

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



**EVALUAR LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE CONLLEVA LA PRUEBA DIGITAL Y
SUS IMPLICACIONES EN LOS PROCESOS PENALES**

ERIKA ILEANA MENESES MARROQUIN

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2024

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

**EVALUAR LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE CONLLEVA LA PRUEBA DIGITAL Y
SUS IMPLICACIONES EN LOS PROCESOS PENALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ERIKA ILEANA MENESES MARROQUIN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre 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: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edson Waldemar Bautista Bravo
Vocal: Lcda. Ana Judith López Peralta
Secretario: Lcda. Marta Alicia Ramírez Cifuentes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ignacio Blanco
Vocal: Lic. Renato Sánchez Castañeda
Secretario: Lcda. Ana Marace Castro

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



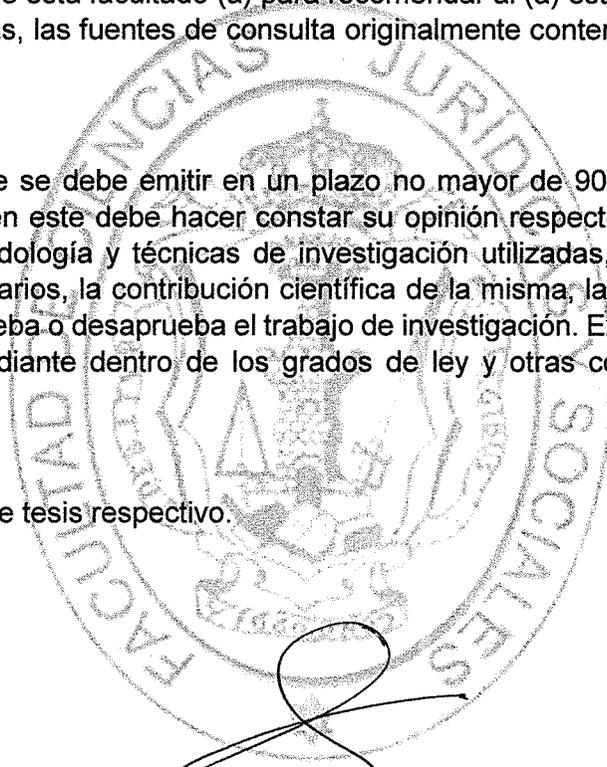
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 02 de noviembre de 2023**

Atentamente pase al (a) Profesional, **SHIRLLY JOHANNA MALDONADO VÁSQUEZ**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **ERIKA ILEANA MENESES MARROQUÍN**, con carné 199817122 intitulado: **EVALUAR LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE CONLLEVA LA PRUEBA DIGITAL Y SUS IMPLICACIONES EN LOS PROCESOS PENALES.**

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.



[Handwritten signature of Carlos Ebertito Herrera Recinos]

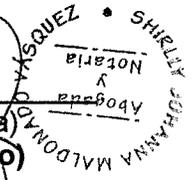


CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO

Fecha de recepción 08 / 11 / 2023

(f) *[Handwritten signature of Shirllly Johanna Maldonado Vásquez]*
 Asesor(a)
 (Firma y sello)



Lcda. Shirly Johanna Maldonado Vásquez
ABOGADA y NOTARIA



Guatemala, 06 de febrero de 2024

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



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Le informo que procedí a la asesoría de la tesis de la bachiller **ERIKA ILEANA MENESES MARROQUÍN**, titulada: **“EVALUAR LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE CONLLEVA LA PRUEBA DIGITAL Y SUS IMPLICACIONES EN LOS PROCESOS PENALES”**, a partir de lo cual, procedí a efectuar el asesoramiento respectivo, para que la bachiller Meneses realizara la investigación jurídica.

Los elementos evaluados para otorgar el dictamen favorable son los siguientes:

- 1) El trabajo de tesis se orientó a exponer la importancia jurídica la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales que se llevan a cabo en Guatemala, especialmente en relación a los delitos informáticos.
- b) Además, la sustentante aplicó el método analítico, para exponer los fundamentos de la prueba digital; luego el sintético, con el cual determinó la relación entre la prueba digital y los delitos informáticos y el deductivo a partir de que se fundamentó en los doctrinarios que han escrito sobre la teoría del proceso y derecho procesal, el derecho de defensa y la prueba en proceso penal acusatorio.
- c) En la recopilación de la información doctrinaria y legal de actualidad sobre el tema de la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, la bachiller Meneses, utilizó las técnicas bibliográficas y la documental.
- d) La redacción utilizada por la ponente para elaborar el informe final de tesis, evidencia el conocimiento del lenguaje jurídico propio del derecho informático, del proceso penal y de la teoría de la prueba.
- e) Los objetivos trazados en el plan de investigación fueron debidamente alcanzados por el tesista, al evidenciar la relación entre una prueba digital garantizada jurídica y técnicamente y la validez de los medios probatorios en el juicio oral y público.

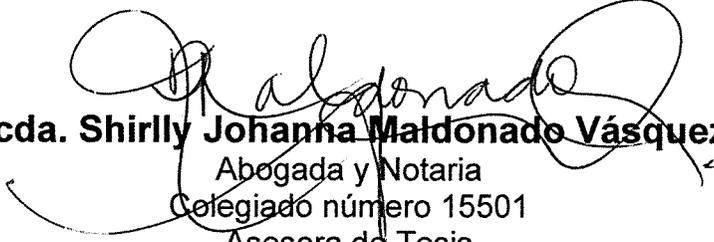
Lcda. Shirilly Johanna Maldonado Vásquez
ABOGADA y NOTARIA



- f) El trabajo académico realizado por la tesista evidencia un importante aporte científico, lo que resulta fundamental para la sociedad guatemalteca debido a que determina la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, puesto que no se establece como requisito, que se garantice en la cadena de custodia la base o fuente de donde surge esa prueba digital.
- g) Existe una coherencia lógica entre lo expuesto en el cuerpo capitular y la conclusión discursiva elaborada por la tesista, siendo el resultado de lo expuesto en los cuatro capítulos elaborados, permitiéndole validar la hipótesis de trabajo relativa a que la manera en que se logra superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, es que los investigadores del Ministerio Público garanticen la existencia y uso de protocolos para garantizar la integridad de los datos que sirven de prueba pericial, pues esos protocolos evitan la manipulación, borramiento, alteración o destrucción de las fuentes de esa información, para que se pueda utilizar libre de dudas como prueba pericial en el proceso penal guatemalteco.

Expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley de la bachiller Erika Ileana Meneses Marroquín y a partir de que la tesis reúne los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.


Lcda. Shirilly Johanna Maldonado Vásquez
Abogada y Notaria
Colegiado número 15501
Asesora de Tesis





USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

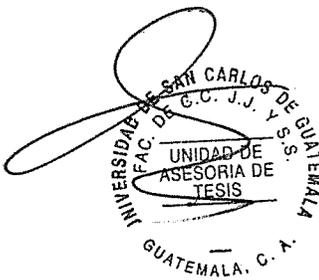
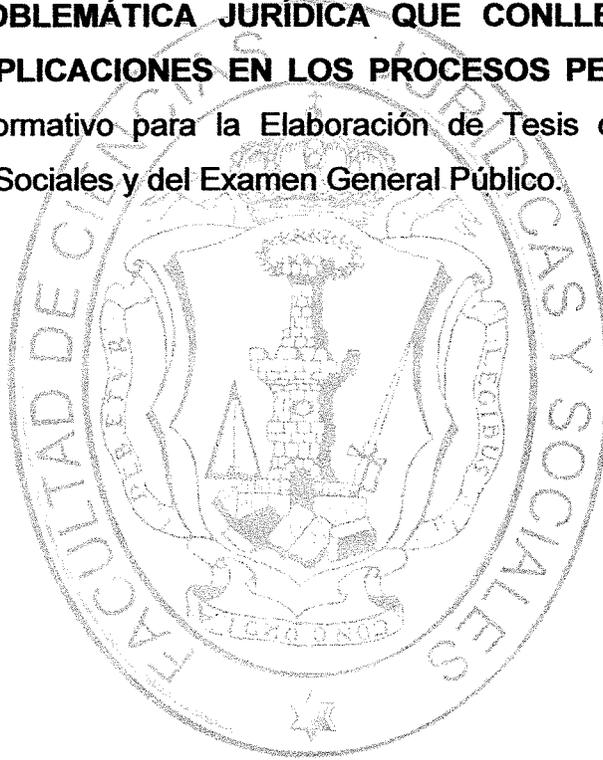
M

REPOSICIÓN

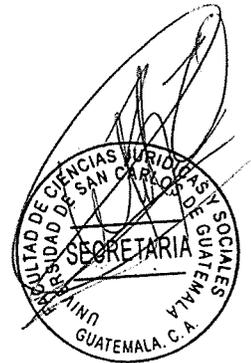
Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, diecinueve de abril de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **ERIKA ILEANA MENESES MARROQUÍN**, titulado **EVALUAR LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE CONLLEVA LA PRUEBA DIGITAL Y SUS IMPLICACIONES EN LOS PROCESOS PENALES**. 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



[Handwritten signature]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme alcanzar este triunfo, sus tiempos son perfectos, su misericordia infinita, su favor y gracia manifestada siempre en mi vida, a ti sea la Gloria y Honra por siempre.
- A MI MADRE:** Aracely Marroquín, por su valentía, apoyo y sacrificio, sus palabras de aliento y perseverancia, su ejemplo constante han sido mi inspiración, mi fuente inagotable de fortaleza y amor que ha dejado una huella imborrable en mi vida y mi éxito académico es un reflejo de su inquebrantable dedicación.
- A MI ESPOSO:** Byron Samayoa, compañero, amigo, cómplice y al padre de mis hijos, tu amor y apoyo han sido la base de nuestro hogar. Gracias por tu colaboración, paciencia, comprensión, por ser un pilar de fortaleza y un ejemplo para nuestros hijos y nietos. Tu presencia en mi vida es un regalo invaluable y este logro es nuestro.
- A MI HIJOS:** Kimberly, Diego, Melany, cada día que paso a su lado es un regalo que atesoro en mi corazón, por su apoyo, por su amor, por creer siempre en mí, hoy he logrado un sueño de la mano con ustedes, son los tres mi mejor inspiración y orgullo.
- A MIS NIETOS:** Sebastián, Esteban, Emiliano, son mi adoración, sus risas inocentes, sus curiosidades sin límites y su amor incondicional me han enseñado el significado verdadero de la felicidad les agradezco por iluminar mi camino con su hermosa energía.
- A MI HERMANO:** Walter Meneses, hemos crecidos en direcciones diferentes pero nuestra raíz es una sola, así la vida de cada uno es esencial en la parte del otro. Gracias por su cariño, por sus consejos, por su apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Lcda. Shirly Maldonado. Asesora de mi Tesis y el Ing. Milton Santizo Padrino de graduación. Gracias por todo lo que me han

apoyado y ayudado en estos momentos; son parte importante en esta etapa de mi vida.



EN ESPECIAL A:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, tricentenario y estatal, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, instituciones que no solo permiten mi desarrollo profesional, sino que dan al pueblo guatemalteco profesionales con alta conciencia. De la cual me siento honrada y digna, por haber egresado de ella. Que Dios me permita corresponder con tal responsabilidad.

PRESENTACIÓN



La presente investigación es de tipo cualitativo puesto que a través del derecho informático y el derecho procesal penal, se reflexionó sobre protocolos que permitan superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, puesto que no se establece como requisito, que se garantice en la cadena de custodia la base o fuente de donde surge esa prueba digital.

El objeto de estudio fue el Ministerio Público mientras que los sujetos fueron los investigadores del Ministerio Público, encargados de superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital; el período de estudio fue del año 2020 al 2022 y el 2023 para la información de campo.

El aporte realizado fue recomendarle a los investigadores del Ministerio Público que garanticen que han evitado la manipulabilidad de la información digital obtenida como medio probatoria y que la misma no será objeto de cambio, modificación o destrucción a partir de haber protocolos que acreditan la integridad de los datos que sirven de prueba pericial en el proceso penal guatemalteco.

HIPÓTESIS



La manera en que se logra superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, es que los investigadores del Ministerio Público garanticen la existencia y uso de protocolos para garantizar la integridad de los datos que sirven de prueba pericial, pues esos protocolos evitan la manipulación, borrado, alteración o destrucción de las fuentes de esa información, para que se pueda utilizar libre de dudas como prueba pericial en el proceso penal guatemalteco.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis fue debidamente comprobada, puesto que se demostró que la manera en que se logra superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, es que los investigadores del Ministerio Público garanticen la existencia y uso de protocolos para garantizar la integridad de los datos que sirven de prueba pericial, pues esos protocolos evitan la manipulación, borramiento, alteración o destrucción de las fuentes de esa información, para que se pueda utilizar libre de dudas como prueba pericial en el proceso penal guatemalteco.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El proceso procesal.....	1
1.1. Garantías constitucionales e internacionales para el proceso penal.....	1
1.2. Derechos procesales en el proceso penal.....	2
1.3. Principios técnicos del proceso penal.....	9
1.4. Sistemas procesales penales.....	13

CAPÍTULO II

2. La persecución y la acción penal.....	17
2.1. El delito.....	17
2.2. El <i>ius puniendi</i> del Estado.....	22
2.3. La persecución penal.....	27
2.4. La acción penal.....	30

CAPÍTULO III

3. La prueba en el proceso penal.....	35
3.1. Los medios probatorios.....	35
3.2. Derechos y libertades de las personas sometidas a proceso penal.....	40
3.3. Forma de adquirir los medios probatorios.....	42
3.4. La garantía procesal penal y principio acusatorio.....	44



CAPÍTULO IV

4. La problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales.....	53
4.1. La prueba digital.....	53
4.2. Obtención y análisis de evidencias digitales.....	58
4.3. La problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales.....	63
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71



INTRODUCCIÓN

La investigación se justifica puesto que en el proceso penal guatemalteco, es un principio la libertad probatoria, por lo que no existe ningún criterio legal que permita establecer la validez legal de la prueba digital, a pesar de que la misma puede ser manipulable, lo cual hace que se pueda argüir su falta de certeza a partir de haberse modificado las fuentes que originan la información existente en los medios digitales que sirvieron para obtener esa prueba, lo cual es posible pues no hay protocolos que garanticen no solo la cadena de custodia del medio digital sino de las fuentes o bases con las que este medio tiene relación y desde las cuales se puede borrar, dañarse, cambiarse o modificar el contenido digital que el medio digital contiene.

El objetivo general fue establecer la manera en que se puede superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias; mientras que los objetivos específicos se orientaron a determinar los fundamentos del proceso penal, especialmente los que se relacionan con las garantías y los principios basados en los derechos humanos, el derecho de defensa y la importancia de los medios probatorios en el sistema penal acusatorio.

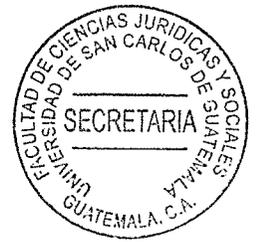
El cuerpo capitular es de cuatro capítulos, siendo el primero referido al proceso penal y su importancia en el sistema procesal penal acusatorio; el segundo, se orientó a exponer el derecho de defensa; el tercero, se elaboró en función de los medios probatorios y la importancia de los mismos para garantizar el debido proceso en ramo procesal penal; mientras que el cuarto, se redactó teniendo en cuenta la manera en que debía superarse la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, especialmente por la falta de protocolos que garanticen la integridad de los datos que sirven de prueba pericial.

Los métodos utilizados fueron el analítico, deductivo, inductivo y el sintético, mientras que las técnicas de investigación que permitieron obtener la información se fueron la bibliográfica y la documental.

Luego de concluida la investigación se recomienda a los investigadores del Ministerio Público elaborar protocolos de investigación que se orienten hacia la garantía de la objetividad de la información que se tiene en los medios digitales, para mantener la integridad de los datos que sirven de prueba pericial, frente a las amenazas de daño, borramiento, alteración u otra acción en contra de las fuentes o bases que sirven de soporte a la creación y continuidad de la información que se presente como prueba digital.



CAPÍTULO I



1. El proceso penal

El proceso penal es la aplicación del *ius puniendi* que una potestad soberana del Estado destinada a restablecer el orden jurídico perturbado con la imposición de las penas correspondientes a la comisión de los delitos tipificados en el Código Penal; de este modo, el Estado garantiza el justo derecho a la reparación de los ciudadanos perjudicados por la comisión de los actos delictivos erradicando la autotutela.

1.1. Garantías constitucionales e internacionales para el proceso penal

Las garantías constitucionales, son las reguladas en las constituciones políticas vigentes, por lo que las mismas establecen un marco jurídico estructural, puesto que no pueden ser cambiadas al antojo de funcionarios, sino que deben llevar un proceso de reforma constitucional, sea complejo a través de una convocatoria a una Asamblea Constituyente o a través de procedimientos menos complicados, como el derecho que las mismas constituciones políticas les otorgan a sus congresos o parlamentos, la reforma de determinados artículos constitucionales.

Asimismo, estas mismas garantías se encuentran reguladas en los principales tratados sobre derecho humanos, tanto los que son de carácter global como la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948 y en el Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos



civiles y políticos; pero también a nivel de regiones como el Convenio Europeo de Roma o la Convención Americana de Derechos Humanos, orientados a que todos los estados tomen esos parámetros para garantizar la protección de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas.

1.2. Derechos procesales en el proceso penal

La gravedad de las consecuencias de los procesos penales demanda la aplicación al proceso penal de garantías procesales que eviten el sometimiento del ciudadano a vejaciones o a una condena injusta; especialmente, el proceso penal está determinado por la presunción de inocencia y el principio acusatorio, los cuales permiten la sustanciación de un debido proceso.

Teniendo en cuenta que la presunción de inocencia es un derecho humano que tiene como finalidad que los estados establezcan mecanismos que otorguen eficacia y protección a los derechos humanos, en primera instancia, a través de su constitucionalización de ese principio y la existencia de instancias judiciales y mecanismos procesales eficientes y eficaces destinados a garantizar y custodiar tal derecho de forma coactiva.

“El Estado jurídico de inocencia, según se ha estudiado e investigado, encuentra sus primeros vestigios en la Carta Magna inglesa de 1215. En su Articulo 39, disponía que nadie podía ser apresado, ni despojado de sus derechos hasta tanto se acreditara su culpabilidad en juicio. Prosiguiendo con este periplo histórico, el Estatuto de Eduardo III



de 1315, mantenía idéntico alcance de lo que instituyó la Carta Magna inglesa. Por su parte, en Francia, fue receptado en el año 1789, precisamente en el Artículo 9, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual hablaba de una presunción de inocencia y no de Estado jurídico de la misma, entendiendo este Estado como una forma de estar frente a algo, en este caso, va a comprenderse como una forma de estar frente al derecho”.¹

El principio de inocencia es un instrumento útil que dé respuesta al reclamo social de mantener el equilibrio entre el respeto de los derechos de los individuos, en este caso sujetos a un proceso penal y la eficacia del sistema penal, bajo condiciones de igualdad, a partir de un modelo acusatorio garantista basado en los derechos humanos, que fundamenta una legislación procesal penal, con el fin de dar lugar a modificaciones estructurales en las instituciones, en las prácticas procesales, así como un cambio cultural en la sociedad a través de la comunicación, oralidad y difusión, donde la presunción de inocencia tiene un papel protagónico en el proceso penal.

Como se aprecia, este Estado jurídico de inocencia, es un pilar fundante en un Estado democrático y constitucional de derecho; esto es así, porque en los estados autoritarios, poco importa el imperio de este instituto jurídico, ya que el modelo persecutorio de selección y contemplación de hechos punibles, entiéndase, el derecho penal vigente en dichos tipos de sistemas políticos, son de corte totalitarios; por ende, les importa la peligrosidad que arroja el sujeto y persiguen tipos de autores y no determinados actos.

¹ Márquez, Agustín. **Estado jurídico de inocencia en el proceso penal.** Pág. 4.



En otras palabras, el Estado jurídico de inocencia existe únicamente en un tipo de Estado o sistema político democrático de derecho; el cual, por lo general, detenta un derecho penal de acto o de hecho, de culpabilidad y liberal, en el que es necesario demostrar en grado de certeza positiva la materialización del hecho, el grado de intervención del supuesto sujeto activo del delito, independientemente del grado de participación lato sensu que ostente en el mismo, y el correcto encuadre de dicho facto con el molde jurídico preestablecido en la ley.

A partir de la existencia del Estado jurídico de inocencia, es que se torna necesario, el tránsito de un proceso penal de carácter inquisitivo, dedicado a recopilar elementos de convicción que sindiquen la existencia del hecho delictivo perseguido, hacia uno orientado a demostrar la culpabilidad del sindicado, puesto que este mantiene la condición jurídica de inocencia, hasta que se demuestre su vinculación como interviniente en la perpetración del hecho punible.

Esto es así, porque el órgano acusador estatal, deben logran convencer al juzgador, logrando en él, el grado de certeza positiva de las postulaciones que se hagan, para que así, dicte una sentencia condenatoria, siempre y cuando adquiera firmeza, por supuesto, que permita quebrantar o eliminar el Estado jurídico de inocencia del imputado y que, en virtud de esto, se le pueda aplicar la sanción correspondiente.

Asimismo, el fundamento principal, que le da coherencia a la existencia de esta institución jurídica de inocencia del sindicado, es precisamente que, mediante la misma, se preserva la dignidad y libertad del imputado, ya que, teniendo en cuenta el nivel afflictivo que



ostenta el transcurso de un proceso penal; puesto que, sin la existencia de esta garantía, se verían vapuleados los valores fundamentales del ser humano; es decir, la disposición lo que hace es reafirmar una condición natural de la persona sindicada, como es su condición de inocente hasta que se pruebe legalmente lo contrario.

“Como elemento central del principio de inocencia se encuentra la incoercibilidad del discurso del imputado; esta garantía tiene su razón de ser, principalmente en los sistemas de corte acusatorio, ya que como bien se sabe, en los sistemas inquisitivos, se busca la confesión, que es la reina de las pruebas y, para ello, muchas veces se ha forzado al imputado a que emita su discurso sobre lo que ha acontecido. Es dable destacar que la incoercibilidad en mención es un artilugio jurídico, que ostenta gran importancia para aquellas personas inculpadas de un delito que cursan un proceso penal en trámite, ya que le permiten decidir libremente si declarar, en el momento que considere pertinente o no declarar sin que ello implique una presunción en su contra”.²

De igual manera, como producto del principio de inocencia, existe lo que se conoce como *favor libertatis*; esta pauta orientativa o regla de comportamiento para los operadores jurídico penales, implica que en principio el imputado debe transcurrir el proceso en libertad y, excepcionalmente puede ser privado de la misma, en los casos previstos específicos por la norma, siempre y cuando la mencionada no disponga cuestiones que vapuleen garantías constitucionales o principios rectores del ordenamiento jurídico a nivel constitucional, convencional y penal.

² *Ibíd.* Pág. 7.



Vinculada directamente con el principio de inocencia, se encuentra que la duda favorece al sindicado o que, en caso de duda, se debe favorecer al imputado, la cual también es un lineamiento destinado principalmente al juzgador o al operador jurídico que deba decidir sobre la situación del imputado en el proceso penal; esta garantía, guarda congruencia con el sistema valorativo vigente de la sana crítica racional y con el grado de conocimiento exigido para arribar a una sentencia condenatoria o certeza positiva.

“Es preciso hacer hincapié en la consideración de la presunción de inocencia como garantía procesal, en contra de lo mantenido por alguna parte de la doctrina para la que este derecho tiene incidencia en situaciones que se han denominado extraprocesales, y para los cuales, hay que distinguir entre la eficacia procesal y extraprocesal de la presunción de inocencia. En lo referente a la eficacia extraprocesal, supone el derecho a ser considerado y tratado como no autor de un hecho delictivo, mientras que la eficacia procesal se refiere a la imposición de la carga de la prueba a la acusación y en el establecimiento de determinadas reglas probatorias, por lo que la eficacia procesal se extiende también al tratamiento del imputado a lo largo del proceso”.³

Es decir, cuando se dude y esta duda no implique el estándar probatorio tan reconocido como es más allá de toda duda razonable; es decir, si la misma se torna aplicable a los extremos facticos, jurídicos o sobre ambos; en este caso, la doctrina está dividida, algunos creen que opera para ambos supuestos; o sea que es una garantía interpretativa de la ley penal de fondo, por tener anclaje constitucional y convencional; otros, que solo orienta

³ *Ibíd.* Pág. 8.



al juzgador en casos, donde la duda se genere sobre los hechos ya que no hay ninguna norma de derecho penal sustantivo que consagra a este instituto como tal, como si lo hay en el ámbito adjetivo o procesal penal.

Se trata de que, que la presunción de inocencia también es considerada como regla de juicio, pero la realidad es que este derecho adopta tal magnitud, por lo que, decir que únicamente se erige como regla de juicio se quedaría muy escaso, pues se debe llevar a cabo un análisis detallado de este derecho que permita apreciar todos y cada uno de sus matices y manifestaciones; delimitando así, la función que cumple en relación con el hecho incierto y sobre todo con la carga de la prueba en el proceso penal.

Es de recordar que la función específica de la prueba procesal penal es llevar al convencimiento del juzgador penal sobre la certeza de los hechos sobre los que ha de pronunciarse y, por tanto, la delimitación y fijación de derecho punitivo, a fin de que el proceso penal pueda cumplir la finalidad preventiva y represiva, que le caracteriza, pues materializa el *ius puniendi* del Estado.

Es por eso de que resulta evidente que cuando el juez o tribunal que ha de fallar sobre el concreto caso a él sometido no está plenamente convencido de la existencia de los datos necesarios que han de servirle de fundamento a su decisión, ésta no puede ser nunca condenatoria, al faltarle al juzgador la convicción absoluta y sin reservas, que necesita para imponer la sanción penal correspondiente, ya que ante dicha falta de prueba terminante, el principio penal universal de protección al inocente.

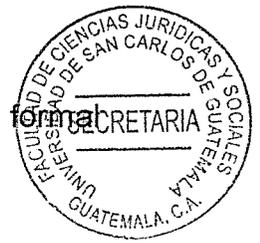


“Los caracteres del proceso penal vienen determinados por su fundamento y finalidad y se ponen de manifiesto en la contraposición con el fundamento, principios y características que rigen en el proceso civil. En cuanto a su fundamento, el proceso penal, a diferencia del civil, que pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, tiene como fin ejercer el *ius puniendi* del Estado para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por la infracción de la norma. Ello sin perjuicio de que en el proceso penal también pueda ejercitarse, por el perjudicado y junto con la acción penal, la acción civil para la reparación del daño causado y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados”.⁴

Es más, en el proceso penal también rigen los principios de oficialidad y de investigación de oficio, con base en el carácter indisponible de la acción penal, sin perjuicio de los escasos supuestos de delitos perseguibles sólo a instancia de parte mediante querrela; asimismo, no se exige una exacta correlación entre acusación y sentencia, pudiendo incluso el tribunal de sentencia condenar por un delito distinto del que se había acusado siempre que no comporte pena más grave y sea homogéneo con el delito inicialmente sindicado.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que, la tutela judicial efectiva obliga al estricto cumplimiento de los principios rectores del proceso, que no puede considerarse como trámites oficiosos, sino un sistema de garantías para las partes, especialmente para el inculpado en el proceso penal; es por eso que su infracción desnaturalizaría la finalidad

⁴ Barragán, Carlos. **Derecho procesal penal**. Pág. 24.



y esencia del proceso penal acusatorio que se convertiría en una mera cobertura formal de intereses distintos a la realización de la justicia penal.

También existe la tutela judicial efectiva la cual se materializa en el acceso a la jurisdicción y a los recursos; a la defensa y efectiva contradicción como derecho del inculpado en proceso penal, a exponer lo que crea oportuno para su defensa; la prohibición de la *reformatio in peius*; a obtener una resolución fundada en derecho; a la motivación de la sentencias; derechos que se suelen agrupar en torno al denominado principio acusatorio que junto con el derecho a la presunción de inocencia informa todo el proceso penal.

El principio acusatorio es una garantía sustancial del proceso penal, aplicable a todas las fases e instancias del proceso penal, el cual se fundamenta en la necesaria existencia de una parte acusadora que ejercite la acción penal, distinta e independiente del juez contralor de la investigación: a su vez presupone el derecho de defensa del inculpado en el proceso penal con igualdad de medios y de oportunidades procesales que los de la parte acusadora.

1.3. Principios técnicos del proceso penal

También existen los denominados principios técnicos de cuya observancia y aplicación a un concreto proceso penal garantiza la tutela y protección de los intereses sometidos a enjuiciamiento; estos principios son los de iniciación e investigación de oficio o de iniciación a instancia de parte, según la naturaleza pública o privada del delito, legalidad,

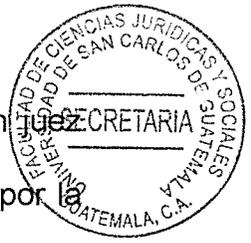


publicidad y escritura u oralidad, según la fase del proceso, libre valoración de la prueba, doble instancia y celeridad con proscripción de las dilaciones indebidas.

En el caso del derecho de defensa, incluye que se le informe al sindicado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable; también le permite defenderse por sí mismo o mediante asistencia letrada de su elección; o bien, a recibir, en los casos legalmente previstos, asistencia letrada gratuita, para que las partes que intervengan en el proceso penal sean representadas y defendidas por profesionales libremente elegidos o, en su caso, nombrados de oficio.

“El carácter no preceptivo de la intervención del abogado, en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume en tales casos el mencionado derecho cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de la parte. El fundamento de este imperativo legal radica en la garantía de un adecuado uso de los medios técnicos de defensa previstos en el ordenamiento jurídico penal. El derecho de defensa tiene plena vigencia en la fase de instrucción. Concretamente, en el ámbito del procedimiento abreviado que exige oír al imputado, a los efectos de evitar acusaciones sorpresivas en el juicio oral; informar al imputado sobre los hechos punibles objeto de acusación, sobre sus derechos constitucionales y sobre su posibilidad de defenderse y participar en dicha fase; y notificar lo antes posible la inculpación para evitar la vulneración del derecho de defensa”.⁵

⁵ *Ibíd.* Pág. 26.



Entre los principios técnicos, también se incluye el derecho del sindicado a un juez imparcial, lo cual significa proclamar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que exige, fundamentalmente, la creación anterior y no posterior del órgano judicial por una norma con rango de ley, invistiéndole de jurisdicción y competencia, así como la prohibición de juzgados especiales o excepcionales para preservar su imparcialidad, la cual derivada de su falta de conocimiento previo sobre el asunto que debe fallar.

De igual manera, este principio a un juez natural se extiende a la existencia y composición del tribunal sentenciador, puesto que el derecho al juez ordinario comprende tanto al órgano jurisdiccional como a cada uno de sus concretos componentes, por lo que si se crea este tribunal posteriormente a que se le syndique a una persona de un delito de acción pública, se está quebrantando este principio, lo cual ningún argumento legal o jurídico legitima el quebrantamiento de un juez y tribunal previo a la sindicación.

Otro principio técnico, se refiere al derecho de audiencia y contradicción, puesto que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, el cual es fundamental para el sistema acusatorio, puesto que infringirlo, supone el derrumbe de todo el fundamento del sistema acusatorio, porque se estaría ante una de las prácticas más lesivas del sistema inquisitivo, la cual está relaciona con que no se le escuchaba al sindicado, por lo que este no existía como sujeto procesal.

“El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso al proceso y a todas sus incidencias, incluidos los recursos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus



derechos e intereses legítimos. El principio de audiencia impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión”.⁶

Esta tutela judicial efectiva, se relaciona con el principio de contradicción orientado a exponer que un proceso penal acusatorio se erige como el derecho del acusado a contradecir las pruebas de la acusación y efectuar su pertinente defensa, tanto en la fase de instrucción como, especialmente, en el acto del juicio oral que debe celebrarse con audiencia y publicidad; lo cual tiene relación directa con que no se puede celebrar el juicio oral en ausencia del acusado, por lo que el proceso se suspenderá hasta que las autoridades presenten al acusado a juicio.

Al comparecer las partes se preserva su derecho de audiencia, con lo cual se debe garantizar que tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa, no siendo limitadas por el juez o tribunal de sentencia penal imponiendo cargas desiguales; de igual manera, significa que cada una de las partes intervinientes debe tener la posibilidad de alegar todos los elementos de hecho y de derecho que sirvan a su defensa, derecho que opera tanto durante la investigación como en el juicio oral, con la práctica de las pruebas, de tal modo que los interrogatorios y las demás pruebas, incluida la pericial, se lleven a cabo en idénticas condiciones para la acusación y defensa.

⁶ Anacleto, José Luís. **Aspectos fundamentales de derecho procesal penal**. Pág. 102.



Se trata de que juez o el tribunal de sentencia, debe garantizar que las partes personadas en el proceso penal disfruten de igualdad de medios procesales para formular la acusación y la defensa; pues, cualquier desequilibrio de estos medios produciría una indefensión en la parte contraria, por lo que los jueces de sentencia penal deben garantizar el cumplimiento escrupuloso de los principios de contradicción, audiencia e igualdad de las partes o equilibrio procesal intersubjetivo.

1.4. Sistemas procesales penales

El proceso penal ha pasado en su historia por los sistemas inquisitivo y acusatorio, los cuales estaban determinados por las ideas políticas y jurídicas que dominaban en un momento determinado en una comunidad política; en ese desarrollo histórico no se encuentran manifestaciones puras o únicas de cada sistema; es decir, no se puede asegurar que durante todo el período que predominó uno de esos sistemas, no existiera también el otro, aunque no era el dominante a nivel de todos los países.

“En el derecho romano se pasó de un sistema acusatorio durante la época republicana hacia el inquisitivo en la época imperial con preeminencia del primero; posteriormente, en la época medieval se acentuó el inquisitivo, por la influencia del derecho canónico, que consideraba el delito un pecado que debía ser expiado. En España el Fuero Juzgo estableció un sistema predominantemente acusatorio, mientras que en las Partidas se acentuó el inquisitorio hasta llegar a la Constitución de Cádiz de 1812, que constituyó el punto de partida para la instauración del tipo acusatorio mixto, que se plasmó en muchos



países con influencia española, posteriormente a la experiencia que significó jurídicamente la Constitución de Cádiz”.⁷

El sistema inquisitivo ha sido caracterizado a partir de los elementos siguientes: el órgano jurisdiccional actúa de oficio, concentrando las funciones acusadora, defensora y juzgadora; predomina un criterio contrario a la libertad del imputado; o sea que, prevalecía la tendencia a privar de libertad al inculcado durante todo el desarrollo del proceso; el proceso es secreto y no se admite la contradicción del acusado; predomina la forma escrita; la prueba se obtiene de la investigación de oficio del juez, que debe valorarla de forma tasada, tal como establece la ley; y, no existe juicio oral.

Por otra parte, el sistema acusatorio tiene entre sus elementos sustanciales, los siguientes: es necesaria la existencia de una acusación, ya que el juez no puede proceder de oficio; para los delitos de acción pública se instaura la acción penal pública, mientras que para los privados se reserva la acción penal al perjudicado u ofendido; predomina la libertad del sindicado, como regla para las cautelas penales; existe contradicción de las partes en el juicio; el juicio es oral y público.

De igual manera, en el proceso penal acusatorio, el material probatorio debe ser aportado exclusivamente por las partes, disfrutando éstas de igualdad de medios de acusación y defensa; aunque se le asigna al Ministerio Público mayor responsabilidad en la obtención de pruebas en contra del sindicado, pues se le asigna la función de investigar y a los

⁷ *Ibíd.* Pág. 103.



jueces de sentencia la de juzgar; existe libre apreciación de la prueba por el juez, que se constituye en árbitro del proceso; acepta la doble instancia ante un tribunal de alzada.

Algunos autores argumentan la existencia de un sistema acusatorio mixto porque en el sistema vigente en sus países, el proceso penal se divide en la fase sumarial o de instrucción y la de juicio oral; correspondiéndole a los jueces de instancia penal, dirigir la investigación en esta primera fase de investigación de los hechos para su esclarecimiento para determinar si procede, o no, la prosecución de la causa.

“En esta fase procesal rige el sistema inquisitivo en tanto que el imputado o procesado no se halla en igualdad de armas respecto a la imputación ejercida por la acusación pública y refrendada por el juez de instrucción. La fase de juicio oral es competencia de un juez distinto al que investigó los hechos y tiene por finalidad la práctica de la prueba y la decisión final del proceso con base, únicamente, en la prueba practicada en el juicio oral. En esta fase del proceso rige el principio acusatorio y de contradicción con plena igualdad de las partes personadas”.⁸

Sin embargo, en esta tesis se está más en que en Guatemala existe un sistema procesal penal acusatorio, principalmente, porque en la fase de investigación, desde que existe la noticia de un delito, se le da participación a la defensa del acusado, el derecho del acusado que se le informe de la acusación y el derecho a disfrutar de todas las garantías procesales y, si no tiene defensor, se le asigna uno de oficio pagado por el Estado.

⁸ *Ibíd.* Pág. 105.



De igual manera, otro elemento que le este carácter acusatorio es que la acusación siempre será necesaria y será efectuada por el Ministerio Fiscal y por los acusadores particulares, si los hubiera, lo cual implica una tajante separación entre quien investiga y la persona o personas que sentencian; otro aspecto importante es que el juicio oral es público y se rige por la forma contradictoria y el principio de inmediación y la prueba será valorada libremente por el órgano decisor; asimismo, prevalece el principio de inocencia durante todo el proceso, desde que se tiene la noticia criminal hasta que la sentencia está ejecutoriada.

En este capítulo se reflexionó sobre el significado jurídico del proceso penal acusatorio, que es el vigente en Guatemala desde 1994; asimismo, se expondrán las garantías constitucionales y las que se encuentran reguladas en el derecho internacional de los derechos humanos para el proceso penal; los derechos procesales que informan a los códigos procesales penales basados en el modelo iberoamericano de código procesal penal; luego se describirán los principios técnicos del proceso penal, de los sistemas procesales penales y el papel del Ministerio Público en el proceso penal, especialmente como garante del principio de inocencia, del debido proceso, de la defensa técnica y la protección de los derechos humanos de los sindicados y de las víctimas, así como la autonomía funcional de la que está investido.



CAPÍTULO II

2. La persecución y la acción penal

La función primordial del derecho penal estriba en la protección de bienes jurídicos e intereses con relevancia constitucional; tal afirmación debe ser entendida en el sentido de que a través de las normas de naturaleza penal, lo que se pretende es proteger valores e intereses que, en lo interno de una sociedad, se consideran esenciales a efectos de lograr una convivencia pacífica de todos los miembros que la componen; sin embargo, además de establecer la protección de esos bienes jurídicos, el Estado también crea el mecanismo legal para esa persecución, siendo en el caso guatemalteco el Ministerio Público el ente encargado de la persecución y la acción penal.

2.1. El delito

Una acción para ser considerada un delito debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable; es por ello que el análisis de lo que presuntamente constituye un ilícito, obliga a su revisión, especialmente si la misma está tipificada como delito, puesto que las otras dos condiciones se refieren a la realización del mismo y el nivel de responsabilidad penal que se le asigna al sindicado de realizarlo; el estudio de esos aspectos es la función de la teoría del delito.

Desde la teoría del delito se puede llevar a cabo el análisis de cada uno de esos elementos, lo cual significa realizar una tarea seria, cuidadosa, pero sobre todo,



sumamente compleja que demanda del estudioso de dicha teoría, conocimientos claros para su aplicación, puesto que la misma viene a ser un medio o instrumento de garantía para la persona acusada, garantía acorde con la idea de que a nadie se le hará sufrir pena sino por delito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercer su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

En esta misma orientación, la falta de acción, la atipicidad de la conducta, la confluencia de una causa de justificación en dicha conducta o la inimputabilidad de la persona acusada, podrían señalar que la conducta no puede ser considerada delictiva y, de esta manera, debe cesar la facultad represiva del Estado que, en su nombre y el de la colectividad, lleva a cabo el Ministerio Público.

Esta finalidad de proteger bienes jurídicos considerados fundamentales se trata de valores e intereses que son jurídicamente declarados como tales, bien de manera explícita, bien implícitamente a través de la correspondencia tutela penal; en todo caso la intervención del poder punitivo se realiza para evitar comportamientos que vengan a negar tales valores.

Teniendo en cuenta que Guatemala es una República democrática, libre e independiente, la misma le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites jurídicos a los actos de gobierno; es decir, al uso del poder por parte del gobierno; asimismo, a partir de ese carácter democrático del país, también ha readecuado las leyes penales para que garantice la inadmisibilidad de una conducta



considerada delictiva por la ley penal y que afecte un bien jurídico; asimismo, se da la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático.

Es decir que, en este caso de legalidad democrática, no sólo es necesaria la descripción clara, precisa y delimitada de la conducta, conocida como tipificación, sino, además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos; esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable, como lo es la protección de bienes de fundamental importancia para la convivencia del grupo social.

De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico, por la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de derecho; en sentido contrario, el poder punitivo del Estado tendrá su vigencia cuando se realicen o lleven a cabo aquellas conductas que, siguiendo el procedimiento de formación de la ley, han sido señaladas como prohibidas y, como consecuencia de ello, se les ha señalado en forma clara y precisa una pena.

“El principio de legalidad criminal constituye una garantía en un Estado democrático e implica que sólo las acciones que se encuentren contenidas en una ley, debidamente tipificadas, pueden ser sancionadas, también en virtud de una ley y siempre y cuando esté de por medio la lesión o puesta en peligro de bienes fundamentales; esta es casualmente la circunstancia diferenciadora de un derecho penal democrático y uno autoritario, en este los tipos penales o no existen o no tienen una función de garantía, en



aquél, el tipo cumple una función de garantía, a efecto de que el ciudadano pueda conocer sin lugar a duda cuáles son las acciones que si comete hacen posible se le imponga una pena”.⁹

Es por eso de que todo operador del derecho penal debe tener un claro concepto de lo que constituye el tipo penal, pues en todo proceso penal, la discusión siempre se dará alrededor de la comisión de una conducta considerada delictiva y cómo dicha conducta está regulada en el tipo penal; esta situación de mera verificación adquiere una enorme relevancia en algunos casos, cuando la conducta que se atribuye a la persona acusada, es novedosa y, por ello, se duda en cuanto a si existe una norma en el Código Penal o en una ley penal complementaria que la regule.

Asimismo, el estudio de los diversos elementos que conforman una conducta como ilícita, sean estos, una acción típica, antijurídica y culpable, requiere un gran esfuerzo desde el punto de vista técnico para los operadores de justicia, pues este procedimiento se constituye fundamental para llevar a cabo en forma eficiente, la labor que la legislación y el ordenamiento jurídico, señalan en la realización de las labores diarias en el campo del derecho penal.

“El tipo penal se ha conceptualizado de la siguiente forma: El tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. A esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. En este caso se dirá que el hecho se

⁹ González Castro, José. **Teoría del delito**. Pág. 99.



subsume bajo el tipo penal que se está considerando. Se indica en primera instancia que el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. Se refiere con ello a la enunciación de una conducta que se establece como prohibida; ejemplo de ello es el Artículo del Código Penal que regula el resultado punitivo a quien, de muerte a una persona, sujeto activo que será penado con prisión de una determinada cantidad de años por realizar esa conducta en contra del bien jurídico vida”.¹⁰

No cabe duda que la conducta delictiva se orienta a dar muerte a un tercero, por lo que esta norma adquiere interés para los distintos operadores del sistema judicial, cuando precisamente se establezca una investigación que pretenda establecer la autoría de un hecho de esta naturaleza, debido a que, si al final del proceso se llega a demostrar que efectivamente la persona acusada dio muerte a esta persona, su conducta se subsume en la regulación que efectúa el numeral 123 del Código Penal guatemalteco, con la imposición de la correspondiente pena señalada en dicho Artículo; puede entonces afirmarse que el hecho investigado es un hecho típico en el sentido de que se subsume o encuadra dentro de lo previsto en la norma penal.

“La garantía de la tipicidad penal impone exigencias constitucionales a la técnica legislativa en materia de construcción de normas penales. Dentro de esas exigencias resulta fundamental que se dé una plena descripción de la conducta que se considera constitutiva de delito, con el objeto de que la definición de sus verdaderos contornos no se traslade al juez que en cada caso requiera aplicar la norma. Para que no se produzca

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 101.

esa traslación al juez, infractor del principio de tipicidad y del principio de legalidad penal es necesario que las conductas típicas y las penas se describan, en la norma penal, con la mayor claridad posible para que su contenido y límites puedan deducirse del texto de la norma, lo más exactamente posible”.¹¹

Sobre el tipo penal, se ha indicado que, el nombre tipo, alude en derecho penal a descripciones de conductas que llevan aparejada una sanción; las descripciones lo son en lenguaje aseverativo; dicen, predicán, señalan un comportamiento probable y posible, especie de modelo de conductas; esta modalidad de presentación de conductas probables a veces impide observar claramente el origen mismo de la descripción.

2.2. El *ius puniendi* del Estado

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como de forma teórica se le conoce, es la facultad que la Constitución Política le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad y está integrado por un sistema de principios denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una barrera legal ante posibles arbitrariedades.

La facultad estatal de castigar se evidencia en la posibilidad de legislar que se encarga al Congreso de la República de Guatemala, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen

¹¹ *Ibíd.* Pág. 102.



sobre bienes jurídicos relevantes, que resultan imprescindibles proteger con mayor severidad, dibujándose en la ley penal el tipo y la pena tipo, cuidándose de no incluir demasiados tipos para que la tipificación no limite la libertad ciudadana.

Asimismo, el Estado crea el órgano jurisdiccional encargado de aplicar la pena a las conductas que se comprueben se orientaron a quebrar la prohibición legal del tipo, a partir de fundamentar en principios que hoy son reconocidos como fundamento de un derecho penal democrático, tales como los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia y otros que se erigen como protectores del individuo frente al poder estatal.

Según el principio de intervención mínima, derivado directamente del principio de necesidad, el derecho penal ha de ser el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos; incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el derecho penal, pues su intervención sería innecesaria y, por tanto, injustificable.

“En estrecha conexión con el principio de intervención mínima, está el llamado carácter fragmentario del derecho penal, según el cual el derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes; pues corresponde a otras ramas del derecho, como el derecho administrativo sancionatorio, los ataques menos



graves, de ahí que se diga que el derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”.¹²

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad, se debe tener en cuenta que se suelen considerar legítimas las normas penales sólo cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras; es por eso de que el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas.

Asimismo, se debe tener en cuenta que la presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del derecho penal resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas, lo cual le da sentido al principio de última *ratio* de lo penal.

“Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: se ha de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados y, para la sanción de tales hechos se deben preferir penas que, sin dejar de ser adecuadas y

¹² Arroyo Gutiérrez, Manuel. **El sistema penal**. Pág. 48.



eficaces, resulten menos onerosas. La aplicación consecuente del principio de intervención mínima, como tendencia general ha de conducir a la reducción del sistema penal, lo que no significa que en determinadas circunstancias en que aparezcan nuevas áreas que requieran de la intervención punitiva del Estado no se tipifiquen otras figuras delictivas o se agraven las penas previstas para determinados delitos”.¹³

Se trata en definitiva de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva o que ésta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos, lo cual se basa en la experiencia del proceso despenalizador que caracterizó las últimas décadas del pasado siglo, lo cual evidenció el grado de aceptación que ha tenido en muchos países la aplicación consecuente de este principio, al prescindir del derecho penal ante determinadas conductas que históricamente habían sido consideradas como delictivas, como son el caso del adulterio en la legislación guatemalteca, entre otros.

Se puede valorar la despenalización por la vía del no castigo de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la auto puesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social.

¹³ **Ibíd.** Pág. 49.



Asimismo, a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva, allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extrapenales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público, que por regla general en la actualidad son sancionables con simples multas, lo cual permite tener en cuenta la aplicación de penas solo a los tipos penales de alto impacto social.

En la medida en que se valore este papel del derecho penal, como último recurso del Estado se disminuya los límites mínimos de las penas privativas de libertad y se incrementa la posibilidad de aplicar sanciones alternativas, en correspondencia con la política penal que se aplique en cada país, la que no siempre mantiene el grado de estabilidad y coherencia requeridas para aportar resultados concretos en la estrategia de lucha contra la criminalidad a mediano y largo plazo, debido a que con frecuencia por circunstancias coyunturales se producen retrocesos en las estrategias aprobadas que en nada contribuyen al éxito de dichas reformas.

Esta situación de constantes avances y retrocesos en la tarea de consolidar una política penal democrática en las sociedades occidentales principalmente, continúa siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en numerosos países a una criminalización excesiva de determinadas conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito, a partir de un populismo penal erróneo, puesto que se orienta a satisfacer las demandas de las masas, las cuales son las primeras perjudicadas con estas prácticas penales autoritarias.

“Lo que se observa en algunos países, es una tendencia hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los existentes, que se enmarcan en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica”.¹⁴

En sentido contrario, los juristas penales democráticos, exigen que el derecho penal deba basarse en el principio de proporcionalidad en relación con la proporcionalidad de las penas, en el sentido de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, puesto la crueldad de las penas no es un límite para el delito, sino la infalibilidad en la persecución de los presuntos responsables y la aplicación de la pena si se les encuentra culpables de realizar el delito.

2.3. La persecución penal

Las exigencias de una mayor certeza jurídica y de igualdad en el trato que reciben las y los ciudadanos involucrados en un proceso penal, así como la necesidad de una adecuada respuesta a los variados fenómenos de la criminalidad, demandan la definición, puesta en marcha y aplicación de una política nacional de persecución penal que guíe el

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 50.



actuar del Ministerio Público y consecuentemente el de la Policía Nacional Civil y otros actores auxiliares vinculados a estos procedimientos.

A su vez, la necesidad de controlar el flujo de casos ante la creciente demanda que recibe el sistema de justicia penal hace necesario analizar la capacidad que tiene el Ministerio Público de seleccionar adecuadamente los casos que debe perseguir con mayor énfasis y la manera de ser más efectivos en aquellos seleccionados, lo cual se ha llamado la racionalización de la persecución penal.

Esta racionalización de la persecución penal es un desafío sumamente complejo, ya que implica tomar decisiones fundamentales para el cumplimiento de los objetivos de la institución; asimismo, se requiere determinar qué hechos se deben perseguir con mayor fuerza, explicando a la sociedad y actores relevantes estas decisiones, las que pueden y deben ser revisadas y modificadas con el paso del tiempo, atendiendo al dinamismo inherente al fenómeno delictivo.

En esta materia la vulnerabilidad de las víctimas, la afectación de bienes jurídicos relevantes, la conmoción social que provoca el acto delictivo, la presencia de delincuentes prolíficos y la atención a fenómenos de criminalidad emergente, siempre serán criterios orientadores de las decisiones adoptadas, porque de lo contrario se corre el riesgo de caer en arbitrariedades y tratos desiguales.

Es por eso que desde la vigencia del Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala los fiscales que han dirigido el Ministerio Público



han tenido la obligación de preocuparse por los criterios de actuación que deben plasmarse en la Política de Persecución Penal estatal, pues, una política de esa naturaleza se compone de múltiples elementos y caracteres, entre los que se pueden destacar su inteligencia, por medio del uso de herramientas de análisis criminal; su perspectiva comunitaria, al integrarse en alianza con actores estatales y de la sociedad civil para dar una respuesta integral al conflicto y su carácter estratégico.

“Para lograr integrar estos elementos la facultad de dirección exclusiva de la investigación de hechos constitutivos de delito que detenta el Ministerio Público tiene un rol fundamental, con el fin de lograr las orientaciones, coordinaciones y apoyos requeridos para este desafío. Los principios rectores de la Política de Persecución Penal, que deberán ser observados, respetados y cumplidos por los fiscales y funcionarios del Ministerio Público son la autonomía, objetividad, respeto a los derechos fundamentales, dirección exclusiva de la investigación, unidad de acción e igualdad ante la ley, entre otros principios complementarios”.¹⁵

La adopción de una política de persecución penal parte del reconocimiento de la imposibilidad del sistema de investigar y perseguir todos los delitos con la misma intensidad; así, la persecución penal estratégica y la aplicación del principio de oportunidad son manifestaciones de la necesidad de administrar la carga de trabajo; en este escenario, la priorización es fundamental y llevará a concentrar mayores esfuerzos en determinados tipos delictuales o formas de comisión, a utilizar la herramienta del juicio

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 53.



oral en los casos más graves, a unificar criterios para aplicación de salidas alternativas respecto de hechos que no lesionan el interés público de manera relevante a nivel país.

Es necesario que las decisiones que a este respecto se adopten gocen de un grado de coherencia, legitimidad y justificación racional ante la población guatemalteca, la cual lo entenderá únicamente si en la vida cotidiana encuentra mejoras en su percepción de seguridad y que mejor que esas percepciones se identifiquen acordes con un Estado democrático de derecho y no con visiones autoritarias del Estado; por ello, las directrices acerca de qué fenómenos priorizar, requieren consistencia a nivel institucional.

Lo anterior no excluye que la decisión de priorización que a nivel nacional se adopte pueda tener matices en distintas partes del territorio, ya que lo contrario significaría ignorar las múltiples y diversas realidades existentes en Guatemala; adicionalmente, se requiere que las medidas adoptadas se funden en antecedentes objetivos, como herramientas de análisis criminal, estadísticas, información recabada de denunciantes, víctimas, testigos, actores de la sociedad civil, expertos, entre otros.

2.4. La acción penal

En el proceso penal debe diferenciarse el derecho a castigar el delito, de la acción penal que conforma el denominado derecho a proceder o actuar en contra de un sindicado, pues acción penal y derecho a penar son dos momentos del proceso penal en fases diferentes, puesto que el proceso penal tiene como finalidad el restablecimiento del orden



jurídico de naturaleza pública quebrantado, mediante la imposición a persona determinada a una pena,

El derecho de acción penal se trata de un derecho de naturaleza subjetiva pública, que corresponde a muy diversas personas y se concreta en la notificación al juez de un hecho delictivo; es decir sólo comprende un pronunciamiento motivado del juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, pues el mismo no otorga ni concede derecho alguno a la apertura del proceso ni a su sustanciación.

En este sentido, en el enjuiciamiento criminal no existen intereses privados sino públicos, pertenecientes a la sociedad, de modo que ni siquiera la víctima o el ofendido tienen derecho a que se castigue al culpable o a la obtención de una sentencia condenatoria; en consecuencia, el derecho de tutela judicial efectiva, en el ámbito del enjuiciamiento criminal, no comprende el derecho a que se dicte una sentencia, sino solo un derecho a iniciar el proceso mediante denuncia o querrela; derecho que se agota con una resolución motivada del juez sobre la continuación o no del proceso.

En otras palabras, de todo delito surge una acción penal para el castigo del culpable, estando legitimado para ejercitar estas acciones, el Ministerio Público y los particulares que hayan sido ofendidos por el hecho delictivo; es decir, el Estado delega en determinados sujetos particulares su potestad de perseguir el delito y castigar al culpable, tal el caso de los delitos privados en que el orden social no resulta perturbado por la comisión de una conducta delictiva, como son los de injuria en los que el querellante monopoliza la acción penal, el impulso y la persecución del proceso.



La acción penal, conforme con los principios que informan el proceso penal, tiene como características que es una acción pública e indisponible que está informada por el principio de oficialidad y de legalidad o necesidad; es decir que un proceso viene regido por el principio de oficialidad, cuando el juez puede comenzar el proceso sin necesidad de que nadie lo solicite; este principio no excluye que puedan existir excepciones, como ocurre con el delito de injurias, en que solamente el ofendido puede ejercitar la acción penal, convirtiéndose en el que dirige el proceso.

“Así, para el inicio del proceso penal no se precisa la iniciativa del particular perjudicado, ni siquiera del Ministerio Público. Al juez le basta con la adquisición del conocimiento de la *notitia criminis* para que proceda a la investigación y averiguación de los hechos, sin perjuicio de que inmediatamente sea puesto en conocimiento del Ministerio Público; asimismo, el principio de legalidad o necesidad, que se aplica al enjuiciamiento criminal, se caracteriza por el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. Se trata de un deber que, en su caso, tras la práctica de unas diligencias preliminares, le obliga a poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial”.¹⁶

Como se aprecia a partir de lo citado, significa que la persecución y la acción penal del hecho punible constituye un deber del Ministerio Público y que el ofendido por el delito solo interviene en esa persecución como denunciante, como puede hacerlo cualquier otro ciudadano, salvo que sean delitos de acción privada, pues esta corresponde a las personas individuales o jurídicas perseguirlos y no al Ministerio Público.

¹⁶ Romero Apís, José. **El ministerio público y el ejercicio de la acción penal**. Pág. 72.



Asimismo, el Ministerio Público está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley, por lo que el punto de vista del Ministerio Público ha de ser el de la ley, ya que es un órgano público en función de la justicia, por lo que la acción penal es necesaria para mantener un equilibrio entre los intereses del Estado y la sociedad a la cual se dirige con sus normas jurídicas, para garantizar que el orden penal existe para mantener el orden social.

En este capítulo se abordó el tema de la persecución y la acción penal, siendo la primera la que se produce desde que hay noticia de un delito; mientras que la segunda va a depender de la posibilidad del Ministerio Público de haber recabado la suficiente información sobre la posible participación del sindicado en el delito para que pueda accionar frente a él para iniciarle la acción penal que culmine con el juicio oral y público para que sea el tribunal competente el que compruebe la existencia de suficientes medios probatorios para imponerle una pena de prisión; esta información permite fundamentar doctrinariamente la importancia de que la prueba presentada no tenga vulnerabilidad sino que tenga la fuerza suficiente para condenar al procesado a una pena de prisión.





CAPÍTULO III

3. La prueba en el proceso penal

La prueba, en general, se considera como la actividad procesal orientada hacia la búsqueda de la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquél debe dar una respuesta fundada en derecho, definición que se extiende a los distintos tipos de procesos y responde al principio procesal que establece, deme los hechos y le daré el derecho que comprende la función jurisdiccional.

Es preciso señalar que en cada uno de los distintos procesos existen especiales singularidades que vienen a configurar, en definitiva, tipos de procesos distintos; así, en el proceso civil cabe destacar el principio dispositivo y el de la verdad formal que en modo alguno puede decirse aplica al proceso penal, en el que prevalece el principio de la verdad material y donde las facultades del órgano jurisdiccional, en materia probatoria, son muy superiores a los del juez civil, por ejemplo.

3.1. Los medios probatorios

En líneas generales, los medios probatorios son similares en los distintos procesos, tal el caso de la confesión, de los testigos, peritos, documentos y reconocimiento judicial, entre otros; sin embargo, es preciso destacar inmediatamente la amplitud de medios probatorios admisible en el derecho penal; así como las peculiaridades que han de



reconocerse en el proceso penal; así, la confesión en el proceso el penal no dispensará al juez contralor de la investigación ordenar al Ministerio Público, practicar todas las diligencias necesarias a fin de que en juicio oral y público se adquiriera el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.

De modo similar, respecto de los testigos, la inhabilidad de determinadas personas para ser testigos, no se establecen en el campo penal, con independencia del valor probatorio que el juzgador pueda reconocer a las distintas personas; por lo demás, debe destacarse también que, en algunos países, se acepta en el proceso penal, con plena validez, la prueba indiciaria o circunstancial.

“Por su parte, el procedimiento probatorio; es decir, el conjunto de trámites procesales en que se articula la actividad probatoria responde también a un esquema común a los distintos procesos: proposición, admisión y práctica. No obstante, en el proceso penal existe una peculiaridad que oscurece sensiblemente este simplista esquema, pues, al estar dividido el mismo en dos fases, como son la instrucción o preparatoria y la del juicio oral, en las que se practican diligencias formalmente idénticas, tales como la declaración, testimonios, pericias, entre otras; alguna de las cuales no son susceptibles de repetición en la fase del juicio oral”.¹⁷

A este respecto es importante señalar que, en el presente, la posibilidad de personación e intervención del inculpado en las actividades de la fase de instrucción del proceso penal,

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 77.



potencia extraordinariamente las posibilidades de defensa, tanto en orden a la iniciativa sobre práctica de determinadas diligencias como en el ejercicio del derecho de contradicción en las declaraciones de testigos y coimputados ante la autoridad judicial.

Es decir, en el proceso penal constituye un aspecto de singular relevancia, que esté vigente el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, con expresa proscripción de la indefensión, lo cual permite que se tenga informada convenientemente la persona de la acusación formulada contra ella; así como la existencia de un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías reconocidas constitucionalmente.

Ello no obsta para que se practiquen pruebas anticipadamente a las sesiones del juicio oral o de que determinados medios probatorios de difícil o imposible repetición deban estar rodeados de todas las garantías de contradicción en el momento de su realización para que valgan como pruebas, puesto que el momento en que se practica la prueba no condiciona su carácter; puesto que, lo que en todo caso hay que resaltar es que el juicio oral necesita de una actividad probatoria mínima en lo que se refiere a la acusación, porque la acusación necesita siempre pruebas sólidas.

Desde otro punto de vista, el único límite a la actividad probatoria es la licitud de los medios empleados a tal fin, puesto que vale la pena recordar que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, debido a que la actividad probatoria está rodeada de nobleza, lo cual determina que, únicamente pueden considerarse auténticas, las pruebas que vinculen a



los órganos de la justicia penal, con las practicadas en el juicio oral, las cuales **deben** estar apegadas a derecho y ser necesarias y no excesivas.

Es por eso de que las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, por lo que, sólo cuando las diligencia o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada, pero para que estas diligencias puedan tener eficacia probatoria, es preciso que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, salvo las excepciones legalmente previstas.

La exigencia de motivación de las sentencias, especialmente en relación a la validez jurídica y legal de los medios probatorios que fueron aceptados en el juicio, por su parte, cumple con la finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación jurídica y permitiendo su eventual control; asimismo, permite posibilitar al ciudadano conocer las razones de la resolución por la que resulta condenado o absuelto.

“En las sentencias penales, el requisito de la motivación impone al juzgador la realización de un doble juicio. De una parte, la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, haciendo declaración expresa y terminante de las que se estimen probadas”.¹⁸

¹⁸ Chinchilla Sandí, Carlos. **Derecho procesal penal**. Pág. 39.



Es por eso de que se trata de que al estudiar la prueba en el proceso penal, es preciso hacer referencia a las exigencias legales y constitucionales de los diferentes medios probatorios, que constituyen otras tantas garantías para el justiciable, el cual no puede ser condenado sin una prueba suficiente, obtenida con las debidas garantías; en este sentido, procede destacar que todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución Política en un Estado de derecho.

Asimismo, que, la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otras garantías que se fortalecen con las establecidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Guatemala, porque en su conjunto garantiza el proceso penal acusatorio.

Que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados, pactos y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Guatemala; que la Constitución Política en mención, es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en todo tipo de procesos.

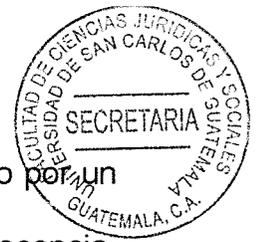


3.2. Derechos y libertades de las personas sometidas a proceso penal

Los derechos y las libertades reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Código Procesal Penal guatemalteco, orientados a proteger y garantizar la integridad de todos sindicados de delitos, están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos; por lo que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales, lo cual solo es posible y previamente se ha respetado el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva, con expresa proscripción de la indefensión; así como el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley, el derecho de defensa, el derecho a ser informados de la acusación, el derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En todo caso, tiene singular relevancia los preceptos procesales relativos a las garantías y derechos del detenido, las pertinentes garantías que deben concurrir en todos los casos de entradas y registros en los domicilios de los particulares, así como en los supuestos de detención y apertura de la correspondencia y de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, puesto que se trata de garantizarle a la ciudadanía, protección aunque cualquier uso del derecho penal para perseguir a los opositores políticos o a subordinar el interés social al particular de los que gobiernan.

Tan es así la protección de la persona sindicada de un delito, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla una serie de garantías fundamentales para el ciudadano, tales como, la prohibición de detención o prisión arbitrarias; la plena igualdad



ante la ley, el derecho del acusado a audiencia pública, así como a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial; el derecho del inculpado a la presunción de inocencia, a un juicio con todas las garantías de defensa; así como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad de las penas, fundamentos jurídicos que se han convertido en un sustento jurídico a favor de la promoción y garantía de la protección de la persona sindicada por un delito.

También se le reconoce a toda persona el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada, así como en la de su familia, en su domicilio, en su correspondencia y en su honra o reputación; es por eso de que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, reconoce entre otros, el derecho a la libertad individual; que las causas sean oídas equitativa y públicamente, en un plazo razonable, por tribunal independiente e imparcial; en todo caso, este Convenio de Roma, reconoce a todo acusado el derecho a conocer la acusación que pese sobre él.

De igual manera este Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, reconoce el derecho al tiempo y a las facilidades necesarias para preparar su defensa, a defenderse por sí mismo o por letrado o por abogado de oficio; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él; a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; así como que el testigo tiene derecho a disponer de un intérprete cuando no conozca la lengua del tribunal que ha de juzgarle.



3.3. Forma de adquirir los medios probatorios

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce un estado jurídico similar al diseñado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Europeo citado sobre los medios probatorios, al reconocer que las pruebas pueden obtenerse por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones, entre otros medios de prueba aceptados legalmente.

En el caso específico del proceso penal, se reguló la potestad probatoria, a partir de que, el Artículo 182 del Código Procesal Penal guatemalteco, regula que: “Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas”: asimismo, la garantía de que no se aceptará ninguna prueba obtenida a través de medios ilícitos, lo cual se conoce en doctrina como la teoría del árbol envenenado.

Por aparte, el Artículo 183 del mismo Código Procesal Penal guatemalteco, establece que: “Un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad. Los tribunales podrán limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia, cuando resulten manifiestamente abundantes. Son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados”.



En este caso, todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal, porque los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en ese Código Procesal penal vigente en Guatemala.

“Dos cuestiones fundamentales han de analizarse aquí: la proposición y la práctica de la prueba. En principio, únicamente se han de practicar en el juicio oral aquellas pruebas que, habiendo sido pedidas oportunamente por las partes, hayan sido declaradas pertinentes por el órgano judicial competente conforme a lo especialmente previsto en la propia ley respecto de cada medio de prueba en particular; junto a las pruebas propuestas por las partes, cuando la ley procesal penal lo permita, también se practicarán las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”.¹⁹

En el caso de las pruebas de cada parte, las mismas se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas; pero el presidente del tribunal de sentencia, aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el descubrimiento de la verdad, podrá alterar este orden; aunque el tribunal de sentencia, para salvaguardar su propia imparcialidad, puede dejar que sean normalmente las partes las que aporten los medios de prueba o

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 42.



propongan la práctica de pruebas para el acto del juicio, de modo que la ley no obliga al tribunal a que tome la iniciativa de la realización de actos de prueba concretos.

“Como consecuencia de la vigencia del principio de aportación, consustancial al sistema acusatorio, a las partes corresponde, no sólo la introducción de los hechos a través de los escritos de calificación, sino también la proposición y ejecución de la prueba, formulando las correspondientes preguntas a testigos y peritos; pero en este proceso penal, el tribunal de sentencia está obligado a descubrir la verdad histórica o material y distinta, por tanto, a las que las partes pudieran representarle. De este modo y, a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, las partes no son dueñas de la apertura del procedimiento a prueba”.²⁰

En el caso de Guatemala, en materia de prueba y en el procedimiento penal, no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, salvo el derecho del tribunal de ordenar, aun de oficio, nuevas pruebas, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, tal como establece el Artículo 381 del Código Procesal Penal guatemalteco.

3.4. La garantía procesal penal y el principio acusatorio

La imparcialidad del juzgador y el principio acusatorio está fuera de discusión a partir de la vigencia del principio acusatorio, puesto que, a partir de mismo, se tiene la seguridad

²⁰ **Ibíd.** Pág. 44.

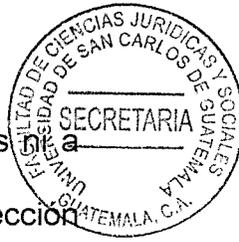


de que no pueden ejercerse por un mismo órgano las funciones de investigación, en el procedimiento preliminar, y de enjuiciamiento, en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara por un juzgador carente de imparcialidad, porque la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien ha sido juez contralor de la investigación de la causa, supone la infracción del derecho a un juez imparcial.

Es decir que, a partir de que la actividad contralora de la investigación pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del juez contralor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyen a la hora de sentenciar.

Incluso aunque ese sesgo del juez contralor de la investigación no suceda, es difícil evitar la impresión de que este no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible, porque la exigencia de imparcialidad ha de llevar a que no sea el juzgador el que asume el ejercicio y concreción de la acusación o, dicho de otro modo, la existencia de la acusación y el contenido de la misma no pueden provenir ni ser fijadas por el mismo órgano que después será el juzgador.

La razón de esta obligación de que el juzgador que controla la investigación no sea quien lleve a cabo el juicio oral y público, sigue siendo la de garantizar la imparcialidad de quien tiene que dictar la sentencia; así planteadas las cosas, el principio acusatorio se resuelve a partir de que no puede haber proceso si no hay acusación y ésta es formulada por persona ajena al juez contralor y al tribunal sentenciador.



De igual manera, no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados a una persona distinta de la acusada; no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad, porque la dirección material del proceso se refiere a la aportación de hechos al proceso; asimismo, por el principio acusatorio corresponde a persona ajena al juzgador el determinar el objeto del proceso, hay que llegar a la conclusión de que la aportación de los hechos no puede corresponder al juez contralor.

Es decir, si se tiene en cuenta la relevancia de la garantía de imparcialidad en el marco del procedimiento penal, se torna necesario estructurar un modelo de enjuiciamiento que permita la realización acabada de esta garantía en el tratamiento de todos los casos penales, por lo que resulta indispensable destacar especialmente que el efectivo respeto de las demás garantías fundamentales se tornaría ilusorio si no se garantizara la imparcialidad del tribunal que habrá de intervenir en el caso, por lo que la imparcialidad judicial es considerada principio de principios.

Este principio de imparcialidad, no se trata de una garantía procesal más, sino que constituye un principio básico del proceso penal, cuya vulneración impide la existencia de un juicio penal justo, donde la imparcialidad se trata de la ausencia de prejuicios o parcialidades en el juzgador que debe ser considerada tanto subjetiva como objetivamente; de lo contrario, la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática se pierde completamente, puesto que tendrían la posibilidad de utilizar el proceso penal para fines de venganza personal o de lidiar con rencillas políticas en ventaja sobre sus opositores.



Es por eso de que el principio de imparcialidad exige una estricta separación de funciones requerentes y decisorias; es decir, que resulta ilegítimo toda decisión legal que otorgue a los jueces facultades inquisitivas y le permitan intervenir activamente a favor de la actividad procesal persecutoria; porque, el tribunal no puede iniciar la investigación preliminar de oficio, sin requerimiento en este sentido del Ministerio Público, quien es el que debe estar a cargo de la investigación y el juez actuar como controlador de esa investigación penal.

Por lo que, durante todo el proceso penal, se depende en mayor grado de la actividad de las partes y menos de la del tribunal, porque los jueces contralores de la investigación penal no tienen la misión de perseguir penalmente, sino de decidir los casos que le son presentados, porque la función decisoria propia de los jueces penales no puede ser ejercida imparcialmente si el tribunal asume funciones requerentes que no le pertenecen, puesto que el sistema acusatorio lo separó de la investigación.

Esta separación de los jueces de la fase de la investigación se debe a que, otorgar funciones investigativas o persecutorias a los tribunales vulnera uno de los principios básicos de la jurisdicción, que consiste en que quien decide debe ser alguien extraño a quien ejerce la acción penal, investiga la comisión de delitos, fundamenta y formula la acusación penal.

Es por eso de que el principio de división de poderes restringe la tarea de los jueces penales a funciones estrictamente decisorias, propias del poder judicial; tales como la obligación de proteger los derechos humanos del imputado, que surge del contenido



mismo de la función judicial y, además, de las obligaciones internacionales del Estado establecidas en los pactos de derechos humanos.

Asimismo, derechos tales como el principio de inocencia o el derecho de defensa, entre otros, representan un mandato expreso para que los tribunales se encarguen de su protección efectiva durante el procedimiento penal, aun cuando su violación signifique, en el derecho internacional de los derechos humanos, responsabilidad del Estado en su conjunto; asimismo, otras disposiciones de rango constitucional también se vinculan con el establecimiento del principio acusatorio como principio fundante de la organización de la persecución penal estatal.

En síntesis, el principio acusatorio es un principio estructural del derecho positivo propio del Estado moderno, de alcance formal en los supuestos de persecución penal pública, este principio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es, la actuación objetiva del juzgador, limitada a tareas decisorias que no se comprometan con la hipótesis persecutoria; a partir de lo cual, el ordenamientos jurídico contiene principios generales que configuran los diversos aspectos y determinan la estructura del procedimiento, tanto en normas de jerarquía constitucional, internacional como ordinaria.

En este contexto, el principio acusatorio es un presupuesto imprescindible de la imparcialidad y tiene relaciones muy estrechas con el derecho de defensa, puesto que estos principios generales, a su vez, dan sentido a las distintas disposiciones del



ordenamiento procesal penal referidas a las facultades del tribunal, para que éste pueda actuar como tribunal imparcial.

Se podría afirmar entonces que en un procedimiento penal que no respete el principio acusatorio y no garantice la imparcialidad, el derecho de defensa y otros derechos, resultarían perjudicados, pues éste consiste en presentar el descargo del imputado ante un juez o tribunal imparcial y no, como sucede en un procedimiento inquisitivo, en presentar su descargo ante un juez comprometido con el interés persecutorio y parcial.

Asimismo, se debe destacar que la prohibición para el juez contralor de la investigación y para el tribunal de sentencia, de desempeñar tareas requeridas no puede ser ignorada recurriendo al argumento del interés social o público en la persecución de los hechos punibles; puesto que, ese interés social presupuesto ya está reconocido en el hecho de que la persecución penal es estatal y en el contenido particular de las sanciones penales.

Esta asignación de la persecución y la acción pública al Ministerio Público también expresa un interés social trascendente al individuo particular, al ocuparse el Estado de la persecución penal y, también, que este reconoce límites para realizar la actividad de persecución penal; es decir, que el Estado ya ha otorgado el valor que reconoce al interés persecutorio y al interés individual.

Asimismo, este interés social del Estado para garantizar la persecución y la acción penal pública, evidencia la importancia social o pública de perseguir los delitos, pues aunque esta obligación suena obvia, es necesario recordarlo porque, cuando se discuten



cuestiones que dependen del Estado de la tensión entre los intereses del sindicado y la sociedad, se vuelve a argumentar que los límites puestos a la persecución deben ceder o ser relativizado frente al interés social en la persecución penal.

“Sin embargo, mientras jamás toleraríamos que el Ministerio Público pudiera decidir, por su cuenta, la detención preventiva, aceptamos esa posibilidad cuando se trata de un juez penal. Pero la cuestión no depende tanto del órgano que dispone la detención, sino del hecho de que el mismo órgano interesado en obtener la detención pueda decidir sobre ella. Así, cuando el juez penal ejerce la acción y ordena la prisión preventiva de oficio, no sólo usurpa una facultad exclusiva de titular de la acción, el Ministerio Público. Además de ello, toma posición manifiesta en favor de la persecución penal y contra el imputado, circunstancia que impide toda posibilidad de que actúe imparcialmente”.²¹

A partir de este compromiso estatal en la persecución y la acción penal pública, los tribunales sólo pueden actuar a requerimiento del Ministerio Público, puesto que el interés público significa, precisamente, que la acción penal se otorga al Ministerio Público, pero nada más que eso; ese interés no podría justificar, por ejemplo, que todos los órganos y funcionarios estatales puedan intervenir en el proceso para realizar ese interés.

La división entre función requirente y decisoria es producto, precisamente, del reconocimiento de la imposibilidad de representar objetivamente intereses en conflicto, porque la actuación de las partes se presume siempre interesada; a partir de lo cual, se

²¹ Álvarez, Juan. **El principio acusatorio: garantía de imparcialidad**. Pág. 13.



establece la necesidad de controlar la legalidad de sus actos y de sus requerimientos procesales; es decir, no se puede aceptar que el juez penal ejerza la acción penal, porque la vigencia del principio de legalidad como regulador del sistema de persecución obliga sólo a quien se encarga de la persecución y nada más que a él; es decir, a quien el ordenamiento jurídico atribuye la titularidad de la acción penal pública; es decir que, la necesidad de controlar, al menos en cierta medida, que el Ministerio Público cumpla su obligación legal de perseguir los hechos punibles, sólo significa eso, es decir, sólo significa que los tribunales pueden controlar la actuación del Ministerio Público, pero nunca actuar en su lugar.

En síntesis, este capítulo permitió exponer los elementos que fundamentan la existencia de la prueba en proceso penal, los tipos de medios probatorios existentes en el sistema procesal en general y en el proceso penal en particular, los derechos y libertades de las personas sometidas a proceso penal, la forma de adquirir los medios probatorios y la garantía procesal y el principio acusatorio, aspectos jurídicos que permitirán explicar lo relativo a la dificultad que presenta la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales en Guatemala, tema que será el objeto del capítulo siguiente.





CAPÍTULO IV

4. La problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales

En la actualidad, las tecnologías, el ciberespacio y la informática condicionan la vida cotidiana de todos los ciudadanos de todos los países, por lo que resulta imposible entenderla sin una actividad continua empleando dispositivos informáticos o electrónicos, porque este fenómeno de la digitalización se desarrolla en todos los ámbitos de la vida, ya sea en un contexto cultural, jurídico, lega, político y social, a través del cual se promueven mayores y más intensas formas de comunicación en las interrelaciones personales y profesionales.

4.1. La prueba digital

No existe una definición legal sobre la prueba digital, también conocida como prueba electrónica, prueba tecnológica, prueba informática o eprueba, aunque se puede entender a la misma como cualquier prueba presentada informáticamente y que estaría compuesta por un elemento material que depende de sus componentes rígidos, que se considerarían como la parte física y visible de la prueba una unidad de almacenamiento externo, conocida también como *hardware*; y, por otro lado, un elemento intangible que es representado por los programas y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas, conocidos como *software*, los cuales hace posible que se pueda hacer uso de los componentes rígidos de la computadora.



“Yo la definiría como aquella cuya fuente de obtención radica en los datos producidos en los procesos de comunicación, en la información contenida, almacenada, tratada o transmitida por medios electrónicos o que obra en los soportes técnicos o informáticos, y que dado el carácter efímero y manipulable que tiene, mayor que el de las otras pruebas, debe ser incorporada al proceso mediante un análisis pericial que garantice su integridad y originalidad, que contribuirá a producir un conocimiento probable respecto de las circunstancias de lugar, hecho y autoría”.²²

De lo que sí debe diferenciarse es de la evidencia digital, pues aunque puede parecer que se refieren a lo mismo, en realidad no es así, pues la prueba es un todo por el que se incorpora al proceso cualquier información o dato con valor suficiente para poder acreditar un hecho demostrable, donde su incorporación se produce a través de medidas de investigación o medios tecnológicos; mientras que la evidencia digital, es, en sí misma, la información, el documento, archivo, fichero, registro o dato almacenado en un soporte electrónico y susceptible de poder ser tratado e identificado digitalmente para su posterior aportación en un proceso judicial.

Es decir, la evidencia es lo primero que se recoge de las diferentes medidas de investigación y necesita ayudarse de la ciencia forense para llegar a descubrir algo; la prueba es el resultado de esta evidencia tratada e incorporada al procedimiento judicial y cuyo valor probatorio dependerá del procedimiento elegido para su aportación en juicio, así como de las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad.

²² Vásquez, Carlos. **La prueba pericial**. Pág. 24.



Se produce, por tanto, en el tránsito del mundo analógico al mundo digital, un nuevo entorno probatorio con unas características definidas, unas peculiaridades o especialidades que no se encuentran ni en la prueba documental, que es como normalmente se incorpora al proceso, ni en la pericial y que operan dentro de los límites de la represión penal enlazadas con los medios de tutela penal.

“La prueba digital es intangible; es decir, que no puede apreciarse directamente a través de los sentidos porque ni se puede tocar ni se puede obtener con una fotocopia o una impresión, sino que debe recabarse a través de procesos informáticos y dispositivos electrónicos para poder apreciarla, de forma más o menos compleja. Precisamente en relación con esta característica, uno de los errores que a veces cometen los tribunales y que inciden, directamente en este aspecto material del derecho a la presunción de inocencia en relación con el principio de culpabilidad, es que tratan las evidencias digitales y lo obtenido de ellas como meras pruebas de carácter documental o pericial, cuando no lo son”.²³

Es decir, siguiendo las ideas del autor, se puede señalar que al enfocar los tribunales de sentencia de esta forma a la prueba pericial se está confundiendo la representación impresa o el proceso conclusivo de análisis con la prueba en sí misma porque la prueba tecnológica son los datos, la información, el contenido digital, no el soporte que los contiene, puesto que este soporte que puede estar dentro de la computadora tal como el caso del disco duro o, en un dispositivo externo, tal el caso de una memoria usb.

²³ **Ibíd.** Pág. 25.



Debido a esta intangibilidad de la prueba digital, en el proceso penal debe traducirse la misma a un soporte que permita una sencilla comprensión del contenido incriminatorio seleccionado intervenido, para su correcta valoración contradictoria en el acto del juicio oral; es decir, se trata de hacer visible lo invisible; así, por ejemplo, si se produce un ataque de denegación de servicio con el objetivo de dejar un servidor inoperativo sobrecargándolo, debe investigarse la identificación del lugar por dónde ha accedido al sistema el pirata cibernético y cómo ha instalado el programa que permite la toma de control del equipo de forma remota.

Igual situación sucede si se comete una falsificación de un correo electrónico para presentarlo en un procedimiento por despido, la prueba digital consiste en el análisis de los buzones de correo del servidor o servidores donde éstos se encuentren alojados tanto del emisor como del receptor, guardando el contenido en un archivo con un formato determinado, calculando los elementos que distinguen al fichero resultante para ser analizado y obteniendo el certificado del proceso de descarga de los archivos.

En realidad, no se puede ver directamente los datos, la información, sino el proceso informático que lleva a acreditar que ese correo fue falseado en sus datos esenciales, porque así se ha determinado a partir de un complejo proceso técnico que llega a esa conclusión y no a otra, porque la huella digital dejada por quien llevó a cabo la operación debe seguirse de acuerdo a procedimientos tecnológicos que requiere la prueba digital.

De igual manera, si se produce un ciberacoso en redes sociales, la prueba tecnológica consistirá en el análisis de los datos del protocolo de internet de conexión en el momento



de publicar el contenido para geolocalizar la conexión; este protocolo de conexión en el momento de registrarse el usuario; todos los protocolos de conexión que tenga almacenadas el email, número de teléfono, identidad real y todos los datos facilitados por el usuario en el momento de registrarse en la red social; los software o programas conectadas con su perfil en la red social; así como todas aquellas que los investigadores consideren necesarias para llegar al convencimiento sobre la autoría de una persona en la comisión del hecho delictivo.

El informe pericial elaborado, por tanto, es el resultado inteligible del análisis de los procesos informáticos y evidencias que se pueden descubrir, pero en realidad lo que conforma la prueba se encuentra en los anexos unidos al informe, que recogen el contenido de la prueba con los archivos informáticos y los certificados que acreditan el proceso seguido y su integridad.

Como consecuencia de su intangibilidad es que la prueba digital es de visualización mediata, no inmediata, como ocurre con la prueba documental o la pericial; es decir, que para ser conocido por el tribunal de sentencia o las demás partes se requiere del concurso entre el *hardware* y un *software* que permita su visualización, porque si no son compatibles, aunque ambos externamente sean lo mismo, no tendrán forma de comunicarse porque son incompatibles entre sí.

Por ejemplo, para abrirse el soporte que contiene la información, como, por ejemplo, si se trata de archivos de correo electrónico, debe abrirse en un ordenador que tenga instalado el correspondiente correo electrónico, tal el caso de un correo que tenga la



extensión Gmail.com o yahoo.com, pues solo puede ingresarse con la dirección que le precede a cada uno, pues no puede ingresarse a una plataforma de correo Gmail.com con una dirección que tenga al final yahoo.com y, si se aportan archivos de audio, debe tenerse un sistema en el que pueda admitirse ese formato.

Como se aprecia, la prueba digital, al encontrarse en un soporte informático, es replicable o duplicable; es decir, se puede copiar o replicar tantas veces como se desee, trabajando los investigadores sobre el clonado a fin de preservar la evidencia original; con ello se plantea el problema de distinción de la originalidad, y por esto debe acreditarse indubitadamente que el original y la copia son exactos.

Para lograr comparar la información entre el original y la copia, se debe generar una huella digital o un número criptográfico que es idéntico en todos los casos y debe consignarse para acreditar la integridad de la información contenida en el dispositivo o recopilada; es decir, esa criptografía es un algoritmo que tiene la función acreditar que, dados unos datos de entrada, se genera un identificador que garantiza que siempre que se tienen los mismos datos de entrada se va a producir el mismo algoritmo matemático y, por tanto, cualquier cambio que se produzca producirá un identificador diferente.

4.2. Obtención y análisis de evidencias digitales

Existe normativa extraprocesal que conforma la prueba digital de forma que, aunque no tiene el valor de tratado internacional ni de norma jurídica, regula los estándares internacionales de calidad comúnmente aceptados; sin embargo, al carecer de cobertura



legal ni tiene que ser conocida y aplicada por el juez de oficio, ni le vincula, lo cual no quiere decir que no deba de ser tenida en cuenta y que, de no respetarse, sea más sencillo impugnar la prueba digital aportada al procedimiento.

“En el ámbito internacional hay dos normas ISO en relación con el análisis forense de la evidencia digital: la ISO/IEC 27037:2012, “*Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*”, y la ISO/IEC 27042:2015, “*Guidelines for the analysis and interpretation of digital evidence*”, que proporcionan un estándar para la identificación, adquisición, recolección, análisis, interpretación y preservación de la evidencia digital. La ISO/IEC 27037:2012 proporciona orientaciones sobre mejores prácticas en la identificación, adquisición y preservación de evidencias digitales potenciales que permitan aprovechar su valor probatorio”.²⁴

Estas ISO reconocidas internacionalmente establecen que la evidencia digital debe ser adquirida del modo menos intrusivo posible, tras un proceso que sea trazable y auditable, tratando de preservar la utilidad y originalidad de la prueba y que ese proceso debe ser reproducible, comprensible y verificable, y para ello las herramientas utilizadas deben ser contrastadas.

Estas normas ISO establecen, además, que la evidencia digital es gobernada por su relevancia, en cuanto a la vinculación del sospechoso con el delito y la víctima, pudiendo ser usada para formular hipótesis o apoyar éstas o ratificar algún hecho o indicio y para

²⁴ **Ibíd.** Pág. 26.



el esclarecimiento del delito; por la confiabilidad, porque las técnicas utilizadas para la extracción de la evidencia han debido ser probadas previamente, teniendo en cuenta siempre el margen de error de las herramientas forenses, que debe hacerse patente, siendo necesarios los test de eficacia y eficiencia de las herramientas y procesos de los análisis forenses informáticos.

De igual manera, la prueba digital debe garantizar su suficiencia, pues la recolección de evidencias debe estar enfocada a apoyar y confirmar el resto de inferencias, pruebas y otras evidencias del delito, de forma que se deben analizar todos los dispositivos electrónicos hallados y relacionados con el delito y hay que confirmar que los datos no se han eliminado o alterado en los dispositivos, evitando caer en trampas o errores.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que existen en línea diversos recursos que permiten a casi cualquier persona dominar técnicas de ocultación, utilización de redes privadas virtuales y reenrutamiento de direcciones de protocolos de Internet, de forma que no es necesario ser un *hacker* experto para ocultar los datos o falsear información, por lo que debe tenerse presente esta circunstancia en la recogida de evidencias y el análisis forense.

Estas normas ISO también divide en grupos a las personas o especialistas encargados de los diferentes procesos de identificación, recolección, adquisición y preservación de las evidencias digitales: por un lado, especialistas en evidencia digital de primera intervención; especialistas en evidencia digital; y, especialistas en respuestas a incidentes y directores de laboratorios forenses.



Por otro lado, esas ISO establecen una serie de presupuestos para el análisis e interpretación de las evidencias digitales y proporciona directrices sobre cómo un perito informático puede abordar la evidencia digital en un incidente o en una intervención pericial, desde su identificación como evidencia digital potencial, pasando por su análisis o evidencia digital, hasta que es aceptada como prueba digital en un juicio.

“Hay otras normas ISO como la 71505 y 71506 sobre la recolección de evidencias y su almacenamiento, la gestión de evidencias electrónicas o la metodología para el análisis forense de las evidencias electrónicas. Es obvio que estas medidas deben utilizarse en todos los procedimientos de obtención de evidencias, porque van a incidir en la valoración que efectúen los tribunales de la prueba que resulte de ellas; La norma UNE 71506/2013 ha sido elaborada para definir el proceso de análisis forense dentro del ciclo de gestión de las evidencias electrónicas, complementando todos aquellos otros procesos que conforman dicho sistema de gestión de las evidencias electrónicas; no se consideran dentro del campo de aplicación de esta norma la generación, gestión, seguridad y/o almacenamiento de la evidencia electrónica antes de la adquisición”.²⁵

Es decir que, según lo citado, la evidencia electrónica es la información que, en forma electrónica, permite acreditar ante terceros la existencia de una actividad realizada por medios electrónicos, del momento en que se produjo y de los intervinientes en ella, a partir delo cual, se trata de un recurso esencial para empresas y organizaciones respecto al que se debe garantizar su validez y gestión adecuada.

²⁵ **Ibidem.** Pág. 29.



Es decir que, para que la información almacenada de forma digital en un soporte electrónico tenga carácter de documento electrónico se exige que la información contenida pueda ser identificada de forma autónoma, constando tanto la fecha de su creación como la identidad de su autor, los sellos electrónicos, los sellos de tiempo y el servicio cualificado de entrega.

En ese proceso de conversión; sin embargo, se puede producir cualquier manipulación, porque los datos almacenados en sistemas informáticos pueden ser modificados sin que quede ninguna huella al respecto, lo que no resulta complicado cuando los documentos electrónicos son generados utilizando la información existente en equipos o dispositivos bajo el completo control de la parte que va a aportarlos a la causa, ya sea como acusación, cuando, por ejemplo, se aportan conversaciones privadas de una red social para acreditar una extorsión o como defensa, cuando se aporta, por ejemplo, un documento impreso de una ubicación de Google en la que supuestamente estaba el investigado, cuando sucedió el hecho.

El proceso a través del cual se incorpora a un expediente esa prueba digital, por tanto, es cada vez más complejo y no se puede dejarlo a la suerte, pues ante una impugnación de la prueba porque no se haya acreditado su integridad y la ausencia de manipulación, la conclusión es que siempre se debe beneficiar al acusado y absolver; a partir de lo cual se entiende que es esencial, por tanto, evidenciar que la prueba digital aportada al proceso se corresponde en su identidad con el original, pues la prevalencia probatoria debe determinarse en función de la robustez de su contenido inmaterial y la autenticidad e inalterabilidad de éste.



No se trata de que resulta inválida la prueba incorporada a través de documentos impresos, digitales o electrónicos, por considerársele fácilmente manipulables, sino que no garantiza su indemnidad y, por tanto, puede que no sea eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia; por ello, si quiere acreditar el hecho punible y la autoría, se debe tender a una mayor exhaustividad para garantizar la originalidad e integridad del contenido digital para que goce de todas las garantías procesales y sea correctamente valorada.

4.3. La problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales

Teniendo en cuenta de que existen diferentes formas de incorporar al proceso la prueba digital como resultado de la evidencia electrónica analizada y tratada pero, ante una impugnación del contenido de la prueba documental impresa, de los oficios policiales, de la aportación de videos, pantallazos u otro tipo de evidencias, el informe pericial informático es la única prueba de autenticidad que puede concluir la comisión del delito y la autoría del culpable.

Es decir, debe realizarse el examen de las evidencias por expertos informáticos, que cada vez están teniendo más presencia en los tribunales, aunque la pericial informática, empero, tampoco puede considerarse la prueba digital en sí misma, al igual que no lo es la documental, sino que constituye la forma a través de la cual se podrá incorporar la prueba digital a un procedimiento judicial, puesto que el informe pericial lo que hace es reflejar el análisis de las evidencias.



Es decir, lo que pone en conocimiento de los juzgadores es la fuente de prueba, con las cuales se pudo llegar a unas conclusiones objetivas; en este sentido, cuando se trata de incorporar al proceso contenido de páginas web, comentarios en redes sociales, mensajes en chats públicos o privados de distintas aplicaciones de mensajería instantánea o correos electrónicos, la mera incorporación del formato impreso digital como documento, la mera captura de pantalla, sin identificar el proceso por el que se ha obtenido ni garantizar la obtención, no es suficiente para extraer las conclusiones de prueba que se pretenden.

Ese mero documento se limita a reflejar un dato, pero no acredita la originalidad ni la realidad del envío de un mensaje o de un comentario en una red social ni la autoría de quien se encuentra detrás de un usuario o cuenta de correo, ni es suficiente para identificar la titularidad de una dirección de protocolo de Internet, cuestiones que son esenciales para completar toda la prueba y llegar a acreditar un hecho ilícito.

No se puede, por lo tanto limitarse a obtener y aportar una captura de pantalla porque, con ello, únicamente se presenta aquello que aparece exteriorizado, que en realidad no es la totalidad de lo que se encuentra almacenado en el soporte electrónico de que se trate, pues no queda constancia de la integridad de los medios en que se almacenaba originalmente la información, y en particular su preservación a los efectos de posteriores comprobaciones e informes.

Es decir, no se puede hacer depender la validez y eficacia de la prueba de que el acusado impugne o no el documento o reconozca su contenido; esta ausencia de garantía se



refleja, por ejemplo, por una comunicación mantenida entre dos personas a través de una red social, lo cual se considera que no es suficiente aportar los meros pantallazos de la conversación, porque podían ser susceptibles de ser manipulados.

La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas; el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo; asimismo, en un correo electrónico, pues la mera aportación del documento impreso no garantiza el origen, el contenido y la ausencia de alteración entre que salió del servidor del remitente y llegó al del destinatario.

La garantía de que no existe manipulación solo se obtiene mediante la elaboración del correspondiente dictamen pericial informático, donde el trabajo del perito informático consiste principalmente en el desarrollo de procedimientos encaminados a preservar las evidencias digitales, a través de la realización de copias forenses o clonados de la información digital almacenada y el análisis que resulte necesario para la investigación, trasladando el resultado a un informe pericial técnico que será el que se aporte en el procedimiento penal.

Preservar en ese momento de la denuncia, por tanto, la integridad de la evidencia para realizar la pericia informática es fundamental y los agentes deben tener especial cuidado en seguir todos los protocolos para ello; en definitiva, la finalidad de la aportación de pruebas electrónicas mediante informe pericial informático, en caso de evidencias



digitales, supone garantizar en el proceso judicial la originalidad, autenticidad e integridad de la información digital que se presente como prueba digital.

Cuando se trata de hacer valer en juicio el contenido de conversaciones telefónicas que se han intervenido, no debe introducir a las personas simplemente a través de la referencia a las transcripciones que figuran en las actuaciones, sino que debe exigirse la reproducción del contenido obrante en el soporte digital concreto; sin embargo, en la actualidad es absolutamente posible la manipulación de los archivos digitales de voz, para poder construir una conversación ilícita a partir de otras grabaciones, lo que conlleva la necesidad de asegurar su autenticidad a través del correspondiente proceso técnico.

Esta necesidad de asegurar esa autenticidad se debe a que el oficio en el que se registran los datos obtenidos con el seguimiento no garantiza la integridad de esa información porque mediante aplicaciones que no exigen grandes conocimientos informáticos, un tercero puede ingresar en la terminal móvil para que facilite una información de geolocalización falsa con una mera modificación de los ajustes del terminal, habilitando las opciones de desarrollador, entre las cuales el sistema permite ubicaciones simuladas.

Por ello, la prueba digital no puede considerarse una prueba plena en el proceso penal a menos que se acredite la integridad de la información mediante el oportuno informe técnico; tampoco sería prueba plena cuando se incorpora una fotografía o un video proveniente de seguimientos policiales a un investigado, en que no se anexa el archivo digital, sino únicamente el soporte plasmado en el correspondiente informe de inteligencia policial, pero es obvia la capacidad que existe actualmente de editar estos archivos.



Por otro lado, en relación con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, hay que tomar en cuenta que cualquier dispositivo electrónico tiene ficheros almacenados en su disco duro o en su memoria que, de una forma o de otra, puede copiarse, moverse, borrarse y editarse y que, aunque existan medidas de seguridad que cada vez son más exhaustivas, pueden ser objeto de manipulación o pirateo con la instalación de un virus; en consecuencia, el mero análisis de la información que suele hacerse por los investigadores del Ministerio Público no será suficiente para garantizar la integridad e indemnidad de los datos, porque la manipulación se ha podido producir con anterioridad al clonado sobre el que trabajan esos investigadores.

En definitiva, es de considerar que se está en un ámbito absolutamente novedoso e incierto por el avance de la tecnología, que no está siendo correctamente valorado en sede judicial, pues se parte de determinados supuestos que no pueden considerarse plenamente ciertas, por lo que se deben modificar los planteamientos de incorporación al proceso de todas estas diligencias que contienen evidencias digitales porque, para conformar la prueba digital, igual que no es suficiente la aportación de capturas de pantalla o documentos impresos, tampoco puede serlo la mera aportación de los archivos con las conversaciones intervenidas o grabadas.

Para garantizar la inexistencia de manipulación en estos archivos, debe exigirse la correspondiente pericial técnica que acredite la integridad de todos los datos que, hasta ahora, no se incluyen, pero deben pedirse si se quiere mantener la originalidad de la prueba y que ésta despliegue todos sus efectos en el proceso; es decir que, en el caso de la prueba digital debe dudarse, siempre, de su originalidad, pues a la parte que la



impugna le resultaría imposible plantear dudas razonables más allá de la mera característica manipulable de la evidencia electrónica.

En esencia, para que sea admisible la prueba digital, la misma debe cumplir los requisitos de pertinencia, utilidad y licitud; sin embargo, una de las características de la prueba digital es que puede ser intrusiva, de forma que las medidas de investigación tecnológica y la obtención de cualquier evidencia de este tipo debe llevarse a cabo respetando íntegramente los derechos y libertades fundamentales de las personas, que protege la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que si no se hace así, puede convertirse en prueba ilícita, por aportarse pruebas al proceso penal que han sido obtenidas mediante la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados.

O bien la existencia de la misma se da sin que se haya garantizado que no haya manipulación en los archivos que se recuperaron, puesto que no se acredita la integridad de esos datos, principalmente por la manipulabilidad de la evidencia electrónica, puesto que, cualquier dispositivo electrónico que tenga información almacenada en su disco duro o en su memoria, de una forma o de otra puede ser objeto de manipulación o pirateo.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El problema encontrado fue que en el sistema procesal penal guatemalteco, debido a la libertad probatoria, no existen protocolos adecuados que permitan superar la problemática jurídica que conlleva la prueba digital y sus implicaciones en los procesos penales, principalmente los vinculados a la determinación de la validez legal de la prueba digital, frente a su posible falsificación a través del acceso de intrusos a las fuentes originarias, puesto que no se establece como requisito, que se garantice en la cadena de custodia la base o fuente de donde surge esa prueba digital, conformándose con que los medios digitales en los cuales se encuentran los indicios, sean debidamente custodiados, sin tener en cuenta que sus contenidos pueden ser manipulados al dejar libre la fuente u origen desde la cual se generó la información, dejando sin validez dicho medio probatorio.

Para evitar que se debilite la prueba digital, los investigadores del Ministerio Público deben garantizar la integridad de los datos obtenidos, principalmente que han tomado las medidas de seguridad en las fuentes o bases de estos datos, con la finalidad de evitar por todos los medios la manipulabilidad de la evidencia electrónica, así como la existencia de protocolos que acrediten la integridad de los datos que sirven de prueba pericial.



BIBLIOGRAFÍA



- ÁLVAREZ, Juan. **El principio acusatorio: garantía de imparcialidad**. España: Tecnos, 2008.
- ANACLOCHE, José Luís. **Aspectos fundamentales de derecho procesal penal**. Argentina: Ed. Editores del Puerto, 2010.
- ARROYO GUTIÉRREZ, Manuel. **El sistema penal**. México: Ed. La Ley, 2009.
- BARRAGÁN, Carlos. **Derecho procesal penal**. México: Ed. McGraw-Hill, 2010.
- CHINCHILLA SANDÍ, Carlos. **Derecho procesal penal**. Argentina: Ed. Ad Hoc, 2007.
- GONZÁLEZ CASTRO, José. **Teoría del delito**. Argentina: Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 2012.
- MÁRQUEZ, Agustín. **Estado jurídico de inocencia en el proceso penal**. Chile: Ed. Universidad Austral de Chile, 2014.
- ROMERO APÍS, José. **El ministerio público y el ejercicio de la acción penal**. España: Ed. Ariel Derecho, 2016.
- Secretaría de Relaciones Exteriores. **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**. México: Ed. UNAM.
- VÁSQUEZ, Carlos. **La prueba pericial**. Ecuador: Ed. Universidad Indoamericana, 2018.
- Legislación:**
- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código Penal**. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.
- Código Procesal Penal**. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.