

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y FORENSE (PFS)

"EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN CASOS
DE ASESINATOS Y VIOLACIONES"
TESIS DE GRADO

LUIS FERNANDO GRANADOS MÉRIDA
CARNET 22531-09

HUEHUETENANGO, ENERO DE 2015
CAMPUS "SAN ROQUE GONZÁLEZ DE SANTA CRUZ, S. J." DE HUEHUETENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y FORENSE (PFS)

"EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN CASOS
DE ASESINATOS Y VIOLACIONES"

TESIS DE GRADO

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

POR

LUIS FERNANDO GRANADOS MÉRIDA

PREVIO A CONFERÍRSELE

EL TÍTULO Y GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y FORENSE

HUEHUETENANGO, ENERO DE 2015
CAMPUS "SAN ROQUE GONZÁLEZ DE SANTA CRUZ, S. J." DE HUEHUETENANGO

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: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.

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

VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA

SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. AMADO EPIFANIO MARTINEZ HERRERA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. OSCAR FERNANDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

Huehuetenango 23 de noviembre 2013

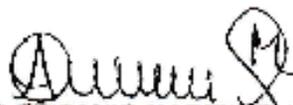
HONORABLE CONSEJO.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
PRESENTE.

En forma atenta y respetuosa me dirijo a ustedes, informándoles que en cumplimiento de lo ordenado en la normativa contenida en el instructivo de tesis, he finalizado el proceso de ASESORIA del trabajo de tesis titulado: **"LA GRAFOLOGÍA COMO TÉCNICA PARA DETERMINAR LA AUTENTICIDAD O FALSEDAD DE LAS ESCRITURAS Y FIRMAS MANUSCRITAS"**, del estudiante: **EDWARD EVERARDO DE LEÓN ALFARO**, con el carné, número: **2218809**, estudiante de la carrera Licenciatura en Investigación Criminal y Forense, **UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR CAMPUS REGIONAL SAN ROQUE, HUEHUETENANGO**, como requisito previo a optar el grado académico de Licenciado En Investigación Criminal y Forense.

En tal virtud emito **DICTAMEN FAVORABLE** al considerar que el trabajo reúne los requisitos reglamentarios y científicos para ser aceptado como trabajo de tesis, además de aceptar que el sustentante en todo momento acató las sugerencias y orientaciones hechas a la presente investigación.

Quiero hacer de su conocimiento que por error de impresión, se consignó la palabra grafología por Grafoscopia, siendo el título correcto: **"La Grafoscopia como técnica para determinar la autenticidad o falsedad de las escrituras y firmas manuscritas"**.

Sin otro particular, me suscribo de ustedes, con muestras de mi mayor consideración, atentamente.


DR. AMADO ÉPIFANIO MARTÍNEZ HERRERA
PSICÓLOGO CLÍNICO CON ESPECIALIDAD EN SALUD MENTAL
CATEDRÁTICO UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR



Huehuetenango 24 Enero 2015

**HONORABLE CONSEJO.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
PRESENTE.**

En forma atenta y respetuosa me dirijo a ustedes, informándoles que en cumplimiento de lo ordenado en la normativa contenida en el instructivo de tesis, **he finalizado el proceso de revisión, forma y fondo del trabajo de tesis titulado: "EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL, EN CASOS DE ASESINATOS Y VIOLACIONES", del estudiante: LUIS FERNANDO GRANADOS MÉRIDA, con el carne, número: 2253109.** estudiante de la carrera Licenciatura en Investigación Criminal y Forense, **UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR CAMPUS REGIONAL SAN ROQUE GONZÁLEZ DE SANTA CRUZ S. J. HUEHUETENANGO,** como requisito previo a optar el grado académico de Licenciado en Investigación Criminal y Forense.

En tal virtud emito **DICTAMEN FAVORABLE** al considerar: a) que el trabajo reúne los requisitos reglamentarios y científicos para ser aceptado como trabajo de tesis, además de aceptar que el sustentante en todo momento acató las sugerencias y orientaciones hechas a la presente investigación; b) el estudiante ha realizado específicamente las convecciones indicadas y de las mismas se derivaron nuevos elementos que hacen de esta investigación un estudio actual y académico en materia de investigación forense, y lo convierte en material de consulta para estudiantes y profesionales.

Sin otro particular, me suscribo de ustedes, con muestras de mi mayor consideración, atentamente.


Lic. Oscar Fernando Hernández Martínez
Abogado y Notario
Colegiado No. 11,652

Licenciado
Fernando Hernández Martínez
Abogado y Notario

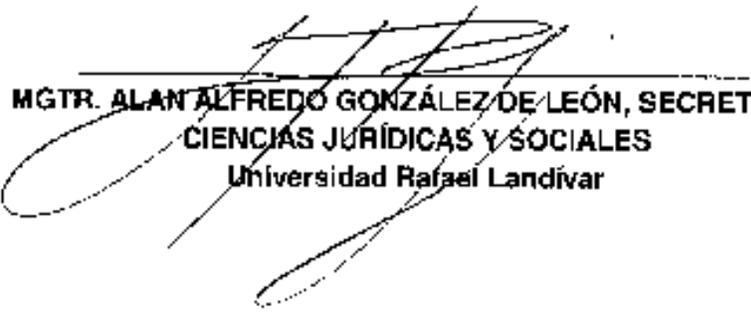
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante LUIS FERNANDO GRANADOS MÉRIDA, Carnet 22531-09 en la carrera LICENCIATURA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y FORENSE (PFS), del Campus de Huchuaténango, que consta en el Acta No. 0723-2015 de fecha 20 de abril de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

**'EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN
CASOS DE ASESINATOS Y VIOLACIONES'**

Previo a conferírsele el título y grado académico de LICENCIADO EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y FORENSE.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 29 días del mes de enero del año 2015.



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



RESPONSABILIDAD: El autor será el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

ÍNDICE

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

i

CAPÍTULO I

1.	La prueba de ADN y su importancia en el sistema de investigación guatemalteco	1
1.1	Antecedentes de la prueba de ADN	3
1.2	La prueba de ADN	7
1.2.1	Definiciones	7
1.3	La prueba de ADN en el proceso penal	9
1.3.1	Aplicaciones posibles	14

CAPÍTULO II

2.	Incidencia y valor de las pruebas científicas en particular la prueba de ADN	15
2.1	Importancia de la prueba de ADN	15
2.1.1	Fiabilidad	16
2.1.2	Validez de la prueba	17
2.1.3	Consideraciones generales a tomar en cuenta en la prueba de ADN	17
2.1.4	Recogida y manipulación de muestras	20
2.1.5	Análisis de la muestra en laboratorio y comparación de perfiles genéticos	21
2.1.6	Valoración estadística de los resultados, control de calidad y fiabilidad de la prueba	22
2.1.7	Valoración de la prueba y peso en la valoración de los hechos principales	22

CAPÍTULO III

3.	El objeto de la prueba	24
3.1	El origen de la prueba	24
3.2	El Objeto de la Prueba en Abstracto	26
3.3	El Objeto de la Prueba en Concreto	26
3.4	Consecuencias Jurídicas de las Pruebas Penales	27
3.4.1	Consecuencias Jurídicas de orden formal de las pruebas penales	28
3.4.2	Consecuencias Jurídicas de orden material de las pruebas penales	30
3.5	Valoración de la prueba	31
3.5.1	Sistemas de valoración de las pruebas	31
3.5.2	La Sana Crítica	32

CAPÍTULO IV

4.	La valoración de la prueba del ADN en el campo jurídico	35
4.1	Conocimiento y prueba	35
4.2	Formas de las pruebas penales	36
4.3	Elementos de las pruebas	37
4.3.1	Elementos de hecho	37
4.3.2	Elementos de derecho	38
4.3.3	Principios de la experiencia	39
4.3.4	Las pruebas como actos procesales	40
4.4	El origen jurídico de las pruebas penales	43
4.5	Limitaciones y prohibiciones de las pruebas penales	47
4.6	La defensa	49
4.7	Dignidad humana	50
4.8	Libre confesión	50
4.9	La forma de las pruebas penales	51

CAPÍTULO V

5.	La importancia de la prueba de ADN en la determinación legal de asesinatos y violaciones	55
5.1	La prueba de ADN en el asesinato y violación	58
5.1.1	Definición de asesinato	58
5.1.2	Diferencia entre asesinato y homicidio	59
5.3	Aspectos Doctrinarios del delito de violación	61
5.3.1	Definición de violencia sexual	61
5.3.2	Características principales del delito de violación sexual	63
5.4	Importancia de la genérica y de los indicios biológicos criminales	65
5.4.1	Clasificación según su contenido	65
5.4.2	Clasificación según su finalidad	66
5.4.3	Bases de datos forenses criminales	66
5.4.4	Bases de datos forenses civiles	68
5.5	Bases de datos genéticos de identificación criminal	69
5.6	Problemas legales y éticos en la recogida de muestras en las bases de datos criminales	70

CAPÍTULO VI

PRESENTACION, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	73
CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	94
ANEXOS	97

RESUMEN EJECUTIVO

Pese a que la racionalización de la prueba de ADN ha sido un ámbito tradicionalmente apartado del interés de los teóricos del derecho y de la argumentación, en los últimos años ha recibido una atención especial. Fruto de esta atención hoy se asume sin problemas al menos en los planteamientos más reflexivos y comprometidos con el ejercicio racional del poder que la valoración debe ser racional y que el juicio de hecho debe fundamentarse. En este campo se ha avanzado ya bastante. Pero todavía son muchos los déficits de fundamentación de la prueba en la praxis procesal, y todavía son muchos los aspectos de la racionalización de la prueba pendientes de reconstrucción y teorización.

En los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la documentoscopia, entre otros, son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo policial y judicial. Los avances han sido particularmente espectaculares en el ámbito de la Biología Molecular. En concreto, lo que se denomina Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana, que ha marcado un antes y un después en la resolución de ciertos problemas judiciales, en la investigación de asesinatos y violaciones. Precisamente por ello, para reflexionar sobre los malentendidos y los problemas que plantea la prueba científica puede ser útil tomar como referencia una de las pruebas científicas que más fiabilidad y prestigio han alcanzado: la prueba de polimorfismos ADN.

De ahí su importancia de aplicarla en la investigación de criminal, esta prueba para establecer culpables en casos de asesinatos y violaciones, por su calidad científica y fidelidad. Es evidente que la elevadísima fiabilidad de los resultados de la prueba de ADN conduce a pensar que sus resultados son inobjetables. Y de hecho podría decirse que así es. Pero conviene introducir dos cautelas al respecto

que imponen exigencias al juzgador que debe valorar esas pruebas y emitir una decisión. La primera tiene que ver con la verificación y control de los requisitos de fiabilidad (o de casi infalibilidad) de la prueba. La segunda tiene que ver con el valor atribuido a la prueba y, sobre todo, con su incidencia en la valoración final de los hechos principales que se pretenden probar y de los que depende la decisión. Pese al aura de infalibilidad que rodea la prueba científica en general y la prueba del ADN en particular, su fiabilidad depende de que pueda garantizarse la calidad de la misma.

Es el juez quien, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, tiene que ser un juzgador ecuánime. Es él, en definitiva, quien tiene la posibilidad y la responsabilidad de otorgar un mayor o menor valor a la prueba dependiendo de su calidad: correcta recogida de muestras y mantenimiento de la cadena de custodia; uso de los métodos y técnicas adecuadas; calidad de los laboratorios y de la realización de la prueba; correcta determinación de la población de referencia para que sea tomada en cuenta para esclarecer los delitos de asesinato y violación que se comente con frecuencia en el territorio nacional y que solo a través de esta prueba se pueden lograr mayores avances en la investigación criminal.

INTRODUCCIÓN

Con la presente investigación: “El valor de la prueba de ADN dentro de la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, se pretende ir más allá con la investigación de estos casos que por lo general quedan en la impunidad al no poder esclarecer hechos que a lo largo de la historia de violencia en Guatemala no ha sido posible evidenciarlos o dar con los responsables; muchas veces por la falta de técnicas apropiadas en el campo de la criminalística o por la falta de preparación académica en esta rama, pero con la aplicación de la prueba de ADN al campo de la investigación, es un gran avance para la justicia por su calidad técnica y científica y por el alto grado de fidelidad que posee en el esclarecimiento de hechos delictivos como el asesinato y la violación.

El potencial de la huella genética ADN es de tal magnitud que su uso en los tribunales de Guatemala, se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica de interés criminal, puede ser muy útil para esclarecer casos de asesinatos y violaciones.

En los últimos años, además, de los citados anteriormente, se han ido desarrollando nuevas tecnologías de identificación por ADN que han permitido extender la prueba a muestras que hasta ahora no podían ser objeto de la misma, y por otra parte, las intervenciones precisas para la obtención de muestras para la práctica de un análisis de ADN son cada vez menos invasivas, lo que desde el punto de vista jurídico facilita la práctica de la prueba.

Pero la importancia de la prueba en el ámbito forense reside sobre todo en su elevadísimo grado de fiabilidad. Muy resumidamente, aunque en rigor y como enseguida se dirá la prueba es básicamente de naturaleza estadística, si se

realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse en la mayoría de los casos como incuestionablemente verdaderos. Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones de realización no son las apropiadas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye hasta incluso anularse. En definitiva, la validez de una prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por de contado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad.

En esta investigación la pregunta central pretende responder: ¿cómo influye el valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones?. Tomando en cuenta que la importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver muchos casos que serían difíciles de aclarar por los procedimientos de investigación convencionales y en la elevadísima fiabilidad de sus resultados.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo general: Conocer el valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones y los objetivos específicos siguientes:

- a. Conocer el procedimiento que utiliza la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.
- b. Conocer el campo de acción de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.
- c. Enumerar los casos en los cuales se ha aplicado la prueba de ADN en la investigación criminal en Guatemala.
- d. Establecer la importancia que tiene la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, para el sistema de investigación guatemalteco.

La investigación fue de tipo monografía donde se hizo una relación y análisis de la teoría, llegándose a la conclusión que para esclarecer muchos de los asesinatos y violaciones que se dan en el medio nacional, se debe incrementar con mayor frecuencia el uso de la prueba de ADN, para garantizar la efectividad de la investigación y evitar que se queden en la impunidad tantos casos de esta naturaleza.

Teniendo como alcances: Determinar la importancia del valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones y determinar el mecanismo de empleo dentro del sistema de investigación guatemalteco. También puede ser una herramienta bibliográfica para estudiantes o profesionales afines a este fenómeno, que puedan darle seguimiento al tema.

Para la realización de la presente investigación se hizo uso de los siguientes instrumentos: entrevista y encuesta, las cuales nos permitieron obtener la información necesaria sobre el valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

La entrevista fue estructurada para aplicarse a jueces, fiscales, operadores de justicia y peritos del Ministerio Público e INCIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango, a través de preguntas directas, con el fin de conocer si efectivamente se conoce y aplica la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

La realización de la encuesta estuvo dirigida específicamente a los diferentes peritos del INACIF y Ministerio Público, de la cabecera departamental de Huehuetenango, para conocer la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

Por ello, este documento aborda la temática de manera apropiada para darle sustento a la investigación. Aquí es donde radica el verdadero valor de este estudio al establecer pautas de actuación y de metodología apropiada como la prueba de ADN que aseguren y garanticen una buena inspección científica para los profesionales de la criminalística, que mucha falta hace al sistema de investigación guatemalteco.

CAPÍTULO I

3. La prueba de ADN y su importancia en el sistema de investigación guatemalteco

Todos sabemos que la prueba de ADN surgió como el método principal de la prueba de la verdad en las últimas décadas. A partir de su descubrimiento a finales de los años de 1800 sus usos fueron más modernos en las salas de audiencias del siglo veintiuno.¹

El ADN comenzó a jugar un papel importante en la década de 1800, cuando nacía un niño y no tenían color alguno de los padres. En el momento se creía que los niños tenían una mezcla de rasgos de su madre y su padre. Esto condujo a la teoría ojo paternidad color, que se basaba en la creencia rasgo mixta. En 1865, el padre de la genética Gregor Mendal ocurrió una base para que la herencia y la genética determinaran los rasgos de un niño. Leyes Mendal se convertiría en la base para las pruebas de ADN moderno.²

Cuando el científico descubrió los cuatro diferentes tipos de sangre en el año 1900 esto permitió llevar a más avances las pruebas de ADN. En la década de 1920 el componente genético del tipo de sangre fue descubierto y el científico se dio cuenta de que podrían determinar el tipo de sangre del niño basándose en el tipo de sangre de sus padres³. Esta información llevó a las pruebas de paternidad basadas en el tipo de sangre. Sin embargo, se trataba de un sistema defectuoso, ya que sólo determina si los tipos de sangre son compatibles. En otras palabras, es reducido lo que el tipo de sangre de los padres de un niño puede tener, por lo que en algunos casos podría eliminar a una persona, pero no en todos.

¹ Bernal Arévalo, Benjamín: *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*, Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales,. 2006. Pág. 55

² *Ibid.* Pág. 55.

³ *Enciclopedia Criminalística e investigación*. Bogota, Editorial Sigma, 1ª. Edición. 2010. Pág. 36

Una década después de que la gente comenzó a utilizar el tipo de sangre para determinar la paternidad, el científico descubrió proteínas en la sangre que únicamente pudo identificar a una persona. Esto es cuando las pruebas serológicas se han desarrollado. Usando pruebas serológicas fueron capaces de determinar el grupo sanguíneo de un niño basado en el grupo sanguíneo de sus padres. Sin embargo, al igual que el tipo de sangre, este método de prueba no fue muy preciso y sólo sirvió para excluir a ciertas personas.⁴

En la década de 1950 un equipo de científicos en Inglaterra descubrió el ADN real. Difracción de rayos X se utiliza para analizar moléculas de ADN. El análisis determina que el ADN en realidad se parecía a una escalera con moléculas de ser emparejado en los peldaños de la escalera.

Dos décadas más tarde, en el año de 1970 comenzó a escribir tejido científico y descubrió la proteína HLA. Los científicos descubrieron que la proteína estaba presente en todas partes del cuerpo a aceptar los glóbulos rojos. También determinaron que dicha proteína fue mayor en la concentración en las células blancas de la sangre, y que hay diferentes tipos, que variaban de persona a persona. Lo cual permitió determinar la paternidad con una precisión del 80%.⁵

Las pruebas de ADN siguieron avanzando a través de los años 1980 y 1990. En los 80 se descubrió una técnica de análisis de ADN denominada polimorfismo de longitud de fragmento de restricción. Esta técnica fue la primera prueba genética para usar ADN real. El estándar para las pruebas de ADN cambió en 1990 cuando el científico comenzó a utilizar una nueva técnica llamada reacción en cadena de la polimerasa o PCR. Este método produce resultados más rápidos y precisos.

⁴ Enciclopedia Criminalística e investigación. *Op. Cit.* Pág. 36.

⁵ Enciclopedia Criminalística e investigación. *Op. Cit.* Pág. 37.

1.1 Antecedentes de la prueba de ADN

Es de conocimiento histórico que la determinación de la paternidad era una preocupación inclusive en tiempos precristianos. Es clásico el caso del hijo que Cleopatra llevó desde Egipto hasta Roma imputando su paternidad a Julio César y creando un problema político en Roma que terminó con el asesinato del propio Julio César. Desde esas épocas hasta exactamente el año 1900 el "parecido físico" era el único parámetro concreto mediante el cual se podía tratar de dilucidar si un hombre era o no el padre biológico de un niño. Obviamente, éste era un método sujeto a interpretaciones muy subjetivas que sólo en casos muy específicos daba resultados creíbles para la comunidad.⁶

Los desarrollos más importantes para resolver estos problemas recién se empezaron a dar en el Siglo XX: a) Cuando Karl Landsteiner en el año 1900 describió el sistema de grupos sanguíneos ABO (antígenos tipo A ó tipo B que podían o no estar asociados a los glóbulos rojos) y b) Cuando varios años después (hacia 1915) la comunidad científica reconoció y aceptó que la forma de heredar dichos antígenos seguía un patrón descrito a fines del siglo XIX por Gregor Mendel en sus experimentos con vegetales. El patrón mendeliano de la herencia del sistema ABO fue dilucidado por Felix Bernstein en 1924.

La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania en 1924. Tal fue el furor del análisis que se llegó a procesar más de 5,000 casos legales sólo entre 1924 y 1929. Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto el ejemplo de Alemania. Recién en 1937 la American Medical Association aprobó el uso de esta técnica en los EE.UU., aunque ya en 1931 se había dado el primer

⁶ Bernal Arévalo Benjamín. *Op. Cit.* 67.

caso de paternidad (Commonwealth vs Zammarelli) ventilado en tribunales de los Estado Unidos.

La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los grupos sanguíneos del padre presunto, la madre y el niño (a) se notaba fundamentalmente en los casos de exclusión. En estos casos la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos, hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera "que el hombre era probable que pudiera ser el padre biológico de la criatura". Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del padre presunto en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de paternidad.

Entre los años 1940 y 1970 ocurrieron avances importantes pues Levine y Stetson en 1940 descubrieron el sistema Rh y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Sin embargo, aún persistía el problema de que lo que único que se podía saber con 100% de certeza era si el padre presunto en efecto no era el padre biológico; es decir si aquel era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces no hacía posible designar con ningún grado de certeza importante si un padre presunto, era en efecto el padre biológico.

El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos llamados sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) permitió que hubiera un método más sofisticado para determinar paternidad ya que estos también seguían un patrón hereditario mendeliano. Sin embargo, recién cuando se pudo usar la tecnología del ADN aplicada a los antígenos HLA se pudo conseguir probabilidades de paternidad que se aproximaban al 80%. Sin embargo, este era un valor aún insuficiente para contar con la capacidad de designar inequívocamente al verdadero padre biológico. Es importante resaltar que hoy en día hay algunos laboratorios que equivocadamente persisten en ofrecer pruebas de HLA hechas

por ADN para determinación de paternidad, siendo la verdadera utilidad actual de este método el determinar histocompatibilidad previa a trasplantes de órganos.⁷ En 1985 se describió por primera vez el uso de la técnica conocida como RFLP (Restriction Fragment Length Polymorphisms) para análisis de paternidad. En esta técnica, se utiliza enzimas llamadas de restricción para cortar el ADN en sitios previamente conocidos por su gran variabilidad (regiones híper variables) en la búsqueda de una secuencia específica. Los fragmentos resultantes se colocan en una matriz hecha de un gel. Una corriente eléctrica se aplica al gel y los fragmentos (que tienen carga negativa) migran a lo largo del gel (dirigiéndose al polo positivo), de manera tal que los fragmentos pequeños logran movilizarse más lejos, y los fragmentos más grandes son más lentos.

Los fragmentos así separados son transferidos a una membrana de nylon, la cual es luego expuesta a una sonda de ADN marcada, la cual es un pequeño segmento sintético de ADN que reconoce específicamente y por tanto se une a un segmento único (locus) del ADN de la persona que se está examinando. La técnica RFLP se sigue usando en algunos laboratorios pero tecnológicamente hoy en día es considerada prácticamente obsoleta por una serie de razones. Hoy en día y desde mediados de los 1990 la técnica que es considerada como tecnología de punta es la que hace uso de la híper variabilidad natural de ciertas regiones "silenciosas" del ADN conocidas como STR (short tandem repeats).

En los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, la documentoscopia, etc., son ejemplos de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo policial y judicial. Los avances han sido particularmente espectaculares en el ámbito de la Biología Molecular. En concreto, lo que se denomina Genética Forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana, ha marcado un antes y un después en la resolución de ciertos problemas

⁷ Enciclopedia de Criminalística y Criminología. *Op. Cit.* 123.

judiciales. Precisamente por ello, para reflexionar sobre los malentendidos y los problemas que plantea la prueba científica puede ser útil tomar como referencia una de las pruebas científicas que más fiabilidad y prestigio han alcanzado: la prueba de polimorfismos ADN.⁸

La huella genética (también llamada prueba de ADN o análisis de ADN) es una técnica que se utiliza para distinguir entre los individuos de una misma especie utilizando muestras de su ADN. Su invención se debe al doctor Alec Jeffreys, de la Universidad de Leicester, quien dio a conocer su nueva técnica en 1984. El primer resultado práctico en medicina forense sirvió para condenar a Colin Pitchfork por los asesinatos de Narborough en 1983 y de Enderby en 1986.⁹

La técnica se basa en que dos seres humanos tienen una gran parte de su secuencia de ADN en común y para distinguir a dos individuos se puede explotar la repetición de secuencias altamente variables llamadas mini satélites o satélites. Dos seres humanos no relacionados será poco probable que tengan el mismo número de mini satélites en un determinado locus. En el SSR/STR de perfiles (que es distinto de impronta genética) la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) se utiliza para obtener suficiente ADN que permita detectar el número de repeticiones en varios casos. Es posible establecer una selección que es muy poco probable que haya surgido por casualidad, salvo en el caso de gemelos idénticos, que tendrán idénticos perfiles genéticos.

La huella genética se utiliza en la medicina forense para identificar a los sospechosos con muestras de sangre, cabello, saliva o semen. También ha dado lugar a varias exoneraciones de condenados. Igualmente se utiliza en aplicaciones como la identificación de los restos humanos, las pruebas de paternidad, la

⁸ Guzmán, Carlos: *Manual de Criminalística*. Buenos Aires Argentina. Editorial La Rosa, 2000. Pág. 43.

⁹ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 44

compatibilidad en la donación de órganos, el estudio de las poblaciones de animales silvestres, y el establecimiento del origen o la composición de alimentos. También se ha utilizado para generar hipótesis sobre las migraciones de los seres humanos en la prehistoria.

1.2 La prueba de ADN

1.2.1 Definiciones

El ADN es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irreplicable en cada ser ya que la combinación de elementos se construye de manera única. Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión es de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo.¹⁰

El ADN constituye el material genético de las células del cuerpo humano. Uno de los dos principales tipos de ácidos nucleicos, constituido por dos largas cadenas no ramificadas de desoxirribonucleótidos monofosfato. Estas cadenas son complementarias y antiparalelas, es decir, tienen sentido opuesto, una en dirección 5'3' y la otra en dirección 3'5', y se encuentran enrolladas en espiral alrededor del mismo eje para formar una doble hélice. Ambas cadenas se encuentran unidas por puentes de hidrógeno entre las bases nitrogenadas, mediante apareamientos específicos: como guanina-citosina y adenina-timina. La secuencia lineal de las bases aporta la información genética, mientras que la desoxirribosa y el radical fosfato tienen una función estructural.

Es el componente químico primario de los cromosomas; el material del cual están

¹⁰ Guzmán, Carlos. *OP. Cit.* Pág. 44.

formados los genes. En las bacterias el ADN se encuentra en el citoplasma, mientras que en organismos más complejos y evolucionados, tales como plantas, animales y otros organismos multicelulares, la mayoría del ADN reside en el núcleo celular. Su función es dictar las instrucciones para fabricar un ser vivo idéntico a aquel del que proviene.¹¹

La prueba del ADN es la prueba más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares. Es aceptada ampliamente por las cortes de la ley, el servicio de la inmigración y de muchas otras investigaciones penales. La prueba del ADN, prueba o refuta la paternidad en todos los casos. Cada informe de la prueba de la paternidad indica claramente si: El hombre sometido a la prueba es excluido, y por lo tanto no puede ser el padre biológico del niño o si el hombre sometido a la prueba no es excluido; es decir, los datos estadísticos en el informe establecen que él es el padre biológico¹².

En algunos casos lo que se busca determinar es la línea genética materna, en este caso se recurre al ADN mitocondrial que la madre transmite al hijo/hija y que sólo ésta transmite a sus descendientes. Este tipo de pruebas sirve para determinar linajes en varias generaciones y fue utilizado para conocer cómo ha evolucionado el genoma humano desde la aparición del Homo sapiens, a través de Eva mitocondrial, la primera madre que dio origen a la humanidad moderna. De ahí que, en cierto nivel generacional, grandes poblaciones humanas comparten una misma ancestra y ADN mitocondrial.¹³

En muchas ocasiones, los historiadores y sociólogos hacen uso de las pruebas de ADN para realizar estudios sobre rasgos y procedencias de determinadas poblaciones. En este caso es interesante conocer que los grandes guerreros y

¹¹ *Ibíd.* Pag. 45

¹² Enciclopedia Criminalística Criminología e Investigación. *Op. Cit.* Pág. 125.

¹³ Enciclopedia Criminalística Criminología e Investigación. *Op. Cit.* Pág. 126.

conquistadores de la antigüedad, son ahora los abuelos de nuestra civilización. El proceso de Análisis del ADN consta de los siguientes pasos:

- **Extracción:** Por medio de cualquier célula que posea núcleo se puede obtener el ADN, ya sea desde una gota de sangre, un pelo o saliva son suficientes. Para procesar dichas muestras, se añaden reactivos que rompen las membranas de las células y liberan el ADN contenido en ellas, limpiándolo de restos como proteínas y otros compuestos orgánicos.
- **Amplificación:** Una vez seleccionados los fragmentos de ADN que interesan, a través de una técnica llamada reacción en cadena de la polimerasa (PCR), se multiplican los fragmentos escogidos, obteniendo millones de copias.
- **Electroforesis:** Por medio de una descarga eléctrica se separan los fragmentos que se han amplificado y con la ayuda de potentes equipos automatizados, se visualizan los resultados en forma de bandas o picos.
- **Comparación:** Se comparan las secuencias obtenidas en una determinada muestra con la de otra muestra de ADN y se observan las coincidencias para verificar si ambas secuencias pertenecen a la misma persona, corresponden a padre e hijo o no tienen ninguna relación.¹⁴

1.3 La prueba de ADN en el Proceso Penal

La medicina forense ha tenido notables avances particularmente en los últimos veinte años, motivados por los nuevos conocimientos de bioquímica e ingeniería genética, además del uso extensivo de microprocesadores y circuitos integrados, que permite construir ordenadores cibernéticos de alta velocidad y capacidad, así

¹⁴ Mora Izquierdo, María Dolores Sánchez Prada: *La evidencia física y la cadena de Custodia dentro del procedimiento penal acusatorio*, Colombia, Editores Gráficos Ltda. 2007. Pág. 22.

como modernos aparatos para la medicina y análisis clínicos. La denominada "prueba de ADN" que se desarrolla en la década de 1980, a raíz de un avance científico espectacular en el campo de la genética forense con el descubrimiento de las regiones híper variables del ADN, ha venido a dar un notable impulso a la medicina forense. Esta prueba, relativamente sencilla, ha permitido apoyar la investigación criminalista en forma espectacular, de tal forma que gran cantidad de reclusos sentenciados a pena de muerte, han sido liberados al aplicarse con recursos del Estado y de ONGs.¹⁵

La investigación criminal mediante el uso de ADN forense no puede, en sí misma, probar la culpabilidad o inocencia de un sospechoso, pero sí puede establecer un vínculo entre la persona y el lugar de los hechos o un delito particular. La identificación humana por medio del ADN forense es aceptada por procesos judiciales en todo el mundo y, además, con el uso de esta técnica es posible la identificación de personas muertas, muchos años antes, utilizando ADN obtenido de sus huesos y dientes.

Es responsabilidad de los peritos presentar el resultado de forma que pueda ser correctamente interpretado por el juez, lo que plantea los típicos problemas de la introducción de las matemáticas en el proceso. Y es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un determinado peso en la formación de convicción sobre el hecho principal; y para ello ha de tener en cuenta: a) el valor estadístico de la prueba; b) la existencia de otras pruebas o indicios; y sobre todo c) la relación de la prueba con el hecho principal que se pretende probar.

¹⁵ Robertson, B. y Vignaux, G.A.: *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester, Wiley & Son, 1995, Pág.65.11

Este último aspecto es particularmente importante. No es lo mismo que la prueba guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar o que la prueba proporcione tan sólo un indicio más para probar ese hecho principal.

Estamos en el primer supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito de violación el análisis de ADN del semen encontrado en la vagina de la víctima demuestra que el semen es del acusado (o que no lo es). En este supuesto cabe decir que la prueba de ADN hace prueba plena de (o excluye, según sea el caso) la culpabilidad del acusado.

Estamos, en cambio, en el segundo supuesto, por ejemplo, cuando en el proceso por un delito de homicidio la prueba de ADN de unos cabellos encontrados en el escenario de los hechos demuestra que los cabellos son del acusado. En este supuesto, lo único que prueba el análisis de ADN es que el acusado estuvo en el escenario del crimen; pero no prueba ni que estuviera en el momento en que éste se cometió ni que fuera él quien lo hizo. El resultado de la prueba de ADN (que el acusado estuvo en el escenario del crimen) no es más que un indicio de la culpabilidad del acusado. Para probar que el acusado es culpable se necesitan otros indicios o pruebas.¹⁶

Con todo, cuando en el proceso se presenta una prueba científica tan (justificadamente) prestigiada como la prueba del ADN, puede existir el riesgo de sobreponderación de su valor en la prueba del hecho principal. Por seguir con el ejemplo anterior: puede suceder que se pretenda atribuir al resultado de la prueba de ADN de los cabellos encontrados el valor de prueba de cargo suficiente.

El problema que plantea la tendencia a la sobrevaloración de la prueba no es un riesgo exclusivo de la prueba de ADN sino que, por lo general, se presenta con todas las pruebas “científicas”. No obstante, el problema se minimiza cuando:

¹⁶ Robertson, B. y Vignaux, G.A. *Op. Cit.* Pág.65

- El valor estadístico de la prueba es muy alto (como sucede por lo general en una prueba de ADN cuando se utilizan muchos marcadores).
- Cuando entre el resultado de la prueba y el tema probado hay una relación directa (por ejemplo, cuando se pretende probar una violación mediante la prueba de ADN del semen encontrado en la vagina), pues en este caso cabe decir que la prueba tiene un peso casi absoluto en la valoración de los hechos principales.
- Existen otros indicios incriminatorios.

En cambio, el problema se agudiza cuando:

- El valor estadístico de la prueba no es demasiado alto (como puede suceder en algunas pruebas científicas).
- Cuando el resultado de la prueba no coincide con el tema probado (por ejemplo, cuando se pretende probar un homicidio mediante la prueba de ADN de un cabello encontrado en la ropa de la víctima).
- Cuando existen indicios exculpatórios.

En todo caso se impone la cautela. Las pruebas científicas han incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso depende de que concurren las circunstancias que las hacen válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente. El perito tiene una responsabilidad al respecto: comunicar al juez, en los términos más rigurosos y claros posibles, el margen de incertidumbre de la opinión que emite. Pero es al juez a quien corresponde verificar la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión que debe adoptar. Una cierta formación del juez en esta materia parece, pues, necesaria.

Del interés de los teóricos del derecho y de la argumentación, en los últimos años ha recibido una atención especial. Fruto de esta atención hoy se asume sin problemas al menos en los planteamientos más reflexivos y comprometidos con el ejercicio racional del poder que la valoración debe ser racional y que el juicio de hecho debe fundamentarse. En este campo se ha avanzado ya bastante. Pero todavía son muchos los déficits de fundamentación de la prueba en la praxis procesal, y todavía son muchos los aspectos de la racionalización de la prueba pendientes de reconstrucción y teorización.

En este sentido, algo llama particularmente la atención es la falta de cautelas y controles sobre (o la acrítica confianza en la infalibilidad de los resultados de la prueba científica, por el hecho de presentarse como “científica”. Es justamente sobre este punto sobre lo que versa esta reflexión.

En efecto, cuando se plantea el problema de la valoración racional de la prueba y el paralelo de la necesidad de buscar estándares que permitan objetivar la decisión, parece que la atención se centra fundamentalmente en la prueba no científica, por estar ésta basada en leyes probabilísticas de débil fundamento, por lo común máximas de experiencia y leyes del actuar humano habitual. Por el contrario, la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un áurea de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad.¹⁷

Pero esta convicción entraña un peligro, pues propicia la difusa creencia de que las decisiones probatorias apoyadas en pruebas científicas se asuman como incuestionables o irrefutables y, de paso, descarga al juez de hacer un especial esfuerzo por fundar racionalmente la decisión: basta con alegar que hubo prueba científica y que ésta apuntaba justamente en la dirección de la decisión probatoria

¹⁷ Saferstein, Richard. “*Criminalistic*” Seventh Edition., Prentice Hall New Jersey. 2001. Pág. 56.

final. Merece la pena reflexionar sobre este punto y aclarar algunos malentendidos y exageraciones, que pudieran presentarse en el campo jurídico.

1.3.1 Aplicaciones posibles

El potencial de la huella genética es de tal magnitud que su uso en los tribunales se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como manchas de sangre, saliva, esperma o pelos.

En los últimos años, además, se han ido desarrollando nuevas tecnologías de identificación por ADN que han permitido extender la prueba a muestras que hasta ahora no podían ser objeto de la misma. Y, por otra parte, las intervenciones precisas para la obtención de muestras para la práctica de un análisis de ADN son cada vez menos invasivas, lo que desde el punto de vista jurídico facilita la práctica de la prueba.

CAPÍTULO II

2. Incidencia y valor de las pruebas científicas: en particular la prueba de ADN

En los últimos años los constantes avances científicos y técnicos han tenido un profundo impacto en el ámbito de la prueba. La dactiloscopia, la balística, los documentos copia, como ramas de la criminalística, son ejemplos claros de esta proyección de los conocimientos científicos en el campo policial y judicial. Los avances más significativos han sido particularmente en el ámbito de la Biología Molecular. En concreto, lo que se denomina en la actualidad genética forense, consistente en el análisis genético de la diversidad humana, que ha marcado un antes y un después en la resolución de ciertos problemas judiciales.¹⁸

2.1 Importancia de la prueba de ADN

El rendimiento de la prueba de ADN radica en que los miles de pares de bases que se reparten de forma secuencial y determinada para cada persona, permiten seleccionar a un único individuo entre todos los de su especie, si se conoce esa secuencia. No en vano para referirse a este factor individualizador se habla hoy de “huella genética”, pues constituye un criterio absolutamente fiable de identificación de los individuos.¹⁹

La importancia de la prueba de ADN en el ámbito forense reside en su potencial aplicabilidad para resolver muchos casos que serían difíciles de aclarar por los procedimientos de investigación convencionales y en la elevadísima fiabilidad de sus resultados. El alcance y la importancia que ha adquirido esta prueba se pone de relieve en que uno de los “booms” televisivos en Estados Unidos (y ahora

¹⁸ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* 24.

¹⁹ Ordóñez Ramírez Hernando: *Prueba pericial y dictamen pericial*, Cali universidad Libre 2004. Pág. 66.

también en España). El potencial de la huella genética es de tal magnitud que su uso en los tribunales se ha convertido ya en moneda corriente. Son muchas las posibles aplicaciones forenses de la prueba, aunque los tipos de pericias más comunes son la investigación biológica de la paternidad, la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal.

En los últimos años, además, se han ido desarrollando nuevas tecnologías de identificación por ADN que han permitido extender la prueba a muestras que hasta ahora no podían ser objeto de la misma. Y, por otra parte, las intervenciones precisas para la obtención de muestras para la práctica de un análisis de ADN son cada vez menos invasivas, lo que desde el punto de vista jurídico facilita la práctica de la prueba para la definición de casos jurídicos relacionados con asesinatos y violaciones.²⁰

2.1.1 Fiabilidad

Pero la importancia de la prueba en el ámbito forense reside también y sobre todo en su elevadísimo grado de fiabilidad. Muy resumidamente, aunque en rigor y como en seguida se dirá la prueba es básicamente de naturaleza estadística, si se realiza en condiciones empíricas óptimas y utilizando métodos científicamente adecuados sus resultados pueden asumirse en la mayoría de los casos como incuestionablemente verdaderos. Si, por el contrario, el método y técnicas usadas y/o las condiciones empleadas en su realización no son las óptimas, el grado de fiabilidad de la prueba disminuye y puede anularse. En definitiva, la validez de una prueba científica depende del método usado, la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad.

²⁰ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 155.

2.1.2 Validez de la prueba

Cuando se extraen de la escena del crimen alguna muestra de sangre, de pelo o de sudor, este proceso permite, que a través de la prueba de ADN, pueda establecerse quién es el culpable del delito. Con la genética al servicio de la ley se dan un gran paso por su validez y confiabilidad permitiendo un análisis más fidedigno de los indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad.²¹

Para ver con más claridad cuáles son las condiciones de validez de la prueba de ADN (o de fiabilidad de sus resultados) puede ser útil las distintas etapas o pasos de en la prueba: 1) recogida de muestras; 2) análisis en laboratorio para comparar los perfiles genéticos; 3) valoración probabilística de los resultados; y 4) emisión del informe final.

2.1.3 Consideraciones generales a tomar en cuenta en la prueba de ADN

La realización de análisis genéticos para pruebas de paternidad y parentesco biológico es un tipo de prueba bastante nueva, por lo que existe todavía un desconocimiento importante acerca de cómo se realiza, en qué consiste, cuanto tiempo tarda, si puede ser anónima o si tiene validez judicial. A continuación se presentan los aspectos más habituales que se plantean a este respecto.

- **¿Qué parentescos se pueden analizar?** Lo más habitual es la prueba de paternidad, aunque también se pueden analizar otros parentescos, como maternidad o hermandad. Todas estas pruebas se basan en los mismos principios, la comparación del ADN de un individuo con el de su posible padre, madre o hermano.²²

²¹ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 156

²² Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 77.

En ocasiones se quieren conocer relaciones de parentesco con un antepasado o progenitor del que no hay muestra disponible. En estos casos se estudia el ADN mitocondrial, que establece un linaje materno común, fundamentado en que todas las personas reciben el ADN mitocondrial exclusivamente de su madre biológica.

- **Es necesaria la participación de la madre, si el presunto padre ha fallecido:** No es necesario que la madre participe en el estudio, ya que el elevado número de marcadores genéticos analizados hace que se pueda llegar a un resultado concluyente.

En cuanto al supuesto de que el presunto padre haya fallecido, la prueba se podrá realizar mediante restos biológicos conservados, restos procedentes de la exhumación del cadáver, o bien indirectamente a través de familiares directos como padres, hermanos u otros hijos.

- **A partir de qué muestras se extrae el ADN:** En algunos laboratorios la muestra procede de la mucosa bucal, por la sencillez del proceso de toma de muestras y porque además es indoloro. Existen otros tipos de muestras que podemos emplear como fuentes de ADN: sangre con preservantes adecuados, sangre de cordón umbilical, manchas de sangre en papeles apropiados, líquido amniótico, pelos con raíz, semen, muestras exhumadas, siendo igualmente fiable realizar una prueba de paternidad a partir de mucosa bucal que a partir de sangre, por ejemplo. Hay que tener presente que lo que se utiliza para realizar la prueba de paternidad no es el tejido de la muestra biológica, sino el ADN que se obtiene de él y que es el mismo para todo nuestro organismo.²³
- **¿Cómo es el proceso?** Se toman las muestras de la mucosa bucal, se envían al laboratorio y se esperan los resultados. Para garantizar la fiabilidad del

²³ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 78.

proceso se sigue la cadena de custodia, nombre con el que se conoce el procedimiento de documentación y seguridad a través del cual cada persona que accede a la muestra y cada acción que se realiza son registradas, únicamente en el proceso de toma y custodia.

- **La prueba puede realizarse de forma anónima:** Algunos laboratorios ofrecen la posibilidad de realizar una prueba de paternidad anónima en la que no se comprueba la identidad de las personas a las que se toman las muestras, sino que se limita a establecer la relación de parentesco entre dos muestras A y B.
- **¿Cuánto tiempo tardan los resultados?** De 7 a 10 días después de la toma de las muestras el cliente dispone de un completo informe del estudio de paternidad. Existe la posibilidad, para situaciones concretas, de entregar informes de paternidad en un plazo máximo de 72 horas.²⁴
- **¿En qué situaciones es desaconsejable?** Aunque es un caso extremo, no se considera recomendable realizar una prueba de paternidad cuando existe la posibilidad de que haya posibles padres que entre sí pertenezcan a una misma familia, ya que, a no ser que se analice a todos los posibles padres, las conclusiones finales del estudio podrían no ser correctas, puesto que la información genética entre familiares puede ser parecida.

Otra situación a tener en cuenta es la de las transfusiones de sangre recientes (hasta tres meses) que pueden producir interferencias, o el caso de personas que han tenido un trasplante de médula ósea, casos en los que no debe emplearse la sangre como muestra.

- **Tiene validez judicial:** Para que una prueba de estas características tenga validez judicial es imprescindible que las personas solicitantes sean

²⁴ Mora Izquierdo, María Dolores. *Op. Cit.* 23.

identificadas adecuadamente, por lo que las pruebas de carácter anónimo no tienen valor probatorio ante un tribunal.

- **Es una prueba fiable:** La prueba de paternidad es absolutamente fiable y objetiva. En algunos laboratorios se analiza hasta un mínimo de 16 marcadores genéticos, lo que les permite obtener probabilidades de paternidad superiores al 99,9% en los casos en los que participa la madre en el estudio, y superiores al 99,9% en los casos de estudios de paternidad en ausencia de la madre.
- **¿Qué consideraciones hay que tener en cuenta a la hora de elegir un laboratorio en el que realizar las pruebas de paternidad?** Las siguientes: los laboratorios deben estar dirigidos por profesionales cualificados, emplear protocolos y marcadores genéticos recomendados por la comunidad científica internacional y participar en rigurosos controles de calidad. Una buena garantía es que el laboratorio esté adscrito a organismos nacionales e internacionales oficiales en materia de genética forense.

2.1.4 Recogida y manipulación de muestras

La prueba comienza con la recogida de vestigios biológicos en la escena del crimen y con la exploración del cuerpo de la víctima. Es evidente que, pese al potencial de la prueba, el estado en el que llegan los vestigios biológicos al laboratorio es crucial: si los vestigios no han sido bien recogidos o conservados (por ejemplo, porque han sido contaminados por un ADN extraño) la posibilidad y el rendimiento del análisis se reduce. Por eso la recogida de indicios ha de hacerse con sumo cuidado, y el mantenimiento de la cadena de custodia es fundamental para que los indicios no pierdan su valor probatorio. Llama la atención a este respecto el entusiasmo con el que muchos países se han abierto a las pruebas científicas (particularmente a las de ADN) sin un marco normativo

previo que regule los procedimientos de obtención y conservación de los datos y garantice en consecuencia la fiabilidad de los resultados.

2.1.5 Análisis de la muestra en laboratorio y comparación de perfiles genéticos

La prueba está basada en la comparación de perfiles genéticos, entendiendo por perfil genético el conjunto de características hereditarias o patrón fenotipo para un amplio número de marcadores genéticos de uso forense, que posee un individuo y que es detectable en cualquier muestra biológica que proceda de él.

La prueba, más precisamente, consiste en el análisis en laboratorio de la muestra recogida, obteniendo un perfil genético de la misma, y en la comparación de ese perfil genético con el obtenido en el inculcado o en la víctima. Así, por ejemplo, si aparece un vestigio biológico en la víctima, se compara su perfil genético con el del presunto agresor; y si la muestra es una mancha de sangre encontrada en la ropa del presunto agresor, se compara con el perfil genético de la víctima. Desde el punto de vista de la validez de la prueba no son indiferentes las técnicas o métodos usados en el laboratorio para el análisis de la muestra. Existen muchas técnicas de extracción y tipificación del ADN y además no todas ellas ofrecen el mismo rendimiento para los distintos tipos de muestras (semen, sangre, saliva, pelos), por eso, dependiendo del tipo de muestra e incluso del soporte en que se encuentre (piedra, madera, cristal, una alfombra) puede ser más adecuado usar una técnica u otra.

Por otra parte es evidente que la validez de la prueba dependerá también de su correcta realización: por personal cualificado, siguiendo los protocolos correctos y prestando atención escrupulosa a las técnicas de asepsia para evitar las contaminaciones durante el trabajo, etc. La regla aquí debería ser: “cuanto mayor es la expectativa de valor probatorio depositado en una prueba, más rigurosos

deben ser los controles de realización de la misma”. A este respecto es muy importante la estandarización, tanto de los laboratorios (superación de controles de calidad internos y externos) como de la realización misma de la prueba. Con referencia a esto último, por ejemplo, se requieren protocolos distintos para la extracción del ADN dependiendo del tipo de vestigio e incluso del soporte y del lugar en que se encuentre, de la microflora acompañante, etc. En definitiva, la etapa de extracción y análisis del ADN “es un arte en el que sólo la experiencia, la rigurosidad y buen hacer del científico forense pueden garantizar el éxito y la fiabilidad del estudio.

2.1.6 Valoración estadística de los resultados. Control de calidad y fiabilidad de la prueba

Pese al aura de infalibilidad que rodea la prueba científica en general y la prueba del ADN en particular, su fiabilidad depende de que pueda garantizarse la calidad de la misma, para que se mantenga dentro de los estándares de calidad y pureza. Es el juez quien, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, tiene la posibilidad y la responsabilidad de otorgar un mayor o menor valor a la prueba dependiendo de su calidad: correcta recogida de muestras y mantenimiento de la cadena de custodia; uso de los métodos y técnicas adecuadas; calidad de los laboratorios y de la realización de la prueba; correcta determinación de la población de referencia.

2.1.7 Valoración de la prueba y peso en la valoración de los hechos principales.

Es responsabilidad directa de los peritos presentar el resultado de forma que pueda ser correctamente interpretado por el juez, lo que plantea los típicos problemas de introducción en el proceso. Y es responsabilidad del juez interpretar esos resultados correctamente y atribuirles un valor probativo en la formación de

su convicción sobre el hecho principal; y para ello ha de tener en cuenta: los aspectos siguientes:

- a) El valor estadístico de la prueba.
- b) La existencia de otras pruebas o indicios
- c) La relación de la prueba con el hecho principal que se pretende probar.²⁵

Las pruebas científicas han incrementado incuestionablemente las posibilidades de averiguar la verdad, pero su valor en el proceso depende de que concurren las circunstancias que las hacen válidas y de que sus resultados se interpreten correctamente. El perito tiene una responsabilidad al respecto: comunicar al juez, en los términos más rigurosos y claros posibles, el margen de incertidumbre de la opinión que emite. Pero es al juez a quien corresponde verificar la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión que debe adoptar. Una cierta formación del juez en esta materia parece, pues, necesaria, para tener mayor conocimiento al respecto y no cometer errores por ignorar ciertos procedimientos de oficio.

Uno de los puntos más delicados de los que depende la validez de la prueba tiene que ver principalmente con la emisión del informe pericial, especialmente cuando el resultado de la comparación de perfiles genéticos es la coincidencia. Lo que el juez espera del perito en estos casos es conocer la probabilidad de que el vestigio analizado provenga del individuo con el que se establece la comparación. Pero podría suceder que el juez poco o nada versado en el análisis matemático-estadístico- malinterprete el valor probabilístico de esa coincidencia. Es muy importante, por eso, que el perito presente adecuadamente ese valor²⁶.

²⁵ Robertson, B. y Vignaux, G.A., *Interpreting Evidence: Evaluating Forensic Science in the Courtroom*, Chichester, Wiley & Son, 1995, Págs. 11 y 65.

²⁶ Robertson, B. y Vignaux, G.A. Op. Cit. 25.

CAPÍTULO III

3. El objeto de la prueba

3.1 El origen de la prueba

Es importante destacar qué materia está siendo objeto de prueba, como ya sabemos que se trata del derecho penal y que por ende estamos en el delicado tema de las pruebas penales, es necesario establecer cuál es el origen de esas pruebas y su grado de legitimidad, así como el grado de proximidad que guardan con los hechos que están siendo investigados. Es ahí donde cabe hacerse las preguntas que se formula Eugenio Florian en su libro "Las Pruebas Penales" Tomo I ¿Qué puede probarse en el proceso penal? ¿Cuál es la materia sobre la que puede actuar la prueba? Y ¿Cuál es el presupuesto fundamental de la prueba penal?; según este autor, de la solución a estas interrogantes, se encuentra la respuesta al tema del objeto de las pruebas penales.²⁷

En un proceso penal existen elementos de hecho y de derecho, que fundamentan la acusación concreta que se formula en contra de una persona que supuestamente ha cometido un hecho tipificado como delito. La ley sustantiva nos proporciona toda una gama de supuestos, en los cuales puede verse materializado un ilícito penal, son estos los elementos de derecho; ya que es el código penal el que enumera los delitos y sus respectivas sanciones.

Ninguna persona puede alegar que el homicidio no existe como figura tipificada en el código penal, como delito relativo a la vida. Arts. 128 y siguientes Código Penal. Sin embargo si se puede alegar que existen elementos atenuantes o eximentes, que disminuyan o dejen sin responsabilidad penal al que lo cometió.

²⁷ Guzmán, Calos. *Op. Cit.* Pág. 33.

Los factores constitutivos de atenuantes o eximentes, son, sin embargo, elementos de derecho, igual que los delitos y sus penas, debidamente tipificados en la ley. Los elementos de derecho configuran el delito y sus variaciones, pero no su cometimiento, ya que esto último se determina con los elementos de hecho; es aquí donde entran en juego las pruebas penales. Lo que podría sintetizarse en una fórmula ya muy conocida en el derecho "la ley no se prueba, solo los hechos"

El Juez conoce la ley (el derecho); las partes aportan las pruebas y con estas se prueban los hechos y el delito, sea que éste último ocurrió o no, según los mismos hechos, que son conocidos por las partes, pero no por el Juez, quien en base a su conocimiento de la ley (el derecho) recibe los hechos y valora las pruebas y en base a ello, dictamina una sentencia, que puede ser absolutoria o condenatoria. La prueba tiene su origen, pues, directamente de los hechos, es por esa razón que los representan y demuestran, de una manera casi fehaciente.

¿Cómo y cuándo se generan las pruebas de los hechos? Los actos humanos están regidos por las leyes de la naturaleza; es decir, que es casi imposible, que un acto humano no deje un registro que sirva como dato fácilmente interpretable, dándonos una lectura más o menos precisa sobre qué paso y como ocurrió. Los hechos por sí mismos generan las pruebas, que han de servir para reconstruir la historia de todo cuanto ocurrió; asimismo, los hechos se cotejan con la ley y se configura el hecho tipificado como delito en el código penal.

El tipo del delito contemplado en el código penal es simplemente el parámetro para considerar que un hecho es o no delito; el verdadero origen de una imputación penal está definitivamente en los hechos. Todo delito, entonces, tiene que sustentarse en pruebas, sea de la naturaleza que sean, ya que de no existir, jurídica y técnicamente, no existe razón para formular una imputación penal; esto salvo raras excepciones, en que no se requiere más que la declaración de las

víctimas, caso concreto, los delitos relativos a la libertad sexual, como por ejemplo, violación.²⁸

3.2 El objeto de la prueba en abstracto

Cuando se establecen las cosas que pueden probarse, determinando cada una de ellas, dependiendo de requisitos jurídicos de idoneidad y de comprobación procesal, así como de aptitud procesal. Estamos ante el caso de determinar los límites de la prueba, en términos generales, es decir, qué se puede y qué se debe probar, sin considerar un caso en concreto, es decir, en función de las pruebas penales en abstracto.

Lo que determina que determinadas pruebas sean penales, es que estén referidas a hechos tipificados como delitos en el código penal. Entonces, si la materia de las pruebas penales, es la actividad delictiva que figura en el código penal, el objeto de las pruebas penales será siempre la materia del delito en forma viva y apasionante.

3.3 El Objeto de la prueba en concreto

Se trata de los lineamientos y requisitos jurídicos de la prueba en un caso en particular. Es decir, cuando determinamos qué se puede y qué se debe probar, pero aplicado al delito específico de que se trate, por ejemplo, homicidio, secuestro, violación sexual, privación de libertad, etc. Se trata de la idoneidad de las pruebas, para el caso del delito de homicidio, por ejemplo, la prueba idónea es testimonial, pericial y documental.

²⁸ Bernal Arévalo, Benjamín, *Op. Cit.* Pág. 130.

Sin embargo, esos medios de prueba, tienen un grado de idoneidad mayor a los demás, para el caso, la prueba pericial determina únicamente que ocurrió el delito, que existe el cuerpo de ese delito y cuáles son las consecuencias reales, para efecto de proceder a aplicar las consecuencias jurídicas, no obstante no determina la autoría de ese delito; por otro lado, la prueba testimonial, si puede orientarse a determinar la participación de determinada persona, como autor o participe del delito. La prueba documental, por su lado, tiene un campo limitado de comprobación.

Las pruebas tiene un mayor o menor grado de idoneidad, pero son complementarias entre sí y ya que el Juez tiene que valorarlas en base al sistema de la sana crítica, es éste quien determina las consecuencias jurídicas emanadas del hecho tipificado como delito en relación a su autor. A diferencia de lo que ocurre en procesos donde se aplica la prueba tasada, que es la ley misma la que determina el valor de las pruebas y por ende, las consecuencias jurídicas de la prueba del delito.

3.4 Consecuencias jurídicas de las pruebas penales

Si el Juez tiene bajo su responsabilidad definir jurídicamente la situación de hecho y de derecho, tanto de la teoría jurídica que habrá de considerarse como verdad real y material, como de la situación del imputado (s); lo hace apoyado en pruebas, que son aportadas por las partes con el fin de lograr convencer a esa persona que ostenta la calidad de Juez, que determinada teoría fáctica es la que se apega más fielmente a los hechos históricos.

El Juez, por su parte, se sustenta en herramientas jurídicas, que dependerán del sistema de valoración de las pruebas, regulado en la ley procesal; así, nuestro código procesal penal, contempla el sistema (mal) llamado de la "sana crítica", para ser aplicado en la consideración de las pruebas penales por el Juez.

Entonces, el Juez es el receptor de las pruebas, las partes las exponen y hacen valer y es la ley la encargada de establecer las reglas que le dan validez a los medios probatorios. Si las reglas de la sana crítica están dadas en la ley, el Juez está limitado por una verdad aparente que se debe deducir de las pruebas, en todo caso, aportadas por sujetos procesales que no son imparciales; que esperanza de objetividad se puede tener en un medio de una larga y basta tradición de corrupción y manipulación de pruebas.²⁹

Ahora bien, si el Juez va a aplicar principios de sensatez, experiencia, sentido común y porque no decirlo, de sabiduría, cabe preguntarse ¿Estarán todos los jueces preparados para aplicar debidamente la sana crítica? Personalmente puedo y debo afirmar que no. De lo contrario, ¿Cuál sería la respuesta para que aún y habiendo cambiado de la prueba tasada a la sana crítica, no ha cambiado la situación de la pésima administración de justicia en El Salvador? Tampoco quiero decir con esto que todo lo malo de la administración de justicia sea culpa de la mala capacitación de los jueces; pues se trata que están fallando todas las piezas que conforman el sistema jurídico: Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación y Defensores Particulares. Las consecuencias jurídicas de las pruebas penales, entonces, serán de orden formal o procesal y material.

3.4.1 Consecuencias Jurídicas de orden formal de las pruebas penales

Para que una persona sea llevada a juicio y responsabilizada por un delito que ella ha cometido, (asesinato o violación), es necesario primero tener calidad de imputado; en ese momento, deben respetarse principios como la presunción de inocencia, entre otros de orden constitucional. El proceso penal avanza, en contra

²⁹ Colín Sánchez, Guillermo, *Op. Cit.* Pág. 58.

o a favor del imputado, a medida se van recolectando pruebas, pero en ningún momento se detiene. Lo que hace que determinada persona sea imputada, es precisamente algún indicio o pequeña prueba de que ha participado en un delito; la acumulación de un número mayor de pruebas ayuda a individualizar al autor o autores y partícipes. Las pruebas se incorporan al proceso para robustecer una hipótesis, confirmar una imputación o desvirtuarla.

Independientemente de cómo se halla comenzado el procedimiento, por denuncia, querrela o de oficio, el proceso comienza por una investigación inicial llamada "Diligencias Iniciales de Investigación" El objetivo es recoger la mayor cantidad de medios probatorios para lograr reconstruir el hecho tal y como ocurrió y que la teoría jurídica de los hechos sea lo más acercada a la verdad posible y que en base a ello se logre individualizar al autor o autores y los partícipes del hecho.

En esas diligencias iniciales de investigación, la policía investiga, bajo la coordinación de la Fiscalía General del Ministerio Público y de los jueces; luego la policía entrega lo que se ha logrado obtener en un paquete llamado "diligencias", a la Fiscalía, para que esta formule un requerimiento fiscal; para esto hay un plazo de setenta y dos horas, cuando hay reo detenido.

Es donde viene una consecuencia procesal muy importante derivada de las pruebas recolectadas en la investigación inicial: en base a las pruebas el fiscal puede pedir (en su requerimiento) a) Instrucción con o sin detención provisional; b) Desestimación de la denuncia, querrela o informe de la policía; c) Sobreseimiento definitivo o provisional; d) Se prescinda de la persecución penal en razón de criterios de oportunidad de la acción pública; e) Suspensión condicional del procedimiento a prueba; f) Procedimiento abreviado; g) Conciliación.

El requerimiento así planteado, es presentado al Juez de Paz competente, en el plazo antes señalado para que este celebre la Audiencia Inicial. Vamos a suponer,

como es la regla general, que la fiscalía ha pedido instrucción formal con detención provisional y como en la audiencia inicial se aplican a escala restringida, las reglas de la vista pública, sobre todo en cuanto a la oralidad; y tomando en cuenta que, luego que el juez verifica que las partes estén presentes, le da la palabra al representante del ministerio público fiscal; es muy probable que éste pronuncie un discurso barato y termine confirmando su requerimiento o en el peor de los casos, se limite a leerlo y afirmar que es bueno y por lo tanto lo ratifica en todo.

Es entonces que entra en juego el defensor, sea éste público o particular, desbaratando todo lo dicho por la fiscalía; en el sentido que estos últimos, con el fin de lograr una acusación efectiva, muchas veces afirman cosas que no ocurrieron, que no fueron descritas por las víctimas o testigos y que no constan en el proceso.

La consecuencia de las pruebas o de la falta de estas, conduce inevitablemente a un sobreseimiento, sea provisional o definitivo; significa que el proceso se retiene o archiva, respectivamente. Esto es una garantía para evitar los posibles abusos que podrían cometer los representantes del ministerio público fiscal, al realizar imputaciones irresponsables, maliciosas y sin ningún fundamento. Por otro lado, consecuencia de las pruebas conducentes, sería pasar a otra etapa del proceso, es decir, que el Juez de Paz, se pronuncie, declarando el auto de instrucción formal, con o sin detención provisional.

3.4.2 Consecuencias Jurídicas de orden material de las pruebas penales

Esto está estrechamente vinculado a la situación jurídica del imputado; ante dudas que surjan de las pruebas o a falta de ellas, debe resolverse lo más favorable al imputado. El proceso, su impulso y la situación jurídica del imputado, dependen

pues, única y exclusivamente de las pruebas, de su idoneidad y de su oportuna presentación.

3.5 Valoración de la prueba

3.5.1 Sistemas de valoración de las pruebas

La ciencia referida a las pruebas penales ha estado permanentemente en un proceso epistemológico, significa que ha estado inmerso en un constante evolucionar, tanto de conceptos, como de formas de apreciar su objeto de estudio y su naturaleza; en base a ello se han creado diversos sistemas de valoración, que han ido de acuerdo al momento y al grado de desarrollo que los interpretes y estudiosos del derecho han realizado sobre este apasionante tema jurídico. No viene ya al caso profundizar sobre sistemas de valoración de las pruebas que tuvieron su momento, pero que por razones dialécticas, han quedado en desuso, no obstante haber tenido mucho éxito en su espacio temporal.

Cabe puntualizar en el hecho que esos sistemas de valoración que para el objeto de las pruebas penales han quedado obsoletos, por la naturaleza misma del derecho punitivo, siguen vigentes en otras áreas del derecho, por ejemplo, en el caso del derecho procesal civil, sigue estando plenamente vigente el sistema de la prueba tasada o de tarifa legal y personalmente no se me ocurren razones para emplear la sana crítica en el mundo de las pruebas civiles.³⁰

Por otro lado y debido que en el proceso penal existe la figura del tribunal de jurado, que no es otra cosa que la justicia administrada por el pueblo ofendido y que éstos no están técnicamente preparados para aplicar las reglas de la sana crítica, es que el código procesal penal ha contemplado, pero únicamente en los

³⁰ *Enciclopedia: Criminalística-criminología e Investigación*. Bogota. Editorial Sigma, 1ª. ed. 2010. Pág. 140.

casos en que conoce el tribunal de jurado, que se aplique el sistema de valoración de las pruebas llamado de la "libre convicción" donde el juzgador se deja convencer según los dictados de su conciencia, espontáneamente surgidos de la apreciación, tanto de los argumentos, como de las pruebas ofrecidas y debidamente ventiladas en la audiencia de que se trate.

Es oportuno señalar también que existe una gran diferencia entre los procesos evolutivos de la naturaleza y los avances evolutivos que se dan en el campo jurídico o político o de la naturaleza que sea, siempre y cuando estos últimos dependan del accionar humano; ya que la naturaleza cuando perfecciona una técnica o método, lo perpetua y se acomoda a lo mejor; en cambio el accionar humano, cuando encuentra algo bueno lo acomoda a sus intereses o a su conveniencia; de ahí que cuando se plantean cambios profundos para mejorar un sistema, en la práctica, las cosas siguen casi iguales, tal es el caso de las reformas a los códigos penal y procesal penal.

Puede decirse entonces, que en el actual proceso penal, existen vigentes dos sistemas de valoración de las pruebas, a saber, la sana crítica y la libre convicción, para tribunales técnicos y tribunales de jurado, respectivamente.

3.5.2 La Sana Crítica

Este sistema de valoración de las pruebas surgió como una exigencia en el avance de los sistemas procesales (laboral, familia, penal, entre otros), ya que era necesario superar la fase de la prueba prevalorada, tasada o legal; muchos jueces se sentían y se sienten aún, limitados por las barreras de una ley que de antemano precisaba cual era el valor de este y de aquel medio probatorio, tal y como sigue ocurriendo en el proceso civil (Código de procedimientos civiles). Se trata de analizar la prueba críticamente, en relación a su idoneidad y pertinencia, pero con criterios racionales de lógica y cordura.

La prueba analizada tiene que contar con una causa adecuada, es decir, que haya relación entre causa y efecto. Para ejemplificar, citare el caso en que una persona denuncia a otra de haberla estafado en cierta cantidad de dinero; el denunciado, en su momento, prometió que entregaría cierto documento migratorio, por la cantidad de dinero determinada, pero resulta que para garantizar el dinero firman documento de mutuo simple, debidamente notariado, lo que hace que la relación sea puramente civil y de consecuencias civiles, nunca penales, de ahí que de nada serviría presentar documentación de transacciones bancarias, cheques, etc. Si tal situación no es necesario negarla para sacar el caso del campo penal y llevarlo directamente al campo de las obligaciones civiles, sobre todo si no hay testigos que den fe que les conste de vista y oídas, el acuerdo verbal de tramitar el documento migratorio, de cuya imposibilidad, se deduce el ilícito penal de estafa. Si embargo, considerando las reglas de la sana crítica, en el sentido, que generalmente en el contrato de mutuo, el que presta una cantidad de dinero tiene que tener mayor capacidad económica que el que recibe el préstamo; pero es el caso que ocurre todo lo contrario y que el "prestamista" se vio en la necesidad de contraer una deuda para entregar el dinero, lo que vuelve válida la tesis del pago por una prestación diferente al pago futuro de la misma cantidad, es decir, por un servicio que en realidad, nunca se materializara.³¹

Por otro lado, el contrato de mutuo se establece con un propósito de lucro, es decir, a cambio de intereses, si el denunciante recibió un préstamo a cierto interés y prestó a cambio de ningún interés, teniendo una situación económica inferior, es lógico que hay una relación diferente a la del mutuo, oculta entre ellos.

Deducir de tales hechos, la situación económica de los supuestos "contratantes", de las circunstancias en que se da el supuesto contrato de mutuo y el porqué; y, concluir que hay algo más; y, que además de esto, hay testigos que afirman que el

³¹ Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho Mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México, 18a. edición. 1999, Pág. 80.

denunciado de estafa tiene como costumbre ofrecer documentos migratorios, tales como visas americanas, a cambio de determinado precio y que tal precio coincide con la cantidad prestada; que existe efectivamente el ilícito penal de estafa: es sana crítica.

Decir que de la simple palabra de una persona acusando a otra, aún sin pruebas, de estafa, máxime cuando se trata de fuertes sumas de dinero, cuando debería existir transacciones bancarias, cambiarias o de otra naturaleza, que sustenten la acusación y resolver afirmativamente, no es sana crítica, es más, ni siquiera es libre convicción, más bien se trata de una vulgar aberración jurídica, que raya en una inconstitucionalidad de privar ilegalmente a una persona de su libertad ambulatoria (Art. 11 y 12).

En otras palabras, si la sana crítica es un sistema de valoración de las pruebas; sus lógicas deducciones, se tienen que sustentar en pruebas, no solamente en ideas o en presunciones de hechos. Los hechos concretos y las pruebas tangibles son la materia prima del sistema de valoración de la sana crítica. En la práctica forense, la mayoría de jueces resuelven más bien en una simple libre convicción e incluso en conocimientos privados.

La sana crítica, por su parte, ha dado pie a una serie de aberraciones jurídicas; cosa que no ocurrió con otros sistemas de valoración de las pruebas, ya que todo procedimiento que se sienta libre a las partes, los jueces lo limitan con criterios propios, aduciendo que están dentro de la "sana crítica.

CAPÍTULO IV

4. La valoración de la prueba del ADN en el campo jurídico

Es evidente que la elevadísima fiabilidad de los resultados de la prueba de ADN conduce a pensar que sus resultados son inobjetables. Y de hecho podría decirse que así es. Pero conviene introducir dos cautelas al respecto que imponen exigencias al juzgador que debe valorar esas pruebas y emitir una decisión. La primera tiene que ver con la verificación y control de los requisitos de fiabilidad o de casi infalibilidad de la prueba. La segunda tiene que ver con el valor atribuido a la prueba y, sobre todo, con su incidencia en la valoración final de los hechos principales que se pretenden probar y de los que depende la decisión.³²

4.1 Conocimiento y prueba

Cuando una persona está presente en el momento de cometerse un hecho típico, antijurídico y antisocial y ha captado por medio de sus órganos sensoriales, porque vio y escuchó y probablemente hasta pudo palpar lo ocurrido, generó en su memoria un conocimiento, esto lo convierte en un órgano de prueba con la capacidad de proporcionar un medio de prueba.

El simple conocimiento no es prueba, porque para constituirse en tal cosa debe estar incorporado en un proceso, en forma legal y ser valorada debidamente por el juzgador. El hecho de ser valorado judicialmente, es lo que hace que el conocimiento de un particular sea prueba y conduzca a la averiguación y reconstrucción de la verdad real y material.³³

El conocimiento y la prueba son, pues, dos fases de una misma realidad. El conocimiento, bajo esta perspectiva, tiene que ser congruente, consistente y

³² Colín Sánchez, Guillermo *Op. Cit.* Pág. 81.

³³ Mora Izquierdo, María Dolores. *Op. Cit.* Pág. 56.

lúcido, para que en base a la valoración sea considerado efectivamente, una prueba válida. Quien conoce es capaz de narrar los hechos y quien describe la verdad, está preparado de hacer coincidir su relato con los esquemas lógicos de la mente del juzgador, en otras palabras tiene que ser creíble, aún para la inteligencia más inquisitiva.³⁴

No existe, pues, oposición alguna entre prueba y conocimiento, sino que una de ellas necesita un aspecto formal para convertirse en la otra; el conocimiento requiere del aspecto procedimental para ser considerado prueba en sentido propio y jurídico.

Dicho en otros términos, cuando en un proceso, se suministran datos que provienen del conocimiento de cualquier hecho y presenta en sí convicción y engendre en otros ese convencimiento, sobre la verdad de ciertos hechos, estamos ante un medio de prueba consistente.

4.2 Forma de las pruebas penales

Esta materia está impregnada de sentimiento humano; en cada huella, en cada rastro, en cada evidencia y en cada indicio se ve materializada la pasión en su mayor intensidad; un hombre se ve movido por su más bajos sentimientos cuando empuña un arma y dispara en contra de otro y le quita la vida, igual cuando decide abusar sexualmente de una persona y rompe los vestidos, propina golpes, etc.

Este tipo de material probatorio tiene muchas dimensiones; refleja la situación síquica de la persona, su situación económica y social y hasta sus sentimientos de amor y desamor, frustraciones; todos estos elementos juegan un papel importante al momento de considerar una pena adecuada, no solo para el hecho descrito y

³⁴ Mora Izquierdo, María Dolores. *Op. Cit.* Pág. 57.

tipificado como delito sino de las razones y circunstancias que lo motivaron.³⁵ De las pruebas depende también, efectivamente, que la pena se atenúe o se agrave, en virtud de la forma y consecuencias que tiene el delito o que puede tener, incluso mucho tiempo después de cometido.³⁶

Por supuesto que al delincuente no le interesan los daños emocionales que sufrirá su víctima a consecuencia de la violación sexual, para citar solo un ejemplo; las pruebas, sin embargo, sirven en el laboratorio, donde se analiza la actitud, el estado psicológico, social y cultural del delincuente.

Entonces, las pruebas no solamente se orientan a determinar la existencia y eventual participación, en un delito, sino también a jugar con las diferentes variaciones del mismo tipo penal. De ahí que algunos autores le atribuyan a las pruebas penales, una forma poliédrica, es decir, que tiene varias facetas y que tiene una contextura sólida.³⁷

4.3 Elementos de las pruebas

4.3.1 Elementos de hecho

El lugar donde se encuentran los efectos del delito no siempre es el mismo donde se cometió. Un cadáver puede ser trasladado a otro lugar para confundir a los investigadores y evadir la acción de la justicia y de hecho el objeto robado es trasladado a otro lugar para efecto de venderlo y obtener una ganancia ilegítima. La escena donde se comete el delito es ciertamente un elemento de hecho, es decir, que las pruebas encuentran una materialización en ese lugar al que llamamos escena del crimen.

³⁵ Colín Sánchez, Guillermo *Op. Cit.* Pág. 82.

³⁶ Mora Izquierdo, María Dolores. *Op. Cit.* Pág. 56.

³⁷ Mora Izquierdo, María Dolores. *Op. Cit.* Pág. 52.

En la escena del crimen se encuentran todos los elementos de hecho que el investigador necesita para la averiguación de la verdad; individualizar al autor o a los autores, relacionarnos con el delito, determinar su grado de participación y responsabilidad.

Los elementos de hecho son básicamente: cosas, hechos, documentos, personas físicas; todo aquello que cuente una historia, sea con palabras o como resultado de procesos lógicos, deducibles de esos elementos. La persona que presencié los hechos puede narrarlos con palabras; la piedra ensangrentada junto al cadáver; los casquillos de bala dispersos cerca del occiso; la carta donde se relata el deseo de matar a determinadas personas o motivos suficientes para desear hacerlo.³⁸

El lugar de hallazgo del cuerpo del delito nos puede conducir a la escena del crimen, por medio de sustancias, que podrían no ser originarias, o ser inexistentes, en el lugar donde se encuentra el cuerpo; encontrar rastros en el trayecto de un lugar a otro, fragmentos de cuerpo, manchas de sangre, todo esto puede ser una dirección para encontrar la escena del crimen. Encontrar el arma homicida es tan importante como determinar la autoría del homicidio, y se trata de un elemento de hecho en las pruebas penales.³⁹

4.3.2 Elementos de derecho

Lo que se pretende con las pruebas penales es reconstruir fielmente los hechos y con ello averiguar la verdad real, es decir, no se trata de construir verdades formales o artificiales, sino la verdad material, por ello las pruebas penales no

³⁸ Ordóñez Ramírez, Hernando: *Prueba pericial y Dictamen Pericial*, Cali universidad Libre 2004. Pág. 120.

³⁹ Ordóñez Ramírez, Hernando. Op. Cit.121.

deben encontrar obstáculos ni trabas en las leyes, sin embargo, existen limitaciones a esto. Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República de Guatemala, y demás leyes.⁴⁰

Las pruebas tienen que ser incorporadas en el proceso de acuerdo a las disposiciones del código procesal penal, para que surtan efectos legales. Las únicas limitantes para las pruebas son, que se respeten los derechos y garantías constitucionales y que sean incorporadas debidamente respetando los principios del debido proceso.

4.3.3 Principios de la experiencia

La experiencia judicial permite construir reglas generales, en cuanto a comportamientos típicos, en cuanto a actos y consecuencias, sin embargo es un tanto peligroso tratar de estandarizar las conductas delincuenciales o sus formas de encubrimiento.

Los principios de la experiencia en materia de pruebas penales, están referidas a la psicología judicial, debido a que son los jueces quienes valoran tales pruebas. Esto tiene aplicabilidad únicamente bajo la sana crítica, que es un sistema de valoración de las pruebas y que dicho sea de paso es severamente criticado por sectores retrógrados, quienes, sin el pesar de entrar en temas políticos, pretenden evitar la democratización de los sistemas jurídicos y legales, para evitar con ello, la democratización de otros factores de la sociedad, como el económico, el cultural, el social, etc. Porque a falta de seguridad laboral y económica aumento de delincuencia; a menos garantías constitucionales, mayor control de la sociedad

⁴⁰ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 26.

por la vía de la represión. Todo esto impide el desarrollo social, porque nos hace creer que la sociedad es naturalmente delictiva y que no se puede solucionar más que con mano dura.⁴¹

Estamos, pues, aplicando los conocimientos generales del Juez, su perspectiva de lo que es auténtico, su sentido común, su vivencia y aquello que hace congruente a la verdad en base a esquemas puramente mentales. Sin embargo el Juez debe considerar los niveles del conocimiento, que las pruebas penales pueden engendrar en él y son:

- a) Probabilidad;
- b) Duda
- c) Certeza.

De qué dependerá que se genere una u otra cosa, pues lógicamente de las pruebas vertidas en el proceso, de ahí que el Juez tiene que fundamentar sus resoluciones. En la práctica, la gran mayoría de los jueces, dicen aplicar la sana crítica en sus resoluciones y en ellas solamente hacen una reseña de los elementos probatorios aportados y que en base a ellos resuelven, evitando pensar. Es decir, que no analizan la prueba, su profundidad y alcances y menos la congruencia con los hechos concretos y sus elementos materiales.

4.3.4 Las pruebas como actos procesales

Si los actos procesales se encuentran en el rango de especie, dentro de los actos jurídicos, limitados a un procedimiento formal, independientemente del proceso de que se trate, civil, penal, administrativo, etc. Por crear, modificar o extinguir derechos de orden procesal; las pruebas se producen dentro del proceso, como consecuencia del accionar conciente de las partes que intervienen dentro de él, es

⁴¹ Ordóñez Ramírez, Hernando. Op. Cit. Pág. 122.

decir, el ministerio fiscal, eventualmente, el querellante y la defensa, en representación de los intereses del imputado.⁴²

Dentro del sistema regulado por nuestra legislación penal y procesal penal, las pruebas son campo de actividad de las partes. Las pruebas, entonces, tienen varias fases, donde se involucran las partes, dependiendo de los intereses que representen: a) fase de investigación; b) fase de descubrimiento de las pruebas; c) fase de ofrecimiento al proceso; d) fase de presentación; y e) fase de valoración. Conceptualmente, los actos procesales, pueden ser desarrollados por las partes, por el Juez y eventualmente, por terceros, que intervienen para aportar alguna información especial, típicamente los peritos.

- a. La fase de investigación es oficial y está encargada al Ministerio Público, específicamente a la Fiscalía General de la República. Como estamos en la parte de las pruebas como actos procesales, se trata de encontrar los medios probatorios idóneos para fundar una imputación fuerte, capaz de reconstruir los hechos tal y como ocurrieron, pero no solamente una imputación, sino que la averiguación de la verdad real, aún si eso significa dejar sin cargos a algún presunto implicado. El Ministerio Público cuenta con auxiliares en esta fase, como es el caso de la Policía Nacional Civil.

- b. La fase de descubrimiento de las pruebas es consecuencia de la etapa anterior, pero no es oficial, ya que cualquiera de las partes puede descubrir la existencia de testigos o elementos que proporcionen la convicción necesaria, que concurre de una prueba sólida. Así, el Ministerio Público, de la investigación, encuentra los elementos que utilizará como pruebas, como testigos, indicios, etc. También la defensa puede encontrar ese tipo de

⁴² Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 25.

elementos probatorios. Todas esas actitudes son concientes y orientadas a producir efectos jurídico procesales.

- c. La fase de ofrecimiento al proceso es muy importante, ya que le da validez procesal a las pruebas y a la vez las hace viables para el conocimiento judicial. Es aquí donde las pruebas son incorporadas en el procedimiento. ¿Quién realiza la incorporación? Pues lógicamente, quien propone las pruebas es quien las encuentra, sea de la fase de investigación oficial del Ministerio Público o del trabajo organizado de la defensa técnica.
- d. La fase de presentación es específica, se trata del momento en que en audiencia verbal y pública, se muestran materialmente ante el Juez, éste las observa, escucha o realiza cualquier acto sensorial orientado a conocer el contenido de las pruebas presentadas. En esta fase, el Juez es el receptor y quien en base a esta observación, se trasladará a la etapa final en la vida de las pruebas, que es la fase de valoración.
- e. Fase de valoración; aquí es donde el Juez, en virtud del sistema de valoración de las pruebas, de la sana crítica, según el, a las pruebas penales, se aplica, pues, la triple categoría de los actos procesales, dependiendo del origen, las partes, terceros o el Juez.

En todas las fases referentes a pruebas penales, son aplicables los principios de publicidad, inmediación y contradicción. En virtud de los principios de publicidad y contradicción, las partes tienen actitud de aportación y presentación de pruebas; en virtud del principio de inmediación, el Juez tiene poder de dirección y decisión, en todas las fases en que aparecen las pruebas penales.

En síntesis, la ley asigna conductas a los distintos sujetos procesales, para producir efectos jurídicos de trascendencia procesal, esto durante el desarrollo del proceso, técnicamente, es esto a lo que llamamos actividad procesal. El Código Procesal Penal cuenta con un Título completo, en el Libro Primero, referido a

Actos Procesales. La actividad probatoria no está incluida en ningún capítulo del Título IV, del Libro Primero, del Código Procesal Penal; sin embargo, la razón es que dicho título está dedicado a los actos procesales del Juez o bien del tribunal ó tribunales.

El Capítulo I, del Código Procesal Penal llamado Disposiciones Generales, del mencionado Título IV contiene los requisitos generales de los actos procesales del Juez; el Capítulo II, con el epígrafe Actas, a las formalidades de las actas que levanten los jueces; en la misma lógica está redactado el Capítulo III, llamado Actos y Resoluciones; asimismo los subsiguientes capítulos IV, V y VI están orientados a regir la actividad procesal del Juez.

Según la triple identidad de la actividad procesal, dependiendo del origen, los actos procesales pueden venir de las partes, de terceros o del Juez, no solamente del Juez, es así que la actividad probatoria, al venir de las partes y por ser conductas realizadas por éstas, permitidas por la ley, es que le daremos la calidad de Actos Procesales, aunque la ley expresamente no les de tal calidad.

Es de aclarar que la pruebas tienen dos dimensiones, así se habla de pruebas en el sentido de procedimiento y pruebas en el sentido de contenido; las pruebas como información bruta de ciertos acontecimientos referidos a hechos delictivos no constituyen actividad procesal, solamente tienen esa calidad cuando son introducidos al proceso para ser utilizadas para la comprobación de la verdad real y material.

4.4 El origen jurídico de las pruebas penales

El asunto aquí es si las pruebas penales provienen de la ley penal sustantiva o del Código Procesal Penal. El asunto puede parecer fácil, sobre todo si lo vemos superficialmente, sin embargo, al detenernos en un análisis más profundo, nos

podemos dar cuenta que no es tan sencillo determinar el origen jurídico de las pruebas penales.⁴³

Dónde entran en juego las pruebas penales; el código penal marca un delito tipo y una serie de variantes en torno a él, las pruebas penales determinan la tipificación y la variante que se configura en un caso concreto, sin embargo esto no es argumento suficiente para asegurar que las pruebas penales pertenecer al ámbito del derecho sustantivo, ya que para determinar en base a las pruebas pertinentes la clase de delito y su rango, es necesario que exista un proceso penal, porque las pruebas para ser tales necesitan de su contenido legal de procedimiento, de hecho son actos procesales, como bien mencionamos anteriormente.⁴⁴

Jurídicamente, las pruebas penales son el medio legal de llevar convicción al Juez y que éste decida sobre la aplicación de la ley penal. Surge otro punto de discusión, que las pruebas penales, si bien se desarrollan en un ambiente procesal, sirven para la correcta aplicación de la ley penal a un caso concreto, convirtiéndose así en la fuente de una sanción penal. Es decir, que las pruebas penales son fuentes de una posible sanción penal, o bien, de una absolución de ser sancionado penalmente. Como sea, lo importante es el orden sustantivo que se encuentra al final de las pruebas penales.

No se trata tampoco de confundir en ningún momento, el fin de las pruebas penales con el fin del proceso penal, ya que son diferentes y hay que analizarlos desde perspectivas distintas.

Por supuesto que hay un vínculo muy estrecho entre el fin de las pruebas penales y el fin del proceso penal; no obstante esto no hace que las pruebas penales

⁴³ Guzmán, Carlos. *Op. Cit.* Pág.26.

⁴⁴ Bernal Arévalo, Benjamín: "*Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*", Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2006. Pág. 66.

pertenezcan al código penal y mucho menos que a ambas categorías. Antes que eso, hay que encontrar el límite entre el fin de las pruebas penales y el fin del proceso penal, considerando que tienen algo en común, que es la justicia punitiva.

Decimos que en todo proceso penal se busca averiguar la verdad real y material de los hechos concretos, para la adecuada aplicación de la ley penal. ¿A quién le compete la averiguación de la verdad real y material? Por supuesto que al desarrollo de las pruebas penales y ¿A quien la atañe la adecuada aplicación de la ley penal? Lógicamente que al debido proceso. ¿Quién está al centro de ambos fines? Pues ciertamente quien decide sobre la veracidad de las pruebas penales y quien a la vez decide sobre la aplicación de la ley penal: el Juez; entonces si una sola persona materializa los fines de las pruebas penales y los fines del proceso penal ¿Qué sentido tiene distinguir entre una cosa y otra.⁴⁵

A qué orden pertenecen las pruebas penales, entonces; al derecho penal o al derecho procesal penal. Es necesario plantearnos otras dos interrogantes, ¿El descubrimiento de la verdad real y material, es de orden sustantivo o procesal? Y ¿La aplicación de la ley penal es de orden sustantivo o procesal.

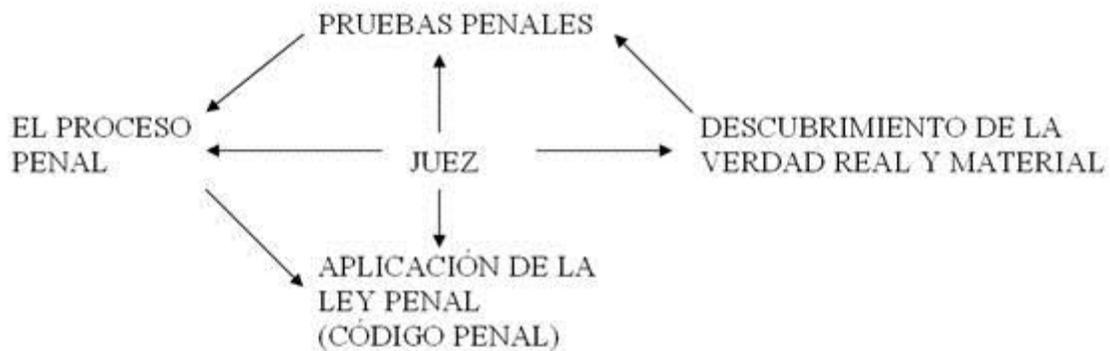


Del esquema anterior tenemos una respuesta clara de los dilemas planteados. El proceso penal tiene como fin la aplicación de la ley penal, para ello necesita

⁴⁵ Bernal Arévalo, Benjamín. Op. Cit. Pág. 67..

auxiliarse de las pruebas penales, que son por deducción de orden procesal, ellas a su vez sirven para el descubrimiento de la verdad real y material y en base a eso se consigue el fin del proceso, que es la adecuada aplicación de la ley penal, que finalmente, es de orden procesal.

Todo estaría ya resuelto, sino es que retomamos un elemento que no consideramos en la gráfica anterior, el Juez, quien materializa los fines del proceso y a la vez, los fines de las pruebas penales.



Es aquí donde la cuestión ya no es tan clara; sin embargo es necesario aclarar, que no es que confundamos de tiempo y tendencias. No estamos diciendo que el Juez es un investigador y que recopila las pruebas, como era en el anterior sistema inquisitivo, al cual gradualmente estamos volviendo, por razones eminentemente políticas. Las pruebas penales, en todo caso, son tarea del fiscal investigador, pero su destinatario final es el Juez, es por esa razón que lo hemos colocado en el centro de nuestra segunda gráfica.



Estas son las bases de un debido proceso, pero no es respuesta a lo que nos hemos planteado, que se trata de delimitar el campo al que pertenecen las pruebas penales. Vamos a admitir, luego de todo lo anteriormente dicho, que la afirmación simplista que las pruebas penales pertenecen al campo procesal es lo correcto, dejando a la libertad del lector que siga aportando ideas para contradecir tal afirmación o en todo caso, apoyarla. Para ello se sugiere tomar en cuenta cuestiones como ¿Qué se prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Para qué se prueba?, sin dejar de lado lo que se debe y lo que se puede probar.⁴⁶

4.5 Limitaciones y prohibiciones de las pruebas penales

Mencionamos el principio de libertad de las pruebas que se aplica a estas en el campo penal y las razones por las que no se puede poner restricciones a la forma que tiene el Juez de conocer la verdad, sin embargo, esto no es absoluto, ya que hay límites que no se pueden rebasar.⁴⁷

Si la prueba es información sacada del mundo real, llevada a un mundo ficticio, que es el proceso penal, puede ser cualquier cosa, sin ninguna restricción, pero no

⁴⁶ Bernal Arévalo, Benjamín. Op. Cit. Pág.68.

⁴⁷ Ordóñez Ramírez, Hernando. Op. Cit. Pág. 123.

puede ser extraída de cualquier forma. En el proceso hay principios, derechos y garantías que respetar, sobre todo al imputado; estos principios, derechos y garantías son aplicables a la obtención de las pruebas penales, por ejemplo, el principio de la dignidad humana, que figura en el Art. 1 de la Constitución de la República de Guatemala: "Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

El Art. 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala presenta varios derechos y garantías aplicables al proceso penal "Art. 12. Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

Inciso. 2 "La persona detenida debe ser informada de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca."

Inc. 3 "Las declaraciones que se obtengan sin la voluntad de la persona carecen de valor; quien así las obtuviere y empleare incurrirá en responsabilidad penal." El imputado no puede ser obligado a declarar y mucho menos a declararse culpable; la confesión obtenida por medio de fuerza, es prueba ilegal y no tiene ningún valor. Esto es reconocido en la Constitución Art. 12; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.3.g; en la Convención Americana de Derechos del Hombre, Art. 8.25; entre otros tratados internacionales.

En algún momento de la historia de las pruebas, se consideró a la confesión, como la reina de las pruebas y quizá no sea tan necesario mencionar que esto ocurrió en el tan mencionado y a la vez, añorado, sistema inquisitivo. Las confesiones eran arrancadas a golpes y con toda especie de torturas. Hay otras

formalidades que deben cumplirse, con respecto a la confesión, que dicha sea de paso, ya no tiene la relevancia que otrora tenía; la defensa técnica es una de esas formalidades, que debe cumplirse para que la confesión tenga validez; Art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4.6 La defensa

El imputado tiene derecho a preparar su defensa eficientemente y para ello puede disponer de la asesoría y representación de un técnico, es decir, de un abogado autorizado para ejercer la procuración. "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa." Art. 12., de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Según la Constitución Política de la República de Guatemala toda persona desde el momento en que se le imputa un delito; tiene calidad de imputado toda persona señalada ante o por la policía, la Fiscalía General de la República o los jueces como autor o partícipe de un hecho punible. Desde ese preciso momento, es decir, cuando su nombre es considerado en cualquiera de las instancias mencionadas, como imputado, el detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente, según el Artículo 8 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Debido a que constitucionalmente la defensa es un derecho irrenunciable, ya que desde que una persona es considerada para ser señalada como autora o partícipe de un delito, ya que existen pruebas de tal situación; dicha persona necesita poder contradecir esas pruebas que han sido aportadas en su contra y para ello requiere que un abogado intervenga a su favor.

Sin embargo, algunas reformas han considerado que el imputado no detenido, tenga a libertad propia nombrar abogado y que tal requisito sea indispensable únicamente para imputados detenidos, cosa que es totalmente inconstitucional. Art. 11 y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

En todo caso, el imputado tiene derecho a la comunidad de la prueba y a aportar por su parte los elementos probatorios que fortalezcan su inocencia. Todos los elementos probatorios deben incorporarse al proceso en el preciso momento en que estén disponibles: debido proceso y derecho de defensa; no es lícito retardar la incorporación de elementos que podrían favorecer la defensa del imputado; como también es indebido ocultar explicaciones necesarias de aquellos dictámenes técnicos que contengan elementos de juicio de descargo. La fiscalía acostumbra orientar las investigaciones de tal manera de retener todo lo que favorece al imputado o incluso ocultar detalles que volverían insostenible la acusación.

4.7 Dignidad humana

El imputado debe ser considerado inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público y con arreglo a las leyes vigentes; pero su culpabilidad debe probarse respetando ciertos derechos generales de las personas, por ejemplo, la intimidad, inviolabilidad de la morada, etc. Derechos que corresponden a todas las personas, sin necesidad de ser imputadas.

En cuanto a la inviolabilidad de la morada, no es un derecho absoluto, ya que las autoridades respectivas, por ejemplo la Fiscalía General de la República, por medio de sus auxiliares de la policía, pueden ingresar al hogar de una persona, sin su consentimiento, pero con una orden judicial, sin esta formalidad, las pruebas recabadas en ese lugar no sirven para sustentar una acusación, ya que son nulas.

En cuanto a la intimidad, ninguna autoridad puede poner mano en el cuerpo de alguien, para encontrar pruebas del delito, sino es por orden judicial y absolutamente, no puede obligarlo a realizar ninguna declaración.

4.8 Libre confesión

La confesión del imputado debe ser libre, bajo las formalidades que establece la ley, sin presiones de ninguna clase, inclusive, sin la presión de una posible disminución a agravación de la pena a imponer, en caso de confesar el delito. Hay países, como por ejemplo, Estados Unidos, donde se realiza una especie de negociación con el imputado, donde si éste confiesa, el sistema se vuelve benigno y las penas son las mínimas, el imputado se ve en la obligación de considerar las posibilidades de resultar condenado y si son mayores, debe confesar, para obtener el beneficio, esto es un obstáculo a la libertad, un atraso al derecho de defensa y un atropello a la libertad de pensamiento, puesto que la persona aún siendo inocente, por temor a la arbitrariedad de los acusadores e incluso de los jueces, puede declararse culpable para evitar una pena mayor.

Además de impedir, que el imputado construya una defensa efectiva, haciendo uso de la libertad de su creatividad, por contar con las presiones que se generan de ese hecho. Por supuesto que es mucho más fácil declararse culpable, que fundamentar una defensa efectiva, sobre todo si eso significa una pena inferior, incluso, puede llegar a ser servicio social, pero eso no implica que sea una violación al derecho de defensa y menos aún que se halla sometido a alguien a un antecedente penal sin justa causa.

4.9 La forma de las pruebas penales

Cuando una persona está presente en el momento de cometerse un hecho típico, antijurídico y antisocial y ha captado por medio de sus órganos sensoriales,

porque vio y escuchó y probablemente hasta pudo palpar lo ocurrido, generó en su memoria un conocimiento, esto lo convierte en un órgano de prueba con la capacidad de proporcionar un medio de prueba.

El simple conocimiento no es prueba, porque para constituirse en tal cosa debe estar incorporado en un proceso en forma legal y ser valorada debidamente por el juzgador. El hecho de ser valorado judicialmente, es lo que hace que el conocimiento de un particular sea prueba y conduzca a la averiguación y reconstrucción de la verdad real y material.

El conocimiento y la prueba son, pues, dos fases de una misma realidad. El conocimiento, bajo esta perspectiva, tiene que ser congruente, consistente y lúcido, para que en base a la valoración sea considerado efectivamente, una prueba válida.

Quien conoce es capaz de narrar los hechos y quien describe la verdad, está preparado de hacer coincidir su relato con los esquemas lógicos de la mente del juzgador, en otras palabras tiene que ser creíble, aún para la inteligencia más inquisitiva.

No existe, pues, oposición alguna entre prueba y conocimiento, sino que una de ellas necesita un aspecto formal para convertirse en la otra; el conocimiento requiere del aspecto procedimental para ser considerado prueba en sentido propio y jurídico.

Esta materia está impregnada de sentimiento humano; en cada huella, en cada rastro, en cada evidencia y en cada indicio se ve materializada la pasión en su mayor intensidad; un hombre se ve movido por su más bajos sentimientos cuando empuña un arma y dispara en contra de otro y le quita la vida, igual cuando decide abusar sexualmente de una persona y rompe los vestidos, propina golpes, etc.

Este tipo de material probatorio tiene muchas dimensiones; refleja la situación síquica de la persona, su situación económica y social y hasta sus sentimientos de amor y desamor, frustraciones; todos estos elementos juegan un papel importante al momento de considerar una pena adecuada, no solo para el hecho descrito y tipificado como delito sino de las razones y circunstancias que lo motivaron. De las pruebas depende también, efectivamente, que la pena se atenúe o se agrave, en virtud de la forma y consecuencias que tiene el delito o que puede tener, incluso mucho tiempo después de cometido.

Por supuesto que al delincuente no le interesan los daños emocionales que sufrirá su víctima a consecuencia de la violación sexual, para citar solo un ejemplo; las pruebas, sin embargo, sirven de laboratorio, donde se analiza la actitud, el estado psicológico, social y cultural del delincuente.

Entonces, las pruebas no solamente se orientan a determinar la existencia y eventual participación, en un delito, sino también a jugar con las diferentes variaciones del mismo tipo penal.

De ahí que algunos autores le atribuyan a las pruebas penales, una forma poliédrica, es decir, que tiene varias facetas y que tiene una textura sólida. (Elementos de hecho, elementos de derecho y principios de la experiencia).

Las pruebas penales se clasifican según su complejidad, de la siguiente manera:

Forma elemental de las pruebas penales = indicio

Forma básica de las pruebas penales = testimonial

Forma compleja de las pruebas penales = científica

Un simple indicio no constituye elemento de juicio para considerar verdadera una imputación, ni razón suficiente para considerar culpable a una persona; el testimonio consciente y congruente de una persona sí constituye fundamento

suficiente para deducir la verdad real y material de los hechos; y, la prueba científica es definitiva para efecto de reconstruir con lujo de detalles la historia de los acontecimientos.

Se puede deducir que si la mente humana realiza sus deducciones en base a información que recibe por medio de los órganos sensoriales, no puede concretizar una verdad lógica en base a nada o simplemente en indicios; ahora bien, sin el ánimo de volver al sistema de la prueba tesada, el juzgador debe contar con criterios estándares sobre los tipos de pruebas y su grado de aceptabilidad o robustez, ya que muchos jueces condenan prácticamente en base a nada, utilizando más bien sus prejuicios que la sana crítica o cuando mucho, simplemente en indicios. En definitiva, la sana crítica sin aplicarle criterios lógicos para su debida apreciación, será siempre el sistema incomprendido y muy mal usado, como lo es en muchos casos en nuestro sistema.

CAPÍTULO V

5. La importancia de la prueba de ADN en la determinación legal de asesinatos y violaciones

En el ámbito del derecho penal, los delitos tipificados como de mayor gravedad (violación, otros ataques contra la libertad sexual, homicidio, asesinato) suelen dejar en la escena o escenas del crimen, indicios biológicos que permiten un estudio adecuado de los mismos, con el objeto de tratar de responder a dos de las más típicas preguntas de la investigación criminal: qué personas estaban implicadas y cómo pudieron ocurrir los hechos.⁴⁸

Los indicios biológicos criminales, o sea, aquellos restos encontrados en la escena del crimen que proceden de órganos y tejidos del ser humano (en mínimos casos de animales o plantas), en los cuales hay células y de los cuales podemos en consecuencia obtener ADN, están presentes en la mayoría de los casos de violación y homicidio. Es muy raro que se produzcan los hechos anteriores sin que exista una cierta violencia o la posibilidad de intercambio de células entre la víctima y el agresor, o entre alguno de ellos y el medio.

Siendo en crímenes especialmente graves tan frecuentes los indicios biológicos, no cabe duda de que la adecuada búsqueda, detección, recolección, almacenamiento, envío y custodia de los mismos y de sus resultados, constituyen una pieza básica en el procedimiento criminal y en la resolución de los casos que en cualquier momento se produzcan.

Hoy en día, en los alborotados albores del siglo XXI, no cabe duda de que el análisis con ADN con fines de identificación ha alcanzado un grado de desarrollo

⁴⁸Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* Pág.81.

enorme, y es prueba usada y aceptada universalmente tanto en el ámbito de la investigación biológica de la paternidad o maternidad (campo civil) como en la resolución de casos criminales como el asesinato y violación (campo penal).

Aunque persisten lo que podemos calificar como retos técnicos (mejorar técnicas de análisis de ciertos sustratos como huesos, acelerar y abaratar los procesos analíticos), las técnicas han llegado a un nivel de perfección y fiabilidad tan grande que se permitió, hace ya algún tiempo afrontar lo que es la última fase técnica, la creación de bases de datos.

El uso masivo y sistemático de los análisis de ADN ha generado y genera una cantidad de información extraordinaria, la cual ha de almacenarse de modo racional y ordenado para su posterior uso. Surge así la necesidad de las denominadas 'bases de datos genéticas', lugares donde se almacena (usualmente en ordenadores, informatizadas) de modo ordenado y coherente cualquier tipo de información, que luego es rescatada de modo semi-automático, con rapidez y exactitud, de acuerdo a parámetros previamente establecidos. En general, el acceso a cualquier tipo de base de datos es más o menos restringido, dependiendo de la trascendencia de los datos almacenados, siendo los más protegidos aquellos que contienen información sobre la "intimidad" de las personas.⁴⁹

En el ámbito científico nadie duda que una de las más importantes vías de conocimiento es el que deriva del manejo apropiado de los datos que se van generando en diversas investigaciones, algunas de ellas inicialmente ni siquiera relacionadas. Campos enteros del saber, como la epidemiología y la bioestadística, aposentan sus raíces en el estudio matemático de los datos

⁴⁹Colín Sánchez, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 123.

acumulados por los investigadores, con el simple objeto de obtener resultados sólidos y objetivos.

Por ello, nadie puede dudar que acumular datos es necesario, y nadie puede acotar la libre generación de los mismos, en tanto en cuanto sean útiles a la sociedad en general y a las personas en particular, y en tanto no se atente contra superiores derechos y libertades.

Por ejemplo en el tema de la adopción y su tramitación notarial, ha tenido gran relevancia en la actualidad y ha sido discutida en todos los sectores gubernamentales y no gubernamentales de la sociedad guatemalteca, principalmente porque ha sido motivo para que profesionales tanto de la medicina como del derecho y de la propia administración de justicia, se enriquezcan ilícitamente de la tramitación notarial e incluso judicial.

El ácido desoxirribonucleico -ADN tal como se concibe en la actualidad, tiene muy reciente difusión, aunque en laboratorios científicos especialmente en países desarrollados, se han estado gestando desde hace mucho tiempo, pruebas que conlleven a establecerlo tal como en la actualidad, se concibe y que ha sido de mucha utilidad tanto para la medicina científica, como para otras ramas, como en el caso de la administración de justicia, la investigación criminal, especialmente en delitos de asesinato, violaciones etc.⁵⁰

Como se observa, en el caso de las pruebas científicas de ADN pueden ser de utilidad en el derecho de familia, para el caso de las adopciones, para determinar el parentesco, la filiación y paternidad de un menor con respecto del padre, de un menor con respecto de la madre, en caso de las adopciones, etc., lo cual puede

⁵⁰ Girón Ramírez, Edwin Fernando, citando a Guerra, Telésforo. *Necesidad de crear un registro de adopciones*. Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1999.

contribuir a evitar los abusos que se han hecho en la actualidad con respecto a la negativa de la paternidad, o bien al otorgamiento de la adopción por parte de una persona que no es la madre o el padre legítimo del menor, etc. También puede ser muy útil para la identificación de asesinos y violadores en el campo jurídico.

5.1 La prueba de ADN en el asesinato y violación

5.1.1 Definición de asesinato

El asesinato es uno de los delitos más comunes que los seres humanos han cometido a lo largo de la historia de la humanidad y consiste básicamente en el delito de matar a un individuo, por tanto, es que se trata de un delito contra la vida.⁵¹

Cabe destacar, que son muchísimas las causas que pueden impulsar a un individuo a matar a otro, aunque, entre las más corrientes se cuentan: venganza, recompensa económica o de cualquier otro tipo, emoción violenta, entre otras alternativas, en tanto, el crimen per se puede estar rodeado de situaciones que incrementan la gravedad, es decir, agravan aún más el delito a la hora de su juzgamiento, como por ejemplo, que un padre mate a su hijo, en este caso existe una cuestión de vínculo sanguíneo que será entendida como una desventaja seria al tiempo del juicio por el asesinato.

El asesinato es un acto premeditado. Es decir, tú piensas en matar a alguien, lo planeas y lo haces. Un asesinato es un delito de carácter muy específico que consiste en matar a una persona con alguna de las siguientes circunstancias: meditada, pensada y preparada.

⁵¹ Colin Sánchez, Guillermo: Derecho Mexicano de procedimientos penales. Porrúa México. Editorial Limusa. 18ª. Edición. 1999. Pág. 90.

5.1.2 Diferencia entre asesinato y homicidio

Mientras que el homicidio es el delito que alguien comete por acabar con la vida de una persona, el asesinato requiere de un mayor número de requisitos. Si bien el tema se ha discutido mucho, el asesinato no se trata de un homicidio agravado, sino de un delito distinto (de acuerdo con la mayoría de las doctrinas y las jurisprudencias), en el que las circunstancias señaladas son elementos constitutivos del mismo. En el asesinato existe una mayor intensidad del propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela.⁵²

En más de una ocasión hemos escuchado información sobre un caso judicial en el que se habla sobre una acusación por 'homicidio' y en muchas otras por 'asesinato'. Aunque se piense que estos dos términos significan lo mismo, en el ámbito jurídico son palabras que presentan diferencias importantes a la hora de juzgar un caso y determinar la duración de la condena del acusado. En este fragmento se hacen las diferencias entre homicidio y asesinato.

Antes de esclarecer las diferencias entre homicidio y asesinato, es importante tener claro el factor común que presentan ambos delitos. Este es la conducta de causar la muerte a otra persona. Ahora bien, gracias a la información recopilada de los hechos ocurridos se establecen unos parámetros a partir de los cuales se fundamentan las diferencias entre ambos términos y se determina la duración de la pena por el delito cometido. Veamos cuáles son a continuación.

1. Se considera **un delito de asesinato** cuando el acto de causar la muerte a otra persona se lleva a cabo bajo alguna de las siguientes circunstancias:

⁵² Colin Sánchez, Guillermo: Op. Cit.1999. Pág. 91.

- **Alevosía.** Se lleva a cabo con premeditación y provocando una situación en la que la víctima no puede defenderse o se encuentra en condición de inferioridad o desamparo.
- **Ensañamiento.** Se da cuando el agresor aumenta de forma inhumana el dolor y el sufrimiento de la víctima.
- **Concurrencia de precio.** Hace referencia a cuando el crimen se comete a cambio de recibir una retribución, ya sea económica o material.⁵³

En caso de que el juez encargado de juzgar el caso considere que puede haber existido cualquiera de estos supuestos en el crimen o los tres a la vez, la imputación se elevará a delito de asesinato.

2. Una vez sabido esto, podemos decir que la principal diferencia entre homicidio y asesinato reside en que un delito es considerado **homicidio**, cuando en el crimen no se contempla ninguna de las tres circunstancias señaladas en el apartado anterior y, en cambio, en el asesinato se contempla una o una combinación de las tres.
3. Sin embargo, en un **delito de homicidio**, aunque se determina que no ha existido alevosía, ensañamiento o concurrencia de precio, también se establecen distintos rangos.

El rango principal es si el homicidio es **voluntario o involuntario**. Se considera voluntario cuando el crimen es causado con intencionalidad pero sin llegar a alevosía. En cambio, el homicidio involuntario se determina cuando se causa la muerte de otra persona sin intención alguna, como podría ser el caso de un accidente de tráfico. También distinguimos el llamado **homicidio negligente** cuando la muerte se produce a causa de un fallo o negligencia como podría ser un fallo médico durante cualquier operación quirúrgica.

⁵³ Código Penal Guatemalteco. Decreto 52-92, Congreso de la República de Guatemala.

Obviamente, otra de las principales diferencias entre homicidio y asesinato se encuentra en la **duración de las penas** por el delito cometido.

- En caso de imputación por homicidio, **la pena puede variar desde** un año hasta 15 años de prisión. La **variación** de la pena dependerá de si se trata de un homicidio voluntario, que estaría entre los diez y quince años de cárcel, o homicidio involuntario o negligente con penas de entre uno y cuatro años de prisión.
- La pena por asesinato **es mucho mayor y puede ir desde los** 15 hasta los 25 años de cárcel.⁵⁴

5.3 Aspectos doctrinarios del delito de violación

Como primer paso en el estudio del fenómeno de las violaciones sexuales se analizará los elementos que la componen, los sujetos que intervienen, las principales tendencias doctrinarias y todo aquello que desde la perspectiva académica permita entender y explicar el acto ilícito como una conducta humana, procurando entenderlo desde sus actos preparatorios, el desarrollo y los efectos posteriores.

5.3.1 Definición de violencia sexual

Con el objeto de obtener un marco conceptual amplio sobre el significado de violencia sexual se realizó un estudio comparativo incluyendo diversos autores reconocidos dentro de las ciencias sociales.

Manzanera en su obra cita a los siguientes autores:

⁵⁴ Código Penal Guatemalteco. Decreto 52-92. Op. Cit.

a) “**Miguel Noguera**, define como el acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente, mediante la utilización de violencia física o grave amenaza que venza su resistencia.

b) **Tiegui**, la violación puede conceptuarse como el acceso carnal obtenido o procurado mediante violencia con o sin consentimiento de la víctima.

c) **Pedro Bodanelly**, la define como acto carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin su consentimiento o en contra de su voluntad mediante violencia real o física, por amenaza grave o intimidación presunta.

d) **Maggiore Giuseppe**, indica que la violación sexual consiste en obligar a alguno a la unión carnal por medio de la violencia o amenaza.”⁵⁵

Del análisis comparativo de estas definiciones se puede ver que el concepto de Miguel Noguera Ramos, es el más completo al reunir todos los presupuestos que debería cumplir la violación sexual. Por otra parte la violación bajo el derecho internacional está constituida por la invasión sexual sin el consentimiento de la víctima, aunque sea leve, de la vagina, el ano o la boca de la víctima por el pene del perpetrador, o cualquier objeto utilizado. Esta es la definición que el Estatuto de la Corte Penal Internacional incorporó en la definición de violación, un término mucho más amplio que el de penetración, la invasión, para que resultara neutro en cuanto al sexo. La definición de invasión incluye no sólo la penetración de un órgano sexual, sino también cualquier tipo de abuso sexual a una persona con objetos o con partes del cuerpo.

Este concepto es clave para muchas legislaciones latinoamericanas que fueron consultadas en el desarrollo de la presente investigación donde todavía la

⁵⁵ Manzanera, I. R. y Peters; T., *La victimología y el sistema jurídico penal*, Córdoba España. Editorial Centro de difusión de la victimología, 1997. Pág. 2.

violación se define como acceso carnal, reduciéndose a la penetración con un órgano sexual masculino. La violación requiere que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, de cualquier parte del cuerpo de la víctima, un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

El concepto de invasión se utiliza en sentido amplio para que sea neutro respecto al sexo de la víctima. Además requiere que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino. Se entiende que una persona es incapaz de dar su consentimiento genuino si adolece de incapacidad natural, inducida o debida a su edad.

5.3.2 Características principales del delito de violación sexual

De acuerdo a la normativa guatemalteca en el Artículo 173 del Código Penal para el delito de violación sexual se presentan dos supuestos:

- a) El empleo de violencia o la grave amenaza. La violencia, es el empleo de la fuerza física que se dirige sobre el cuerpo o la voluntad del sujeto pasivo obligando a mantener relaciones sexuales. La violencia o fuerza física para ser típica debe coartar, restringir o reducir el ámbito de autodeterminación del sujeto pasivo, a consentir contra su voluntad el acto sexual u otro análogo. La violencia debe ser directa o inmediata en el sentido de proximidad entre ésta y la realización del acto sexual. La violencia debe dirigirse directamente sobre la persona de la víctima a modo de fuerza física que obligue a practicar las relaciones sexuales.

Es decir, tiene que existir resistencia consciente de la víctima y su vencimiento por el autor. La grave amenaza, consiste en la conminación de palabra o de

obra de causar un daño ilícito, inminente, posible y verosímil a la víctima y que le infunde temor y miedo. La amenaza no requiere ser absoluta ni irresistible, es suficiente que sea idónea y doblegue la voluntad de la víctima. Debe tratarse de una coacción externa y sumamente grave. Se requiere que la amenaza inminente, sea seria y desprovista de indicios de broma o burla.⁵⁶

- b) La práctica de un acto sexual u otro análogo. Se refiere a la penetración por conducto vaginal, anal o bucal, asimismo la introducción de objetos o de instrumentos en la vagina o ano de la mujer.

Contra estos argumentos extraídos del Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentra lo expuesto por Jimena Andrade citando a Ricardo Núñez, quien asevera que “la introducción por vía bucal no constituye acceso carnal, ya que carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y al tener contacto con el órgano masculino no cumple una función sexual semejante a la de la vagina”.⁵⁷ Sobre el acto sexual o coito oral, dice Bramont, “resulta problemático, ya que el primero supone daño físico, manifestado en el coito vaginal, produciéndose la desfloración”.⁵⁸ Villa Stein, citado por Félix Chero Medina, señala que “el coito bucal equipara el acceso carnal a la penetración bucal o anal”. Flavio García del Río, citado por Félix Chero considera la violación sexual “solamente la penetración vía vaginal o vía anal, en tanto el coito bucal, es una forma de masturbación, no constituye violencia carnal, sino un acto libidinoso”.

En la mayoría de legislaciones estudiadas el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes

⁵⁶ *Código Penal Guatemalteco*. Decreto 52-92. Artículo. 173, del Congreso de la República de Guatemala.

⁵⁷ Chiesa, Aponte: *El Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. III. Editorial Forum, 1995. Pág. 368.

⁵⁸ Arburola, A. *La criminalística en el Derecho Penal costarricense*. San José de Costarica. Tesis de en el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de San José, Costa Rica.1992.

de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad.

5.4 Importancia de la genética y de los indicios biológicos criminales

Básicamente son dos los criterios que pueden usarse para clasificar las bases de datos: según su contenido o según su finalidad.

5.4.1 Clasificación según el contenido

Las bases de datos pueden contener sólo datos alfanuméricos, ADN extraído o material biológico. Como tal, bases de datos son sólo las primeras, es decir, aquellas que en un soporte habitualmente informático (pueden estar copiadas en papel como mecanismo de seguridad), contienen letras y números que identifican a una persona de entre todas las demás. Las agrupaciones de muestras biológicas y de ADN ya extraídos (obtenido o "sacado" del interior del núcleo celular) son realmente "archivos biológicos".

- **Archivos de muestras biológicas**

No son "bases de datos" en sí, ya que representan una especie de "escalafón inferior" en comparación con los archivos de ADN. Cualquier laboratorio forense o de análisis clínicos, hospital, sanatorio, etc., almacena muestras biológicas (sangre, orina, biopsias) de modo más o menos controlado. A las mismas se puede o podría acceder y proceder a obtener ADN para realizar posteriores análisis de uno u otro.

A este apartado aplicaríamos exactamente los mismos comentarios que al anterior, ya que cumple las mismas características. Llegados al absurdo, muestras biológicas de las más diversas personas quedan depositadas todos los días en

lugares públicos (bares, restaurantes, peluquerías), y si se hiciese una legislación restrictiva al efecto, no debería descartarse la posibilidad de incluir esas posibles fuentes de muestras entre los lugares específicamente considerados, otorgando a los profesionales que trabajan en los mismos un estatuto especial, con sus obligaciones pertinentes, entre ellas la inmediata y total destrucción de esas muestras.

5.4.2 Clasificación según su finalidad: pueden ser generales, profesionales y judiciales o forenses

- a) **Generales:** Comprenderían a toda una población o país, y en este momento no hay ninguna en marcha en el mundo. La más amplia corresponde a la población de Islandia, y es con consentimiento de los donantes y con fines médicos. Una base similar está en marcha en Estonia.

- b) **Profesionales:** Incluyen a profesionales de riesgo, siendo el principal y mayor de los ejemplos el repositorio de material biológico de las Fuerzas Armadas (AFIP-AFDIL) de los Estados Unidos, con sede en Bethesda, Maryland. Realmente es un archivo biológico, cuyas muestras han sido obtenidas con consentimiento y sólo se analizan en caso de necesidad.

- c) **Judiciales o Forenses:** Son las que realmente nos ocupan, y a su vez pueden ser de tipo criminal y de tipo civil. Las analizaremos con detalle en el apartado siguiente, pero resumimos sus características básicas a continuación.

5.4.3 Bases de datos forenses criminales

De modo general, almacenan datos procedentes de personas que han sido procesadas o condenadas, así como de indicios biológicos encontrados en la escena del crimen; en algunos casos pueden considerarse perfiles de víctimas

conocidas, con objeto de facilitar la resolución de delitos. Su característica principal es que algunas de las muestras y datos considerados se obtienen sin el consentimiento de las personas implicadas, especialmente cuando se trata de casos de asesinatos y violaciones.⁵⁹

La base de datos forenses criminales a través del perfil genético del ADN en la investigación criminal o en la identificación de personas desaparecidas, asesinadas y violadas ha sido fundamental para la investigación criminal. No solo como archivos forenses, sino como prueba en jueces, fiscales y, especialmente, en jurados de los tribunales de justicia.

El ADN se ha convertido en una de las herramientas más precisas para la identificación de individuos y es utilizado por miles de laboratorios fundamentalmente en:

- La identificación de vestigios biológicos de interés en la investigación criminal de muy diversos delitos.
- La identificación de restos humanos y personas desaparecidas.
- La investigación biológica de la paternidad y otras relaciones de parentesco.

Un «perfil genético» no es más que un patrón de fragmentos cortos de ADN ordenados de acuerdo a su tamaño que son característicos de cada individuo. Fundamentales en la base de datos forenses criminales.

Por ejemplo, en el caso de agresión sexual, el kit de pruebas aportadas por la víctima incluye muchas veces un perfil de ADN del presunto autor el cual es incluido en las bases de datos forenses, entre otros detenidos o condenados por diferentes delitos o simplemente arrestados aunque se les haya puesto en libertad después; de todos ellos existen muestras de su ADN con lo que se cotejan con los

⁵⁹ Chiesa, Aponte. Op. Cit. Pág. 368.

restos orgánicos dejados por el agresor y si aparece en las bases se procede a su detención inmediata. Incluso, al aportar datos de sus investigaciones todos los laboratorios forenses del país a las bases, la búsqueda de un presunto agresor sexual en cualquier localidad puede dar como resultado el que haya agredido a otras mujeres en otros Estados con las consiguientes pistas adicionales que conlleva.⁶⁰

Los forenses de laboratorios pueden dar con autores de crímenes en el momento que comprueban la duplicidad de datos en distintas investigaciones. Pueden existir conexiones comunes pero desconocerse la fuente de la que surgen, lo que las bases de datos forenses ha permitido contar con un sistema informático, para que los criminales no se escapen o sean condenados con penas menores porque se desconozca si son autores de otros crímenes en otros Estados; bases de datos forenses criminales solucionan, en gran parte, este problema ya que los datos de las investigaciones en diferentes Estados se cotejan y pueden ser conocidos por las Fuerzas de Seguridad de cualquier lugar del País que cuenten con laboratorios forenses.⁶¹

5.4.4 Bases de datos forenses civiles

Su fin es la identificación de personas (niños y adultos) desaparecidos, lo cual se hace comparando el ADN de las personas no identificadas (normalmente restos óseos) con el de los familiares. Por sus características humanitarias, es requerimiento ético que los familiares colaboren voluntariamente tras firmar un consentimiento informado, hecho éste que las diferencia de las bases de datos criminales.

Por lo tanto, las bases de datos de utilidad en el área forense o judicial son bases de datos de genéticas de identificación criminal, que contienen sólo datos

⁶⁰ Chiesa, Aponte. Op. Cit. Pág. 369.

⁶¹ Arburola, A. Op. Cit. Pág. 56.

alfanuméricos de identificación y cuya finalidad es ayudar a la Justicia en la resolución de casos criminales o en identificaciones civiles.

5.5 Bases de datos genéticas de identificación criminal

Las mismas pretenden colaborar en la resolución de casos judiciales criminales permitiendo a las fuerzas investigadoras la comparación automatizada de perfiles de ADN procedentes de diversas fuentes: indicios no identificados de la escena del crimen, muestras de referencia de sospechosos o convictos y muestras de referencia de víctimas.

Tras las comparaciones pertinentes y con un número suficiente de muestras analizadas, se puede comprobar, por ejemplo, si una persona (imputado, procesado o condenado) ha dejado indicios biológicos en más de una escena criminal o sobre más de una víctima; este es uno de los medios más eficaces de controlar a los criminales en serie y a los delincuentes reincidentes, muy típico en casos de violaciones; cuando la búsqueda en las bases de datos pone en relación un presunto criminal con unos indicios, aparece lo que se denomina "identificación en frío" o, en terminología anglófona, "cold hit". Del mismo modo, comparando el ADN de un indicio con el de otros indicios, se puede encontrar que una serie de violaciones han sido cometidas por la misma persona, porque el ADN del esperma coincide en todos los casos, pese a que aún no se haya podido detener a ningún responsable.⁶²

No es cuestión de relatar todas las posibilidades de las bases de datos, pero es indiscutible su utilidad en todos los países donde se ha puesto en marcha. Como se mencionó con anterioridad, existen diferentes bases de datos criminales en marcha en este momento, y entre todas ellas, la que nos parece que tiene más capacidad de aplicación en general es el sistema CODIS (Combined DNA Index

⁶² Arburola, A. *Op. Cit.* Pág. 78

System) desarrollado en Estados Unidos por el FBI, y de aplicación positiva en la práctica. Las ventajas que hacen de CODIS un gran instrumento de trabajo pueden resumirse en las siguientes:

- Diseñado para permitir la compatibilidad y el trabajo independiente de diferentes laboratorios.
- Posibilidad de acumulo e intercambio de datos a diferentes niveles: local, estatal y nacional; el conjunto es lo que conforma el sistema CODIS.
- Contiene diferentes apartados o índices, incluyendo los criminales (indicios, sospechosos, condenados) y civiles de personas desaparecidas (cadáveres y huesos sin identificar y familiares de referencia).
- Instalación y asesoramiento gratis por parte de Estados Unidos a través del FBI a los laboratorios oficiales de los diferentes países, siempre que haya una petición oficial y se den una serie de circunstancias favorables.

Siendo éste un modelo ideal, es evidente que cada país habrá de seguir un sistema de acuerdo a las disposiciones legislativas y a las necesidades peculiares de cada uno.

5.6 Problemas legales y éticos en la recogida de muestras en las bases de datos criminales

Sin duda alguna, el principal problema surge ante la posibilidad de una negativa del consentimiento para la toma de muestras del sospechoso, procesado o condenado. Si este tipo de personas se niega a que se le tome una muestra biológica que sirva de referencia indubitada para comparar, la capacidad de resolver casos puede verse afectada.⁶³

⁶³ Chiesa, Aponte. Op. Cit. Pág. 369.

Esto no sólo afecta a las bases de datos, sino que es capaz de interferir con las investigaciones criminales rutinarias; sería el caso de un presunto homicida que se niega a ceder material biológico para comparar su ADN con el encontrado en restos de sangre hallados sobre la víctima.

El consentimiento informado es un requisito para la práctica de cualquier actuación médica y, por extensión, para la práctica de cualquier acción sobre una persona como sería el tomar muestras de saliva, sangre, cabellos o cualquier otro fluido o tejido biológico.

Las especiales circunstancias de la prueba en el campo del derecho penal implican por un lado, el supuesto de la falta de colaboración y, por otro, la necesidad de informar de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de su realización. Así, este tipo de pruebas que se llevan a cabo dentro de una investigación judicial y que en muchas ocasiones son imprescindibles para averiguar la identidad del autor de los hechos, conlleva necesariamente la existencia de otras pruebas o indicios que indiquen la relación del encausado con los hechos, pudiendo por tanto el Juez sustituir el consentimiento del encausado por medio de una resolución motivada para que el acto médico sea lícito.⁶⁴

Siendo conscientes de que las regulaciones jurídicas y las leyes varían según el país que se considere, de modo genérico y basados en la Constitución Política española de 1978, se señalan derechos que, en caso de ausencia de legislación específica, se violarían sí se pretendiese forzar a una persona a dar una muestra biológica sin su consentimiento:

- Derecho a la libertad de movimientos.
- Derecho a la integridad física.

⁶⁴ Chiesa, Aponte. Op. Cit. Pág. 368.

- Derecho a no declarar contra al mismo.
- Derecho a no declararse culpable.
- Derecho a la presunción de inocencia.

Diversas son las cuestiones técnicas que han de observarse en todos los países para tener bases de datos criminales de identificación genética realmente operativas. Son cuestiones meramente técnicas del derecho o de la medicina y la biología, aunque de mucha trascendencia. Por sus características, no suelen afectar directamente derechos fundamentales (excepto una), y pueden cambiarse con relativa facilidad en caso de que el poder legislativo así lo decida.

Cada Estado y país tiene absoluta libertad para emitir disposiciones al respecto, y las comparaciones. Por ello, estratégicamente, cada país debería hacer un estudio previo sobre el "estado de la criminalidad" en los últimos diez a veinte años, sus tendencias y las medidas que se han puesto en marcha o se pretenden poner en marcha para su control y disminución, de la violencia mediante la prueba de ADN, en el sistema de investigación guatemalteco.⁶⁵

⁶⁵ Arburola, A. *Op. Cit.* Pág. 79.

CAPÍTULO VI

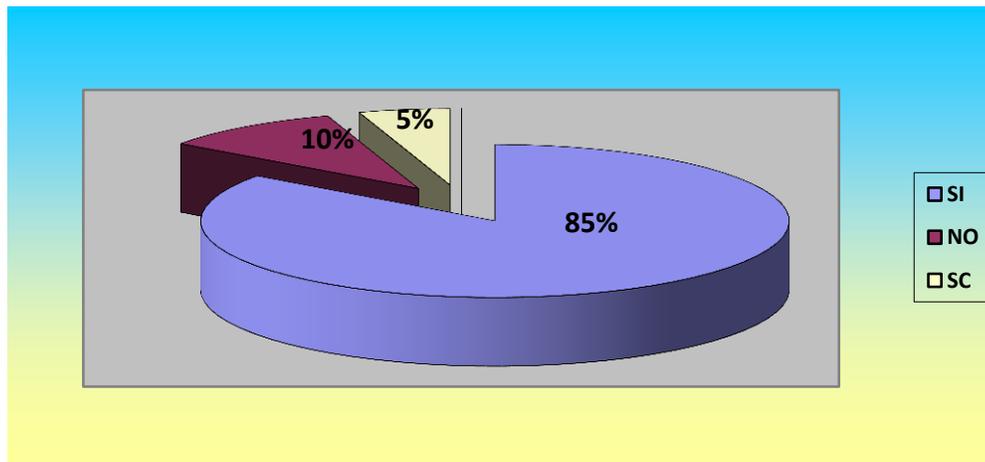
Presentación, discusión y análisis de resultados

6.1 Presentación de resultados

A continuación se presentan los resultados obtenidos de la encuesta resuelta por los peritos del Ministerio Público e INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango.

1. Conoce el INACIF y Ministerio Público, el procedimiento adecuado para la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

Gráfica 1



Fuente: Investigación de Campo 2014.

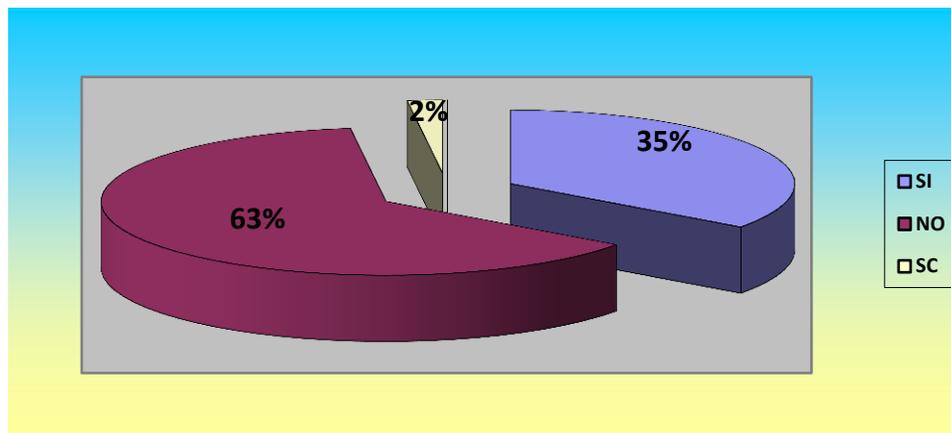
Interpretación:

Del total de la muestra el 85%, de sujetos refieren que el INACIF y Ministerio Público, desconocen el procedimiento correcto de la prueba de ADN, ya que en el medio no existe un laboratorio especializado en la realización de este tipo de pruebas científicas, el 10%, afirma que si el personal que labora en esta clase de instituciones u órganos jurisdiccionales tienen conocimiento del

procedimiento de la prueba de ADN, mientras que el 5% de la muestra se abstuvo de contestar.

2. Conoce el procedimiento el INACIF, en la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

Gráfica 2



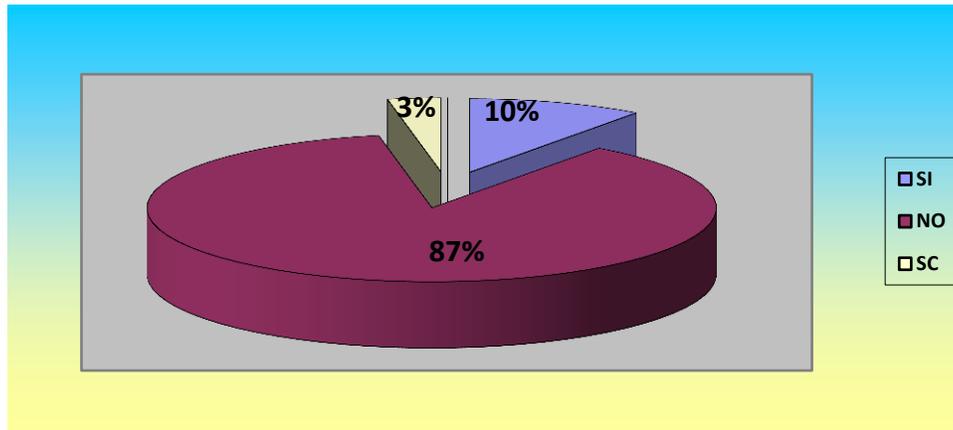
Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

En la gráfica se observa que el 35%, de la muestra refiere que el personal que labora en el INACIF, conoce el procedimiento, en la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, mientras que el 63% de evaluados manifiestan que los trabajadores del INCIF, de la ciudad de Huehuetenango, desconocen su procedimiento, debido a que en el medio local, no existe un laboratorio de ADN, únicamente el 2%, no respondió a la interrogante.

3. ¿Tiene usted conocimiento de casos donde se aplicó la prueba de ADN en la investigación criminal, de la cabecera departamental de Huehuetenango?

Gráfica 3



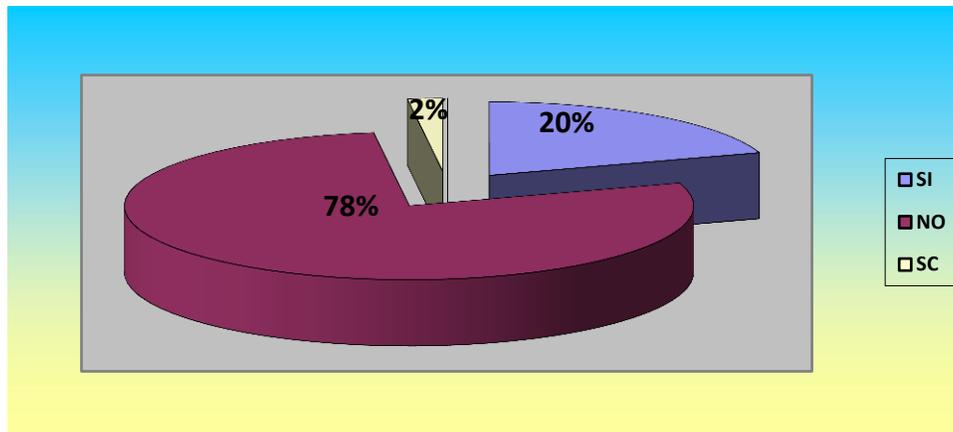
Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

En la gráfica se observa que el 10%, de sujetos evaluados manifiestan haber tenido conocimiento de casos donde se aplicó la prueba de ADN, mientras que el 87%, de la muestra manifiesta no tener conocimiento donde se haya aplicado la prueba de ADN, en la cabecera departamental de Huehuetenango, únicamente el 3%, no respondió a la interrogante.

4. ¿Considera usted que instituciones como la Policía Nacional Civil, Bomberos Voluntarios, INACIF y Ministerio Público tienen el conocimiento sobre la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, de la cabecera departamental de Huehuetenango?

Gráfica 4



Fuente:

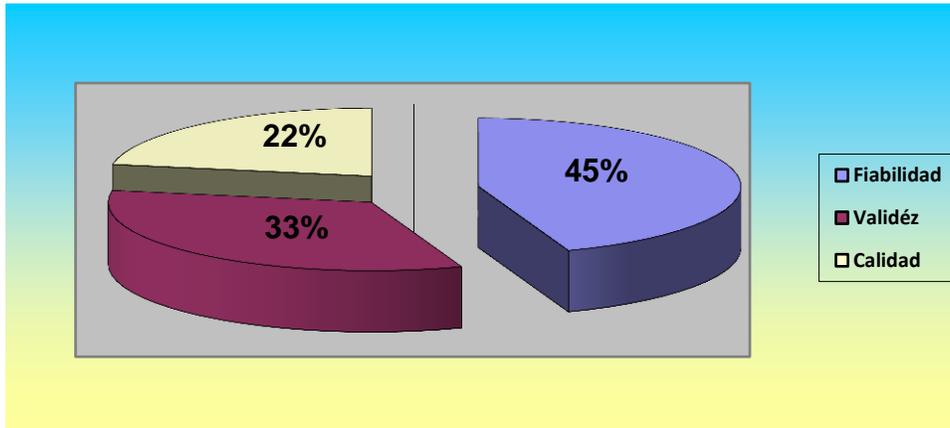
Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

Del total de la muestra de sujetos evaluados el 20%, manifiesta que la Policía Nacional Civil, Bomberos Voluntarios, INACIF y Ministerio Público si tienen el conocimiento sobre la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, de la cabecera departamental de Huehuetenango, en comparación con el 78%, de la muestra que establece que tanto la Policía Nacional Civil, Bomberos Voluntarios, INACIF, y Ministerio Público, no cuentan con los suficientes conocimientos en esta materia, debido a que no se aplica en el medio, debido a que no existe laboratorio científico alguno.

5. ¿Qué características considera usted que deben llenar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones?

Gráfica 5



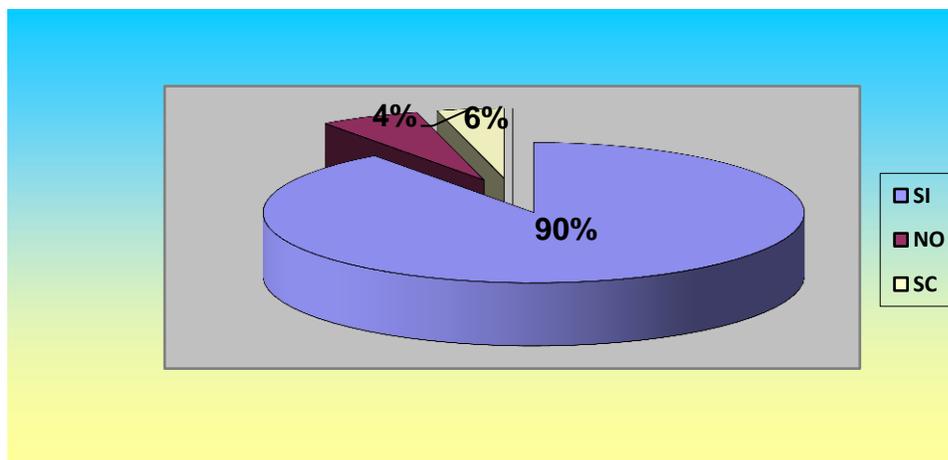
Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

En base a los resultados obtenidos se establece que el 22% de los sujetos evaluados consideran que una de la característica de la prueba de ADN, debe ser la fiabilidad, el 33% de evaluados consideran que es la validez, mientras que el 45% refieren que es la calidad de la prueba.

6. ¿Considera usted que es necesario utilizar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, como herramienta de investigación dentro del INACIF y Ministerio Público, de la cabecera departamental de Huehuetenango?

Gráfica 6



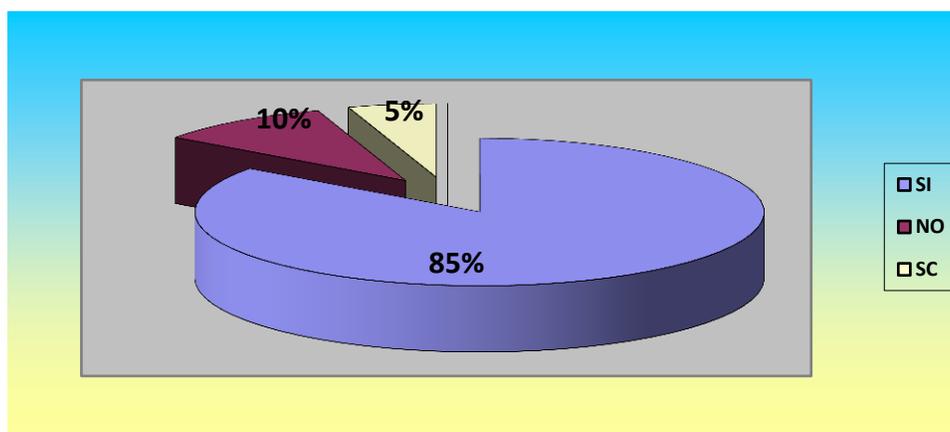
Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

En la gráfica se observa que el 90% de sujetos evaluados, considera que es necesario y urgente utilizar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, como herramienta de investigación dentro del INACIF y Ministerio Público, de la cabecera departamental de Huehuetenango, para reducir los altos índices de impunidad que se dan en los centros de justicia, por no contar con más herramientas científicas que garanticen una verdadera investigación criminal, en este tipo de casos, el 4%, de la muestra no lo considera necesario, el 6%, no respondió a esta interrogante.

7. ¿Considera usted que muchos de los asesinatos y violaciones, no se han evidenciado por falta de técnicas y herramientas como prueba de ADN en la investigación criminal, dentro del sistema de investigación guatemalteco?

Gráfica 7



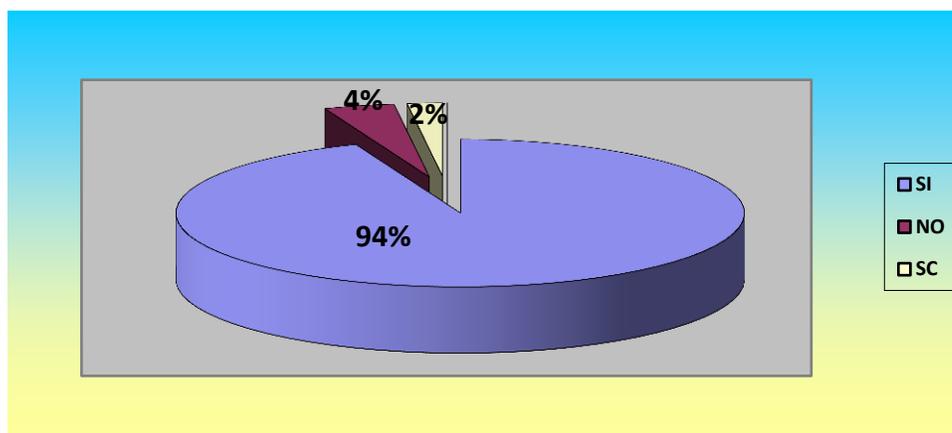
Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

Como se observa en la gráfica el 85% de sujetos evaluados consideran que muchos de los asesinatos y violaciones, no se han evidenciado por falta de técnicas y herramientas como la prueba de ADN en la investigación criminal, dentro del sistema de investigación guatemalteco, y en especial en el INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango. En comparación con el 10% que considera que no es debido a la falta de técnicas como el ADN, sino por la forma empírica en que se realiza la investigación. El 5% no respondió a la interrogante.

8. ¿Considera usted que todas las sedes del INACIF, deberían contar con laboratorios de ADN, para la investigación criminal de asesinatos y violaciones?

Gráfica 8



Fuente:

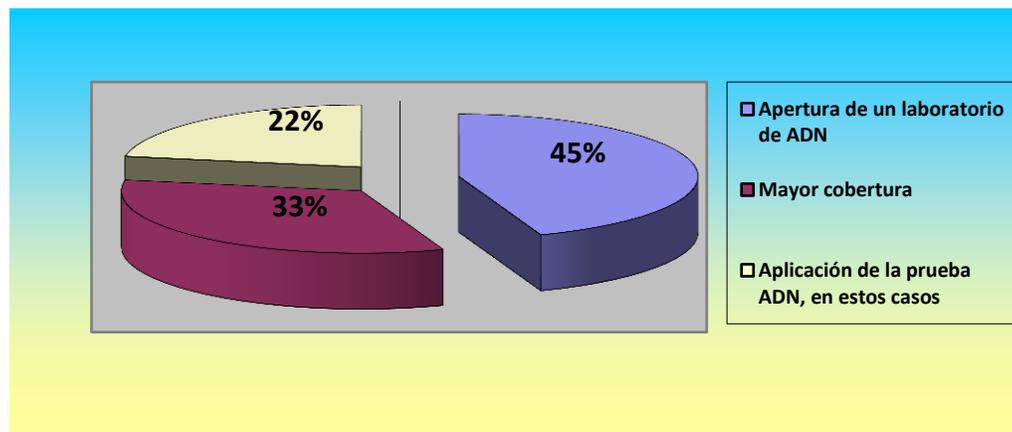
Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

En la gráfica se observa que 94% de las personas evaluadas considera que todas sedes del territorio nacional donde hace presencia el INACIF, deberían contar con laboratorios de ADN, para la investigación criminal de asesinatos y violaciones, lo cual le daría a este órgano jurisdiccional más credibilidad y prestigio, pero en la actualidad se carece de este servicio forense tan elemental para la justicia, para el 4% de la muestra no es necesario contar con estos laboratorios científicos de ADN, el 2% de la muestra no respondió a esta interrogante.

9. ¿Qué recomendaciones daría usted al INACIF y Ministerio Público de la cabecera departamental de Huehuetenango, para aplicar o integrar al sistema de investigación la prueba de ADN?

Gráfica 9



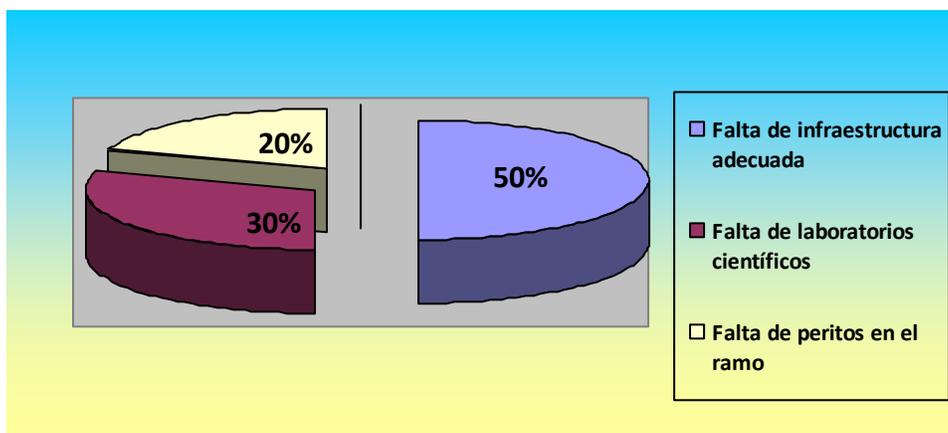
Fuente: Investigación de Campo 2013.

Interpretación:

Como se observa en la gráfica el 22% de la muestra consideran que una de las recomendaciones para el INACIF y Ministerio Público, es la apertura de laboratorio de ADN, los cuales no existen en la cabecera departamental de Huehuetenango, el 33%, se inclinan por una mayor cobertura de estos órganos jurisdiccionales, mientras que el 45% de evaluados consideran que es necesario que la prueba de ADN, se aplique en este tipo de casos para garantizar un debido proceso, ya que en el sistema de investigación actual no se aplica, porque no existe un laboratorio de esta naturaleza en el INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango.

10. ¿Qué limitaciones afronta el INACIF y Ministerio Público de la cabecera departamental de Huehuetenango, para aplicar o integrar al sistema de investigación la prueba de ADN, en la cabecera departamental de Huehuetenango?

Gráfica 10



Fuente: Investigación de Campo 2014.

Interpretación:

Dentro de las limitaciones que refieren los encuestados se encuentra con el 50% de la muestra la falta de infraestructura adecuada, para la instalación de laboratorios científicos como el ADN, en la cabecera departamental de Huehuetenango, el 30% de sujetos considera la falta de laboratorio científicos en el sistema de investigación guatemalteco, y en especial Huehuetenango, para el 20% de evaluados consideran como limitante para el sistema de investigación criminal la falta de peritos profesionalizados en distintos campos de la criminalística.

6.2 Interpretación de resultados

La investigación, se hizo con la finalidad de estudiar la importancia del valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones. A efecto de determinar su contenido, aplicación e importancia, como medio probatorio para la resolución de esta clase casos, y hacer un análisis jurídico de su normativa dentro de la ley procesal penal. Así como una herramienta más para el sistema de investigación guatemalteco, y en especial para el INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango, cuyo campo ha sido poco explorado por los investigadores y operadores de justicia.

Para los peritos del Ministerio Público e INACIF a quienes se les administró la encuesta consideran que el Instituto Nacional de Ciencias Forenses INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango, como ente investigador, debe realizar peritajes con la diversidad de técnicas que contempla la criminología, pero en especial con la prueba de ADN, por su validez, confiabilidad y genuidad, en la investigación de asesinatos y violaciones, que ocurren a nivel nacional, pero que en la actualidad no se realizan, quedando en la impunidad este tipo de casos, por la falta de aplicación de una técnica tan valiosa como lo constituye la prueba de ADN, tal y como se observa en los resultados de campo.

Para el 85%, de sujetos evaluados, refieren que el INACIF y Ministerio Público, desconocen el procedimiento correcto de la prueba de ADN, ya que no se aplica, ni existe en el INACIF un laboratorio especializado en la realización de este tipo de pruebas científicas, que coadyuven a la persecución penal, para evidenciar este tipo de casos y no únicamente los de paternidad.

En virtud de ello es evidente que el Estado no garantiza la seguridad de las personas, ni una justicia pronta y cumplida, por tanto: Por ello se hace necesario que se instale en el INACIF, un laboratorio de ADN, en la cabecera departamental

de Huehuetenango para contar con herramientas más efectivas en la investigación criminal y poder ser más eficientes en el manejo de las pruebas y evitar los errores de impunidad que se comenten en la actualidad en las diferentes instituciones de la investigación, e impartir justicia, también para dar solución a los hechos delictivos en el ámbito penal, cuyo fin debe ser la búsqueda de la verdad, como parte del estado de derecho guatemalteco.

Para los peritos del INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango, consideran que con la denominación de genética forense se define el uso de ciertas técnicas empleadas en genética para la identificación de los individuos en base al análisis del ADN, lo cual es una ayuda esencial en la investigación criminal. La Genética forense consiste en el análisis del polimorfismo o variabilidad genética humana aplicada a los problemas judiciales. Estos pueden ser: Investigación de la paternidad: Impugnación por parte del supuesto padre o reclamación por parte de la madre y/o del hijo. Criminalística: Asesinatos y delitos sexuales (violación). Se analizan restos orgánicos humanos (sangre, pelo, saliva, espermatozoides, piel). Identificación: Restos cadavéricos o personas desaparecidas, con la finalidad de contar con pruebas más fiables y válidas, para que a la hora de presentar las pruebas al juez, se cuente con verdaderos argumentos, de lo contrario seguirá siendo un sistema de investigación empírico y poco confiable marcado por la impunidad y corrupción.

Por otro lado los peritos del Ministerio público consideran que la prueba de ADN en la investigación criminal, es un medio de prueba pericial valorado por el Juez, previo a resolver, a través del cual el perito con base en sus conocimientos científicos y técnicos, emite un juicio sobre un hecho, hace las deducciones correspondientes y las plantea en forma de conclusiones, a efecto de establecer la verdad de los hechos, apreciar la realidad de una conducta humana, sus motivaciones, sus consecuencias sociales y por consiguiente, que se haga justicia. Al parecer el problema según los resultados del trabajo operativo, es que en el

medio nacional y en particular el INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango, no cuenta con un laboratorio de ADN para realizar pruebas de esta naturaleza y en consecuencia la justicia es nula, tal y como lo confirman el 78% de sujetos evaluados que determinan que la Policía Nacional Civil, Bomberos Voluntarios, INACIF y Ministerio Público no cuentan con los conocimientos necesarios sobre la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, de la cabecera departamental de Huehuetenango, debido a que no se aplica en el medio, por falta de laboratorios especializados en este tipo de prueba, no se cuenta con los recursos necesarios para realizarlas y aunado a esto no hay personal capacitado para realizar las pruebas lo cual constituye una limitante para la investigación del debido proceso.

El tema sobre el valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, ha sido poco explorado en el ámbito jurídico guatemalteco y en especial en el departamento de Huehuetenango, en forma mínima ha sido contemplado dentro de los juicios de paternidad y filiación, pero para casos de asesinatos y violaciones, el INACIIF de la cabecera departamental de Huehuetenango, no cuenta con laboratorios de esta naturaleza, lo cual limita la investigación de este tipo de casos; motivo por el cual, es necesario y urgente la aplicabilidad de esta prueba pericial.

Respecto a esto el 90% de sujetos evaluados, consideran necesario y fundamental utilizar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, como herramienta de investigación dentro del INACIF y Ministerio Público de la cabecera departamental de Huehuetenango, para reducir los altos índices de impunidad que se dan en los centros de justicia, cuando el Ministerio Público no cuenta con pruebas científicas y herramientas tecnificadas que garanticen una verdadera investigación criminal en este tipo de delitos para hacer frente a la delincuencia.

Se concluye entonces que la prueba de ADN, constituye para la investigación de delitos como el asesinato y la violación en el campo jurídico guatemalteco, una técnica útil en el proceso de investigación criminal. Ya que se estableció que cuando se dan estos tipos de casos, el ente investigador no puede hacer uso de esta herramienta, especialmente en la cabecera departamental de Huehuetenango, debido a que el sistema de investigación guatemalteco no cuenta con este servicio fundamental para todo el país, ni con la preparación en esta ciencia, el equipo apropiado para realizarla y el personal capacitado, lo cual es un obstáculo para el ente investigador del Estado, como organismo que imparte justicia, obligado a resolver los hechos delictivos para que estos no pasen a formar parte de las estadísticas de impunidad, que se dan en los centros de justicia del medio guatemalteco.

Es importante precisar que las personas encargadas para los peritajes de asesinatos y violaciones, deben de contar con este tipo de preparación en la prueba de ADN, que no sea solo teórica, sino práctica, ya que esta técnica es indispensable para una correcta elaboración de los peritajes, de lo normado en el Código Procesal Penal; confiar la seguridad de las evidencias a manos inexpertas o sin capacitación al respecto, es poner en riesgo los medios probatorios, dejando latente la existencia de la impunidad, que con el nuevo modelo procesal también presentaría celeridad.

Con respecto a la aplicación de la prueba de ADN el 45% de la muestra consideran necesario que la prueba de ADN se aplique en este tipo de casos para garantizar un debido proceso y evitar prácticas como la implantación de pruebas falsas y acusaciones sin fundamento, especialmente cuando en los casos de asesinato y violación sexual los agentes no cumplen con documentar correctamente los datos de las víctimas, de los testigos o de aquellos que puedan aportar información a la investigación; tampoco documentan correctamente las

direcciones y ubicaciones donde sucedieron los hechos lo que posteriormente es utilizado por el Ministerio Público para no realizar la investigación correspondiente. Tal y como lo manifiesta el 50% de la muestra que refieren que dentro de las limitaciones del sistema de investigación guatemalteco es la falta de infraestructura adecuada para la instalación de laboratorios científicos como el ADN, la falta de laboratorio científicos y la falta de peritos profesionalizados en distintos campos de la criminalística.

A continuación se hará una síntesis final del tema investigado, y se concluye que se observe las siguientes recomendaciones:

- I. La aplicación de la prueba de ADN en el sistema de investigación criminal en Guatemala y en especial el departamento de Huehuetenango, se ve afectado por problemas que van desde la falta de laboratorios especializados en este tipo de técnicas, la falta de capacitación técnica-jurídica de los peritos e investigadores de la Policía Nacional Civil y Ministerio Público, el diseño organizacional de las instituciones deficiente, escasos recursos económicos asignados a la investigación forense de esta naturaleza, problemas en los sistemas disciplinarios de formación y de carrera, persistencia de cultura inquisitiva de los operadores de justicia, e incluso infiltración del crimen organizado en las instituciones de justicia, lo que ha generado ineficacia en la investigación criminal, especialmente en la aplicación de nuevas pruebas científicas con el ADN y la contaminación de la escena del crimen que ha generado altos índices de impunidad.

- II. En los estados de Derecho, la identificación humana surge básicamente como una necesidad civil y penal, aunque directamente relacionada con otras esferas del derecho, donde la identificación se asume como correcta, por lo tanto su aplicación es una necesidad social y penal especialmente en casos de asesinatos y violaciones.

- III. Desde tiempos inmemoriales, el ser humano ha tratado de identificar e identificarse por los medios disponibles en cada momento. La creación de un archivo de ADN, por parte del sistema de investigación guatemalteco sobre los detenidos o reclusos, sería un medio de apoyo en las investigaciones criminales, lo cual haría más factible el trabajo de investigación jurídica.
- IV. Se categoricen acorde a un nivel de afectación social los casos de asesinato y violación debido a que el Ministerio Público de la cabecera departamental de Huehuetenango, los maneja e investiga de la misma manera, no dándole un verdadero seguimiento jurídico-social a cada caso en particular, quedándose únicamente archivados y sin solución, tal y como sucede con frecuencia en los centros de justicia.
- V. Fortalecer la capacidad profesional de médicos forenses en materia de ADN para que las investigaciones gocen de mayor credibilidad y se le dé una salida más eficiente y justa a los delitos de asesinato y violación que se ventilan en dichos órganos jurisdiccionales.
- VI. Que se utilice en los centros de justicia la prueba del ADN en procesos criminales por la variabilidad genética humana y por la fiabilidad del 99,9 % en la resolución de procesos criminales, mediante el análisis de vestigios biológicos encontrados en el lugar de los hechos y su comparación con los perfiles genéticos de los posibles implicados.
- VII. Nuestro ordenamiento jurídico no se ocupa de las intervenciones corporales ni, mucho menos, de la posibilidad de aplicar las técnicas de ADN en el proceso penal, fundamentales en la investigación penal sobre delitos como el asesinato y violación. El valor de la prueba de ADN dentro de la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones debe ser una prioridad para el sistema de justicia guatemalteco para ir a la vanguardia de otros países más desarrollados,

que cuenta con archivos de ADN para facilitar el trabajo de la investigación criminal.

CONCLUSIONES

1. La prueba de ADN es altamente eficaz para probar la identidad de una persona. Básicamente se centra en la comparación de la información proporcionada por una muestra con otra. En criminología ha ayudado en gran medida a resolver casos de homicidio, violaciones o delitos menores (robos) y también ha ayudado a establecer la paternidad y reconstruir la genealogía de una persona, e identificar un sospechoso de un delito. No establece un veredicto de culpabilidad o inocencia, pero sí establece un vínculo muy sólido entre el presunto sospechoso y las muestras halladas en la escena del delito.
2. De acuerdo con los resultados de cuantitativos se establece que el 90% de sujetos evaluados, considera que es necesario y urgente utilizar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, como herramienta de investigación dentro del INACIF y Ministerio Público, de la cabecera departamental de Huehuetenango, para reducir los altos índices de impunidad que se dan en los centros de justicia, por no contar con más herramientas científicas que garanticen una verdadera investigación criminal, en este tipo de casos, muy frecuentes en el medio nacional.
3. El principal problema que entraña la práctica de las pruebas de ADN es de que en la misma no se puede prescindir de la colaboración de un sujeto, el demandado. El hecho de que sea imprescindible su voluntad y colaboración plantea un interesante conflicto que puede afectar a derechos fundamentales si no media esa voluntad o simplemente se niega su práctica, de ahí que se haya cuestionado la constitucionalidad de este tipo de pruebas. La voluntariedad en la práctica de las pruebas biológicas ha llevado a que se plantee, si ésta no es requerida por las partes involucradas en el procedimiento de un conflicto de derechos, sobre el que nuestro Derecho positivo calla. Este silencio ha sido aprovechado para justificar esas conductas obstruccionistas sobre la base del

respeto que a todo sujeto se le debe en sus derechos de integridad física, honor, intimidad, libertad, defensa igualdad ante la ley, argumentos que debería ser resueltos jurídicamente en beneficio del sistema de justicia guatemalteco. Por ello el principal problema se plantea en determinar cuándo y bajo qué condiciones se puede imponer a una persona la práctica de la prueba biológica, y cuándo se puede oponer a ella legítimamente de forma que no le sea exigible.

4. Del 85% de sujetos evaluados consideran que muchos de los asesinatos y violaciones, que se dan en el medio nacional, no se han evidenciado por falta de técnicas y herramientas como la prueba de ADN en la investigación criminal, dentro del sistema de investigación guatemalteco, y en especial en el Ministerio Público e INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango. Lo cual constituye una limitante para hacer más eficiente el sistema de pruebas dentro de los juicios de esta naturaleza.

RECOMENDACIONES

1. Que las instituciones encargadas de la investigación criminal en Guatemala, tomen en cuenta la presente tesis: El valor de la prueba de ADN dentro de la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, ya que es una herramienta práctica y útil, en la necesidad de abordar de una manera ordenada y eficaz la investigación criminal, mediante la intervención y colaboración de los operadores de Justicia, como de las instituciones encargadas de la investigación, de la cabecera departamental de Huehuetenango.
2. Dada la importancia del tema y los resultados obtenidos de la investigación, solicitar a las autoridades del Ministerio Público, la creación de laboratorios de ADN, en la cabecera departamental de Huehuetenango, para ofrecer una prueba más fidedigna en casos de asesinatos y violaciones que se cometen con mucha frecuencia en el territorio nacional y que por carecer de tecnología apropiada en la investigación muchos de estos casos quedan en la impunidad. Por ello se necesita de un sistema de investigación forense que garantice un juicio más equitativo e imparcial para las víctimas.
3. Que el gobierno de Guatemala, tenga conocimiento de nuevos proyectos científicos a nivel mundial, y así dotar de equipos sofisticados y laboratorios de ADN no solo al personal de investigación del Ministerio Público, sino también de la Policía Nacional Civil, que tienen incidencia en la investigación, en la escena del crimen, en casos de asesinatos y violaciones.
4. Que el Estado de Guatemala tome las medidas necesarias para que cesen los asesinatos y violaciones de personas así como también sancione a los responsables de los mismos de forma efectiva y asegure al poder judicial la independencia, autonomía y estabilidad indispensables para el cumplimiento

de sus fines, introduciendo nueva tecnología al sistema de justicia especialmente la prueba de ADN, que por su fidelidad puede ser muy útil en la investigación.

5. Se hace necesario que las instituciones como el Ministerio Público, INACIF y Policía Nacional Civil que trabajan en la investigación penal, cuenten con laboratorios de ADN y puedan integrar esfuerzos para coordinar el proceso investigacional y la persecución penal en delitos de asesinato y violación en forma conjunta con los órganos involucrados, para lograr mayores beneficios para la población, guatemalteca, pero sobretodo beneficios para los afectados, que quedan frustrados ante la incapacidad del Estado de brindar seguridad y justicia para los guatemaltecos.

BIBLIOGRAFÍA

Angulo González, Rubén Darío: *Cadena de Custodia en Criminalística II* Editorial Doctrina y Ley, 2007. Pág. 253.

Bernal Arévalo, Benjamín: *Técnicas de investigación criminal en el sistema acusatorio*. Colombia. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006.

Bernal Arévalo, Benjamín: *Técnicas de investigación Criminal en el sistema acusatorio*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales 2005.

Colín Sánchez, Guillermo: *Derecho Mexicano de procedimientos penales*, Porrúa, México, Editorial Limusa 18a. ed.1999.

De león Velasco, Aníbal: *Manual de Derecho penal Guatemalteco Parte General. Guatemala*. Editorial Piedra Santa. 2005.

Enciclopedia Criminalística Criminología e Investigación. Bogotá. Editorial Sigma, 1ª. ed. 2010.

Fiscalía General de la Nación. “*Manual de procedimientos para Cadena de Custodia*”. Guatemala. Editor Ministerio Público, 2005.

Guzmán, Carlos: *Manual de Criminalística*. Buenos Aires Argentina. Editorial La Rosa, 2000.

James, Stuart H. and John J. Nordby, “Forensic Science and Forensic Evidence ” Second Edition. 2005. Taylor & Francis.

Manual del Fiscal del Ministerio Público Guatemalteco “La cadena de Custodia”. 2005.

Martínez Solórzano, Edna Rossana: *Apuntes de criminología y criminalística*, Guatemala. Ediciones Mayte, 2009, Pág. 192.

Mora Izquierdo, María Dolores: *La evidencia Física y la Cadena de Custodia dentro del Procedimiento Penal Acusatorio*. Colombia, Editorial Gráficos, 2007.

Mora Izquierdo, Ricardo. “El nuevo rol del perito en el nuevo sistema acusatorio colombiano. Colombia, Editorial IciOrdóñez Ramírez, Hernando: *Prueba pericial y Dictamen Pericial*, Cali Colombia. Editado por Universidad Libre, 2004.

Real Academia Española de la Lengua: *Diccionario de la Lengua Española*. España, 22^a ed. 2001.

Villavicencio Ayala, Miguel José, *Procedimiento de investigación Criminal México*, Editorial Limosa 1,987.

Saferstein Richard, Forensic Science: Winds of Change “Criminalistics, An Introduction to Forensic Science, Prentice.

Saferstein, Richard. “Criminalistic” Seventh Edition Pretice Hall New Jersey. 2001.

Sánchez Prada, María Dolores: *Taller sobre juicio oral*. Bogotá Colombia Editado por Universidad Nacional de Colombia. 2006.

Tulio Ruiz, Servio: *La estructura del delito*. Colombia. Editorial Temis,1978,

REFERENCIAS NORMATIVAS

Código Procesal Guatemalteco. Decreto 52-92, del Congreso de la República de Guatemala.

Código procesal penal Guatemalteco Decreto 51-92 Reformado, del Congreso de la República de Guatemala.

Nuevo Código de procesamiento Penal Colombiano Ley 906 de 2004. Art. 267, 406 y 408. Congreso de la República de Colombia.

EL Derecho Procesal Penal de Puerto Rico, Ley Número 146, del 30 de Julio 2012. Asamblea Legislativa.

ANEXOS

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
CAMPUS REGIONAL SAN ROQUE, HUEHUETENANGO
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



ENCUESTA

ENCUESTA DIRIGIDA A PERITOS DEL INACIF Y MINISTERIO PÚBLICO, DE
LA CABECERA DEPARTAMENTAL DE HUEHUETENANGO

“EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL, EN
CASOS DE ASESINATOS Y VIOLACIONES”

OBJETIVO: Conocer el valor de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones.

INSTRUCCIONES: De manera atenta se solicita su colaboración a efecto de responder con veracidad las interrogantes que se le presentan a continuación marcando una “x” en el lugar correspondiente; los datos obtenidos serán confidenciales y la información será de uso exclusivo de esta investigación.

Aspectos relacionados con la Prueba de ADN.

1. ¿Que es la prueba de ADN para usted? _____

2. ¿Conoce usted el procedimiento adecuado para la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones?
Sí _____ No _____

Cuál? _____

3. ¿Conoce el procedimiento el INACIF, en la aplicación de la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones?.

Sí _____ **No** _____

Por qué? _____

4. ¿Tiene usted conocimiento de algún caso donde puede aplicar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses INACIF, de la cabecera departamental de Huehuetenango?.

Sí _____ **No** _____

Cuantos _____

5. ¿Considera usted que instituciones como la Policía Nacional Civil, Bomberos Voluntarios, INACIF y Ministerio Público tienen el conocimiento sobre la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, de la cabecera departamental de Huehuetenango?.

Si _____ **No** _____

Qué opina usted? _____

6. ¿Qué características considera usted que deben llenar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones? _____

7. ¿Considera usted que es necesario utilizar la prueba de ADN en la investigación criminal, en casos de asesinatos y violaciones, como herramienta de investigación dentro del INACIF y Ministerio Público, de la cabecera departamental de Huehuetenango?

Sí _____ **No** _____

Porque? _____

8. ¿Considera usted que muchos de los asesinatos y violaciones, no se han evidenciado por falta de técnicas y herramientas como prueba de ADN en la investigación criminal, dentro del sistema de investigación guatemalteco?

Qué opina al respecto _____

9. ¿Considera usted que todas las sedes del INACIF, deberían contar con laboratorios de ADN, para la investigación criminal de asesinatos y violaciones?

SI _____ **No** _____

Porque? _____

10. ¿Qué recomendaciones daría usted al INACIF y Ministerio Público de la cabecera departamental de Huehuetenango, para aplicar o integrar al sistema de investigación la prueba de ADN?

