

Decreto No. 51-92, Código Procesal Penal

El Artículo 14 de la ley adjetiva penal establece: “El Procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y coerción”.

Este articulo manifiesta lo relevante a las medidas de coerción que pueden ser utilizadas sobre todo en cuanto a las que se pueden aplicar al imputado y que se señalan en el mismo Código Procesal Penal, siendo que estas medidas de coerción deben de tener carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes, siendo evidente que la duda favorece al imputado.



Decreto No. 40-94, Ley Orgánica del Ministerio Público

Señala en el Artículo 7: “El Ministerio Público únicamente podrá informar sobre el resultado de las investigaciones siempre que no vulnere el principio de inocencia, el derecho a la intimidad y la dignidad de las personas; además cuidará de no poner en peligro las investigaciones que se realicen”.

Dentro de este aspecto se señala que el Ministerio Público y las autoridades bajo su dirección incluyendo a la Policía Nacional Civil no podrán presentar a los medios de comunicación a ningún detenido sin autorización del juez competente, lo cual en la realidad no se da debido a las formas sobre las cuales en muchas ocasiones se comete un delito o se realizan las capturas.

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Lo regula en el Artículo ocho numeral dos establece: “Toda Persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Respecto al principio de presunción de inocencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo regula dentro del contexto del Artículo 11 numeral uno siendo específica en manifestar la importancia del mismo señalando: “Toda persona acusada



de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este pacto lo regula en el Artículo 14 numeral dos: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

b. Análisis de la presunción de inocencia en el ámbito de los derechos humanos

La presunción de inocencia es una garantía consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en tratados internacionales sobre derechos humanos como, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa, esto reflejado en el contexto del Artículo once de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por otra parte, se determina sobre las garantías judiciales “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca



legalmente su culpabilidad”, esto dentro del contexto del Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

c. Presunción de inocencia y publicidad del proceso

El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente mientras no se le haya declarado culpable responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.”

“La inocencia es un estado de toda persona que debe respetarse en todo proceso penal; por cuanto constituye un atributo inherente a la persona humana, quien al momento de ser detenida es afectada en su dignidad y honorabilidad. Pero más preocupante aún en nuestro país donde generalmente desde la iniciación hasta la sentencia muchas veces absolutoria, ha prevalecido la presunción de culpabilidad pues por costumbre y aun sin indicios suficientes se dicta a diestra y siniestra la prisión del imputado.”⁶⁵

Se tiene el derecho de considerarse inocente hasta que no se compruebe que la persona es culpable. Si efectivamente a este se le llama el derecho de presunción de inocencia y consiste en que todo a quien se le acusa de haber cometido algún delito o

⁶⁵ Barrientos Pellecer, Ricardo. **Derecho y democracia**. Pág. 171.



falta es inocente mientras no se haya declarado responsable por un juez que haya dictado sentencia condenatoria y haber agotado todos los recursos.

Esa presunción de inocencia hoy en día resulta violentada debido a que si bien es cierto la persona dentro de un proceso tiene derecho de que se le considere inocente hasta que se le pruebe lo contrario esto resulta violentado en cuanto a la publicidad que se realiza el mismo, sobre todo en las formas en las cuales se realiza publicidad de los procesos.

La vulneración de este principio, conculca derechos individuales tales como la honra y la dignidad de la persona, que sin haber tenido la oportunidad de que su responsabilidad se dirimiera en un proceso penal preestablecido y que se le diera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa es decir de ser citado, oído y vencido en juicio, es presentado ante la opinión pública, denigrando su persona y la de sus familiares al relacionarlo con él; el daño supera incluso la esfera personal del afectado, al provocarle como consecuencia la estigmatización social, en virtud de disminuir en él, las oportunidades de trabajo y de relación social, toda vez que la sociedad ya le ha condenado, convirtiéndose de esa manera en un sujeto marginado de la misma, con pocas oportunidades de desarrollo.





CAPÍTULO V

5. Vulneración al principio de presunción de inocencia y al debido proceso, por inexistencia de un momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense

La legislación guatemalteca vigente, no contempla el momento procesal oportuno para la extracción de muestras de ADN, por lo que al hablarse del momento procesal oportuno, se está refiriendo la investigación en especial que se desarrolla cuando una persona es capturada en ciertas condiciones, en donde se puede presumir su responsabilidad en un hecho y la misma Ley de bancos genéticos para uso forense, señala que debe de extraerse la muestra y formar parte del banco como tal, lo cual entonces vulnera la garantía constitucional al debido proceso y a la presunción de inocencia.

Por ello debe de entenderse entonces que el objetivo de la presente investigación es determinar la necesidad de indicarse en la legislación, el momento oportuno para el registro de esas muestras en el banco de datos genéticos para uso forense de personas responsables de delitos o de datos genéticos de personas desconocidas que han sido relacionadas en escenas del crimen sin identificación directa en el hecho.



5.1. Análisis del contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos

Para el análisis del contenido del Artículo 3, es necesario citar textualmente el contenido del mismo el cual señala que:

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

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

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



Dentro del análisis del contenido del Artículo 3, se puede observar que en el primer párrafo este señala que “El Banco almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito”, esto plenamente vulnera la presunción de inocencia y el debido proceso toda vez que señala que dichas muestras se tomaran a las personas aprehendidas por cualquier delito, no indica que será a la persona sentenciada y legalmente juzgada, lo cual permite observar que no se cumple con debido proceso, haciendo que el registro de ADN de la persona permanezca en una banco de datos genéticos sin haberse demostrado su responsabilidad o peor aun cuando la persona al final del proceso es declarada inocente del mismo señalamiento.

Así mismo el segundo párrafo es contradictorio al señalar que, en protección de los derechos individuales de los sindicados inocentes la misma norma autoriza que la muestra de ADN de sangre sea tomada aun cuando la persona se rehúse y que solo e cuestiones severas de salud se tomará otro tipo de muestra, no siendo la muestra como tal lo que se señala como violatorio, sino que el resultado de la misma se traslada al banco de datos genéticos sin existir en algún momento un proceso formal en contra de la persona y sobre todo sin cumplirse con el debido proceso.

Señala el último párrafo del Artículo 3 que es el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF) quien estará a cargo de dicha información y que lógicamente se encontrará dentro del mismo banco de datos genéticos, lo cual se vulnera en cuanto a las personas detenidas por cualquier delito y en donde se debe de esclarecer que no se trata de que se realice la prueba o toma de la muestra de ADN, porque esto también



sería perjudicial para la investigación criminal que se realiza por parte de los órganos competentes, sino que dicha muestra sin ser responsable la persona sea registrada en un banco de datos genéticos en donde al final puede dentro de la sentencia ser declarado inocente.

5.2. Vulneración de la presunción de inocencia en muestras de ADN

Debe de tenerse claro que la creación de un banco de datos de ADN es de suma importancia en la administración de justicia sobre todo en cuanto a que la investigación que se realiza por parte del Ministerio Público o de la misma Policía Nacional Civil sobre todo de las que devienen de la investigación de una escena de crimen, de cadáveres no identificados, de personas extraviadas, de imputados, procesados y condenados en procesos penales es de importancia para determinar la responsabilidad de una persona.

La creación del banco de datos genéticos es de suma importancia dentro de las nuevas formas de investigación criminal sobre todo en países como Guatemala con los altos índices de violencia y las formas tan severas de la misma.

Por otra parte, debe de entenderse que esa presunción de inocencia debe de dársele el valor que tiene como principio constitucional y que puede ser violentado de forma severa dentro de los distintos procesos penales y peor aún por normas que pueden afectar el mismo, sin analizar el contenido de cómo debe de aplicarse una norma para evitar la violación de un derecho humano constitucional.

Es por ello que, en entendimiento de las nuevas formas de investigación criminal, que debe de entenderse que la presunción de inocencia como tal no debe de ser vista violentada en cuanto a la extracción de la prueba de ADN, sino como esta puede ser registrada sin la existencia de un debido proceso o de un registro como presunto responsable en una escena del crimen sin la sentencia correspondiente en contra de una persona y que se da en específico cuando la persona es aprehendida por cualquier delito como lo manifiesta el contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos.

Por otra parte el banco de datos de ADN, es de suma importancia para facilitar la identificación de personas y a través de ella esclarecer hechos delictivos en la actualidad en Guatemala sobre todo por los altos índices de violencia y sobre todo porque el propósito de un banco de datos de ADN, es proporcionar a la justicia una prueba científica para la investigación y persecución de crímenes violentos o delitos sexuales u otros hechos delictivos, siendo una herramienta fundamental de investigación, que permite con rapidez y con exactitud científica, identificar al delincuente y esclarecer los delitos.

Esto debe de cumplirse también por medio del respeto del debido proceso y la presunción de inocencia, siendo evidente que este banco debe de fortalecerse por medio de la prueba de ADN de personas que han sido condenadas por distintos delitos o en su caso ser utilizado cuando existe un registro de ADN en el banco sobre personas



que posiblemente pudieron participar en hechos delictivos y que dichos datos fueron obtenidos de escenas del crimen.

Esa presunción de inocencia en muestras de ADN se vulnera entonces cuando el resultado de la misma, siendo aún inocente la persona porque no se ha demostrado lo contrario se registra dentro del banco de datos genéticos, no entendiéndose una vulneración de la presunción de inocencia cuando en el banco de datos genéticos existe registro de ADN porque las mismas fueron tomadas de fuentes directas como son las escenas del crimen y que sirven para determinar la responsabilidad de una persona en un hecho delictivo.

5.3. Del análisis de la vía legal para la extracción de muestras de ADN

En cuanto a la vía legal como tal, ésta actualmente se encuentra regulada en la Ley de Bancos de datos Genéticos para uso forense y el Reglamento respectivo, siendo el problema que se presenta en la actualidad no la forma en la cual se realiza sobre todo porque la misma normativa la demanda, sino en cuanto a que Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF), procede a registrarla de forma directa al banco de datos genéticos sin que se cumpla sobre todo el debido proceso y el respeto de la presunción de inocencia.

Por otra parte la técnica para la determinación del perfil genético mediante el estudio del ADN, aplicada a la investigación de delitos y la identificación de autores de hechos de esa naturaleza, esto ha adquirido cada vez mayor importancia y se ha extendido



significativamente en el mundo, al igual que la instrumentación de banco de datos de ADN, que han proporcionado aquellos países como Guatemala, la posibilidad de aclarar hechos delictivos, no solo por la certeza científica que este método brinda sino con un sensible ahorro de esfuerzos y asignación de medios humanos y materiales utilizados para la investigación clásica, lo que disminuye por ende los costos económicos y brinda garantías de seguridad y rapidez en la consecución de los resultados positivos que se deben alcanzar.

Estas muestras y la extracción de las mismas deben de ser registradas en un momento oportuno procesal entendiéndose en aquellos casos en los cuales una persona es detenida por cualquier delito, no cuenta con ningún registro dentro del banco de datos genéticos y debe de ser vencido en un proceso penal, siendo la sentencia condenatoria el requisito ideal para el registrar del ADN en el banco de datos genéticos.

Dentro de la investigación criminal actual debe de considerarse que, si es importante la existencia de un archivo de identificación genética criminal, integrado por la información perteneciente a autores de delitos graves más no a los imputados de delitos porque esto vulneraría la presunción de inocencia y que es lo que se ha señalado vulneraría el debido proceso además en un sistema de justicia grandemente criticado por arbitrariedades.

Por otra parte, ese registro ante temas como la reincidencia y la peligrosidad actual de los delincuentes como ejecutores de actos delictivos de mayor envergadura, así como con la información sobre los estudios realizados sobre la base de los indicios recogidos



en la escena de los hechos, servirían como un instrumento de fundamental importancia para la concreción de investigaciones con resultados positivos, de significativo aporte para la justicia al suministrarle pruebas con certeza científica y otorga seguridad a las víctimas minimizando la sensación de impunidad por el eventual no esclarecimiento del hecho delictivo, pero dichos registros deben de hacerse hasta el momento de establecer la responsabilidad o en el momento de verificar que existe registro de hechos ilícitos por ADN encontrado en escenas del crimen, las cuales son comunes en Guatemala ante las formas tan severas de violencia que existen.

5.4. Resultado de entrevistas de campo

El banco de datos genéticos de ADN tiene como finalidad poder esclarecer y resolver casos desde homicidios, agresiones sexuales a robos con fuerza y delitos graves en distintos países y con ello contar con una ley que regula el banco de datos genéticos de ADN, siendo necesario estudiar aspectos generales que refieren al respeto a la presunción de inocencia y del debido proceso en Guatemala.

Partiendo de lo anterior la presente investigación no establece una negativa a la realización de las muestras de ADN sobre todo para comparar los registros existentes y la participación de una persona en delitos severos ya registrados en escenas de crimen, pero no así dentro de lo que establece la Ley de banco de datos genéticos para uso forense en cuanto al registro de las mismas desde el momento en el cual se aprehende a una persona sin que se cumpla con un debido proceso.

5.5. Propuesta de momento procesal oportuno para la aplicación de muestras de

ADN

Al no existir una etapa procesal oportuna establecida en la Ley de Bancos de datos genéticos para la extracción de muestras de ADN, con la intención del registro de la misma en el banco de datos genéticos, se hace difícil poder establecer una fecha adecuada, por esa razón al no existir momento procesal oportuno, la presunción de Inocencia se refleja vulnerada respecto a la aplicación del contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos para uso forense, debido a que la forma como tal establece que el banco almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito no respetado en su momento el debido proceso de la presunción de inocencia de la persona cualquier acción legal que debe probarse dentro de un proceso penal.

Esto debe de entenderse claramente en razón que no se habla de que no se realice la extracción de una muestra de ADN para cotejar las establecidas en el banco de datos genéticos ante la posible comisión de un delito, sino que esta no sea incluida en el banco de datos genéticos cuando aún no se ha cumplido con un debido proceso y sobre todo cuando no se ha obtenido una sentencia condenatoria en contra de una persona.

De esa manera la investigación parte de la forma de cómo establecer el respeto del principio de presunción de inocencia dentro de un proceso y como la normativa legal de la Ley de Bancos de datos genéticos, no está acorde a las necesidades y realidad en



cuanto a las aprehensiones y el derecho de defensa en específico al contenido del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos, que señala que debe de realizarse el registro de dicha información ante la detención de cualquier persona y por cualquier delito.

Por otra parte, el Estado de Guatemala se organiza para garantizar la vida y su adecuado desarrollo para sus habitantes, razón por la cual, ha establecido un catálogo de acciones que infringen los principales bienes jurídicos que considera indispensables, como lo es el derecho de presunción de inocencia que a su vez requiere de una protección especial ante cualquier otra norma que sea establecida dentro de la legislación guatemalteca.

Atendiendo a ese criterio es que es necesaria la regulación específica del momento procesal oportuno para extracción de ADN con la finalidad de dar cumplimiento de la Ley de Bancos de datos Genéticos y sobre todo en cuanto a que la muestra forme parte del banco de datos genéticos.

Es por ello que el momento oportuno debe de proponerse en el momento que existe certeza jurídica de que la persona ha sido responsable de la comisión de un delito, sin dejar de tomar en consideración que esto es cuando una persona ha sido detenida presuntamente como responsable de un hecho, más no cuando una muestra pueda ser útil para encontrar al responsable de una escena de crimen y puede servir para poder llegar a encontrar al responsable del hecho ilícito.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La principal problemática del tema en estudio es que no existe una etapa procesal oportuna establecida en LA LEY DE BANCOS DE DATOS GENÉTICOS para la extracción de muestras de ADN, que facilite la evidencia de la prueba al banco de datos genéticos, una vez la persona sea culpable de un delito.

Con base en el fundamento legal de LA LEY DE BANCOS DE DATOS GENÉTICOS PARA USO FORENSE en su artículo 3, prevé que almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprendidas por cualquier delito, así como las muestras biológicas obtenidas en el curso de una investigación criminal. Derivado de lo anterior, se identificó que la Ley de Bancos de Datos Genéticos no está acorde a las necesidades y realidad del sistema actual en cuanto a las aprehensiones y el derecho de defensa, lo que conlleva a que no existan reglas que regulen el uso adecuado de la evidencia o bien arbitrariedades que se cometan en distintos procesos.

Por lo tanto, la propuesta para resolver la problemática planteada involucra que el momento procesal oportuno sea implementado y regulado a través del Organismo Legislativo para que el principio de presunción de inocencia no se vulnere, para ello es necesario que el derecho y la norma jurídica se apliquen de la forma correcta en beneficio de la solución del problema actual, creando así el momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en LA LEY DE BANCO GENÉTICO, lo que facilitará el proceso penal, con ánimo de otorgarle importancia y



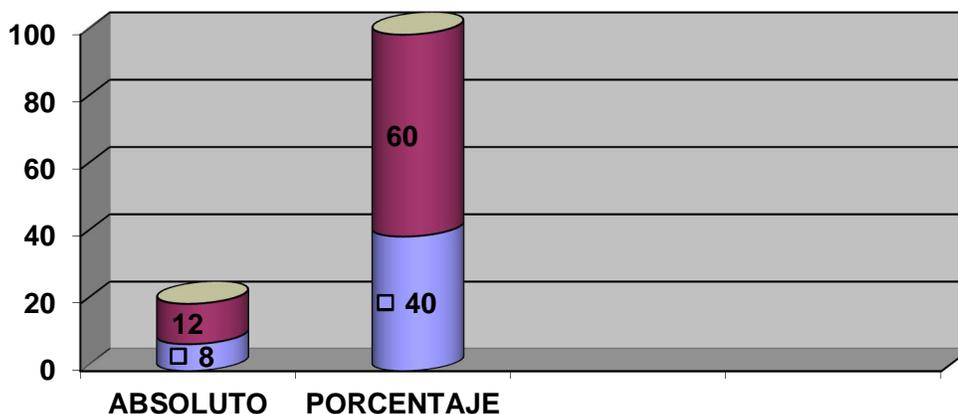
valor respectivo al debido proceso que se encuentra garantizado en la constitución política de Guatemala.

ANEXOS

Para poder entender de mejor manera y percibir la opinión de la sociedad en cuanto al tema de momento procesal oportuno y vía legal para extracción de muestras de ADN establecidas en la ley de bancos de datos genéticos para uso forense fue necesario realizar un breve estudio de campo y con ello obtener mejores elementos que coadyuvarán al desarrollo de la conclusión discursiva siendo los resultados los siguientes:

Pregunta 1. ¿Considera usted que en la actualidad el banco de datos genéticos para uso forense cumple con la finalidad de coadyuvar en la investigación de delitos violentos en contra de la población guatemalteca?:

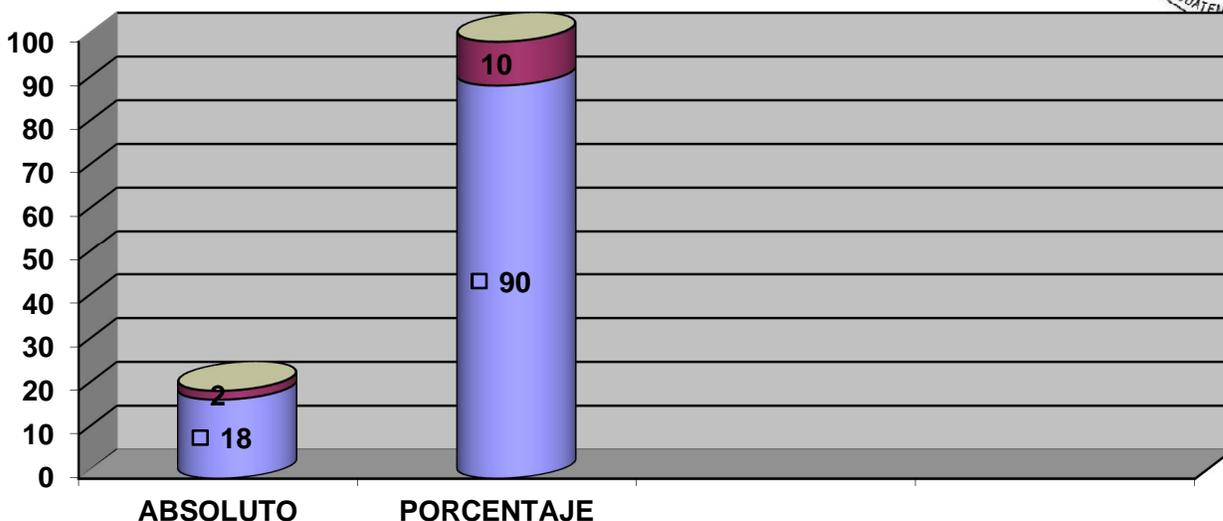
Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	08	40%
NO	12	60%
TOTALES	20	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 20 personas que representan el 100% de la muestra; 8 de ellas que representan el 40% de la muestra, indicaron que en la actualidad el banco de datos genéticos para uso forense cumple con la finalidad de coadyuvar en la investigación de delitos violentos en contra de la población guatemalteca; 12 personas más que completan el 60% restante de la muestra señalaron que no es así.

Pregunta 2. ¿Considera que se vulnera la presunción de inocencia en el contexto del Artículo 3 de la Ley de banco de datos genéticos para uso forense al determinar que se almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito?:

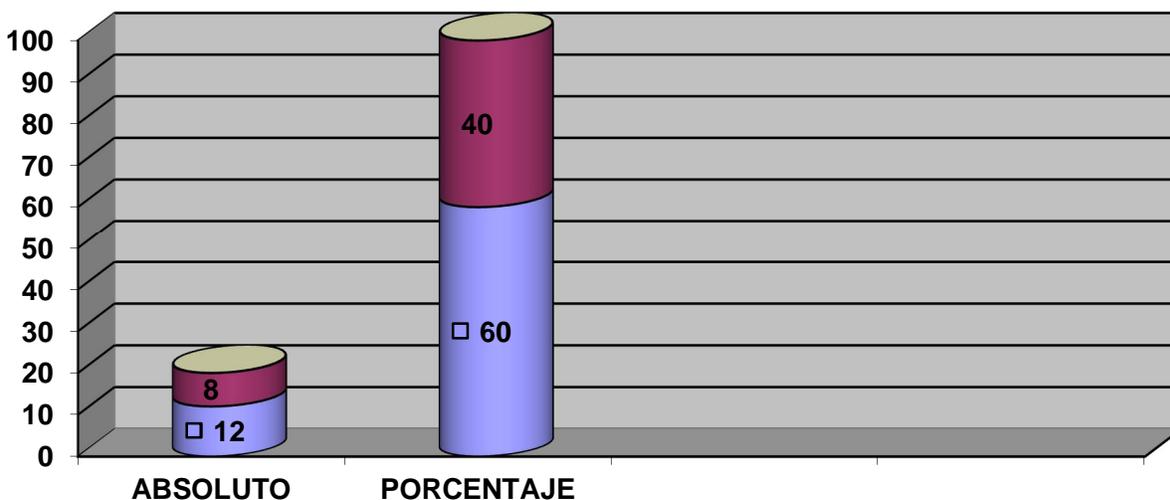
Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	18	90%
NO	02	10%
TOTALES	20	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 20 personas que representan el 100% de la muestra; 18 de ellas que representan el 90% de la muestra, indicaron que se violenta la presunción de inocencia en el contexto del Artículo 3 de la Ley de banco de datos genéticos para uso forense al determinar que se almacenará y sistematizará la información genética de las personas que sean aprehendidas por cualquier delito; las 2 personas restantes que completan el 10% restante de la muestra señalaron que no.

Pregunta 3. ¿Considera que la Ley de Bancos de datos genéticos no está acorde a las necesidades y realidad en cuanto a las aprehensiones y el derecho de defensa que debe de respetarse como un principio de norma constitucional?:

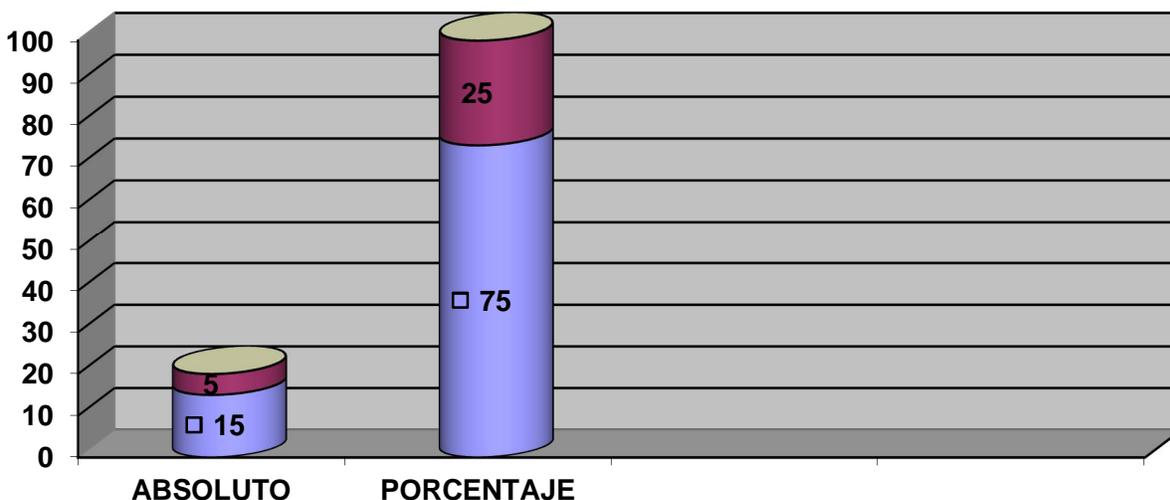
Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	08	40%
NO	12	60%
TOTALES	20	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 20 personas que representan el 100% de la muestra; 12 de ellas que representan el 60% de la muestra, indicaron que la Ley de Bancos de datos genéticos no está acorde a las necesidades y realidad en cuanto a las aprehensiones y el derecho de defensa que debe de respetarse como un principio de norma constitucional; 8 personas más que completan el 40% restante de la muestra señalaron que no es así.

Pregunta 4. ¿Considera que actualmente no existe establecido un momento procesal idóneo para el registro de las pruebas de ADN en el banco de datos genéticos que debe de manejar el Instituto Nacional de Ciencias Forenses?:

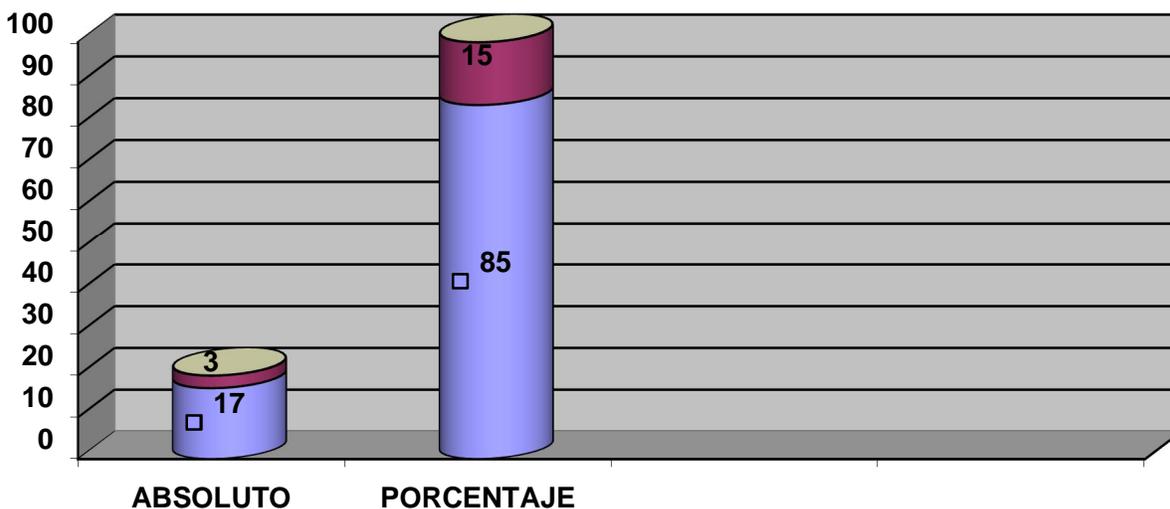
Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	15	75%
NO	05	25%
TOTALES	20	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 20 personas que representan el 100% de la muestra; 15 de ellas que representan el 75% de la muestra, indicaron que actualmente no existe establecido un momento procesal idóneo para el registro de las pruebas de ADN en el banco de datos genéticos que debe de manejar el Instituto Nacional de Ciencias Forenses; 5 personas más que completan el 25% restante de la muestra señalaron que no es así.

Pregunta 5. ¿Considera que debe de establecerse dentro del contexto del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos el momento procesal de la sentencia condenatoria de una persona para el registro de la prueba de ADN en el banco de datos genéticos?:

Alternativa	Absoluto	Relativo
SI	17	85%
NO	03	15%
TOTALES	20	100%



INTERPRETACIÓN. De la población encuestada de 20 personas que representan el 100% de la muestra; 17 de ellas que representan el 85% de la muestra, indicaron que debe de establecerse dentro del contexto del Artículo 3 de la Ley de Bancos de datos Genéticos el momento procesal de la sentencia condenatoria de una persona para el registro de la prueba de ADN en el banco de datos genéticos; 3 personas más que completan el 15% restante de la muestra señalaron que no es así.



BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios y razón práctica**. México: Fontamara, 2010
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal: parte general**, 5ª ed., Madrid, Ed. AKAL, 1998.
- BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho y democracia**. Anotaciones Histórico-jurídicas. Ed. del O.J., (s.e.) Guatemala, 1991.
- BARRIENTOS PELLECCER, Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala: Organismo Judicial, 1993.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. Ed. Dr. Rubén Villela. Primera ed.; Buenos Aires, Argentina: 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CAROCCA PÉREZ, Alex. **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Universitat Pompeu Fabra España 1997
- CAUHAPÉ-CAZAUX. Eduardo González. **La teoría del delito apuntes de derecho penal guatemalteco**. Segunda edición, revisada y actualizada. Guatemala, mayo de 2003
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. UNED, 1998.
- CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. **Derecho colectivo del trabajo**. 2ª. ed.; Litografía Orión, diciembre de 1998
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho mexicano de procedimientos penales**. Editorial Porrúa. México. 1981.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**, 10ª ed., corregida, aumentada y actualizada; Guatemala, Ed. F&G Editores, 1998.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y Esther Jiménez-Salinas i Colomer. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Librería Artemis Edinter. Guatemala, 2001.



- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo penal.** Madrid, España, Ed. Trota, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías, la ley del más débil.** 4a ed. Madrid, España: Ed. Trotta, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho procesal penal,** 3ª. ed, Ed. Colex, Madrid, España: 1999.
- GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología,** 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993.
- GONZALEZ PEREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1989.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Guatemala: Impresos Praxis, 1998.
- HERNÁNDEZ QUAN, A.P. **El debido proceso frente a las notificaciones telefónicas vía fax y electrónicas derivadas por las reformas realizadas al Código Procesal Penal.** Licenciatura en Ciencia Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar, Quetzaltenango, 2014
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal,** México, Ed. Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- LORENTE, José Antonio. **Un detective llamado ADN,** (España: Ediciones Temas de Hoy, S.A. T.H., 2004)
- MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino.** Ed. Hammurabi. Buenos Aires Argentina. 1989.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. PPU, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal,** Barcelona, Ed. Bosch, 1975.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- PALACIOS MONTENEGRO Jorge Alfredo. **Interpretación analógica en el derecho penal guatemalteco: análisis de un caso legal.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, marzo de 2010
- PEINADO, José Ibañez. **Técnicas de investigación criminal.** Madrid, España, Editorial DYKINSON, S.L. 2012.



QUEVEDO OSORIO, Josué Daniel. **El colaborador eficaz y la falta de certeza jurídica.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2012.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. **Las garantías constitucionales de la administración de justicia. La constitución: Diez años después.** Fundación Friedrich Naumann. Lima– Perú. 1989.

RIGHI, Esteban y Alberto A. Fernández. **Derecho penal: la ley, el delito, el proceso y la pena,** Buenos Aires, Ed. Hammurabí, 1996.

RIVERA SILVA, *Manuel.* **El Procedimiento Penal,** Editorial Porrúa, Duodécima edición, México, 1982

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español.** 18 edición. Editorial Dykinson, Madrid 1995

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso.** Ediciones Guatemala; 10ª ed.; Guatemala, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal,** México, Ed. Cárdenas, 1998.

Legislación

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

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

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

Ley de Bancos de datos Genéticos para uso forense, Decreto 22-2017 del Congreso de la República de Guatemala.