

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

**“EFICACIA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL,
DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS”**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala**

POR

MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA

Previo optar al grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, diciembre de 2007.

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

“EFICACIA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL, DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS”

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA

Previo optar al grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

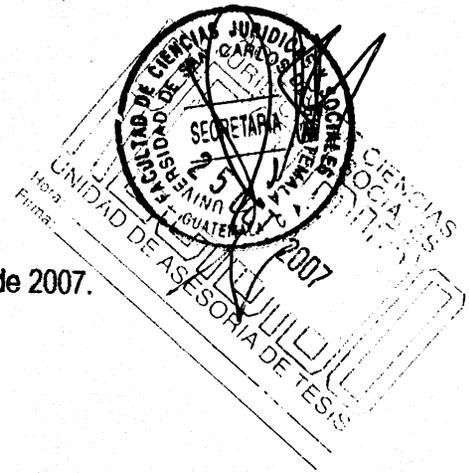
Guatemala, Diciembre de 2007.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Mauricio Huitz Enriquez
VOCAL IV:	Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SEVRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana.

RAZON: " Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la Tesis " (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Guatemala, 25 de Octubre de 2007.



Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Licenciado Castillo Lutín:

Con base en la designación recaída en mi persona por medio de providencia de fecha diez de Octubre del año dos mil siete, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor que desarrolle como ASESOR DEL TRABAJO DE TESIS, realizado por el bachiller: MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA, cuyo título corresponde a la denominación: **"EFICACÍA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS."**

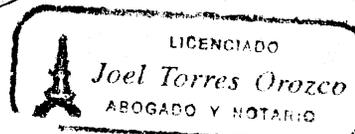
Se procedió asesorar el trabajo, considerando que la investigación cumple con lo requerido por esta facultad, lo que hago de su conocimiento; haciendo constar que **las sugerencias fueron debidamente cumplidas**, razón que me permite recomendarle para que le otorgue la correspondiente **AUTORIZACIÓN** para nombrar al revisor de la presente tesis, pues la misma es un gran aporte para los estudiantes y los profesionales del Derecho, siendo novedosa la forma en la que el bachiller la enfoca.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción las conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, resulta procedente aprobar de tesis asesorado, razón por la cual doy mi dictamen en sentido favorable.

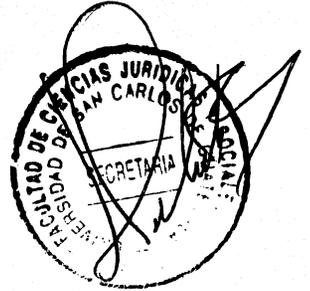
Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Joel Torres Orozco
Colegiado 2427
Asesor de Tesis



7ª. Ave. 6-53, z. 4, Of. 11-2, Edificio El Triangulo, Tel. 2332-6768



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) FRANCISCO ABRAHAM SANDOVAL VILLACORTA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA, Intitulado: "EFICACIA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS".

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

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh



Guatemala, 2 de Noviembre de 2007.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Distinguido Licenciado Castillo:

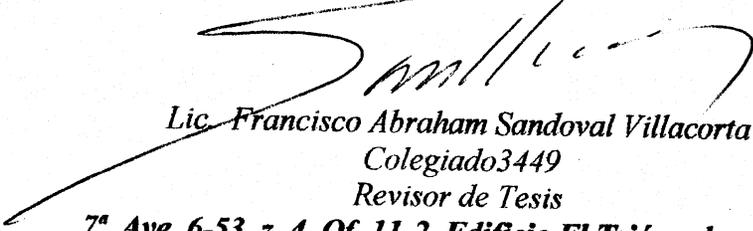
Fui designado como revisor, del trabajo de tesis bajo estudio en el presente caso, mediante la providencia de fecha veintinueve de octubre del dos mil siete, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; Respetuosamente me permito rendirle el dictamen correspondiente a la revisión practicada sobre el informe final de tesis, realizado por el bachiller: **MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA**, cuyo título corresponde a la denominación: **"EFICACIA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL DE LAS ESCUCHAS TELEFONICAS."**

Considerando que la investigación cumple con lo requerido por esta facultad, en cuanto a la argumentación, fundamentación y conclusión del aspecto jurídico puesto bajo estudio, así como las disposiciones reglamentarias de mérito; Me permito hacer de su conocimiento que el estudiante ha seguido las recomendaciones y cumplido con los cambios ortográficos y de forma, sugeridos para alcanzar mejor comprensión de la temática estudiada. Razón que me permite recomendar que se dicte la resolución del caso para que se continúe con el trámite de la presente tesis, pues la misma constituye un aporte científico en materia procesal penal.

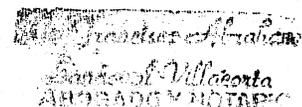
Es dable, tener en cuenta que en base a lo considerado y por haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, me encuentro facultado para otorgar mi dictamen en sentido favorable.

Atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Francisco Abraham Sandoval Villacorta
Colegiado 3449
Revisor de Tesis

7ª. Ave. 6-53, z 4, Of. 11-2, Edificio El Triángulo.
Tel. 59049056-2332-2367.


Francisco Abraham Sandoval Villacorta
ABOGADO Y NOTARIO

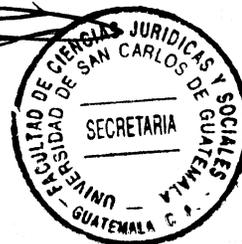
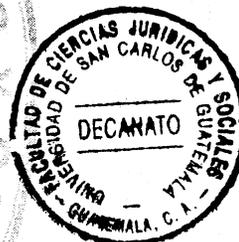


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARCO VINICIO ESCOBAR LEIVA, Titulado EFICACIA PROBATORIA EN EL JUICIO PENAL DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A Dios:** Por haberme otorgado la vida, por haberme dado un amor paternal dirigiendo todos mis pasos en este esfuerzo y a quien profeso un amor constante, puro y fuerte, quien reina en mi vida porque en el yo creo, es a el a quien pertenece mi triunfo.
- A mi madre:** Laura Leiva Gonzáles por haberme dado oportunidad de venir a esta tierra, por el amor, la comprensión y por inculcarme desde niño el deseo constante de ser autentico para superar los obstáculos que el destino me tenia, es ella el pilar fundamental de mi vida.
- A la Universidad de San Carlos de Guatemala:** Alma Mather que siempre llevo en el corazón, por la que e emprendido luchas innumerables defendiendo su autonomía, en donde me inculcaron la conciencia social.
- A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:** En donde me forjé , benditas aulas que me albergaron construyéndome académicamente.
- Al Pueblo de Guatemala:** Quien costeo mis estudios, a través del sudor del jornal diario mojando de conciencia proletaria mis ideas, con quien seguiré uniendo mis brazos en la lucha por un futuro mejor y justo para los hijos de mi patria.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	i
--------------------------	----------

CAPÍTULO I

Pág.

Las Escuchas Telefónicas Y Su Regulación En La Sistemática Jurídica Nacional...	1
1.1 Cuestiones preliminares.....	1
1.2. Acerca de la concordancia constitucional.....	2
1.3 Presupuestos jurídicos de las interceptaciones	
contenidas en el artículo 48 del Decreto 20-2006	5
1.3.1 Necesidad de utilizar escuchas telefónicas	
para evitar la comisión de delitos.....	7
1.3.2 Necesidad de utilizar escuchas telefónicas	
para la interrupción de la comisión de delitos.....	7
1.3.3 Necesidad de utilizar escuchas telefónicas	
para la investigación de la comisión de delitos.....	8
1.3.4 De la especificación de los delitos Numerus Clausus	
que posibilitan la ejecución de las escuchas telefónicas	
como medio de investigación.....	9
1.3.5 De los delitos contenidos en la Ley contra la	
Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la	

	Pág.
República de Guatemala.....	10
1.3.5.1 Tránsito internacional.....	10
1.3.5.2 Siembra y cultivo	10
1.3.5.3 Fabricación o transformación.....	10
1.3.5.4 Comercio, trafico o almacenamiento ilícito.....	10
1.3.5.5 Promoción y comercio.....	10
1.3.5.6 Facilitación de medios.....	11
1.3.5.7 Alteración.....	11
1.3.5.8 Expendio ilícito.....	11
1.3.5.9 Receta o suministro.....	11
1.3.5.10 Transacciones e inversiones ilícitas.....	11
1.3.5.11 Asociaciones delictivas.....	11
1.3.5.12 Procuración de impunidad o evasión.....	11
1.3.6 De los delitos contenidos en la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala	12
1.3.6.1 Lavado Dinero u Otros Activos.....	12
1.3.7 De los delitos contenidos en la Ley de Migración Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala.	12
1.3.7.1 Ingreso ilegal de personas.....	12
1.3.7.2 Tránsito ilegal de personas.....	12
1.3.7.3 Transporte de ilegales.....	12
1.3.8 De los delitos contenidos en la ley para prevenir y	

	Pág.
reprimir el financiamiento del terrorismo, Decreto	
58-2005 del Congreso de la República de Guatemala.....	12
1.3.8.1 Financiamiento del terrorismo y trasiego	
de dinero.....	12
1.3.9 De los delitos contenidos en el Código Penal	
Decreto 17-73 del Congreso de la República	
de Guatemala.....	12
1.3.9.1 Peculado.....	13
1.3.9.2 Malversación.....	13
1.3.9.3 Concusión.....	13
1.3.9.4 Fraude.....	13
1.3.9.5 Colusión.....	13
1.3.9.6 Prevaricato.....	13
1.3.9.7 Evasión.....	13
1.3.9.8 Cooperación para la evasión.....	13
1.3.9.9 Evasión culposa.....	13
1.3.9.10 Asesinato.....	14
1.3.9.11 Plagio o secuestro.....	14
1.3.9.12 Hurto agravado.....	14
1.3.9.13 Robo agravado.....	14
1.3.9.14 Estafa.....	14
1.3.9.15 Trata de personas.....	14
1.3.9.16 Terrorismo.....	14

	Pág.
1.3.9.17 Intermediación financiera.....	14
1.3.9.18 Quiebra fraudulenta.....	15
1.3.9.19 Fabricación de moneda falsa.....	15
1.3.9.20 Alteración de moneda.....	15
1.3.9.21 Introducción de moneda falsa o alterada.....	15
1.3.10 De los delitos contenidos en la Ley Contra la	
Defraudación y el Contrabando Aduanero Decreto 58-90	
del Congreso de la República de Guatemala.....	15
1.3.10.1 Contrabando aduanero.....	15
1.3.10.2 Defraudación aduanera.....	16
1.3.11 De los delitos en la Ley Contra la Delincuencia	
Organizada Decreto 21-2006 del Congreso de	
la República de Guatemala.....	16
1.3.11.1 Conspiración.....	16
1.3.11.2 Asociación ilícita.....	16
1.3.11.3 Asociación ilegal de gente armada.....	17
1.3.11.4 Entrenamiento para actividades ilícitas.....	17
1.3.11.5 Uso ilegal de uniforme o insignia.....	17
1.3.11.6 Obstrucción de la justicia.....	17
1.3.11.7 Comercialización de vehículos similares	
robados en el extranjero o en el territorio	
nacional.....	17
1.3.11.8 Exacciones intimidatorios.....	17

	Pág.
1.3.11.9 Obstrucción extorsiva.....	18
1.4 Las escuchas telefónicas como medidas especiales de investigación y persecución penal.....	18
1.5 Factibilidad de interceptar, grabar o reproducir la información obtenida por las escuchas telefónicas.....	21

CAPÍTULO II

Legitimidad de la autorización de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético.....	25
2.1 El llamado control judicial.....	25
2.2 Discrecionalidad del juez.....	25
2.3 Principios doctrinarios y procesales que informan el auto que autoriza las interceptaciones o escuchas telefónicas.....	27
2.3.1 Principio de ilegalidad.....	28
2.3.2 Principio de motivación o fundamentación.....	28
2.3.3 Principio de necesidad, utilidad e idoneidad.....	30
2.3.4 Principio de proporcionalidad.....	30
2.3.5 Principio de exclusividad jurisdiccional.....	31
2.3.6 Principio de exclusividad probatoria.....	31
2.3.7 Principio de excepcionalidad.....	31

	Pág.
2.3.8 Principio de limitación temporal.....	31
2.3.9 Principio de especialidad del hecho delictivo.....	32
2.3.10 Principio de limitación subjetiva.....	32
2.3.11 Principio de limitación objetiva.....	33
2.3.12 Principio procedibilidad.....	34
2.3.13 Principio de control judicial.....	34
2.4 Efectos del auto sin fundamentación que autoriza	
las escuchas telefónicas.....	35

CAPÍTULO III

Procedimiento para ejecutar las medidas especiales de interceptaciones telefónicas	37
3.1 ¿Quién está facultado para solicitar las interceptaciones telefónicas?.	37
3.2 ¿Cuáles son los medios de investigación que determinan la necesidad de pedir autorización, para que se realicen las interceptaciones telefónicas?.....	38
3.2.1 Los indicios que nacen por su relación temporal por el delito.....	40
3.2.2 Los indicios por su ámbito de aplicación.....	40

	Pág.
3.2.3 Los indicios por la intensidad por la conexión.....	40
3.2.4 Los indicios por su origen normativo.....	41
3.2.5 Los indicios por la prueba de la que procede.....	41
3.2.6 Los indicios por el hecho demostrado.....	41
3.2.7 Los indicios por su grado de inferencia.....	41
3.3 Órgano facultado para realizar las interceptaciones.....	41
3.4 De la forma de ejecución de las medidas especiales.....	42
3.5 Los hallazgos inevitables.....	42
3.6 De los registrados de las interceptaciones y otras consideraciones.	43
3.7 Cadena de custodia, que conserve el contenido del registro de la Interceptación telefónica.....	45

CAPÍTULO IV

Derecho a la intimidad	47
4.1 La intimidad como derecho humano.....	47
4.2 Ubicación al derecho a la intimidad en la sistemática jurídica.....	51

	Pág.
4.3 Fundamento constitucional del derecho a la intimidad.....	54
4.4 Garantía constitucional del secreto en las comunicaciones.....	57
4.5 Garantía constitucional a la intimidad invadida por las interceptaciones.....	57
4.6 Ilícitud de las interceptaciones.....	58
4.7 Casuística para limitar derechos fundamentales.....	62
4.8 Nulidades para atribuir ilicitud a la prueba deriva de Interceptaciones.....	65

CAPÍTULO V

La escucha telefónica reputada como ilícita y su control judicial...	69
5.1 La escucha telefónica como actividad procesal defectuosa.....	69
5.2 Requisitos para determinar legalidad de la prueba obtenida mediante medidas especiales de investigación.....	69
5.3 Doctrina de mayor incidencia para la determinación de la ilicitud de la prueba.....	70
5.4 Conducta del imputado en el proceso, cuando se le sindicca por hechos establecidos criminalmente, resultado de una escucha telefónica.....	71

	Pág.
5.5 La llamada prueba inconstitucional.....	73
5.6 Clasificación de la prueba refutada de ilegal e ilícita.....	74
5.6.1 La prueba irregular.....	75
5.6.2 La prueba ilegítima.....	76
5.6.3 La prueba viciada.....	76
5.6.4 La prueba clandestina.....	77
5.7 Las garantías procesales y judiciales.....	78
5.8 Fuentes y medios de prueba.....	79
5.9 Cadena de custodia y contrapericia.....	80
5.10 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa.....	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

La necesidad de realizar un estudio que permita determinar la eficacia probatoria en el juicio penal, de las escuchas telefónicas autorizadas por el Artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que regula las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, surge como consecuencia de que, con la implementación de las referidas interceptaciones, consideradas por la ley como medidas especiales de investigación, eventualmente los hallazgos obtenidos se constituirán en prueba dentro del proceso penal; el problema a determinar en el presente estudio es establecer si a pesar de las evidentes contradicciones entre la Ley y lo preceptuado en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantiza el secreto de las comunicaciones, dichos hallazgos servirán en forma eficaz para prevenir, investigar, combatir o interrumpir la comisión de delitos del crimen organizado, es decir se llenarán las expectativas para las cuales dicha ley fue creada.

Hay que considerar que las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, son una medida que consiste en interferir las llamadas telefónicas efectuadas por el imputado o dirigidas a él, con la finalidad de enterarse de lo conversado (que podrá tener importancia probatoria).

Empero, aún cuando se ha sostenido que los teléfonos no tutelan la reserva individual o privada de las comunicaciones, lo cierto es que su intervención representa una invasión del concepto que el ciudadano común tiene de su intimidad, realizada de modo sigiloso. Ello determina la necesidad de una aplicación cautelosa y restrictiva de la medida, que exige, para su ejecución, de autorización judicial.

La previsión legal se refiere a las comunicaciones llevadas a cabo por cualquier otro medio, concepto en el cual quedan incluidas todas las formas modernas de comunicación oral a distancia.

En ese sentido, debe tratarse de comunicaciones del imputado, por lo cual no se admite la intervención de otras, no vinculadas a los hechos que se supone forman parte de las acciones criminales que se sospechan. Sería discutible entonces que la medida recayera sobre las comunicaciones que el imputado tuviera con su defensor. No obstante lo anteriormente

considerado el contenido de la conversación no podrá ser revelado en el proceso, salvo las expresiones que se consideren delictivas en sí mismas, por ejemplo si un defensor pretendiera defraudar a su cliente mediante la entrega de supuestas remuneraciones a los jueces.

El propósito de la intervención, habría de ser en todo caso el de tomar conocimiento de datos útiles para orientar la investigación. En esta tesis, lo que se propone es considerar la forma legal en que dichas comunicaciones pueden convertirse en un medio probatorio para el juicio;; independientemente de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley que la dispone, es decir se busca determinar cuando es legal y cuando ilegal la obtención de la prueba para presentarla al debate oral y público.

Por otro lado, considerando la preeminencia del orden constitucional, también ha de resolverse si lo regulado en el artículo 44 último párrafo del mismo cuerpo legal, haría nula su regulación, es decir, si, ante la eventualidad del planteamiento de una inconstitucionalidad como punto de derecho en caso concreto, en contra de las pruebas obtenidas por medio de las escuchas telefónicas, éstas se declararían nulas *ipso jure*.

Alternativamente, en este trabajo también se logrará demostrar la necesidad de resolver problemas, referidos a la actividad procesal que podrá desplegarse en los diferentes momentos de la persecución penal, por parte de quien se considere afectado con una escucha telefónica, en el entendido que la afectación debe ser contra garantías procesales o constitucionales; sobreentendido queda que las acciones de impugnación solo podrán efectuarse por parte del imputado, después de conocer los resultados de las interceptaciones.

De lo anteriormente expuesto, se infiere la importancia del problema a investigar, pues es necesario desarrollar la temática propuesta para concluir sobre la eficacia probatoria, de los llamados registros concernientes a las “interceptaciones telefónicas”, sin la vulneración de las garantías y derechos humanos no limitados por la Constitución, como lo son el secreto de las comunicaciones de las personas sometidas a persecución penal, que sufren las medidas especiales, ó si eventualmente resultarán ineficaces como instrumento preventivo, combativo y de investigación de los delitos cometidos por el crimen organizado; esta afirmación se hace porque evidentemente existen mecanismos procesales para anular los medios de prueba

obtenidos con mecanismos ilegales, no autorizados o violando procedimientos establecidos en la ley.

Dentro del contexto de la investigación científica que aspira este trabajo, se pretende establecer las circunstancias en las que aplicar las interceptaciones telefónicas, constituiría un defecto absoluto de anulación formal, ineficaz para probar en juicio la existencia de comportamientos imputables a la delincuencia organizada.

Es factible que en el curso de la investigación se pueda establecer la falta de concordancia con el texto constitucional guatemalteco, pudiendo incluso considerar que la ley que autoriza las interceptaciones telefónicas fue creada bajo la influencia de leyes internacionales, adecuadas para la materia de combate del crimen organizado transnacional, y su implementación en Guatemala obedece a la política criminal internacional propuesta por Naciones Unidas y la Unión Europea. Una conclusión posible, derivada de lo anterior, consiste en que, para el caso guatemalteco, era necesario que la regulación, en esta materia, esperara las reformas constitucionales para el caso.

El problema que se plantea dentro de la presente investigación, se define de la siguiente forma: ¿Es factible producir prueba en juicio penal, derivada de la ejecución de las medidas especiales de interceptación telefónica, como medio de investigación para obtener pruebas lícitas dentro del proceso penal, sin conculcar los derechos humanos no limitados y garantizados en la Constitución Política de la República de Guatemala?

CAPÍTULO I

Las escuchas telefónicas y su regulación en la sistemática jurídica nacional.

1.1 Cuestiones preliminares.

El Estado, como garante de la seguridad y bienestar de los ciudadanos tiene la obligación de brindarles protección contra la delincuencia común y el crimen organizado, en virtud de lo cual el Congreso de la República en diversas oportunidades ha decretado leyes que a pesar de colisionar con el orden constitucional, han cobrado vigencia en determinado momento de la historia del país.

Como parte de la política criminal del Estado se ha pretendido en época reciente utilizar la tecnología moderna como mecanismo de auxilio en la persecución penal, tal es el caso del artículo 205¹ del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, por medio del cual era permisible tanto al Ministerio Público como al Juez contralor del proceso, acceder al control y grabación de las comunicaciones telefónicas o similares.

Según la disposición normativa citada, el producto de las escuchas telefónicas luego de utilizarse como prueba dentro del juicio debía ser destruido, previo conocimiento del acusado y su defensor².

Considerándose que tanto el crimen organizado como la delincuencia común utilizan los avances tecnológicos para concretar sus acciones, se ha pretendido por medio de las interceptaciones telefónicas, llamadas también escuchas telefónicas coadyuvar a su erradicación.

No obstante haberse derogado el artículo 205 del Código Procesal Penal, no es el único cuerpo normativo creado con la intención de viabilizar las escuchas telefónicas, ya que en el mismo sentido que el artículo citado, se regulaban las interceptaciones telefónicas

¹ Derogado por sentencia de la Corte de Constitucionalidad Expediente 296-94 de fecha 26 de enero de 1995

² Con esta disposición se pretendía que el derecho de defensa no se vulnerara, porque de considerarlo oportuno, tanto el acusado como su defendido podían pedir la revisión de los archivos que contenían las escuchas, para determinar si existían en ellas elementos exculpativos no considerados al dictar el fallo.

dentro del Decreto número 07-2006 del Congreso de la República, que contenía la “Ley para combatir el crimen organizado y la delincuencia común”, el cual fue promulgado con fecha treinta de marzo de dos mil seis y posteriormente vetado por el Ejecutivo con fecha veintiséis de abril de dos mil seis, según Acuerdo Gubernativo 213-2006, del Presidente de la República.³

En cuanto a los motivos considerados para el veto, se mencionaron en su oportunidad que en el caso de veintiocho delitos considerados de alto impacto y cometidos por el crimen organizado, con la normativa se reducían las penas en un 50% en relación a las estipuladas en las leyes sustantivas que tipificaban dichos delitos, debiendo en todo caso según el ejecutivo incrementarse dichas penas como medida preventiva.⁴

1.2 Acerca de la concordancia constitucional.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 24,⁵ garantiza la inviolabilidad de correspondencia, de documentos y libros, y señala excepcionalmente la posibilidad de revisar o incautar los medios precitados, únicamente por una orden o resolución dictada por Juez competente y con las formalidades de ley.

En cuanto a las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y de otros medios de la tecnología moderna, apunta como garantía el secreto de las mismas, sin hacer excepción alguna, es decir que este tipo de comunicaciones no pueden ser revisadas o incautados los medios por los cuales se transmiten

Para reiterar lo antes afirmado, el último párrafo del artículo citado, señala que ***cualquier documento o información obtenida con violación de este artículo no hace***

³ Publicado en el Tomo CCLXXIX del Diario de Centro América, con fecha veintiocho de abril del año dos mil seis.

⁴ Puede accederse a esta información en la página Web del Congreso de la República, es oportuno mencionar que las interceptaciones de los medios de comunicación no fueron objetadas en ningún momento.

⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 48

prueba en juicio, lo que implica a dos presupuestos, 1º.) Si no existe autorización previa del Juez, no podrán incautarse o revisarse ni la correspondencia, ni los documentos, ni los libros y si ello ocurre en forma contraria no se podrán utilizar en el juicio como prueba; y, 2º.) La garantía de la secretividad de las comunicaciones telefónicas y de otros medios de tecnología moderna no esta limitada ni restringida en ningún caso, de donde estas comunicaciones no son susceptibles de incautación o revisión ni pueden utilizarse como prueba.

Es oportuno recalcar que el Estado en su continua lucha para combatir la delincuencia común y el crimen organizado, ha implementado nuevas leyes, como la Ley Contra la Delincuencia Organizada, que contienen normativas contrarias al orden constitucional.

Es decir, que estas leyes, en su carácter de legislación ordinaria no guardan correspondencia con el texto de la norma suprema, sin que ello fuese impedimento para su promulgación, pues, con fecha diecinueve de julio del año dos mil seis, fue aprobado el decreto 21-2006, que se publicó el diez de agosto de dos mil seis,⁶ ley que en el artículo 48 permite las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espacio electromagnético, aduciendo que su objeto es la prevención, interrupción y combate del crimen organizado.

La ley mencionada está compuesta de ciento trece artículos y establece las conductas delictivas atribuibles a los integrantes o participantes de las organizaciones criminales, la temática gira en torno a conductas delictivas contenidas en su mayoría en tipos penales ya regulados en leyes sustantivas penales, pero, el presupuesto adicional para que en dichos actos ilícitos sean investigados y perseguidos penalmente utilizando las medidas especiales es que su comisión se realice por tres o mas personas⁷;

En cuanto al establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal se refiere a: operaciones encubiertas, entregas vigiladas, interceptaciones

⁶ Congreso de la República, Decreto 21-2006. Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006)

⁷ Supuestamente integrantes del crimen organizado.

telefónicas y otros medios de comunicación, los procedimientos para declarar la extinción del derecho de propiedad sobre bienes producto de actividades ilícitas cometidas por grupos delictivos organizados.

Existen en la ley⁸ los llamados “colaboradores en la persecución penal”, que no son otra cosa que los agentes encubiertos, informantes, etc., quienes también pueden beneficiarse con las medidas de protección. En cuanto a la imposición de penas, existe un incremento a las mismas, y como se dijo posibilita la ejecución de medidas tendientes a prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada.

El Decreto 21-2006, regula materia atinente a diversas ramas del derecho entre ellas: Penal, Constitucional, Administrativo, Procesal Penal y es imperativo para su efectiva aplicación, la acción coordinada de diversas instituciones, entre las que cita en forma específica: el Ministerio de Gobernación, el Ministerio Público, el Organismo Judicial, Policía Nacional Civil.⁹

Los temas que sirven de marco para la Ley, se refieren a acciones de política criminal del estado en cuanto al llamado crimen organizado ó delincuencia organizada, siendo el narcotráfico uno de los delitos de alto impacto que han de perseguirse con mayor esfuerzo.

Para lograr la seguridad del Estado, se posibilitan acciones de investigación por medio de la ejecución de medidas especiales que implican tecnología moderna, acciones de seguridad, entendida ésta como inteligencia y contra inteligencia, y operaciones que conllevan la seguridad de las comunicaciones y la posibilidad de su interceptación.

Ya fue emitido el reglamento para la aplicación del método especial de investigación de interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, el cual desarrolla en forma muy vaga lo correspondiente a los procedimientos para la efectiva realización de las interceptaciones.

⁸ Congreso de la República, Decreto 21-2006 ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2006).

⁹ Congreso de la República, Decreto 21-2006 ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 9

En el reglamento se indica que las interceptaciones se utilizarán con el fin de obtener información y evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de los grupos delictivos organizados, pretendiéndose entre otras cosas su desarticulación.

Deben realizarse dichas medidas bajo el control estricto del Organismo Judicial, específicamente es el Juez de Primera Instancia Penal, quien deberá velar por el resguardo de las garantías establecidas en la Constitución Política de la República¹⁰ y cumplir con lo preceptuado en la ley contra la delincuencia organizada.

1.3 Presupuestos jurídicos de las interceptaciones contenidas en el artículo 48 del decreto 20-2006.

El texto del artículo 48 del decreto 20-2006 señala: *“cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, y 11 de la presente ley, podrá interceptarse, grabarse y reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan.”*¹¹

Para analizar los presupuestos jurídicos es necesario el auxilio interpretativo de la Ley del Organismo Judicial¹². Ley que señala: *“Interpretación de la Ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el propio sentido de sus palabras, a su contexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales. Cuando una Ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu: el conjunto de una Ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c)*

¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículos 205

¹¹ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 48

¹² Congreso de la República de Guatemala. *Ley del Organismo Judicial*. Decreto 2-89 (1989)

A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca mas conforme a la equidad y a los principios generales del derecho".¹³ Y, además preceptúa: *"Idioma de la Ley. El idioma oficial es el español. Las palabras de la Ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las hay definido expresamente. Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región que se trate. Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto"*.¹⁴

A partir de lo señalado en la ley, es posible entender e interpretar lo considerado en la norma que posibilita las interceptaciones, específicamente las que se refieren a las escuchas telefónicas que son objeto del presente trabajo, ello para luego establecer si el producto de dichas medidas es eficaz como medio de prueba en el juicio penal.

Partiendo del presupuesto que señala: *"Cuando sea necesario."*¹⁵ se infiere que las escuchas telefónicas deben surgir como un hecho inevitable, es decir forzosamente deben aplicarse, porque el vocablo proviene del latín *necessarius*. Que se refiere a: *que se hace y ejecuta obligado por otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo. Se dice de las causas que obran sin libertad y por determinación de su naturaleza. Que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin*.¹⁶

Desde esta perspectiva la ley expone tres necesidades prioritarias enmarcadas para posibilitar las escuchas telefónicas o interceptaciones y estas se encuentran contenidas en tres tipos de acciones diferentes: *"evitar, interrumpir o investigar la comisión de delitos"*,

¹³ Congreso de la República, Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 10

¹⁴ *Ibíd.* Artículo 11

¹⁵ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 48

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española” *Real Academia Española*, (Madrid: Editorial Espada, 1992), Pág. 145

Ahora bien, **¿cuándo es necesario evitar, cuando es necesario interrumpir y cuándo es necesario investigar la comisión de delitos y de qué forma ha de surgir dicha necesidad para que se autoricen las escuchas telefónicas?**

1.3.1 Necesidad de utilizar escuchas telefónicas para evitar la comisión de delitos.

Si se considera que el vocablo evitar deriva de la voz latina *vitāre*, y siendo que se refiere a *apartar algún daño, peligro o molestia impidiendo que suceda*,¹⁷ debe considerarse que la necesidad de ejecución de las medidas surge como una acción preventiva por parte del Estado, y que por consiguiente dichas medidas han de utilizarse como mecanismos de aplicación de la política criminal de gobierno para contrarrestar las acciones del crimen organizado que aún no se han concretado.

Parte de este presupuesto de necesidad de evitar surge de los indicios preliminares concretos y no es factible por simples supuestos, pues es el caso que las interceptaciones o escuchas telefónicas implican la intromisión en la vida privada del sujeto que las sufre y no pueden aplicarse en todos los casos.

1.3.2 La necesidad de utilizar las escuchas telefónicas para la interrupción de la comisión de delitos.

Partiendo de la noción general de interrumpir, que se refiere a cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo¹⁸, para que este presupuesto normativo se aplique debe con anterioridad estarse cometiendo o ejecutando hechos delictivos de alto impacto, de donde la función de la aplicación de las escuchas telefónicas servirá como elemento para obtener datos que permitan a las autoridades coartar los actos pendientes de comisión y de ser posible la captura de los delincuentes.

Es necesario reiterar que se interrumpirán por medio de las escuchas telefónicas solo aquellos ilícitos cometidos por la delincuencia organizada, y no aquellos que correspondan a la

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 205

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 345

delincuencia común, de donde los indicios previos serán determinantes para lograr diferenciar a que grupo delincencial van dirigidas las medidas.

1.3.3 La necesidad de utilizar las escuchas telefónicas para la investigación de la comisión de delitos.

El término investigar proviene del latín *investigāre*,¹⁹ refiriéndose a: Hacer diligencias para descubrir algo. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia. Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.

En este caso, las diligencias necesarias para descubrir el móvil de la comisión de delitos, se hacen y ejecutan obligadamente en virtud de que los ilícitos ya han sido cometidos, ello para poder determinar la verdad histórica, individualizar a los responsables y obtener los medios de prueba indispensables para que se pueda obtener una condena.

Una de las principales funciones del estado es garantizar a los ciudadanos el bienestar y proveerles de seguridad, en un ambiente de paz y concordia; sin embargo, ello resulta difícil ante el alto índice de criminalidad que crea incertidumbre y temor, siendo una de las causas por las que económicamente nuestro país se ha visto perjudicado, ya que desestimula la inversión internacional el conocimiento de los grupos organizados de delincuentes que actúan en nuestro territorio.

Puede decirse que los temores encuentran su justificación en los acontecimientos que día a día recogen los medios de información noticiosa, de allí el interés del Estado de propiciar los medios legales para que el órgano encargado de la investigación pueda recabar la información necesaria para procesar penalmente a quienes incurren en ilícitos penales considerados de alto impacto.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 347

1.3.4 De la especificación de los delitos *numerus clausus* que posibilitan la ejecución de las escuchas telefónicas como medio de investigación.

Es el caso que el Estado a través de las escuchas telefónicas tiene previsto contrarrestar la delincuencia organizada, en virtud de lo cual su pretensión al implementar tales medidas, es causar la menor lesión de los derechos fundamentales de los sujetos que las sufren.

De lo anterior deviene el hecho de que exista una limitación legal en cuanto a la posibilidad de ejecución de las medidas, esta, se refiere a los delitos *numerus clausus*, en los cuales es factible aplicarlas, como herramienta procesal para evitar, interrumpir e investigar los actos cometidos por las organizaciones criminales.²⁰

En el ejercicio del *ius puniendi*²¹, surge en el Estado, la necesidad de incorporar las interceptaciones o escuchas telefónicas al ordenamiento jurídico penal²², ello en atención a la proporcionalidad entre el delito, la pena y el respeto al principio de legalidad, para coadyuvar en el proceso de investigación de conductas típicas encuadradas en figuras delictivas.

La norma que permite las escuchas telefónicas fue creada en virtud del principio de legalidad que la doctrina enuncia con el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*²³ dicho principio que se concreta en tres requisitos exigidos a la norma: previa, escrita y estricta, se aplica al delito, a la pena y al *iter procedere*²⁴, por lo que no sería posible ejecutar medidas especiales como las indicadas sin la existencia de la norma.

Como ya se indicó las escuchas telefónicas se ejecutarán en la resolución de casos específicos que incluyan la comisión de determinados delitos que se encuentran enunciados en la Ley, y estos son:

²⁰ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 86

²¹ *Ibid.* Pág. 118

²² Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. (Guatemala: Editorial Ckockmen, 2002), Pág. 117

²³ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 2

²⁴ Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela. *Derecho Penal Guatemalteco*. (Guatemala: Editorial Ckockmen, 2002), Pág. 143

1.3.5 De los delitos contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala:

1.3.5.1 Tránsito internacional²⁵: el delito consiste en utilizar cualquier medio de transporte, para importar, exportar, facilitar o trasladar estupefacientes o sustancias psicotrópicas, implica el traslado de los productos sin las debidas autorizaciones.

1.3.5.2 Siembra y cultivo²⁶: el ilícito contemplado en la norma, implica la siembra y la labor de cosecha de la producción de plantas utilizadas para la fabricación de drogas y sustancias psicotrópicas es decir, que se incurre en él también si se realizan los trabajos de corte o poda necesarios para utilizar el producto de la tierra.

1.3.5.3 Fabricación o transformación²⁷: se incurre al utilizar la materia prima para elaborar o producir las sustancias psicotrópicas y drogas, sin contar con la debida autorización. La fabricación contempla la implementación clandestina de laboratorios especiales o, en su defecto la utilización con estos fines de los laboratorios ya autorizados para producir medicamentos.

1.3.5.4 Comercio, tráfico o almacenamiento ilícito: se incurre en este delito cuando hay compraventa de productos del narcotráfico, distribución de drogas o sustancias, almacenaje, facilitación de medios, permiso de aterrizaje de naves aéreas utilizadas para traslado de productos del narcotráfico.

1.3.5.5 Promoción y fomento: este tipo penal conlleva la realización de los actos ilícitos contenidos dentro de los tipos penales anteriormente enunciados y además incluye el propiciar que éstos sean cometidos por terceros.

²⁵ Congreso de la República, Decreto 48-92 Ley Contra la Narcoactividad . (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 35

²⁶ *Ibíd.*, artículo 36

²⁷ *Ibíd.*, artículo 37.

1.3.5.6 Facilitación de medios: se refiere a realizar acciones como el transporte de materia prima, con el conocimiento previo del uso ilícito que se le dará en la producción, fabricación o distribución de drogas o sustancias psicotrópicas.

1.3.5.7 Alteración: es la falsificación o alteración de recetas médicas para obtención de medicamentos o drogas, por lo que necesariamente lo comete un consumidor de drogas que no quiere adquirirlas en la calle.

1.3.5.8 Expendio ilícito: venta medicamentos, drogas o sustancias psicotrópicas de uso restringido, en forma distinta a la prescrita o legalmente autorizada.

1.3.5.9 Receta o suministro: es cometido por los facultativos de la medicina cuando prescriben o facilitan medicamentos o drogas que no son necesarias para “*el paciente*”, a sabiendas de su adicción.

1.3.5.10 Transacciones e inversiones ilícitas: es el uso que se da al dinero producto del narcotráfico, los presupuestos del tipo penal tienden a confundirse con los contenidos en la Ley de Lavado de dinero y Otros Activos.

1.3.5.11 Asociaciones delictivas: se refiere a dos o más personas reunidas o concertadas para delinquir, se diferencian de “organizaciones criminales”,²⁸ en cuanto al número de personas que las integran.

1.3.5.12 Procuración de impunidad o evasión: el delito es cometido por funcionarios o empleados públicos, quienes en el ejercicio de sus servicios permiten que se cometan actos vinculados con el narcotráfico.

²⁸ Congreso de la República, Decreto 48-92 Ley Contra la Narcoactividad (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 47

1.3.6 De los delitos contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala:

1.3.6.1 Lavado de dinero u otros activos. Realizar actos lícitos como compraventas de inmuebles, con dinero u otros activos, producto de actos ilícitos, es el principal presupuesto de esta norma. El ámbito de la comisión del delito trasciende las fronteras nacionales.²⁹

1.3.7 De los delitos contenidos en la Ley de Migración, Decreto 95-98 del Congreso de la República de Guatemala:

1.3.7.1 Ingreso ilegal de personas: incurre en él quien permite que una o más personas ingresen y permanezcan en Guatemala sin la debida documentación.³⁰

1.3.7.2 Tránsito ilegal de personas: es la colaboración para que personas ilegales ingresen y transiten³¹ en el territorio.

1.3.7.3 Transporte de ilegales: consiste en proporcionar un medio a través del cual personas que no cuentan con la debida documentación se trasladen hacia otro territorio o se movilicen dentro del territorio nacional.

1.3.8 De los delitos contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto 58-2005 del Congreso de la República de Guatemala:

1.3.8.1 Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero. Es una forma especial de lavado de dinero con finalidad de cometer actos de lesa humanidad a nivel internacional.

²⁹ Congreso de la República, Decreto 67-2001 Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 18

³⁰ Congreso de la República, Decreto 95-98 Ley de Migración. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 85

³¹ *Ibid.* Artículo 87

1.3.9 De los delitos contenidos en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

1.3.9.1 Peculado: es el hurto cometido por los funcionarios o empleados que tienen a su cargo fondos del Estado.³²

1.3.9.2 Malversación: acto cometido al desviar el destino de los fondos del Estado, que se administran.³³

1.3.9.3 Concusión: es exigir en forma arbitraria, pagos o impuestos indebidos, en atención al cargo o servicio público que se presta a las personas.³⁴

1.3.9.4 Fraude: se incurre cuando se omite el cumplimiento de una obligación, en perjuicio ya sea del Estado o de terceras personas.³⁵

1.3.9.5 Colusión: es realizar acciones de común acuerdo con otras personas para dañar patrimonialmente a un tercero.³⁶

1.3.9.6 Prevaricato: en general el tipo se refiere a la injusticia cometida por el Juez al resolver los procesos, no se trata de que un fallo sea contrario a la solicitud de una de las partes, sino de que el mismo contenga evidentes violaciones de las normas sustantivas y penales.³⁷

1.3.9.7 Evasión. Implica no pagar tributos debidos al fisco.³⁸

³² Congreso de la República, Decreto 17-73 Código Penal. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 445

³³ Ibid. Artículo 447

³⁴ Ibid. Artículo 449

³⁵ Ibid. Artículo 450

³⁶ Ibid. Artículo 458

³⁷ Ibid. Artículo 462

³⁸ Ibid. Artículo 470

1.3.9.8 Cooperación para la evasión: facilitar medios para que la evasión sea aparentemente lícita, puede ser por ejemplo el proporcionar documentos contables para justificar la “inexistencia de obligación de pago.

1.3.9.9 Evasión culposa: el término lo indica, no se paga por ignorancia o negligencia.³⁹

1.3.9.10 Asesinato: es un agravante del homicidio que implica la premeditación y otras circunstancias agravantes para quitar la vida de una persona. ⁴⁰

1.3.9.11 Plagio o secuestro: el tipo penal debido a las múltiples reformas sufridas por la ley, no se encuentra debidamente definido en la norma, sin embargo se refiere a la privación de la libertad de la persona, con el fin de obtener algún beneficio.⁴¹

1.3.9.12 Hurto agravado: es un delito de carácter patrimonial, en el que se incurre cuando abusando de la confianza se toma un bien mueble sin la debida autorización del propietario⁴².

1.3.9.13 Robo agravado: el sujeto activo del delito realiza una acción similar a la anterior en cuanto a que toma un bien ajeno, pero, además utiliza la violencia física, se vale de armas, o realiza la acción en despoblado o en cuadrilla.⁴³

1.3.9.14 Estafa: básicamente el ilícito se comete al inducir al error a otra persona para desapoderarle de su patrimonio.⁴⁴

1.3.9.15 Trata de personas: se incluye en este tipo la comercialización de actos humanos con fines sexuales o de esclavitud.⁴⁵

³⁹ Ibid. Artículo 472

⁴⁰ Ibid. Artículo 132

⁴¹ Ibid. Artículo 201

⁴² Ibid. Artículo 247.

⁴³ Ibid. Artículo 252

⁴⁴ Ibid. Artículo 263.

⁴⁵ Ibid. Artículo 194

1.3.9.16 Terrorismo: son acciones cometidas para la destrucción de naciones o pueblos, es un crimen de lesa humanidad y por tanto su persecución es de carácter internacional.

1.3.9.17 Intermediación financiera: delito relacionado con el lavado de dinero, cometido por personas individuales o jurídicas que se dedican a la inversión de dinero, acciones y otros valores, sin contar con la debida autorización, por lo que sus negociaciones se efectúan al margen de la ley, sin control ni fiscalización.

1.3.9.18 Quiebra fraudulenta: fingir que no se cuenta con los recursos económicos necesarios para evadir el cumplimiento de pago de una obligación.⁴⁶

1.3.9.19 Fabricación de moneda falsa: producir con materiales análogos papel moneda, representativo de valores con el objeto de ponerlo en circulación y defraudar al Estado y a terceros.⁴⁷

1.3.9.20 Alteración de moneda: modificar el valor de la moneda.⁴⁸

1.3.9.21 Introducción de moneda falsa o alterada: tener el conocimiento de que los valores moneda, no son auténticos y ponerlos en circulación en el mercado.⁴⁹

1.3.10 De los delitos contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero Decreto 58-90 del Congreso de la República de Guatemala.

1.3.10.1 Contrabando aduanero: trasiego o traslado de bienes o productos en forma clandestina, ya sea hacia el interior del país o hacia el exterior, con el ánimo de su comercialización. Existe la posibilidad que se realicen estas acciones porque la mercancía o los bienes sean de ilícita adquisición o porque su comercialización se encuentre prohibida o

⁴⁶ Ibid. Artículo 348

⁴⁷ Ibid. Artículo 313

⁴⁸ Ibid. Artículo 314

⁴⁹ Ibid. Artículo 315

restringida, suele hacerse el contrabando para obtener adicionalmente la ventaja de evadir el pago de los impuestos correspondientes.⁵⁰

1.3.10.2 Defraudación aduanera: evasión fiscal del tributo debido al Estado, por concepto de exportación ó importación de bienes. Implica también la violación de las normas aduaneras para obtener ventajas económicas.⁵¹

1.3.11 De los delitos contenidos en la Ley Contra la Delincuencia Organizada Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

1.3.11.1 Conspiración: definida como “*la acción de conspirar*”, se refiere a: “*unirse contra un particular para hacerle daño*”.⁵² Esta acción doctrinariamente considerada como una fase del *iter criminis*, se tipifica en la Ley como un delito independiente. En los elementos del tipo se señala que incurren en él varios sujetos activos, desde el momento que se unen para concertar la ejecución de un acto ilícito.⁵³ Parece por la acción especificada en la norma⁵⁴ que se pretende una doble sanción por un mismo hecho, ya que se indica que a quien se encuentre culpable del delito se le impondrá la misma pena señalada para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.

1.3.11.2 Asociación ilícita: se entiende por una organización conformada por tres o más personas, que tienen por objetivo común la perpetración de hechos delictivos.⁵⁵ Anteriormente este delito se encontraba regulado en el artículo 396 del Código Penal.⁵⁶ Existe una evidente deficiencia en cuanto a las consideraciones sobre la asociación ilícita, ya que se señala que cometen el delito las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas, sin hacerse diferenciación entre ellas, se impone una sanción de seis a ocho años.

⁵⁰ Congreso de la República, Decreto 58-90 Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 3

⁵¹ *Ibid.* Artículo 1

⁵² Real Academia Española “*Diccionario de la Lengua Española*” Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992: p548.

⁵³ Congreso de la República, Decreto 21-2006 ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 2 inciso “g” literal 1

⁵⁴ *Ibid.* Artículo 3

⁵⁵ *Ibid.* Artículo 4

⁵⁶ Congreso de la República, Decreto 17-73 Código Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 396

1.3.11.3 Asociación ilegal de gente armada: esta organización criminal difiere de las llamadas agrupaciones ilegales de gente armada, únicamente en cuanto a que se proporciona entrenamiento o equipamiento de armas a sus integrantes.⁵⁷

1.3.11.4 Entrenamiento para actividades ilícitas: se considera ilegal proporcionar a grupos considerados de la delincuencia organizada, entrenamientos y técnicas militares o policiales.⁵⁸

1.3.11.5 Uso ilegal de uniformes o insignias: siendo que los uniformes identifican a las autoridades que los portan, es ilícito que sean utilizados por personas ajenas a las instituciones.⁵⁹

1.3.11.6 Obstrucción de la justicia: existen una cantidad considerable de acciones que la ley considera obstrucción de la justicia, entre ellas las presiones psicológicas, el uso de la violencia física, la amenaza o intimidación, etc., el caso es que se ha definido de tal manera el tipo penal, que en él se incluyen conductas reguladas en otros delitos, tal es el caso del prevaricato, que en esta Ley se denomina como falso testimonio a favor del imputado.⁶⁰

1.3.11.7 Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional: este delito no necesita mayor explicación, son dos los elementos básicos, la comercialización de vehículos y similares (compra venta) y el conocimiento previo de que fueron robados.⁶¹

1.3.11.8 Exacciones intimidatorias: el término exacción, se refiere a: *“acción o efecto de exigir, con aplicación a impuestos, prestaciones, multas, deudas, etc. Cobro injusto y violento”*. De la anterior definición se infiere que incurren en este delito los integrantes de la delincuencia organizada que públicamente exigen pagos indebidos y utilizan medios coactivos para

⁵⁷ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 2 inciso “g” literal 1

⁵⁸ *Ibíd.* Artículo 6

⁵⁹ *Ibíd.* Artículo 7

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 9

⁶¹ *Ibíd.* Artículo 8

obtenerlos. Tal es el caso del impuesto que cobran los llamados “mareros”, a los comerciantes para no asaltar sus empresas.⁶²

1.3.11.9 Obstrucción extorsiva de tránsito. Se constituye este delito como una variante de la exacción intimidatoria, ya que quienes lo cometen exigen pagos indebidos a los conductores de vehículos automotores por el derecho de circular en la vía pública.⁶³

Los anteriores delitos *numerus clausus* contenidos en forma enunciativa en la Ley contra la Delincuencia Organizada, limiten la aplicación de las interceptaciones o escuchas telefónicas como medidas especiales de investigación, prevención o interrupción de la comisión de tales ilícitos, como garantía de que su ejecución se restringirá a los casos especificados en la Ley y en los casos específicos

La restricción de la ejecución de las escuchas telefónicas se deriva de los elementos comunes contenidos en los tipos penales, pudiéndose establecer lo siguiente: a) Los actos de conspiración y/o perpetración de los ilícitos deben ser efectuados por un grupo delictivo u organización criminal compuesta por tres o más personas. b) Debe tratarse de ilícitos perpetrados en forma sistemática y continua. c) Es requisito el establecimiento de la existencia por tiempo determinado del grupo u organización criminal y que sus actos se realicen en forma concertada, es decir de común acuerdo con sus integrantes.

1.4 Las escuchas telefónicas como medidas especiales de investigación y persecución penal.

Como se ha indicado la Ley Contra la Delincuencia Organizada, posibilita la utilización de las escuchas o interceptaciones telefónicas como medidas especiales de investigación en el caso de los cuarenta y nueve ilícitos especificados en el punto anterior, siempre que estos sean cometidos por una organización criminal.

Es procedente establecer ¿en qué consisten las llamadas interceptaciones o escuchas telefónicas contenidas en la ley?

⁶² Ibid. Artículo 10

⁶³ Ibid. Artículo 11

Interceptación es un término que proviene del latín *interceptus*,⁶⁴ que quiere decir interrumpir, quitar. Entonces, la interceptación o escucha telefónica será la ejecución de acciones tendientes a obstruir la de comunicación telefónica, no para cortarla, sino para tener acceso al contenido de la información que se transmite.

Son pues las interceptaciones telefónicas un conjunto de procedimientos por medio de los cuales se interfieren las comunicaciones de uno o más teléfonos, con el objeto de escuchar los mensajes codificados a través de las ondas correspondientes, con el ánimo de conocer su contenido y utilizarlo para los fines de la investigación y persecución penal.

En general puede indicarse que el espionaje telefónico, sea este autorizado o no por un tribunal o juzgado competente, es algo común en nuestros días, a tal extremo que, es usual que en las empresas se graben o registren las llamadas de los empleados, o que en el mercado se ofrezcan una gama de aparatos de tecnología de vanguardia para acceder a las comunicaciones de otras personas.

Es debido a la vulnerabilidad de las comunicaciones telefónicas que las escuchas o interceptaciones son consideradas como uno de los medios mas efectivos de obtener información directa de la fuente emisora lo que hace posible no solo escuchar, sino también grabar y transcribir lo que se conversa por ese medio, razón por la que resulta un mecanismo idóneo para obtener medios de prueba dentro del proceso penal.

El teléfono como instrumento de comunicación interpersonal posee características técnicas que permiten la intromisión de extraños. Resulta relativamente fácil, sobre todo con artefactos de rápida adquisición y portátiles interceptar una conversación telefónica.⁶⁵

Es común en nuestro medio saber o suponer, que los teléfonos pueden estar intervenidos. Esa convicción propicia que mucha gente hable en clave, o no converse por teléfono asuntos importantes.

⁶⁴ Congreso de la República, Decreto 21-2006, Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 17.

⁶⁵ *Ibid.* Artículo 70

Para interceptar una comunicación a través de un teléfono alámbrico se necesita un dispositivo colocado en ese aparato o en alguna de las centrales por las que pasa la conversación. Para interferir un celular basta con un escáner desde el cual se puede escuchar a varias decenas de metros, lo que implica además la necesidad de mantener cierta vigilancia. Los celulares digitales, son más difíciles de intervenir pero no son invulnerables.

Son muchas las empresas que se aprovechan de las nuevas tecnologías para mantener la privacidad de las telecomunicaciones ya que resultaría arriesgado para el desarrollo de sus transacciones mercantiles que las mismas fuesen divulgadas o del dominio público, cabe indicar que independientemente del contenido de una conversación, el derecho a la privacidad debiera ser inalienable y ninguna plática ser de dominio público.

La validez legal de las interceptaciones de las comunicaciones sean orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, para su utilización como medio de prueba en el proceso penal, dependerá de que la prueba aportada sea en sí misma "legal"⁶⁶ y que su incorporación al procedimiento lo sea de forma predeterminada, sin arbitrariedades, atendiendo los principios que rigen el proceso penal como son: Publicidad, intermediación, contradicción y oralidad.

La legalidad de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético representa una problemática técnico-jurídica, porque la verdad material de cualquier hecho histórico social, no puede hallarse a cualquier precio, deben respetarse las normas jurídicas de acuerdo a su jerarquía atendiendo a los presupuestos y limitaciones contenidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

El respeto a los derechos y garantías individuales consagradas en nuestra Constitución, no significa negar o rechazar el valor que tienen las interceptaciones en cuanto al combate del crimen o en el proceso de la investigación de un hecho delictivo, pero debe considerarse que aunque la prueba sea esencial para encontrar la verdad objetiva de un hecho sujeto a

⁶⁶ *Ibíd.* Artículo 68

investigación, su aporte debe lograrse con observancia de los derechos y garantías constitucionales.

1.5 Factibilidad de interceptar, grabar o reproducir la información obtenida por las escuchas telefónicas.

El presupuesto jurídico que señala la posibilidad de utilizar las interceptaciones,⁶⁷ lleva implícita la facultad de grabar o reproducir las comunicaciones con el objeto de que la información obtenida de esta manera pueda servir para proteger a la sociedad de las organizaciones criminales y de las consecuencias de sus actos.

Las medidas especiales de interceptación no pueden utilizarse en forma indiscriminada, previamente han de cumplirse ciertos requisitos técnico-jurídicos para viabilizar su aplicación en casos específicos.

En primer término debe existir un hecho que se investigue y que encuadre en una de las figuras delictivas *numerus clausus*, contenidas en la Ley⁶⁸, pues, las interceptaciones suponen limitación de derechos fundamentales. Por lo que se hace necesaria asegurar que se realicen cumpliendo todos los requisitos de legalidad ordinaria, y que no se vulneren derechos constitucionales. Para el efecto el artículo 50 de la Ley, señala los requisitos que sirven para precisar si el acto de investigación puede llegar a adquirir el valor de prueba en el juicio oral.⁶⁹

La facultad de grabar o reproducir la información obtenida debe delimitarse en cuanto al alcance de la interceptación sea telefónica o de otra índole, es decir debe especificarse por ejemplo: La necesidad de la medida, la proporcionalidad de la misma, la naturaleza del delito, los números de teléfono a interceptar o escuchar, las frecuencias, direcciones electrónicas etc. a intervenir.

⁶⁷ Ibid. Artículo 71

⁶⁸ Ibid. Artículo 52

⁶⁹ Ibid. Artículo 50

Un asunto pendiente de resolver por ejemplo es el ¿qué hacer con el contestador automático de teléfono, con la grabación de uno de los comunicantes o la intervención o grabación realizada por un particular?, ¿podrían acaso considerarse indicios para requerir posteriormente interceptaciones?, por otro lado ¿qué pasa con la grabación de un programa de radio o la intervención directa de las conversaciones sin autorización previa?

Las cuestiones anteriores se plantean para reflexionar en relación a los hechos que el Ministerio Público debe investigar. Supongamos que la *notitia criminis* llega al órgano que controla la investigación, a través de un medio ilícito, como los indicados, resultaría contrario al principio de legalidad que en base a tales informaciones se iniciaran pesquisas⁷⁰.

No se hace ninguna consideración en contra de la utilización de tales informaciones dentro de la Ley contra la Delincuencia Organizada, sin embargo el artículo 183 del Código Procesal Penal en su segundo párrafo indica que: “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.”⁷¹ De donde resultaría improcedente que la información de los hechos a investigar se obtenga de la manera señalada.

En cuanto al bien jurídico protegido por la Constitución Política de la República de Guatemala: “El secreto de las comunicaciones” y su carácter formal, debe atenderse al ámbito que comprende el secreto, es decir hasta donde abarca el derecho de privacidad y a partir de donde las comunicaciones son de dominio público, estableciéndose además ¿a quién compete la titularidad del derecho al secreto, al emisor, al receptor, al medio de comunicación o a todos?

Y al respecto de las interceptaciones telefónicas o de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, ¿qué grado de afectación tienen los derechos humanos fundamentales de las personas sujetas a investigación penal?

⁷⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*” (Madrid. Editorial Espasa, 1992), Pág. 1587.

⁷¹ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 183

La Ley Contra la Delincuencia Organizada plantea acciones diferentes a las consideraciones constitucionales, los requisitos de legalidad ordinaria de la primera se contraponen a los requisitos incluidos en la Constitución Política de Guatemala.

Es necesario apuntalar que corresponde al Juez Contralor, la exclusividad jurisdiccional de avalar por medio de resolución fundada, la ejecución de las interceptaciones. En el supuesto caso de inexistencia de las autorizaciones debidas, deberán excluirse las diligencias realizadas por el Ministerio Público.

Las autorizaciones deben cumplir con los requisitos formales contenidos en la Ley, encontrarse contenidas en resoluciones judiciales en las que se acuerde la interceptación, con indicación del plazo de las mismas. Debe prohibirse el exceso de las medidas y su autorización debe dirigirse en todo caso a la investigación de delitos y personas determinadas, no ser producto de situaciones casuales.⁷²

⁷² *Ibíd.* Artículo 50

CAPÍTULO II

Legitimidad de la autorización de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético.

2.1 El llamado control judicial.

El artículo 52 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, indica que son competentes para autorizar las interceptaciones o escuchas telefónicas, los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal. La autorización o su denegatoria deberán materializarse por medio de auto judicial que resuelva la medida solicitada.⁷³

2.2 Discrecionalidad del juez.

El órgano jurisdiccional ejerce su total control en lo que a la autorización de las medidas de interceptación o escucha telefónica se refiere, lo que efectiviza la medida implementada, por ello es necesario el auto fundado, ya que los derechos constitucionales relativos a la privacidad de la persona no pueden ser objeto de acciones o intromisiones arbitrarias y contrarias al ordenamiento jurídico.

La Ley Contra la Delincuencia Organizada, hace alude a condiciones de modo, tiempo y lugar que demuestren por sí mismas la necesidad de la adopción de la medida para los fines investigativos de la comisión u omisión de un potencial delito, su interrupción o prevención.

Los motivos y razones que dan sustento al auto fundado, surgen de los elementos fácticos sometidos a consideración del Juez y son producto: a) Del propio decisorio, cuando el Juez desarrolla en la misma resolución la argumentación en la que fundamenta la medida; b) Como consecuencia de otra pieza procesal a la cual el auto se remita y de la que surjan con claridad los fundamentos que justifiquen la autorización de la medida o su denegatoria y c) De las constancias procesales que determinen de forma indubitable la necesidad de autorizar las interceptaciones, es decir, que la autorización sea una consecuencia lógica de pruebas

⁷³ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 11 Bis,

Son elementos de convicción necesarios para la decisión del Juez los hechos concretos y condiciones de tiempo, espacio y lugar y no pueden surgir de simplemente de su voluntad, pues la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales persigue la eliminación de decisiones irregulares, porque documentalmente el fallo de una causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la voluntad individual del Juez.

Los fundamentos útiles al Juzgador para su decisorio devienen de los elementos que sean formadores de su íntima convicción, porque para autorizar las escuchas telefónicas como medidas especiales debe separar la valoración subjetiva de los hechos y de manera que sean los elementos objetivos los que influyan en su fallo, por tanto el auto puede o no autorizar las medidas.

De lo expuesto podría surgir la interrogante en relación a ¿cuáles serán los elementos que el Juzgador a de tener en cuenta para que se represente su íntima convicción? El artículo 51 de la Ley refiere que exclusivamente la necesidad e idoneidad de la medida serán los elementos determinantes, ello da pauta a la valoración subjetiva de los hechos para lograr la íntima convicción.⁷⁵

La motivación de los autos tiene como finalidad ejercer control de la coacción estatal en materia de política criminal, evitar la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales por medio la adopción de procedimientos específicos basados en las normas vigentes de manera que sean resguardadas las garantías de secretividad y de inviolabilidad de las comunicaciones, consagradas en Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 24⁷⁶; por la Convención Americana de los Derechos del Hombre artículo 11 numeral 2° y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 17 numeral 1°.

⁷⁵ Congreso de la República, Decreto 21-2006 ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 51

⁷⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 24

2.3 Principios doctrinarios y procesales que informan el auto que autoriza las interceptaciones o escuchas telefónicas.

El Código Procesal Penal vigente incluía en el artículo 205,⁷⁷ la posibilidad de controlar y grabar las comunicaciones telefónicas y otras similares, este artículo como ya se indicó fue derogado al declararse inconstitucional, actualmente, artículo 52 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, recoge la posibilidad de que el Juez acuerde la interceptación o escucha telefónica con la consecuente, grabación y reproducción de las comunicaciones.⁷⁸

La garantía constitucional del secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna, además de tener un valor jurídico fundamental por sí mismo, afecta íntimamente a otros derechos con los que en mayor o menor medida se encuentra relacionada como lo son el derecho a la intimidad, a la propia imagen, a la presunción de inocencia, etc., sin embargo como una medida de política criminal de gobierno a través de una norma ordinaria se ha legitimado la injerencia del Estado en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones aludido.

Para atenuar la arbitrariedad del Estado concretada por el legislador, en el cuerpo normativo objeto del presente estudio la ley propone en relación a la autorización de las escuchas telefónicas:

- Que sea efectiva la limitación de la injerencia Estatal en la intimidad de la persona a realizarse a través de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilicen el espectro electromagnético, por la previsión legal de los delitos *numerus clausus*, en los cuales es factible la aplicación de las medidas especiales de interceptaciones.
- Al considerarse dentro del presupuesto legal que debe establecerse la necesidad de las medidas especiales de investigación, se pretende proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral y, en definitiva, los

⁷⁷ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 205

⁷⁸ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 52

derechos y libertades de los demás, en contravención de los derechos de personas determinadas.

- Definitivamente no basta con la existencia de una necesidad de prevención, interrupción o investigación de un delito, además debe demostrarse que la medida es idónea y proporcional a la ingerencia estatal.
- En el ámbito doctrinal (Ruiz, 1996: 553-554) señala que: “se han venido señalando los principios generales que deben fundamentar cualquier injerencia constitucionalmente válida en los derechos fundamentales, los cuales son: Legalidad, motivación, necesidad, utilidad e idoneidad, proporcionalidad”.

2.3.1 Principio de legalidad.

Cualquier injerencia en un derecho fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la vida privada debe estar avalado por una norma constitucional o legal para que adquiera validez probatoria dentro del proceso penal.

2.3.2 Principio de motivación o fundamentación.

Este principio tiene su origen en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.⁷⁹ Que es un derecho complejo en virtud de que incluye o asimila a otros como el libre acceso a los tribunales, el derecho a obtener una resolución con motivación suficiente para garantizar a su vez el derecho de defensa.

La exigencia legal implica que las resoluciones especifiquen de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, o sea que estén motivadas en forma suficiente de manera que se ponga de manifiesto el proceso lógico jurídico que ha conducido al fallo, esta fundamentación de la medida cumple una doble función de proporcionalidad y de motivación pues implica la necesidad de que exista proporción entre la ingerencia en la vida privada que esa clase de mecanismos supone y la finalidad que se pretende con ella.

⁷⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 12

Motivar o fundamentar implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen, determinando a la vez las causas que fundan el decisorio exponiendo los fundamentos fácticos y jurídicos que le sustentan, siendo que la ley Procesal establece el deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones como garantía esencial del justiciable, vinculada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que hace factible que se planteen el conjunto de recursos permitidos por ella ley, con el objetivo de que los Tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la impugnación.⁸⁰

Las funciones de la motivación del auto son evidenciar si la adopción de la medida de interceptación guarda proporcionalidad con el fin perseguido, lo que implica el desarrollo lógico de un juicio de proporciones que oscilan entre la conculcación del derecho y el fin investigador que se pretende.

Al hablar de la discrecionalidad del Juez, se alude a la facultad de decidir si se autoriza o no la medida solicitada. Debiendo para el efecto considerar si en el caso específico no existen otros medios alternativos de investigación⁸¹ y descartándola cuando sea previsible su escaso éxito, porque en la ejecución de las interceptaciones se desvirtúa la presunción de inocencia, ante la expectativa de las llamadas pruebas indiciarias.

En las autorizaciones judiciales de las interceptaciones telefónicas, la motivación fáctica tiene un carácter muy relativo, dado el momento procesal en que se producen, ya que como se entenderá hasta ese momento sólo existen sospechas, aunque fundadas, de que se está cometiendo un delito o se está conspirando para cometerlo

El Juez que recibe la solicitud de interceptar un teléfono o cualquier otro medio de comunicación que utilice el espectro electromagnético, luego de analizarla detalladamente en su alcance, en ejercicio de su competencia, puede aceptarla o rechazarla. Si la acepta no deberá repetir en su resolución los razonamientos fácticos que los fiscales del Ministerio Público, como

⁸⁰ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 11 Bis.

⁸¹ *Ibíd.* Artículo 264 Bis.

requerentes le expongan, sino referirse a ellos en forma general de manera que exista congruencia entre la solicitud y el auto que la resuelva.

Las aseveraciones fácticas deben ser tales que puedan ser valoradas por el Juez para determinar la razonabilidad y proporción de la medida solicitada.

2.3.3 Principio de necesidad, utilidad e idoneidad.

Las medidas especiales, únicamente pueden aceptarse como fuente de pruebas cuando resulta materialmente imposible obtener la prueba por otro mecanismo menos lesivo de los derechos de la persona.

2.3.4 Principio de proporcionalidad.

De acuerdo al principio de proporcionalidad que debe evaluarse la gravedad del delito investigado, el grado de seriedad y fundamento en la noticia del delito que es transmitido al Ministerio Público, pues éste al momento de contar con la *noticia criminis* ya sea por medio de la Policía, facilitada por los informantes, por personas infiltradas etc. es la existencia de motivos racionales suficientes que coadyuven al juzgador a considerar la utilización de las medidas oportunas o improcedentes.

En determinados casos el Juez previo a denegar la solicitud de las medidas especiales, por considerar que lo expuesto por los fiscales no es viable, puede requerir al Ministerio Público la ampliación de los motivos de la solicitud a través de la indicación de las fallas o deficiencias contenidas en la misma, lo cual deberá enmendarse en un plazo de veinticuatro horas con la debida fundamentación.

Cualquier informe policial deberá ser atendido y evaluado previo a considerar si del mismo se desprende la necesidad de utilización de las medidas. Siendo que las mismas servirán para comprobar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga, como mínimo debe existir una línea de investigación sobre la comisión de hechos delictivos y además datos objetivos y serios, ya que las medidas representan ingerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del sujeto que hasta este momento no es ni sindicado, ni acusado.

2.3.5 Principio de exclusividad jurisdiccional.

Corresponde únicamente a la autoridad judicial la facultad de establecer restricciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilicen el espectro electromagnético.

2.3.6 Principio de exclusividad probatoria.

El objetivo único de las interceptaciones es establecer la existencia de delito y el descubrimiento de sus autores, lo que implica que las informaciones adicionales obtenidas por medio de las interceptaciones y que no se refieran a hechos delictivos, no pueden utilizarse, publicarse o difundirse por ningún medio y deben mantenerse en total secreto.

2.3.7 Principio de excepcionalidad.

Las interceptaciones como medidas especiales solo podrán adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.⁸²

2.3.8 Principio de limitación temporal.

Este principio señala que la autorización de las medidas debe conferirse por tiempo limitado. La Ley Contra la Delincuencia Organizada especifica un plazo máximo de un mes, posibilitando la concesión de prórrogas. En este sentido aunque el Juez no puede mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, si es factible utilizar dichas medidas especiales hasta antes de que prescriba el delito de acuerdo al Código Penal o hasta que se dicte el auto de procesamiento, es decir que el presupuesto debe entenderse por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.

⁸² Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 264

Aunque la ley no lo indica debe entenderse que en el caso de que se acuerde la prórroga de las interceptaciones, ha de hacerse mediante un auto judicial que cumpla con los requisitos formales del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal⁸³ y además los contenidos en el artículo 53 de la “Ley”. En síntesis que la resolución motivada y fundamentada, se redacte en forma independiente a la expresada en el auto inicial de las medidas.⁸⁴

De acuerdo al artículo 67 de la Ley, corresponde al Fiscal encargado del caso dar aviso al Juez competente de la conclusión de las interceptaciones de comunicaciones, para lo cual levantará un acta y le rendirá un informe sobre el desarrollo de las mismas.⁸⁵

La labor de vigilancia del desarrollo de las interceptaciones debe ejercerla el juez de Primera Instancia que haya autorizado las medidas, lo que deberá hacer personalmente, por lo menos una vez dentro del período autorizado, levantando para el efecto un acta

2.3.9 Principio de especialidad del hecho delictivo.

No pueden decretarse las interceptaciones para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada todos los actos delictivos, únicamente es aplicable en aquellos indicados por la Ley, los que constituyen hechos verdaderamente graves, o que corresponden a las actividades de grupos u organizaciones criminales.

2.3.10 Principio de limitación subjetiva.

La medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles de las personas que de acuerdo a los indicios se encuentren implicados o sean utilizados en la comisión delitos, ya sea por los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales.

Debe consignarse el número o los números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas, reproducidas y grabadas. Lo particular de las medidas

⁸³ Ibid. Artículo 11 Bis.

⁸⁴ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 53

⁸⁵ Ibid. Artículo 67

especiales, es que pueden afectar a personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal⁸⁶, aunque no se encuentren procesadas o inculpadas de ningún delito.

Son muchos los supuestos a considerar en cuanto a las interceptaciones telefónicas, por ejemplo: Es factible la intervención de un teléfono público por ser utilizado por personas sobre las que recaigan indicios racionales de criminalidad. Las medidas pueden recaer sobre aparatos cuyos titulares sean terceras personas y no el presunto delincuente, siempre y cuando éste los utilice para sus comunicaciones; puede aceptarse la intervención del teléfono de la persona con la que conviva el presunto delincuente.

2.3.11 Principio de limitación objetiva.

Este principio dispone la previa existencia de indicios de la comisión de delito, lo que difiere de las simples sospechas o conjeturas, ya que deben existir elementos de convicción o la noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las interceptaciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estime conveniente. Presupone un juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya limitación se autoriza.

Las exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y validez de las interceptaciones o escuchas telefónicas contenidas en la Ley contra la Delincuencia Organizada, requiere la existencia previa de indicios racionales de la comisión de un delito o para su descubrimiento, ya que su constatación se efectúa en la fase preparatoria o de investigación anterior al juicio oral.⁸⁷ No puede exigirse la certeza en la comisión del delito o de la intervención de determinada persona, porque en tal caso no serían necesarias tales medidas.

⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 14.

⁸⁷ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 17

3.3.12 Principio de procedibilidad.

Es necesaria la existencia previa de un procedimiento de investigación penal que conlleve a la solicitud y autorización de las interceptaciones de las comunicaciones, es decir que no podrán autorizarse en forma inversa las intervenciones de los medios de comunicación sin que exista proceso alguno de investigación. De manera que las interceptaciones no pueden incluirse dentro de las diligencias indeterminadas ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por Juez competente.⁸⁸

2.3.13 Principio de control judicial.

El control judicial es la facultad de autorizar las escuchas telefónicas, con la obligación de verificar el desarrollo de las mismas con apego irrestricto a las normas y la determinación del cese de la medida de interceptación, de lo que se inferirse que el control judicial no se limita al momento de ordenar la medida, debe mantenerse rigurosamente durante su desarrollo en garantía de los derechos constitucionales, del afectado quien desconoce la medida adoptada contra él, y no puede impugnarla.

Tiene una doble función, la verificación de las acciones realizadas por los agentes que ejecutan las interceptaciones, quienes deben dar cuenta al Juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, especialmente en el caso de los hallazgos casuales y, que los autos judiciales habilitantes deben establecer los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto respecto del tiempo de duración de la medida, forma de realización y faccionamiento de actas que contengan informe de lo actuado.

Los agentes que ejecuten las interceptaciones deben remitan al Juez en su totalidad los originales de las cintas grabadas, documentos reproducidos u otros, pues no les compete seleccionar o desechar conversaciones, ya que esto se constituiría en alteración de la prueba y conllevaría a su nulidad, en el caso específico de Guatemala, el procedimiento varía y la cadena de custodia de los registros difiere un poco de lo antes indicado.

⁸⁸ *Ibíd.* Artículo 43

La doctrina procesal penal señala la imperatividad de utilizar determinados formalismos para fundamentar una resolución, es decir que exista un rigor procedimental. Pero no basta con llenar los presupuestos formales se deben además valorar las cuestiones de fondo.

En su resolución el Juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la cual no puede durar más de treinta días, pero pueden ser prorrogadas de conformidad con la Ley⁸⁹.

En general se aceptan determinados elementos que otorgan fuerza de convicción al juzgador para que fundamente la autorización de las medidas especiales de interceptación como son: a) Las constancias de hechos previos al auto que dispondrá la interceptación de comunicaciones; b) La implementación como producto de solicitud del órgano competente con indicación de los motivos fundados para sospechar la comisión de un hecho delictivo; c) Que se trate de un delito *numerus clausus*, es decir que dichos artículos no se pueden reformar contenido en la ley.

2.4 Efectos del auto sin fundamentación que autoriza las escuchas telefónicas.

Ante la eventualidad de que el auto que la autoriza las medidas especiales de interceptación, careciera de la debida fundamentación exigida por las leyes procesales, constituiría un defecto absoluto de forma que conllevaría a la nulidad de lo actuado y consecuentemente los hallazgos encontrados y las pruebas obtenidas por medio de las interceptaciones serían nulas de pleno derecho y no tendrían valor probatorio en el juicio penal.⁹⁰

⁸⁹ Ibid. Artículo 13

⁹⁰ Ibid. Artículo 53

CAPÍTULO III

Procedimiento para ejecutar las medidas especiales de interceptaciones telefónicas.

3.1 ¿Quién esta facultado para solicitar las interceptaciones telefónicas?

Según lo normado en el artículo 49 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, se determinar que única y exclusivamente puede solicitar autorización para interceptar las escuchas telefónicas, los fiscales del Ministerio Público, tal como establece dicha norma: *“Los fiscales del Ministerio Público son los únicos competentes ante el Juez correspondiente, para la solicitud de autorización de la interceptación de las comunicaciones mencionadas en el artículo anterior: cuando la situación lo haga conveniente. Cuando el órgano policial tenga conocimiento de la comisión o planificación de la comisión de delitos por grupos delictivos organizados, deberán acudir inmediatamente al Ministerio Público proporcionando toda la información necesaria para fundamentar la solicitud de la interceptación de dichas comunicaciones.”* ; Pero para que la solicitud anterior, tenga sustento legal, debe existir y probarse las circunstancias establecidas en el artículo 48 de la misma ley, la que establece que: *“...cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en los artículos 2,3,4,5,6,7,8,9,10 y 11... Podrá interceptarse...con autorización judicial, comunicaciones...telefónicas...”*⁹¹.

Como las medidas especiales pueden colisionar con derechos fundamentales adquiridos por otras leyes, no pueden ejecutarse indiscriminadamente esta investigación, por que es necesario que se limiten al máximo con la indicación de los números telefónicos que se pretendan interceptar, sin obviarse, que en los casos, en los que se dispongan los nombres

⁹¹ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

reales o ficticios de las personas sobre las cuales recaerán las medidas especial, también debe hacerse la indicación en dicha petición.

En cuanto a la necesidad e idoneidad de la medida especial de investigación, debe justificarse con las diligencias y medios de investigación que hasta el momento se hayan realizado, de manera que se persuade al Juzgador que las interceptaciones resultan el único medio eficaz para obtener los elementos de investigación que le permitan cumplir con su función en contra del combate del crimen organizado.

No obstante, si la solicitud de autorización de medidas especial de interceptación de escuchas telefónicas presentada ante el Juez, no cumple con los requerimientos determinados en la Ley contra la Delincuencia Organizada, el Juez previo a resolver, debe notificarle las deficiencias al fiscal quien tiene la posibilidad de subsanar las mismas en un plazo de veinticuatro horas. Si no cumple con lo que se le indica, se dictará el auto que deniega dichas medidas.⁹³

3.2 ¿Cuáles son los medios de investigación que determinan la necesidad de pedir autorización, para que se realicen las interceptaciones telefónicas?

Como se ha venido manifestando, las interceptaciones son medios especiales de investigación, en las que el sujeto que las sufre, se encuentra indefenso y en total ignorancia de la investigación que se realiza en su contra, la que posteriormente, arrojará resultados que serán utilizados en su perjuicio; es por ello, que el artículo 51 de la Ley en cuestión, a manera de limitar la aplicación de esta investigación especial, en la que Ministerio Público a través de sus fiscales puede solicitar las interceptaciones telefónicas, siempre y cuando, dentro de la investigación que ellos realicen existan, indicios fácticos y contundentes que determinen que los individuos a los que se pretende interceptar sus números telefónicos, han sido cometidos por grupos delictivos organizados⁹⁴.

La necesidad que fundamenta el empleo de las medidas especiales de interceptaciones telefónicas, surge desde el momento en que exista información preliminar que vincule al

⁹³ Ibid. Artículo 51

⁹⁴ Ibid. Artículo 50, literales a y d.

interceptado con los hechos que se investigan, la cual sin ser medio de investigación contundente, pero sí constituye prueba indiciaria de la comisión o conspiración para cometer hechos ilícitos que serán investigados; la idoneidad se deriva de la eficacia que representa la implementación de las interceptaciones para obtener los elementos de investigación que permitan cumplir con los objetivos de la Ley, los que son evitar, interrumpir o investigar hechos delictivos cometidos por la delincuencia organizada.

La prueba indiciaria, resulta ser una condición fundamental, que da paso a la solicitud de autorización de las interceptaciones telefónicas; los elementos que señalan a determinadas personas como los posibles autores de delitos que se investigan, en el procedimiento penal se le llaman indicios ó presunciones, que son las circunstancias y antecedentes que tienen relación con el delito investigado, que puedan servir razonablemente para fundar una opinión sobre hechos determinados. En ese sentido, los indicios ó presunciones materializadas en investigaciones contundentes, se les denomina en la etapa de la investigación, “prueba indiciaria”. Puede decirse que generalmente los indicios abren el camino a la investigación de los delitos, que tienen un extraordinario valor en criminalística, que unidos a otros medios de investigación, sirven al juzgador para establecer un juicio definitivo.”⁹⁵.

Concretamente el indicio y la sospecha se diferencian en cuanto a la percepción de los elementos de juicio de culpabilidad, en el indicio existen circunstancias fácticas que al conexarse entre sí pueden llevar a una conclusión de culpabilidad, contrariamente en la sospecha lo que se presenta es la desconfianza en cuanto al sujeto y su modo de actuar, la cual puede surgir por los antecedentes de la persona, por la desconfianza o duda que surja en cuanto a la veracidad de los hechos que afirma o niega, sin que exista un elemento vinculante al hecho investigado.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, las pruebas indiciarias o presunciones, no bastan para obtener una sentencia condenatoria, ya que la valoración de los elementos probatorios, se efectúa con base en la sana crítica razonada⁹⁶, que es el resultado de la convicción del juzgador a través del análisis objetivo de los medios de prueba incorporados

⁹⁵ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (Buenos Aires: editorial Heliasta, 2000), Pág. 508

⁹⁶ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículos 181 y 186

lícitamente al proceso que le permiten el razonamiento lógico que conlleva a la emisión del juicio condenatorio o no, de allí la imperatividad de obtener pruebas contundentes fundadas en hechos reales y probados que permitan al juzgador llegar al conocimiento de la verdad de los hechos y que determinen sin lugar a duda la culpabilidad del imputado.

3.2.1 Los indicios que nacen por su relación temporal con el delito.

¿En qué momento los indicios son anteriores al delito?, y ¿Cuándo son concomitantes al o posteriores al delito?; en el primer caso, se refiere a los hechos preparatorios que hacen presumible la posible comisión de un delito, que aunque no se consume el mismo, el delincuente se prepara a ejecutarlo. Ahora bien, los indicios concomitantes, son aquellos que se producen simultáneamente a la ejecución material del delito, como por ejemplo, la presencia del sospechoso en el lugar de los hechos. Y los indicios posteriores al delito, son aquellos que ocurren luego de la perpetración del ilícito como amenazas a los testigos. Ninguno de estos indicios por sí mismos pueden constituir elemento de prueba suficiente para demostrar la culpabilidad de una persona, porque pueden atribuirse a circunstancias casuales o coincidencias contundentes.

3.2.2 Los indicios por su ámbito de aplicación.

Se clasifican en: Generales (que aparecen en todos los delitos) y particulares que aparecen sólo en determinados delitos como las manchas de sangre y cascabillos de arma de fuego en los asesinatos cometidos por este medio.⁹⁷

3.2.3 Los indicios por la intensidad de su conexión.

Se clasifican en próximos o remotos. Los próximos se encuentran directamente conectados al delito y los remotos resultan de probabilidades o suposiciones que pueden ser producto de meras confusiones.⁹⁸

⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 90

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 90

3.2.4 Los indicios por su origen normativo.

Se clasifican en: Indicios legales y no legales, en cuanto a si se encuentran o no considerados en forma expresa como tales dentro de un presupuesto normativo.⁹⁹

3.2.5 Los indicios por la prueba de la que proceden.

Desde ésta perspectiva, el hecho que sirve de base a los indicios procede de cualquier medio probatorio válido, es decir de declaración de testigos, documentos, etc.¹⁰⁰

3.2.6 Los indicios por el hecho demostrado.

Se clasifican en: Elementos objetivos y elementos subjetivos. Los primeros son hechos o actos realizados por manifestación externa del agente del delito, y los segundos, son circunstancias personales puestas de manifiesto a través de la expresión de sentimientos como las amenazas.¹⁰¹

3.2.7 Los indicios por su grado de inferencia.

La inferencia puede ser admitida o novedosa. La inferencia admitida, es la que cuenta con precedentes jurisprudenciales, científicos, pautas de vida o estudios de psicología de la personalidad. La inferencia novedosa surge de los cambios de comportamiento humano, hábitos sociales o como producto de los avances de la tecnología.

3.3 Órgano facultado para realizar las interceptaciones.

En base a lo establecido en el artículo 112 del Código Procesal Penal, se puede atribuir a la Policía Nacional Civil, debido a que es el órgano que ejecuta la investigación dirigida por el Ministerio Público, quien debe actuar subordinadamente a este último.¹⁰²

⁹⁹ Ibid. Pág. 91

¹⁰⁰ Ibid. Pág. 91

¹⁰¹ Ibid. Pág. 92

¹⁰² Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 112

En el caso específico de la ejecución de las medidas de interceptaciones telefónicas, según la ley, supone que éste auxiliar (la Policía Nacional Civil) posea un grupo técnico especializado para tales funciones (ingenieros en sistemas, técnicos electrónicos entre otros.), y siendo el caso que actualmente no existe personal con las características indicadas debe previamente capacitar a un grupo especial, quienes además de los conocimientos antes indicados deberá dominar en cierta medida las leyes afines a las labores que generen en la investigación, pues en caso contrario, se correría el riesgo de que actuarán con infracción a las leyes, habilitando delitos ulteriores.

3.4. De la forma de ejecución de las medidas especiales.

En atención a las funciones del Ministerio Público, aunque específicamente no lo señala la Ley, es mi consideración, que éste deben apersonarse periódicamente al centro destinado para que funcione el equipo que realiza las interceptaciones, con el fin de verificar, controlar que las interceptaciones se realicen con apego a la ley.

Recae sobre los fiscales que controlan la investigación, la obligación de rendir informe cada quince días sobre el desarrollo de las interceptaciones y sus incidencias, con el objeto de establecer si las medidas cumplen con la finalidad que se persigue y si se cumple con receptor con forme a los procedimientos de ley; quienes también deberán dar cuenta al Juez competente, por medio de acta con informe circunstanciado, al concluir el término por el cual fueron autorizadas sobre su desarrollo y resultados.

3.5. Los hallazgos inevitables.

Las incidencias en el desarrollo de las interceptaciones, se refieren a los hallazgos inevitables, como consecuencia de la ejecución de las medidas especiales para investigar un delito, implican la posibilidad de que se conozca en forma casual la comisión o conspiración para cometer otro ilícito distinto al investigado, por tal razón doctrinariamente se les denomina

“descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales”,¹⁰³ refiriéndose al apareamiento de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial autorizante de la medida.

Dicho hallazgo, posibilitan la obtención de otra autorización, para perseguir otro delito, que no podrá utilizarse como medios de prueba, debido a que en el momentote su obtención, no hubo previo autorización de juez competente, por tanto, se consideran únicamente como indicios. Sin embargo, estos nuevos hallazgos, pueden o no tener relación con la actividad criminal investigada, ser delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, ó tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes.

Corresponde al Juzgador en estos casos, hacer una valoración individualizada en torno a las nuevas medidas y su efectividad, examinar las cuestiones de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, emitiendo el fallo correspondiente que autorice o deniegue la continuación de las interceptaciones para la investigación o continuación de una investigación diferente a la ya iniciada; sin embargo, si se procede a implica una persecución penal, esta sería antijurídica.

3.6. De los registros de las interceptaciones y otras consideraciones.

No tendría objeto efectuar interceptaciones telefónicas, a través de los medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, si los elementos obtenidos no pudiesen guardarse de manera tal que sirvieran como prueba dentro de un proceso penal.¹⁰⁴

En este asunto lo preocupante son los mecanismos a utilizar para tal efecto y si la cadena de custodia de las evidencias será efectiva para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.

Se encuentra normado que previo a registrar la información obtenida a través de las medidas especiales, el fiscal y sus investigadores deben levantar un acta detallada de la transcripción de las grabaciones. Sin embargo, esta transcripción adolece de vicios, pues, la Ley indica que se transcriben los hechos útiles y relevantes para comprobar o aportar evidencias del

¹⁰³ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada, (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 59

¹⁰⁴ *Ibíd.* Artículo 64

hecho punible y que cualquier información personal o íntima debe excluirse¹⁰⁵, pero, ¿Quién decide qué elementos son útiles y cuáles no? ¿Qué ocurriría si por ejemplo una comunicación no transcrita contuviera elementos que exculparan al afectado por las medidas?

En forma específica la Ley no le confiere valor probatorio a las transcripciones, los únicos medios de prueba son las grabaciones o resultados directos de las interceptaciones a los que denomina “registros”, luego ¿Cómo se excluirá en el juicio oral la información personal o íntima del sujeto sin alterar la evidencia? Existe una disyuntiva en el caso del registro que contiene asuntos personales y elementos que se consideren inculpatorios, interrumpir la reproducción de un registro equivale a alterar las evidencias y reproducir las intimidades de la persona es violatorio de los derechos constitucionales y de los derechos que la Ley le atribuye al sujeto.

Por otro lado ¿qué función tienen en el proceso de investigación las transcripciones? Si se indica que: “sirven de guía para una correcta comprensión de las interceptaciones”, pero, el término comprensión, se refiere a la facultad de encontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro¹⁰⁶, entonces la transcripción de esta forma propuesta lleva implícita la explicación desde la perspectiva del transcriptor, de las ideas que el emisor y el receptor querían comunicar, como si existiera un código universal por medio del cual se transmitieran los mensajes, la Semiología enseña que un mismo concepto posee significancia connotativa y denotativa, ¿a cuál significado se atenderá? ¿Cómo saber a qué uso se aplica un término? Y, luego ¿cómo entenderlo o comprenderlo dentro del contexto de una serie de ideas sin que resulten inferencias personales y subjetivas de quien interpreta y transcribe el mensaje para que sirva de guía de comprensión?

Por lo anteriormente expuesto resultan inapropiadas las transcripciones en la forma señalada, en todo caso sólo deberían utilizarse en cuanto a las comunicaciones que se viertan en otros idiomas distintos al español, para el efecto de la traducción correspondiente ó atribuírseles un uso diferente dentro del contexto de la Ley.

¹⁰⁵ *Ibíd.* Artículo 65

¹⁰⁶ *Diccionario Enciclopédico Ilustrado* (Madrid: Editorial Sopena, 1978), Pág. 1057

Como puede observarse, son varias las interrogantes que derivan de las interceptaciones telefónicas, entre ellas de mucha importancia, es la atinente a la secretividad de las mismas; la que trata del momento procesal en que el afectado por las medidas tiene el conocimiento de que estuvo sujeto a ellas.

3.7 Cadena de custodia, que conserve el contenido del registro de la interceptación telefónica.

En todo proceso penal es necesario verificar la efectiva cadena de custodia de los medios de prueba que han de diligenciarse dentro del juicio oral. Es decir, no basta con obtener por medio de las interceptaciones elementos para acusar dentro del juicio, es necesario que los mismos sean preservados intactos e inalterados para que puedan ser objeto de valoración en el juicio.¹⁰⁷

La Ley contra la Delincuencia Organizada, regula como procedimiento de la cadena de custodia de las interceptaciones telefónicas que: “Los documentos, objetos, cintas y cualquier otro registro deben numerarse en original y duplicado de forma progresiva...”¹⁰⁸, numerar el original es comprensible, pero duplicar significa reproducir mediante algún mecanismo de forma idéntica el elemento original, si se trata de documentos o cintas, no hay objeción, pero ¿cómo un objeto puede duplicarse como se indica para luego ser numerado?, que pasará con el contenido de las interceptaciones telefónicas, como se evitará su duplicidad, y el resguardo de la secretividad de su contenido.

Como se indicó los medios de prueba obtenidos son numerados e identificados, se procede a su embalaje en sobre sellado bajo la responsabilidad del Fiscal que controla la investigación, quien debe dejar constancia de su actuación. No existe claridad en cuanto al momento de procesamiento de las evidencias, por lo que debe presumirse que las evidencias se embalan y desembalan circunstancialmente, por ejemplo para efectuar el cotejo de voces.

Independientemente que los elementos obtenidos por medio de las interceptaciones, se utilicen dentro de un proceso penal o surtan los efectos esperados, deben guardarse hasta un

¹⁰⁷ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 69

¹⁰⁸ *Ibíd.* Artículo 68

año después de finalizada la persecución penal o que se haya ejecutoriado la sentencia, y sólo pueden ser destruidos bajo la supervisión judicial. ¿Qué tipo de archivo se creará para tal efecto?

CAPÍTULO IV

Derecho a la intimidad

4.1 La intimidad como derecho humano.

Podemos decir que la necesidad de intimidad es inherente a la persona humana. De esta forma la protección a la vida privada se constituye en un criterio de carácter democrático de toda sociedad.

Sin duda alguna, el respeto a la vida privada y a la intimidad tanto personal como familiar se constituye en un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como para intentar subsanar los daños ocasionados.

De esta manera surge el llamado derecho a la privacidad, a la vida privada o simplemente derecho a la intimidad, como un derecho humano fundamental por virtud del cual se tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona que solo a ésta le incumben. Este derecho que tiende a proteger la vida privada del ser humano, es un derecho complejo que comprende y se vincula a su vez con varios derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias externas en estas áreas reservadas del ser humano como son:

- El derecho a la inviolabilidad del domicilio,
- El derecho a la inviolabilidad de correspondencia,
- El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas,
- El derecho a la propia imagen,
- El derecho al honor,
- El derecho a la privacidad informática,
- El derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente,
- El derecho a no ser molestado.

El diccionario de la Real Academia Española define a la intimidad como "la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un, especialmente de una familia".¹⁰⁹

Desde esta perspectiva del lenguaje, la intimidad implica una libertad de determinación, de carácter subjetivo, que permite a la persona comunicar únicamente aquello que le interesa y mantener en secreto lo que considera oportuno.

Miguel A. Ekmekdjian, lo define el derecho a la intimidad como: "la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos."

Considerado el derecho a la intimidad de la forma señalada, implica el derecho de defenderse de las intromisiones, incluso las estatales, en la vida particular, encuentra apoyo ésta consideración en la facultad del individuo de hacer aquello que la ley no le prohíbe.

Humberto Quiroga Lavié define la intimidad como: "el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas". Y continúa: "Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos".

Germán Bidart Campos, diferencia el concepto de derecho a la intimidad del de privacidad, define la intimidad como: "la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero", y la privacidad es: "la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos".¹¹⁰

¹⁰⁹ Real Academia Española, "*Diccionario de la Lengua Española*" (Madrid: Editorial Espasa, 1992), Pág. 1182.

¹¹⁰ German Vidat Campos. *Derecho Internacional de Derechos Humanos*. (Madrid: Editorial Universitaria, 1989), Pág. 115

“privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público”. Y, define a la intimidad como: "la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad los asuntos legales y económicos personales del individuo"¹¹¹. Desde esta perspectiva lo privado es, lo restringido al dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar y consagrado en el derecho a la privacidad, mientras que lo íntimo es lo que corresponde al ámbito personal y psicológico, las creencias y la moral de la persona.

El autor Norberto González Gaitano señala cuatro razones que justifican la distinción entre privacidad e intimidad:

"1) Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.

2) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.

3) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.

4) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales".¹¹²

Lo privado es el derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento

¹¹¹ Norberto González Gaitano. *El Deber de Respeto a la Intimidad*. (Barcelona: Editorial Navarra, 1990), Pág. 68

¹¹² *Ibíd.* Pág. 70

público, porque no se encuentra ámbito del interés público, de los asuntos del Estado, de lo que involucra al conjunto de la sociedad.

Por su lado, Ernesto Villanueva caracteriza al derecho a la privacidad de la siguiente manera:

a) Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho.

b) Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar, como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y

c) Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas".

Otros autores señalan que el derecho a la privacidad es un derecho innato y originario, personalísimo, oponible erga omnes, extrapatrimonial, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, pero en ningún caso absoluto. Cuando la doctrina alude a que un derecho no es absoluto, se refiere a que posibilita en ocasiones específicas su restricción a favor del bien común y la seguridad de todos.

Siguiendo la línea de ideas expuestas por Ferrara, el bien jurídico tutelado a través del derecho a la intimidad es la vida ajena en lo atinente al aspecto privado, de donde los hechos que se conceptúan como pertenecientes al ámbito de reserva de cada sujeto deben ser protegidos. En virtud de éste derecho la persona, tiene el poder de excluir a las demás personas del conocimiento de su vida personal, sentimientos, emociones, datos biográficos, personales e imagen, y tiene, además, tiene la total facultad de decidir en qué medida esas dimensiones de su vida personal pueden ser legítimamente comunicadas a otros.

Desde esta perspectiva la intimidad equivale a la vida privada, la interioridad del ser, y es una facultad personal el determinar qué, cómo y cuándo compartir tal intimidad con los demás. En la actualidad es uno de los bienes jurídicos más amenazado, por lo que las diferentes legislaciones de los Estados contienen preceptos penales para su tutela, los cuales difieren en consideración a las diferentes concepciones culturales acerca de la violación o no del derecho a la privacidad o intimidad.

La función del derecho de intimidad es protegerlo de las injerencias, intromisiones, vistas, escuchas, publicaciones, captaciones de datos personales, así como del empleo y comunicación, que de algún modo, apropien, vulneren o invadan elementos o circunstancias de la dimensión privada de su ser o de las relaciones inherentes a la estructura y el vivir de la familia, debe, dentro de esta concepción responder a convicciones sociales de absoluta necesidad, pues resulta garantía de libertad, base de lealtades recíprocas y exigencia elemental del correcto convivir, para así poder constituir un derecho inherente a la persona, enmarcado en su vida privada, su círculo de la afección familiar, las particularidades de su carácter y existencia.

4.2 Ubicación del derecho a la intimidad en la sistemática jurídica.

La persona humana es única e irrepetible, un ser concreto e individual con naturaleza específica, que posee su singularidad propia, intransferible e incommunicable.

El derecho a buscar la verdad, a pensar y a expresar lo pensado, a creer religiosamente y obrar de acuerdo con esa creencia, a proceder en la vida conforme a las propias ideas; todo estas son manifestaciones de derechos fundamentales que guardan relación con el derecho de la intimidad. El Derecho debe reconocer al hombre su condición de persona, lo cual implica el reconocimiento del derecho a su integridad corporal a través de la legítima defensa, a su subsistencia física y a su integridad moral por el derecho al honor, a la afirmación de una zona de libertad y de las exigencias de dignidad que convienen en cada situación a su condición de persona.

En la actualidad la concepción de derecho a la intimidad o derecho a la vida privada deriva del proceso de privatización de los derechos naturales por medio del cual se pretendía

proteger los intereses de los particulares y, en especial, el derecho de la propiedad bajo la disposición de pertenencia a la vida privada de su titular quien podía gozar y disponer libremente de ella y hacerla pública o no. Mostrándose el derecho a la intimidad o vida privada como una extensión de la propiedad a la esfera personal, la intimidad o vida privada se convertía en un privilegio de las altas esferas sociales.

La nueva conceptualización encuentra la esencia del derecho a la intimidad en la propia personalidad del individuo (fundamento iusnaturalista), y se extiende a las condiciones e intereses de toda la sociedad en el campo jurídico. La democratización del sistema liberal se separa la propiedad del derecho a la intimidad o vida privada fundamentando a ésta última en la propia naturaleza humana y su dignidad.

A pesar de que el derecho a la vida privada encuentra su base en la dignidad humana algunos autores como Pérez Luño,¹¹³ le critican su configuración ambigua, porque se constituye por valores que expresan el fundamento común de todos los derechos humanos.

“La propia persona y sus propias capacidades hacen posible la libertad y consiguientemente la humanidad del individuo, que dependen de su libertad para relacionarse, y esta capacidad a su vez depende de que posea el control exclusivo de su propia persona y sus capacidades. Las características de exclusividad y pertenencia de las relaciones de dominio: sólo al ciudadano pertenece su vida privada, y sólo cuando a él le interese podrá hacerse pública, con un derecho de exclusión sobre su conocimiento.”¹¹⁴

El derecho a la intimidad o vida privada, se conforma principalmente por el poder de control sobre la esfera íntima, que permite la exclusión de intromisiones ajenas y la restricción del uso indiscriminado de informaciones personales obtenidas ya sea por medios lícitos o ilícitos.

¹¹³ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho*, (Madrid: Editorial Ariel, 1991) Págs. 318-321.

¹¹⁴ Javier Gómez Pavón. *La Edad no es un Símbolo de Dependencia*. (Barcelona: Instituto de Salud Pública, 1989), Pág. 12

La política criminal del Estado ha permeabilizado la esfera íntima del sujeto en circunstancias especiales, permitiendo excepcionalmente ciertas intromisiones, pero las mismas no pueden sobrepasar los límites impuestos en la Constitución, de manera que aunque la concepción de lo íntimo experimenta un cambio sustancial, pueden refutarse aquellas intromisiones en la esfera personal que sobrepasen las injerencias legalmente permitidas.

Se puede definir el derecho a la vida privada como una forma de control del flujo de informaciones que afectan al individuo y que se encuentran relacionadas con todos los aspectos de su intimidad, tomando en cuenta la perspectiva de la política criminal del Estado. El derecho a controlar los datos implica un conjunto de garantías que permiten a las personas físicas el control del conocimiento de sus datos personales y del uso que pudiera hacerse de los mismos por parte de terceros. Las garantías permiten al titular negarse a proporcionar datos, conocer la existencia de ficheros con datos sobre su persona, tener al acceso a estos ficheros, exigir la rectificación o cancelación de sus datos personales en determinadas circunstancias.

El control de datos personales pasa a ser decisivo en el concepto de intimidad, legitimado para incidir en la forma y contenido de su divulgación como consecuencia de la revolución informática que permite en la actualidad hablar de una fase informática de la vida privada. Desde esta perspectiva el derecho a la intimidad, tiene un doble contenido: uno negativo, de exclusión, que impide determinadas intromisiones ajenas y, otro positivo, que faculta el control por parte del titular de los datos personales y le permita conocer y controlar la información que sobre él se encuentra en soportes o archivos informáticos y convencionales.

Algunos autores españoles entienden la autodeterminación informativa como un derecho fundamental autónomo, por influencia de la doctrina alemana, y, otros consideran la facultad de controlar datos personales como parte del contenido positivo integral del derecho a la vida privada aplicado a un nuevo objeto constituido por la informática.

El derecho a la intimidad se presenta como la facultad de una persona no sólo a reservar un ámbito de su vida como secreto e intangible para los demás sino también a ostentar la capacidad y medios para evitar su manipulación por otros de manera que pueda desenvolverse libremente.

4.3 Fundamento constitucional del derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad no está regulado expresamente como tal en la legislación, pero sí existen normas jurídicas en cuanto a determinadas figuras que guardan relación con él contenidas en La Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal, las leyes adjetivas y en algunas disposiciones administrativas, que protegen a la persona de conductas típicas que atentan contra la intimidad.

Anteriormente se hizo referencia al artículo 24 de la Constitución,¹¹⁵ que regula la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, como un reconocimiento del derecho de la persona a la intimidad, y de acuerdo al presupuesto jurídico, tal principio solo puede ser contrariado en los casos previstos en la Ley. Este derecho se extiende a las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. En el artículo citado se señala la punibilidad que deviene del hecho de revelar informes de carácter contable obtenidos como consecuencia de revisiones realizadas por el fisco.

La tutela jurídica del derecho a la intimidad a través de las normas sustantivas penales se encuentra contenida en el capítulo V del Código Penal, que tipifica las conductas delictivas siguientes: Violación de correspondencia y papeles privados¹¹⁶; sustracción, desvío o supresión de correspondencia,¹¹⁷ interceptación o reproducción de comunicaciones¹¹⁸, agravación específica,¹¹⁹ publicidad indebida¹²⁰, revelación de secreto profesional.¹²¹

En la actualidad se considera correspondencia cualquier comunicación entre personas situadas en espacios distintos, realizada a través de un medio capaz de transmitir el pensamiento, incluyéndose las redes de comunicación vía Internet. El derecho a la inviolabilidad y secreto de la correspondencia no es absoluto, pues presenta limitaciones impuestas por razones de seguridad y orden público, que permiten, en casos extremos establecidos por la ley, ocupar y examinar la correspondencia.

¹¹⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 24

¹¹⁶ Congreso de la República, Decreto 17-73 Código Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 217

¹¹⁷ *Ibíd.* Artículo 218

¹¹⁸ *Ibíd.* Artículo 219

¹¹⁹ *Ibíd.* Artículo 220

¹²⁰ *Ibíd.* Artículo 222

¹²¹ *Ibíd.* Artículo 223

El presupuesto de revisión o incautamiento de la correspondencia, documentos y libros en casos excepcionales previstos en la Ley, cuya autorización es exclusiva del Juzgador, se encuentra contenido en las leyes adjetivas. Para el efecto el Código Procesal Penal preceptúa en el artículo 203 lo atinente al secuestro de correspondencia, indicándose en el artículo 204 que su apertura y examen corresponderá al Juez o Tribunal y se hará constar en acta, existiendo la obligación de mantener la reserva del contenido de los documentos que no se relacionen con el hecho investigado o perseguido; anteriormente el artículo 205¹²² posibilitaba las interceptaciones telefónicas, pero fue declarado inconstitucional por el expediente número 296-94 de la Corte de Constitucionalidad.

En cuanto a la conducta típica de la publicación indebida consiste en hacer pública sin la debida autorización, revelar y dar a conocer, el secreto del cual se tuvo conocimiento, por medio de correspondencia, papeles, grabaciones ó fotografías, aunque esta información se hubiere dirigido a la persona que la publicita.

El soporte material en el que viaja el mensaje no debe ser un obstáculo para considerar su inviolabilidad, con la aplicación de las nuevas tecnologías para el avance comercial, el uso del correo electrónico se ha generalizado cambiando por completo la manera de comunicación interpersonal. Este método revolucionario, también ha pasado a ser la herramienta primordial de comunicación dentro de las empresas, no solo a nivel externo sino también interno, siendo la principal vía de transmisión de información.

La transmisión de datos por red exige como obligatorio la implementación de mecanismos de seguridad que permitan filtrar o depurar la información que se intercambie e informar al administrador de la red y al titular de la misma si se detectan indicios de difusión de

¹²² Congreso de la República. Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículos 203-205

mensajes contrarios al interés social, la moral y las buenas costumbres, la integridad o seguridad del Estado.

La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, se conculca en la actualidad con el artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada,¹²³ sin que a la fecha se haya planteado en forma efectiva la inconstitucionalidad de la norma o la inaplicabilidad de las interceptaciones contenidas en ella. En nuestro medio de forma lícita no se puede acceder a toda la información que se trasmite por vía electrónica, en el caso de las interceptaciones, existe un límite en cuanto a la necesidad e idoneidad para utilizar estas medidas.

La doctrina describe dos aspectos en la relación Derecho de privacidad de las comunicaciones informáticas: En primer lugar, el aspecto individual que se refiere a la protección de los derechos de la personalidad frente a los sistemas de almacenamiento, proceso y tratamiento de datos que pertenecen a la esfera íntima y reservada de las personas, el llamado “*habeas data*”.

El otro aspecto, es el institucional social, relativo al control democrático de la informática y los métodos que se van a emplear en el manejo de información.¹²⁴

Morales Prats, al respecto de la relación existente entre la intimidad o vida privada y la libertad individual propugna un concepto de libertad personal en el cual anide la dimensión garantista de la *privacy* cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye presupuesto de su ejercicio.¹²⁵

Vidal Martínez, et al (1,984), dice que “el bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad es una libertad potenciada o superlativa que la persona reclama en el ámbito de lo íntimo (...) se trata de una libertad que padece con la simple fiscalización de esa zona”.¹²⁶

¹²³ Congreso de la República. Decreto 21-2006. Ley contra la Delincuencia organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

¹²⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho*, (Madrid: Editorial Ariel, 1991) Págs. 338-340.

¹²⁵ Fermín Morales Prats. *Riesgos para la Intimidación*. (Barcelona: Editorial Dialnet, 2001), Pág. 84

¹²⁶ Leonardo Vidal Martínez. *Administración Nacional de Telecomunicaciones*. (Uruguay: Editorial Montevideo, 2005), Pág. 105

En la doctrina el concepto de derecho a la intimidad ha evolucionado, sin llegar a una conceptualización definitiva, por lo que se presenta el problema de determinar plenamente el bien jurídico protegido, en atención a las características relativas y dinámicas que lo conforma y que se anotaron previamente.

El Younger Committee of Privacy al examinar el concepto de intimidad y los distintos intentos de definirla manifestó que “el concepto de intimidad no podía ser definido de un modo satisfactorio. Las posibles definiciones o son muy amplias, equiparando el derecho a la intimidad o vida privada o vida privada con el derecho a que le dejen en paz, o se reducen a una lista de diversos valores a los que se puede aplicar el adjetivo “íntimo” o “personal” de un modo razonable pero no exclusivo”. (Citado en el Informe de la Comisión de Calcuta sobre la intimidad o vida privada o vida privada y cuestiones a fines, CGPJ, 1990, 29.).¹²⁷

4.4 Garantía constitucional del secreto en las comunicaciones.

Ya se indicó que debido a la vigencia de la Ley, y hasta que no se declare su inconstitucionalidad, una de las medidas que se puede adoptar para la investigación penal es la interceptación de las comunicaciones; esta medida se revela en la actualidad a nivel internacional como uno de los instrumentos más eficaces en la persecución de algunas de las más graves formas de la delincuencia organizada.

El hecho de que las interceptaciones afectan a uno de los derechos *in natura* consagrado constitucionalmente, el secreto a las comunicaciones (conectado íntimamente con el derecho a la intimidad), obliga a extremar las precauciones para su ejecución con lo que se pretende lograr el necesario equilibrio entre la actividad de investigación de las acciones delictivas y el respeto al conjunto de los derechos de la persona.

4.5 Garantía constitucional a la intimidad, invadida por las interceptaciones.

El Estado en su rol de garante de la seguridad de la población y por obligaciones contraídas en convenios internacionales para el combate de la delincuencia organizada

¹²⁷ *Ibíd.* Pág. 106

transnacional, decidió implementar políticas criminales sugeridas, entre ellas la creación de normas de carácter procesal que posibilitaran la utilización de las interceptaciones y de las escuchas telefónicas.

Existe contradicción entre el poder punitivo del Estado y el derecho a la libertad e intimidad individual reconocida en la Constitución a través del secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros medios que utilizan la tecnología moderna, por una parte el contenido del artículo 24 de la Constitución¹²⁸ no posibilita la ejecución de interceptaciones telefónicas como medio de investigación penal, sin embargo el artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada¹²⁸, vigente, si permite su ejecución, a pesar que la Constitución indica que las normas que le contradigan son nulas de pleno derecho.

La Corte de Constitucionalidad es el órgano competente para declarar la nulidad de la ley que permite las interceptaciones, y aunque resulte risible, mientras esto no ocurra pueden ejecutarse éstas medidas especiales. Para defender el derecho vulnerado debe plantearse una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley.

A la fecha ningún proceso penal se ha resuelto por medio de pruebas obtenidas por interceptaciones, pero puede anticiparse que si se pretende utilizarlas para resolver casos concretos, cualquier abogado que se jacte de serlo pedirá que se declare la nulidad de la prueba así obtenida por violación al debido proceso.

4.6 Ilícitud de las interceptaciones.

El hombre como titular de derechos debe defenderse de las injerencias indebidas de los poderes públicos, sus órganos, sus agentes y de los ataques a la intimidad causados por otros individuos.

Tan relevante es la preservación de este derecho que ha sido consignado en el artículo 12 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 (III) de la Asamblea

¹²⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional 1985-1986), Artículo 24

¹²⁸ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

General de las Naciones Unidas de fecha 10 de Diciembre de 1948, que indica: "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques"¹²⁹

De la misma manera se lo menciona en el artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica 1984.

El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, indica que: "Nadie será objeto que injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación."¹³⁰

Por su parte el artículo 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.), firmado el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, señala que:

1. "Toda persona tiene derecho de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia."
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás."¹³¹

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en diversas constituciones, tal es el caso de la Constitución de la República de Paraguay que le contiene en el artículo treinta y tres; La Constitución de la República de Honduras lo regula en el artículo setenta y seis.¹³²

¹²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 12

¹³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17

¹³¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.), Artículo 18

¹³² Constitución Política de Paraguay. Artículos 33 y 76

La Constitución en el artículo veintitrés (23) inciso ocho (8), establece: "el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La Ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona".¹³³

En éste artículo se aprecia que es deber del Estado resguardar un ambiente propicio para el desarrollo personal y garantizar el desenvolvimiento familiar. La legislación ecuatoriana protege el nombre de la persona, evitando así el uso indebido del mismo, porque este ayuda a la fácil individualización de la persona.

El titular del nombre puede cambiarlo si tiene un homónimo que tenga una fama que produzca malestar en la sociedad. Nadie puede utilizar el nombre propio para fines comerciales, artísticos, delincuenciales, etc.

El desarrollo de los inventos para transmitir y sonidos ha llevado a que se cree una legislación que proteja la imagen y la voz de las personas del abuso de los medios de comunicación, salvaguardando así la integridad y dignidad de los individuos. Solo se puede reproducir la imagen que se haya fotografiado o filmado en un lugar público, siempre y cuando conserve el sentido inicial, sin modificarla.

Si el titular de la imagen prohíbe su distribución no se podrá utilizar ésta. Existen mecanismos que protegen la información directamente vinculada con cuestiones privadas, relativas a la intimidad de la persona que no pueden estar a disposición del público. Estos se orientan a preservar y resguardar aquella información con el principal objetivo de que los no se almacenen, ya que esta información pertenece solo a la propia persona.

El uso de la información almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier medio físico debe respetar el honor, la privacidad, y el goce completo de los derechos. Así, deben impedirse las intromisiones perturbadoras y la inadecuada difusión de datos cuando se afecta la esfera íntima, tanto familiar como personal. Por esto se ha creado recursos especiales para proteger los datos que afecten a la honra o a la intimidad como el "habeas data".

¹³³ Constitución Política de Ecuador. Artículo 23

El *habeas data* está regulado en el artículo noventa y cuatro (94), de la Constitución Política del Ecuador, que dispone: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos que sobre si misma, o sobre sus bienes, consten en entidades publicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar al funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización..."¹³⁴

El *habeas data* proviene del latín: el primer vocablo significa "conserva o guarda" y el segundo "fecha" o "dato".

Miguel Ángel Ekmekdjian Calogero, define el *habeas data* como "Una garantía básica para cualquier comunicad de ciudadanos libres e iguales". Permite a toda persona acceder a públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o de su familia, para requerir su rectificación o la supresión de aquellos datos inexactos que de algún modo le pudiesen perjudicar en su honra, buena reputación e intimidad.

El derecho a la protección de datos implica, a su vez, el derecho a conocer la existencia de ficheros o de información almacenada y el propósito o la finalidad que se persigue con ellos; el derecho a acceder, que permite a los afectados averiguar el contenido de la información registrada, o participar de la información que sobre la imagen o concepto de ellos se tenga; y el derecho a rectificar, que es la posibilidad del titular afectado de que los datos sobre su persona al ser incorrectos, inexactos u obsoletos sean rectificados en la medida en que, al ser ajenos a la realidad, le pueden causar perjuicio."

El profesor Humberto Quiroga Lavié coincide con Kart Jaspers en que en este tiempo contemporáneo la intimidad se ve afectada por dos factores:

- a) "Por la masificación de la cultura: que invade la privacidad y afecta el desarrollo sostenido del hombre como individualidad,

¹³⁴ Constitución Política de Ecuador. Artículo 94

b) Por la tecnología: computadoras, bancos de datos, sensores remotos..."¹³⁵

Estos hechos han llevado al Estado a controlar y vigilar el uso de los instrumentos informáticos. El derecho del público a una información verdadera con la garantía de los poderes públicos, no solo han de poner los medios para que la sociedad pueda informarse por sí misma, sino defenderla de todo monopolio de la información, de todo falseamiento de la verdad y de toda presión sobre la opinión pública. Solo con estas garantías y con el respeto de los profesionales de la información a un código moral basado en el respeto a la verdad y a la intimidad de las personas, exigiendo el continuo servicio de estos a las necesidades de la sociedad; la información podrá desarrollar el papel que le corresponde de poner a las personas en una situación progresivamente más perfecta de conocimiento mutuo y de fraternidad universal.¹³⁶

4.7 Casuística para limitar derechos fundamentales.

Carmona Salgado, en su libro *Libertad de expresión e información*, señala que ningún derecho es absoluto debido a su coexistencia con otros derechos igualmente fundamentales, y por ello se encuentra limitado; a decir de este autor, la necesaria sujeción a límites recomienda realizar una interpretación restrictiva de los mismos sobre la base de dos criterios: en primer lugar, se debe tomar en cuenta que tanto las normas que regulan el derecho como las que lo limitan son igualmente vinculantes y, en segundo, que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de los límites que operan sobre él.

Los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución, no se consideran en forma aislada, frecuentemente dentro del proceso de investigación y persecución penal, se ven limitados, el problema radica en ponderar los límites dentro de los cuales es razonablemente aceptable que tales derechos y garantías se restrinjan, tal es el caso de las medidas cautelares o precautorias que se toman en cuanto a procesos penales, sin que quien

¹³⁵ Humberto Quiroga Lavié. *Lecciones de Derecho Constitucional*. (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989), Pág. 68

¹³⁶ *Ibíd.* Pág. 70

las sufra haya sido condenado en sentencia, tratándose en ocasiones de investigaciones por simples sospechas.

Se trata aquí de políticas criminales preventivas o de medidas precautorias para garantizar los resultados de un proceso, las que en su inicio parecen contrariar la presunción de inocencia del sujeto. Es usual por ejemplo que se observen puestos de inspección y registro, en los cuales elementos de la Policía Nacional Civil, detienen a los conductores de vehículos, les piden documentos de identificación y en determinados casos revisan el interior de los automotores sin que exista una orden expresa para el efecto, parecería en tales situaciones que las acciones de la autoridad colisionan con el derecho a la libre locomoción, la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona, sin embargo por cuestiones de política criminal, son limitaciones a los derechos socialmente aceptadas. Y, como resultado de tales medidas se ha logrado el incautamiento de drogas, detención de prófugos de la justicia, etc.

En circunstancias como las anteriormente citadas el Juez se constituye un garante de los derechos fundamentales limitados, debe por tanto existir en primer término la previsión legal que regule las injerencias a los derechos fundamentales sin colisionar con el texto constitucional que los resguarda y además normas procesales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada en forma arbitraria y abusiva, correspondiéndole velar porque estas restricciones se realicen en proporción a los hechos que las originen.

Los Jueces se encuentran facultados para ordenar medidas coercitivas, pero deben expresar sus fundamentos, pues ésta como se indicó, las mismas suponen la injerencia estatal en los derechos de rango constitucional, lo que obliga a los Jueces al examen de las razones que motivan el pedido de toda autoridad administrativa para la aplicación de la medida coercitiva.

A manera de ejemplificar los argumentos antes expuestos, puede citarse el artículo 24 de la Constitución,¹³⁷ que regula el derecho a la intimidad en cuanto a señalar la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, y que limita tal derecho, en cuanto a que los anteriores medios de comunicación pueden “revisarse o incautarse” en virtud de orden escrita de juez. Sin

¹³⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 24

embargo dentro del mismo precepto no se limita el secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros productos de la tecnología moderna. Pero, ¿Cómo debe resolver el Juez ante la solicitud de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, considerados medios especiales de investigación permitidos por el artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada?¹³⁸ Al juzgador le compete la aplicación de la Ley, es su obligación, el contenido de la misma no es producto de su creación, ¿qué hará al momento de resolver en relación a una medida? El caso es que a él debe aplicar el derecho vigente y no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Si los límites de los derechos fundamentales, surgen de la necesidad e idoneidad de las medidas dentro de un proceso y solo pueden justificarse dentro de la resolución judicial que los autoriza como medidas necesarias para la persecución y prevención del delito, ponderando su aplicación en aras del bien común, debe por tanto existir un balance entre el bien común que prevalece ante el bienestar individual, en aras de la paz social, constituyéndose el Juez como garante de los derechos fundamentales.

Luego de tales consideraciones se debe entonces resolver el problema de la licitud de la prueba obtenida a través de medidas restrictivas de derechos fundamentales que no se encuentran limitados en el texto constitucional. Al respecto el artículo 186 del Código Procesal Penal que establece: “Todo elemento de prueba para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código.”¹³⁹

Asumiendo que en un proceso de investigación se lleguen a obtener elementos o medios de prueba suficientes para el procesamiento y enjuiciamiento penal de uno o varios sujetos vinculados con el crimen organizado transnacional, por ejemplo, que de una

¹³⁸ Congreso de la República, Decreto 21-2006. Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: librería Jurídica, 2007), Artículo 48

¹³⁹ Congreso de la República. Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 186

comunicación telefónica se obtenga información sobre un cargamento de droga, se haga un operativo por medio del cual se incaute tal cargamento y se capturen a los implicados. ¿Qué ocurrirá al momento de valoración de la prueba? ¿Cómo deberá resolver el Tribunal, a la luz de las evidencias o al amparo del texto constitucional que protege la secretividad de las comunicaciones? Sería un lamentable e infructuoso gasto de recursos materiales y humanos, implementar medidas de interceptaciones y que luego los medios de prueba obtenidos no se valoren al momento de dictar sentencia por ser inconstitucionales, no puede a la presente fecha apuntarse el sentido en que se pronunciará un Tribunal, porque no hay un proceso concluido en el que se utilizaran medios de prueba como los sugeridos, únicamente se hacen presunciones en cuanto a los elementos de juicio a considerar.

4.8 Nulidades para atribuir ilicitud a la prueba derivada de interceptaciones.

Doctrinalmente existen dos posiciones que señalan la nulidad de la prueba ilícita, independientemente del momento procesal en que se produce la irregularidad:

La primera, es defendida por los autores que circunscriben en la prueba ilícita exclusivamente a los casos en que resultan vulnerados los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

La segunda, sin considerar el rango del derecho vulnerado, señala la existencia de la nulidad por el desconocimiento o indebida observación de las normas reguladoras de la obtención y práctica de la prueba, entendiéndose como infracción de las normas procesales implica al desconocimiento del proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, por tanto, en todos estos casos, la valoración de la prueba estaría constitucionalmente prohibida, desde esta perspectiva es nula toda resolución judicial que admita una prueba ilícita obtenida mediante la violación de derechos fundamentales. Tal es el caso de que en la práctica judicial se presenten situaciones excepcionales como la prueba incorporada al proceso de forma irregular o a través de la vulneración de un derecho no fundamental, como el documento incorporado al juicio previo hurto del mismo.

A este respecto la doctrina norteamericana conocida como *fruti of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado) se refiere a la prueba ilícita directa, como la obtenida mediante la vulneración de derechos fundamentales y la prueba ilícita indirecta, como todo elemento probatorio que se derive de esa vulneración.

Concluyendo puede indicarse que al resolver la nulidad de las pruebas se considera adicionalmente si fueron obtenidas mediante la violación directa o indirecta de los derechos y garantías individuales.

Mientras el artículo 48 de la Ley continúe vigente,¹⁴⁰ el derecho al debido proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 12 de la Constitución,¹⁴¹ supone únicamente la nulidad de aquellas actuaciones que tengan su origen en una medida ilegítima o irregular. Es decir que falte algunos de los principios procesales, o se cumplan en forma defectuosa, de manera que constituyan vicios del procedimiento tanto los actos como las pruebas que tengan su origen en las medidas.

En este sentido hay que tener por infracciones de alcance constitucional la ausencia de fundamento para su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, los defectos trascendentales en la resolución judicial, o las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado que supongan una extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o de terceros, tales como prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente y, en definitiva, cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos.

Las diligencias de interceptaciones de algún medio de comunicación de tipo personal realizadas sin las garantías que la legitiman devienen nulas de pleno derecho y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como elemento probatorio.

¹⁴⁰ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

¹⁴¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 12

En la Ley se diferencian tres momentos de desarrollo de las medidas especiales: La decisión judicial¹⁴² de autorizar las interceptaciones de las comunicaciones, la ejecución policial de dicha autorización con la supervisión del fiscal a cargo de la investigación, y la incorporación a las actuaciones de su resultado.

El juicio de experiencia que determina el grado de conexión entre la prueba originaria y la derivada, en relación a determinar la pertinencia o impertinencia de esta última, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, al proceso solo se introducirán las grabaciones de aquellas conversaciones o parte de ellas, que, a solicitud del Fiscal, se estimen útiles para el descubrimiento de la verdad, sin embargo la Ley señala que el contenido íntegro de las interceptaciones se pone a la disposición del Juez o Tribunal, quien en último término será quien decida.

¹⁴² Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 57

CAPÍTULO V

La escucha telefónica reputada de prueba ilícita y su control judicial.

5.1 La escucha telefónica como actividad procesal defectuosa.

Los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Código Procesal Penal, no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella¹⁴³. La prueba ilícita no es ni más ni menos que una actividad procesal defectuosa. El reclamo de subsanación de una actividad procesal defectuosa, exige a la parte agraviada describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda. Ahora bien, si por las circunstancias hubiere sido imposible advertir en el momento el defecto, la parte deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo.

Debe recordarse que de acuerdo a la ley, en estos casos, no será necesaria la protesta previa y los defectos podrán ser advertidos aún de oficio. El acto es nulo y por ende ineficaz de conformidad con la ley del Organismo Judicial.¹⁴⁴

5.2 Requisitos para determinar legalidad de la prueba obtenida mediante medidas especiales de investigación:

La obtención de la prueba, en cualquier tipo de procesos, para ser válida y permitir al Juez su valoración, debe lograrse por vías legalmente establecidas.

Picó I. Junio aporta como alusión del problema, el de la cinta magnetofónica en la que aparece recogida una determinada conversación interceptada por uno de los intervinientes, o un tercero bajo la autorización y supervisión judicial¹⁴⁵. En este último caso se exige la existencia de una motivada resolución judicial que ponderando los intereses del conflicto, esto es, bajo la estricta observancia del principio de proporción. En consecuencia, la ausencia de autorización

¹⁴³ Ver Arto. 281 del CPP Guatemalteco; Es decir que los actos probatorios cumplidos con inobservancia de las formas procesales son nulos.

¹⁴⁴ Ver Arto. 4 de la LOJ.

¹⁴⁵ Pico i Junio, Joan, El derecho a la prueba en el derecho procesal civil, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, Pág. 356.

judicial, motivación razonable o justa necesidad en ella, determinan irremediablemente, la licitud de la prueba obtenida.

5.3 Doctrina de mayor incidencia para la determinación de la ilicitud de la prueba.

Parece un acuerdo comúnmente aceptado, entre los penalistas que investigan este tema, que la especie conocida doctrina del “fruto del árbol venenoso”, por la cual la prueba obtenida violando garantías constitucionales, a pesar de la certidumbre que ofrezca, no puede ser válida ni tenida por legítima, por cuanto está viciada desde su nacimiento.

El origen de esta teoría es anglosajona, y en Estados Unidos se aplica, por primera vez, en el caso “Silverthorne Lumber Co. Vs. United State” (251 US 385-1920) cuando la corte federal decidió que el Estado no podía intimidar a una persona a que entregara cierta documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal.

Luego, en la causa “Nardote vs. United State” (308 US 338-1939) dicho tribunal utiliza la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

Con todo, el punto de partida puede variar conforme el ordenamiento jurídico que se analice, porque el modelo anglosajón parte de “exclusiones de prueba” por apropiación viciada; mientras que los sistemas de tradición romana aplican el régimen de “nulidades procesales”; en cambio, los que asientan su legislación en la doctrina germana, remiten a las potestades del Juez para determinar en cada caso concreto cuándo una prueba es ilícita ¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Cfr. Parra Quijano, Jairo. Manual de derecho probatorio, 14ª edi. Librería ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2004, págs. 22 a 41. Pico i Junio, Joan. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil, en Libro de Ponencias al XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, edición de la Universidad Libre, Bogotá, 2005. págs. 839 a 872.

En consecuencia, para abarcar la cuestión desde una teoría general, es mejor comprender las diversidades en la medida que cada sector puede interpretar los hechos con miradas diferentes. Para el *common law* la prueba “no existe”; para el *civil law* es nula, y para el sistema germánico es un tema de utilidad y aprovechamiento¹⁴⁸.

Vale decir, la lectura es distinta, como lo son, también los parámetros. Cada uno de ellos contrae cuestiones de valoración independiente donde comienzan otras diferencias como la distinción entre “prueba ilícita” y “prueba ilegal”; la posibilidad de redimir el vicio cuando el imputado presta acuerdo explícito; la apreciación de la conducta del encartado, etc.

5.4 Conducta del imputado en el proceso, cuando se le sindicca por hechos establecidos criminalmente, resultado de una escucha telefónica.

Una de las primeras incertidumbres que juegan en la especie se da con el esquema procedimental pensado para el enjuiciamiento penal. En él acontece una suerte de disparidad entre los criterios legales y el sentimiento popular de justicia.

Es cierto que la presunción o estado de inocencia es la máxima garantía del imputado, pero también lo es que ella necesita confrontar la conducta del imputado con las garantías que cuenta para su defensa.

¹⁴⁸ Pueden existir situaciones ambivalentes en estos casos, de manera que si la obtención ilegal de la prueba termina por no afectar al imputado, podría revocarse alguna confesión por ello: a) Es inconveniente hablar de inutilidad o “inaprovechabilidad” de la prueba obtenida ilegalmente para evitar que si ella favorece al imputado, por el origen ilegal no se aplique en la investigación. Ello supondría perjudicarlo doblemente: primero al violar la garantía que origina la ilegalidad de la prueba, y segundo, al no permitir usar el medio obtenido que lo beneficiaría. b) Hay que resolver que ocurre con la prueba conseguida legalmente a partir de una prueba ilegal. Pues en estos casos debiera diferenciarse el nexo entre prueba ilegal y prueba legal que se torna impropia (por ejemplo, cuando de la confesión obtenida mediante apremios ilegales se llegan a determinar hechos incriminatorios, o en el caso de filmaciones logradas por el mismo imputado en forma sorpresiva, desde el cual se pretenden encontrar justificativos para el cargo penal.

En estos supuestos, cuando la prueba, aunque se realice legalmente se origina desde un medio ilegal y no existen fuentes alternativas que la validen (ejemplo, testigos que declaran sobre los hechos confesados), también esta nueva prueba formalmente legítima debe considerarse inaprovechable como elemento de cargo.

Se trata de resolver si la pasividad absoluta del sospechoso puede tener consecuencias en el proceso penal cuando la prueba es insuficiente para abastecer fundadamente una condena, o si debe requerirse la colaboración del individuo en aras de obtener la verdad real que todo acto de justicia persigue.

En principio, la solución pacífica significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha quebrado su presunción de inocencia, mediante una mínima prueba de cargo, que acredite los hechos que suscitan la acusación y que ella sea ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Debe quedar en claro, liminarmente, que el principio de inocencia tiene motivos constitucionales que prefieren no condenar en caso de duda razonable, antes que penalizar a un posible inocente.

Esto sólo sería suficiente para responder el interrogante; sin embargo, la falta de colaboración puede funcionar en un sentido distinto; en su caso, podría interpretarse que el imputado que no utiliza adecuadamente los principios y garantías que lo escudan, sea por su propia decisión o por falta de necesaria diligencia, no sufre cercenamiento en su derecho de defensa y el tribunal podría aplicar las consecuencias de su propia conducta.

Un ejemplo sería denegar el derecho al recurso de quienes voluntariamente, no se presentan a la causa, prefiriendo su condición de prófugos de la justicia.

También cuando la negativa a someter el cuerpo a requisas o estudios, sin causa justificada, puede tomarse como una presunción en su contra.

Desde esta perspectiva, más polémica, una prueba viciada *lato sensu*, podría aplicarse en proceso si el imputado no colabora en demostrar su ausencia de responsabilidad penal (o civil).

5.5 La llamada prueba inconstitucional.

Ahora bien, la protección procesal constitucional del derecho de defensa lleva a esgrimir como herramienta principal a la Norma Fundamental del Estado. Esta contiene numerosas garantías que implementan las reglas constitucionales del debido proceso, las que impiden obrar contra ellas en cualquier tipo de procedimiento. Por eso, los ciudadanos tienen derecho a no sufrir intervenciones de mera prospección en sus domicilios o en sus comunicaciones; pueden circular libremente sin ser objeto de indagaciones o controles restrictivos aleatorios; tampoco pueden ser filmados en sus actos personales sin tener conocimiento de ello; en suma, son “garantías” independientes y, al mismo tiempo, complementarias del derecho a la presunción de inocencia.

Supongamos que se utilicen videocámaras en lugares públicos para prevenir la comisión de ilícitos, de modo tal que, toda persona resulta grabada en sus actos sin haber prestado autorización para ello porque, a ciencia cierta, no sabe que ésta siendo filmada.

Pensemos en la apertura de valijas por las aduanas de los países donde se ingresa; razonemos en los test de alcoholemia al conductor sorprendido en una probable infracción de tránsito; meditemos con la detención preventiva de personas sospechosas encontradas en un grupo o tumulto, etc.

En todos estos supuestos hay un límite expandido y una regla para la valoración; v.gr.: no será lo mismo grabar aleatoriamente los actos de una persona perseguida sin orden judicial; tampoco será igual abrir una maleta en un límite fronterizo que leer un diario personal encontrado dentro de ella.

En España el Tribunal Constitucional recuerda también que, en los videos de seguridad no hay afectación al derecho a la intimidad porque éste no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales. En tal situación, el interés público relevante –la seguridad o la prevención- autoriza que se recorte el derecho porque tiene un fin legalmente

previsto, y el medio destinado para alcanzarlo es proporcional y adecuado con las circunstancias que rodean, y en todo caso, respeta el contenido esencial del derecho.

Por eso el punto central que queremos enfocar se dirige a la relación que existe entre las garantías constitucionales que nutren las libertades individuales, con las relaciones sociales que alimentan otras garantías de igual naturaleza fundamental, como la seguridad, el desarrollo, la protección jurídica; etc.

Vale decir, son varios los temas que llegan y distintas las perspectivas que se tienen. Nosotros dirigimos el estudio hacia las garantías que tornan ilícita e ilegal la proyección una prueba; el cuál es el límite que se puede superar. Es decir, una cosa será permitir que la prueba se produzca y llegue a la etapa de ser valorada en cuyo caso habrá que estudiar el principio de proporcionalidad; y otra diferente es analizar si esa prueba puede o no llevarse a la etapa final.

5.6 Clasificaciones de la prueba refutada de ilegal e ilícita.

Consideremos como punto de partida que hay situaciones especiales que admiten adquirir pruebas violando garantías individuales, siempre y cuando la obtención se realice con previa autorización judicial.

Este placet (admisión complaciente) tiene, a su vez, el límite de la razonabilidad y la justificación, de modo tal que la excepcionalidad del caso, comienza a elaborar distinciones en la prueba, como si fuera posible encontrar causales de justificación que disminuyan la ilicitud originaria a grados de tolerancia que disuadan su incorporación al proceso.

De este registro son las llamadas:

- a) Pruebas irregulares;
- b) Prueba ilegítima;
- c) Prueba viciada y,
- d) Prueba Clandestina.

5.6.1 La prueba irregular.

Por prueba irregular debe entenderse aquél elemento probatorio obtenido y practicado con vulneración de preceptos constitucionales, donde la crisis se manifiesta, de manera principal, en la forma de adquisición.

La diferencia entre prueba ilícita y prueba ilegal o irregular reside, de este modo, en el carácter o naturaleza de la norma infringida. Si se trata de una norma constitucional, la prueba es ilícita (allanamiento de morada; invasión de la intimidad; etc.); y si la violación es de otro tipo de preceptos, la prueba es ilegal (la declaración de testigos menores; ausencia de controles probatorios, etc.).

En uno y otro caso, debiera estar proscripta la incorporación de estas pruebas en un expediente de cargo, pero con el argumento de buscar la *verdad procesal* y *alcanzar la justicia como fin de todo proceso* suelen estar receptadas.

Otros principios que no son regulares ni eficaces, ni están al servicio de la Constitución y los hombres, pues esos principios no pueden aplicarse. Tomando su utilización en actos procesales absolutamente ineficaces.

Así lo afirmó también Carnelutti, cuando sostuvo que si fue ilegal la adquisición (de la prueba), no podrá utilizar el documento; y si lo hiciera. Además de ser penado por la usurpación, no podrá utilizar el documento: Y si lo hiciera, además de ser penado por la usurpación, dolo o abuso de confianza que haya cometido para adquirirlo, el Juez no deberá darle mérito legal en favor del que lo haya presentado con tal abuso, por la regla de derecho de que los hechos ilícitos no deben aprovechar a su autor.

En síntesis, si es nula la obtención material de este tipo de pruebas, será nulo e inaprovechable todo acto posterior que pretende basar su eficacia en la prueba ilegalmente adquirida.

5.6.2 La prueba ilegítima.

La distinción entre prueba ilícita y prueba ilegítima es del derecho italiano, donde se diferencia entre la vulneración de una norma material o procesal, respectivamente. Cappelletti refiere a dos tipos de ilegitimidad en materia probatoria.

La primera tiene lugar en el momento de creación y obtención de la fuente de prueba, y la segunda se produce en el momento de admisión y práctica de la prueba en el proceso. De acuerdo con ello, rechaza la validez de lo obtenido mediante el segundo tipo de ilegitimidad, inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación suele establecer distancia entre las pruebas ilícitas según la obtención provenga de un elemento físico o corporal (v.gr.: Estupefacientes hallados; documentación habida en el allanamiento, etc.); Respecto de aquella que proviene directamente de personas a través de sus dichos (v.gr.: testigos).

Se sostiene así que, si la prueba ilícita consiste en un elemento físico, material o corporal, entonces habrá de perder para siempre todo su valor. Empero, si de testimonios se trata, como se hallan provistos de "voluntad autónoma", existirán mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria.

En nuestra opinión, si bien desde un punto de vista dogmático el concepto de prueba ilegítima aparece claramente delimitado, su utilización en el marco de un ordenamiento jurídico resulta inoperante, pues lo esencial o relevante es la vulneración de derechos fundamentales, independientemente del momento extra o intra procesal en que haya tenido lugar, y del hecho de que se haya infringido además una norma de carácter material o procesal.

5.6.3 La prueba viciada

Algunos autores acogen éste término para referirse a aquella prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido pero sin tener en consideración para nada la forma como se ha obtenido. Lo destacable de este tipo de prueba no

es la ilicitud o ilegalidad sino la veracidad o certeza de los datos fácticos que la misma aporta al proceso.

Esta modalidad suele darse en distintos medios que reportan una clara utilidad al proceso de descubrimiento de la verdad pero que no se pueden incorporar como medios probatorios por la ilicitud que vicia el acto de recolección probatoria.

El vicio es propio de los sistemas romanos, a diferencia del common law que toma a la prueba como inexistente. Mientras en el primero la regla es anular la prueba, en el restante no se tiene en cuenta porque se la excluye de inmediato.

Ahora bien, veremos más adelante que esta sutil distinción tiene trascendental importancia cuando pese a la nulidad o inexistencia aparente, la prueba se lleva al proceso a la etapa de valoración provocando su ingreso por la vía de los indicios.

5.6.4 La prueba clandestina.

Prueba clandestina es aquella que se obtiene a través de un comportamiento oculto o de un acto realizado sin publicidad, es decir, aquella que se lleva a cabo de un modo solapado, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas.

Es el modelo probatorio que nos interesa en particular porque toma la fuente de verificación a partir de un medio nunca previsto, como es la filmación subrepticia, y por eso requiere de particularidades definitorias para asegurar su utilidad procesal.

En efecto, la prueba adquirida con vicios formales o sustanciales no vale como tal aunque puede servir como indicio. Pero, es nula de nulidad absoluta y total cuando afecta los derechos constitucionales de las personas.

¿Vale o no esta prueba? No hay reglas establecidas, a lo más, los criterios se parecen a los indicados en las demás pruebas clasificadas.

Ahora bien, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
- Si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida efectiva (más moderada) para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente,
- Si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

5.7 Las garantías procesales y judiciales

En este espacio se dan las garantías que tiene el justiciable para actuar dentro de un proceso judicial justo y equitativo.

En los hechos juega el principio de bilateralidad y contradicción (todo proceso se implementa entre dos partes que alegan y replican procurando llevar certeza al Juez sobre la verdad de sus afirmaciones), y en materia probatoria significa que las partes tienen derecho a producir prueba; controlar la que su contraria genere; evitar que se traigan materiales prohibidos o que sean pruebas abundantes, superfluas o inútiles (en este último caso, trabajan las facultades judiciales de selección y ordenación).

Cada uno refleja una preocupación porque si se ponen trabas para la producción probatoria de cargo (o descargo), el equilibrio de la balanza se quiebra; si la prueba se produce sin conocimiento o control del acusado, también hay una crisis; cuando el material probatorio es tomado sin orden judicial, puede tornarse nulo, anulable o inexistente; y si esa misma prueba fue ordenada por quien no tiene facultades jurisdiccionales (v.gr.: orden policial) también hay una ilicitud o, al menos, una irregularidad que es menester declarar.

Por eso, el complemento de las garantías procesales son las garantías judiciales, mediante las que la prueba se ordena y fundamenta con el control judicial necesario a su licitud y pertinencia.

Ahora bien, si el eje de la discusión lo instalamos en las garantías que tiene el justiciable para adquirir prueba y lograr que el Juez quede persuadido con ella, tendremos que preguntarnos: ¿Cuál es la finalidad de la prueba? Parece razonable responder con el argumento de que la finalidad consiste en la reconstrucción formal de la verdad material. Otras preguntas posibles son: ¿Es cierto que podemos consolarnos con una verdad jurídica objetiva? ¿Nos debemos resignar a que la verdad sea de imposible alcance en cualquier tipo de procesos?

A manera de respuesta, en el proceso penal el Juez que promueve la producción de una prueba tampoco pierda imparcialidad; no creemos que con ello se cercene la presunción de inocencia. Por supuesto que esto es discutible, pero marca una línea divisoria.

5.8 Fuentes y medios de prueba

Observemos el caso desde las fuentes y los medios de prueba, porque es diferente la forma como se captura e ingresa al proceso según sea el modelo procesal. Mientras el derecho anglosajón, a través del common law ha preferido la libertad del individuo y su derecho a la autodeterminación, sosteniendo la consigna que la libertad de cuerpo y alma es el derecho por excelencia de las personas; sin menospreciar la libertad individual, el derecho continental europeo que se ha transmitido a nuestros modelos americanos de enjuiciamiento, ha optado por el bienestar general, solapando sin afrentar, las garantías individuales.

Ello implica una polémica de carácter ético. La autonomía del individuo para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del resto de la sociedad de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la eficacia de los medios y fuentes probatorios.

Por ello, los avances científicos y técnicos del momento actual permiten que en numerosas ocasiones el objeto de la prueba sea el resulta de interceptaciones telefónicas. En estos casos se espera que el perito sea capaz de dilucidar de qué material se trata y/o cuales

son las características del vehículo que utilizará para mantener en resguardo el material informativo con el que pretende probar la existencia de hechos históricos.

5.9 Cadena de custodia y contrapericia.

Las garantías científicas de la pericia, deben integrarse con las garantías jurídicas comprendiendo estas a la llamada "cadena de custodia" y a la contrapericia.

La cadena de custodia debe garantizar que el camino que recorren los indicios o muestras desde que se recogen hasta que se conocen los resultados se ha hecho en las condiciones de seguridad y de rigor adecuadas lo cual permite asegurar que el indicio que se produjo en un laboratorio de escuchas telefónicas, es el que se recogió de una comunicación referida al ilícito que se investiga y que las condiciones en las que se ha mantenido son las más adecuadas para llegar a buenos resultados.

La contrapericia es la posibilidad de realizar un doble análisis sobre una misma muestra por dos peritos diferentes y/o en dos Centros diferentes, esta es una garantía irrenunciable para el buen hacer de la Justicia.

De lo expuesto, estamos diciendo que son pruebas procesales que se pueden utilizar en el proceso merced a ciertos resguardos que no son totalmente insertos en la garantía de la defensa en juicio, sino en la legalidad del medio de prueba, de manera tal que para ser útil y efectivo, debe garantizar la seguridad.

5.10 La prueba en la óptica del afectado o presunto autor del delito o del hecho que se le imputa.

No olvidemos que el encartado descansa en la presunción de inocencia, y en que el sistema probatorio no lo obliga a defenderse probando (como podría ser el caso del proceso civil) porque mientras no se demuestre la autoría, no podrá haber condena.

¿Qué ocurre cuando para probar es necesaria la intervención del afectado? ¿Qué sucede si debemos tomar muestras de piel o sangre para revelar la cadena de ADN y lograr así un resultado científico en el proceso?; Hay enfoques simples como el control del alcoholismo del conductor, que no se puede resistir al análisis.

También se ha invocado la similitud entre la donación de la muestra y la declaración contra sí mismo, circunstancia que de ser cierta excluiría la obligación de colaboración. A esto ha contestado la jurisprudencia con el argumento de que el sospechoso o imputado al que se solicita la muestra sólo es "objeto material de la comprobación del ADN", hecho que conduce a un resultado que puede ser positivo o negativo, por lo que no es de entrada desfavorable para el sospechoso. Con el análisis se le da la oportunidad de demostrar su inocencia y desde luego". No es equiparable a la declaración en contra que uno mismo que contempla la Constitución."

En tal sentido afirmó: "ciertamente, es un valor entendido que los derechos a la intimidad ya la privacidad, al igual que los demás derechos individuales que la Constitución garantiza, suponen límites a la averiguación de la verdad real en el proceso penal. Pero también lo es que la propia Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal en la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.

"Ello es lógica consecuencia de aquel principio fundamental en virtud del cual los derechos y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto, sino que la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Con el artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto número 21-2006, se pretende utilizar un sistema de espionaje autorizado por el Estado, con la expectativa de evitar, prevenir e investigar hechos ilícitos, sin embargo en atención al contenido del artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala en concordancia con el artículo 44 del mismo texto legal, los medios de prueba obtenidos por medio de las interceptaciones telefónicas, son ilícitas e ilegales, constitutivas de violaciones a garantías constitucionales que se refutan nulas de pleno derecho y por tanto resultan infructuosos los esfuerzos del órgano investigador para obtenerlos; porque se traducen en defectos absolutos de anulación formal, constituyendo prueba que no podría ser valorada en juicio.
2. El Estado debe erogar parte del presupuesto para capacitar técnicos que ejecuten las medidas especiales, pero existe el problema de la efectividad de las medidas, pues todo buen abogado defensor podrá, amparado en la ley correspondiente, reclamar la anulación formal de los actos obtenidos de los procedimientos procesales establecidos en la ley adjetiva de la materia. En otro orden de ideas, las pruebas obtenidas por este medio, podrían ser refutadas de ilicitud por inconstitucionalidad de la norma que permite su utilización en el proceso de investigación criminal, en el caso concreto.
3. Los derechos humanos no son absolutos, la factibilidad de sus limitaciones debe constar en forma expresa en las normas constitucionales que los garantizan. Por tanto y en atención a la jerarquía de las normas, si la excepción al derecho no se encuentra considerada, la ley ordinaria no está facultada para imponerla, ya que la misma deviene nula de pleno derecho.
4. La correspondencia electrónica, aunque no se encuentra regulada en forma expresa como un medio de comunicación excluido de cualquier interferencia o incautación, sin embargo, por ser producto de tecnologías modernas, debe considerarse como una comunicación protegida por el artículo 24 de la Constitución Política de la República de

Guatemala, que al ser objeto de violación a través de las interceptaciones telefónicas, puede ocasionar lesiones al derecho a la intimidad. Prueba de lo anterior, es el hecho de que existan normas sustantivas de carácter penal, que regulan tipos penales que contienen acciones consideradas ilícitas y en las cuales se incurre al acceder sin la debida autorización a este tipo de comunicaciones.

5. Presumiblemente, por política criminal de gobierno y cuestiones de seguridad e interés social, consideradas por los legisladores, se impuso el interés de salvaguardar el bien común a través de las llamadas “interceptaciones telefónicas”, sobre el interés particular de respetar garantías y derechos fundamentales como lo son el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.
6. El espíritu de la Ley que aprueba la utilización de interceptaciones como medios de investigación especial, debe extraerse o inferirse del texto mismo, posiblemente, fue discutido y analizado en forma exclusiva por los legisladores, ya que en su momento se consideró la aprobación de la Ley de urgencia nacional, motivo por el cual, se efectuó en una sola lectura.
7. Las interceptaciones de los medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético son legales en cuanto a que la norma que las posibilita sufrió un proceso legislativo de acuerdo a la Ley del Organismo Legislativo, es decir fue aprobada, sancionada, promulgada, publicada y se encuentra vigente, por tanto su cumplimiento es obligatorio y pueden efectuarse las interceptaciones dentro del proceso de investigación penal y consecuentemente obtenerse medios de prueba. Pero susceptible de reclamos cuando exista actividad procesal defectuosa, que determine su nulidad o anulabilidad; Siendo otra forma, para que el efecto nocivo de la norma cese, la utilización del mecanismo de defensa constitucional consistente en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, para ello es necesario que el Órgano competente (Corte de Constitucionalidad) se pronuncie al respecto.

RECOMENDACIONES

1. En nuestra legislación Guatemalteca se establece la jerarquización de la Ley, en el entendido que Ley Constitucional es superior en observancia obligatoria para todo ciudadano habitante de la Republica de Guatemala en donde gobernantes y gobernados están sujetos a ella y jamás una ley ordinaria o ley especial será superior a esta.
2. De esta manera el Congreso de la Republica en su Decreto legislativo 21 -2006 de la Ley Contra la Delincuencia Organizado, estableció en su artículo 48, pretendiendo establecer un sistema de espionaje autorizado por el estado, con la expectativa de evitar, prevenir e investigar hechos ilícitos, sin embargo en atención al contenido del articulo 24 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala y en concordancia con el articulo 44 del mismo texto legal, los medios de prueba obtenidos por medio de las interceptaciones son nulos de pleno derecho y por tanto resultan infructuosos los esfuerzos del órgano investigador para obtenerlos.
3. Por tanto, la aplicación de la administración de justicia de acuerdo a una norma que violenta la carta magna, constituye una violación al Estado de Derecho, debe de elaborarse si, una ley especifica que permita a través de métodos científicos la investigación contra la delincuencia organizada siempre y cuando no riña con lo establecido en la Constitución Política de la Republica de Guatemala

BIBLIOGRAFÍA.

- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual* Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L. 1977
- DE LEON VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Guatemala: Editorial Crockem, 2002.
- Diccionario de la Lengua Española* . Madrid: Editorial Espasa Calpe, S.A. 1992
- Fundación Mirna Mack *Valoración de la Prueba (Compilación Serie Justicia y Derechos Humanos)* Guatemala: Litografía Arte, Color y Texto, S.A. 2001
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Diagnósticos Sobre la Situación*, Costa Rica: Mars Editores, S.A. 2000
- MORALES ALVARADO, Sergio Fernando. *“Garantías Individuales”*. Guatemala: Serviprensa, 2005.
- OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000.
- PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique *La Seguridad Jurídica*. España: Editorial Ariel, 1991.
- REYES CALDERON, José Adolfo, *“Política Criminal”* Guatemala: editorial Grupo Kompas, 2003.

Leyes:

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: enero 1,986 y sus reformas.
- Congreso de la República, Decreto 17-73. Código Penal.
- Congreso de la República. Decreto 51-92. Código Procesal Penal.
- Congreso de la República, Decreto 67-2001 Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.
- Congreso de la República, Decreto 58-90. Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero.
- Congreso de la República, Decreto 21-2006. Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- Congreso de la República, Decreto 48-92. Ley Contra la Narcoactividad.
- Congreso de la República, Decreto 67-2001. Ley de Lavado de Dinero.

Congreso de la República, Decreto 71-2005. Ley de la Dirección General de Inteligencia Civil.

Congreso de la República, Decreto 95-98. Ley de Migración.

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

Congreso de la República, Decreto 85-2002. Ley en Materia de Antejucio.

Congreso de la República, Decreto 94-96. Ley General de Telecomunicaciones.

Congreso de la República, Decreto 58-2005. Ley Para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo y su Reglamento.

Página Web

AZNAR GOMEZ H. “***El Derecho a la intimidad***”; disponible en: <http://www.maestrosdelweb.com/editorial/dereintimidad/>.

BRIAN NOUGRERES, A: “***El Derecho a la Intimidad en la era de las Nuevas Tecnologías***”; disponible en: <http://lac.rights.apc.org/legislacion/tic.shtml>

Privacy Act. de 31 de diciembre de 1974, disponible en: http://www.informatica-juridica.com/legislacion/estados_unidos.asp.

AZNAR GOMEZ H. “***El Derecho a la intimidad***”; disponible en: <http://www.maestrosdelweb.com/editorial/dereintimidad/>.