

Índice

Introducción-----	01
Justificación-----	04
Fines y objetivos-----	06
Definición del Proyecto-----	07
Marco teórico-----	09

CAPÍTULO I

1. El secreto de las comunicaciones-----	
10	
1.1 Derecho a la intimidad frente a las interceptaciones Telefónicas-----	10
1.2 Derecho a la intimidad en la legislación comparada-----	11
1.3 Límites al derecho a la intimidad-----	15

CAPÍTULO II

2. Legitimidad de la autorización de las interceptaciones telefónicas-----	
18	
2.1 Control Judicial-----	18
2.2 Facultad discrecional de juez -----	19
2.3 Principios procesales y doctrinarios para decretar las interpretaciones telefónicas-----	21
3.3.1. Principio de legalidad-----	22
3.3.2. Principio de motivación o fundamentación -----	23
3.3.3. Principio de necesidad, utilidad e idoneidad-----	25
3.3.4. Principio de proporcionalidad-----	25
3.3.5. Principio de exclusividad jurisdiccional-----	26
3.3.6. Principio de exclusividad probatoria-----	26
3.3.7. Principio de excepcionalidad -----	26
3.3.8. Principio de limitación temporal-----	26
3.3.9. Principio de especialidad del hecho delictivo-----	27
3.3.10. Principio de limitación subjetiva -----	28
3.3.11. Principio de limitación objetiva -----	28
3.3.12. Principio de procedibilidad-----	29
3.3.13. Principio de control judicial -----	30
2.4. Efectos del auto sin fundamentación de la medida de interceptación telefónica-----	31

CAPÍTULO III

3.	Procedimiento para ejecutar las medidas especiales de interceptaciones o escuchas telefónicas-----	32
3.1.	Órgano facultado para solicitar las interceptaciones-----	32
3.2.	Las pruebas indicaría por como elemento para demostrar la necesidad de autorización de las interceptaciones-----	34
3.2.1.	Los indicios por su relación temporal con el delito-----	36
3.2.2.	Los indicios por su ámbito de aplicación -----	36
3.2.3.	Los indicios por la intensidad de su conexión -----	36
3.2.4.	Los indicios por su origen normativo -----	37
3.2.5.	Los indicios por la prueba de la que proceden-----	37
3.2.6.	Los indicios por el hecho demostrado-----	37
3.2.7.	Los indicios por su grado de inferencia -----	37
3.3.	Órgano facultado para realizar las interceptaciones -----	38
3.4.	De la forma de ejecución de las medidas especiales-----	38
3.5.	Los hallazgos inevitables -----	39
3.6.	De los registros de las interceptaciones y otras consideraciones -----	40
3.7.	Cadena de custodia, conservación de registros y destrucción de archivos -----	43

CAPÍTULO IV

4.	La escucha telefónica como medio de prueba en el proceso penal-----	45
4.1.	Limitación de los derechos fundamentales en la investigación penal-----	45
4.2.	Consideraciones doctrinarias sobre la nulidad de la prueba obtenida Por medio de las interceptaciones-----	48
4.3.	La escucha telefónica como actividad procesal defectuosa-----	50
	Investigación de campo-----	52
	Estudio técnico-----	52
	Estudio administrativo legal-----	53
	Resultados de las entrevistas-----	56
	Conclusiones-----	61
	Bibliografía-----	63

Introducción.

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

Ante la constante presión de las Naciones Unidas, para efectivizar el combate de la delincuencia organizada, cuyo ámbito espacial trasciende las fronteras territoriales, el Estado, como parte de la política criminal se ha visto conminado a implementar normativas jurídicas que permitan el uso de la tecnología moderna como mecanismo de auxilio en la persecución penal, en virtud de que se conoce que tales organizaciones utilizan estos medios para concretar sus acciones, de forma que, no obstante que el artículo 205¹ del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal, fue derogado por inconstitucional, por permitir al Ministerio Público y al Juez contralor del proceso, acceder al control y grabación de las comunicaciones telefónicas o similares, y que señalaba que el producto de las escuchas telefónicas luego de utilizarse como prueba dentro del juicio debía ser destruido, previo conocimiento del acusado y su defensor².

Guatemala, para el efecto de cumplir con los compromisos internacionales en el decreto número 07-2006 del Congreso de la República, “Ley para combatir el crimen organizado y la delincuencia común”, se hizo un intento de normar las escuchas telefónicas. El decreto fue promulgado con fecha treinta de marzo de dos mil seis y posteriormente vetado por el Ejecutivo con fecha veintiséis de abril de dos mil seis, según Acuerdo Gubernativo 213-2006, del Presidente de la República³ de fecha veintiséis de abril de dos mil seis.

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

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

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

El motivo considerado para el veto, fue que en vez de tener mayor drasticidad las penas como disuasivas, generaría impunidad ya que la ley beneficiaría a los delincuentes de crímenes de alto impacto al reducir la sanción a la mitad en el caso de veintiocho delitos.⁴

El 10 de agosto del 2006 se publica en el Diario de Centro América, el Decreto 21-2006, denominado “Ley contra la Delincuencia Organizada”, dentro del cual se tomaron en consideración las observaciones vertidas por el Organismo Ejecutivo en el Acuerdo Gubernativo 213-2006, y se corrige el aspecto de la ley, creando una doble penalidad, para el delito cometido y por la calidad de conspirador, dando a la vez mayores sanciones y atacando directamente a la delincuencia organizada y no a la delincuencia común.

Es en la “Ley contra la Delincuencia Organizada”, que el Estado como respuesta a la realidad nacional y a la ya citada presión internacional para reducir y combatir los índices delincuenciales, implementó métodos excepcionales de investigación, dentro de los cuales figura la regulación de las llamadas INTERCEPTACIONES, que no se refieren únicamente a las escuchas telefónicas, sino que permiten interceptar otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético.

Dentro de las principales funciones previstas para las interceptaciones telefónicas o escuchas telefónicas está el poder acceder a la información transmitida por los medios precitados y de esta manera llegar a conocer la estructura organizativa criminal para poder eventualmente capturar y procesar con evidencia legítimamente obtenida a los cabecillas y autores intelectuales de los delitos cometidos por el crimen organizado.

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

Para lograr su cometido deben contarse con personal técnico capacitado para asumir funciones de averiguación, que no pueden, ni deben violar procedimientos o normas contra las garantías individuales de las personas sujetas a investigación, lo que implica la necesidad de crear todo un aparato técnico de interceptación,⁵ que a la fecha es inexistente. De todas las acciones que se realicen al ejecutar las interceptaciones telefónicas, sin respetar las limitantes legales serán responsables ante la ley quienes las hayan realizado, no se trata solo de obtener la autorización judicial, sino de que el órgano que se encarga de la persecución penal y el órgano técnico que ejecuta los procedimientos especiales, actúen dentro de los parámetros de la ley.

A partir de esa fecha, se regula por primera vez en el país, la figura de los métodos especiales de investigación, dentro de los que se puede mencionar “LAS INTERCEPTACIONES⁶” que se rigen por las reglas generales contenidas del artículo 13 al 20 de la ley; y por el desarrollo mismo del método, regulado a partir del artículo 48 del Decreto 21-2006 del Congreso de la Republica de Guatemala. Es hasta el 2007, que se publican en el Diario de Centro América los reglamentos para implementar la ley, tras un año de su vigencia.

⁵ El cual es inexistente a la presente fecha, por falta de recursos presupuestarios.

⁶ Interceptaciones que pueden ser telefónicas o de cualquier otro medio de comunicación que utilice el espectro electromagnético.

Justificación.

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por mandato constitucional⁷ es una institución autónoma, con personalidad jurídica propia, que tiene la obligación de promover por todos los medios a su alcance la investigación en todas las esferas del saber humano y que debe cooperar en el estudio y solución de problemas sociales, en atención a lo cual, el presente trabajo encuentra su justificación ante la necesidad de establecer la eficacia probatoria de las escuchas telefónicas reguladas en el artículo 48 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, dentro del proceso penal; interceptaciones que de acuerdo al texto de la Ley, se consideran como medidas especiales de investigación y obtención de pruebas, el problema del estudio es determinar si existen o no contradicciones entre la Ley y lo preceptuado en el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que garantiza el secreto de las comunicaciones y establecer además si desde la óptica de lo regulado en el artículo 44 último párrafo del mismo cuerpo legal, su regulación es nula *ipso jure*, y, de ser este el caso ¿qué acciones se deben realizar en torno al tema?

De lo anteriormente expuesto, se infiere la importancia del problema a investigar, pues es necesario desarrollar la temática propuesta para concluir sobre la factibilidad de la eventual aplicación de las “interceptaciones o escuchas telefónicas” sin la vulneración de las garantías y derechos humanos no limitados, de los sujetos a la investigación penal que sufren las medidas especiales, y si tales medidas eventualmente resultarán ineficaces como instrumento preventivo, combativo y de investigación de los delitos cometidos por el crimen organizado por existir mecanismos procesales para anular los medios de prueba obtenidos por ellas.

Dentro del contexto de la investigación se pretende establecer las necesidades de aplicación de las interceptaciones telefónicas, para el efectivo combate contra la delincuencia organizada, en virtud de que la ley citada fue creada al amparo de leyes

⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 82.

internacionales en la materia y su implementación en Guatemala obedece a la política criminal internacional propuesta por Naciones Unidas y la Unión Europea.

El problema que se plantea dentro de la presente investigación, se define de la siguiente forma: ¿Resultarán un medio eficaz de prueba los hallazgos obtenidos por medio de la ejecución de las medidas especiales de interceptación telefónica o escuchas telefónicas dentro del proceso penal?

La solución a la problemática propuesta es necesaria en virtud de que la ley se encuentra vigente y por medio de la ejecución de las escuchas telefónicas se pretende recopilar los medios de prueba necesarios para la prevención, combate, desarticulación y erradicación de la delincuencia organizada.

Para el desarrollo del estudio se buscaron y compilaron materiales bibliográficos y otras fuentes de información documental, que incluyen legislaciones internacionales tanto de derechos humanos como de carácter procesal penal que dieron soporte teórico para en el enfoque interpretativo doctrinario de la Ley y además se realizaron entrevistas con las instancias involucradas en la aplicación de los procedimientos especiales de investigación.

Fines y objetivos.

Este proyecto de investigación fue seleccionado por considerarse que las “Escuchas Telefónicas” son un procedimiento innovador en el tema de seguridad nacional, que implica la ejecución de procedimientos para obtener pruebas en la investigación penal, que hasta ahora no estaban autorizados en Guatemala.

El objetivo general de la investigación es la contribución al sistema de justicia con un trabajo teórico-descriptivo que desarrolle y analice la legislación y la teoría los métodos especiales de investigación de interceptaciones o escuchas telefónicas, y la eficacia de su utilización como prueba en el proceso penal, se hace la observación de que actualmente aunque vigente es la ley, aún no es positiva.

Determinar si los fines plasmados en la ley para combatir la delincuencia organizada y su ámbito jurídico de aplicación, son viables, sin vulnerar los derechos humanos de los sujetos que las sufren dentro de una investigación criminal, es decir si los elementos de prueba obtenidos por medio de las interceptaciones o escuchas telefónicas podrán utilizarse efectivamente dentro del juicio oral penal para obtener una sentencia condenatoria, sin vulnerar los derechos humanos de los sujetos a la investigación criminal.

Fortalecer el conocimiento jurídico, de los futuros profesionales en el campo del derecho y sobre todo de las nuevas disposiciones legislativas.

Definición del proyecto.

El alcance temporal de esta investigación es a partir del 12 de junio del año 2007 en adelante, por ser la fecha en que cobraron vigencia los métodos especiales de investigación contenidos en el decreto 21-2006, específicamente las llamadas “Interceptaciones o Escuchas Telefónicas”, en virtud de la aprobación del acuerdo gubernativo que contiene los procedimientos específicos para las medidas especiales de investigación.

El alcance espacial es la totalidad del territorio guatemalteco. Sin embargo, es preciso aclarar que involucra al Ministerio Público y al Ministerio de Gobernación. El primero que tiene que crear la unidad especializada para dar capacitación, seguimiento y control a estos procedimientos especiales.

En cuanto al análisis del área económica y de impacto de la ley es impreciso porque en el presupuesto 2006 no se asignaron fondos a la implementación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Al no aprobarse el presupuesto del 2007, tanto el Ministerio de Gobernación como el Ministerio Público no dispusieron de fondos específicos para aplicar la ley, cosa similar ocurrió con el presupuesto de 2008, por lo que puede generarse un debilitamiento institucional porque en vez de poder contar con fondos extraordinarios y métodos especiales de ejecución presupuestal, las instituciones involucradas (Ministerio de Gobernación y Ministerio Público) deberán reasignar fondos para poder desarrollar ese proyecto, lo que significa descuidar otros proyectos y trabajos realizados para poder iniciar labores en este nuevo reto, porque no existen los recursos de capital y debe utilizarse el personal existente, al cual deberá capacitarse en forma específica.

Lo anterior implica que la presente investigación es teórica-descriptiva y tiene una visión proyectiva de lo que puede eventualmente ocurrir con las pruebas obtenidas por medio de las escuchas telefónicas, porque en la práctica pueden inclusive requerir mayores esfuerzos y especificaciones.

Se considera importante reflejar la técnica y la doctrina internacional que ha inspirado la aplicación de estos métodos de investigación en otros países. El beneficio del presente trabajo es específico y referencial para los operadores del Sistema de Justicia y especialmente para las instituciones involucradas como son el Ministerio de Gobernación a través de la Policía Nacional Civil y el Ministerio Público como órgano encargado de la persecución penal, porque tendrán lineamientos técnicos generales para ser utilizados en el momento en que se pueda efectivamente aplicarse la ley⁸ y reglamentos vigentes.

Con base en la investigación la Universidad de San Carlos de Guatemala, podrá dar a conocer a la población en general, los alcances de la ley, de manera que pueda entender de forma sintetizada en qué consisten los procedimientos de las escuchas telefónicas, que garantías y requisitos deben respetarse y qué efectos jurídicos y judiciales pueden provocar.

⁸ Congreso de la República de Guatemala. Ley contra la Delincuencia Organizada, decreto 21-2006.

Marco teórico

CAPÍTULO I.

El secreto de las comunicaciones.

Debido a la vigencia de la Ley contra la Delincuencia Organizada, y hasta que sea declarada su inconstitucionalidad, una de las medidas que se puede adoptar para la investigación penal es la interceptación telefónica o las escuchas telefónicas; esta medida se revela en la actualidad a nivel internacional como uno de los instrumentos más eficaces en la persecución de algunas de las más graves formas de la delincuencia organizada.

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

1.1 El derecho a la intimidad frente a las interceptaciones telefónicas.

El Estado en su rol de garante de la seguridad de la población y por obligaciones contraídas en convenios internacionales para el combate de la delincuencia organizada transnacional, decidió implementar políticas criminales sugeridas, entre ellas la creación de normas de carácter procesal que posibilitaran la utilización de las interceptaciones y de las escuchas telefónicas.

Existe contradicción entre el poder punitivo del Estado y el derecho a la libertad e intimidad individual reconocida en la Constitución a través del secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros medios que utilizan la tecnología moderna, por una parte el contenido del artículo 24 de la Constitución¹²⁸ no posibilita la ejecución de interceptaciones telefónicas como medio de investigación penal, sin embargo el artículo

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

48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada⁹, vigente, si permite su ejecución, a pesar que la Constitución indica que las normas que le contradigan son nulas de pleno derecho.

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

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

1.2 Derecho a la intimidad en la legislación comparada.

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

Tan relevante es la preservación de este derecho que ha sido consignado en el artículo 12 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 10 de Diciembre de 1948, que indica: "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques"¹⁰

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

⁹ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 12

El artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, indica que: "Nadie será objeto que injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación."¹¹

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

1. "Toda persona tiene derecho de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia."

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás."¹²

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en diversas constituciones, tal es el caso de la Constitución de la República de Paraguay que le contiene en el artículo treinta y tres; La Constitución de la República de Honduras lo regula en el artículo setenta y seis.¹³

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 17

¹² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.), Artículo 18

¹³ Constitución Política de Paraguay. Artículos 33 y 76

La Constitución en el artículo veintitrés (23) inciso ocho (8), establece: "El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La Ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona".¹⁴

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

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

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

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

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

¹⁴ Constitución Política de Ecuador. Artículo 23

El habeas data está regulado en el artículo noventa y cuatro (94), de la Constitución Política del Ecuador, que dispone: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos que sobre si misma, o sobre sus bienes, consten en entidades publicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar al funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización..."¹⁵

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

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

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

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

¹⁵ Constitución Política de Ecuador. Artículo 94

- a) "Por la masificación de la cultura: que invade la privacidad y afecta el desarrollo sostenido del hombre como individualidad,
- b) Por la tecnología: computadoras, bancos de datos, sensores remotos..."¹⁶

Estos hechos han llevado al Estado a controlar y vigilar el uso de los instrumentos informáticos. El derecho del público a una información verdadera con la garantía de los poderes públicos, no solo han de poner los medios para que la sociedad pueda informarse por si misma, sino defenderla de todo monopolio de la información, de todo falseamiento de la verdad y de toda presión sobre la opinión pública. Solo con estas garantías y con el respeto de los profesionales de la información a un código moral basado en el respeto a la verdad y a la intimidad de las personas, exigiendo el continuo servicio de estos a las necesidades de la sociedad; la información podrá desarrollar el papel que le corresponde de poner a las personas en una situación progresivamente más perfecta de conocimiento mutuo y de fraternidad universal.¹⁷

1.3. Límites al derecho a la intimidad.

Algunas Constituciones contienen expresamente el derecho a la vida privada, mientras que otras lo contienen de una manera implícita mediante leyes que prohíben lo que constituiría una invasión ilegal de la vida privada. Todos los textos constitucionales muestran la preocupación estatal de resguardar la vida privada al incluir expresiones como "excepto", "salvo en caso de", "con la debida autorización" y otras, para posibilitar la utilización de interceptaciones telefónicas previa autorización judicial.

Algunos de los factores que limitan el derecho a la intimidad son:

- a. Protección de la seguridad nacional;
- b. Protección del orden público, salud y moralidad públicas;
- c. Protección de los derechos y libertades de los demás individuos

¹⁶ Humberto Quiroga Lavié. Lecciones de Derecho Constitucional. (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1989), Pág. 68

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 70

Las interceptaciones son posibles de ejecución por los avances de las técnicas de espionaje, como, por ejemplo, conexiones telefónicas secretas, micrófonos miniaturizados, lentes telescópicas, cámaras de infrarrojos, aparatos que notan las vibraciones de los cristales de las ventanas para oír conversaciones privadas, circuitos cerrados de televisión y computadoras.

Los gobiernos preocupados por la protección del derecho del individuo a la vida privada se enfrentan con dificultades para mantener el equilibrio racional entre la garantía de este derecho y el deber del gobierno de proteger a los ciudadanos de toda clase de secuestros, robos, chantajes, asesinatos, actos terroristas, etc.

Si el derecho a la vida privada, se fuera absoluto, resultaría imposible el procesamiento criminal a consecuencia de la protección a la vida privada.

Hugo Black, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1967) al respecto señala: "En este país se están cometiendo crímenes de atrocidad incalificable y nosotros no podemos permitirnos el prescindir de cualquiera de los métodos como para detectarlos y corregirlos, a no ser que lo prohíba la Constitución o lo desaconseje la actuación legislativa; y una de esas dos cosas creo que ocurra en el caso de las claves secretas."

El tema de la regulación del tratamiento de los datos personales afecta directamente al derecho a la privacidad. La irrupción de la informática y de las nuevas tecnologías en la sociedad ha roto los parámetros que el derecho positivo había ido estructurando en torno a su protección.

Es necesario redefinir este derecho fundamental ya que el tratamiento automatizado de información de carácter personal ha abierto las puertas a innumerables nuevas formas de injerencias en la esfera privada de las personas. Cuando se habla de la "protección de los datos personales" en realidad se está haciendo referencia a la protección de la persona misma.

Los datos personales, considerados como aquellos que permiten identificar a la persona a que pertenecen, se dividen en los que se denominan "sensibles" y los datos "no sensibles".

Se denominan "sensibles" los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual y en general cualquier dato que haga referencia a la ideología, creencias o vicisitudes de una persona.

La preocupación esencial que rodea el tratamiento de estos datos, además de la tutela del derecho a la intimidad, o vida privada, es sin duda, la posibilidad de discriminación, por esto las normas acerca de la protección de los datos personales intentan dar un mayor resguardo a los datos "sensibles" regulando con sumo cuidado su tratamiento.

La utilización de medios electrónicos para el tratamiento de datos ha dejado sin sentido a esta distinción entre datos "sensibles" y "no sensibles", ya que un cibernauta crea cientos de registros digitales diariamente. La informática por su parte generara enormes bancos de datos y las nuevas tecnologías que permiten el cruce de datos en forma instantánea de manera que se podrían reconstruir los detalles más recónditos de la vida de una persona.

Lo que determina la sensibilidad es la forma en que se manipula la información ya que es posible a través de la recolección y comparación de datos "no sensibles" arribar a datos "sensibles" e incluso a la conformación de perfiles psicológicos de las personas.

CAPÍTULO II.

Legitimidad de la autorización de las interceptaciones

Telefónicas.

2.1 Control judicial.

Conforme a lo preceptuado por el artículo 52 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, son competentes para autorizar las interceptaciones telefónicas contenidas en el artículo 48 del mismo cuerpo normativo, los Jueces de Primera Instancia del Ramo Penal. La autorización o su denegatoria deberán materializarse por medio de auto judicial que resuelva la medida solicitada.¹⁸

De acuerdo a la Ley contra la Delincuencia Organizada, en el auto se incluirán adicionalmente a los requisitos del artículo 11 bis del Código Procesal Penal:

- a) La justificación motivada del uso de la medida o de la negativa de autorización.
- b) La definición del hecho que se investiga o pretende evitar o interrumpir.
- c) Los números de teléfonos, frecuencias, direcciones electrónicas u otros, con los datos útiles para delimitar la autorización.
- d) El plazo por el que se autorizará la medida.
- e) Nombres y datos que permitan identificar a la persona o personas afectadas por la medida.
- f) Fecha y hora para la audiencia de recepción del informe de las interceptaciones realizadas.¹⁹

¹⁸ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 11 Bis,

¹⁹ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 53

2.2 Facultad discrecional del juez.

El órgano jurisdiccional ejerce su total control en lo que las medidas de interceptaciones se refiere, su discrecionalidad efectiviza la medida implementada, de allí la necesidad del auto fundado, ya que los derechos constitucionales relativos a la privacidad de la persona no pueden ser objeto de acciones o intromisiones arbitrarias y contrarias al ordenamiento jurídico.

De acuerdo al texto de la Ley contra la Delincuencia Organizada, habrán de atenderse a las condiciones de modo, tiempo y lugar que demuestren por sí mismas la necesidad de la adopción de la medida para los fines investigativos de la comisión u omisión de un potencial delito, su interrupción o prevención.

Los motivos y razones que dan sustento al auto fundado, pueden surgir de varios presupuestos a saber: a) Del propio decisorio, cuando el Juez desarrolla en la misma resolución la argumentación en la que fundamenta la medida; b) Como consecuencia de otra pieza procesal a la cual el auto se remita y de la que surjan con claridad los fundamentos que justifiquen la autorización de la medida o su denegatoria y c) De las constancias procesales que determinen de forma indubitable la necesidad de autorizar las interceptaciones, es decir, que la autorización sea una consecuencia lógica de pruebas colectadas con anterioridad, de donde tales medidas se constituyan un ejercicio racional y mesurado de poder que no afecten disposiciones de rango constitucional que protegen el ámbito privado.

De acuerdo a la doctrina un auto carente de motivación y fundamentación implica un defecto absoluto de forma que conlleva a la nulidad de todo el proceso. Por tanto los elementos valorativos para motivar la adopción de las medidas especiales de interceptaciones, deben ser estrictamente conducentes para lograr descubrir la verdad en el caso concreto.

Es limitante de la motivación del auto resolutivo la convicción del Juez en lo que a fundamentos refiere. Esa convicción surge de la facultad discrecional valorada "ex ante" del Juez, y de la existencia de elementos concretos que de modo razonable justifiquen la medida que se adopte.

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

Los únicos fundamentos que sirven al Juzgador devienen de los elementos que sean formadores de su íntima convicción. Al autorizar las medidas especiales de interceptaciones el Juzgador debe separar la valoración subjetiva de los hechos y de manera que sean los elementos objetivos los que influyan en su fallo, por tanto el auto puede o no autorizar las medidas.

Dentro del texto de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, cabe preguntarse ¿cuáles serían los elementos a tener en cuenta por el juzgador para que se represente su íntima convicción? Al respecto el artículo 51 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, señala exclusivamente la necesidad e idoneidad de la medida, lo cual contrario a lo expuesto en párrafos anteriores deja margen a la valoración subjetiva de los hechos para lograr la íntima convicción.²⁰

La motivación de los autos tiene como finalidad ejercer control de la coacción estatal en materia de política criminal, evitar la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales por medio la adopción de procedimientos específicos basados en las normas vigentes de manera que sean resguardadas las garantías de secretividad y de inviolabilidad de las comunicaciones, consagradas en Constitución Política de la

²⁰ Congreso de la República, Decreto 21-2006 ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 51

República de Guatemala en el artículo 24²¹; por la Convención Americana de los Derechos del Hombre artículo 11 numeral 2° y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 17 numeral 1°.

2.3 Principios procesales y doctrinarios para decretar las interceptaciones telefónicas o escuchas telefónicas.

El Código Procesal Penal, incluía en el artículo 205,²² la posibilidad de controlar y grabar las comunicaciones telefónicas y otras similares, habiéndose derogado por declaratoria de inconstitucional, sin embargo el artículo 52 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, recoge la posibilidad de que el Juez acuerde la interceptación con la consecuente, grabación y reproducción de las comunicaciones.²³

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

Como un paliativo a la arbitrariedad del Estado concretada por el legislador, en el cuerpo normativo objeto del presente estudio, entre líneas se propone:

- Que sea efectiva la limitación de la ingerencia Estatal en la intimidad de la persona a realizarse a través de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilicen el espectro electromagnético, por

²¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 24

²² Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 205

²³ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 52

la previsión legal de los delitos *numerus clausus*, en los cuales es factible la aplicación de las medidas especiales de interceptaciones.

- Al considerarse dentro del presupuesto legal que debe establecerse la necesidad de las medidas especiales de investigación, se pretende proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral y, en definitiva, los derechos y libertades de los demás, en contravención de los derechos de personas determinadas.

- Definitivamente no basta con la existencia de una necesidad de prevención, interrupción o investigación de un delito, además debe demostrarse que la medida es idónea y proporcional a la ingerencia estatal.

En el ámbito doctrinal (Ruiz, 1996: 553-554) señala que: “se han venido señalando los principios generales que deben fundamentar cualquier injerencia constitucionalmente válida en los derechos fundamentales, los cuales son: Legalidad, motivación, necesidad, utilidad e idoneidad, proporcionalidad”.

2.3.1 Principio de legalidad.

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

2.3.2 Principio de motivación o fundamentación.

Este principio tiene su origen en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.²⁴ Que es un derecho complejo en virtud de que incluye o asimila a otros como el libre acceso a los tribunales, el derecho a obtener una resolución con motivación suficiente para garantizar a su vez el derecho de defensa.

Esta exigencia legal implica que las resoluciones especifiquen de forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, o sea que estén motivadas en forma suficiente de manera que se ponga de manifiesto el proceso lógico jurídico que ha conducido al fallo.

La fundamentación de la medida cumple una doble función de proporcionalidad y de motivación pues implica la necesidad de que exista proporción entre la ingerencia en la vida privada que esa clase de mecanismos supone y la finalidad que se pretende con ella.

Motivar o fundamentar implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen, determinando a la vez las causas que fundan el decisorio exponiendo los fundamentos fácticos y jurídicos que le sustentan.

La ley Procesal establece el deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones como garantía esencial del justiciable, vinculada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que hace factible que se planteen el conjunto de recursos permitidos por ella ley, con el objetivo de que los Tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la impugnación.²⁵

Dicho de otra forma una de las funciones de la motivación del auto es evidenciar si la adopción de la medida de interceptación guarda proporcionalidad con el fin

²⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República. (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 12

²⁵ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 11 Bis.

perseguido, lo que implica el desarrollo lógico de un juicio de proporciones que oscilan entre la conculcación del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción.

Por ello cuando se habla de la discrecionalidad del Juez, se hace alusión a la facultad de determinar si se autoriza o no la medida solicitada. Debiendo para el efecto considerar si en el caso específico no existen otros medios alternativos de investigación²⁶ y descartándola cuando sea previsible su escaso éxito, porque en la ejecución de las interceptaciones se desvirtúa la presunción de inocencia, ante la expectativa de las llamadas pruebas indiciarias.

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

El Juez que recibe la solicitud de interceptar un teléfono o cualquier otro medio de comunicación que utilice el espectro electromagnético, luego de analizarla detalladamente en su alcance, en ejercicio de su competencia, puede aceptarla o rechazarla.

Si la acepta no deberá repetir en su resolución los razonamientos fácticos que los fiscales del Ministerio Público, como requirentes le expongan, sino referirse a ellos en forma general de manera que exista congruencia entre la solicitud y el auto que la resuelva.

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

²⁶ *Ibíd.* Artículo 264 Bis.

2.3.3 Principio de necesidad, utilidad e idoneidad.

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

2.3.4 Principio de proporcionalidad.

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

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

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

2.3.5 Principio de exclusividad jurisdiccional.

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

2.3.6 Principio de exclusividad probatoria.

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

2.3.7 Principio de excepcionalidad.

Las interceptaciones como medidas especiales solo podrán adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y cause menores daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.²⁷

2.3.8 Principio de limitación temporal.

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

²⁷ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 264

Aunque la ley no lo indica debe entenderse que en el caso de que se acuerde la prórroga de las interceptaciones, ha de hacerse mediante un auto judicial que cumpla con los requisitos formales del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal²⁸ y además los contenidos en el artículo 53 de la “Ley”. En síntesis que la resolución motivada y fundamentada, se redacte en forma independiente a la expresada en el auto inicial de las medidas.²⁹

De acuerdo al artículo 67 de la Ley, corresponde al Fiscal encargado del caso dar aviso al Juez competente de la conclusión de las interceptaciones de comunicaciones, para lo cual levantará un acta y le rendirá un informe sobre el desarrollo de las mismas.³⁰

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

2.3.9 Principio de especialidad del hecho delictivo.

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

²⁸ Ibíd. Artículo 11Bis.

²⁹ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 53

³⁰ Ibíd. Artículo 67

2.3.10 Principio de limitación subjetiva.

La medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles de las personas que de acuerdo a los indicios se encuentren implicados o sean utilizados en la comisión del delito, ya sea por los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. En el caso de interceptaciones telefónicas, deberán indicarse el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser interceptadas, reproducidas y grabadas. En similar forma se hará con las interceptaciones de correos electrónicos en las que habrá de indicarse sus direcciones, y en caso de las interceptaciones de radios o radioteléfonos se indicarán las frecuencias o bandas a intervenir ya que la medida deberá ser muy específica.

Lo particular de las medidas especiales, es que pueden afectar a personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal³¹, aunque no se encuentren procesadas o inculpadas de ningún delito.

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

2.3.11 Principio de limitación objetiva.

Este principio dispone la previa existencia de indicios de la comisión de delito, lo que difiere de las simples sospechas o conjeturas, ya que deben existir elementos de convicción o la noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las interceptaciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la

³¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 14.

pertinente ampliación de los motivos que el Juez estime conveniente. Presupone un juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya limitación se autoriza.

Se concluye que las exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y validez de las interceptaciones contenidas en la Ley contra la Delincuencia Organizada, requiere la existencia previa de indicios racionales de la comisión de un delito o para su descubrimiento, ya que su constatación se efectúa en la fase preparatoria o de investigación anterior al juicio oral.³²

Como se apuntó anteriormente para implementar las medidas especiales de interceptaciones contenidas en la Ley contra la Delincuencia Organizada, no puede exigirse la certeza en la comisión del delito o de la intervención de determinada persona, porque en tal caso no serían necesarias tales medidas.

2.3.12 Principio de procedibilidad.

Este principio señala la necesidad de existencia previa de un procedimiento de investigación penal que conlleve a la solicitud y autorización de las interceptaciones de las comunicaciones, es decir que no podrán autorizarse en forma inversa las intervenciones de los medios de comunicación sin que exista proceso alguno de investigación. De manera que las interceptaciones no pueden incluirse dentro de las diligencias indeterminadas ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por Juez competente.³³

³² Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 17

³³ *Ibíd.* Artículo 43

2.3.13 Principio de control judicial.

Con anterioridad se trató el punto referente al control judicial, considerado éste como un principio procesal para implementar las interceptaciones, debe entenderse como la facultad de autorizar las medidas, la obligación de verificar el desarrollo de las mismas con apego irrestricto a las normas y la determinación del cese de la medida de interceptación, de lo que se inferirse que el control judicial no se limita al momento de ordenar la medida, debe mantenerse rigurosamente durante su desarrollo en garantía de los derechos constitucionales, del afectado quien desconoce la medida adoptada contra él, y no puede impugnarla.

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

Es importante que los agentes que practican las interceptaciones remitan al Juez en su totalidad los originales de las cintas grabadas, documentos reproducidos u otros, pues no les compete seleccionar o desechar conversaciones, ya que esto se constituiría en alteración de la prueba y conllevaría a su nulidad.

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

En su resolución el Juez determinará la procedencia de la medida, por resolución fundada, y señalará en forma expresa la fecha en que debe cesar la interceptación, la

cual no puede durar más de treinta días, pero pueden ser prorrogadas de conformidad con la Ley³⁴.

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

2.4 Efectos del auto sin fundamentación de la medida de interceptación telefónica.

Ante la eventualidad de que el auto que la autoriza las medidas especiales de interceptación, careciera de la debida fundamentación exigida por las leyes procesales, constituiría un defecto absoluto de forma que conllevaría a la nulidad de lo actuado y consecuentemente los hallazgos encontrados y las pruebas obtenidas por medio de las interceptaciones serían nulas de pleno derecho y no tendrían valor probatorio en el juicio penal.³⁵

³⁴ *Ibíd.* Artículo 13

³⁵ *Ibíd.* Artículo 53

CAPÍTULO III.

Procedimiento para ejecutar las medidas especiales de interceptaciones o escuchas telefónicas.

3.1 Órgano facultado para solicitar las interceptaciones.

El artículo 48 de la Ley contra la Delincuencia Organizada, indica: ...podrá interceptarse, grabarse, reproducirse, con autorización judicial, comunicaciones...³⁶ por disposición de la Ley, los únicos que pueden requerir la autorización del Juez, para ejecutar las interceptaciones son los fiscales del Ministerio Público.

El Ministerio Público en ejercicio del mandato constitucional debe velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, actúa como un órgano auxiliar de la administración de justicia. Razón por la que le compete el ejercicio de la acción pública en representación de la sociedad. Algunos autores definen la acción pública como un sinónimo de acción penal.

Como señala Osorio “Acción penal es la que se ejercita para establecer la responsabilidad criminal y en su caso la civil, ocasionada por la comisión de un delito o falta.”³⁷

En virtud de la importancia de la función que realiza el Ministerio Público a través de sus fiscales, en cuanto al procedimiento preparatorio y a la investigación de los hechos ilícitos, cuando solicite al Juez, las medidas especiales de interceptaciones, ya sea para evitar, interrumpir o investigar la comisión de delitos, deberá por medio de escrito fundamentar sus requerimientos, con expresión clara y concisa que incluya los requisitos que señala para el efecto la Ley³⁸, aunque excepcionalmente está permitido que presente la solicitud en forma verbal cuando corra peligro la vida de o la libertad de una persona.

³⁶ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

³⁷ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000), Pág. 38

³⁸ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 50

Los requisitos de la solicitud se derivan de las investigaciones previas que se encuentre realizando el Ministerio Público en relación a actos ilícitos, de manera que como se apuntó con anterioridad deben existir elementos fácticos determinantes o situaciones indiciarias que presupongan la necesidad de ejecutar las medidas especiales de interceptaciones, por tanto en la solicitud debe hacerse referencia al hecho que se investiga, señalando los delitos en que se encuadra.

Como las medidas especiales colisionan derechos fundamentales no pueden ejecutarse indiscriminadamente, por lo que es necesario que se limiten al máximo con la indicación de los números telefónicos, frecuencias, direcciones electrónicas etc., que se pretenda interceptar, grabar o reproducir, en caso que se disponga de los nombres reales o ficticios de las personas sobre las cuales recaerán las medidas también debe hacerse la indicación.

Para justificar al juez la necesidad e idoneidad de la medida debe describirse las diligencias y medios de investigación que hasta el momento se hayan realizado, de manera que se persuada al Juzgador que las interceptaciones resultan el único medio eficaz para obtener los elementos de investigación que le permitan cumplir con su función de combate del crimen organizado.

Si la solicitud de autorización de medidas presentada ante el Juez, no cumple con los requerimientos de la Ley contra la Delincuencia Organizada, el Juez previo a resolver debe notificarle las deficiencias al fiscal quien tiene la posibilidad de subsanar las mismas en un plazo de veinticuatro horas. Si no cumple con lo que se le indica, entonces se dictará un auto denegando las medidas.³⁹

³⁹ *Ibíd.* Artículo 51

3.2 Las pruebas indiciarias como elemento para demostrar la necesidad de autorización de las interceptaciones.

Como se ha venido manifestando, las interceptaciones son medios especiales de investigación ante los cuales el sujeto que las sufre se encuentra indefenso y en total ignorancia de los mecanismos que posteriormente pueden utilizarse en su contra, es por ello que el artículo 51 de la Ley, a manera de limitar su aplicación considera que el Ministerio Público a través de sus fiscales puede solicitar las interceptaciones cuando las investigaciones efectuadas previamente demuestren que en los delitos cometidos por grupos delictivos organizados se emplean medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético⁴⁰.

La necesidad que fundamenta el empleo de las medidas especiales surge desde este presupuesto en cuanto a la existencia de información preliminar, la cual sin ser prueba contundente para utilizarse dentro del juicio, y que constituye prueba indiciaria de la comisión o conspiración para cometer hechos ilícitos; la idoneidad se deriva de la eficacia que representa la implementación de las interceptaciones para obtener los elementos de investigación que permitan cumplir con los objetivos de la Ley (evitar, interrumpir o investigar hechos delictivos cometidos por la delincuencia organizada).

La prueba indiciaria resulta una condicionante de la solicitud de autorización de las interceptaciones, y debe diferenciarse claramente entre ella y la simple sospecha de comisión de hechos delictivos.

“En el procedimiento criminal se llaman indicios, y también presunciones, las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito pueden razonablemente fundar una opinión sobre hechos determinados. Así pues, el indicio constituye un medio probatorio conocido como “prueba indiciaria”. Puede decirse que generalmente los indicios abren el camino a la investigación de los delitos... Tienen, por

⁴⁰ Ibíd. Artículo 50, literales a y d.

lo tanto un extraordinario valor en criminalística, y, unidos a otras pruebas, sirven al juzgador para establecer un juicio definitivo”⁴¹(Ossorio, 1996:508).

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

En nuestro ordenamiento jurídico penal las pruebas indiciarias o presunciones no bastan para obtener una sentencia condenatoria, ya que la valoración de los elementos probatorios se efectúa con base en la sana crítica razonada⁴², que es el resultado de la convicción del juzgador a través del análisis objetivo de los medios de prueba incorporados lícitamente al proceso que le permiten el razonamiento lógico que conlleva a la emisión del juicio condenatorio o no, de allí la imperatividad de obtener pruebas contundentes fundadas en hechos reales y probados que permitan al juzgador llegar al conocimiento de la verdad de los hechos y que determinen sin lugar a dudas la culpabilidad del imputado.

Francisco Pastor Alcoy, en su libro *Pruebas de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia* sistematiza las clasificaciones tradicionales de los indicios propuestas por los autores Climent Durán y Mittermaier, de acuerdo a sus propias consideraciones con el objeto de ayudar al jurista a activar su imaginación en la búsqueda de probables indicios en los que no había inicialmente reparado, y ello lo hace de la siguiente forma: A) Por su relación temporal con el delito. B) Por su ámbito

⁴¹ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. (Buenos Aires: editorial Heliasta, 2000), Pág. 508

⁴² Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal. (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículos 181 y 186

de aplicación. C) Por la intensidad de su conexión. D) Por su origen normativo. E) Por la prueba de la que proceden. F) Por el hecho demostrado. G) Por su inferencia.⁴³

Sintetizando la clasificación de indicios propuesta por Francisco Pastor Alcoy, se puede atender a las siguientes consideraciones.

3.3 Los indicios por su relación temporal con el delito.

Se clasifican en: Anteriores al delito, concomitantes al delito o posteriores al delito, en el primer caso se refiere a los hechos preparatorios que hacen presumible la comisión de hechos ilícitos como por ejemplo: La adquisición de armas, amenazas, etc. Los concomitantes son los que se producen simultáneamente a la ejecución material del delito, como la presencia del sospechoso en el lugar de los hechos. Posteriores son aquellos que ocurren luego de la perpetración del ilícito como amenazas a los testigos. Ninguno de estos indicios por sí mismos pueden constituir elemento de prueba suficiente para demostrar la culpabilidad de una persona, porque pueden atribuirse a circunstancias casuales o coincidencias.

3.3.1 Los indicios por su ámbito de aplicación.

Se clasifican en: Generales (que aparecen en todos los delitos) y particulares que aparecen solo en determinados delitos como las manchas de sangre y cascabillos de arma de fuego en los asesinatos cometidos por este medio.⁴⁴

3.3.2 Los indicios por la intensidad de su conexión.

Se clasifican en próximos o remotos. Los próximos se encuentran directamente conectados al delito y los remotos resultan de probabilidades o suposiciones que pueden ser producto de meras confusiones.⁴⁵

⁴³ Francisco Pastor Alcoy. *Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presunción de Inocencia*. (España: Editorial Titant lo Blanch, 2003), Pág. 89

⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 90

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 90

3.3.3 Los indicios por su origen normativo.

Se clasifican en: Indicios legales y no legales, en cuanto a si se encuentran o no considerados en forma expresa como tales dentro de un presupuesto normativo.⁴⁶

3.3.4 Los indicios por la prueba de la que proceden.

Desde ésta perspectiva, el hecho que sirve de base a los indicios procede de cualquier medio probatorio válido, es decir de declaración de testigos, documentos, etc.⁴⁷

3.3.5 Los indicios por el hecho demostrado.

Se clasifican en: Elementos objetivos y elementos subjetivos. Los primeros son hechos o actos realizados por manifestación externa y los segundos son circunstancias personales puestas de manifiesto a través de la expresión de sentimientos como las amenazas por ejemplo.⁴⁸

3.3.6 Los indicios por su grado de inferencia.

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

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 91

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 91

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 92

3.4 Órgano facultado para realizar las interceptaciones.

El artículo 112 del Código Procesal Penal, indica que la Policía Nacional Civil es un órgano auxiliar del Ministerio Público y que para el efecto de realizar labores de investigación en el procedimiento preparatorio, debe actuar en subordinadamente.⁴⁹

En el caso específico de la ejecución de las medidas de interceptaciones la Ley supone que este auxiliar posea un grupo técnico especializado para tales funciones (ingenieros en sistemas, técnicos electrónicos, etc.), y siendo el caso que actualmente no existe personal con las características indicadas debe previamente capacitar a un grupo especial, quienes además de los conocimientos antes indicados deberá dominar en cierta medida las leyes, pues en caso contrario se correría el riesgo de que actuarán con infracción a las mismas.

3.5 De la forma de ejecución de las medidas especiales.

En atención a las funciones del Ministerio Público, aunque específicamente no lo señala la Ley, se deben monitorear los procedimientos de interceptaciones, para verificar que se realicen con apego a la misma, pues en caso contrario no servirían como prueba en juicio los elementos obtenidos por este medio.

Resulta obligatorio la colaboración de las empresas que utilizan el espectro electromagnético, en el proceso de ejecución de las medidas, de manera que queda en palabras la llamada “declaratoria de privacidad” que proponen los operadores de servicios de internet, ya que todas las empresas tienen obligación de prestar sus equipos como terminales de consulta para desarrollar las interceptaciones de los servicios que prestan.⁵⁰

Las medidas especiales se delimitan en cuanto a tiempo y medios interceptados, solo pueden afectar a las personas que especifique el auto que las autoriza y nunca podrán extenderse a las personas con las que estas se vinculen. Es precisamente para

⁴⁹ Congreso de la República, Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 112

⁵⁰ Congreso de la República, Decreto 94-96 Ley General de Telecomunicaciones (Librería Jurídica, 2007), Artículo 52

evitar este tipo de intromisiones que el Juez debe supervisar periódicamente o por lo menos una vez dentro del período autorizado el desarrollo de las medidas.

Existe una cadena de información en cuanto al desarrollo de las medidas, de los técnicos de la Policía Nacional Civil a los Fiscales del Ministerio Público y de éstos al Juez contralor.

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

3.6 Los hallazgos inevitables.

Las incidencias en el desarrollo de las interceptaciones, se refieren a los hallazgos inevitables, como consecuencia de la ejecución de las medidas especiales para investigar un delito, implican la posibilidad de que se conozca en forma casual la comisión o conspiración para cometer otro ilícito distinto al investigado, por tal razón doctrinariamente se les denomina “descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales”,⁵¹ refiriéndose al apareamiento de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial autorizante de las medidas.

En hallazgos posibilitan la obtención de autorización de nuevas medidas de interceptación, y no podrán utilizarse como medios de prueba, por tanto se consideran únicamente indicios. Pueden o no tener relación con la actividad criminal investigada, ser delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, o tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes.

El hallazgo inevitable sólo puede ser utilizado como mera *notitia criminis*; pues no tendría fundamentación en el auto que previamente autorizó las interceptaciones,

⁵¹ Congreso de la República, Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada, (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 59

por lo que es imperativo que se haga del conocimiento del Juez, y que además se solicite la autorización para investigar los nuevos hechos.

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

3.7 De los registros de las interceptaciones y otras consideraciones.

No tendría objeto efectuar grabaciones, reproducciones o incluso interceptar informaciones transmitidas a través de los medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, si los elementos obtenidos no pudiesen guardarse de manera tal que sirvieran como prueba dentro de un proceso penal.⁵²

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

Se encuentra normado que previo a registrar la información obtenida a través de las medidas especiales, el fiscal y sus investigadores deben levantar un acta detallada de la transcripción de las grabaciones. Sin embargo ésta transcripción adolece de vicios, pues, la Ley indica que se transcriben los hechos útiles y relevantes para comprobar o aportar evidencias del hecho punible y que cualquier información personal o íntima debe excluirse⁵³, pero, ¿Quién decide qué elementos son útiles y cuáles no? ¿Qué ocurriría si por ejemplo una comunicación no transcrita contuviera elementos que exculparan al afectado por las medidas?

En forma específica la Ley no le confiere valor probatorio a las transcripciones, los únicos medios de prueba son las grabaciones o resultados directos de las

⁵² *Ibíd.* Artículo 64

⁵³ *Ibíd.* Artículo 65

interceptaciones a los que denomina “registros”, luego ¿Cómo se excluirá en el juicio oral la información personal o íntima del sujeto sin alterar la evidencia? Existe una disyuntiva en el caso del registro que contiene asuntos personales y elementos que se consideren inculpatórios, interrumpir la reproducción de un registro equivale a alterar las evidencias y reproducir las intimidades de la persona es violatorio de los derechos constitucionales y de los derechos que la Ley le atribuye al sujeto.

Por otro lado ¿qué función tienen en el proceso de investigación las transcripciones? Si se indica que: “sirven de guía para una correcta comprensión de las interceptaciones”, pero, el término comprensión, se refiere a la facultad de encontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro⁵⁴, entonces la transcripción de esta forma propuesta lleva implícita la explicación desde la perspectiva del transcriptor, de las ideas que el emisor y el receptor querían comunicar, como si existiera un código universal por medio del cual se transmitieran los mensajes, la Semiología enseña que un mismo concepto posee significancia connotativa y denotativa, ¿a cuál significado se atenderá? ¿Cómo saber a qué uso se aplica un término? Y, luego ¿cómo entenderlo o comprenderlo dentro del contexto de una serie de ideas sin que resulten inferencias personales y subjetivas de quien interpreta y transcribe el mensaje para que sirva de guía de comprensión?

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

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

⁵⁴ Diccionario Enciclopédico Ilustrado (Madrid: Editorial Sopena, 1978), Pág. 1057

Hipotéticamente hablando, si en un caso concreto se cumplieron todos los presupuestos legales para viabilizar la utilización de los registros de las interceptaciones como medios de prueba en contra de persona determinada, ésta persona sólo puede acceder a los mismos luego de su primera declaración, es decir, es citado y oído, pero, sin el conocimiento previo del contenido de ellos, ¿cómo podrá entonces justificar lo que consta en las comunicaciones, o esclarecer su contenido?

Resulta incomprensible, que se permita a un tercero desarrollar una guía de comprensión de los mensajes, pero a su autor o receptor se le niegue esa posibilidad de explicación antes de declarar sobre el contenido de los registros y que adicionalmente éstos sean considerados como medios de prueba en su contra.

Debe considerarse también el caso del sujeto que sufre interceptaciones y que jamás tendrá conocimiento de ello porque en los registros no se obtuvieron los elementos de prueba necesarios para procesarle o porque como resultado de las medidas se estableció que no tiene ninguna vinculación con el hecho investigado, acaso ¿él jamás podrá hacer reclamaciones en cuanto a la privacidad de sus comunicaciones?, sin embargo ello no significa que las mismas no se hayan realizado.

Y ¿qué ocurrirá si los asuntos íntimos de quien sufre las medidas especiales de investigación trascienden la esfera de la secretividad, sea o no que se le inculpe de un ilícito? ¿Sobre quién recae la responsabilidad del daño moral o patrimonial que la afectada sufra? La ley señala la responsabilidad penal en que incurre el funcionario o empleado público que realiza las medidas especiales en caso de divulgación o uso indebido de los registros e incluso le impone sanciones específicas, pero no se pronuncia en cuanto a la acción civil reparadora por los daños indicados, eventualmente puede presumirse que la reclamación recaerá en el Estado, ya que es en el ejercicio del *ius puniendi*, que se posibilitan las interceptaciones.

3.8 Cadena de custodia, conservación de registros y destrucción de archivos.

En todo proceso penal es necesario verificar la efectiva cadena de custodia de los medios de prueba que han de diligenciarse dentro del juicio oral. Es decir no basta con obtener por medio de las interceptaciones elementos para acusar dentro del juicio, es necesario que los mismos sean preservados intactos e inalterados para que puedan ser objeto de valoración a la hora de dictar sentencia.⁵⁵

El Licenciado Arkel Benítez Mendizábal, en su libro *La escena del Crimen* señala que: la cadena de custodia y la cadena de conservación de la evidencia son elementos coetáneos y consubstanciales, dependiendo del ámbito temporal dentro del cual se encuentre el objeto.

Al respecto, es de considerar entonces el mecanismo de conservación y traslado de las evidencias obtenidas, para que las mismas sirvan como elementos de prueba.

La Ley contra la Delincuencia Organizada, regula como procedimiento de la cadena de custodia de las interceptaciones que: “Los documentos, objetos, cintas y cualquier otro registro deben numerarse en original y duplicado de forma progresiva...”⁵⁶, numerar el original es comprensible, pero duplicar significa reproducir mediante algún mecanismo de forma idéntica el elemento original, si se trata de documentos o cintas, no hay objeción, pero ¿cómo un objeto puede duplicarse como se indica para luego ser numerado?.

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

⁵⁵ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 69

⁵⁶ *Ibíd.* Artículo 68

presumirse que las evidencias se embalan y desembalan circunstancialmente, por ejemplo para efectuar el cotejo de voces.

Independientemente que los elementos obtenidos por medio de las interceptaciones, se utilicen dentro de un proceso penal o surtan los efectos esperados, deben guardarse hasta un año después de finalizada la persecución penal o que se haya ejecutoriado la sentencia, y solo pueden ser destruidos bajo la supervisión judicial. ¿Qué tipo de archivo se creará para tal efecto?

CAPÍTULO IV.

La escucha telefónica como medio de prueba en el proceso penal.

4.1 Limitación de los derechos fundamentales en la investigación penal.

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

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

Se trata aquí de políticas criminales preventivas o de medidas precautorias para garantizar los resultados de un proceso, las que en su inicio parecen contrariar la presunción de inocencia del sujeto. Es usual por ejemplo que se observen puestos de inspección y registro, en los cuales elementos de la Policía Nacional Civil, detienen a los conductores de vehículos, les piden documentos de identificación y en determinados casos revisan el interior de los automotores sin que exista una orden expresa para el efecto, parecería en tales situaciones que las acciones de la autoridad

colisionan con el derecho a la libre locomoción, la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona, sin embargo por cuestiones de política criminal, son limitaciones a los derechos socialmente aceptadas. Y, como resultado de tales medidas se ha logrado el incautamiento de drogas, detención de prófugos de la justicia, etc.

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

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

A manera de ejemplificar los argumentos antes expuestos, puede citarse el artículo 24 de la Constitución,⁵⁷ que regula el derecho a la intimidad en cuanto a señalar la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, y que limita tal derecho, en cuanto a que los anteriores medios de comunicación pueden “revisarse o incautarse” en virtud de orden escrita de juez. Sin embargo dentro del mismo precepto no se limita el secreto de las comunicaciones telefónicas y de otros productos de la tecnología moderna. Pero, ¿Cómo debe resolver el Juez ante la solicitud de las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación que utilizan el espectro electromagnético, considerados medios especiales de investigación permitidos por el

⁵⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 24

artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada?⁵⁸ Al juzgador le compete la aplicación de la Ley, es su obligación, el contenido de la misma no es producto de su creación, ¿qué hará al momento de resolver en relación a una medida? El caso es que a él debe aplicar el derecho vigente y no puede declarar la inconstitucionalidad de una norma.

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

Luego de tales consideraciones se debe entonces resolver el problema de la licitud de la prueba obtenida a través de medidas restrictivas de derechos fundamentales que no se encuentran limitados en el texto constitucional. Al respecto el artículo 186 del Código Procesal Penal que establece: “Todo elemento de prueba para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este Código.”⁵⁹

Asumiendo que en un proceso de investigación se lleguen a obtener elementos o medios de prueba suficientes para el procesamiento y enjuiciamiento penal de uno o varios sujetos vinculados con el crimen organizado transnacional, por ejemplo, que de una comunicación telefónica se obtenga información sobre un cargamento de droga, se haga un operativo por medio del cual se incaute tal cargamento y se capturen a los implicados. ¿Qué ocurrirá al momento de valoración de la prueba? ¿Cómo deberá

⁵⁸ Congreso de la República, Decreto 21-2006. Ley contra la Delincuencia Organizada. (Guatemala: librería Jurídica, 2007), Artículo 48

⁵⁹ Congreso de la República. Decreto 51-92 Código Procesal Penal (Guatemala: Librería Jurídica, 2006), Artículo 186

resolver el Tribunal, a la luz de las evidencias o al amparo del texto constitucional que protege la secretividad de las comunicaciones? Sería un lamentable e infructuoso gasto de recursos materiales y humanos, implementar medidas de interceptaciones y que luego los medios de prueba obtenidos no se valoren al momento de dictar sentencia por ser inconstitucionales, no puede a la presente fecha apuntarse el sentido en que se pronunciará un Tribunal, porque no hay un proceso concluido en el que se utilizaran medios de prueba como los sugeridos, únicamente se hacen presunciones en cuanto a los elementos de juicio a considerar.

4.2 Consideraciones doctrinarias sobre la nulidad de la prueba obtenida por medio de las interceptaciones.

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

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

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

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

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

Mientras el artículo 48 de la Ley continúe vigente,⁶⁰ el derecho al debido proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 12 de la Constitución,⁶¹ supone únicamente la nulidad de aquellas actuaciones que tengan su origen en una medida ilegítima o irregular. Es decir que falte algunos de los principios procesales, o se cumplan en forma defectuosa, de manera que constituyan vicios del procedimiento tanto los actos como las pruebas que tengan su origen en las medidas.

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

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

⁶⁰ Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 48

⁶¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República (Guatemala: Tipografía Nacional, 1985-1986), Artículo 12

En la Ley se diferencian tres momentos de desarrollo de las medidas especiales: La decisión judicial⁶² de autorizar las interceptaciones de las comunicaciones, la ejecución policial de dicha autorización con la supervisión del fiscal a cargo de la investigación, y la incorporación a las actuaciones de su resultado.

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

4.3 La escucha telefónica como actividad procesal defectuosa.

Los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Código Procesal Penal, no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella. (generar cita del Arto. 281 del CPP.) Es decir que los actos probatorios cumplidos con inobservancia de las formas procesales son nulos.

La prueba ilícita no es ni más ni menos que una actividad procesal defectuosa. El reclamo de subsanación de una actividad procesal defectuosa, exige a la parte agraviada describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución que corresponda. Ahora bien, si por las circunstancias hubiere sido imposible advertir en el momento el defecto, la parte deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo. Pero, para los efectos del presente trabajo, es importante destacar que la escucha telefónica, que puede ser reclamada de actividad procesal defectuosa, ha de ser una que por su trascendencia, se considere que violenta garantías constitucionales u otros derechos nacidos en tratados ratificados por el Estado. (cita Arto. 283) En ese sentido, la actividad procesal defectuosa que entraña la escucha telefónica constituye

⁶² Congreso de la República. Decreto 21-2006 Ley contra la Delincuencia Organizada (Guatemala: Librería Jurídica, 2007), Artículo 57

un defecto absoluto de anulación formal porque impacta garantías constitucionales. Por ejemplo si lo escuchado en la conferencia telefónica, es el resultado de una manipulación o impostación, creada por circunstancias que derivan de una extorsión o amenazas padecidas por el imputado, se estará en condiciones de advertir la existencia de un defecto absoluto de anulación formal; porque se habrían violado garantías del procesado de carácter constitucional. Lo anterior me permite afirmar que las violaciones de garantías constitucionales en los actos que rodean a la escucha telefónica, la hacen nula de pleno derecho.

Debe recordarse que de acuerdo a la ley, en estos casos, no será necesaria la protesta previa y los defectos podrán ser advertidos aún de oficio. El acto es nulo y por ende ineficaz de conformidad con la ley del Organismo Judicial. (cita Arto. 4).

La regla de exclusión es propia de los sistemas acusatorios de raigambre anglosajona, busca disuadir a las autoridades de la investigación penal, policías y Ministerio Público, para que sus actos no violen las garantías constitucionales y protejan la integridad del sistema judicial.

Investigación de campo.

Estudio técnico.

El estudio técnico no puede ser realizado a cabalidad porque el tamaño de la unidad del Ministerio Público y del Ministerio de Gobernación que implementarán los métodos especiales de investigación, dependen del financiamiento asignado por el Estado en su presupuesto nacional.

Como ya se indicó, la Ley Contra la Delincuencia Organizada no tiene presupuesto asignado en el año 2006 y al no haberse aprobado el presupuesto asignado para el año 2007, sigue vigente el presupuesto que no le asigna fondos, por lo que es probable que en esta etapa se realice una estructura petit tanto por el Ministerio de Gobernación como por el Ministerio Público.

La localización de estas unidades se define en la ley a cargo del Ministerio Público en su coordinación y hasta donde se ha manifestado el Fiscal General, tiene pendiente de la asignación presupuestaria la creación de una Agencia Fiscal que coordine la aplicación de los métodos especiales de investigación. Los perfiles, selección y ascensos, por ley se comparten con el Consejo del Ministerio Público, y hasta la fecha no se ha convocado la creación de plazas por falta de fondos, para pagar a los miembros de la Unidad a ser conformada.

En igual circunstancia se encuentra la Unidad Especial a ser creada en el Ministerio de Gobernación a cargo de la Dirección General de la Policía Nacional Civil. Estas plazas por ser de especialistas requieren pasar por la Academia de la Policía Nacional Civil para obtener grados estratégicos. La institución debe crear una unidad especial de acuerdo a lo estipulado en la ley

El equipo para realizar el trabajo de las escuchas telefónicas es diverso, vehículos, medios de comunicación, asesoría legal, capacitaciones técnicas etc. La producción del trabajo realizado será intangible mientras no se obtenga una condena,

entonces se podrá cuantificar el costo operativo de las interceptaciones o escuchas telefónicas a lo que habrá de adicionarse el costo de la capacitación de personal y costo de mantenimiento del método.

Al ser métodos extraordinarios de investigación debe determinarse que siendo necesario y probable a través del mismo lograr la obtención de información, exista confidencialidad y celeridad tanto en su autorización, como en el logro de los objetivos de implementarlo.

Los gastos en que se puede incurrir al implementar un método especial de interceptación o escucha telefónica pueden variar y dependerán del caso específico, lo que puede anticiparse es que las escuchas se pueden autorizar por períodos de un mes cada vez, en una o más líneas telefónicas.

Estudio administrativo legal.

El Ministerio Público tiene creación constitucional ⁶³ y su rol en el sistema de justicia se especifica de la forma siguiente: “El Ministerio Público es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Su organización y funcionamiento se regirá por su ley orgánica.-

El jefe del Ministerio Público será el Fiscal General y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. Deberá ser abogado colegiado y tener las mismas calidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y será nombrado por el Presidente de la República de una nómina de seis candidatos propuesta por una comisión de postulación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la preside, los decanos e las facultades de Derecho o de Ciencias Jurídicas y Sociales de

⁶³ Artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

las universidades del país, el Presidente de la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Presidente del Tribunal de Honor de dicho colegio.-

Para la elección de los candidatos se requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la Comisión.- En las votaciones, tanto para integrar la Comisión de Postulación como la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

El Fiscal General durará cuatro años en el ejercicio de sus funciones y tendrá las mismas preeminencias e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El Presidente de la República podrá removerlo por causa justificada debidamente establecida.”

El Ministerio Público cuenta con su propia ley orgánica y su crecimiento y cobertura depende del presupuesto con el que cuenta.

El Ministerio de Gobernación no cuenta con ley orgánica, y su creación y funcionamiento se fundamenta en la Ley del Organismo Ejecutivo. Diversas leyes han creado sus diferentes dependencias, tal como la Dirección General de Migración regulada en la Ley de Migración; la Ley de la Dirección General de Inteligencia Civil – DIGICI- que aún no funciona, pero que ha creado esa dirección; la Ley del Sistema Penitenciario que crea la nueva estructura de la Dirección General del Sistema Penitenciario.

La Dirección General de la Policía Nacional Civil se ha creado por ley también, y es dentro de esta estructura orgánica que funcionarán las unidades especiales para operativizar los métodos especiales y extraordinarios de investigación.

No se han presentado a la presente fecha los organigramas específicos de implementación de estos sistemas, pero al seguir el espíritu y texto de la ley sería un organigrama vertical de la siguiente forma:

En el Ministerio Público:

Fiscal General⁶⁴

Jefe de la unidad especial

Auxiliares fiscales

En el caso del Ministerio de Gobernación:

Ministro de Gobernación⁶⁵

Director General de la Policía Nacional Civil

Sub-Dirección General de Investigación Criminal

Jefe de la unidad especializada

Unidad técnica encargada de ejecutar las Interceptaciones ó escuchas telefónicas.

⁶⁴ Responsable directo por ley.

⁶⁵ Responde por ley por la actividad realizada por sus subalternos

Resultados de la entrevista realizada en la fiscalía Contra el Crimen Organizado.⁶⁶

1. Se conoce sobre la vigencia de la ley y la posibilidad de ejecutar las medidas especiales de escuchas telefónicas o interceptaciones telefónicas, para la investigación, prevención e interrupción de delitos cometidos por el crimen organizado, sin embargo a la presente fecha no se están utilizando dichas medidas.
2. No se han recibido capacitaciones específicas en torno a la práctica de las escuchas telefónicas como medidas especiales de acuerdo a la ley.
3. No existe una infraestructura específica para realizar las escuchas telefónicas, ni tampoco un grupo de especialistas designados para efectuar las mismas.
4. La ley no ha sido operativizada, en virtud de lo cual no existe información sobre casos investigados a la presente fecha por medio de las escuchas telefónicas.
5. No existe referencia a hallazgos o pruebas obtenidas por medio de escuchas telefónicas para ser utilizadas dentro del juicio oral penal.
6. No existen datos sobre sentencias condenatorias en las que se hallan utilizado como medios de prueba escuchas telefónicas.
7. No existen impugnaciones en casos en que al sujeto a investigación penal se le haya dictado auto de procesamiento como consecuencia de pruebas obtenidas por medio de las interceptaciones o escuchas telefónicas.

⁶⁶ Fuente de información: Licenciado Jorge Luis Donado Vivar, Fiscal de Sección Contra el Crimen Organizado, Ministerio Público.

**Resultados de la entrevista realizada en
la Defensa Pública Penal.⁶⁷**

- 1.) No se tiene conocimiento de casos en los que se estén ejecutando las medidas especiales de escuchas telefónicas.
- 2.) No se han defendido personas procesadas por medio de pruebas obtenidas a través de las escuchas telefónicas.
- 3.) No se ha participado en ningún juicio oral en donde se hayan utilizado pruebas obtenidas por medio de la ejecución de escuchas telefónicas.
- 4.) No existen casos concretos de sentencias condenatorias logradas por pruebas obtenidas por medio de escuchas telefónicas.
- 5.) No hay casos de impugnación de sentencia condenatoria en la que se utilizaran como medio de prueba las escuchas telefónicas.
- 6.) Si el Ministerio Público se encontrara actualmente en la etapa de investigación penal o etapa preparatoria del proceso, es criterio de la fuente consultada, que en este momento no es posible acceder a dicha información, de acuerdo a lo preceptuado en la Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- 7.) Se puede plantear el recurso de inconstitucionalidad como mecanismo de defensa en contra de las pruebas obtenidas por medio de las escuchas telefónicas.

⁶⁷Fuente de información: Licenciado Carlos Humberto Sandoval Orellana, Jefe de Coordinación de Abogados de casos de alto impacto

**Resultados de la entrevista realizada en el Ministerio de Gobernación.
(Policía Nacional Civil)⁶⁸.**

- 1.) No ha sido creado un departamento de investigación especializado ó unidad especial encargada de realizar las escuchas telefónicas.
- 2.) No ha sido designado un reglón presupuestario dentro de la institución para implementar los laboratorios y adquirir equipos especiales para realizar las escuchas telefónicas.
- 3.) No se cuenta con personal técnico capacitado conforme a lo preceptuado en la ley, para la ejecución de las medidas especiales de interceptación o escuchas telefónicas.
- 4.) No se cuenta con los recursos económicos necesarios para contratar los especialistas que deberán instruir a los agentes especiales encargados de ejecutar las medidas.
- 5.) El único personal disponible dentro de la institución, es el que se encontraba en servicio antes de la vigencia de la ley, es decir no existe personal técnico debidamente entrenado para ejecutar las medidas especiales de investigación.
- 6.) No se cuenta con la tecnología de vanguardia apropiada para ejecutar las medidas especiales de interceptaciones o escuchas telefónicas de acuerdo a lo estipulado en la ley.

⁶⁸ La fuente de información solicito mantener en reserva su nombre por su seguridad personal.

**Resultados de la entrevista realizada en el Juzgado
Undécimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el
Ambiente.⁶⁹**

1. La ley que autoriza las escuchas telefónicas es vigente, pero no positiva debido a que no se han buscado los mecanismos para operativizarla.
2. Desde la vigencia de la ley Contra la Delincuencia Organizada y sus reglamentos, el Ministerio Público no ha solicitado autorización judicial para realizar escuchas telefónicas como medidas especiales de investigación en ningún caso.
3. En virtud de que no se han autorizado las escuchas telefónicas como medios especiales de investigación, tampoco se ha dictado ningún auto de procesamiento en contra de ninguna persona como consecuencias de pruebas obtenidas por medio de las escuchas telefónicas.
4. Siendo una ley vigente, se considera factible la autorización de las medidas especiales de escuchas telefónicas si se cumplen con los requisitos enunciados en la ley.

⁶⁹ Fuente: Licenciado José Eduardo Cojulún Sánchez, Juez Undécimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente.

**Resultado de la entrevista realizada en Cenadoj
(estadística judicial)⁷⁰**

1. No existen registros estadísticos de casos en los que se hayan aplicado las medidas especiales denominadas por la ley interceptaciones ó escuchas telefónicas.

2. No existen datos de sentencias condenatorias en los que se hayan utilizado como medios de prueba dentro del debate, los hallazgos obtenidos por medio de las escuchas telefónicas.

3. No hay ningún dato referencial dentro del registro estadístico de los tribunales relacionado a escuchas telefónicas y su utilización como medios de prueba en el juicio penal.

⁷⁰ Señorita Alba Martínez, Cenadoj, para mayor información se puede consultar al teléfono 22487000 extensión 4516.

Conclusiones

1. Con el artículo 48 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, se utilizará un sistema de espionaje telefónico autorizado por el Estado, con la finalidad de evitar, prevenir e investigar hechos ilícitos, pero los medios de prueba obtenidos por medio de las interceptaciones o escuchas telefónicas son nulos de pleno derecho de acuerdo al artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala y por tanto resultan infructuosos los esfuerzos del órgano investigador para obtenerlos.
2. El Estado debe erogar parte del presupuesto para capacitar técnicos que ejecuten las medidas especiales y para crear todo un aparato especial de investigación, sin embargo el presupuesto correspondiente no ha sido autorizado, existiendo además el problema de la eficacia probatoria de los hallazgos obtenidos por medio de las medidas especiales de investigación denominadas interceptaciones o escuchas telefónicas, ante la posibilidad de que en juicio se declare la nulidad de la prueba obtenida por este medio o la inconstitucionalidad de la norma que autoriza dichas medidas.
3. Los derechos humanos no son absolutos, la factibilidad de sus limitaciones debe constar en forma expresa en las normas constitucionales que los garantizan. Por tanto y en atención a la jerarquía de las normas, si la excepción al derecho no se encuentra considerada, la ley ordinaria no está facultada para imponerla, ya que la misma deviene nula de pleno derecho.
4. Por presiones internacionales de Naciones Unidas, relacionadas con la política criminal de gobierno y seguridad nacional, se impuso a los legisladores, la obligación de salvaguardar el bien común de los ciudadanos a través de las llamadas “interceptaciones telefónicas o escuchas telefónicas”, desvirtuando las

garantías y derechos fundamentales de las personas como lo son el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

5. No existen casos concretos de sentencias condenatorias en las que se utilizaran como medios de prueba hallazgos obtenidos por medio de las escuchas telefónicas, por lo que al momento de efectuar la investigación ésta resulta teórico-descriptiva y un tanto proyectiva a lo que en el futuro representarían los medios de prueba que se obtengan por las escuchas telefónicas.
6. El espíritu de la Ley que aprueba la utilización de interceptaciones como medios de investigación especial, debe extraerse o inferirse del texto mismo, la aprobación de la Ley fue de urgencia nacional, motivo por el cual, se efectuó en una sola lectura.
7. Las interceptaciones telefónicas o escuchas telefónicas son legales porque la norma que las posibilita sufrió un proceso legislativo de acuerdo a la Ley del Organismo Legislativo, es decir fue aprobada, sancionada, promulgada, publicada y se encuentra vigente, por tanto su cumplimiento es obligatorio y pueden efectuarse las interceptaciones dentro del proceso de investigación penal y consecuentemente obtenerse medios de prueba, la única forma para que el efecto nocivo de la norma cese es por el mecanismo de defensa constitucional consistente en la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, para ello es necesario que el Órgano competente (Corte de Constitucionalidad) se pronuncie al respecto.

Bibliografía

- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual* Buenos Aires: Editorial Heliasta, S.R.L. 1977
- De León Velasco, Héctor Anibal y De Mata Vela, José Francisco *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Guatemala: Editorial Crockem, 2002.
- *Diccionario de la Lengua Española* . Madrid: Editorial Espasa Calpe, S.A. 1992
- Fundación Mirna Mack *Valoración de la Prueba (Compilación Serie Justicia y Derechos Humanos)* Guatemala: Litografía Arte, Color y Texto, S.A. 2001
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Seguridad Ciudadana en Centroamérica: Diagnósticos Sobre la Situación*, Costa Rica: Mars Editores, S.A. 2000
- Morales Alvarado, Sergio Fernando. *“Garantías Individuales”*. Guatemala: Serviprensa, 2005.
- Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000.
- Pastor Alcoy, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. España: Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
- Pérez Luño, Antonio Enrique *La Seguridad Jurídica*. España: Editorial Ariel, 1991.

- Reyes Calderón, José Adolfo, *“Política Criminal”* Guatemala: Editorial Grupo Kompas, 2003.

Leyes:

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: enero 1,986 y sus reformas.
- Congreso de la República, Decreto 17-73. Código Penal.
- Congreso de la República. Decreto 51-92. Código Procesal Penal.
- Congreso de la República, Decreto 21-2006. Ley Contra la Delincuencia Organizada.
- Congreso de la República, Decreto 2-89. Ley del Organismo Judicial.
- Congreso de la República, Decreto 94-96. Ley General de Telecomunicaciones.

