

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

"LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN REGULADOS EN LA LEY CONTRA LA
DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO DEL DERECHO A NO
DECLARAR CONTRA SÍ Y PARIENTES"

TESIS DE POSGRADO

DIANA LUCÍA YON VÉLIZ
CARNET 10428-06

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

"LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN REGULADOS EN LA LEY CONTRA LA
DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO DEL DERECHO A NO
DECLARAR CONTRA SÍ Y PARIENTES"

TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
DIANA LUCÍA YON VÉLIZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. AMADA VICTORIA GUZMAN GODINEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. ANGELICA YOLANDA VASQUEZ GIRON
MGTR. EDGAR ORLANDO RUANO GODOY
MGTR. SET GEOVANI SALGUERO SALVADOR

Guatemala, 17 de febrero de 2015.

Honorable
**CONSEJO DE LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**
Presente.

Me dirijo a los señores miembros del Consejo de Facultad, en referencia a la designación que me hicieran para realizar la labor de asesoría de la investigación de graduación (tesis) de la Licenciada Diana Lucía Yon Véliz, para optar al grado académico de **MAGISTER ARTIUM EN DERECHO CONSTITUCIONAL**.

La investigación realizada por la Licenciada Yon Véliz se titula ***"Implicaciones del derecho constitucional a no declarar contra sí y parientes, en relación a los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada"***, la cual a juicio de la suscrita, además de reunir todos los requerimientos metodológicos y sustantivos que la Universidad Rafael Landívar demanda como parte de la formación con excelencia académica que sirve a sus estudiantes, representa un importante y especializado aporte a la realidad nacional sobre el tema.

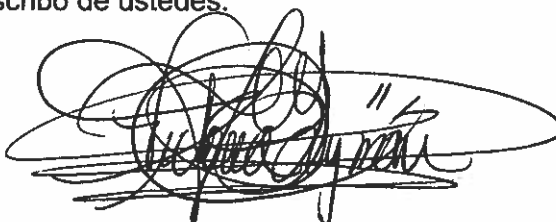
Considero importante referir que como parte de la asesoría proporcionada, en consenso con la Licenciada Yon Véliz, y luego de haber profundizado en el tema, acordamos efectuar ajustes al título originalmente propuesto, ***"El derecho constitucional a no declarar contra sí y parientes, respecto de los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada"***, para dejarlo como se presenta en el trabajo de tesis, puesto que con el mismo se da más claridad a la temática sobre la que versa el trabajo de investigación.

Deseo hacer del conocimiento del honorable Consejo de Facultad, que durante el tiempo en que tuve el honor de desempeñarme como asesora de la Licenciada Yon Véliz, pude confirmar la dedicación y diligencia con que efectuó su investigación.

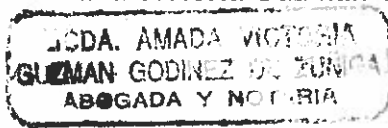
En virtud de lo anterior, por medio de la presente, y en cumplimiento del mandato que el Consejo de Facultad me encomendara, emito el pertinente **DICTAMEN FAVORABLE** a la tesis de la Licenciada Diana Lucía Yon Véliz, ya individualizada.

Sin otro particular, me suscribo de ustedes.

Atentamente,



Msc. Amada Victoria Guzmán Godínez



Guatemala, 10 de junio de 2015

Señores
Miembros del Consejo Académico
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Honorables miembros del Consejo Académico:


Por este medio nos dirigimos a ustedes con el objeto de indicarles que, en virtud de designación oportunamente realizada, formamos parte del tribunal examinador que evaluó la defensa privada de la tesis denominada *Implicaciones del derecho constitucional a no declarar contra sí y parientes, en relación a los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada*; elaborada por **Diana Lucía Yon Véliz**, previo a obtener el título correspondiente en la Maestría en Derecho Constitucional. Como consecuencia de la evaluación llevada a cabo, se hicieron correcciones y recomendaciones para ser incorporadas al trabajo; dentro de estas se sugirió modificar el título del trabajo para que se ajustara cabalmente al contenido de la investigación, quedando de la siguiente manera: *Los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada y sus implicaciones respecto del derecho a no declarar contra sí y parientes*. La tesista atendió todas las correcciones sugeridas, incluyendo la relativa al título; por tal razón, por este conducto hacemos manifiesta nuestra decisión de **APROBAR LA TESIS** en mención.

Agradecemos la confianza que fuera depositada en nosotros al habérsenos designado para integrar el tribunal examinador. Al estimar haber cumplido con la tarea encomendada, suscribimos la presente.

Atentamente,



M.A. Angélica Yolanda Vásquez Girón de Palma



M.A. Set Geovani Salguero Salvador



M.A. Edgar Orlando Ruano Godoy



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado de la estudiante DIANA LUCÍA YON VÉLIZ, Carnet 10428-06 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07278-2015 de fecha 9 de julio de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN REGULADOS EN LA LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SUS IMPLICACIONES RESPECTO DEL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ Y PARIENTES"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 12 días del mes de junio del año 2015.



MGTR. ALÁN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



La autora de la presente tesis manifiesta su responsabilidad respecto al contenido de la obra.

RESUMEN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El trabajo de investigación, titulado *Los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada y sus implicaciones respecto del derecho a no declarar contra sí y parientes*, realiza un análisis sobre este y su implicación en la citada ley, a fin de determinar si durante la aplicación de los métodos especiales de investigación de agente encubierto y escuchas telefónicas se da una efectiva protección a este derecho.

Para alcanzar los objetivos de: Determinar la forma en que se garantiza la protección del derecho a no declarar contra sí y parientes en la aplicación práctica de las normas que regulan los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas, establecidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada, determinar si el método especial de investigación, agente encubierto, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes, determinar si el método especial de investigación, interceptación telefónica, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes; se elaboró un marco teórico desarrollado en tres capítulos y un capítulo final de presentación, análisis y discusión de resultados en el que se busca determinar la aplicación práctica de la norma que regula los métodos especiales de investigación, agente encubierto e interceptación telefónica.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CICIG	Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CMC	Centro de Monitoreo de Comunicaciones
CPP	Código Procesal Penal
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
LCDO	Ley contra la Delincuencia Organizada
MP	Ministerio Público
PDH	Procuraduría de los Derechos Humanos
PNC	Policía Nacional Civil

ÍNDICE

Introducción	i
Capítulo 1: El derecho a no declarar contra sí y parientes	
1.1. Antecedentes: Derechos fundamentales y garantías procesales reconocidas como derechos humanos	1
1.2. Derecho a no declarar contra sí	2
1.3. Derecho a no declarar contra parientes	5
1.4. Alcances del derecho a no declarar contra sí y parientes	7
1.5. Análisis histórico constitucional del derecho a no declarar contra sí y parientes	12
1.6. Análisis de la regulación procesal penal sobre el derecho a no declarar contra sí y parientes	14
1.7. El derecho a no declarar contra sí y parientes en el Derecho Internacional	15
Capítulo 2: Derecho Penal contemporáneo	
2.1 Evolución del derecho penal en el siglo XX	20
2.2 Necesidades de seguridad ciudadana	21
2.3 Derecho Penal del Enemigo, aspectos relevantes	23
2.3.1 Características del Derecho Penal del Enemigo	28
2.3.2 Convenciones Internacionales relacionadas con el tema	28
2.3.3 Legislación guatemalteca relacionada con el tema	29
2.4 Generalidades del proceso penal guatemalteco	40
2.4.1 El proceso penal guatemalteco	40
2.4.2 Principios del proceso penal guatemalteco	41
2.4.3 Función del Ministerio Público	47
Capítulo 3: Los métodos especiales de investigación en materia penal	
3.1 Métodos de investigación en materia penal	50
3.2. Tipos de métodos de investigación	53

3.3. Métodos especiales de investigación en el ordenamiento jurídico guatemalteco	63
3.4. El agente encubierto – operaciones encubiertas	64
3.5. Entregas vigiladas	68
3.6 Las interceptaciones telefónicas	72

Capítulo 4: Implicaciones de los métodos especiales de investigación, agente encubierto e interceptaciones telefónicas, frente al derecho a no declarar contra sí y parientes

4.1. Aproximación práctica a la aplicación de los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas en Guatemala	83
4.2. Reflexión sobre colisión de derechos: Derecho a la averiguación de la verdad frente al derecho a no declarar contra sí y parientes	91
4.3. Los métodos especiales de investigación en la práctica guatemalteca, agente encubierto e interceptación telefónica, frente a la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí y parientes	94
Conclusiones	97
Referencias	100
Anexos	104

INTRODUCCIÓN

El derecho a no declarar contra sí y parientes se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala –CPRG-, a través del cual se busca el cumplimiento del principio de presunción de inocencia y una exención al momento de declarar cuando se trata de familiares.

Los métodos especiales de investigación, específicamente el agente encubierto y las interceptaciones telefónicas, podrían llegar a tener una implicación negativa frente a este derecho, si no se maneja de forma adecuada y no se establecen procedimientos a través de los cuales se garantice el debido proceso y el respeto a estas prerrogativas.

El derecho a no declarar contra sí es aquel que protege a la persona a fin de que no sea obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Dicha prohibición es de carácter muy general, ya que prohíbe a las autoridades que practiquen cualquier forma de coacción, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que violen el derecho de los detenidos a ser tratados con el respeto inherente a la dignidad de la persona, así como la imposición de sanciones judiciales que busquen obligar al acusado a declarar contra sí mismo.

Este derecho, también llamado de no incriminación, el Tribunal Constitucional Europeo indica que es una modalidad de autodefensa pasiva, siendo que es la que se ejerce por la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o confesarse culpable.

La presunción de inocencia, que representa uno de los pilares del actual sistema de Derecho Penal, se encuentra consagrada en el artículo 14 de la CPRG el

cual establece que *“toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”*, así como en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que regula que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

En el ámbito jurídico, se debe acotar que este derecho se encuentra en la Carta Magna del país en su artículo 16 que establece *“en proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley”*. En la misma línea lo preceptúa el artículo 15 del Código Procesal Penal –CPP-: *“El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas”*.

El trabajo de investigación, titulado “Los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la Delincuencia Organizada y sus implicaciones respecto del derecho a no declarar contra sí y parientes”, procura realizar un análisis sobre dicho derecho y su implicación en la ley mencionada, a fin de determinar si durante la aplicación de estos métodos se da una efectiva protección a las garantías y derechos penales, específicamente el derecho a no declarar contra sí y contra parientes.

La Ley contra la Delincuencia Organizada –LCDO- fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 19 de julio de 2006, por medio del Decreto 21-06 que entró en vigencia el 25 de agosto del mismo año, la misma tiene por objeto indicar las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales; el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal; así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia

organizada de conformidad y con lo dispuesto en la CPRG, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias.

En relación a los métodos de agente encubierto e interceptaciones telefónicas, se ven inmersas diversas garantías y derechos que deben resguardarse y protegerse para un verdadero debido proceso, en ese aspecto se encuentra el derecho a no declarar contra sí y parientes consagrado en la CPRG. Se da la necesidad de establecer si dichos métodos podrían llegar a tener una implicación negativa frente a este derecho, si no se maneja de forma adecuada y si no se formulan procedimientos a través de los cuales se garantice el debido proceso y el respeto a estas prerrogativas.

Por lo expuesto, se planteó la siguiente interrogante: ¿Cuáles son las implicaciones de los métodos especiales de investigación, agentes encubiertos e interceptaciones telefónicas, establecidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada respecto del derecho a no declarar contra sí y parientes? Para ello se realizó una investigación jurídico descriptiva, desarrollándose un análisis de la legislación que permitió observar como los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas pueden impactar en el derecho constitucional a no declarar contra sí y parientes.

Se planteó como objetivo general: Determinar la forma en que se garantiza la protección del derecho a no declarar contra sí y parientes en la aplicación práctica de las normas que regulan los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas, establecidos en la LCDO. Y como objetivos específicos: a) Determinar si el método especial de investigación, agente encubierto, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes; b) Determinar si el método especial de investigación, interceptación telefónica, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes.

Para alcanzar los objetivos planteados, se elaboró un marco teórico desarrollado en tres capítulos y un capítulo final de presentación, análisis y discusión de resultados en el que el objetivo a alcanzar fue determinar la aplicación práctica de la norma que regula los métodos especiales de investigación, agente encubierto e interceptación telefónica; para lograr este objetivo se elaboró como instrumento de investigación un cuestionario de entrevista dirigido a funcionarios y empleados públicos representantes del sector justicia en materia penal, a fin de que por ser conocedores de la ejecución de estos métodos, se pudiera determinar la aplicación práctica de las normas que los regulan y si a través de dicha aplicación se vulnera o no el derecho a no declarar contra sí y parientes.

La investigación se centró en dos métodos especiales de investigación establecidos en la LCDO, el agente encubierto y las interceptaciones telefónicas, realizando un análisis de su aplicación en el municipio de Guatemala, desde que entró en vigencia la ley.

CAPÍTULO 1

EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÌ Y PARIENTES

1.1 Antecedentes: Derechos fundamentales y garantías procesales reconocidas como derechos humanos

Resulta básico poder conceptualizar los derechos humanos para comprender su importancia en el ámbito integral de todos, partiendo del hecho que son inherentes a la persona, son derechos que tienen en virtud de su dignidad¹.

Vicente Arranz señala que “los derechos humanos representan un conjunto de normas que deben respetar las sociedades, los gobiernos y todas las personas individuales”²; y Antonio Pérez indica que “los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”³.

El Programa de Acción de Viena⁴ establece que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratarlos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Se debe tener en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el

¹ Entendiendo la dignidad como atributo de la persona; es a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que en sus respectivos preámbulos se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales. Por lo que la misma se entiende como el valor que fundamenta la construcción de los derechos de la persona.

² Arranz, Vicente. *Revista Jurídica / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. No. 3. 2001. Pág. 173.

³ Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos. 1984. Pág. 48.

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Resolución A/CONF.157/23 de fecha 14 a 25 de junio de 1993, párrafo 5.

deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promoverlos y protegerlos.

Es en este sentido que se puede determinar que los derechos humanos permiten orientar el comportamiento o forma de relacionarse de las personas en la sociedad e imponen obligaciones a cargo del Estado, ya que es este el responsable de protegerlos, promoverlos, respetarlos y garantizarlos, lo que los hace garantías jurídicas de carácter universal destinadas a la protección de los individuos y a los colectivos frente a las acciones que menoscaban las libertades fundamentales y la dignidad humana.

Entre los derechos humanos se encuentra el derecho a no declarar contra sí y parientes, el cual está contenido en la CPRG y en tratados internacionales ratificados por el país.

Dicho derecho es considerado de igual forma como una garantía procesal; entendiendo que derechos son facultades o prerrogativas reconocidas y las garantías son instituciones o procedimientos establecidos a fin de que las personas dispongan de medios para hacer efectivos sus derechos. Por lo que las garantías procesales de igual forma son derechos pero y a la vez son “vías” que sirven para poder hacer valer y cumplir otros derechos, tal y como es el caso del derecho a no declarar contra sí y parientes.

1.2 Derecho a no declarar contra sí

La posibilidad de que un imputado pueda guardar silencio respecto de los hechos que fundan los cargos presentados en su contra y que lo podrían conducir a una privación de sus derechos, encuentra sus inicios en el siglo XVII en Inglaterra, época en la cual existía un órgano de represión gubernamental denominado Cámara

Estrellada o *Star Chamber*⁵, que tenía por objeto resolver los delitos de sedición⁶; este órgano exigía al imputado tomar juramento respecto de lo que iba a declarar, buscaba solucionar sus casos por medio de la confesión manifestada bajo juramento. Cuando el interrogado se negaba a prestar dicho juramento, o bien cuando decidía no declarar, el tribunal ordenaba medidas de apremio en su contra, como la aplicación de azotes, con la finalidad de “prevenir” que nuevos imputados adoptaran la misma actitud. Luego de varios años desarrollándose estas prácticas, se determinó que obligar a una persona a responder bajo juramento su culpa o inocencia era una violación a sus libertades individuales; por ello el derecho inglés acoge la denominada garantía de la no autoincriminación, la cual comprendía la posibilidad de que el imputado de un delito no pudiera ser obligado a declarar en su contra. Esta garantía también fue considerada en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en el siglo XIX.⁷

Es de esta forma como se da el nacimiento del derecho a no declarar contra sí al momento de ser inculcado del cometimiento de algún hecho delictivo, entendiendo que es aquel que estipula el hecho de que ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. A través del reconocimiento de este derecho así como la adopción de esta garantía para el imputado se cumple con un debido proceso y con el respeto y protección de la persona, ya que al coaccionar una declaración atentando contra la integridad física es muy probable que se den falsas declaraciones.

⁵ Tribunal de derecho inglés conformado por el Consejo Privado del Reino Unido y por jueces de derecho común anglosajón. Se establecía para lograr la aplicación justa del derecho en contra o a favor de personas prominentes, aquellos tan poderosos a quienes las cortes normales nunca los condenarían por sus crímenes.

⁶ Según la definición dada por el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por sedición: “*Alzamiento colectivo y violento contra la autoridad, el orden público o la disciplina militar, sin llegar a la gravedad de la rebelión*”.

⁷ Pérez López, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el Derecho Procesal Penal. Disponible en línea: http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm#_ftn3. Fecha de consulta 24/09/2013.

Con el reconocimiento de este derecho se da una prohibición de carácter muy general, debido a que veda a las autoridades a practicar cualquier forma de coacción, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cualquier acción violatoria a las personas que se encuentran sindicadas de haber cometido algún delito, estableciendo que se les debe tratar con respeto, así como la imposición de sanciones judiciales que busquen obligar al acusado a declarar contra sí mismo.

Este derecho, también llamado de no incriminación, es una modalidad de autodefensa pasiva, entendiendo que es la que se ejerce por la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o confesarse culpable⁸.

La finalidad es excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del imputado que haya sido conseguida mediante la violación de este derecho.⁹ Es por ello que, según Zamora Pierce, *“obligar a una persona a que contribuya a su propia condena es degradante y contraria a la dignidad humana”*¹⁰.

El derecho a no declarar contra sí se encuentra íntimamente ligado con el de presunción de inocencia, ya que ambos buscan el respeto a las garantías procesales y que el imputado pueda llevar al proceso la información que considere conveniente para su defensa, tomando en cuenta que el órgano jurisdiccional debe permanecer imparcial y no hacer juicios de valor hasta el momento de la prueba, por lo que es de

⁸ Quispe Farfán, Fanny Soledad. *El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú*. Lima, Perú. Tesis para obtener el grado académico en Magister en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2002. Disponible en línea: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1215/1/quispe_ff.pdf. Fecha de consulta 25/03/2014.

⁹ Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch. 1995. Pág. 144.

¹⁰ Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y proceso penal*. México: Editorial Porrúa. 2000. Pág. 186.

vital importancia la presunción de inocencia y la no autoincriminación al momento de realizar una declaración.

La presunción de inocencia, que representa uno de los pilares del actual sistema de derecho penal, se encuentra consagrada en el artículo 14 de la CPRG que establece que *“toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”*, así como en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que regula que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

1.3 Derecho a no declarar contra parientes

Frente a la obligación establecida a nivel general de declarar que tiene toda persona que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva, existen motivos o circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico a través de las cuales se exime de esta obligación, excepción que puede ser debido al oficio que practica, el cargo que ostenta, una incapacidad física o moral o, por razones de parentesco (siendo el caso que atañe a la presente investigación).

En el caso de existir parentesco, la ley no prohíbe a los parientes declarar cuando el acusado sea su familiar, sino que los exime de la obligación general a hacerlo, otorgándoles a su juicio personal la decisión de aceptar o no hacer la declaración respectiva.

El fundamento por el cual se da esta eximente es debido a que el Estado tiene el deber de perseguir a través del proceso penal todo hecho que tenga características de delito y de garantizar que se tutelen de forma efectiva los intereses públicos; para cumplir dicho cometido ha de emplear todos sus esfuerzos en la averiguación de las circunstancias bajo las cuales fue cometido el delito realizando la

investigación por todos los medios posibles. En particular, para poder tener conocimiento de lo que los testigos han podido aprehender por sus sentidos, el ordenamiento les obliga a colaborar con la administración de justicia y a declarar so pena de ser sancionados económicamente e incluso, de incurrir en el delito de obstrucción a la justicia y/o desobediencia grave a la autoridad. Ahora bien, la obtención de esta información de los testigos no puede hacerse de cualquier forma ni en todos los casos. Cuando los llamados a declarar tienen una relación familiar con el acusado, el interés público entra en conflicto con derechos y deberes pertenecientes a la esfera privada de los individuos, amparados también por el ordenamiento, tales como el derecho a la familia¹¹.

Por ello la ley da una respuesta a este conflicto, levantando la obligación general de declarar que recae sobre estos sujetos, dejándoles libertad para decidir si quieren o no hacerlo; esto es, si prefieren colaborar con la justicia o si, por el contrario, eligen callar por sentirse íntimamente obligados a guardar sigilo en parcelas de su intimidad familiar.¹²

Las razones que justifican la posibilidad de que exista una eximente para esta obligación, que a nivel general es obligatoria, son diversas y se pueden señalar las siguientes:

- a) Proteger al acusado;
- b) Proteger la búsqueda de la verdad en el proceso penal;
- c) Proteger al testigo frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses; y,
- d) Proteger las relaciones de familia.

Ello es comprensible ya que siendo la familia la base de toda sociedad y su núcleo, si declarar contra los parientes fuera una obligación ello contribuiría al

¹¹ Villamarín López, María Luisa. *El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal*. Barcelona: Universidad Complutense de Madrid, Revista para el análisis del derecho InDret. 2012. Pág. 10.

¹² *Loc. Cit.*

rompimiento de las relaciones familiares, de igual forma pudieran darse tergiversaciones de los hechos en aras de proteger al acusado.

Se debe tomar en cuenta que el derecho a no declarar contra sí y parientes es una garantía dada pero que tiene carácter renunciable si así lo desean las personas. Se impide cualquier acto que pueda forzar o que conlleve a inducir a la persona a prestar declaraciones autoincriminatoria o que incriminen a sus parientes de forma no voluntaria, pero no impide que si existe voluntad sin coacción de ninguna clase, el procesado o parientes de alguna persona procesada puedan declarar contra sí mismo o contra sus familiares.

1.4 Alcances del derecho a no declarar contra sí y parientes

En cuanto a la extensión del derecho a no declarar contra sí y parientes, Edwards señala que comprende el discurso del imputado, por lo que este no puede ser obligado a prestar declaración indagatoria, participar en careos, intervenir en la reconstrucción de un hecho, ni efectuar un cuerpo de escritura¹³.

Por lo expuesto se puede determinar que el alcance de este derecho es muy amplio, el contenido del mismo es¹⁴:

- a) No declarar contra sí mismo;
- b) Facultad de no auto-incriminarse o no declararse culpable, incluyendo el hecho de declararse inocente aunque la persona sea culpable sin que ello apareje consecuencias legales;
- c) Permanecer callado o guardar silencio;
- d) No ser obligado a declarar bajo juramento;

¹³ Edwards, Carlos Enrique. *Garantías constitucionales en materia penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1996. Pág. 107.

¹⁴ Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad. *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala. Tomo I*. Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad. 2013. Pág. 251.

- e) No sufrir tormento, tortura física o psicológica para la obtención de una confesión, así como la prohibición del uso de medios que induzcan la confesión. La declaración debe ser libre;
- f) Recibir explicación en palabras claras y sencillas, por parte del juzgador, del derecho de abstenerse de declarar y que ello no puede usar en su contra;
- g) En el caso de que el sindicado ejerza su derecho a declarar, se proscriben las preguntas capciosas o sugestivas;
- h) El sindicado tiene derecho a declarar el número de veces que lo solicite; y,
- i) No ser obligado a participar de careos, intervenir en la reconstrucción de un hecho ni a efectuar un cuerpo de escritura.

Si alguno de los preceptos mencionados no se cumple a cabalidad, se estaría violando este derecho y tendría como consecuencia la invalidación probatoria de la declaración hecha por el imputado.

Pero se debe considerar que este derecho requiere de una libertad sin ninguna condición para el caso que la persona decidiera declarar; entendiendo que la libertad no se encuentra condicionada solo por la coacción física. Cualquier injerencia al imputado de un hecho delictivo que no permita que la prestación de dicha declaración se haga de forma voluntaria podría generar la vulneración de este derecho.

La dignidad se caracteriza por la libertad que la persona posee, teniendo como esencia la libertad de decidir; al respecto Sánchez de la Torre expresa que incluye la racionalidad humana que le permite la toma de decisiones deliberadas con la capacidad de comprensión directa de las cosas¹⁵.

¹⁵ Sánchez de la Torre, Ángel. *Teoría y experiencia de los derechos humanos*. Madrid: Gregorio del Toro Editor. 1968. Pág. 25.

Aunado a ello, Kirsch señala que una política criminal dirigida a buscar únicamente la eficacia puede conducir tarde o temprano a la desaparición de esta libertad de declarar y a la búsqueda de la no auto incriminación.¹⁶

Con lo anterior se evidencia que la persona para la toma de decisiones debe estar consciente de lo que ello implica, ejercitar su libertad sin ningún condicionante o ignorando algún aspecto que haga que emita declaraciones sin saberlo en las cuales se auto incrimine. La declaración del imputado o de un familiar debe ser libre de toda coacción y tener el conocimiento de las implicaciones de la misma.

Aunque el derecho especifique que está protegiendo la declaración libre y voluntaria, un aspecto importante a desarrollar es que los alcances de los derechos humanos deben ir evolucionando de la mano con la sociedad, ello debido al surgimiento de necesidades que anteriormente no existían.

Es en este punto donde se hace relevante la característica de la progresividad de los derechos, la cual implica que su concepción y protección nacional e internacional se va ampliando¹⁷. De la mano con ello, se encuentra el principio *pro homine*, el cual tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de esta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental¹⁸.

Por lo que el derecho a no declarar contra sí parientes debe protegerse en su más amplia interpretación, a fin de que el mismo no pueda ser vulnerado al no conocer la persona los alcances de las declaraciones que pudiera llegar a realizar.

¹⁶ Kirsch, Stefan. *¿Derecho a no autoinculparse?* En: La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Editorial Comares. 2000. Pág. 260.

¹⁷ Carpizo, Jorge. *Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características*. México: Universidad Autónoma de México. Pág. 20. Disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>. Fecha de consulta: 29 de mayo de 2015.

¹⁸ Castilla, Karlos. *El principio pro persona en la administración de justicia*. Disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>. Fecha de consulta: 31 de mayo de 2015.

La verdadera problemática sobre la protección de este derecho y su relación con las interceptaciones telefónicas surge cuando la información obtenida por este medio es una declaración auto inculpativa para el investigado; en este supuesto cabe analizar lo planteado sobre los alcances del derecho así como posiciones que consideran que el mismo no se está vulnerando.

Dentro de la doctrina se discute que el derecho a no declarar contra sí y parientes comprende únicamente el hecho de que la persona no sea obligada a rendir su declaración, si la misma se hace de forma voluntaria es legal y no atenta contra los derechos fundamentales, a este aspecto se le ha denominado “la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo”.

Esparza Leibar señala que la finalidad de este derecho es excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración que haya sido conseguida mediante la violación del derecho¹⁹. Pero específicamente se centra en la no violencia al momento de conseguir la declaración.

Por su parte, López Díaz hace una distinción interesante entre sujeto y objeto de prueba, señalando que: *“Sin embargo, consideramos que, atendiendo al origen y la regulación del principio de no autoinculpación, éste debe limitarse a impedir la prestación de declaraciones de autoinculpación, sino que también debe conllevar la inconstitucionalidad de cualquier obligación de aportar pruebas que, cualquiera que sea su naturaleza, declaraciones, documentos, testimonios, pericias, etc., puedan resultar inculpativas de quien las presta. Ello no significa, sin embargo, que esos datos o pruebas puedan ser obtenidos por otros medios (registros, análisis, etc.), sino simplemente que no se puede forzar su aportación por el sujeto mediante amenazas de una sanción. Dicho de otra forma, la no autoinculpación rige cuando el*

¹⁹ Esparza Leibar, Iñaki. *Op. Cit.* Pág. 144.

*inculpado es sujeto de las pruebas, pero no cuando se trate de pruebas que puedan tenerle a él como objeto*²⁰.

Esta acepción hace relación a que el imputado puede ser un objeto de prueba, y que el derecho a no declarar contra sí únicamente aplicará cuando sea un sujeto de prueba, no cuando se le realicen análisis o registros de los cuales se obtendrán medios probatorios (tal es el caso de las escuchas telefónicas).

Específicamente sobre el tema, López Barja considera que las manifestaciones auto inculporatorias que se hayan obtenido sin que el otro interlocutor haya utilizado ningún tipo de engaño para obtenerla, constituyen plena prueba al momento de incorporarla en un proceso penal²¹. Nuevamente se encuentra una postura en la cual el derecho gira en torno a la aplicación de violencia en el momento de la obtención de la declaración, otorgándole valor probatorio.

Por lo expuesto, los autores consideran que las escuchas telefónicas no vulneran el derecho a no declarar contra sí y parientes toda vez que las mismas no se ejercen con violencia y el imputado realiza una declaración libre y sin coacción; aunado a ello se considera que él actúa en su calidad de objeto de prueba por lo que es un procedimiento más para conseguir el medio probatorio que se desea, no así que actúe como sujeto.

A criterio de la autora, no se puede simplificar la protección de este derecho al hecho de que si no se ejerce violencia para conseguir una declaración no hay vulneración; la protección es más amplia ya que para que exista un consentimiento debe haber libertad para declarar y esa libertad como se expresó anteriormente debe darse con conocimiento de causa. Sino aunque existan los procedimientos establecidos por la ley y la autorización judicial para realizar las interceptaciones

²⁰ García, César y Antonio López Díaz (coord.). *Temas de Derecho Penal Tributario*. Marcial Pons. 2000. Pág. 66.

²¹ López Barja, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal. 1989. Pág. 208.

telefónicas, dicho método de investigación vulneraría el derecho a no declarar contra sí y parientes ya que no se da de forma libre e informada.

Es en este mismo sentido que la sentencia del Tribunal Supremo Español vertida el 01 de marzo de 1996, (RJ 1996/1886) refiere que, a pesar de admitir que cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones a otra en una conversación telefónica sabe que se está despojando de sus intimidades y se las transmite a quien escucha; pero considera que dicha práctica tiene sus límites cuando con ello se vulnera el derecho a no declarar contra sí y a no confesarse culpable, entendiendo que sin duda de haber sabido el interlocutor que su conversación estaba siendo grabada, sus manifestaciones no hubieran sido las mismas. Concluyendo dicho tribunal que *“el contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de confesión de alguno de los intervinientes ya que ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho”*.

1.5 Análisis histórico constitucional del derecho a no declarar contra sí y parientes

En el ámbito jurídico, el derecho a no declarar contra sí ha estado plasmado a lo largo de la historia en distintas Constituciones que han regido al país; a continuación se llevará a cabo un breve recuento de las normas supremas que han estado vigentes en Guatemala y que contemplaban este derecho de vital importancia.

En la Constitución de Cádiz se recogen artículos relacionados con el derecho a no declarar contra sí y parientes por primera vez; en ella se plasmó el principio de legalidad y en el artículo 291 se reguló que *“la declaración del afectado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio”*, señalando de esa forma el derecho a no declarar contra sí.

Posteriormente, es en la Constitución de 1825 que se recoge en el artículo 195: *“En materias criminales a nadie se recibirá juramento sobre hechos propios...”*. Regulando únicamente el derecho a no declarar contra sí como una garantía para el acusado. Luego de ella es hasta la Declaración de Derechos del Estado y sus Habitantes de 1839 que se plasma nuevamente, señalando en su artículo 14 que *“el tormento está perpetuamente abolido; nadie puede ser apremiado a declarar contra sí mismo, en ninguna causa criminal...”*.

En las Constituciones anteriores únicamente se establecía el derecho a no declarar contra sí mismo, es hasta la Constitución de 1879 que en el artículo 35 se plasma el derecho a no declarar contra sí y a no declarar contra parientes, estableciendo que *“Ninguno puede ser obligado a declarar en causa criminal contra sí mismo, contra su consorte, ascendientes, descendientes y hermanos”*. En esta misma línea se siguió normando en la Constitución de 1945, artículo 41: *“Ninguno puede ser obligado a declarar en causa criminal contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”*; desarrollado más e indicando los parámetros sobre los grados de ley que cubre esta eximente.

En las Constituciones de 1956 y 1965 se encuentra regulado este derecho; en la Constitución de 1956 en su artículo 60: *“... Nadie puede ser obligado a declarar en causa criminal contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad ...”*; y la Constitución de 1965 en el artículo 50: *“Nadie puede ser obligado en causa criminal a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”*.

Como se desprende de lo anterior, a lo largo de la historia constitucional del país, en la mayoría de las normas supremas ha estado reconocido este derecho, recogéndolo en la actual Carta Magna del país de 1985, que en su artículo 16

establece: *“En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley”.*

1.6 Análisis de la regulación procesal penal sobre el derecho a no declarar contra sí y parientes

En la misma línea de lo mencionado, se encuentra lo establecido en el artículo 15 del CPP: *“El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas”.*

Conforme a lo señalado por la CPRG, en el CPP se encuentran una serie de artículos protectores de este derecho que desarrollan lo establecido por la Carta Magna. Del artículo 81 al 91 del citado cuerpo legal se señala todo lo relativo a la forma en la que el sindicado en un proceso penal puede prestar su declaración si así lo decidiera.

El artículo 81 regula las advertencias preliminares que el órgano jurisdiccional debe hacerle al sindicado, debiendo explicar el objeto y forma en que se llevará a cabo su declaración, así como informarle de sus derechos fundamentales advirtiéndole del derecho que posee a abstenerse de declarar sin que esta decisión pueda ser usada en su contra.

El artículo 82 señala el desarrollo de la diligencia de la declaración, resaltando que en tal precepto se le vuelve a explicar al sindicado de su derecho a abstenerse de hacerlo así como la facultad que tiene, si decide declarar, de que sea libremente pudiendo al finalizar interrogarlo, prohibiendo la realización de preguntas capciosas o sugestivas (artículo 86).

El artículo 85 establece cuáles son los métodos prohibidos para la declaración, señalando que el sindicado no puede ser objeto de coacciones, amenazas o promesas, no se puede hacer uso de medios para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le formularán cargos o reconvenciones que tiendan a obtener su declaración.

El artículo 87 indica la garantía procesal de una detención legal (que también se encuentra en el artículo 6 de la CPRG), misma que estipula el plazo de 24 horas desde el momento en que una persona ha sido aprehendida para que rinda su declaración (si así lo decidiera) ante juez competente. Se debe tomar en cuenta que el sindicado puede declarar en cualquier momento del proceso si así lo solicitara.

En el artículo 91 se finaliza con la valoración de la declaración del sindicado, indicando que si la misma fue obtenida violando alguno de los preceptos mencionados no podrá utilizarse para fundar cualquier decisión en contra del imputado.

Es con lo expuesto que se encuentran una serie de garantías tanto a nivel constitucional como en el CPP de Guatemala, que garantizan el respeto de los derechos humanos de las personas que en algún momento se encontraren inmersas en un proceso penal.

1.7 El derecho a no declarar contra sí y parientes en el Derecho Internacional

El derecho a no declarar contra sí y parientes también ha sido protegido por tratados internacionales suscritos por Guatemala, siendo algunos de ellos:

- a) **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, artículo 8.2 literal g):
“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes

garantías mínimas: ...g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

- b) **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**²², artículo 14.3, literal g): “...3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.
- c) **Convenio de Ginebra III** relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (1949), artículo 99: “Reglas fundamentales. ...No se ejercerá presión moral o física sobre un prisionero de guerra para inducirlo a confesarse culpable del hecho que se le impute...”.
- d) **Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra** (1977) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 75.4, literal f). “Garantías fundamentales. ...4... f. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí ni a confesarse culpable...”.
- e) **Estatuto de Roma** de la Corte Penal internacional. En su artículo 55 estipula: “Derechos de las personas durante la investigación: 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”. Por su parte, en el artículo 67: “Derechos del acusado. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: ...g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su

²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas. 1996.

culpabilidad o inocencia; h) a declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento...”.

Como se observa de lo anterior, el Estatuto de Roma regula de forma amplia este derecho, señalando que no puede ser obligado a declarar y que la abstención a la misma no puede tomar en cuenta para determinar su culpabilidad o inocencia, protegiendo a la persona y demostrando el respeto a sus derechos y garantías.

- f) **Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales** (1950). No posee ninguna norma expresa sobre este derecho, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, supremo intérprete del convenio, lo considera parte y que está incluido en el derecho a un proceso equitativo.
- g) **Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión** (1988)²³. Son una serie de principios que buscan la protección de todas las personas que se encuentran sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Los relacionados con el tema son:
- a. Principio 1. Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y respetando su dignidad.
 - b. Principio 3. No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a detención o prisión.
 - c. Principio 18.5. Las comunicaciones entre una persona detenida y su abogado no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida, a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.
 - d. Principio 21.1 y 21.2. Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o

²³ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 43/173 de fecha 09 de diciembre de 1988.

contra cualquier persona. Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o a cualquier método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

- e. Principio 23.1. La duración de cualquier interrogatorio a que se someta a una persona detenida y la de los intervalos entre interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma que la ley señala para el efecto.

La inobservancia de los principios señalados para la obtención de las pruebas, se tendrá en cuenta al determinar la admisibilidad de tales pruebas contra una persona detenida.

Aunado a los convenios enumerados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia señalando que aunque este derecho no se encuentre expresamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, forma parte de la esencia del derecho a un proceso equitativo y del derecho a presunción de inocencia²⁴.

Con lo anterior se evidencia que tanto a nivel nacional como internacional este derecho se encuentra contenido en la normativa y está siendo protegido con la debida regulación, siendo relevante su cumplimiento para el efectivo aseguramiento y respeto de los derechos de las personas, de las garantías con las que gozan y de un debido proceso.

Como parte importante de este capítulo, se hace necesario señalar que la distinción entre garantía y derecho no son excluyentes en el caso de derechos

²⁴ Caso Saundes contra el Reino Unido (párrafo 68), sentencia de fecha 17 de diciembre de 1996. Cao Funke contra Francia (párrafo 44), sentencia de fecha 25 de febrero de 1993. Caso John Murray contra el Reino Unido (párrafo 45), sentencia de fecha 08 de febrero de 1996.

subjetivos²⁵ (como lo es el derecho a no declarar contra sí y parientes). Si bien el mismo es un derecho establecido en la constitución también es una garantía por ser una vía para asegurar el debido proceso y la defensa.

En el presente capítulo se realizó un análisis del derecho a no declarar contra sí y parientes, estableciendo su evolución histórica, la legislación que lo protege tanto a nivel nacional como internacional; con lo cual es de hacer notar que el mismo se encuentra debidamente protegido en los distintos cuerpos normativos, asegurando a la persona el respeto a la no auto incriminación.

²⁵ Peña Freyre, Antonio. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta. 1997. Pág. 130.

CAPÍTULO 2

DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

2.1. Evolución del Derecho Penal en el siglo XX

El Derecho Penal ha evolucionado a través de la historia, ello es expresión del desarrollo de las sociedades y de su forma de organización. Se cuenta como antecedente histórico del surgimiento del derecho penal en Babilonia, con el Código de Hammurabi, que se regía principalmente por la ley del talión.

Luego, la disciplina jurídica fue evolucionando con culturas como la griega y la romana; ello se evidencia con los aportes de los griegos, quienes contribuyeron con la secularización de ese derecho, ya que realizaron una distinción entre el ámbito civil y político del eclesiástico; por su parte los romanos realizaron una distinción entre delitos públicos y privados, penas un poco más proporcionales, la existencia del dolo, entre otros. Posteriormente, el Derecho Penal evolucionó con el derecho germánico, que predominó en los siglos V al XI de la era cristiana.

La ilustración tuvo una gran influencia en el Derecho Penal, pues le otorgó otro sentido, convirtiéndolo en un conjunto de normativas que se sustentaba en bases políticas que garantizaba la protección del individuo al momento de ser penalizado frente al poder que ejercían los Estados. Se fortalece el principio de legalidad, en la búsqueda que todo delito estuviera tipificado en ley.

Con la obra de Cesare Bonesana Marqués de Beccaria titulada “Tratado de los delitos y las penas” (1794), se puso de manifiesto la necesidad de que el derecho penal evolucionara y tuviera un cambio a fin de humanizarlo, estableciendo un límite al poder represivo que se ejercía en la época²⁶.

²⁶ Bonesana, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid. 1794. Pág. 18. Disponible en línea: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1. Fecha de consulta: 30 de mayo de 2015.

Es de esta manera que el Derecho Penal, y más propiamente el proceso penal, ha ido evolucionando hasta los días actuales, en los cuales en la mayoría de los países democráticos impera un sistema penal con tendencia acusatoria, que ofrece mayores garantías a los procesados, proveyéndoles de un trato más humano y respetuoso de los derechos humanos.

Paralelo a la evolución de los sistemas penales de corte democrático, las legislaciones penales han sido influenciadas por una nueva corriente, que busca ajustar el Derecho Penal a las necesidades propias de cada tiempo y los retos que nuevas formas de crimen han impuesto, existen nuevos motivos de inseguridad, nuevas organizaciones delictivas y, de la mano con ello y con el crecimiento de un mundo globalizado, el Derecho Penal ha tenido que mutar a fin de dar respuesta a las actuales exigencias de las sociedades frente a este tipo de inseguridades y criminalidades.

2.2 Necesidades de seguridad ciudadana

El derecho a la seguridad ciudadana surge de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona, tal y como lo refiere el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*; el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*; el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”*; y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”*.

Tal obligación del Estado también se encuentra contenida en la CPRG que en su artículo 3 establece que *“El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”*.

Con el avance de los Estados también ha evolucionado el delito y el crimen, convirtiendo a la seguridad en un reto para todos los países, a fin de asegurar el respeto a los derechos fundamentales pero siendo dicha protección cada día más difícil de cumplir.

La inseguridad ciudadana se ha convertido en un reto importante, sobre todo con el nacimiento de nuevas estructuras criminales. Los ciudadanos de América Latina y el Caribe han señalado el delito y la violencia como factores que limitan sus oportunidades y su derecho a vivir una vida libre de temor y amenazas²⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- ha llamado la atención sobre los efectos de la violencia y el delito sobre las condiciones de gobernabilidad y ha señalado que la seguridad ciudadana requiere de una fuerza policial civil que resguarde a los habitantes; de una administración de justicia fortalecida, sin corrupción ni impunidad, y de un sistema penitenciario que tienda a la verdadera recuperación e inserción social del detenido²⁸. Aunado a ello indicó que los Estados miembros, en su legislación y procedimientos internos, deben operar sobre la base de que los instrumentos que integran los sistemas universal y regional sobre derechos humanos a fin de que a través de los mismos se apliquen medidas que coadyuven a afrontar las amenazas actuales a la seguridad ciudadana pero que de la mano con ello se debe respetar los derechos humanos y las garantías de todo ser humanos²⁹.

Lo expresado por la CIDH es relevante ya que con la inseguridad ciudadana se vulneran muchos derechos fundamentales y se debilita el Estado de Derecho, sumándole a ello aspectos como la corrupción y la impunidad en los órganos del Estado que no permiten afrontar el problema, actualmente se ha hecho necesario

²⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: Diagnóstico y propuestas para América Latina*. Nueva York: PNUD. 2013. Pág. 1.

²⁸ Presentación del informe anual de la CIDH para 1999 en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos celebrada en Windsor, Canadá, 6 de julio de 2000.

²⁹ Comunicado de Prensa No. 20/02, de fecha 1 de mayo de 2002 sobre la presentación del Informe Anual de la CIDH para el 2001.

fortalecer las instituciones y elaborar nuevas estrategias para afrontar las amenazas, tomando en cuenta que, en el afán de lograr seguridad, no pueden violentarse derechos ni garantías.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que los altos niveles de criminalidad acompañada por la violencia y el hecho que estos actos queden impunes, genera alarmas para la gobernabilidad y el Estado de Derecho, lo que se traduce en bajos índices de confianza que la población manifiesta hacia el gobierno, el sistema de justicia y demás entidades estatales al reflejar la poca eficacia de las políticas públicas dirigidas a la seguridad ciudadana y el incumplimiento de los programas gubernamentales.

A juicio de la autora, lo anterior es preocupante ya que solo a través de una democracia y la vigencia del Estado de Derecho es posible garantizar el respeto a los derechos humanos; por lo que los Estados deben encontrar soluciones a los problemas que se derivan de la violencia y la inseguridad, creando políticas de seguridad ciudadana así como la evolución del Derecho a fin de establecer desde el marco normativo un respaldo a la política criminal que coadyuva a la lucha contra la inseguridad.

2.3 Derecho Penal del Enemigo, aspectos relevantes

Anteriormente, la aplicación del Derecho Penal se consideraba como *ultima ratio*, debía ser un último recurso, limitando su uso así como la implementación de leyes en la materia. Actualmente, por distintas situaciones relacionadas a la realidad social, los altos índices criminales y la inseguridad ciudadana, se ha dado el surgimiento de nuevos delitos, nuevas estructuras criminales y la ampliación de las penas aplicables a los tipos penales; como lo señala Silva Sánchez, con esto se ha caracterizado la evolución del Derecho Penal como una “cruzada contra el mal”³⁰.

³⁰ Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. Edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas. 2001. Pág. 19.

Con ello se constata una existencia dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como una agravación de los ya existentes en la búsqueda de solucionar esta problemática.

Al fenómeno descrito se le ha denominado “expansión” del derecho penal, tomando en cuenta que dicha expansión se presenta como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, el cual busca en la legislación penal la solución a todos los problemas sociales, desplazando a un plano simbólico lo que debiera resolverse a nivel de la protección efectiva –sumamente importante la preventiva– para no recurrir a la ampliación de los tipos penales³¹.

Ello tiene diversas causas que lo han provocado, entre las que se puede señalar los llamados nuevos intereses que con la evolución de las sociedades han ido surgiendo, estos nuevos intereses se pueden deber tanto a la aparición de nuevos bienes jurídicos, como al aumento de valor experimentado por algunos de los que ya existían anteriormente, que podría legitimar su protección por el Derecho Penal. Esa creación de nuevos bienes jurídico-penales, puede deberse a la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían o no tenían tanta incidencia como ahora. Por otro lado, puede aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que ahora empiezan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles un valor que anteriormente no se les otorgaba o no al nivel actual; como ejemplo de ello se puede señalar el medio ambiente-³².

Lo anterior es algo que se vive día a día, con el crecimiento de los niveles de inseguridad en los países muchas veces se recurre a nuevos tipos penales o a la ampliación de las sentencias relativas a los tipos ya existentes, en un intento muchas veces poco fructífero de frenar dicha inseguridad; pero a través de ello no se solucionan los problemas de fondo que la originan.

³¹ *Ibid.* Pág. 21.

³² *Ibid.* Pág. 25.

Con la expansión del Derecho Penal se han dado otros fenómenos, tal como el denominado por Jakobs “Derecho Penal del Enemigo”, entendiéndose como enemigo al individuo que mediante su comportamiento, su ocupación profesional o su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. Es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta esta deficiencia en su conducta³³.

Cancio Meliá lo define como el Derecho Penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea³⁴.

El término fue tomando mayor preponderancia posterior al 11 de septiembre de 2001, con la destrucción de las torres gemelas del *World Trade Center* de Nueva York debido a un atentado terrorista.

Jakobs es considerado como uno de los principales propulsores del Derecho Penal del Enemigo, pero él señala que no es el primero en plantear la existencia de enemigos de la sociedad, a quienes no hay que regular con el Derecho sino combatir con la coacción, en este sentido cita a distintos autores que han tocado el tema, tal es el caso de Rousseau quien afirmó que al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano; de igual forma cita a Fichte que señalaba que quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos, a falta de personalidad, la ejecución criminal no es una pena, sino sólo instrumento de seguridad; y, a Kant que indica que quien no participa en la vida en

³³ Jakobs, Günter. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. Madrid: Editorial Civitas. 1985. 1985. Pág. 293.

³⁴ Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Revista Jueces para la Democracia. No. 44. 2002. Pág. 21.

un “estado comunitario-legal” debe irse, no hay que tratarlo como persona, sino como un enemigo quien amenaza constantemente³⁵.

Por lo señalado se hace notar que Jakobs se basa en la filosofía política de las teorías contractualistas del Estado para fundar su teoría, por lo que quien no cumple con el contrato social debería ser tratado como un enemigo.

Con estas nuevas tendencias y estructuras criminales, se plantea la necesidad de recurrir a un Derecho Penal “especial”, el Derecho Penal del Enemigo, a través del cual el Estado no busca el simple castigo de los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos. Ello debido a que el Derecho Penal del ciudadano en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el marco de un procedimiento rodeado de garantías, es incompatible y se opone a esta nueva corriente, precisamente porque no se está reaccionando o aplicando frente a ciudadanos sino ante aquellas personas consideradas como enemigos de un Estado³⁶.

Con base en lo anterior, se puede entender que el fundamento del concepto de Derecho Penal del Enemigo se encuentra en que el mismo constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos considerados peligrosos.

Como señales de identidad del Derecho Penal del Enemigo, siguiendo la línea planteada por Jakobs, se pueden señalar³⁷:

1. El aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso “penas draconianas”. Como ejemplo de

³⁵ Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas Editor. 2003. Pág. 25.

³⁶ Jakobs, Günter. *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, (trad. Manso), en *Escuela de verano del Poder Judicial*. Galicia. 1999. Pág. 139. “El Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”.

³⁷ Muñoz Conde, Francisco. *¿Es el derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”?* Revista Penal No. 21. Enero 2008. Pág. 94. Disponible en línea: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/342/333>. Fecha de consulta: 16 de abril de 2014.

ello se encuentra la aplicación de penas de larga duración, incluso cadena perpetua o la pena de muerte.

2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia del letrado, entre otros.
3. Criminalización de las conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho Penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito. Con ello se tiene la penalización de manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delitos hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si estas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren dicha afinidad o simpatía no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas.

Estas características son comúnmente encontradas en muchas legislaciones penales en el mundo, ello debido a eventos actuales referentes a ataques terroristas a muchos países. Como ejemplo se puede mencionar la *Patriot Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América pocos días después del atentado de Nueva York, a través de esta normativa se amplían los niveles de control del Estado en la búsqueda del combate contra el terrorismo, pero de la mano con ello se dan restricciones a las libertades y garantías constitucionales, permitiendo abusos y violaciones a los derechos fundamentales.

Pero la implementación de cada vez mayor número de normas que denotan un Derecho Penal del Enemigo lleva a analizar la contradicción en este nombre. Tal como lo señala Ferrajoli, es una contradicción de términos, que representa la negación del Derecho Penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado

que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del Derecho, del mismo modo que este es la negación de la guerra³⁸.

2.3.1 Características del Derecho Penal del Enemigo

Las características del Derecho Penal del Enemigo propuestas por Cancio Meliá son:

1. La punibilidad del Derecho Penal es respecto a hechos futuros;
2. Las penas son desproporcionalmente altas;
3. Las garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas;
4. El castigo con fines puramente simbólicos de comportamientos que no generan ningún peligro; y,
5. El recurso a cláusulas generales o indeterminadas en los tipos penales³⁹.

Se debe tomar en cuenta que para que se hable de un Derecho Penal del Enemigo, se deben tener todas las características señaladas, deben darse en conjunto, esto debido a que la realización de solo una de ellas es insuficiente para afirmar la existencia de una política criminal represiva; tomando en cuenta que esa nueva corriente del Derecho es la materialización legislativa de una política criminal represiva frente a determinados delitos especialmente graves.

2.3.2 Convenciones internacionales relacionadas con el tema

En muchos países se dio la tendencia a que, previo a la adopción de cierta normativa en su respectivo derecho interno, se suscribieron una serie de tratados internacionales que claramente contienen una influencia del Derecho Penal del Enemigo, ello en la búsqueda de la lucha contra una serie de problemáticas que en

³⁸ Ferrajoli, Luigi. *El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal*. Pág. 7. Disponible en línea: <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>. Fecha de consulta: 18 de abril de 2014.

³⁹ Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*. Revista Jueces para la Democracia. No. 44. 2002. Pág. 22.

la actualidad afectan a un sinnúmero de Estados. Entre dichos convenios se encuentran:

- Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios.
- Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.
- Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, entre otras.

2.3.3 Legislación guatemalteca relacionada con el tema

Realizando un breve análisis de la legislación penal guatemalteca, se puede constatar que en determinados ámbitos de regulación de las conductas punibles se han asumido de manera clara las características constitutivas del Derecho Penal del Enemigo.

Esta nueva corriente se aprecia en el ámbito guatemalteco en distintas normativa, entre la que se encuentra la **Ley contra la Delincuencia Organizada**, decreto 21-2006 del Congreso de la República. Se debe tomar en cuenta, antes del análisis de los delitos establecidos en esta ley, que este tipo de normativa responde a convenios internacionales en la materia que han sido suscritos por el país como cumplimiento de una política criminal de otros países, tal es el caso que la LCDO fue

aprobada en virtud de la suscripción por parte de Guatemala el 12 de diciembre del 2000 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que al momento de ratificarla se comprometió a tomar medidas legislativas en el tema así como al establecimiento de mecanismos especiales de investigación.

La LCDO da una definición de grupo delictivo organizado u organización criminal, así como de grupo estructurado, siendo la misma:

“Artículo 2. Grupo delictivo organizado u organización criminal. Para efectos de la presente Ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes:

a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;

b) De los contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos;

c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;

d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;

e) De los contenidos en el Código Penal:

e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;

e.2) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;

e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;

e.4) Terrorismo;

- e.5) *Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;*
- f) *De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera.*
- g) *De los contenidos en la presente Ley:*
- g.1) *Conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia;*
- g.2) *Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;*
- g.3) *Exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito.*

Lo anterior, con la finalidad de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico o de cualquier índole para sí o para tercero.

Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

En la ley objeto de análisis se encuentran diversos delitos en materia de crimen organizado, siendo delitos que por sus características encajan con un Derecho Penal del Enemigo –a juicio de la autora- los siguientes:

1. Delito de conspiración: Al establecer que se cometerá el tipo penal solo con la concertación de un grupo de personas con el fin de cometer uno o más delitos de los señalados en dicho artículo, se deja ver el Derecho Penal del Enemigo, debido a que sin cometer un acto específico se está penalizando la reunión del grupo de personas, penalizando una fase del *iter criminis* y no la realización concreta de un delito.

“Artículo 3. Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra u otras personas con el fin de cometer uno o más delitos de los enunciados en el presente artículo. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos.

Los delitos a los que se hace referencia en el primer párrafo de este artículo son los siguientes:

- a) De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión;*
- b) De los contenidos en la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos: lavado de dinero u otros activos;*
- c) De los contenidos en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas, transporte de ilegales;*
- d) De los contenidos en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;*
- e) De los contenidos en el Código Penal:
 - e.1) Peculado, malversación, concusión, fraude, colusión y prevaricato;*
 - e.2) Evasión, cooperación en la evasión, evasión culposa;*
 - e.3) Asesinato, plagio o secuestro, hurto agravado, robo agravado, estafa, trata de personas;*
 - e.4) Terrorismo;*
 - e.5) Intermediación financiera, quiebra fraudulenta, fabricación de moneda falsa, alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;**
- f) De los contenidos en la Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduaneros: contrabando aduanero y de la defraudación aduanera;*
- g) De los contenidos en la presente Ley:*

- g.1) Asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada, entrenamiento para actividades ilícitas, uso ilegal de uniformes o insignias, obstrucción de justicia.*
- g.2) Comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional;*
- g.3) Exacciones intimidatorias, obstrucción extorsiva de tránsito”.*

2. Delito de asociación ilícita: A la asociación ilícita no solamente se le castiga penalmente por los hechos delictivos que puedan realizar organizadamente, sino que se les castiga por doble vía: Por un lado, al momento de la participación en la asociación; pero también por los delitos que cometen así como al introducir al mercado sus ganancias como legales (delito de lavado de dinero u otros activos). Aunado a ello se penalizará por cada delito que lleve a cabo, en el caso concreto se sancionaría la asociación ilícita, el delito cometido asociadamente y si fuere el caso por lavado de dinero.

“Artículo 4. Asociación ilícita. Comete el delito de asociación ilícita, quien participe o integre asociaciones del siguiente tipo:

- 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o después de constituidas, promuevan su comisión; y,*
- 2. Las agrupaciones ilegales de gente armada, delincuencia organizada o grupos terroristas.*

Este delito será sancionado con pena de seis a ocho años de prisión, sin perjuicio de las penas asignadas a los delitos cometidos”.

Otra normativa en la que se pueden apreciar características del Derecho Penal del Enemigo es la **Ley contra la Narcoactividad**; la política de represión penal puede apreciarse en el ámbito de los delitos que contempla dicha ley. El Estado de Guatemala adquirió el compromiso del combate del narcotráfico desde la adhesión a la Convención para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas en 1937, así como una serie de convenios posteriores que fortalecieron dicho

compromiso. Es hasta 1992 que se aprueba la Ley contra la Narcoactividad, decreto 48-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Como primera cuestión se debe resaltar la severidad de las penas previstas para los delitos contenidos en la ley, se pueden percibir las altas sanciones referentes a la pena de prisión, e incluso se incluye la pena de muerte al que cometa algún delito de los allí establecidos.

“Artículo 12. De las penas. Para los delitos señalados en esta ley, son penas principales para las personas físicas:

- a) De muerte.*
- b) De prisión.*
- c) Multa.*
- d) Inhabilitación absoluta o especial.*
- e) El comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes del delito y de los instrumentos utilizados para la comisión a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho, o que haya mediado buena fe.*
- f) Expulsión del territorio nacional de extranjeros.*
- g) Pago de costas y gastos procesales.*
- h) Publicación de la sentencia condenatoria.*

Artículo 13. Penas. Las penas previstas en esta ley para las personas jurídicas, son las siguientes:

- a) Multa.*
- b) Cancelación de la personalidad jurídica.*
- c) Suspensión total o parcial de actividades.*
- d) El comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes del delito de los instrumentos utilizados para su comisión.*
- e) Pago de costas y gastos procesales.*
- f) Publicación de la sentencia”.*

La normativa hace referencia a términos como promoción, fomento o facilitación; términos tan ambiguos que pudieran dar lugar a interpretaciones erróneas del delito, ello debido a que en la medida que cualquier aporte causal al acto de tráfico podría considerarse típico por parte de los órganos jurisdiccionales.

Entre otras disposiciones se encuentran: Las medidas precautorias que pueden imponer; la reserva de la investigación en la fase de instrucción; la negación de beneficios tales como la excarcelación bajo fianza de quien sea imputado como autor o cómplice de los hechos delictivos, la suspensión de la condena, o el otorgamiento del indulto a favor de quien haya sido sentenciado con pena de muerte.

Un claro ejemplo de la severidad con la que se tratan las penas en la ley en referencia se analiza el artículo relativo al tránsito internacional (artículo 35), delito que en el Código Penal anterior a la reforma establecida por la ley tenía una pena entre tres y cinco años de prisión; siendo la pena actual establecida en la Ley Contra la Narcoactividad de doce a veinte años de prisión, y una multa de cincuenta mil a un millón de quetzales. Como se observa el aumento y la severidad con la que se trata este delito es extremadamente alto.

En la normativa se refleja una presunción de ilegalidad, estableciendo que todo dinero, bienes o productos que haya adquirido la persona en determinado tiempo, se considerarán ilícitos al presumir que los mismos son fruto de las actividades señaladas en la ley como tipos penales.

Por su parte, el **Código Penal –CP-** guatemalteco así como la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, señalan una serie de delitos que por sus características se pueden considerar que siguen la línea del Derecho Penal del Enemigo.

El artículo 391 del CP tipifica el terrorismo, señalando que *“Comete el delito de terrorismo quien con la finalidad de alterar el orden constitucional, el orden público*

del Estado o coaccionar a una persona jurídica de Derecho Público, nacional o internacional, ejecutar acto de violencia, atentare contra la vida o integridad humana, propiedad o infraestructura, o quien con la misma finalidad ejecutar actos encaminados a provocar incendio o a causar estragos o desastres ferroviarios, marítimos, fluviales o aéreos.

El responsable de dicho delito será sancionado con prisión inmutable de diez (10) a treinta (30) años, más multa de veinticinco mil dólares (US\$25,000.00) a ochocientos mil dólares (US\$800,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional. Si se emplearen materias explosivas de gran poder destructor para la comisión de este delito, el o los responsables serán sancionados con el doble de las penas”.

Como se puede observar, la pena para la actuación antijurídica es excesivamente alta, tanto que la misma se ha previsto en una moneda que no es la local en Guatemala.

En diversos artículos de la **Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo**, también se encuentran nuevos tipos penales y sanciones bastante altas.

En el artículo 4 se establece el delito de financiamiento del terrorismo, tal como lo señala el tipo penal, basta con la sola intención y no la realización de los hechos para que se tenga por consumado el delito; teniendo como pena inmutable hasta 25 años de prisión y una multa de hasta US\$ 625,000.00.

“Artículo 4. Del delito de financiamiento del terrorismo. Comete el delito de financiamiento del terrorismo quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, por sí mismo o por interpósita persona, en forma deliberada proporcionare, proveyere, recolectare, transfiriere, entregare, adquiriere, poseyere, administrare, negociare o gestionare dinero o cualquier clase de bienes, con la intención de que

los mismos se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados en todo o en parte, para el terrorismo.

Asimismo, comete este delito quien realice alguno de los actos definidos como financiamiento del terrorismo en cualquiera de los convenios internacionales aprobados y ratificados por Guatemala.

Al culpable de este delito se le impondrá prisión incommutable de seis (6) a veinticinco (25) años, más una multa de diez mil dólares (US\$10,000.00) a seiscientos veinticinco mil dólares (US\$625,000.00) de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional.

Para que el delito de financiamiento al terrorismo se tenga por consumado, no será necesario que se lleven a cabo los actos de terrorismo, pero sí que la intención de cometer dichos actos se manifieste por signos materiales exteriores. Tampoco será necesario que sobre los actos de terrorismo se haya iniciado investigación, proceso penal o haya recaído sentencia condenatoria”.

En el artículo 10 se regula lo relativo al comiso civil de bienes, que nuevamente señala que puede solicitarse cuando hayan sido o vayan a ser utilizados para el financiamiento del terrorismo (juzgando la supuesta intención más no únicamente el hecho).

Por su parte, el artículo 18 regula una serie de personas que por las actividades que realizan deben proporcionar información y reportes de sus bienes.

“Artículo 18. Régimen especial. Se crea un régimen de personas que, por la naturaleza de sus actividades, estarán obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Bancos, a través de la Intendencia de Verificación Especial, las informaciones y reportes, cuando esta se los requiera, para el cumplimiento de sus funciones. Asimismo, permitirán a dicha Superintendencia, el libre acceso a todas

sus fuentes y sistemas de información para la verificación o ampliación de las informaciones proporcionadas por ellas mismas, o cuando esto sea necesario para el análisis de casos relacionados con el financiamiento de terrorismo.

Este régimen especial será aplicable a las personas individuales o jurídicas que realicen las siguientes actividades:

- a) Actividades de promoción inmobiliaria o compraventa de inmuebles;*
- b) Actividades de compraventa de vehículos automotores;*
- c) Actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos;*
- d) Actividades relacionadas con el comercio de objetos de arte y antigüedades;*
- e) Notarios, Contadores Públicos y Auditores; y Contadores; y*
- f) Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizada para el financiamiento del terrorismo, para lo cual, el Presidente de la República podrá hacer extensivo el régimen especial establecido en el presente artículo a cualquier otro tipo de actividades...”.*

En los delitos de terrorismo, un Derecho Penal de excepción pueden verse con mucha claridad. Se castigan severamente los delitos contenidos en la ley, incluso con multas impuestas en moneda extranjera. Las penas previstas alcanzan, en general, grados elevados de severidad, sobre todo si se le compara con otros delitos como el homicidio.

La **Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos** surge debido a la fuerte lucha contra el narcotráfico, estableciendo que se considera lavado de dinero a la conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento o encubrimiento de bienes a sabiendas que los mismos proceden de delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas.⁴⁰ Por lo que posterior a la suscripción de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, por medio del decreto 67-2001

⁴⁰ Artículo 3, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

del Congreso de la República de Guatemala, se aprobó la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos.

En los delitos establecidos en dicha normativa se ve reflejada una clara corriente de Derecho Penal del Enemigo, ello debido a que la misma fue creada como un medio para poder identificar a las personas consideradas “enemigas” y prevenir de esta forma la comisión del lavado de dinero.

Esto se ve reflejado en la actual injerencia existente en el sistema bancario aumentando la supervisión financiera, creando rigurosos procedimientos para prevenir la circulación del dinero de origen ilícito y reduciendo los medios para que llegara a ser factible lavar el dinero.

Por su parte, la **Ley de Extinción de Dominio**, decreto 55-2010 del Congreso de la República de Guatemala, busca la incautación de los bienes obtenidos indirecta o directamente de forma ilícita, señalando que en estos casos se dio una adquisición ilegítima sobre los bienes y por ello pertenecen al Estado.

En esta ley se mantiene la tesis de que por ser bienes de ilícita procedencia no existe pertenencia sobre los mismos, obviando el sagrado derecho de propiedad establecido en el artículo 41 de la CPRG.

Entre las disposiciones de esta ley se encuentra el artículo 1, que señala que la extinción de dominio no conlleva contraprestación ni compensación para su titular (no existe una expropiación e indemnización por llevar a cabo la misma); también establece la inversión de la carga de la prueba, de tal forma que no se juzga la comisión de un hecho delictivo que conlleve a la extinción de los bienes procedentes del mismo sino se separa la acción de extinción de todo proceso penal.

Como se pudo establecer, mucha de la normativa actual responde a un Derecho Penal del Enemigo el cual surgió por la evolución de la criminalidad, la

inseguridad ciudadana, y el surgimiento de nuevos delitos y nuevas estructuras criminales. Entre la legislación, como se analizó, se encuentra la LCDO, que regula nuevos tipos penales así como otros métodos de investigación que se creen conferirán mayor eficacia al momento de la etapa preparatoria en el proceso penal, así como el conocimiento de las estructuras criminales y la posibilidad de desarticular las mismas y de sancionar a los responsables de las acciones antijurídicas allí tipificadas.

2.4 Generalidades del proceso penal guatemalteco

2.4.1 El proceso penal guatemalteco

Una de las garantías fundamentales en el proceso penal guatemalteco es el juicio previo, mismo que tiene fundamento constitucional según lo dispuesto por el artículo 12: *"Derecho de Defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.*

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente."

La CPRG manda un proceso legal o jurídico, que también se convierte en una garantía procesal básica, encontrándolo en el CPP en el artículo 4 estableciendo: *"Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.*

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio."

Es evidente la importancia que el legislador le otorgó a esta garantía, pues considera el juicio como requisito indispensable para el sometimiento de la persona a cualquier tipo de medida o pena. Pero el proceso debe desarrollarse conforme a las disposiciones que la ley establece, llevando todo un proceso de investigación y una serie de etapas que finalizarán en una sentencia.

La ley guatemalteca establece en el proceso penal etapas anteriores al debate, las fases preparatoria e intermedia, mismas que tienden a la preparación del juicio, siendo este la fase del proceso en la que debe probarse lo afirmado en la acusación para luego dictar sentencia.

2.4.2 Principios del proceso penal guatemalteco

Tal como lo establece el Preámbulo de la CPRG, el Estado de Guatemala está organizado teniendo como finalidad la protección de la persona, siendo su fin supremo el bien común. Pero es necesario reconocer que en la búsqueda del bien común, en la convivencia de los seres humanos es posible que se plantee cierto grado de conflictividad que deberá tener solución a través de la normativa interna del país, a fin de proteger a los individuos y garantizar el respeto a sus derechos, teniendo como consecuencia de su irrespeto una sanción proporcional al acto cometido.

Para ello el Estado tiene el poder punitivo, aplicando sanciones a las conductas tipificadas como delitos. Por lo que tanto a nivel constitucional (y en la normativa interna del país) como a través de tratados internacionales, se han establecido una serie de principios que limita ese poder sancionador del Estado, siendo los mismos:

- Principio de legalidad: Dicho principio se encuentra establecido en la CPRG, artículo 17, así como en el artículo 1 del CPP, señalando que no hay delito ni pena sin ley anterior; limitando el actuar de los órganos involucrados en la aplicación de la justicia penal, a calificar como punible toda acción u omisión que esté calificada como delito o falta y penada por la ley anterior al hecho cometido; en la misma línea señala el artículo 2 del CPP al respecto de que no puede existir proceso sin una ley anterior que califique los actos u omisiones como delitos o faltas⁴¹.

- Principio de imperatividad (artículo 3 del CPP): No se pueden variar las formas del proceso, sus diligencias e incidencias. Este principio es uno de los rectores dentro del proceso penal y se encuentra en armonía con lo establecido anteriormente que no hay proceso sin ley anterior. Todo proceso debe estar previamente establecido y debe llevarse a cabo en la forma en que la ley lo prescribe.

- Principio de derecho de defensa y la existencia de un juicio previo: De la mano con lo anterior, se da el principio de la existencia de un juicio previo (artículo 12 de la CPRG y 4 CPP); que determina que nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a la ley. El artículo 8 de la CPRG desarrolla los derechos del detenido, con la finalidad de que dicho derecho de defensa garantice el respeto a los derechos y garantías de toda persona sindicada del cometimiento de un hecho delictivo. Aunado a ello se encuentra el principio que reza que para iniciar un proceso debe haberse cometido con anterioridad el hecho punible (artículo 6 CPP).

- Fines del proceso (artículo 5 CPP): El proceso penal tiene por objeto la averiguación de la verdad de un hecho tipificado por la ley como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la

⁴¹ *Nullum poena sine lege y nullum proceso sine lege.*

posible participación del sindicato; el pronunciamiento de la sentencia respectiva y la ejecución de la misma.

- Principio de independencia e imparcialidad, y el juez natural (artículo 7 CPP): Toda persona debe ser juzgada por jueces que sean imparciales e independientes, así como competentes para conocer de la materia. Los tribunales deben ser designados por la ley y para que conozcan de una causa su creación deberá ser anterior al hecho de la causa. Este principio también se encuentra en tratados internacionales, tal es el caso del artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La independencia judicial se encuentra establecida en la CPRG, en el artículo 203 que establece que los jueces y magistrados son independientes en el ejercicio de sus funciones sujetándose únicamente a la ley.

Con el principio de juez natural se busca que nadie sea juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad o corrección, sino por los tribunales designados por la ley; este principio también se encuentra en el artículo 12 de la CPRG, al señalar que no podrán crearse tribunales especiales para el juzgamiento de una causa.

En la misma línea, el artículo 252 de la CPRG y el 8 del CPP señalan la importancia de la independencia del Ministerio Público –MP- para el ejercicio de sus funciones.

- El principio de obediencia (artículo 9 del CPP), hace referencia a la obediencia que deberán guardar los funcionarios y empleados públicos a jueces y tribunales, teniéndoles el respeto y consideración que por su alta jerarquía merecen. Siendo dicha obediencia de suma importancia para el cumplimiento de las funciones de los órganos jurisdiccionales. En la misma línea hace referencia el artículo 10 del CPP.

- Principio de prevalencia del criterio jurisdiccional (artículo 11 del CPP): Los sujetos procesales deben acatar las resoluciones del tribunal y solo podrán impugnarlas por los medios y en la forma establecida por la ley. En este sentido debe tomarse en cuenta que para mostrar cualquier inconformidad se deben utilizar los medios legales que la normativa señala para el efecto, siempre prevalecerá la resolución judicial pudiendo impugnarla. Pero dicha resolución debe contener la respectiva fundamentación de los motivos que llevaron al órgano jurisdiccional a resolver de la forma en la que lo hizo (artículo 11 bis del CPP), garantizando con ello hacer del conocimiento de las partes los motivos de hecho y de derecho en que basó la decisión, así como la valoración de la prueba; evitando de esta forma incurrir en resoluciones arbitrarias o ilegalmente discrecionales.
- Principio de obligatoriedad, gratuidad y publicidad (artículo 12 del CPP): Estos principios se encuentran íntimamente ligados, e implica que la función de los tribunales es obligatoria y dicha actuación conlleva a que la misma tiene carácter gratuito público. El principio de obligatoriedad nace de la CPRG, en su artículo 203.
- Principio de indisponibilidad (artículo 13 del CPP): Los tribunales no pueden renunciar al ejercicio de su función, sino en los casos en que la ley así lo determine. Refiriéndose con ello a los casos de competencia señalados en los artículos 56 al 61 del CPP. Con ello se busca que ningún tribunal quede acéfalo cuando deba dictar una resolución, es parte del cumplimiento del derecho al debido proceso y de respetar las garantías procesales. Las excepciones se darán en los casos en que el órgano jurisdiccional no tenga competencia para conocer de algún caso.
- Principio de inocencia (artículo 14 de la CPRG y 14 del CPP): Toda persona es inocente hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

- Principio de proporcionalidad: El mismo artículo 14 del CPP desarrolla este principio; la medida de coerción decretada por el órgano jurisdiccional será proporcional a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera al finalizar el proceso. Es decir, que en caso que el sindicado sea declarado culpable de la comisión de un hecho delictivo, la medida coercitiva decretada en su contra de manera provisional no podrá superar la pena obtenida.

- Principio *in dubio pro reo*: El mismo artículo 14 del CPP recoge este principio al indicar que la duda favorece al reo.

- Principio a no declarar contra sí mismo (artículo 16 CPRG y artículo 15 CPP): El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; el artículo constitucional tiene un espectro más amplio al indicar que tampoco podrá ser obligado a declarar contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente ni contra sus parientes.

- Principio de supremacía constitucional y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: Es desarrollado en la CPRG, en sus artículos 44, 45 y 46; así como en el artículo 16 CPP, señalando que los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes impuestos por la Constitución y los tratados internacionales en lo respectivo al respeto de los derechos humanos. A lo largo del proceso penal siempre se deben cumplir los deberes impuestos por la CPRG, y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tomando en cuenta que el artículo 46 CPRG establece que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preminencia sobre el derecho interno.

- Principio de *non bis in idem* (única persecución): El artículo 17 CPP señala que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo

hecho; de igual forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge este principio en el artículo 8 numeral 4.

El mismo artículo del CPP señala los casos de excepción a este principio, indicando que sí es admisible nueva persecución penal cuando: 1) la primera fue intentada ante un tribunal incompetente; 2) la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en ejercicio de la misma; y, 3) cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas.

- Principio de cosa juzgada (artículo 18 CPP): Un proceso fenecido no podrá ser abierto nuevamente, a excepción de los casos en los que así lo establece la ley.
- Principio de continuidad del proceso (artículo 19 CPP): Se busca que el proceso sea llevado en forma constante, continua, sin ninguna interrupción o cese del mismo, a menos que la ley expresamente así lo establezca.
- Principio del derecho de defensa (artículo 12 CPRG y 20 CPP): La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal; nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se hayan observado las formalidades y garantías de ley.
- Principio de igualdad en el proceso (artículo 21 CPP): Nace del artículo 4 CPRG que establece que todos somos iguales en dignidad y derechos; desarrollando el artículo del CPP lo relativo a la igualdad en el proceso, quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación; por lo que tienen igual protección ante la ley, sin hacer ninguna distinción.

Los principios detallados son el fundamento y el punto de partida del proceso penal, los mismos deben ser respetados así como todos los principios y garantías que la ley establece, a fin de salvaguardar el debido proceso en la búsqueda de la verdad.

2.4.3 Función del Ministerio Público

La CPRG señala que el MP es una institución auxiliar de la administración pública, posee funciones autónomas y su fin es velar por el estricto cumplimiento de ley. El jefe del MP es el Fiscal General, a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal pública.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público en su artículo 1 regula que dicha institución es autónoma, que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de instancia pública con el objetivo de la realización de la justicia. Además, en el desarrollo de sus funciones actuará con objetividad, imparcialidad y respeto del principio de legalidad.

Ese órgano se encuentra regulado también en el CPP, cuerpo normativo que en su artículo 8 señala que el MP goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos; tomando en cuenta que cualquier autoridad tiene prohibido interferir en la actividad persecutoria de los fiscales.

El cambio realizado de un sistema inquisitivo a uno acusatorio conllevó la decisión de encargar al MP el ejercicio de la persecución y acción penal en la búsqueda de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. Hoy la policía depende directamente de los fiscales en los procesos de investigación criminal. Este fue un cambio radical ya que en el proceso anterior precisamente era el juez el encargado de llevar a cabo la investigación o preparación del juicio, pero ello llevaba a ilegalidades y la existencia de juicios plenamente parciales porque el investigador también tenía la facultad de juzgar.

Al hacer la diferenciación de funciones permitió que los órganos jurisdiccionales se constituyan en verdaderos juzgadores y que apliquen la ley de forma imparcial, con estricto apego al respeto de los derechos fundamentales.

Al entrar en vigencia la LCDO, se establecieron otras obligaciones y funciones al MP para el efectivo cumplimiento de dicha normativa. Entre dichas obligaciones se pueden mencionar:

- a) Acatar el control judicial: El Fiscal General de la República y Jefe del MP a requerimiento y bajo solidaria responsabilidad con el agente fiscal encargado del caso, y con estricto apego tanto a la LCDO así como al CPP, podrá autorizar operaciones encubiertas y entregas vigiladas.
- b) Controlar los métodos especiales de investigación: Es obligación del MP ejercer el control de cada uno de los métodos especiales de investigación, por lo que la ley, estableció una serie de mecanismos para hacer posible su vigilancia, tales como que la autorización de las operaciones encubiertas es competencia del Fiscal General de la República y Jefe del MP, a solicitud del fiscal encargado del caso.

Asimismo, la identidad de los agentes que participan en la operación encubierta solo debe ser del conocimiento del fiscal encargado del caso.

También el Fiscal General de la República y Jefe del MP, a solicitud del fiscal encargado del caso, podrá autorizar que uno o más agentes encubiertos pongan a circular, dentro de un grupo delictivo organizado, las sustancias de ilícito comercio, las cuales deben ser realizadas por un equipo especial integrado por personal de la Policía Nacional Civil –PNC-. Estas deberán ser supervisadas y dirigidas de forma estricta por el MP.

- c) Organizar y reglamentar las unidades de terminales: Con respecto a las interceptaciones telefónicas, los fiscales son los únicos legitimados para solicitar al juez competente la autorización a fin de utilizar este método de investigación. Corresponde al MP organizar las unidades de terminales de consultas donde se realizarán las interceptaciones, grabaciones y reproducciones de las comunicaciones previstas en la ley.

- d) Decidir las formas para asegurar y cuidar documentos, objetos, cintas de audio y cualquier otro medio utilizado producto de las interceptaciones telefónicas: El MP conservará los originales de las transcripciones así como los *cassettes* sin editar que contienen las voces grabadas. El fiscal encargado del caso levantará acta circunstanciada de toda interceptación realizada. Igualmente será responsable de la seguridad, cuidado e integridad, de los documentos, objetos, cintas de audio y cualquier otro medio utilizado, garantizando la cadena de custodia.

- e) Solicitar medidas de precaución: El fiscal encargado de la investigación debe solicitar las medidas de precaución que estimare pertinentes ante juez competente.

Con lo expuesto en el presente capítulo se ha podido analizar la evolución que en las distintas culturas ha tenido el Derecho Penal; los cambios en las sociedades y el surgimiento de nuevos tipos penales han hecho necesario que todo el Derecho se vaya desarrollando y cambiando a fin de generar mayor protección a las personas. El proceso penal es ese conjunto de principios, normas y procedimientos que tendrán como fin regular todo lo relativo al juzgamiento penal de una persona, en todas las fases establecidas, debido a la preponderancia del mismo se han establecido los principios anteriormente desarrollados, para salvaguardar a la persona sometida a proceso y sus derechos y garantías.

CAPÍTULO 3

LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL

3.1 Métodos de investigación en materia penal

Para poder dar inicio con el establecimiento de los métodos de investigación que forman parte de todo proceso penal, se deben conceptualizar nociones básicas sobre el tema que son de utilidad para su efectiva comprensión.

Se debe iniciar recordando que investigación, según la Real Academia Española⁴², es toda acción y efecto de investigar; entendiendo por investigar los siguientes conceptos: 1) hacer diligencias para descubrir algo; 2) realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia; y, 3) aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente.

Y siendo la investigación todas esas actividades tendientes al descubrimiento de algo, la misma debe ser⁴³:

- a. Sistemática y controlada, de manera que, en la búsqueda de explicaciones alternativas del suceso, evento o conducta, se vayan descartando todas las explicaciones, menos una. Es sistemática ya que debe realizarse conforme a un programa o plan determinado.
- b. Objetiva, trata de buscar leyes, teorías, estructuraciones e integraciones de verdades cada vez más complejas.
- c. Empírica ya que confronta las opiniones e hipótesis con la realidad objetiva.
- d. Replicable, tiene que poder ser repetible para otros investigadores, de manera que se establezcan las condiciones y etapas o pasos de todo el proceso.

⁴² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22^a. Edición. 2001. Disponible en línea: <http://lema.rae.es/drae/?val=investigaci%C3%B3n>. Fecha de consulta: 12 de abril de 2014.

⁴³ Achaerandio Suazo, Luis. *Iniciación a la práctica de la investigación*. 7^a. Edición actualizada. Guatemala: Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). 2010. Pág. 8.

- e. Heurística y dinámica, ello debido a que a través de la investigación se trata de superar el actual conjunto de leyes, teorías y principios para descubrir nuevas verdades.

Existen diversos tipos de investigaciones, entre ellas la documental, de campo, descriptiva, explicativa o casual, el estudio de casos y la científica. Para el presente caso la investigación que atañe es la científica, entendiendo la misma como aquel proceso metódico, sistemático, empírico, controlado y crítico de búsqueda de conocimiento nuevo, de tal forma que hacer “ciencia” es ajustarse a los métodos que para cada área del conocimiento estén establecidos⁴⁴.

En el ámbito penal a la investigación realizada para descubrir la verdad sobre el cometimiento de un hecho tipificado como delito se le denomina investigación criminal, y la misma se lleva a cabo de conformidad con la investigación científica y los pasos que la misma realiza.

Hidalgo Murillo entiende por investigación criminal a aquel instrumento técnico por el cual, el responsable de la misma puede descubrir los hechos necesarios y suficientes para poder seguir los delitos y a sus autores con eficacia y conforme a la ley⁴⁵. Por su parte Smyth, la define como: “*La investigación criminal, la investigación del delito y del delincuente, orienta su esfuerzo a establecer la verdad de los hechos y la responsabilidad de los mismos*”⁴⁶.

Por lo anterior, se concluye que es a través de la investigación criminal que se realizan todos esos procedimientos tendientes a comprobar la existencia de un delito así como a la responsabilidad de una persona de haberlo cometido.

⁴⁴ Ortíz, Frida y María Del Pilar García. *Metodología de la Investigación – La Investigación Científica*. México: Editorial Limusa Noriega Editores. 2006. Pág. 20.

⁴⁵ Hidalgo Murillo, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. México: Editorial Porrúa. 2009. Pág. 17.

⁴⁶ Smyth, Frank. *Investigación del delito*. Barcelona: Editorial Planeta. 2003. Pág. 322.

Pero por qué se afirma que dicha investigación debe ser científica, ello es debido a que cuando se recibe una noticia criminal, la policía inicia su proceso de conocimiento. Se inician, entonces, una serie de actividades en busca de información, esperando que la misma sea obtenida a través de procedimientos ajustados tanto a la ley, como a parámetros técnicos, científicos y metodológicos; por ello se da tal afirmación⁴⁷.

La investigación es una actividad que persigue la búsqueda de información, concibiendo dicha actividad como científica cuando se desarrolla a través de procesos metódicos, sistemáticos, empíricos, controlados y críticos que se aplican al estudio de un fenómeno. En el caso de la investigación criminal conduce acerca de lo ocurrido, caracterizándose por ser dinámico, cambiante y evolutivo⁴⁸.

Ya que se ha establecido que para la realización de una investigación penal es de utilidad la investigación científica, se debe analizar los métodos que son utilizados durante el proceso para investigar. Por lo que es necesario señalar que la palabra método consiste en *“el comienzo de la parte práctica y ejecutiva de la investigación... el cómo o método que se utilizará para obtener los datos pertinentes; es decir qué sujetos; instrumentos, procedimientos y diseño, etc.”*⁴⁹. Es aquel *“modo ordenado de proceder para llegar a un resultado o fin determinado, especialmente para descubrir la verdad y sistematizar los conocimientos”*⁵⁰.

En la investigación criminal, a través de los métodos que se utilicen se pueden lograr resultados positivos para el esclarecimiento del hecho; se debe recordar que la etapa de investigación en el proceso es de suma importancia ya que es la primera

⁴⁷ Valdés Moreno, Carlos Eduardo. *Metodología de la investigación y manejo de la información*. Colombia: Galería Gráfica Compañía de Impresiones, S.A. 2008. Pág. 20. Disponible en línea: http://coprom-file.s3.amazonaws.com/714_ologia_de_la_investigacion.pdf. fecha de consulta: 15 de abril de 2014.

⁴⁸ *Loc. Cit.*

⁴⁹ Achaerandio Zuaso, Luis. *Op. Cit.* Pág. 59.

⁵⁰ Lexis / 22 Vox. *Diccionario enciclopédico*. Barcelona: Editorial Círculo de Lectores, S.A. 1982. Pág. 3738.

fase o momento procesal, y dicha fase se encuentra presente en el procedimiento penal común, así como en los procedimientos especiales⁵¹.

Se puede concluir indicando que el método de investigación es el conjunto de tareas o procedimientos y de técnicas que deben emplearse, de una manera coordinada, para poder desarrollar en su totalidad el proceso de investigación⁵².

Todo lo anterior es relevante debido a que en un proceso penal es crucial una efectiva investigación de los hechos, quién es el responsable del cometimiento de los mismos así como la relación de causalidad que con todos los elementos recabados a través de la investigación se establece que existen elementos probatorios suficientes para considerar que una persona es responsable del cometimiento de un hecho delictivo. La investigación se debe realizar en forma ordenada y sistemática, cuidando de ella y a través de los procedimientos legales para obtenerla a fin de que la misma, si fuere conveniente, pueda ser utilizada en un posterior proceso como medio probatorio.

3.2 Tipos de métodos de investigación

En el proceso penal guatemalteco, la facultad de investigar le corresponde al MP, quien tiene a su cargo el procedimiento preparatorio así como la dirección de la PNC en su función investigativa dentro del proceso penal⁵³.

Si bien la legislación guatemalteca no señala específicamente los medios de investigación con que cuenta el MP para el esclarecimiento de un hecho delictivo, le otorga a las partes la libertad de la prueba señalando que se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier

⁵¹ Benavente Chorres, Hesbert. *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*. México: Flores Editor y Distribuidor. 2011. Pág. 57.

⁵² Claduch, Rafael. *Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales*. Universidad Complutense de Madrid. Pág. 23. Disponible en línea: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/Metodos.pdf>. Fecha de consulta: 15 de abril de 2014.

⁵³ Artículo 107, Código Procesal Penal.

medio de prueba permitido⁵⁴ (artículo 182, CPP). Con ello da la libertad de que cualquier medio de investigación, una vez se ajuste a los parámetros legalmente permitidos, puede ser utilizado para la averiguación de la verdad. Esta libertad probatoria también está establecida en el artículo 185 del mismo cuerpo legal, el cual señala que se podrán utilizar otros medios de prueba distintos siempre que no supriman las garantías y facultades indicadas en la ley.

A efectos del presente trabajo, se profundizará en los medios de prueba establecidos en el CPP como medios de investigación (entendiendo que no son los únicos), mismos que pueden ser utilizados por el MP para comprobar el cometimiento de un hecho delictivo y el autor del mismo.

a) Inspección y registro

El artículo 187 del CPP, señala lo relativo a la inspección y registro; entendiéndose que el registro procede en lugares, cosas o personas, por la existencia de motivos suficientes para sospechar que se encontrarán vestigios de algún delito, o se presume que en determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona evadida, para proceder se debe contar con autorización judicial.

Por medio de la inspección se comprobará el estado de las personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere de utilidad para la averiguación del hecho o la individualización de los partícipes en él.

b) Allanamiento

Existe una serie de articulados en el CPP que regulan la práctica de este procedimiento; iniciando con el hecho de que cuando el mismo se deba practicar en dependencias cerradas de una morada, casa, negocio, o en recinto habitado, es

⁵⁴ La misma ley establece en su artículo 183, que es prueba inadmisibles aquella obtenida por medios prohibidos, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio o residencia, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.

necesaria la orden de juez para poder llevarlo a cabo, teniendo que ser dicha resolución fundada explicando los motivos que indican la necesidad del allanamiento (artículo 190 CPP). Pero existen casos de excepción a esta regla, cuando se dan los siguientes supuestos:

- 1) Si, por incendio, inundación, terremoto u otro estrago semejante, se halla amenazada la vida o integridad física de quienes habiten el lugar.
- 2) Cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un lugar y existan indicios manifiestos de que cometerán un delito.
- 3) Si se persigue a una persona para su aprehensión, por suponersele partícipe de un hecho grave.
- 4) Cuando voces provenientes de un lugar cerrado anuncien que allí se está cometiendo un delito o desde él se pida socorro.

Si se trata de oficinas administrativas o edificios públicos, de templos o lugares religiosos, de establecimientos militares o similares, o de lugares de reunión o de recreo, abiertos al público y que no están destinados a habitación particular, se podrá prescindir de la orden de allanamiento con el consentimiento expreso y libre de las personas a cuyo cargo estuvieren los locales. Si ello fuere perjudicial para la investigación, se requerirá el consentimiento al superior jerárquico en el servicio. Para la entrada y registro en la oficina de una de las altas autoridades de los organismos del Estado se necesitará la autorización del superior jerárquico en el servicio o del presidente de la entidad cuando se trate de órganos colegiados. En los casos anteriores, de no ser otorgado el consentimiento o no ser posible recabarlo, se requerirá la orden de allanamiento (artículo 193 CPP).

c) Reconocimiento corporal o mental del imputado

Cuando fuera necesario el reconocimiento corporal o mental del imputado, se podrá proceder a su observación, cuidando que se respete su pudor. El examen será

practicado con auxilio de un perito de ser necesario y por una persona del mismo sexo. De igual forma se procederá con otra persona que no sea el imputado, cuando el reconocimiento fuera de absoluta necesidad para la investigación (artículo 194).

d) Levantamiento de cadáveres

El artículo 195 del CPP señala que en caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, si el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver, o después de su exhumación, se hará la descripción correspondiente y la identificación por testigos, y se tomarán sus impresiones digitales. En caso de que la identificación no sea suficiente, cuando el estado del cadáver lo permita, será expuesto al público antes de procederse a su enterramiento, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir a su reconocimiento lo comunique al tribunal (artículo 196 CPP).

e) Operaciones técnicas o científicas, así como reconocimientos y reconstrucciones

Para mayor eficacia de los registros, exámenes e inspecciones, se podrán ordenar las operaciones técnicas o científicas pertinentes y los reconocimientos y reconstrucciones que correspondan. Si el imputado participa en una reconstrucción, podrá estar asistido por su defensor (artículo 197).

f) Entrega de cosas y secuestro

Las cosas y documentos relacionados con el delito o que pudieran ser de importancia para la investigación y los sujetos a comiso serán depositados y conservados; quien los tuviera en su poder estará obligado a presentarlos y entregarlos a la autoridad requirente (artículo 198 CPP). Si no son entregados voluntariamente, se dispondrá su secuestro, para lo cual es necesaria autorización judicial (artículo 200 CPP).

Existen cosas que no pueden someterse a secuestro, siendo las mismas (artículo 199): Las comunicaciones escritas entre el imputado y las personas que puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto profesional; así como las notas que hubieran tomado los nombrados anteriormente sobre comunicaciones confiadas por el imputado o sobre cualquier circunstancia.

g) Secuestro de correspondencia

Cuando sea de utilidad para la averiguación, se podrá ordenar la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica o teletipográfica y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aunque sea bajo un nombre supuesto, o de los que se sospeche que proceden del imputado o son destinados a él; para este procedimiento debe mediar orden judicial, misma que debe ser fundada (artículo 203 CPP).

h) Clausura de locales

Cuando, para la averiguación de un hecho punible grave, fuera indispensable la clausura de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, según las reglas del secuestro (artículo 206 CPP).

i) Testimonio

Rosales Barrientos define el testimonio como *“la declaración a través de la cual una persona afirma o niega la existencia de un hecho pertinente o un elemento particular del litigio, en virtud de haberlo conocido o presenciado personalmente”*⁵⁵.

⁵⁵ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. *El juicio oral en Guatemala*. Técnicas para el debate. Guatemala: Impresos GM. 2000. Pág. 167.

El artículo 207 del CPP establece que todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial. Dicha declaración implica:

- 1) Exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación.
- 2) El de no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma.

Existen una serie de excepciones a la obligación de declarar, no estando obligados (artículo 212 CPP):

- 1) Los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley; los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, en los mismos casos. Sin embargo, podrán declarar, previa advertencia de la exención, cuando lo desearan.
- 2) El defensor, el abogado o el mandatario del inculcado respecto a los hechos que en razón de su calidad hayan conocido y deban mantener en reserva por secreto profesional.
- 3) Quien conozca el hecho por datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencialidad legalmente prescrita.
- 4) Los funcionarios públicos, civiles o militares, sobre lo que conozcan por razón de oficio, bajo secreto, salvo que hubieren sido autorizados por sus superiores.

j) Peritación y peritaciones especiales

Cafferata Nores indica que *“la Pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba”*⁵⁶.

⁵⁶ Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma. 1994. Pág. 24.

La peritación procede, a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte técnica u oficio (artículo 225 CPP).

Los peritos deberán ser titulados en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de pronunciarse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. Si, por obstáculo insuperable no se pudiera contar en el lugar del procedimiento con un perito habilitado, se designará a una persona de idoneidad manifiesta (artículo 226 CPP). El cargo de perito es obligatorio, salvo que tuviere legítimo impedimento para no hacerlo caso en que deberá ponerlo de conocimiento del tribunal (artículo 27 CPP).

Existen impedimentos para ejercer este cargo, los cuales son (artículo 228 CPP):

- 1) Quienes no gocen de sus facultades mentales o volitivas.
- 2) Los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos.
- 3) Quienes hayan sido testigos del hecho objeto de procedimiento.
- 4) Los inhabilitados en la ciencia, en el arte o en la técnica de que se trate.
- 5) Quienes hayan sido designados como consultores técnicos en el mismo procedimiento o en otro conexo.

De la mano con las peritaciones, se encuentran peritaciones especiales (como las denomina la ley), mismas que están establecidas en los artículos 238 al 243 del CPP. Dichas peritaciones son:

- Autopsia: En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, se practicará la autopsia, aunque por simple inspección exterior del cadáver la causa aparezca evidente. No obstante, el juez, bajo su responsabilidad, podrá ordenar la inhumación sin autopsia, en casos extraordinarios, cuando aparezca de una manera manifiesta e inequívoca la causa de la muerte.

Las autopsias se practicarán en locales que, para el efecto, se habilitaren en hospitales y centros de salud del Estado y en los cementerios públicos o particulares. Sin embargo, en casos especiales y urgentes, el juez podrá ordenar que se practiquen en otro lugar adecuado.

- Envenenamiento: Cuando en el hecho aparecieren señales de envenenamiento, se recogerán inmediatamente los objetos o sustancias que se presuman nocivas y se enviarán a los laboratorios oficiales y, en su defecto, a laboratorios particulares.
- Peritación en delitos sexuales: Solamente podrá efectuarse si la víctima presta su consentimiento, y, si fuere menor de edad, con el consentimiento de sus padres o tutores, de quien tenga la guarda o custodia o, en su defecto, del MP.
- Cotejo de documentos: El tribunal dispondrá la obtención o presentación de escrituras de comparación. Los documentos privados se utilizarán si fueren indubitados, y su secuestro podrá ordenarse, salvo que el tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo. También podrá disponer el tribunal que alguna de las partes escriba de su puño y letra en su presencia un cuerpo de escritura.
- Traductores e intérpretes: Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el juez o el MP, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Las partes estarán facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezca la traducción o interpretación oficial.

k) Reconocimiento de documentos (artículo 244 y 245 CPP)

Los documentos, cosas y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado, los testigos y los peritos, invitándoles a reconocerlos e informar sobre ellos lo que fuere pertinente.

Los documentos, cosas o elementos de convicción que, según la ley, deben quedar secretos o que se relacionen directamente con hechos de la misma naturaleza, serán examinados privadamente por el tribunal competente o por el juez que controla la investigación; si fueren útiles para la averiguación de la verdad, los incorporará al procedimiento, resguardando la reserva sobre ellos.

Los tribunales y el MP podrán requerir informes sobre datos que consten en registros llevados conforme a la ley. Los informes se solicitarán indicando el procedimiento en el cual son requeridos, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas por el incumplimiento del que debe informar.

l) Reconocimiento de personas (artículo 246 al 249 CPP)

Cuando sea necesario individualizar al imputado, se ordenará su reconocimiento en fila de personas, de la manera siguiente:

- 1) Quien lleva a cabo el reconocimiento describirá a la persona aludida y dirá si después del hecho la ha visto nuevamente, en qué lugar, por qué motivo y con qué objeto;
- 2) Se pondrá a la vista de quien deba reconocer a la persona que se somete a reconocimiento junto con otras de aspecto exterior similar;
- 3) Se preguntará a quien lleva a cabo el reconocimiento si entre las personas presentes se halla la que designó en su declaración o imputación, y, en caso afirmativo, se le invitará para que la ubique clara y precisamente.

- 4) Por último, quien lleva a cabo el reconocimiento expresará las diferencias y semejanzas que observa entre el estado de la persona señalada y el que tenía en la época a que alude su declaración o imputación anterior.

La observación de la fila de personas será practicada desde un lugar oculto.

Cuando el imputado no pudiere ser presentado, por causas justificadas a criterio del tribunal, se podrá utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas.

El reconocimiento procede aún sin consentimiento del imputado.

En el acta en que conste el reconocimiento, se identificará con nombre, domicilio y residencia a todos los integrantes de la fila.

Si fueren varios los que hubiesen de reconocer, el acto se deberá practicar separadamente, cuidando de que no se comuniquen entre sí. Cuando fueren varios los que hubiesen de ser reconocidos por una misma persona, podrán integrar una sola fila junto a otras, si no se perjudica la averiguación.

m) Reconocimiento de cosas (artículo 249 CPP)

Las cosas que deban ser reconocidas serán exhibidas en la misma forma que los documentos.

n) Careos (artículo 250 al 253 CPP)

El careo podrá ordenarse entre dos o más personas que hayan declarado en el proceso, cuando sus declaraciones discrepen sobre hechos o circunstancias de importancia.

El acto del careo comenzará con la lectura en alta voz de las partes conducentes de las declaraciones que se reputen contradictorias. Después, los careados serán advertidos de las discrepancias para que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo.

De cada careo se faccionará un acta en la que se dejará constancia de las ratificaciones, reconvenciones y otras circunstancias que pudieran tener utilidad para la investigación.

3.3. Métodos especiales de investigación en el ordenamiento jurídico guatemalteco

La LCDO busca establecer tipos penales que pueden atribuirse a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales (establecidas en ella), el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación, así como aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada en Guatemala, en seguimiento a lo establecido por la CPRG, tratados internacionales suscritos por Guatemala en la materia y demás normativa interna.

Por ello, cabe concluir que esta legislación señala la diferencia entre la persecución del crimen común y el crimen organizado; distinguiendo el tratamiento investigativo que se hace a alguien que comete un acto delictivo común de aquel que comete un delito y forma parte del crimen organizado, dicho contraste esencialmente radica en los medios de investigación utilizados durante la investigación preliminar.

La ley les denomina a los medios de investigación en los delitos cometidos por parte del crimen organizado “métodos especiales de investigación”, los cuales son:

- a) Operaciones encubiertas;
- b) Entregas vigiladas; e,
- c) Intercepciones telefónicas y otros medios de comunicación.

3.4. El agente encubierto - Operaciones encubiertas (artículo 21 al 34, LCDO)

Las operaciones encubiertas son aquellas realizadas por agentes encubiertos que tienen como fin la obtención de información o evidencias que permitan procesar a las personas que forman parte de grupos delictivos organizados y su desarticulación, mediante el diseño de estrategias eficaces bajo el control del MP.

Para llevar a cabo una operación encubierta se debe contar con la autorización y supervisión del MP, y estará bajo su responsabilidad. La autorización corresponde al Fiscal General de la República y Jefe del MP, las cuales tendrán como tiempo máximo seis meses, pudiendo renovarlo de ser necesario sin que el plazo total de la operación exceda de un año.

La solicitud de la operación encubierta deberá hacerse por escrito y deberá contener:

- a) Descripción del hecho que se investiga indicando el o los posibles delitos en que incurre.
- b) Antecedentes que permitan presumir que la operación encubierta facilitará la consecución de los objetivos que se persiguen; la justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- c) En términos generales, las actividades que el agente encubierto desarrollará para la obtención de la información y los métodos que se utilizarán para documentar la información recabada.
- d) La identidad ficticia que asumirán y las funciones de los agentes encubiertos que intervendrán en la operación; la identidad real será únicamente del conocimiento del fiscal encargado del caso.
- e) En plica cerrada la identidad real del agente encubierto, la que quedará al resguardo del Fiscal General de la República y Jefe del MP sin que este

pueda conocer el contenido, salvo caso necesario al darse por terminada la operación.

- f) Cuando se conozca, el nombre, sobrenombre o cualquier otra circunstancia que permita identificar a las personas o integrantes presuntamente vinculadas a la organización criminal o las operaciones ilícitas de las mismas.

El Fiscal General de la República y Jefe del MP deberá conocer y resolver en forma inmediata la solicitud planteada por el fiscal. La resolución deberá ser fundada y en caso de autorizarse deberá contener:

- a) La determinación de los agentes encubiertos que participarán en la operación.
- b) Indicación de las actividades generales que se autoriza realizar durante la operación encubierta y los métodos que se utilizarán para documentar la información que proporcionen los agentes encubiertos.
- c) El objeto y plazo por el cual se autoriza la operación encubierta.
- d) La obligación del fiscal de informar verbalmente cada 30 días al Fiscal General de la República y Jefe del MP sobre el desarrollo de las actividades realizadas por los agentes encubiertos, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y con las reglas establecidas en la ley para la utilización de la medida.
- e) La prohibición expresa de que los agentes encubiertos provoquen la comisión de delitos para lograr una eventual detención o procesamiento de cualquier persona.

De las operaciones encubiertas quedan prohibidas y excluidas de las siguientes actividades:

1. La provocación de delitos.
2. Las operaciones que se hagan fuera de las acciones y planificaciones en la fase de investigación.

Se debe entender por agentes encubiertos a los funcionarios policiales especiales que voluntariamente, a solicitud del MP, se les designe una función con la

finalidad de obtener evidencias o información que permitan descubrir y procesar a los miembros de grupos delictivos organizados. Podrán asumir transitoriamente identidades y roles ficticios; actuar de modo secreto y omitir la realización de los procedimientos normales de su cargo ante la comisión de delitos⁵⁷, en los casos asignados a ellos, con el fin de optimizar las investigaciones y el procesamiento de integrantes de dichas organizaciones.

Están facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del imputado o los lugares donde el grupo delictivo organizado lleve a cabo sus operaciones o transacciones. Igualmente, si encuentra en los lugares donde se lleve a cabo la operación, información útil para los fines de la operación, lo hará saber al fiscal encargado de la investigación para que este disponga el desarrollo de una operación especial, para la recopilación de la información y los elementos materiales o evidencia física encontrados.

Durante la operación encubierta los fiscales deberán documentar la información que reciban de forma verbal por los agentes encubiertos. Esta podrá obtenerse mediante seguimientos, vigilancias, grabaciones de voces de las personas investigadas, la utilización de micrófonos u otros mecanismos que permitan tal finalidad, fotografías, grabaciones de imágenes u otros métodos técnico científicos que permitan verificar la información proporcionada por los agentes encubiertos.

Un tema importante en este tipo de investigación es la exención de la responsabilidad del agente encubierto, estará exento de responsabilidad penal, civil y administrativa cuando incurra en actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido, siempre que reúnan las siguientes condiciones:

⁵⁷ Esto tiene como excepción cuando los agentes encubiertos tuvieren conocimiento de la futura comisión de delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos; en este caso deberán ponerlo en conocimiento inmediato de las autoridades respectivas a efecto de evitar la comisión de los mismos (artículo 25).

- a. Que su actuación cuente con la autorización previa del Fiscal General de la República y Jefe del MP.
- b. Que su actividad esté dentro de los lineamientos determinados por el Ministerio Público en el ejercicio de la dirección de la investigación.
- c. Que el agente encubierto informe periódicamente al fiscal encargado del caso y a sus superiores, sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos.
- d. Que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias de la actividad de la organización criminal, o a encubrir fallas en el operativo o en la actuación de sus superiores u otros agentes.
- e. Que el agente encubierto no motive, induzca o provoque la comisión delictiva de algún miembro de la organización criminal o de otras personas.
- f. Que las actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de sus parientes dentro de los grados de ley.
- g. Que las actividades no consistan en los siguientes hechos punibles: Delitos contra la vida, plagio o secuestro, tortura, lesiones específicas, graves o gravísimas, delitos de violación y abusos deshonestos.

El agente encubierto que cometa delito por extralimitarse en las actividades generales a que está autorizado, será sancionado con la pena señalada para el delito cometido aumentada en una cuarta parte.

Los agentes fiscales serán los responsables de la dirección, desarrollo y documentación de la operación encubierta. Si detectaren desviaciones o abusos en el desarrollo de la operación por parte de los agentes encubiertos, deberán suspender inmediatamente la operación e informar al Fiscal General de la República y Jefe del MP los motivos de la misma y, si fuere procedente, deberá formular la acusación respectiva para el procesamiento del agente encubierto.

Con relación al control administrativo, es el Ministro de Gobernación el superior jerárquico responsable de ejercer dicho control sobre el personal que

desempeña funciones de agente encubierto, quedando el control de la información e investigación con exclusividad al Fiscal General de la República y Jefe del MP y al agente fiscal respectivo.

Al momento de que la información otorgada por el agente encubierta sea utilizada para la acusación de una persona, a partir de la primera declaración, el imputado o su defensor podrá revisar el expediente que deberá contener la documentación de la información recabada durante la operación encubierta, con el objeto de constatar si en el procedimiento y en los actos realizados no se vulneraron los derechos y garantías del imputado y si se respetó el contenido de la LCDO.

3.5 Entregas vigiladas (artículos 34 al 47 de la LCDO)

Se entenderá por entrega vigilada el método de investigación que permite el transporte y tránsito de remesas ilícitas o sospechosas, así como de drogas o estupefacientes y otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta vigilancia o seguimiento de las autoridades correspondientes.

Este método se utilizará con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales.

Durante el desarrollo de operaciones encubiertas, el Fiscal General de la República y Jefe del MP, a requerimiento y bajo la responsabilidad del agente fiscal encargado del caso podrá autorizar que uno o más agentes encubiertos pongan a circular dentro de un grupo delictivo organizado, drogas o estupefacientes, así como otras sustancias, materiales u objetos prohibidos o de ilícito comercio, a efecto de

descubrir el funcionamiento y operación de dichas organizaciones y obtener la demás información que se persigue mediante la utilización de las entregas vigiladas.

Las entregas vigiladas deberán ser realizadas por un equipo especial formado por personal de la PNC, bajo la supervisión y dirección estricta del MP, y serán periódicamente evaluados con métodos científicos para garantizar su idoneidad en el ejercicio de dichas actividades.

Los agentes fiscales encargados del caso deberán solicitar por escrito y bajo su responsabilidad, ante el Fiscal General de la República y Jefe del MP, la autorización de la entrega vigilada, quien deberá resolver inmediatamente. Dicha solicitud deberá contener:

- a. Descripción del hecho que se investiga indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- b. Los antecedentes que permitan presumir que la entrega vigilada facilitará la consecución de los objetivos perseguidos.
- c. La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- d. En términos generales, los métodos que se desarrollarán para documentar la información de la entrega vigilada.
- e. Cuando proceda, el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar. Cuando esto no sea posible porque dichas sustancias, bienes u objetos no serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de la entrega vigilada.

Será competente para la autorización de entregas vigiladas, bajo su responsabilidad, el Fiscal General de la República y Jefe del MP, quien deberá dictar su resolución debidamente fundamentada, determinando los siguientes puntos:

- a. Descripción del hecho que se investiga.
- b. La justificación del uso de esta medida fundamentando su necesidad por la probabilidad que el sistema ordinario de investigación no logrará la obtención de la información necesaria.
- c. En términos generales, los métodos que se autorizan para documentar la información de la entrega vigilada.
- d. Si las sustancias o bienes serán puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse el detalle de las sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio que se pondrán a circulación, indicando con precisión las cantidades y características de los mismos, y la justificación de los resultados que se pretenden alcanzar.
- e. Cuando las sustancias o bienes no sean puestos en circulación por agentes encubiertos, deberá indicarse en términos generales la clase de sustancias o bienes que se dejarán circular para el alcance de los fines de la entrega vigilada.

Si de lo manifestado por el fiscal encargado del caso en su solicitud, el Fiscal General de la República y Jefe del MP considera que no es viable la autorización de la entrega vigilada, por deficiencias en la solicitud, deberá comunicar inmediatamente al fiscal las fallas o deficiencias de que adolezca la misma a efecto de que estas puedan ser subsanadas de forma inmediata o en un plazo no mayor de 24 horas. De no lograrse subsanar tales deficiencias, el Fiscal General de la República y Jefe del MP dictará la resolución correspondiente con la debida fundamentación.

Autorizada la entrega vigilada, el fiscal responsable del caso deberá coordinar con el jefe de la unidad especial, la designación de los agentes que desarrollarán la entrega vigilada, quienes serán responsables de informar permanentemente al fiscal

del avance de la operación, para que este pueda decidir las diligencias procesales pertinentes cuando lo estime necesario.

Durante la operación de entrega vigilada los agentes que intervengan en la misma, bajo la dirección del fiscal, deberán documentar la entrega vigilada, mediante grabaciones de voces, utilización de micrófonos, fotografías, grabaciones de imágenes, u otros métodos técnico-científicos que permitan garantizar el debido control de la operación. La información documentada deberá ser puesta a disposición del fiscal encargado del caso inmediatamente.

Dentro de los 3 días de haber concluido la entrega vigilada, el Fiscal General de la República y Jefe del MP, deberá ser informado por el fiscal encargado del caso sobre los resultados de dicha operación, en especial, sobre la existencia y paradero de las sustancias, bienes u objetos ilícitos, que se dejaron circular.

Para la autorización de entregas vigiladas de sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio provenientes de otros países, las autoridades del país requirente o el país de destino final de las mismas, deberán suministrar al Ministerio Público la información necesaria para que el fiscal designado pueda fundamentar solicitud para efectos de la autorización respectiva.

Cuando haya concluido la entrega vigilada y se hayan incautado sustancias, bienes u objetos de ilícito comercio, los agentes encargados de la operación, bajo la dirección del fiscal responsable del caso, deberán asegurar la cadena de custodia para garantizar que las evidencias obtenidas llenen los requisitos para ser incorporadas en el proceso.

El Fiscal General de la República y Jefe del MP podrá resolver en cualquier momento la cesación de las operaciones encubiertas o del procedimiento de entrega vigilada, la detención de los partícipes en el hecho ilícito y la incautación de las

substancias y de los instrumentos del delito, poniéndolos a disposición del juez competente, si a su criterio:

1. La operación pone en serio peligro la vida o la integridad física de algún agente encubierto u otras personas ajenas a los actos ilícitos de la organización criminal.
2. La operación obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados.
3. La operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia.
4. La operación se desvía de finalidad o evidencia en sus ejecutores, abusos, negligencia, imprudencia o impericia.
5. Han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando la modalidad de las operaciones encubiertas o de las de entregas vigiladas.
6. La operación haya violado un precepto constitucional.

Evidentemente, este método de investigación tiene una aplicación restringida toda vez que no se puede hacer uso de él sino en casos muy específicos y concretos, por ejemplo el narcotráfico o el terrorismo. En función de lo que pretende la LCDO y que resulta de los artículos 34 y siguientes de la misma, teniendo como fin el descubrir las vías de tránsito, modos de entrada y salida del país, distribución y comercialización, así como la obtención de elementos probatorios, parece un medio adecuado de investigación y desde luego sumamente novedoso en Guatemala, siendo positivo por la cantidad de delitos que pueden impedirse, encuadrándose en un sistema preventivo del delito.

3.6 Las interceptaciones telefónicas (artículo 48 al 71 de la LCDO)

“Consiste en la interceptación, grabación y reproducción con autorización judicial de las comunicaciones orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético, así como de cualesquiera de otra naturaleza que en el futuro existan cuando sea necesario evitar,

*interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada*⁵⁸.

Este método fue regulado por medio del acuerdo gubernativo 188-2007, Reglamento para la aplicación del método especial de investigación de interceptaciones telefónicas y otros medios de comunicación.

Cuando sea necesario evitar, interrumpir o investigar la comisión de los delitos regulados en la LCDO⁵⁹, 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.

Los fiscales del MP 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 MP proporcionando toda la información necesaria para fundamentar la solicitud de la interceptación de dichas comunicaciones.

Las solicitudes de autorización para la interceptación de las comunicaciones, deberán presentarse por escrito ante el juez competente con los siguientes requisitos:

- a. Descripción del hecho que se investiga, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- b. Números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, según corresponda, cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el

⁵⁸ Rivera Clavería, Julio. *El crimen organizado*. Guatemala: Instituto de Estudios en Seguridad. 2011. Pág. 23.

⁵⁹ Artículos 2 al 11 de dicha Ley.

medio electrónico o informático que se pretende interceptar para la escucha, grabación o reproducción de comunicación respectiva.

- c. Descripción de las diligencias y medios de investigación que hasta el momento se hayan realizado.
- d. Justificación del uso de esta medida, fundamentando su necesidad e idoneidad.
- e. Si se tuvieren, nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o personas que serán afectadas con la medida.

En los delitos en que esté en peligro la vida o la libertad personal, el MP podrá presentar verbalmente la solicitud al juez competente quien resolverá en forma inmediata.

Se entenderá que existe necesidad de la interceptación de las comunicaciones cuando, los medios de investigación realizados demuestren que en los delitos cometidos por miembros de grupos delictivos organizados se estén utilizando los medios de comunicación señalados por la LCDO. Asimismo, se entenderá que existe idoneidad cuando atendiendo a la naturaleza del delito, se puede determinar que la interceptación de las comunicaciones es eficaz para obtener elementos de investigación que permitan evitar, interrumpir o esclarecer la comisión de los delitos ejecutados por miembros de grupos delictivos organizados.

Serán competentes para la autorización de interceptación de las comunicaciones, los jueces de primera instancia del ramo penal, correspondiente a la circunscripción territorial donde se haya cometido, se esté cometiendo o se esté planificando la comisión de delitos por miembros de grupos delictivos organizados.

Cuando la comisión del delito se haya realizado o se esté planificando cometer en distintos lugares, cualquiera de los jueces de primera instancia del ramo penal, de dichos lugares deberá conocer de las solicitudes de interceptación de estas comunicaciones.

Cuando por razón de horario o cualquier otro motivo no fuere posible que los jueces de primera instancia conozcan de forma inmediata la solicitud de interceptación, podrá presentarse ante el juez de paz correspondiente. En este caso, el juez de paz deberá resolver de forma inmediata y enviar las actuaciones a la primera hora hábil del día siguiente al juez de primera instancia jurisdiccional competente para que, en un término máximo de tres días, ratifique, modifique o revoque la decisión adoptada.

El juez competente deberá resolver inmediatamente las solicitudes de interceptaciones, siendo responsable por la demora injustificada en la resolución de las mismas. El auto que resuelva este tipo de solicitudes, además de los requisitos formales de un auto judicial, deberá contener los siguientes:

- a. Justificación del uso de esta medida indicando los motivos por los que autoriza o deniega la solicitud de interceptación.
- b. Definición del hecho que se investiga o se pretende evitar o interrumpir, indicando el o los delitos en que se encuadran los mismos.
- c. Números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas, según corresponda, o cualesquiera otros datos que sean útiles para determinar el medio electrónico o informático que se autoriza interceptar.
- d. Plazo por el que autoriza la interceptación, tomando en cuenta que la autorización tendrá una duración máxima de treinta días, la cual podrá prorrogarse.
- e. Nombres y otros datos que permitan identificar a la persona o personas que serán afectadas con la medida, en caso éstos hayan sido proporcionados por el órgano requirente.
- f. Fecha y hora para la audiencia de revisión del informe.

El fiscal encargado del caso deberá cesar inmediatamente la interceptación cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos (artículo 47):

- a. Se pone en serio peligro la vida o integridad física de alguna persona ajena a los actos ilícitos de la organización criminal.

- b. Obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados.
- c. Facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia.
- d. Se desvía de la finalidad o evidencia en sus ejecutores, abusos, negligencia, imprudencia o impericia.
- e. Han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando este método.
- f. Se haya violado un precepto constitucional.

Si de lo manifestado por el fiscal en la solicitud, el juez competente considera que no es viable la autorización de la interceptación de las comunicaciones, por deficiencias en la solicitud, deberá comunicar inmediatamente al fiscal las fallas o deficiencias de que adolezca la misma a efecto que estas puedan ser subsanadas de forma inmediata o en un plazo no mayor de veinticuatro horas. De no lograrse subsanar tales deficiencias, el juez dictará la resolución correspondiente con la debida fundamentación.

La interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, será realizada por personal especializado de la PNC, quienes serán periódicamente evaluados con métodos científicos para garantizar su idoneidad en el ejercicio de dichas actividades.

El Ministro de Gobernación deberá conformar un equipo especial de técnicos que serán destinados exclusivamente para la realización de dichas funciones.

El MP organizará las unidades de terminales de consultas donde se realizarán las interceptaciones, grabaciones y reproducciones de las comunicaciones, las cuales deberán ser estrictamente reglamentadas a efecto que, de toda actividad realizada en dichas unidades, quede registro informático y electrónico para el efectivo control del respeto a las garantías y el apego a la legalidad de quienes intervengan en ellas. Para el efecto todas las empresas prestadoras de servicios de comunicación telefónica, informática u otras de naturaleza electrónica, deberán

colaborar con el Ministerio Público con el equipo necesario para el desarrollo de las interceptaciones de las comunicaciones brindadas por sus servicios.

Los jueces de primera instancia del ramo penal que hayan autorizado las interceptaciones de las comunicaciones previstas en la ley deberán acudir a verificar que los procedimientos se estén desarrollando de conformidad con la ley y que no se estén desarrollando interceptaciones, grabaciones o reproducciones de comunicaciones no autorizadas, dicho control deberá realizarlo personalmente por lo menos una vez dentro del período autorizado, levantando acta de dicha visita.

La autorización de la medida expirará una vez se cumpla el plazo autorizado por el juez, salvo que se solicite prórroga por el fiscal responsable de la investigación. En este caso, deberá justificarse la necesidad e idoneidad de continuar con dicha actividad.

Podrá asimismo terminarse la medida cuando se logre el objetivo para el cual ha sido expedida la autorización de interceptación.

En el mismo momento en que se autorice la medida de interceptación, el juez competente deberá establecer la obligación del fiscal a informar cada quince días sobre el desarrollo de la actividad de interceptación, grabación y reproducción de las comunicaciones, para verificar si la medida está cumpliendo con la finalidad perseguida y si se está cumpliendo con las reglas establecidas por la ley para la utilización de la medida.

La omisión por el fiscal de la presentación de este informe verbal o escrito, o si sus explicaciones no fueren satisfactorias para el juez, podrán ser motivo suficiente para revocar la autorización y ordenar la suspensión de la interceptación.

El fiscal y sus investigadores deberán levantar acta detallada de la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la comprobación o

aportación de evidencias del hecho punible que se investiga, tomando en cuenta que cualquier otra información personal o íntima, será excluida del informe certificado que se aporte como prueba del crimen o delito. El MP conservará los originales de las transcripciones así como el o los *cassettes* sin editar que contienen las voces grabadas, hasta que se solicite la recepción de la primera declaración de la persona sindicada, momento en el que deberá poner a disposición del juez competente las actuaciones que obren en su poder. Una vez terminada la audiencia de la primera declaración, las actuaciones originales volverán a poder del MP para completar la etapa preparatoria del proceso penal.

Las comunicaciones, informaciones, mensajes, datos o sonidos transmitidos en un idioma que no sea el español, serán traducidas a este idioma por un intérprete autorizado por el juez contralor. En todos los casos, las traducciones se ejecutarán previo juramento de realizar versiones fieles, conforme a lo dicho por el investigado.

El medio de prueba será las grabaciones o resultados directos de las interceptaciones, y las transcripciones servirán únicamente como guías para una correcta comprensión de las mismas. En caso de contradicción, prevalecerá lo primero sobre las transcripciones.

El resultado final de las grabaciones deberá tener como único objetivo la sustanciación del procedimiento que impulse el fiscal en contra de la persona a quien va dirigida la interceptación de su comunicación. Para garantizar el derecho de defensa, las grabaciones podrán ser revisadas por la persona que ha sido objeto o blanco de ellas, a partir de la primera declaración de dicha persona en los tribunales penales correspondientes.

El contenido de las grabaciones realizadas de conformidad la ley, solo tendrá validez como medio de prueba cuando sea el resultado de una interceptación autorizada de conformidad con el procedimiento establecido. La prueba obtenida con violación de estas formalidades o la violación al derecho a la privacidad más allá de

lo establecido por la autorización judicial es ilegal, sin perjuicio de las responsabilidades legales en que incurra la persona que la realiza.

Cuando a consecuencia de una medida de interceptación autorizada, resultare información de hechos delictivos del investigado o de un tercero no previstos en la autorización judicial, el fiscal deberá ponerlo en conocimiento inmediato del juez contralor, a efecto de solicitar una nueva autorización con respecto a los nuevos hechos descubiertos.

Los jueces de primera instancia del ramo penal, llevarán un libro de registro de todas las solicitudes presentadas a su consideración, indicando la fecha y hora en que fueron recibidas, el número de la solicitud y el nombre del representante del Ministerio Público que la presenta. Únicamente al fiscal encargado del caso se le entregará copia de la solicitud y de la decisión judicial. A ninguna entidad o persona se le debe suministrar información relacionada con las actuaciones de interceptaciones reguladas en la presente Ley.

Los registros y actas en los cuales consten las interceptaciones de las comunicaciones, hayan dado o no resultados, deberán ser destruidos bajo supervisión judicial, un año después de finalizada la persecución penal o la sentencia impuesta haya sido ejecutoriada en el caso que existan personas condenadas. La destrucción no incluye el expediente del proceso penal que haya fenecido.

El MP solicitará la prórroga del período de la interceptación de las comunicaciones por lo menos con dos días de anticipación a la fecha en que fenezca el periodo anterior. El juez resolverá inmediatamente con base en el informe que se le hubiere presentado.

Cuando se hubiere denegado la prórroga, el fiscal encargado del caso deberá concluir la interceptación autorizada, debiendo levantar acta y rendir informe complementario al juez competente.

Cuando hubiere concluido toda interceptación de comunicaciones, el fiscal encargado del caso informará al juez competente sobre su desarrollo y sus resultados, debiendo levantar el acta respectiva para efectos de dicho informe.

El fiscal encargado del caso levantará acta circunstanciada de toda interceptación realizada que contendrá las fechas de inicio y término de la misma; un inventario detallado de los documentos, objetos, cintas de audio y cualquier otro medio utilizado, que contengan los sonidos captados durante la misma; la identificación de quienes hayan participado en las diligencias, así como los demás datos que considere relevantes para la investigación.

Los documentos, objetos, cintas y cualquier otro registro obtenido en las interceptaciones, se numerarán en original y en duplicado de forma progresiva y contendrán los datos necesarios para su identificación.

Se guardarán en sobre sellado para conservar la cadena de custodia de la prueba y el fiscal encargado del caso será responsable de su seguridad, cuidado e integridad, debiendo dejar constancia de todo acto que realiza.

Quienes participen en alguna intervención de comunicaciones privadas deberán guardar reserva sobre el contenido de las mismas.

Las voces provenientes de una comunicación interceptada contra el imputado podrán ser cotejadas por los medios idóneos para ser incorporados en el proceso penal como evidencias o medios de prueba.

Por lo que a los métodos de investigación se refiere, se está de acuerdo con la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de fecha 15 de enero de 2008 (expediente 2837-2006), cuando señala en el Considerando II que *“...existe un conflicto de derechos fundamentales entre la garantía del secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y*

otros productos de la tecnología moderna, contenido en el artículo 24 constitucional, y la seguridad de la persona, estipulada como deber del Estado y derecho individual en los artículos 2° y 3° constitucionales...”, que la propia Corte de Constitucionalidad resuelve señalando que “...la interpretación valorativa de la Constitución en orden a los derechos humanos contenidos en ella debe dar por presupuestos que: a) esos derechos son, ontológicamente, limitados, porque son derechos “del hombre en sociedad”; y b) esos derechos son relativos y, por ende, admiten limitaciones razonables al tenor de lo que en ese punto habilita la Constitución”.

Por lo expuesto, los tres métodos de investigación no conculcan derechos fundamentales de la persona toda vez que ningún derecho es absoluto, siendo relativos cuando éstos se ven limitados por el interés social (según lo establecido por la Corte de Constitucionalidad en la citada sentencia).

En relación al agente encubierto, pese a encontrarse regulado en la legislación guatemalteca, y a la prevención en la comisión de muchos delitos que el método podría suponer; es lo cierto que el mismo resulta absolutamente inoperante en Guatemala, donde no es utilizado debido a que no existe una estructura técnica que permita ejecutar el método con garantías (seguridad) tanto de la propia investigación como de los sujetos que la llevan a cabo.

Por su parte, las entregas vigiladas constituyen un método de investigación de aplicación restringida, limitándolo a determinados tipos penales en los cuales se de el tránsito de bienes de ilícito comercio, siendo de utilidad para la prevención del delito.

Las interceptaciones telefónicas, en cuanto constituyan un método de investigación son útiles como un instrumento para recabar indicios que posteriormente puedan presentarse como prueba, pudiendo además constituir medio de prueba si de la escucha telefónica se refiere a hechos de terceros ajenos a la persona que es objeto de la misma; más no como prueba toda vez que con ello se

podría ver conculcado el derecho a no declarar contra sí mismo y parientes establecido en el artículo 16 de la CPRG.

CAPÍTULO 4

IMPLICACIONES DE LOS MÉTODOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN, AGENTE ENCUBIERTO E INTERCEPCIONES TELEFÓNICAS, FRENTE AL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ Y PARIENTES

4.1. Aproximación práctica a la aplicación de los métodos especiales de investigación de agente encubierto e intercepciones telefónicas en Guatemala

En la justicia penal guatemalteca intervienen distintas instituciones encargadas de diversas funciones a fin de llevar a cabo el proceso penal de forma adecuada y apegado a la CPRG como a la legislación interna y los tratados internacionales en la materia ratificados por Guatemala.

Con la finalidad de determinar la manera en la que son aplicados los métodos especiales de investigación, específicamente el agente encubierto y las intercepciones telefónicas, y si lo ejecutan respetando el derecho a no declarar contra sí y parientes contenido en la CPRG; se realizaron diez entrevistas a distintos funcionarios y empleados públicos que laboran o han laborado en las instituciones encargadas de la aplicación de la justicia penal. Se entrevistó a agentes de la PNC que labora en el Centro de Monitoreo de Comunicaciones –CMC-, encargado de llevar a cabo las intercepciones telefónicas; de igual forma se entrevistó al Defensor del Debido Proceso de la institución del Procurador de los Derechos Humanos –PDH-; a una abogada litigante que laboró en la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala –CICIG- en el tema de crimen organizado; a jueces de instancia penal así como magistrados de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal.

A continuación se presentan los resultados obtenidos de dichas entrevistas, los cuales permitieron determinar la aplicación práctica de los métodos especiales de investigación del agente encubierto y las intercepciones telefónicas, así como

establecer si con dichos métodos se vulnera o no el derecho a no declarar contra sí y parientes contenido en la Carta Magna.

Es de hacer notar que sobre el método del agente encubierto, se obtuvo como resultado que este no es aplicado en Guatemala; si bien se encuentra regulado en la legislación el mismo no se utiliza, respecto de la razón, los entrevistados señalan que se debe a que aún no existe en el país una estructura para la implementación de esta figura. Especialmente el personal que labora en la PNC, resaltó que es de suma importancia la implementación del agente encubierto ya que con ello se podría averiguar a fondo toda la organización criminal, complementando de mejor manera la investigación que se realiza a través de las interceptaciones telefónicas.

Por lo anterior, los análisis de los resultados que se llevarán a cabo en el presente capítulo se basarán únicamente a las interceptaciones telefónicas, debido a que se determinó que el agente encubierto no es una figura que se haya implementado en el sistema de investigación guatemalteco, aun cuando la misma se encuentra regulada en la legislación.

A continuación se presentan los resultados obtenidos estableciendo las posturas a favor y en contra y la conclusión a que se arriba en esta investigación, en cada una de las interrogantes planteadas.

a. Regulación del método especial de investigación, interceptaciones telefónicas

Los funcionarios del MP, de la PDH así como de la CICIG consideran que las interceptaciones telefónicas se encuentran debidamente reguladas, que la legislación las norma de forma clara y adecuada.

Por su parte, el personal de la PNC que labora en el CMC disiente de dicha aseveración, señalando que si bien se encuentra regulado no existe suficiente

normativa que señale de forma clara y adecuada la forma de llevar a cabo la diligencia, lo que dificulta la aplicación del mismo. En la misma línea se expresaron jueces y magistrados entrevistados, señalando que es necesaria la implementación de reglamentos o manuales claros que detallen a profundidad los aspectos operacionales y que se hagan de conocimiento de los órganos jurisdiccionales; indicando que en su labor judicial se encuentran con lagunas legales para la solicitud fundada de las interceptaciones telefónicas y los casos de procedencia, así como también en la autorización y ejecución del método, lo que propicia que los jueces incurran en la autorización injustificada de interceptaciones telefónicas y no existe unidad de procedimientos a seguir.

Otro tema importante de señalar, es que indican que está poco legislado y nada claro lo relativo a las personas que tendrán acceso a las escuchas telefónicas; en complemento a ello es necesario que la figura delictiva que sanciona a los funcionarios que intervienen en este método que hacen mal uso o abusen de la aplicación de las interceptaciones telefónicas tenga penas más altas y pueda ser ejemplar para disuadir a los funcionarios de mal utilizar esta figura, a fin de garantizar el correcto cumplimiento de la ley y apegarse a la misma para realizar las interceptaciones telefónicas.

Lo señalado por los agentes de la PNC así como por funcionarios del Organismo Judicial es de suma importancia; son los agentes policiales los que se encargan de llevar a cabo las escuchas telefónicas y deben tener completa claridad sobre el método, saber los límites que el mismo tiene y la manera en la que se debe hacer su ejecución; si ellos no tienen el conocimiento a profundidad de la legislación y la forma de emplearlo se puede incurrir en ilegalidades al momento de llevar a cabo las escuchas telefónicas. Por otra parte, son los órganos jurisdiccionales los encargados de autorizar las interceptaciones telefónicas, por lo que no se debe dejar a criterio de los jueces los casos en las que las mismas deben emplearse, debe estar detalladamente normado para que el marco de acción del órgano se limite a lo

establecido en la ley, sin existir lagunas que puedan llevar a que se utilice de forma arbitraria.

Se comparte el criterio de que el tipo penal que sanciona a los funcionarios y empleados públicos que se extralimiten en sus funciones o que utilicen los métodos de investigación para fines distintos para los que fueron creados y autorizados por los órganos jurisdiccionales sea más fuerte, actualmente la ley regula una pena entre seis y ocho años, así como la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión pública por el mismo plazo entre seis y ocho años; pero dicha pena debería ser más severa para que sea ejemplar. Por lo delicado del tema es necesario que los responsables de llevar a cabo la aplicación de este método lo hagan con total apego a la ley y el respeto a las garantías constitucionales, a fin de no incurrir en arbitrariedades o la mala utilización de la información obtenida.

b. El método especial de investigación, interceptaciones telefónicas frente al derecho a no declarar contra sí y parientes

Uno de los objetivos de la presente investigación es determinar si, al aplicar el método de interceptaciones telefónicas, se podría estar vulnerando el derecho a no declarar contra sí y parientes por parte de la persona que está siendo escuchada. Por lo que se consultó a los funcionarios si consideraban que dicho método contradice el derecho a no declarar contra sí y parientes, qué derecho debe prevalecer: la averiguación de la verdad o el derecho de defensa mediante la prohibición de no declarar contra sí y parientes; así como los presupuestos que deben concurrir para que una escucha telefónica no llegue a vulnerar dicho derecho.

A la interrogante si consideraban que la aplicación de dicho método contradice el derecho a no declarar contra sí y parientes, indicaron todos, a excepción de un magistrado citado en el párrafo siguiente, que no es contradictorio ya que ningún derecho es absoluto y debe prevalecer el interés social; de igual forma, estiman que

no es violatorio ya que para que pueda emplearse debe mediar una autorización judicial que justifique su utilización y la necesidad del mismo.

Es de resaltar lo expresado por un magistrado, quien indicó que podría existir cierta contradicción cuando el mismo sea utilizado para condenar a una persona, ya que a través de lo escuchado por medio de una interceptación telefónica se estaría tomando como una declaración auto incriminatoria y ello si vulneraría los derechos de las personas; dichas escuchas deben ser utilizadas como un método de investigación más no como una prueba *per se* dentro de un proceso.

Lo expresado es de suma relevancia ya que en definitiva dicho método se encuentra regulado en la ley y la única manera que no se llegara a conculcar los derechos de la persona a través de su aplicación es que el mismo sea utilizado bajo los parámetros establecidos y como parte de la etapa de investigación, recurriendo a él como un indicio y no como prueba en juicio.

Relacionado con lo anterior, existen opiniones encontradas sobre el derecho que debe prevalecer: averiguación de la verdad frente al derecho a no declarar contra sí mismo y parientes. Algunos funcionarios consideran que ambos derechos deben respetarse y que no deben ser excluyentes unos de otros, señalando que la averiguación de la verdad conlleva el respeto al derecho a no declarar contra sí y parientes. Por su parte, los funcionarios de la PNC como del MP concuerdan en que debe prevalecer el derecho a la averiguación de la verdad, siempre realizando investigaciones transparentes. Por último, existe la consideración que debe prevalecer el derecho a no declarar contra sí mismo o parientes, ya que la única manera en la que una persona puede declarar contra sí es que sea voluntario y debe ser advertido de forma clara y solemne que no está obligado a hacerlo, lo que no sucede con las escuchas telefónicas.

La autora de la presente investigación considera que, si bien se debe buscar siempre la verdad en los hechos y a raíz de ello juzgar a los culpables, no se pueden

violentar las garantías y derechos constitucionalmente establecidos para lograrlo. Se considera que al aplicar las interceptaciones telefónicas siempre se debe velar que se respeten los derechos fundamentales, evitando que con dichas escuchas se pudiera una persona auto incriminar y que dicha declaración sea utilizada para condenarlo en un juicio.

Por último en este apartado, se les preguntó sobre los presupuestos que deben concurrir para que, al aplicar una interceptación telefónica, no se vulnere el derecho a no declarar contra sí y parientes pudiendo abstraer de las respuestas lo siguiente:

- Un presupuesto indispensable, y legalmente establecido, es que esté autorizado el uso del método por autoridad competente y que se documente toda la información recabada así como su ejecución.
- Debe aplicarse la LCDO, y cumplir a cabalidad los requisitos que la misma establezca para que se autorice un método de este tipo; señalando su idoneidad, proporcionalidad y la necesidad de su aplicación.
- Se debe tratar de un método excepcional que permita a la fiscalía orientar adecuadamente su investigación y obtener por medio de ello medios de pruebas reales.

Con lo señalado, se puede considerar que existen mecanismos para hacer de las interceptaciones telefónicas un método útil e idóneo sin que el mismo vulnere derechos constitucionalmente establecidos, siguiendo parámetros previamente establecidos para que se pueda llegar a aplicar y continuar la investigación con la información obtenida y que con ello se recaben medios de prueba que puedan presentarse en un proceso penal.

c. Las interceptaciones telefónicas dentro del proceso penal

Con la finalidad de determinar la manera en la que las interceptaciones telefónicas son aplicadas dentro del proceso penal, se cuestionó a los entrevistados sobre el uso de dichas escuchas como pruebas admisibles dentro de un juicio y el valor probatorio que debería dársele a la misma.

En esta interrogante, la información más relevante que se obtuvo fue la brindada por los funcionarios de órganos jurisdiccionales, quienes indicaron que las interceptaciones telefónicas, a su juicio, no deben ser tomadas en cuenta como medios de prueba sino que deben ser un método para la averiguación de la verdad y para obtener otras pruebas que sí sean incorporadas dentro del proceso.

Otros entrevistados consideran que si deben ser medios de prueba pero de forma complementaria, no como la prueba principal en un caso sino que sea adicional a otras pruebas.

La utilización como medio de prueba de las escuchas telefónicas en un proceso penal podría generar la vulneración del derecho a no declarar contra sí y parientes. Se coincide en el hecho que dichas escuchas deben ser un instrumento para conseguir medios de prueba que puedan presentarse en un juicio, pero no puede ser una prueba en sí misma y que la misma constituya la base fundamental probatoria que sirva para condenar a una persona. Debe existir toda una investigación que se complemente con las interceptaciones telefónicas y que las mismas sean el utensilio que lleve a otros indicios que coadyuven a la averiguación de la verdad.

d. La actuación de las partes procesales frente a la implementación de las interceptaciones telefónicas y el derecho a no declarar contra sí y parientes

Por último, es de suma importancia considerar la percepción de los entrevistados sobre la actuación de jueces, fiscales y defensores en los casos en los que se han utilizado interceptaciones telefónicas en cuanto al derecho a no declarar contra sí y parientes.

Al respecto, consideran que se han logrado avances significativos en la investigación y el juzgamiento del crimen organizado a través de la utilización de este método, pero que las mismas deben aplicarse de conformidad con la ley para que no vulnere derechos fundamentales. En su mayoría están de acuerdo que no se viola el derecho a no declarar contra sí y parientes debido a que a través de este método se busca la obtención de información que permita prevenir, investigar y perseguir los delitos para los cuales la ley autoriza su aplicación; pero se debe tomar más conciencia y transparencia en la utilización de los mismos, ya que el criterio para su uso no debe ser parcializado.

Es de hacer notar y darle una mayor preponderancia a la opinión vertida por los funcionarios de los órganos jurisdiccionales, quienes señalan que las interceptaciones telefónicas han sido utilizadas con ligereza, con cierta arbitrariedad y con criterios poco consistentes. De igual forma indican que la calificación de crimen organizado por parte de fiscales y jueces muchas veces es discrecional, lo que genera en el hecho de que dicho método no se aplique únicamente a la delincuencia organizada, pues en la práctica se ha advertido que hay hechos que al tenor de la ley no deberían considerarse crimen organizado y que sin embargo se califican de tal forma para justificar el empleo de interceptación telefónicas.

Lo indicado por jueces y magistrados es de importancia debido a que al no aplicar los métodos exclusivamente en las investigaciones dirigidas a la persecución

del crimen organizado se puede incurrir en ilegalidades y violaciones a los derechos fundamentales.

4.2. Reflexión sobre colisión de derechos: Derecho a la averiguación de la verdad frente al derecho a no declarar contra sí y parientes

Con la aplicación de los métodos especiales de investigación se hace de vital importancia analizar si en la búsqueda de la averiguación de la verdad y la seguridad pública se pueden vulnerar derechos fundamentales, como el de no declarar contra sí y parientes, al momento de investigar a los presuntos culpables de hechos criminales.

Por ello es necesario considerar si existe o no colisión entre los derechos mencionados, a fin de determinar si la aplicación de las interceptaciones telefónicas y los agentes encubiertos pueden vulnerar el derecho en mención.

En otros apartados se ha desarrollado el derecho a no declarar contra sí y parientes, por lo que se procederá a hacer un análisis sobre el derecho a la averiguación de la verdad.

En todo proceso penal se tiene como principal objetivo la averiguación de la verdad del hecho sometido a proceso, pero es de suma importancia el hecho que muchas veces el propio Estado ha limitado esa búsqueda de la verdad a través de la legislación; señalando que en esa búsqueda no se puede afectar la libertad, dignidad y seguridad de las personas. Es por ello que estableció como limitantes el no declarar contra sí y parientes, la prohibición de la tortura, la inviolabilidad de la vivienda y correspondencia, documentos y libros, y los casos de registro de personas y vehículos.

El derecho a no declarar contra sí y parientes, establecido en el artículo 16 de la CPRG; se estableció como limitante debido a que en este caso es el propio

imputado de un hecho el que podría proporcionar información sobre lo ocurrido y es debido a ello que se deben garantizar sus derechos para que no sean violentados, brindándole de esta forma un respeto al derecho de defensa, a su libertad, seguridad y justicia.

Es por ello que la persona sometida a un proceso penal tiene derecho a no llevar a cabo ningún acto, en este caso declaraciones, que pudieran de alguna manera afectarlo durante el proceso; incluso puede negarse a declarar sin que pueda tomarse como una consideración en su contra. Por lo anterior se puede determinar que según lo establecido en la normativa del país (e incluso en tratados internacionales como se ha señalado en otros apartados de la presente investigación), la declaración es un medio de defensa del procesado, secundariamente se podría considerar como un medio de averiguación (una vez que la misma no perjudique al imputado).

Otro límite a la averiguación de la verdad es la prohibición de la tortura, el 12 de octubre de 1989 el Estado de Guatemala aprobó por medio del Decreto del Congreso de la República número 52-89, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Aunado a ello se encuentra en el artículo 3 constitucional la obligación del Estado de proteger la vida, pero también la integridad y seguridad de las personas; por lo que se prohíbe el uso de cualquier forma de tortura para obtener información u obligar a una persona a que declare contra sí mismo o sus parientes.

Por último se encuentra el respeto a la intimidad de las personas, ello se encuentra en distintos artículos de la CPRG, limitando con ello el procedimiento penal y circunscribiéndolo específicamente a lo que la ley permite para la averiguación de la verdad. Se encuentra en las normas constitucionales 23, 24 y 25.

El artículo 23 referido a la inviolabilidad de la vivienda, señala de forma clara que *“la vivienda es inviolable”*; pero aunado a ello determina que se podrá irrumpir en

morada ajena cuando medie una autorización judicial y en el horario entre seis y dieciocho horas, limitando nuevamente tal diligencia ya que para ello debe encontrarse el interesado o su mandatario. Con esta excepción a la inviolabilidad se busca precisamente lograr la averiguación de la verdad, pero siendo ciertamente algo excepcional.

Por su parte, en los artículos 24 y 25 de la CPRH, que norman los límites del Estado en la intromisión de la correspondencia, documentos y libros, y los casos de registro de personas y vehículos.

En relación a la inviolabilidad de la vivienda existen excepciones a estos artículos si es autorizada la incautación de la correspondencia, documentos y libros por un juez competente, debiendo seguir los requisitos establecidos para ello o de lo contrario sería inadmisibles como medio de prueba. De igual forma acontece con el registro de personas y vehículos, para lo cual señala que ello debe efectuarlos las fuerzas de seguridad cuando exista una causa justificada (que puede ser una política criminal o la solicitud para hacerlo por parte del ente investigador o un órgano jurisdiccional competente).

Con lo expuesto se determina que ningún derecho es absoluto, pero es la propia normativa la que impone los límites a cada derecho. Es la Constitución Política de la República la que señala de forma clara cuáles son las excepciones bajo las cuales se abre el margen de acción y los derechos se relativizan.

En el caso del derecho a no declarar contra sí y parientes, no existe ninguna excepción a dicho derecho que señala determinados casos en los cuales el imputado de un hecho delictivo pueda declarar contra sí mismo; la ley es clara e incluso jurisprudencialmente pueden encontrarse casos en los cuales se ha concluido que aún cuando una persona declara contra sí misma dicha declaración no puede utilizarse como prueba principal para declararla culpable y aplicarle una pena. La persona sindicada de un hecho se encuentra en situación de vulnerabilidad lo que

puede desencadenar falsas declaraciones e incluso inculparse por un hecho que no cometió.

Por ello, la autora de la presente investigación, considera que el derecho a no declarar contra sí y parientes no debe ser violentado ni limitado en ninguna situación; y, en el caso específico de la aplicación del método especial de investigación de interceptaciones telefónicas, dicho método se debe emplear de conformidad con lo establecido en la ley, existiendo presupuestos determinados para que no se vulnere ningún derecho y no exista colisión con la búsqueda de la verdad. Pero si se considera que al momento de utilizar una escucha telefónica como prueba principal en un proceso, se podría estar frente a la violación al derecho ya que sería precisamente una declaración que hiciera la persona en el marco de una interceptación la que la condene como culpable de un hecho delictivo. Es por ello que los resultados de las escuchas telefónicas debiera utilizarse como indicios para continuar con la investigación en búsqueda de medios de prueba contundentes que sean la principal prueba en un proceso penal, los métodos especiales de investigación debieran ser instrumentos para fundamentar de mejor manera la investigación criminal que se lleva a cabo, ya que al basarse únicamente en los resultados obtenidos como prueba para la posterior condena de una persona, a juicio de la autora, existiría colisión de derechos, transgrediendo el derecho a no declarar contra sí y parientes constitucionalmente establecido en la búsqueda de la averiguación de la verdad.

4.3. Los métodos especiales de investigación en la práctica guatemalteca, agente encubierto e interceptación telefónica, frente a la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí y parientes

A lo largo de la presente investigación se ha analizado el derecho a no declarar contra sí y parientes así como los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas, dicho análisis se ha abordado desde el ámbito doctrinario, lo establecido en la legislación, la posibilidad de existir una

colisión de derechos así como la consulta a profesionales que han trabajado en el tema y conocen la realidad de la aplicación de los métodos.

Con la información obtenida en estos distintos ámbitos, se hace necesario llevar a cabo una reflexión final a fin de determinar si el derecho a no declarar contra sí y parientes podría ser vulnerado al momento de utilizar métodos especiales de investigación.

En el caso del método especial de investigación de agente encubierto, debido a que el mismo no es utilizado en la actualidad y de lo que se desprende de la legislación no se logra observar si podría vulnerar el derecho a no declarar contra sí y parientes, no será objeto de análisis. Pero se desprende de las entrevistas a los funcionarios que se hace necesario fomentar la creación de una estructura dentro de la política criminal del Estado a fin de poder implementar el uso de los agentes encubiertos, que de la mano con las interceptaciones telefónicas podrían ser de gran utilidad para la lucha contra el crimen organizado, tal y como lo prevé la LCDO.

Por su parte, a juicio de la autora, el uso de interceptaciones telefónicas de ser utilizado como prueba durante un proceso penal podría afectar el derecho a no declarar contra sí y parientes ya que se estaría presentando en el mismo una declaración autoincriminatoria involuntaria para el acusado. La propia ley establece que los resultados de dicho método pueden incorporarse como pruebas dentro de un juicio, pero al momento que a una persona se le interceptan sus llamadas no tiene la posibilidad de defenderse, de dar una declaración de forma voluntaria e investida de sus derechos, por lo que al incorporar esto como prueba principal para el juzgamiento y posterior condena de un sindicado sí se estaría frente a la vulneración del derecho a no declarar contra sí y parientes.

Las interceptaciones telefónicas deberán ser un instrumento para poder guiar la investigación criminal, para la búsqueda de nuevos indicios a incorporar en el proceso y otras pruebas que sean las fundamentales para determinar la culpabilidad

o no de una persona. El derecho a no declarar contra sí y parientes está establecido en la CPRG y se encuentra en diversos tratados internacionales ratificados por Guatemala, por lo que el mismo debe respetarse en todo momento y en todas las fases del proceso penal, sin transgredirlo en la búsqueda de la averiguación de la verdad.

CONCLUSIONES

Primera: Por lo que se refiere a la pregunta de investigación ¿Cuáles son las implicaciones de los métodos especiales de investigación, agentes encubiertos e interceptaciones telefónicas, establecidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada respecto del derecho a no declarar contra sí y parientes?, se concluye:

1. En relación al método especial de investigación de agente encubierto, tras casi nueve años de entrada en vigencia la ley aún no ha empezado a utilizarse, por lo que no hay aplicación práctica de la norma haciendo imposible determinar sus implicaciones respecto al derecho a no declarar contra sí y parientes.
2. Por lo que a las interceptaciones telefónicas se refiere, en cuanto las mismas constituyan un método de investigación son admisibles, no constituyendo una violación al derecho fundamental de declaración contra sí y parientes, dado el carácter relativo que este tiene frente a los derechos de la colectividad, cuya limitación es razonable al ser utilizado como medio de investigación.
3. Si las interceptaciones telefónicas se utilizan como medio de prueba, las mismas podrían constituir tal medio y ser perfectamente legal cuando el objeto de la prueba no se refiera al sujeto sobre el que se practica la escucha, pues en este último caso podría estimarse una auto incriminación que atentaría contra el postulado constitucional del artículo 16.

Segunda: El objetivo general de la presente investigación es: Determinar la forma en que se garantiza la protección del derecho a no declarar contra sí y parientes en la aplicación práctica de las normas que regulan los métodos especiales de investigación de agente encubierto e interceptaciones telefónicas, establecidos en la Ley contra la Delincuencia Organizada, se concluye:

1. En el agente encubierto la normativa que lo regula no supone una vulneración al derecho a no declarar contra sí y parientes, puesto que el mismo no conculca ninguna normativa de orden constitucional.
2. Para establecer esta conclusión, se debe hacer una distinción entre método de investigación y medio de prueba, estableciendo como medio de investigación

la etapa previa al proceso así como la etapa preparatoria en la cual el ente acusador se encuentra recabando toda la información relevante y los indicios para la formulación de su caso; por el contrario el medio de prueba hace referencia a la incorporación de dichos indicios (si fuera el caso) durante la fase del debate como prueba para el proceso. De suerte que en la medida en que las escuchas telefónicas constituyen un método de investigación serían perfectamente válidas como se expresó, pero no cuando los resultados de la investigación se incorporen como prueba.

3. No se garantiza la protección del derecho a no declarar contra sí y parientes, el cual consiste en que en proceso penal ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente ni contra sus parientes dentro de los grados de ley, ya que el artículo 60 de la LCDO establece que las mismas pueden incorporarse como medio de prueba en un proceso penal.
4. Para que la misma se viera garantizada, debe matizarse el artículo citado en el sentido de señalar que no deben utilizarse como medio de prueba la declaración contra sí mismo y parientes cuando la misma sea obtenida por el método de escuchas telefónicas.

Tercera: De los objetivos específicos planteados: a) Determinar si el método especial de investigación, agente encubierto, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes; b) Determinar si el método especial de investigación, interceptación telefónica, vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes, se concluye.

1. El agente encubierto, al no poder llevarse a cabo un análisis de su aplicación práctica, se concluye que de conformidad con lo establecido en la ley el mismo no vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes; al momento en que se den las condiciones necesarias y de seguridad para poder llevar a cabo la utilización de este método, se debe tomar en cuenta el respeto al derecho constitucional señalado.
2. En relación a las interceptaciones telefónicas, si este método es utilizado para una posterior incorporación en juicio como medio de prueba de una escucha

en la cual una persona se auto incrimine, sí vulnera el derecho a no declarar contra sí y parientes, ya que si bien el derecho es a no ser obligado se debe entender de sus alcances que la persona debe tener la facultad de decidir libremente lo que desea declarar para incorporarlo como prueba, no sucediendo de este modo si su declaración proviene de lo grabado en una escucha telefónica. Para que las interceptaciones no vulnere el referido derecho, en estos casos deben ser utilizadas únicamente como un instrumento, una herramienta para la investigación, a fin de que a través de las mismas se establezcan indicios que sirvan para la obtención de medios de prueba.

REFERENCIAS

Bibliográficas

1. Benavente Chorres, Hesbert. *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*. México: Flores Editor y Distribuidor. 2011.
2. Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma. 1994.
3. Edwards, Carlos Enrique. *Garantías constitucionales en materia penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1996.
4. Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch. 1995.
5. García, César y Antonio López Díaz (coord.). *temas de Derecho Penal Tributario*. Marcial Pons. 2000.
6. Jakobs, Günter. *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*. Madrid: Editorial Civitas. 1985.
7. Jakobs, Günter. *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, (trad. Manso), en Escuela de verano del Poder Judicial. Galicia. 1999.
8. Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas Editor. 2003.
9. Hidalgo Murillo, José Daniel. *La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano*. México: Editorial Porrúa. 2009.
10. López Barja, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal. 1989.
11. Peña Freyre, Antonio. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta. 1997.
12. Pérez Luño, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos. 1984.
13. Rivera Clavería, Julio. *El crimen organizado*. Guatemala: Instituto de Estudios en Seguridad. 2011.

14. Rosales Barrientos, Moisés Efraín. *El juicio oral en Guatemala*. Técnicas para el debate. Guatemala: Impresos GM. 2000.
15. Sánchez de la Torre, Ángel. *Teoría y experiencia de los derechos humanos*. Madrid: Gregorio del Toro Editor. 1968.
16. Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. Edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas. 2001.
17. Smyth, Frank. *Investigación del delito*. Barcelona: Editorial Planeta. 2003.
18. Villamarín López, María Luisa. *El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal*. Barcelona: Universidad Complutense de Madrid, Revista para el análisis del derecho InDret. 2012.
19. Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y proceso penal*. México: Editorial Porrúa. 2000.

Electrónicas

1. Carpizo, Jorge. Los Derechos Humanos: Naturaleza, denominación y características. México: Universidad Autónoma de México. Disponible en línea:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>.
2. Castilla, Karlos. *El principio pro persona en la administración de justicia*. Disponible en línea:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm>.
3. Claduch, Rafael. Métodos y técnicas de investigación en relaciones internacionales. Universidad Complutense de Madrid. Pág. 23. Disponible en línea: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/Metodos.pdf>.
4. Ferrajoli, Luigi. El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal. Pág. 7. Disponible en línea:
<http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>.
5. Muñoz Conde, Francisco. ¿Es el derecho penal internacional un “Derecho penal del enemigo”? Revista Penal No. 21. Enero 2008. Pág. 94. Disponible

en

línea:

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/342/333>.

6. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22ª. Edición. 2001. Disponible en línea: <http://ema.rae.es/drae/?val=investigaci%C3%B3n>.
7. Pérez López, Jorge A. El derecho a la no autoincriminación y sus expresiones en el Derecho Procesal Penal. Disponible en línea: http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm#_ftn3.
8. Quispe Farfán, Fanny Soledad. El derecho a la no incriminación y su aplicación en el Perú. Lima, Perú. Tesis para obtener el grado académico en Magister en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2002. Disponible en línea: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1215/1/quispe_ff.pdf.
9. Valdés Moreno, Carlos Eduardo. Metodología de la investigación y manejo de la información. Colombia: Galería Gráfica Compañía de Impresiones, S.A. 2008. Pág. 20. Disponible en línea: http://coprom-file.s3.amazonaws.com/714_ologia_de_la_investigacion.pdf.

Normativas

1. Asamblea General de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. 1988.
2. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración y Programa de Acción de Viena. Resolución A/CONF.157/23 de fecha 14 a 25 de junio de 1993.
3. Asamblea General de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1996.
4. Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 43/173 de fecha 09 de diciembre de 1988.
5. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Promulgada el 31 de mayo de 1985.
6. Congreso de la República de Guatemala. Código Penal. Decreto 17-73. Fecha de emisión: 05/07/1973. Fecha de publicación: 07/07/1973.

Otras

1. Achaerandio Suazo, Luis. Iniciación a la práctica de la investigación. 7ª. Edición actualizada. Guatemala: Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). 2010.
2. Arranz, Vicente. Revista Jurídica / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ). Guatemala: Universidad Rafael Landívar. No. 3. 2001.
3. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Presentación del informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para 1999. Windsor, Canadá, 6 de julio de 2000.
4. Cancio Meliá. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Revista Jueces para la Democracia. No. 44. 2002.
5. Comunicado de Prensa No. 20/02, de fecha 1 de mayo de 2002 sobre la presentación del Informe Anual de la CIDH para el 2001.
6. Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad. Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala. Tomo I. Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad. 2013.
7. Lexis / 22 Vox. Diccionario enciclopédico. Barcelona: Editorial Círculo de Lectores, S.A. 1982.
8. Ortiz, Frida y María Del Pilar García. Metodología de la Investigación – La Investigación Científica. México: Editorial Limusa Noriega Editores. 2006.
9. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: Diagnóstico y propuestas para América Latina. Nueva York: PNUD. 2013.

ANEXOS

Licenciado (a) _____

Cargo que ocupa _____

Por este medio agradezco la colaboración que presta a la presente entrevista cuyo objeto es obtener su opinión, como un aporte al proceso de investigación de mi trabajo de tesis titulado ***“Implicaciones del derecho constitucional a no declarar contra sí y parientes, en relación a los métodos especiales de investigación regulados en la Ley contra la delincuencia organizada”***.

Sus comentarios serán un valioso aporte para el trabajo de tesis, por lo que le solicito pueda responder las siguientes preguntas.

1. Por su experiencia profesional, ¿Ha tenido ocasión de conocer procesos penales en los que se han planteado investigaciones en las que se han utilizados métodos especiales de investigación, tales como interceptación telefónicas y el uso de agentes encubiertos?
2. ¿Estima usted que en Guatemala están clara y adecuadamente regulados los métodos especiales de investigación contemplados en la Ley contra la Delincuencia Organizada?
3. ¿Existe contradicción entre los métodos especiales de investigación regulados en la Ley Contra la Delincuencia Organizada y el derecho a la intimidad, privacidad, seguridad personal y a no declarar contra si mismo y parientes?
4. ¿Qué derecho debe prevalecer según su criterio y por qué: el derecho a la averiguación de la verdad o el derecho de defensa mediante la prohibición de no declarar contra si mismo?
5. ¿Qué presupuestos deben concurrir, según su criterio, para que una escucha telefónica o la actuación de un agente encubierto no vulnere del derecho humano a no declarar contra si mismo y parientes?

6. Sin perjuicio de lo establecido en la ley, ¿En qué casos considera justificado que una interceptación telefónica no autorizada por una persona o la información obtenida por un agente encubierto, puedan ser utilizadas como prueba en su contra en un juicio penal?
7. ¿Es del criterio que una interceptación telefónica de una comunicación entre una persona y su abogado es una prueba legal de su culpabilidad? Explique por qué.
8. ¿Qué valor probatorio debe tener la declaración de un agente encubierto?
9. La información obtenida de una conversación telefónica no autorizada o proveída a un agente encubierto por un imputado ¿podría ser empleada como medio de prueba aún y cuando el implicado no ha expresado libremente su deseo de proporcionarla?
10. ¿Cuál es su consideración en torno a la actuación de jueces, fiscales y defensores en los casos en los que se han implementado métodos especiales de investigación en cuanto al derecho a no declarar contra si mismo y parientes?