

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
FACULTADES DE QUETZALTENANGO
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR**



I CONGRESO JURICO LANDIVARINO

“Dr. Luis Felipe Polo Gálvez”



Quetzaltenango, junio de 2004

I CONGRESO JURÍDICO LANDIVARIANO

“Dr. Luis Felipe Polo Gálvez”

PROGRAMA

JUEVES 24 DE JUNIO:

- 8:00 Hrs. Bienvenida por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle
- 8:15 Hrs. Himno Nacional. Estudiante Julio César España
- 8:20 Hrs. Inauguración. Licda. Susana Kamper de De León
- 8:30 a 10:30 Hrs. Presentación de ponencias
Derecho Penal
1. Penas Alternativas a la Prisión. Lic. Jorge Eduardo Tucux Coyoy
 2. Responsabilidad Civil derivada de infracción Penal. Lic. Josué Felipe Baquix Baquix
 3. Corrientes Interaccionistas que tratan de explicar la criminalidad. Lic. Sergio Madrazo Mazariegos
 4. El Modelo de Estado definido en la Constitución como marco del Derecho Penal. Lic. Israel Benito Ajucúm López
- Relatora de Mesa: Licda. Brenda Dery Muñoz Sánchez de Molina
- 10:30 a 11:00 Hrs. Coffee Brake
- 11:00 a 11:30 Hrs. Informe de relatoría
- 11:30 a 12:30 Hrs. Preguntas y respuestas
- 12:30 a 13:00 Hrs. Entrega de reconocimientos a los ponentes, por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle

VIERNES 25 DE JUNIO:

- 8:00 Hrs. Bienvenida. Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle
- 8:15 a 9:30 Hrs. Presentación de ponencias
Derecho Civil
1. La Procreación Artificial y sus implicaciones. Licda. Ana Vilma Díaz Lemus
 2. Los Incidentes. Naturaleza jurídica, materia, tramitación y efectos. Lic. José Luis Sam

Relatora de Mesa: Licda. Surama del Rosario Santos Monterroso

- 9:30 a 10:00 Hrs. Informe de relatoría
- 10:00 a 10:30 Hrs. Preguntas y respuestas
- 10:30 Entrega de reconocimientos a los ponentes, por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle
- 10:30 a 11 Hrs. Coffee Brake
- 11:00 Hrs. a 12:00 Hrs. Presentación de ponencias
Derecho Mercantil y Derecho Notarial
1. Escisión de Sociedades Mercantiles. Licda. Maria Alejandra de León Barrientos de Ovalle
 2. El Ejercicio de la Función Notarial en el Extranjero a la luz de la Ley de Notariado. Lic. Francisco Mesa Dávila
- Relator de Mesa: Lic. Pedro Francisco Guzmán Escobar
- 12:00 a 12:30 Informe de relatoría
- 12:30 a 13:00 Hrs. Preguntas y respuestas
- 13:00 Hrs. Entrega de reconocimientos a los ponentes, por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle
- 13:00 a 14:30 Hrs. Almuerzo
- 15:00 a 16:30 Hrs. Presentación de ponencias
Derecho Social
1. El Solidarismo. Licda. Nelly Betsabé de León Reyes.
 2. Inviolabilidad de la Constitución. Lic. Jesús Alvarado Mejía.
 3. Amparo: Garantía contra las arbitrariedades. Lic. Sergio Madrazo Mazariegos.
 4. Globalización y formación universitaria. Licda. Elia Antonieta Alvarado rosales.
 5. El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario. Licda. Tomy Oliva.
- Relator de Mesa: Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle
- 16:30 Hrs. Coffee Brake
- 17:00 a 17:30 Hrs. Informe de relatoría
- 17:30 a 18:00 Hrs. Preguntas y respuestas
- 18:00 Hrs. Entrega de reconocimientos a los ponentes por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle

CENA BAILABLE DE GALA

Maestros de Ceremonias:

- Lic. Iván Francisco Oliva Góngora
- Srita. Maria José Mazariegos Díaz

20:00 Hrs.

Bienvenida

Presentación de las Autoridades Universitarias

Homenaje al Dr. Luis Felipe Polo G. por el Lic. Jorge Raúl Rodríguez Ovalle

Homenaje a los docentes distinguidos de la Facultad por estudiantes de la Facultad

AREA PENAL

PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISION

PONENTE:

**Lic. Jorge Eduardo Tucux
Coyoy**

I.- INTRODUCCIÓN.

La doctrina del derecho penal hace hincapié en la importancia que la pena de prisión ha tenido a lo largo del siglo XIX y XX como un sustitutivo de la pena de muerte y las penas corporales que se infligían a los condenados durante las primeras etapas del Derecho penal, destacando que es con los planteamientos de Cesare Bonesana el marqués de Beccaria, que emerge la época humanitaria de nuestra disciplina y con ella la tendencia a que la pena de prisión sea lo menos aflictiva posible. No obstante ser en nuestros días una de las penas más empleadas para reprimir los delitos, se ha cuestionado las penas de prisión perpetua y las de prisión que exceden de los quince años por estimar que esta despersonaliza al condenado y hace nugatorios los fines de la pena tendientes a la reeducación y rehabilitación del condenado, que para el caso de Guatemala es uno de los fines del sistema penitenciario establecido en la Constitución Política de la República. Es también preocupación de los estudiosos del Derecho, lo relativo a las penas cortas de prisión por los inconvenientes que ésta representa y los cuales se abordarán aunque someramente en el desarrollo del presente trabajo al igual que los sustitutivos que se proponen en el ámbito doctrinario.

La presente ponencia tiene por objeto coadyuvar y respaldar ampliamente el esfuerzo que los coordinadores de la carrera de Derecho de nuestra universidad han hecho por impulsar y desarrollar el presente Congreso Jurídico, mismo que sienta un precedente en el la lucha por mejorar la calidad académica de los docentes, de los estudiantes y en general un serio y coherente impulso a la investigación en nuestra profesión, la cual es una carencia que reclama atención. Felicitaciones a los organizadores y participantes del congreso y espero que el presente trabajo permita la

generación de importantes aportes para los participantes.

II.- PENAS EXISTENTES EN GUATEMALA

El Código Penal de Guatemala vigente desde el 1 de enero de 1974, establece dos tipos de pena, las principales y las accesorias, preceptuando en el artículo 41 que son principales la Pena de muerte, la de prisión, el arresto y la multa, en tanto en el artículo 42 regula que son accesorias, la inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito, expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales, publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.

El artículo 44 del citado cuerpo legal establece que la pena de prisión consiste en la prisión de libertad personal y deberá cumplirse en los centros penales destinados para el efecto, aclarando dicha norma, que su duración se extiende desde un mes hasta cincuenta años.

Por la naturaleza del tema, no se abordan los aspectos atinentes a las otras penas, limitándonos a abordar lo relativo a la pena de prisión.

A diferencia de otros códigos recientes, como el español por ejemplo, el guatemalteco no hace una división de la pena de prisión atendiendo a su duración. Tampoco el código define qué debe entenderse por penas principales, de tal cuenta que con ayuda de la doctrina podemos entender que éstas son las que se encuentran claramente especificadas en el tipo penal,¹ es decir, claramente determinada en la norma penal completa como consecuencia jurídica asignada al supuesto de hecho contenido en ésta.

La pena de prisión, según definición doctrinaria, se concibe como la pérdida de la libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo, determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutada conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización.² En el mismo sentido y agregando elementos importantes relativos al principio de legalidad y adecuándolo al precepto constitucional relativo a los fines del sistema penitenciario, el guatemalteco Luis Ramírez, define la pena de prisión como la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona durante un tiempo determinado por una

¹ Ramírez García, Luis Rodolfo, “Manual de Derecho Penal Guatemalteco”. Pag. 574.

² Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, “Las Consecuencias Jurídicas del Delito”, pag. 69

sentencia debidamente ejecutoriada, mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario cuyo régimen está sometido al principio de legalidad, que tiene como fin generar condiciones favorables para la resocialización y reeducación del condenado. Agrega el autor citado que la privación de libertad corresponde a una de las manifestaciones de violencia social, es decir la violencia con la que el Estado reacciona para reprimir el delito. Además debe tenerse presente que el encarcelamiento es un acto violento y doloroso para cualquier persona y por ello el tema merece la reflexión y estudio sobre sus orígenes históricos, límites de aplicación en cuanto a su duración y condiciones, sus efectos negativos en la persona encarcelada y sus consecuencias en su grupo familiar y social. La necesidad de su aplicación o no a grupos culturales diferentes, y otros elementos que nos ayuden a encontrar sustitutos o disminuir su impacto negativo, pero al mismo tiempo mantener los valores sociales para la convivencia social.

III.- CRISIS DE LA PENA DE PRISION.

Conforme la doctrina, la pena de prisión ha alcanzado su máxima difusión en todos los sistemas punitivos de los dos siglos que han precedido, sin embargo a decir de Gerardo Landrove Díaz,³ ésta experimenta una profunda crisis, pues si bien la inmensa mayoría de las legislaciones penitenciarias actuales han acomodado sus preceptos a las Reglas mínimas de tratamiento para los reclusos, derivadas del Congreso de la Organización de las Naciones Unidas celebrada en Ginebra en 1955, su efectiva aplicación es infrecuente. La realidad de muchos de los sistemas penitenciarios está construida de espaldas a tan humanitarias prescripciones, aunque su derecho positivo las consagre solemnemente. Señala dicho autor, que la crisis de las penas privativas de libertad tiene un mayor alcance toda vez que no se trata de mejorar estas sanciones sino de sustituirlas por otras. En líneas generales, se afirma que la pena de prisión es nociva para el Estado porque su ejecución ocasiona muy elevados desembolsos, perjudicial para el delincuente ya que su estancia en la prisión puede acabar de corromperlo y lesiva para la familia del recluso por la inasistencia que se deriva del encierro.

Al respecto Roxin⁴ señala una paradoja difícil de resolver consistente en

³ Autor citado, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", pag. 66.

⁴ Citado por Landrove Díaz, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", pag. 66

la necesidad de educar para la libertad en situación de privación de la misma; por ello, existe en la ciencia internacional un creciente escepticismo ante la pena de prisión. Tal actitud presenta dos vertientes perfectamente diferenciadas: la primera, el descrédito de las penas largas de privación de libertad ha sustituido, a la ciega confianza que en las mismas se tuvo a lo largo de los dos últimos siglos pasados. Cabe destacar que las posiciones de vanguardia propugnan por la desaparición de la privación perpetua y de las penas de prisión excesivas o largas, afirmando que todo encierro por más de unos quince años destruye la personalidad y es, por eso, inhumano, según lo dicho por Jescheck; la segunda, considera que las penas cortas privativas de libertad paulatinamente han ido desapareciendo de las legislaciones penales pues en la doctrina se aduce que son costosas en su ejecución, su breve duración no permite un eficaz tratamiento reformador; y sobre todo, constituyen un factor criminógeno de primera magnitud, al poner en contacto al delincuente primario con habituales. Sin embargo, en cierto sector de la doctrina se señala que la postura netamente abolicionista de estas penas no está totalmente justificada, ya que los males que se les achacan no provienen de las penas cortas en sí, sino de su defectuosa ejecución.

Debe tenerse presente que está muy extendida la opinión tendiente a reducir el número de penas cortas de privación de libertad, acudiendo para ello a diversos sustitutivos penales que permitan alcanzar los fines de prevención general y especial sin los nocivos efectos antes señalados.

IV.- SUSTITUTIVOS PROPUESTOS

En la doctrina se citan varios sustitutivos penales, de los cuales Guatemala tiene en su legislación algunos como la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional, la multa, el perdón judicial, sin embargo en otras legislaciones como la española existen los sustitutivos a la pena de prisión tales como la represión judicial, el arresto domiciliario, la prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales, el arresto de fin de semana, la libertad vigilada, etc.

Cabe destacar que en los últimos tiempos, se ha abierto camino a la idea de que la verdadera reforma penitenciaria sería suprimir la pena de privación de libertad, pues se afirma que ésta llegó a los sistemas penales para sustituir a la pena capital y a las corporales y que su fracaso se debe a su propia naturaleza

y por ello no debe propugnarse por hacerla menos cruel e inhumana, sino de erradicarla de los sistemas punitivos. En Guatemala, la crítica que doctrinalmente se hace de las penas de prisión en general y en particular de las penas cortas de prisión, son un tema de actualidad atendiendo que existe una crisis del sistema de prisiones que puede evidenciarse sin necesidad de acudir a estudios muy profundos, pues basta con una breve incursión en dicha realidad para destacar que el sistema presenta entre otros los siguientes problemas: no se cumple la disposición constitucional de tener separados a los reos consignados por delitos que aun se investiga en relación a los que ya han sido condenados; no existen centros de prisión ni de cumplimiento de condena específicos para reos declarados responsables de delitos de poca significación social en relación a los denominados de alto impacto social; hay un hacinamiento en los centros de cumplimiento de condenas; los pocos centros de cumplimiento de condena están sumamente alejados de la mayoría de departamentos y municipios de donde son originarios los reclusos, con lo que se imposibilita la visita, sobre todo si se toma en cuenta que la mayoría de condenados tienen familias de escasos recursos; no existen las condiciones ni la infraestructura apropiada en los centros de cumplimiento de condena ideales para responder a los fines del sistema penitenciario fijados en la constitución como lo es la rehabilitación y reeducación de los condenados. Aparte de ello, no existe por parte del Estado la capacidad de responder a la crisis del sistema penitenciario pues no cuenta con el número suficiente de Centros de cumplimiento de condena, ni con el personal suficiente y técnicamente preparado para el tratamiento adecuado de los reclusos, amén de la escasa asignación presupuestaria y la mínima voluntad política para encarar y resolver la problemática existente; otro problema que merece mención es el constituido por los casos de personas que son procesadas por delitos cuya consecuencia jurídica, es precisamente una pena de prisión de las consideradas de corta duración como el de portación ilegal de armas de fuego defensivas o deportivas y el de posesión para el consumo, en donde muchas veces cuando se pronuncia la sentencia condenatoria la pena se estima cumplida con el abono que a ella se hace de la prisión preventiva, incluso la prisión preventiva ha excedido la pena de prisión asignada al delito.

Es decir, que nuestro país no escapa al señalamiento que la doctrina hace en cuanto a la crisis que la pena de prisión en general atraviesa y en

especial las penas cortas, por supuesto que debe discutirse ampliamente lo que por ellas se entiende, pues existen criterios doctrinarios y legales en otros países basados en el tiempo mínimo y máximo que el legislador les ha asignado.

V.- PENA RESTRICTIVA DE LIBERTAD

Como se señaló, en los distintos sistemas penales, las penas cortas privativas de libertad presentan o experimentan una crisis, ya que su brevedad imposibilitan cualquier régimen progresivo de reeducación y sin embargo tan reducido espacio de tiempo es suficiente para la perversión y contagio carcelario de quien la sufre y para hacerle perder la continuidad en el trabajo y en la vida familiar.⁵ Para responder a las consecuencias negativas que se han generado, la doctrina ha ideado una serie de SUSTITUTIVOS PENALES.

Con el propósito de generar la discusión seria, profunda, técnica y objetiva en torno al tema de las penas alternativas a la de prisión, que en otros países ha tenido especiales logros en cuanto a consolidar los fines preventivos y resocializadores de la pena, me permito consignar las penas sustitutivas a la de prisión más significativas descritas por la doctrina.

Cabe precisar que los sustitutivos penales mencionados en el II Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente fueron: suspensión condicional de la pena, aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba, multa, arresto domiciliario, prestación de trabajos del Estado, reparación de daños, asistencia obligatoria de centros de educación, fianza de buena conducta, prohibición de frecuentar ciertos lugares, y otras que no signifiquen privación de libertad.

1. EL ARRESTO DOMICILIARIO.

Para su comprensión se parte de lo que comúnmente en la doctrina se entiende como arresto, o sea la privación de libertad personal, hasta por sesenta días, que se aplica a los responsables de faltas y se ejecuta en lugares distintos a los destinados al cumplimiento de la pena de prisión, a lo que cabe agregar que el arresto domiciliario es aquella que se cumple en el propio domicilio.

Para Landrove Díaz⁶ el arresto domiciliario ha sido tradicionalmente uno de los medios más utilizados para evitar los riesgos de las penas cortas de

⁵ Landrove Díaz, Gerardo, obra citada, pag. 82.

⁶ Autor citado, "Consecuencias Jurídicas del Delito", pag. 82.

privación de libertad y refiere que en España a tenor del artículo 85 del Código penal, el tribunal tiene la facultad de disponer que el condenado a la pena de arresto de uno a treinta días, al cual llaman arresto menor, no ingrese al establecimiento carcelario, sino que cumpla dicha pena en su domicilio. Agrega el prominente tratadista citado, que existe en dicho país un criterio unánimemente aceptado en la doctrina tendiente a que en estricta justicia material y al amparo de una interpretación lógica y extensiva a favor del condenado, se ha defendido que el arresto sustitutorio del impago de una pena de multa impuesta por una falta sea cumplida también en el propio domicilio del reo.

2. LA REPRESION JUDICIAL.

Esta pena tiene sus antecedentes en el Derecho romano y en el canónico y consiste en la represión hecha por la autoridad judicial al reo para que se abstenga de delinquir en el futuro. En el Derecho español se ha conocido la represión privada, como pena leve prevista para ciertas faltas y la represión pública como pena reservada para determinados delitos y en tal caso el condenado a esta pena la recibirá personalmente en audiencia del tribunal a puertas abiertas. Esta última, cumple en el Derecho español una función sustitutoria de las penas cortas privativas de libertad, con bastante uso en el Derecho de menores y asignada a muy pocos tipos como el caso de Malversación culposa regulada en el artículo 395.2o. del C.P.

3. LA CONDENA CONDICIONAL

Se cita entre los diversos sustitutivos penales ideados para evitar los riesgos inherentes a las penas cortas de privación de libertad a la condena condicional, considerada por la doctrina como la de mayor eficacia y difusión. Este instituto se basa en la falta de peligrosidad del delincuente primario y con ello se trata de alejar a éste de los peligros de la prisión. Mediante ella el condenado queda dispensado de la ejecución de la pena prevista en la sentencia, pero bajo el apercibimiento de que si no cumple determinadas condiciones durante un tiempo específicamente señalado, tendrá lugar la ejecución suspendida.

Denominaciones: Esta institución es ampliamente difundida en el ámbito del derecho comparado y recibe diversas denominaciones a saber: "remisión

condicional”, “condena condicional”, “suspensión condicional de la pena”, o “prueba”. Dicha institución existe en la legislación guatemalteca y está contenida en los artículos del 72 al 77, capítulo IV del título VI del libro I del Código Penal.

4. ARRESTO DE FIN DE SEMANA O ARRESTO SEMANAL

Consiste en una privación de libertad dosificada que se cumple por lo común, los fines de semana, es decir durante los viernes, sábado y domingo con una duración determinada de horas, o en su caso, cualquiera otros días de la semana.

Las ventajas de esta pena desde el punto de vista preventivo son muy considerables, ya que a lo largo de la ejecución el condenado recibe cortas, pero intensas descargas punitivas que no perturban sus relaciones con la sociedad.

Este tipo de pena tiene amplia aplicación en España como pena principal, aun y cuando su uso es muy frecuente como pena sustitutiva de la pena de prisión o las multas impagadas, esto conforme el artículo 85 del Código penal español.

VI. OTRAS PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

La doctrina se refiere a otras penas, o sea aquellas diferentes a las tradicionales como la pena privativa de libertad (prisión y arresto), o pena pecuniaria (multa). En este sentido se hace alusión a las penas restrictivas de libertad en donde únicamente y tal como lo establece la palabra, restringe, limita o reduce la libertad de la persona pero ésta no se pierde. Las penas restrictivas de libertad, son aquellas que lesionan sólo parcialmente la libertad ambulatoria del penado. La diferencia esencial de estas penas con la de prisión se encuentra en los distintos niveles de restricción de una y otra y, consiguientemente en otras cuestiones como los lugares y la forma de ejecución.⁷

Sin embargo, la idea de restricción de la libertad ambulatoria permanece, en que limita el derecho de residir o acudir a determinados lugares, cuya similitud con la pena de destierro está fuera de dudas. En el Derecho español el legislador las ha incluido dentro del grupo denominado con el

⁷ Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, “Consecuencias Jurídicas del Delito”, pag. 173.

epígrafe de PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS, mismo que la doctrina critica severamente por considerarlo impropio, pues las penas de por sí privan derechos y ello es consustancial al sentido de la pena.

Lo que se pretendió con esta nueva pena es precisamente reconocerle naturaleza punitiva a lo dispuesto en acordar la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el hecho o en el que resida la víctima y su familia si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el órgano sentenciador señale, según las circunstancias del caso. No obstante, actualmente no se ubica exactamente como pena principal o como pena accesoria, pues sigue las reglas generales de la accesoriedad de penas en el cumplimiento simultáneo con la pena principal. La finalidad de esta pena no es solo neutralizar la peligrosidad del condenado, sino también incorporar las recomendaciones de la victimología.

En efecto, se trata de una pena diseñada a partir de los intereses de la víctima o de su familia si viviesen en lugares distintos. Como pena accesoria funciona evitando la posibilidad de que el penado pueda regresar en poco tiempo al lugar de los hechos o a donde reside la víctima y la atención que merece la dignidad de la misma cuando el delito ha lesionado gravemente derechos muy íntimos. En estos casos, en forma potestativa y accesoria los tribunales pueden imponer la pena. En Guatemala estas penas se encuentran reguladas de diferente forma a saber:

1. COMO PENA ACCESORIA:

La expulsión de extranjeros del territorio nacional regulado en el artículo 42 del Código Penal. Se aplica después de que el condenado ha cumplido la pena, o bien que haya tramitado algún beneficio de libertad anticipada de buena conducta, libertad condicional, o redención de penas por trabajo y/o buena conducta.

2. COMO MEDIDAS DE SEGURIDAD:

Constituye la prohibición de residir en determinados lugares. El Artículo 98 del Código Penal reza que los tribunales, a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año como mínimo. Prohibición de concurrir a determinados lugares.

Artículo 99 del Código Penal que preceptúa: Cuando un delito haya sido motivado por hábito vicioso de su autor o por sus costumbres disolutas o cuando el caso lo requiera el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de concurrir a determinados lugares.

3. COMO REGLAS O ABSTENCIONES:

El artículo 25 bis del Código procesal penal establece que los jueces pueden en virtud del otorgamiento del criterio de oportunidad, o suspensión condicional de la persecución penal, cualquiera de las siguientes medidas:

- Residir en lugar determinado o someterse a la vigilancia que determine el juez.
- La prohibición de visitar en determinados lugares o personas.
- Prohibición de salir del país.

Cabe indicar que las medidas de seguridad de los artículos 98 y 99 del código Penal, violan el principio non bis in idem en virtud de que un mismo hecho no puede ser sancionado mas de una vez. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional española al referir que no es posible la aplicación conjunta de dos sanciones penales a un mismo hecho, puesto que si ambas son penales, normalmente tendrán el mismo fundamento.

También su imposición viola el sistema vicarial, en el cual se estima que si se ha establecido una pena y una medida de seguridad y si la medida de seguridad se cumple antes que la pena, el periodo de internamiento se computa como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el tribunal pudiera dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento. Es decir, cuando se impone una pena y una medida de seguridad y el condenado se rehabilita con el cumplimiento de la medida de seguridad, se le puede eximir de cumplir la pena.

Ahora bien, como medidas o abstenciones en virtud de una medida desjudicializadora, tales medidas implican penas aunque no reciban este nombre, pues limitan la libertad del sindicado, y aunque no se dicte sentencia para imponerlas, su cumplimiento puede durar hasta un año y es de carácter obligatorio.

VII. PENAS PRIVATIVAS DE DERECHO:

Se trata de un conjunto muy heterogéneo en cuanto a su contenido, que

solo tienen en común el no afectar directamente ni a la libertad ambulatoria ni al patrimonio.

Entre ellas encontramos las siguientes:

1. TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD:

Se trata de una pena de nueva incorporación, viene precedida de una experiencia positiva en el Derecho comparado. Solo opera como sustitutiva del arresto de fin de semana, cuando éste es pena principal, o de responsabilidad subsidiaria por impago de la multa.

Evita la segregación del condenado, y se estimula en él la solidaridad con los demás mediante una serie de ocupaciones, fundamentales en el campo de la asistencia social.

La aplicación de esta pena comporta una considerable complejidad que requiere de una eficaz coordinación con la administración, que es quien únicamente puede proveer de puestos de trabajo, aunque no necesariamente sean trabajos para la misma. Sin esta previsión las posibilidades de éxito de ésta pena alternativa a la privación de libertad, serán muy escasas.

Puede ser una pena leve, cuando va de dieciséis a noventa y seis horas, o menos grave cuando va de noventa y seis hasta trescientas ochenta y cuatro horas, que es, por tanto el límite máximo de duración. El límite mínimo es de dieciséis horas siempre que se aplique como pena a un delito. Estamos ante una pena que sólo sirve como alternativa a la privación de libertad. Concretamente la encontramos como responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, empleándose en éste caso en lugar de la pena de prisión o de arresto de fin de semana tanto para los impagos de días-multa, como para los de multa proporcional. Aparece también como pena sustitutoria de las penas de prisión de corta duración.

Tampoco está presente el trabajo en beneficio de la comunidad, asociado a las obligaciones para las suspensiones y sustituciones de las penas, salvo que se entienda dentro de los llamados programas laborales. Esta pena debe ser siempre alternativa de otra. No viola la prohibición de carácter obligatorio del trabajo como parte del régimen penitenciario, que es consecuencia de la pena y no su misma esencia.

LAS CONDICIONES:

Debe mediar el consentimiento del penado. Esta exigencia se fundamenta, por lo común en la prohibición constitucional de que las penas privativas de la libertad puedan consistir en trabajos forzados, que indudablemente se violaría, si el trabajo se impusiera coactivamente.

El trabajo forzado y obligado son dos cosas distintas.

El trabajo forzado es de carácter aflictivo, y el trabajo obligado se ejecuta bajo las mismas condiciones y garantías que el trabajo en libertad. Exigir siempre el consentimiento, introduce una limitación a la aplicación de esta pena, muchas veces injustificada.

De acuerdo con su CARÁCTER PUNITIVO, la ocupación es siempre no retribuida.

Temporalmente encuentra tres límites que responden a tres razones distintas.

1. Por razones de proporcionalidad dentro del sistema penal, la duración máxima es de trescientas ochenta y cuatro horas.
2. Por razones preventivo especial, para evitar que una excesiva prolongación atente contra la dignidad del penado trabajador, el tiempo límite máximo de cumplimiento es de un año por razones laborales la jornada no podrá exceder de ocho horas.
3. Los trabajos a los que puede dedicarse el penado son actividades de utilidad pública, al servicio de la propia administración o de asociaciones de interés general.

Corresponde al Juez o Tribunal sentenciador el seguimiento del mismo, pudiendo solicitar a la administración en la medida que es quien facilita el trabajo, los informes precisos. Debe preservarse en todo caso la dignidad del trabajador, indicación absolutamente innecesaria, y no debe, en consonancia con el carácter asistencial del trabajo, supeditarse al logro de intereses económicos.

El control del Juez sentenciador, es salvaguarda de la dignidad del penado, y el carácter público o cuasi Público de las entidades dadoras de Trabajo, ya que siendo proporcionado por la Administración, incluso a través de convenios, la primera condición del mismo artículo, referida a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios, es una garantía de que el trabajo será de autentica utilidad pública.

2. INHABILITACIÓN ABSOLUTA E INHABILITACIÓN ESPECIAL.

En principio, todas las penas son privativas de derechos (la libertad, la propiedad o incluso la vida), pero en un sentido técnico esta etiqueta se reserva para las que

suponen una limitación de los derechos políticos, civiles o profesionales.

Antiguamente, se trataba de las penas infamantes de las primitivas legislaciones, que podrían llegar hasta la "muerte civil", es decir, la privación total de los derechos civiles de una persona. La muerte civil afecta a todo el conjunto de derechos que confluyen en el ser humano como sujeto del orden jurídico: el condenado perdía la honra, la nobleza, la patria potestad, la autoridad marital, sus derechos patrimoniales, al no poder disponer de los bienes obtenidos con su trabajo, etc. El sujeto que sufría tan grave pena, de ahí su propia denominación, era considerado como muerto para toda la vida jurídica.

La doctrina refiere que en el derecho español tuvo amplia acogida la muerte civil, de plena vigencia en la legislación de partidas, e incluso fue utilizada en el Código Penal de 1822, para desaparecer con el texto de 1,848. En Francia perduró hasta 1854.

Las penas privativas de derechos, en general, han sido desde el siglo XVIII objeto de muy severas críticas. El derecho surgido de la caída del antiguo régimen, o sea el surgido con la revolución francesa, rechazó enérgicamente estas interdicciones con la finalidad infamante, por considerarlas en franca pugna con el espíritu que animaba las modernas leyes penales. Por ello, las penas privativas de derechos que hoy perviven han perdido, en gran medida, el sentido aflictivo e infamante que constituía su esencia en otros momentos históricos.

Además, y entre los reproches que doctrinalmente se hacen a las penas examinadas, cabe mencionar el de su desigualdad: pueden resultar extraordinariamente graves para ciertos reos, sensibles a sanciones de esta naturaleza, y de nula efectividad punitiva para otros, verdaderos profesionales del delito. Por otro lado, como lo afirma Quintano Ripolles, para un hombre público, para un funcionario, la inhabilitación puede suponer, de hecho, una verdadera confiscación de consecuencias trascendentales para él y su familia y, por el contrario, para un rico ocioso o para un vagabundo, la misma penalidad no le afecta en lo más mínimo.

Por algún sector doctrinal se admite actualmente la eficacia de estas sanciones para vedar el ejercicio de algunas actividades a quien ha puesto de relieve su falta de honestidad al respecto. Se priva de las funciones y derechos que, utilizados abusivamente, dieron lugar a la ejecución de un hecho delictivo. Al propio tiempo, se tiende a evitar nuevas infracciones por parte de aquellas que han evidenciado su incapacidad o su indignidad para el desempeño de específicos cargos o actividades.

Por ello, no es de extrañar que el moderno Derecho Penal atribuya un sentido marcadamente tutelar y preventivo a estas privaciones de derechos. Ya desde el

congreso de Berlín, de 1935, se configuraron éstas, como verdaderas medidas de seguridad; fisonomía de medidas que han alcanzado en el derecho de diversos países. Sin embargo, se ha destacado que en el derecho penal sigue predominando su carácter aflictivo y, por supuesto, su naturaleza de penas; en el código penal guatemalteco se aplican como accesorias.

Como se puede apreciar, las penas privativas de derechos constituyen, en cierta medida, una limitación de la libertad, en el sentido que coartan la libertad de elegir y ejercer las propias actividades: las inhabilitaciones profesionales constituyen además efectivas penas pecuniarias, al privar temporalmente al reo de su medio de vida habitual: las inhabilitaciones para cargos públicos, por ejemplo, afectan muy directamente al honor de quien las sufre.

En la legislación penal guatemalteca, en el título VI, que se refiere a las penas, las divide en dos clases: penas principales y penas accesorias; entendiéndose las primeras como aquellas que gozan de autonomía en su imposición, de tal manera que pueden imponerse solas, prescindiendo de la imposición de la otra u otras, por cuanto tienen independencia propia. Y las segundas, como aquellas que por el contrario de las anteriores no gozan de la autonomía en su imposición y para imponerlas necesariamente deben anexarse a su principal, es decir, que su aplicación depende que se imponga una pena principal; de lo contrario por sí solas no pueden imponerse.

2.1. INHABILITACIÓN ABSOLUTA:

Esta produce los efectos siguientes:

- La privación o pérdida definitiva, de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado en el momento de cometer el hecho delictivo aunque fueren electivos. Son honores todos los títulos y distinciones honoríficas del sujeto;
- La privación al derecho a elegir y ser electo para cargos públicos durante el tiempo de la condena;
- La incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados, igualmente por el tiempo de condena.

2.2. INHABILITACIÓN ESPECIAL:

Limitada a determinados cargos, honores, derechos o actividades profesionales, presenta la siguiente fisonomía:

- La inhabilitación especial para cargo público produce los siguientes

efectos: la privación del cargo o empleo sobre el que recayere y de los honores anejos a él, y la incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena,

- La inhabilitación especial para el derecho de sufragio, privará al penado del derecho de elegir y ser electo durante el tiempo de la condena, para el cargo electivo sobre que recayere; y
- La inhabilitación para profesión u oficio, privará al penado de la facultad de ejercerlos por el tiempo de la condena.

El Código penal guatemalteco señala que son Penas accesorias: La inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional; pago de costas y gastos procesales; publicación de la sentencia y todas aquellas que otras leyes señalen.

La Inhabilitación absoluta comprende:

La pérdida o suspensión de los derechos políticos. Según la constitución de la República en el artículo 136, establece como deberes y derechos políticos los siguientes: Inscribirse en el Registro de ciudadanos, elegir y ser electo. Velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas y defender el principio de alternatividad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República. Siendo en consecuencia éstos, los que afecta la pena accesoria

La pérdida del empleo o cargo público que el penado ejercía, aunque provinieren de elección popular; los cuales deben de entenderse como los puestos de participación en la función pública; tanto los de carácter permanente como interino, de la misma forma que los gratuitos o retribuidos.

La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicos.

La privación del derecho de elegir (derecho pasivo), y ser electo (derecho activo); contemplado en la ley electoral y de partidos políticos, y

La incapacidad de ejercer la patria potestad y de ser tutor o protutor. Aquí hay que tomar en cuenta que de conformidad con lo establecido en el código Civil, la patria potestad se pierde, entre otras causas, por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos; para el que los haya expuesto o abandonado; y por haber sido condenado más de dos veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión. Y en relación a la tutela se incapacita a la persona por haber sido condenada por los delitos de robo, hurto,

estafa, falsedad (ideológica o material), faltas y delitos contra la honestidad u otros delitos del orden común que merezcan pena mayor de dos años.

La inhabilitación especial consistirá según el caso:

En la imposición de alguna o algunas de las inhabilitaciones establecidas en los distintos incisos del artículo que antecede; y

En la prohibición de ejercer una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación. Esto se aplica regularmente en los delitos contra la seguridad de tránsito y de lesiones culposas y homicidio culposo, en los que regularmente se utiliza una licencia de conducir automóvil.

En la aplicación de la inhabilitación especial. Conjuntamente con la pena principal, se impondrá la de inhabilitación especial, cuando el hecho delictuoso se cometiere con abuso del ejercicio o con infracción de los deberes inherentes a una profesión o actividad.

Hay que destacar que, por ejemplo en el caso de los Abogados y Notarios, hay delitos que van íntimamente relacionados con su profesión, tal como en los casos de falsedad material, ideológica, falsificación de documentos privados, prevaricato, patrocinio infiel y doble representación.

En lo relativo a la suspensión de derechos políticos, la pena de prisión lleva consigo la PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS, durante el tiempo de la condena, aunque esta se conmute, salvo que obtenga su rehabilitación.

En lo relativo al comiso, éste consiste en la pérdida, a favor del Estado, de los objetos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los objetos decomisados del ilícito comercio, se venderán y el producto de la venta incrementará los fondos privativos del Organismo Judicial. Como ejemplo podemos citar lo establecido en el artículo 18 de la Ley Contra la Narcoactividad, que regula: caerán en comiso las armas, objetos, dinero, vehículos, inmuebles o valores empleados en la ejecución de los delitos establecidos en esta ley, así como los que sean derivados de los mismos o se adquieran con valores obtenidos en la comisión de tales delitos.

En cuanto a la publicación de la sentencia. La publicación de la sentencia es pena accesoria a la principal que se impone por los delitos contra el honor. Se

refiere a los delitos de calumnia, injuria y difamación, contenidos en los artículos del 159 al 166 del Código Penal.

A petición del ofendido o de sus herederos, el juez, a su prudente arbitrio, ordenará la publicación de la sentencia en uno o dos periódicos de los de mayor circulación en la república, a costa del condenado o de los solicitantes subsidiariamente, cuando estime que la publicidad pueda contribuir a reparar el daño moral causado por el delito. Y en ningún caso podrá ordenarse la publicación de la sentencia cuando afecte a menores o a terceros.

En cuanto a la expulsión de extranjeros del territorio nacional.

Las personas que sean de otros países y que hayan resultado condenadas por la comisión de delitos, al haber cumplido la pena impuesta, deben ser expulsadas del territorio nacional; lo cual debe hacerse constar en la sentencia respectiva.

En cuanto al pago de las costas y gastos procesales.

Las costas serán impuestas, como pena accesoria, al acusado cuando sea condenado; cuando se le imponga una medida de seguridad y corrección, las costas serán soportadas por el Estado. Esto se encuentra regulado en los artículos del 507 al 520 del Código Procesal Penal.

3. PRIVACION DEL DERECHO DE CONDUCIR VEHICULOS DE MOTOR Y CICLOMOTORES

La doctrina española refiere que la privación o suspensión del permiso de conducir posee la fisonomía de sanción gubernativa, goza de gran tradición en los códigos y reglamentos de la circulación de España; sin embargo, tal privación de derechos no alcanzó rango de pena, en sentido estricto, fue hasta que la ley del 24 de abril de 1958 la incorporó al repertorio con la calidad de pena accesoria; esto significa la privación del permiso para conducir vehículos de motor con lo que inhabilitará al penado para ejercer este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia, durando esta pena de un mes a diez años. Es incuestionable que en la época actual, que ha llegado a calificarse como la era del automóvil, esta pena tenga un contenido enormemente afectivo, y no solo para los profesionales del volante, por lo que en la doctrina española la conveniencia de una escrupulosa matización en su aplicación, extendiendo a ella, por ejemplo, la remisión condicional.

En nuestro país estas disposiciones se refieren a las consecuencias jurídicas asignadas a los delitos contra la seguridad del tránsito regulados en el capítulo VIII del título I libro segundo del Código Penal.

Por diversos sectores doctrinales se ha considerado que la privación del permiso de conducir constituye una verdadera medida de seguridad, que se arbitra para evitar la conducción de vehículos de motor por aquellos que lo hacen en forma peligrosa, en el derecho español es una pena en los términos antes señalados, pero también se contempla en la ley de PELIGROSIDAD Y REHABILITACION social, la medida de privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo por tiempo no inferior a seis meses ni superior a cinco años.

4. PRIVACION DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTACION DE ARMAS

Siempre en el Derecho penal español, se estima que tal pena es nueva dentro del código, ya que con anterioridad sólo se contemplaba como medida de seguridad.

Nos encontramos frente a una pena de escasa aplicación, reservada exclusivamente para aquellos supuestos en los que el delito se comete mediante el empleo de armas, aparece como una pena y una medida de seguridad reducida; sin embargo, a la privación de la licencia o permiso, lo que se traduce en nuestro sistema en la Ley de Armas y Municiones, que contiene sanciones como la cancelación de la licencia de aportación de armas de fuego tal el caso de los delitos de Modificación ilegal de armas de fuego, contenido en el artículo 101, en donde la consecuencia para la armería autorizada que incurriera en los supuestos jurídicos de la norma, es la cancelación de la licencia respectiva,

En la doctrina se indica que nos encontramos ante una pena con dos consecuencias diversas: por una parte se prohíbe tener armas; y por la otra llevarlas (portarlas), pero la pena no solo priva de las armas, sino también del derecho de tenerlas, por lo tanto quien sea castigado con esta pena, deberá entregar las mismas a un tercero o depositarlas ante la autoridad correspondiente.

VII.- En virtud de que Guatemala ratificó el seis de junio de mil novecientos noventa y seis el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, debe tenerse presente que en nuestro país debe en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. En este sentido las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la

materia. Además de ello, cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Así mismo, deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.⁸ La normativa internacional antes citada, preceptúa que la ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

CONCLUSIÓN:

En los párrafos anteriores se ha hecho un breve esbozo de la importancia que tiene la pena de prisión, los principales rasgos que caracterizan su problemática, así como las propuestas que da la doctrina para superar los graves inconvenientes que implica su aplicación en los casos de mínima incidencia social en los que hay necesidad de aplicar penas cortas de prisión; asimismo, se ha señalado cuáles de esas penas acoge la legislación actual incluyendo obviamente el convenio 169, y ello nos permite concluir con lo siguiente:

1. En Guatemala sigue siendo más utilizada la pena de prisión.
2. En Guatemala hay una tendencia a elevar las penas de prisión.
3. En nuestro país hace falta aumentar el catálogo de penas sustitutivas de la pena de prisión y para el efecto debe generarse la actividad legislativa que haga viable tal cambio; primeramente, adicionando tal regulación al actual código penal y luego incluirlo en los proyectos del nuevo código penal de los cuales en el ámbito legislativo se comenta que se está elaborando.
4. En Guatemala tiene vigencia plena el convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y como consecuencia de ello debe aplicarse en los casos específicos, las penas que las comunidades indígenas adoptan para reprimir las conductas que alteran el orden social tipificado por el propio código penal como delitos.

⁸ Artículos 9-10 y 11 del Convenio 169.

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DERIVADA DE INFRACCION
PENAL”**

Ponente:

Lic. Josué Felipe Baquiaux Baquiaux

INTRODUCCION

Con la entrada en vigencia del Decreto 51-92 que contiene el Código Procesal Penal, se verificó un cambio en el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal guatemalteco a diferencia de la forma como se encontraba establecido en el código procesal penal derogado decreto 52-73.

La acción civil regulada en el código procesal penal vigente, permite introducir válidamente los requerimientos pecuniarios que se originan por la comisión de un hecho delictivo, tanto en el sujeto activo como en el pasivo. Esto nos lleva lógicamente al apareamiento contingente de dos sujetos procesales que en un momento dado pueden ejercitar sus acciones; el primero activamente para reclamar el pago de los daños y perjuicios que le haya ocasionado la comisión de un determinado hecho delictivo y el segundo aparece defendiéndose respecto a las pretensiones del primero.

Esta situación nos deja a su vez ante una práctica que en la actualidad no ha cobrado mayor relevancia, debido al desconocimiento que se ha evidenciado de la acción civil en el proceso penal.

Esta realidad, unida a la experiencia en casos concretos, me ha motivado a escribir sobre "EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INFRACCION PENAL", con lo que en ningún momento se pretende abordar en su totalidad este tema tan amplio, profundo y controversial; pero sí las causas que motivan dicha inoperancia, con un análisis de la parte conducente del código penal en materia de responsabilidades civiles y lo relativo a la acción civil en el código procesal penal.

EL AUTOR

CAPITULO I MARCO CONCEPTUAL

1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Al hacer énfasis de la acción reparadora, se hace referencia a los cambios efectuados en la actual legislación adjetiva penal, con relación a la forma de reclamar, cuantificar y probar la misma, siendo su objetivo lograr el resarcimiento del desmedro causado en el peculio de la víctima como consecuencia del delito a que ha sido víctima.

La evolución de la aplicación del *Ius puniendi* del Estado, no ha estado siempre acompañada de los elementos de la civilización, sino más bien, superando ciertos obstáculos, siguiendo los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momento de la historia.

Sin embargo, es preciso establecer cuales son las vertientes definidas para lograr que los agraviados sean resarcidos por parte de su agresor de la afectación de su patrimonio por haber infringido una conducta valorada por el Estado.

En el Código Procesal Penal derogado, los tribunales de oficio se pronunciaban con relación a las responsabilidades civiles derivadas del cometimiento del lícito, sin necesidad de instancia del afectado.

En el procedimiento derogado los jueces tenían plena facultad de recabar los medios de prueba idóneos para acreditar el daño económico ocasionado, y oficiosamente cuantificaban el daño ocasionado.

Actualmente la acción reparadora en el proceso penal se caracteriza por la utilización de novedades técnicas y con relación al momento, modo y tiempo en formular esta pretensión, el descubrimiento en la obtención y la valoración de los datos probatorios y la consolidación de las reglas de la sana crítica razonada en la

apreciación de sus resultados, dentro de un marco de respeto por la persona del imputado y su posibilidad económica es preponderante en la decisión judicial.

Con relación a la pretensión reparadora la prueba es el medio confiable para descubrir la verdad y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales así mismo conforme el sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo se puede admitir la que es pertinente para establecer en que consistió el agravio, cuáles fueron los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante prueba idónea, lo cual impide que se puedan valorar aquellas que sean fundados en elementos puramente subjetivos, derivándose de lo anterior que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar penal y civilmente, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso y obtenida en observancia del debido proceso.

1.2. IMPORTANCIA DE LA PONENCIA

Realizar una ponencia como la presente, es importante toda vez que en órbita del derecho civil la reparación del daño causado por el delito, es la forma paradigmática de solucionar el conflicto generado por el injusto penal, las características de la disponibilidad del derecho resarcitorio de fondo, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y la concurrencia del Estado sólo cuando es convocado por quien alega haber padecido un perjuicio civil.

Sin embargo cuando de un mismo hecho surgen consecuencias tanto civiles como penales, se genera una órbita de resolución del conflicto en donde se desdibujan las tradicionales categorías del derecho penal -categorizado como público y el derecho civil como privado-, y se plantean formas de tornar público cierto sector del derecho civil y de privatizar el derecho penal.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciables la pena estable estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA CUYA PONENCIA SE PLANTEA:

Dentro de la presente ponencia el problema consiste en responder a la siguiente interrogante:

¿Cómo es el ejercicio de la responsabilidad civil derivada de infracción penal?

1.4. ALCANCES Y LIMITES DE LA INVESTIGACIÓN:

- a) Analítico: Se analizará especialmente Cómo es el ejercicio de la responsabilidad civil derivada de infracción penal.

CAPITULO II MARCO METODOLOGICO:

2.1. OBJETIVOS

2.1.1. GENERAL:

Establecer Cómo es el ejercicio de la responsabilidad civil derivada de infracción penal.

2.1.2. ESPECIFICOS:

- a) Establecer los daños y perjuicios que sufren los agraviados como consecuencia de un ilícito penal.
- b) Determinar el problema que conlleva la falta de reclamación de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de un delito.

2.2. HIPOTESIS:

El ejercicio de la responsabilidad civil derivada de infracción penal es ineficaz por falta de determinación, cuantificación y comprobación de daños y perjuicios causados al actor civil.

2.3. VARIABLES:

2.3.1. REPARACIÓN CIVIL

Como fuente del derecho de obligaciones tanto la doctrina como la legislación se refieren al cuasidelito, y está referido a que es una acción u omisión, con que se produce mediante un mal a otro por negligencia impericia o imprudencia sin intención de causar daño. Por consiguiente es preciso exigir de aquél que en un momento ha causado un injusto penal en contra de una persona o en contra de sus bienes, tiene el infractor la estricta obligación de resarcir al agraviado el monto de lo invertido ya sea por su curación o el valor pecuniario de su patrimonio.

Reparar el daño proveniente de actividad delincencial no es producto de recientes inquietudes. Empero, de nuevo se hace presente en los constantes debates políticos criminales, el reclamo al estado para que, así como se preocupa de defender acusados, se interese por la víctima, sin que la necesaria Tutela del Estado sobre la efectividad de las obligaciones civiles en general pueda llevar a prescindir de las peculiaridades que poseen las derivadas de la responsabilidad penal.

La pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la responsabilidad penal, ésta es responsabilidad frente al Estado y no una forma de resolver conflictos entre sujetos privados, es por ello que la pena debe de ser proporcionada a la gravedad del hecho, mientras que la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o al perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito.

Por otra parte, dado que la pena es un mal condicionado al hecho culpable, tiene un carácter personalísimo. La sanción civil, por el contrario, consiste en la reparación, cuantificable en términos económicos, de un daño, y es transmisible a terceros. Ello obliga a distinguir entre sujeto pasivo del delito y perjudicado, de modo que, para tener la condición de perjudicado, es preciso haber sufrido un perjuicio efectivo a consecuencia del hecho delictivo.

En suma, en el ámbito del derecho civil la reparación del daño causado por el delito es el paradigma para solucionar el conflicto que provocó el ilícito penal.

2.3.2. INFRACCION PENAL

En el marco de la aplicación de la infracción penal se puede identificar tres grandes bloques de principios en torno a los cuales se ha de estructurar la intervención penal garantista, y que pueden denominarse, respectivamente, los principios de la protección de la responsabilidad, y de la sanción.

El primero de ellos atiende a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger el Derecho Penal. El segundo se ocupa de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él. El tercero atiende a los fundamentos en virtud de los cuales pueden reaccionar con sanciones frente a una conducta responsable criminalmente.

El Estado de Guatemala a través del derecho penal, valora conductas en tanto que el delincuente la desvalora, por tal razón se define al derecho penal como toda acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible.

La delimitación del Derecho penal de los restantes sectores del ordenamiento jurídico presenta dificultades cuando se trata de realizar en el plano material. Surgen inconvenientes en dos planos distintos: por un lado, al distinguir el ilícito penal de los ilícitos civiles, administrativos, etc. Por otro, al diferenciar entre la pena y las restantes sanciones de los ordenamientos jurídicos. Ninguna de las dos distinciones constituye una tarea fácil

CAPITULO III MARCO TEORICO

A) LA INFRACCION PENAL

El término infracción penal se utiliza para referirse tanto al delito como a la falta. En el derecho comparado se puede tomar como ejemplo el caso de los artículos 2 y 10 del Código Penal español.

En el caso de Guatemala, el Código Penal hace referencia a delitos y faltas específicamente, por lo que a continuación se desarrollará lo referente al delito.

EL DELITO

1. Definición:

El delito se define como “la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”⁹

Esta definición se caracteriza por ser secuencial, pasando de categoría en categoría, debido a que la misma es producto de la teoría general del delito.

La anterior definición de delito comprende un sistema de categorías y clasificaciones y es de carácter secuencial en el que de uno a uno se van elaborando los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito, partiendo de un concepto básico constituido por la acción.

El concepto de delito puede estructurarse en una doble perspectiva, como un juicio de desvalor sobre un hecho o acto humano, y como un juicio de desvalor sobre el autor de ese hecho.

El juicio de desvalor sobre el hecho o acto humano es a lo que se le llama injusto o antijuridicidad, es decir la desaprobación del acto, que incluye los siguientes elementos del delito:

- A) acción u omisión,
- B) medios y formas en que se realiza,
- C) sus objetos y sujetos,
- D) la relación causal y psicológica entre ellas, y
- E) el resultado.

El juicio de desvalor sobre el autor del hecho, es lo que se conoce como culpabilidad o responsabilidad, es decir la atribución de un acto a su autor para hacerlo responsable del mismo, incluyendo:

- A) la culpabilidad,
- B) las facultades psíquicas del autor,
- C) el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y
- D) la no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Las dos categorías antes indicadas tienen una vertiente negativa, es decir una posibilidad de inexistencia de los elementos del delito por algunas circunstancias.

2. Elementos del delito:

Los elementos comunes de los delitos son los siguientes:

⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2ª edición. Valencia 1996. Pagina: 215.

- a) Acción u omisión
- b) Tipicidad
- c) Antijuridicidad
- d) Culpabilidad

Estos elementos son secuenciales, debido a que el peso de cada uno de ellos va aumentando a medida que se pasa de un elemento a otro, debiéndose analizar en cada uno de ellos los problemas que les son propios; por lo que debido al carácter secuencial de los mismos; al dejar de existir uno de los elementos no es necesario analizar el siguiente, porque dicha inexistencia implica la inexistencia del delito mismo.

3.1. Acción

3.1.1. Generalidades

Toda reacción jurídico penal es consecuencia de una conducta humana, que tiende a manifestarse en el mundo exterior, al tratarse de actos positivos, es decir acciones o bien de actos omisivos, es decir la omisión.

En virtud de lo anterior el artículo 10 del Código Penal establece que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

La acción y la omisión son considerados elementos básicos de la teoría del delito, debido a que únicamente cuando la acción u omisión coincida con la conducta descrita en el tipo de la figura indicada en el delito, será relevante en materia penal, y porque cumplen una función básica para la teoría del delito al constituir objeto de valoración.

3.1.2. Definición de acción

Acción es “todo comportamiento dependiente de la voluntad humana que implica

siempre una finalidad"¹⁰.

También se concibe la acción como "un conjunto de datos fácticos y normativos que son expresión de la personalidad, es decir de la parte anímico espiritual del ser humano"¹¹.

De conformidad con ésta definición se debe recurrir a veces a valoraciones que dotan de sentido a la acción; pero estas valoraciones dependen en realidad del contexto en el que la acción se realiza, con lo cual no se excluye la validez del concepto final de la acción como concepto prejurídico, lo único que demuestra es que éste por sí mismo no puede ser de único criterio para determinar el concepto de acción jurídicamente relevante.

En el concepto de acción se pueden incluir actos concretos realizados inconscientemente o movimientos reflejos, siempre que estos actos sean elemento integrante de una acción que globalmente considerado está controlado por la voluntad.

3.2. La Omisión:

3.2.1. Generalidades:

La infracción a normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión. Lo que el legislador castiga es la no realización de una acción. No existe una omisión en sí, sino que la omisión de una acción determinada, que el sujeto autor debe estar en condiciones de poder realizar, quiere decir que la omisión es el no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Las causas que excluyen la acción también excluyen la omisión.

Se puede decir entonces que la posibilidad de acción es el elemento ontológico conceptual básico común de la acción y de la omisión.

La omisión penalmente relevante sólo puede ser la omisión de una acción esperada. Es la infracción a un deber jurídico, que puede ser genérico que incumbe a cualquier persona o un deber específico que obliga a determinado círculo de personas por ejemplo a funcionarios públicos.

¹⁰ Op. Cit. Página 228.

¹¹ Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Página 246.

3.3. Tipicidad

3.3.1. Definición

Es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

3.4. La antijuricidad:

3.4.1. Definición:

Antijuricidad es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito. Es la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que es hecho, es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad), pero esta presunción puede ser desvirtuada por la ocurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad, de lo contrario se afirmaría la antijuricidad y el paso siguiente sería establecer la culpabilidad.

El juicio de antijuricidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien (desvalor de resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de acción).

El desvalor de acción consiste en la desaprobación de la acción por el ordenamiento jurídico, y el desvalor de resultado en la lesión opuesta en peligro del bien jurídico tutelado. Ambos se complementan en la antijuricidad. En el derecho penal tradicional se dio la responsabilidad por el resultado dándole al desvalor de resultado mayor preponderancia, y por ello actualmente se sanciona más el delito consumado que la tentativa y los cualificados que los atenuados; en el derecho penal moderno, se da mayor importancia al desvalor de acción haciendo recaer la peligrosidad en la acción, por ello se da preponderancia a los delitos de peligro abstracto.

La antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada.

En derecho penal se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad.

3.5. La Culpabilidad:

3.5.1. Generalidades:

La culpabilidad es una categoría cuya función consiste, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena.

Cuando se afirma que alguien tiene la culpa o que es culpable de algo, se está aludiendo a la responsabilidad por la realización de un hecho desaprobado; incluso psicológicamente la culpa como sentimiento es siempre muestra de un pesar por el mal cometido.

En materia penal la culpabilidad consiste en el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien culpable o responsable de un delito.

Por su parte el principio de culpabilidad, establece que no puede haber pena sin dolo o imprudencia; que no es más que una parte o un presupuesto del concepto de culpabilidad que desarrolla su labor en otras categorías del delito, principalmente en la tipicidad constituyendo el tipo subjetivo del delito doloso o del delito imprudente.

Se dice que actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho. Este es un concepto de culpabilidad como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a diferencia de como realmente lo hizo, exige dos situaciones:

- A) Aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; y
- B) Negar esta capacidad, negando con ello la culpabilidad como elemento o categoría del delito.

3.5.2. Definición:

A) Concepto tradicional de culpabilidad:

Tradicionalmente al referirse a la culpabilidad, únicamente se trataba de una relación psicológica entre el autor y el acto ya fuera dolosa o imprudentemente cometido. Se le conoció como la concepción psicológica de la culpabilidad.

Posteriormente surgió la concepción normativa que veía en la culpabilidad un reproche que se hacía al autor del delito por haber actuado en la forma en que actuó, pudiendo actuar en forma distinta. Según ésta concepción actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera.

El autor español Francisco Muñoz Conde rechaza ésta concepción tradicional y le busca un fundamento distinto, que según autores como Claus Roxin, es científicamente insostenible, ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables, afirmando que sería imposible demostrar en el caso concreto si una persona usó o no de la capacidad de actuar de modo distinto. La capacidad de elección constituye el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante, de ahí que se excluyen las reacciones instintivas, inconscientes o productos de fuerza irresistible.

Se deduce entonces que la posibilidad de actuar de un modo distinto es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, incluso del concepto de acción misma, pero no el fundamento material, exclusivo y único de la culpabilidad. De ahí que se llama principio de culpabilidad a la exigencia de que para imponer una pena sea preciso el dolo o la imprudencia.

B) Concepto Dialéctico de la Culpabilidad:

El concepto dialéctico de la culpabilidad, afirma que ésta no es un fenómeno individual sino que social, pues no es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es pues, la sociedad o mejor el Estado representante quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad o no libertad; razón por la cual se dice que la culpabilidad tiene un fundamento social antes que psicológico, debido a que no es categoría abstracta o histórica al margen, incluso, como algunos creen contraria a las finalidades preventivas del Derecho Penal, sino la culminación de todo un proceso de

elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo a la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacer uso de ese medio.

El autor Claus Roxin afirma que las finalidades preventivas no forman parte del concepto de culpabilidad, sino que lo complementan. Entiende la culpabilidad en sentido tradicional, y después de su comprobación procede a averiguar si desde el punto de vista de los fines preventivos del Derecho penal es o no necesaria una pena, es decir, se puede y se debe hacer responsable al sujeto por lo que ha hecho. De ahí que en lugar de culpabilidad prefiera el término responsabilidad. Sin embargo no se debe disociar la culpabilidad de los fines de la pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho.

La correlación entre culpabilidad y prevención general, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos por medio de la pena es evidente. Por ejemplo están exentos de responsabilidad criminal los menores de edad porque el efecto intimidatorio general y la defensa social se fortalecían al declararlos exentos porque no se puede esperar que cumplan las expectativas de conductas contenidas en las normas penales, dándose el cumplimiento para quienes no están en la misma situación. Evidentemente las razones de prevención general pueden exacerbarse y mal entenderse exigiendo la punición de los menores de dieciocho años, sin embargo en un estado social y democrático de derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar por qué hace uso de la pena y a qué personas la aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica la posibilidad de llegar a serlo.

C) Concepto Material de la Culpabilidad:

El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo elija sino que la norma le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo se espera que éste pueda motivarse por los mandatos normativos.

El fundamento de estos criterios está en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes en condiciones de igualdad, en una vida en

común, pacífica y justamente organizada. La motivabilidad, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, es “la facultad humana fundamental que unida a otras (inteligencia, afectividad, etcétera) permite la atribución de una acción a un sujeto, y en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida”¹².

El deber del estado no es castigar a quienes no están en condiciones de igualdad, sino en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos, en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, social y económica. Es preciso establecer que no es suficiente constatar la culpabilidad de un individuo por el hecho cometido que haya podido obrar en teoría de una manera distinta a como lo hizo, sino se analizan las razones para entender por qué actuó de una determinada manera y no de otra, lógicamente, la fijación de este fundamento material no puede realizarse históricamente, al margen de las necesidades preventivas tal como son entendidas en la sociedad en un momento histórico determinado.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

3.1. Elementos sustantivos de la acción civil en el proceso penal:

Uno de los principios generales del derecho consiste en el deber de toda persona de no ocasionar un daño a otra. Si a través de un acto, una persona invade la órbita de actuación de otra y se produce una lesión a sus derechos o sus bienes, el autor del acto debe dar respuesta frente a ella: Debe reparar el daño causado. Por lo anterior a criterio del autor la responsabilidad civil es el deber de dar cuenta a otra persona de un acto propio y de sus consecuencias, cuando éste le ha producido un daño.

Puede ocurrir que el autor del acto lesivo no tenga ningún vínculo jurídico anterior con quien sufrió el daño y es a partir de la producción de ese daño que se crea nexo entre el autor y la víctima, es decir, fuera del contrato, surgiendo una obligación. En este caso estamos frente al ámbito de la responsabilidad extra contractual.

Otras veces el daño se produce frente a una persona con quien el autor del daño tenía una obligación anterior, que le imponía el cumplimiento de una conducta

¹² Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal, Parte General. Página 373.

determinada a través de un contrato¹³. En este caso, el incumplimiento contractual genera la obligación de reparar el daño causado dentro del ámbito de la responsabilidad contractual.

Cuando el daño se produce por la comisión de un delito, este supuesto se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad civil extra contractual. En este sentido, el artículo 112 del Código Penal establece que "Toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente" y concordantemente, el artículo 1646 del Código Civil dispone que "el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima de los daños y perjuicios que le haya causado".

3.2. Presupuestos de la responsabilidad civil.

Para que surja el deber de reparar un daño causado a otro deben estar presentes cuatro presupuestos, que son comunes a los dos ámbitos de la responsabilidad civil, siendo éstos:

3.2.1. Antijuricidad

En primer término y como punto de partida del funcionamiento del sistema de responsabilidad, debe existir una conducta humana que refleja un mínimo de participación subjetiva. A su vez, esta conducta debe ser Antijurídica; es decir, debe estar en contradicción con el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad y en forma sistemática.

La aceptación abarca no solamente los actos ilícitos sino la hipótesis de infracción al deber impuesto, por la voluntad de las partes, en un contrato¹⁴.

¹³ Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 6ª. Ed. Actualizado. Pag. 59. Editorial Abeledo Perrot. 1989. República de Argentina.

2.- Mazeaud-Tunc. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo Primero, Volumen 1, Pág... 294. Editorial E.J.E.A. Buenos Aires. 1977.

En el ámbito de la responsabilidad extra contractual, el acto ilícito consiste en la infracción a una norma que ocasiona un daño a otro y obliga a la reparación, a quien resulte responsable del acto.

La norma puede infringirse por actos positivos o de comisión o por actos negativos o de omisión. El sujeto activo encuadra su conducta en una norma prohibida, por comisión cuando se ejecuta un acto que debió ser motivo de abstención, ya sea que estuviera establecida la prohibición en una norma expresa, por ejemplo: No atravesar la calle cuando el semáforo está en rojo: Sí el conductor infringe la norma y ocasiona un daño a un peatón incurre en culpa; o bien, por una prohibición general de no actuar en forma negligente o imprudente, por ejemplo: Conducir despacio cuando se atraviesa un área escolar: Si por infringir la norma, el conductor ocasiona un daño a un niño debe responder por los daños ocasionados.

En este sentido, la omisión también puede ser antijurídica, cuando existe la obligación de realizar un acto para evitar un daño y el autor se abstiene de realizarlo. Se puede incurrir en omisión por no cumplir una prohibición expresa, por ejemplo: no colocar carteles que anuncien una obra y por ellos, un peatón sufre un daño, o bien por omitir el deber general de actuar con prudencia o negligencia, por ejemplo: Si una anestesista durante una intervención quirúrgica, se retira del quirófano para hablar por teléfono sin volver, pese a los requerimientos que se le formulaban porque se había producido un accidente cardio respiratorio.

Asimismo, el concepto de antijuricidad comprende los actos de comisión por omisión en los cuales una persona crea un riesgo que solo puede evitarse mediante la realización de otro acto que se omite, por ejemplo: El médico que en una operación ha cortado una arteria y al no ligarla deja que el paciente se desangre.

3.2.2. Daño

De la conducta antijurídica debe seguir para la víctima un perjuicio, un daño, derivado de la lesión o amenaza a sus derechos personales, tales como la vida y todos aquellos derechos contenidos en la misma, como son la salud física y psíquica, la integridad, la tranquilidad del espíritu, la imagen, el derecho a la identidad, etcétera o

bien, un menoscabo a sus bienes personales.

En Derecho Civil, la acción es ejercida por el individuo que ha sufrido un perjuicio personal, ya que no hay responsabilidad civil por un daño causado que debe repararse.

Esta regla general es aplicable a los ámbitos de la responsabilidad civil, de conformidad con lo establecido por el artículo 1,645 del Código Civil que indica lo siguiente: "Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima"¹⁵.

Así mismo, el daño sufrido por la víctima puede ocasionar una disminución en su patrimonio (daño patrimonial) y otras veces, es afectada en sus sentimientos o en su honor (daño moral)

A) Daño patrimonial:

El daño patrimonial es el perjuicio susceptible de valoración pecuniaria causado en las cosas de dominio o posesión del damnificado o en su persona.

Este tipo de daño esta integrado por dos elementos:

- a) El daño emergente que consiste en el perjuicio efectivamente sufrido, es decir, la disminución que se ocasionó en el patrimonio de una persona a consecuencia de la comisión de un acto ilícito o un incumplimiento contractual;
- b) El lucro cesante que consiste en la pérdida de una ganancia o utilidad que dejó de percibir la víctima por el acto ilícito.

El artículo 1645, referente a los actos ilícitos, solo hace referencia a los daños o perjuicios en forma general, sin establecer diferencia alguna entre el daño material y moral, entendiéndose entonces que ambos quedan comprendidos en la norma mencionada¹⁶. Ello se ve corroborado por el artículo 1656 del Código Civil que en forma expresa establece el daño moral y los caso concretos que lo abarcan, disponiendo que: "en caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se determina en

¹⁵ Código Civil. 1645. Pag. 297.

¹⁶ Idem. Arto. 1645

proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron"¹⁷.

Para que el daño sea resarcible debe reunir ciertos requisitos, a saber:

a. El daño debe ser cierto, es decir, debe constarse que la víctima estaría en mejor situación si no se hubiere producido el acto ilícito. La noción de daño cierto se opone a la de daño eventual, es decir, el que eventualmente puede ocurrir, que no genera la obligación.

Este tipo de daño puede ser actual o futuro. Es actual y determinado cuando el daño ocurre en el mismo momento en que se incurre en el acto ilícito, como por ejemplo, la lesión en una pierna ocasionado por un accidente de tránsito o la destrucción y deterioro de una cosa. El daño es futuro y determinable cuando no ha ocurrido en el momento del hecho, pero se tienen la certeza de que ocurrirá como consecuencia posterior, como por ejemplo, si como consecuencia de la lesión en la pierna se debiera efectuar, posteriormente, su amputación y la colocación de una prótesis.

b. El daño debe ser subsistente, es decir, debe existir al momento en que debe ser resarcido. Sin embargo, el daño puede haber sido reparado y subsistir aún la obligación del autor del hecho de resarcir. Pero consiguiente, puede darse diferentes hipótesis.

- Que el autor del hecho haya resarcido el daño y por consiguiente, la obligación de reparar se extinguió.
- Que la propia víctima haya reparado el daño ocasionado, el que continuo subsistiendo en su patrimonio debe ser indemnizado
- Que un tercero haya reparado el daño causado por el autor del hecho, en este caso, la víctima nada tiene que reclamar si extingue la obligación del autor del daño respecto de ésta, sin embargo, queda subsistente su obligación de reembolsar el pago efectuado por el tercer (acción de subrogación).

c. El daño debe ser personal ya que sólo puede reclama el daño quien lo ha sufrido. Este daño puede ser directo o indirecto. Es directo cuando el acto lesivo recae sobre la

¹⁷ Idem. Arto. 1656

persona o bienes del damnificado que es, a la vez, víctima del hecho. Es indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado, por ejemplo, es daño directo cuando como consecuencia de lesiones sufridas, la víctima debe realizar gastos para su curación. Es indirecto cuando una tercera persona debe realizar gastos para atender la curación de quien sufrió un accidente.

Puede ocurrir que un acto ilícito produzca daños a varias personas diferentes. Cada una de ellas experimenta un perjuicio personal y por consiguiente, es parte lesionada. Por ello, cada una de ellas tiene derecho a iniciar una acción de responsabilidad civil, pudiendo unir sus acciones en un solo juicio dirigido contra el responsable del acto ilícito. En este caso, el juzgador otorgará a cada demandante una acción distinta y una indemnización personal.

Al decir que el perjuicio debe ser personal no quiere significar que el daño sufrido por una agrupación de individuos no sea indemnizable, cuando el perjuicio afecta al conjunto de sus intereses que esa agrupación persigue. El caso más claro es el de los daños ocasionados al medio ambiente. En este caso las agrupaciones, con personería jurídica, que defienden estos intereses o bien una agrupación de individuos pueden reclamar individualmente la reparación de los perjuicios personales que le ocasiona la lesión a ese interés colectivo.

En este supuesto, la agrupación o las personas físicas no sólo deben demostrar que se les ha ocasionado un perjuicio a la colectividad por culpa del demandado sino que esa lesión de los intereses colectivos le ocasiona un daño individual.

d. el daño debe afectar un interés legítimo. Este interés debe ser tutelado por la ley, ya que la lesión a un interés contrario a la ley, ilegítimo, no puede ser protegido por ejemplo, un contrabandista no puede reclamar indemnización por la pérdida de la mercadería.

La prueba del daño incumbe al actor civil, es decir, quien alega los hechos constitutivos del derecho que invoca en la demanda. A él le corresponde probar la existencia del daño y la cuantía del mismo. En este sentido, el artículo 1648 del Código Civil establece en su segunda parte: "...el perjudicado sólo está obligado a probar el

daño o perjuicio sufrido"¹⁸.

Si el monto no es establecido en prueba directa, quedará al criterio judicial la fijación del mismo. Asimismo, el daño que debe indemnizarse es el que subsiste en el momento de dictarse sentencia que condena a su pago.

Por último y dentro de las clasificaciones del daño material, merece hacer mención a dos situaciones particulares: la pérdida de trabajo y la vida humana como derecho de la personalidad y su valor económico.

La pérdida de trabajo surge cuando a consecuencia de un acto ilícito, la víctima se ve privada de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio. Por ejemplo, si un niño atleta es lesionado antes de las olimpiadas de Atenas y pierde la posibilidad de competir. En este caso estamos frente a un daño cierto y actual, ya que si bien la probabilidad de obtener la ganancia puede tener carácter eventual la posibilidad es cierta y se ha perdido por el hecho de un tercero. La indemnización es el trabajo mismo, por lo que ésta debe ser apreciada en sede judicial de acuerdo al mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta.

Otros aspectos que han sido muy discutibles en doctrina es si la vida del hombre tiene valor económico. La vida es un derecho de la personalidad que el ordenamiento jurídico ampara junto a la integridad física, espiritual, el honor, etc. Como es un derecho extra patrimonial no tiene valor en si mismo pero su violación puede dar lugar a una reparación del daño material o moral que se satisface en una suma de dinero, la muerte de una persona no ocasiona perjuicios a quien fuera portador de ella, porque la muerte determina el fin de la persona, no obstante, de desaparición de una persona puede ocasionar perjuicios a otros. La privación de beneficios actuales o futuros que la vida de una persona reportaba, por ejemplo a sus familiares, constituyen un daño cierto y si se lesiona o ataca un interés legítimo de un tercero, el responsable debe resarcir el perjuicio causado, que ha de medirse por el daño efectivamente sufrido. La cuantía debe medirse por el perjuicio sufrido a aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el muerto producía.

Los damnificados son siempre indirectos, porque los perjuicios lo experimentan en sus propios patrimonios. La muerte no causa un daño emergente, salvo los gastos de

¹⁸ Idem. Arto. 1648

asistencia funeraria sino que causas un lucro cesante por la pérdida de beneficios económicos que aquellos recibían del muerto el carácter de manutención.

B) Daño moral:

El daño moral puede definirse como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos espirituales o agravios a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos in susceptibles de apreciación pecuniaria.

La reparación civil en el daño moral difiere de la concepción establecida para el daño material, ya que no puede medirse en una suma de dinero la afección a los sentimientos íntimos de una persona. Sin embargo, reparar un daño no siempre es rehacer lo que se ha destruido sino que a veces se impone la obligación de procurar otorgar a la víctima satisfactores equivalentes a lo que ha perdido. En este caso, el carácter del resarcimiento es satisfactorio; es decir, que la función de la suma de dinero otorgado en concepto de indemnización no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos. La evaluación del perjuicio moral quedará al prudente arbitrio judicial, atendiéndose a las circunstancias del caso y con el cuidado de no desvirtuar su finalidad.

En los hechos ilícitos, el artículo 1645 del Código Civil establece que "Toda persona que cause daño o perjuicio a otra... está obligado a repararlo..."¹⁹. Este precepto está considerado en términos generales al mencionar Daños o perjuicios, de donde debe interpretarse que este concepto incluye tanto el daño material como el moral. La prueba de ello esta en el artículo 1656, al referirse a los casos de difamación, calumnia e injuria, establece que "la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron"²⁰.

En virtud del bien jurídico protegido, cuya lesión se pretende reparar, el daño moral solo puede ser reclamado por la víctima pueden reclamare daño moral a título personal

¹⁹ Idem. Arto. 1645.

²⁰ Ob. Cit.

y como damnificados indirectos.

3.3. Relación de causalidad.

El daño sufrido por la víctima debe guardar una relación de causalidad adecuada con el hecho del autor. Es necesaria la existencia de un nexo de causalidad y por ello, este presupuesto vincula el daño directamente con el hecho ilícito, siendo entonces un elemento objetivo.

Según la teoría de la causalidad adecuada, que es la imperante en la actualidad, la causa va a ser aquella condición o hecho que según el cuadro natural y ordinario de las cosas es idóneo para producir un resultado.

Para establecer cuál es la causa es necesario hacer un juicio de probabilidad; es decir, considerar si tal acción y omisión del presunto responsable es idónea para producir regularmente un resultado. Este juicio de probabilidad debe hacerse en función de lo que un hombre medio, de aptitud inteligente normal, hubiese podido prever como resultado del acto²¹.

Para ilustrar las consecuencias que deben ser indemnizadas por el autor del daño, se proponen en el siguiente ejemplo: Un conductor de un automóvil atropella a un peatón produciéndole una fractura en su pierna, en este caso, el autor del hecho debe indemnizar los gastos de asistencia médica, de internación y farmacia (daño emergente) y la pérdida de la remuneración que la víctima contrae una enfermedad en el establecimiento donde es asistida, ésta consecuencia no es imputable al autor del hecho, porque no tienen relación de causalidad adecuada con el hecho que ocasionó la lesión en la pierna.

Si el daño ocasionado es resultado de un acontecimiento extraño al autor del hecho,

²¹ Bustamante Alsina, Jorge. Ob. Cit. Págs. 223/4.

se interrumpe el nexo causal por una causa ajena.

a. Culpa exclusiva de la víctima: si el daño se ha producido pro la exclusiva culpa de la víctima no existe responsabilidad alguna. El hecho de la víctima debe ser culposo, en el sentido de que ellos mismos están violando el deber de atender a su propio interés. En este sentido, el artículo 1645 del Código Civil, dispone que la obligación de reparar el daño causado sea improcedente cuando el daño o perjuicio se produjo por daño o negligencia inexcusable de la víctima²². En este caso, le corresponde al autor del hecho ilícito la prueba de la causa que exonera su responsabilidad.

b. Culpa de un tercero: si bien el Código Civil no menciona expresamente este supuesto, puede ocurrir que en el proceso causal sobrevenga el hecho culposo de un tercero que determina el daño de la víctima. En este supuesto queda interrumpido el nexo causal y la responsabilidad se proyecta fuera de la órbita de actuación del autor del hecho.

3.4. Factor de imputación

Probada la relación causal entre el daño y el autor del acto ilícito al que se atribuye su acusación, debe demostrarse el factor de imputación a atribución. Imputar significa atribuir un acto y sus consecuencias a una persona.

En primer lugar, es necesario analizar la autoría material para determinar la relación que liga el daño con la actividad o inactividad física del autor. La segunda cuestión en indagar la autoría jurídica, mediante la comprobación de la existencia de un factor de imputación subjetiva u objetiva.

En los factores de imputación subjetiva se valora una conducta humana que debe ser voluntaria para generar responsabilidad civil y dentro de ello se encuentra el dolo y

²² Ob. Cit.

la culpa²³.

El artículo 1645 del Código Civil establece que: "Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima"²⁴.

La disposición mencionada establece que la responsabilidad extra contractual surge por la comisión de un hecho doloso (delito Civil) o culposo (cuasidelito). El delito civil consiste en la ejecución del hecho intencional de dañar la persona y los derechos del otro, es decir se comete el hecho con dolo. El cuasidelito civil consiste en la omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño, que puede consistir en no hacer lo que debió hacerse o ejecutar lo que debió ser motivo de abstención. Es decir, el cuasidelito que consiste en aquellos actos ilícitos cometidos con culpa.

En este sentido, el artículo 1424 del Código Civil guatemalteco define la culpa, estableciendo: "La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar".

Si bien el concepto de culpa es único, el citado artículo señala diferentes matices de la culpa que son de suma importancia para analizar cada caso en concreto ya que los mismo pueden superponer y resultar difíciles de separar.

La ignorancia es la falta de conocimientos total sobre una cosa y el error es el falso conocimiento que se tiene de la misma. La doctrina equipara ambos conceptos y subsume la ignorancia en el error, argumentado que toda persona siempre tienen algún concepto acerca de una cosa, aunque el mismo sea erróneo.

La impericia es la falta total o parcial de pericia, entendiendo por esta la sabiduría, una actividad.

La negligencia es la falta de la diligencia debida o del cuidado necesario en la realización de una actividad.

En consecuencia, en la culpa falta la intención de dañar pero existe una omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño a otro. Esta omisión consiste tanto en no hacer lo que debió hacerse, como en ejecutar lo que debió ser motivo de abstención para impedir un resultado dañoso.

²³ Bustamante Alsina, Jorge. Ob. Cit. Pág. 281.

²⁴ Ob. Cit.

La culpa exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano, lo cual debe versar sobre la diligencia y la prudencia en el actuar. La diligencia consiste en prever lo que era previsible en adoptar las providencias necesarias para evitar un daño. La prudencia consiste en actuar con cautela, cuando el daño ha sido previsto²⁵.

En cuanto a la prueba de la culpa, el artículo 1648 del Código Civil establece que "La culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado sólo está obligado a probar el daño y el perjuicio sufrido"²⁶.

Por otra parte y como se ha mencionado anteriormente, en el dolo existe la intención de ocasionar un daño a otro.

Los factores subjetivos de imputación constituían el fundamento general de la responsabilidad civil. Sin embargo, a finales del siglo XIX hizo irrupción un nuevo concepto de responsabilidad. Se imponía la necesidad de proteger a la víctimas de los daños ocasionados por el nuevo fenómeno del maquinismo, situación donde no se hallaba el medio de probar la culpa detrás de mecanismos inanimados. Así surgió la teoría del riesgo creado, en la que se prescinde de la conducta culposa de una persona.

En consecuencia, los factores de imputación objetiva son aquellos donde la atribución de la consecuencia del hecho dañoso no está referida a la culpa sino a un elemento objetivo que debe estar expresamente previsto en la ley y tiene su fundamento en razones de tipos social, económico, etc. Por ejemplo, la responsabilidad por accidente de trabajo, por el transporten de persona, por el uso de máquinas o instrumentos, por los daños ocasionados por un edificio o un obra, la responsabilidad por abuso de un derecho, etc.

3.5. La sanción resarcitoria.

La sanción resarcitoria tiende a restablecer las cosas al estado en que se hallaban

²⁵ Bustamante Alsina., Ob. Cit. Pág. 290.

²⁶ Idem. Pág. 297

antes de cometer el acto ilícito (*statu quo ante*). El modo normal de reparar los daños consiste en reponer el patrimonio al mismo estado en que se encontraba, reponiendo con los bienes de los que el titular fue despojado, si existiere (reparación en especie).

Si los bienes no pueden ser restituidos o fuera imposible la reparación en especie, el resarcimiento del daño ocasionado se otorgará por equivalente o indemnización. La indemnización consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio. La

Valuación de la indemnización determinada por los perjuicios sufridos y por consiguiente, al fijar el valor del dolo se determina el quantum de la indemnización.

El artículo 119 del Código Penal²⁷ establece que la responsabilidad comprende:

- La restitución.
- La reparación de los daños materiales y morales, y
- La indemnización de perjuicios.

En cuando a la reparación del daño material, el artículo 121 dice: "La reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo el precio de la cosa y el de afección del agraviado, si constare o pudiere apreciarse"²⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta las disposiciones del Código Civil,²⁹ en lo referente a la lesión de derechos individuales, tales como los artículos 1655 (lesiones corporales).

Por ello, el Código Penal remite a las disposiciones que contienen el Código Civil y el Código Procesal Civil y Mercantil en esta materia.

3.6. Elementos procesales de la acción en el proceso penal.

El proceso penal tiene como objetivo principal determinar la responsabilidad penal del imputado. Sin embargo, los hechos constitutivos de un delito pueden ocasiona,

²⁷ Código Penal. 1973. Pág. 107.

²⁸ Ob. Cit.

²⁹ Código Civil 1963. Pág. 298.

además, daños a los bienes o a los derechos de la víctima que deben ser reparados por el autor.

El ordenamiento jurídico plantea a la víctima la posibilidad de interponer la acción civil ante los tribunales civiles o bien, en el mismo proceso penal, si optase por el procedimiento penal, una vez admitida la acción no podrá deducirla nuevamente en el juzgado civil sin desistimiento expreso o declaración de abandono de la instancia penal³⁰.

La acción reparadora sólo puede ser ejercitada en el proceso penal mientras esté pendiente la acción penal y si esta se suspende también se suspenderá su ejercicio, salvo que el interesado opte por promover la demanda civil ante los tribunales correspondientes.

Sin embargo, la absolución del acusado o una causa extintiva de la persecución penal no implica necesariamente el rechazo de la pretensión civil. En este sentido, los artículos 116 y 117 del Código Penal establecen los supuestos de la responsabilidad civil de los inimitables y en caso de estado de necesidad. Asimismo, el artículo 1647 del Código Civil establece que "La exención de responsabilidad no libera de la responsabilidad civil, a no ser que el juez así lo estimará atendiendo a la circunstancias especiales del caso"³¹.

3.6.1. Titular de la acción civil.

Según el artículo 129 del Código Procesal Penal³², la acción civil puede ser ejercida por quien esté legitimado, según la ley respectiva, para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible. Antes de la reforma el Código Procesal Penal, el reclamo se restringía al daño directo emergente y actualmente, se amplía la responsabilidad con la finalidad de obtener una reparación integral de los daños causados por el delito.

³⁰ Artículo 126 del Código Penal de 1973.

³¹ Código Civil de 1963. Pág. 297.

³² Código Procesal Penal de 1992.

La acción también puede ser ejercida por los herederos del damnificado, en virtud de que la acción civil es transmisible mortis causa.

El actor civil sólo interviene en el proceso penal en razón de sus intereses específicos y se limitará a comprobar el hecho, la imputación de ese hecho al responsable, el vínculo de él con el tercero civilmente responsable, la existencia y la extensión de los daños y perjuicios. Sin embargo, el actor civil puede constituirse también en querellante adhesivo e intervenir en todo el proceso penal.

3.6.2. Demandados.

La acción civil en el proceso penal se ejercitará contra:

- El imputado: el artículo 132 obliga promover la acción en contra del imputado, la cual procederá aunque este no estuviese individualizado³³.

- El tercero civilmente demandado: es aquella persona física o jurídica que, por previsión directa de la ley, responde por el daño que el imputado hubiese causado con el hecho punible. La legislación establece los casos en que una persona puede ser demandada como tercera, por ejemplo quienes ejerzan la patria potestad o la guarda de un inimputable artículos 114 y 116 del Código Penal, menores de quince años e incapaces que no obran en momentos de lucidez; en el artículo 1660 del Código Civil, los directores de establecimientos de enseñanza y jefes de taller por hechos de alumnos o aprendices menores de 15 años mientras está su vigilancia artículo 1661, compañías de seguros Artículo 986 del Código de Comercio.

Si en el procedimiento fueran varios los imputados y terceros civilmente demandados y el actor no limitara su pretensión, se entiende que inicio la acción contra todo (Artículo 132, último párrafo).

³³ Ob. Cit. Arto. 132.

3.7. Trámite.

La acción se deberá ejercer antes de que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento (Artículo 131) y deberá renovarse la solicitud durante el procedimiento intermedio (Artículo 133).

Si el juez admite el trámite, dará intervención provisional al actor civil y notificará la solicitud durante el procedimiento intermedio. La in admisibilidad de la solicitud, las excepciones correspondientes durante el procedimiento preparatorio y el procedimiento intermedio.

La admisión o el rechazo definitivo será cuando no exista oposición o no se renueve la solicitud durante el procedimientos intermedio. La in admisibilidad de la solicitud no impide el ejercicio de la acción civil ante el tribunal correspondiente.

Si se solicita la intervención del tercero civilmente demandado, el juez decidirá sobre la solicitud y si la admite, notificará al tercero y al Ministerio Público.

Asimismo, el tercero puede instar su participación y será admisible hasta la oportunidad prevista para el actor civil³⁴.

El actor podrá desistir de su demanda en cualquier estado de los procedimientos. Se considera abandonada la demanda cuando: a) no comparezca a prestar declaración testimonial sin justa causa, b) no concrete su pretensión en la oportunidad determinada por la ley, y c) no comparezca al debate, se aleja de la audiencia o no presente conclusiones.

Si el desistimiento o abandono se realiza hasta el comienzo del debate, el actor civil podrá ejercer posteriormente la acción reparadora ante los tribunales civiles. Si es posterior del debate, el desistimiento o el abandono no implica renuencia al derecho de resarcimiento pretendido.

³⁴ Artículo 138 del Código Procesal Penal de 1992.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que no obstante que por mandato legal está regulado que toda persona responsable de un hecho punible, tiene la obligación de reparar el daño económico derivado de su ilícito proceder; este es un mandato positivo no vigente, toda vez que se ha demostrado que los agraviados no ejercitan la acción reparadora, tampoco el Ministerio Público, ha asumido el papel que le corresponden de ejercitar en nombre del ofendido el pedido que el estado asuma esta pretensión.

2. En el contexto del Código Penal se ha aducido que el resarcimiento civil es una consecuencia derivada, no sólo de la tradición, sino de una necesidad técnica, puesto que la responsabilidad de delito se regula tomando conceptos cuyo significado solamente es cognoscible a través de la interpretación jurídico penal. Además los tribunales penales convienen que tengan a su disposición, y dentro de un mismo Código, las bases normativas de la totalidad del fallo, dado que la responsabilidad civil se decide en el marco del proceso penal.

3. No es cierto, sin embargo, como pudiera concluirse de los términos del artículo 112 citado, que toda responsabilidad penal en un delito o falta genere responsabilidad civil, pues ésta sólo nace de los hechos que, además hayan causado daños materiales y morales, lo que puede no suceder en delito de peligro o en supuestos de tentativa; de

manera que la fuente de la obligación no es el delito, sino el perjuicio causado por el mismo.

4. Reparar el daño proveniente de la actividad delincencial no es producto de recientes inquietudes. Actualmente se ha hecho reciente en el debate político criminal por el reclamo al Estado para que, así como se preocupa de defender acusados, se interese por la víctima, sin que la necesaria tutela del Estado sobre la efectividad de las obligaciones civiles en general pueda llevar a prescindir de las peculiaridades que poseen las derivadas de la responsabilidad penal.

RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio Público como ente garante de la persecución penal asuma su deber de representación del agraviado, exigiendo conjuntamente con la sanción penal el resarcimiento civil como consecuencia de la comisión de una acción u omisión.

2. Es necesario reformar el Código Procesal Penal a fin de simplificar el ejercicio de la acción civil derivada de infracción penal, a fin de que el logro de ésta reparación civil esté al alcance de la víctima del delito.

3. Que se reforme el código civil en el sentido de establecer que la fuente de la obligación no es el delito, sino el perjuicio causado por el mismo, debido a que existen delitos de peligro.

4. Que la política criminal del estado también se oriente a tutelar a la víctima del delito y no únicamente a la defensa de los sindicados.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

1. Bustamante Alsina, Jorge. TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 6ta. Ed. Actualizado.
2. Mosset Iturraspe, Jorge. RESPONSABILIDAD CIVIL DE MEDICO. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. Año 1979.
3. Mazeaud, Tunc. TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. Tomo Primero, volumen 1, Editorial E.J.E.A. Buenos Aires. 1977
4. Roxin, Claus. DERECHO PENAL. Parte General Tomo I.
5. Muñoz Conde, Francisco. DERECHO PENAL, Parte General.
6. Nuñez, Ricardo. LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL. 2º. Edición Editora Córdoba.
7. Veles Mariconde, Alfredo. ACCION RESARCITORIA. Córdoba, 1965.

LEYES:

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Civil.
3. Código Penal.
4. Código Procesal Penal.
5. Ley Orgánica del Ministerio Público.
6. Ley del Organismo Judicial.

**CORRIENTES INTERACCIONISTAS
QUE TRATAN DE EXPLICAR LA
CRIMINALIDAD**

PONENTE:

Lic. Sergio Madrazo Mazariégos

INTRODUCCION

La ponencia que me permito presentar, no es una guía de estudio, tampoco una obra de profundización en el tema de las corrientes criminológicas interaccionistas; es más bien, una pequeña introducción a aquellas teorías o corrientes del razonamiento que han pretendido explicar la criminalidad, dejando a un lado las causas de la misma y fijando su atención a señalamientos o rotulaciones que van encaminadas a indicar que la criminalidad radica en las personas que pertenecen o pertenecemos a la clase baja.

Por lo que se traza la presente ponencia en ser una ayuda orientadora a los estudiantes de derecho, a los docentes y a los abogados litigantes, en diferenciar aquellas teorías tales como la del etiquetamiento, la de la anomia y la de la neutralización, entre otras más, esperando que en realidad sea un pequeño aporte a nuestro conocimiento humano.

“CORRIENTES INTERACCIONISTAS QUE TRATAN DE EXPLICAR LA CRIMINALIDAD”

Es importante hacer notar que el Derecho Penal, sin la Criminología, es hueco o vacío, y descaminado, por ausencia de conocimiento de la realidad y de su objeto cierto de actuación y, que la Criminología, no conducida a un Derecho Penal justo, carece de destino.

Es por lo tanto, entonces que he decidido hacer una síntesis de algunas corrientes o teorías interaccionistas que tratan de explicar la criminalidad, la cual es el punto de partida del estudio de la Criminología. Sin embargo, quise empezar con hacer una relación de la Criminología con el Derecho Penal, para continuar afirmando que el Derecho Penal determina cuáles acciones son punibles –delitos- y qué penas deben aplicárseles, vale decir que vincula a la conducta humana –acción u omisión- materialmente perjudicial y formalmente antijurídica, con la pena, como su consecuencia jurídico-social; ya que el derecho penal es la parte del ordenamiento que se refiere al delito y a las consecuencias que él conlleva, normalmente, a la pena. Así pues, el derecho penal es dogma, pues su contenido y su expresión, desde luego en el terreno puro del “deber ser”, responden a principios fundamentales e innegables del sistema represivo; en tanto que la Criminología importa, primigeniamente, una observación y exploración previas que auxilian y dan vida al dogma, al derecho penal, que merced a ello, a ese mirar e investigar anterior, se consolida sobre cimientos firmes. Así quiero traer a colisión aquellas palabras de Jiménez de Asúa: “No se puede pensar

que la Criminología se tragará al derecho penal, ni tampoco es racional pensar que el derecho penal prescindiera de las valiosas contribuciones que le brinda la Criminología”.

Criminología no es más que el estudio de la criminalidad y ésta no es más que el conjunto de los hechos criminales cometidos en un lugar y tiempo determinado.

Más técnicamente, la Criminología es la ciencia penal cuyo primordial objeto consiste en la explicación de la criminalidad y de la conducta delictiva.

La voz criminología, viene del latín: crimen-inis, que significa, crimen; y del griego: *Kriminos*, que significa, delito y logos, estudio o tratado; la mencionada voz fue adoptada y difundida por Rafael Garófalo, en la primera edición de su obra: *Criminología, studio sul delitto*.

Teniendo claro que a la Criminología lo que le interesa es el por qué del delito, el por qué de la criminalidad y por lo tanto ha tratado de explicar la criminalidad a través de la variadas escuelas, como la clásica, luego la de los positivistas, después la del eclecticismo, más tarde las teorías interaccionistas –objeto del presente estudio- y también tratando la psicología, la psiquiatría, el psicoanálisis, las teorías conflictivas y sociológicas, trataremos de explicar en este trabajo de investigación las corrientes interaccionistas.

Así pues, para esta corriente de razonamiento, a la que se le da el nombre de Criminología Interaccionista, llamada también estructural o de influencia recíproca, el delito no es considerado un fenómeno patológico ni el delincuente un individuo anómalo. Para los ponentes de esta corriente, el delito se presenta como una acción típica cotidiana en el seno de la comunidad y, en tal sentido, se puede afirmar que es un hecho normal, inevitable, aunque lamentable, pero que no alcanza a desarreglar el orden sano. Los grupos viven preparados convenientemente para “tolerar”, normalmente, una tasa constante de criminalidad (solamente cuando ese volumen criminoso permanente se torna excesivo, hay riesgo social).

La corriente interaccionista deja una contribución especulativo-filosófica, desde el punto de vista del conocimiento y de la acción, cual es la de que cualquier individuo, puesto ante iguales circunstancias determinadas, puede llegar a cometer un acto

delictivo.

Pasamos ahora a tratar algunas de las corrientes estructurales, esperando que sea de la manera más comprensible.

- LA ANOMIA Y LA CONDUCTA DESVIADA

La anomia y la conducta desviada son conceptos que se complementan. Ambos aparecen vinculados a los grupos e instituciones sociales. La anomia provoca la conducta desviada, o bien ésta es consecuencia de aquella.

Originalmente se entendió por anomia a la "falta de normas" y, recientemente, su contenido se amplió conceptualmente, considerándosela como "la incapacidad de la estructura social de proveer a ciertos individuos de lo que les sería necesario para lograr las metas de la sociedad".

- TEORIA DE LA NEUTRALIZACION

Sus propulsores son Gresham Sikes y David Matza, quienes partieron de la premisa de que la sociedad sana se ve imposibilitada, por la realidad, de ser ajena al crimen y de que el mundo de los delincuentes está inserto en ella –la sociedad-, intenta encontrar técnicas de neutralización del crimen o motivos moralmente justificantes del delito.

Esta teoría es llamada también "de la justificación moral del comportamiento ilegal" y un ejemplo claro es excusar de responsabilidad al delincuente, alegando que la víctima no ha sufrido daño o perjuicio real (caso del robo a un millonario).

Los propósitos de esta teoría son: Neutralizar, contrarrestar, compensar, equilibrar e igualar los valores y modelos de las diferentes clases sociales.

- TEORIA DEL ETIQUETAMIENTO

Llamada también “de la rotulación o del *labelling approach*” y no es más que el etiquetamiento por aproximación. Esta teoría se despreocupa de la búsqueda de las causas de la delincuencia, rompiendo con la criminología causal tradicional para “pegar” un marbete o cédula de identificación clasificatoria y estigmatizante al delincuente, categorizándolo como transgresor.

No hay para esta corriente causalidad delictiva y pretende explicar la criminalidad a partir de una caprichosa imputación grupal del ilícito y de la individualidad delictual.

Para el *labelling approach*, lo que es desviado para determinadas personas, no lo es así para otras, los poderosos etiquetantes.

Para la teoría de la rotulación, el crimen deja de ser una realidad ontológica para ser transformado en una definición o tipificación ideológica antojadiza en beneficio unilateral de la clase que rotula.

Se advierte en el *labelling approach* una absoluta falta de interés en combatir las conductas desviadas o en prevenirlas; por lo el contrario, ya que la estigmatización y discriminación social que produce el etiquetamiento, más la subordinación del derecho penal y de la justicia a los poderosos para mantener el estado de cosas, genera más conductas desviadas.

De esta teoría se desprenden algunas interrogantes, tales como: ¿Quién etiqueta?, ¿Quiénes son los etiquetados?. La respuesta a la primera interrogante es: los agentes del control social (los poderosos titulares de la fuerza económica) y la respuesta a la segunda interrogante es: los marginados por sus carencias económicas.

- TEORIAS SUBCULTURALES DEL CRIMEN

Estas teorías estudian la conducta antisocial de grupos y pandillas juveniles de delincuentes integrantes de las clases denominadas bajas, que al sufrir necesidades y ver frustradas sus aspiraciones de acceso al estado social de las clases medias y altas acuden a variadas actividades generadoras de conductas desviadas. Ha sido

denominada esta teoría con el nombre de “la juventud insatisfecha”.

- TEORIA DE LA ASOCIACION DIFERENCIAL

Esta teoría hace una diferenciación de la criminalidad; distinguiendo la criminalidad “del gueto” de la criminalidad “de cuello blanco”.

La criminalidad del gueto es la llevada a cabo por gentes disolutas, de baja vida, de condición marginal. El significado del vocablo gueto –ghetto- comienza siendo el del barrio en que vivían o eran obligados a vivir los judíos.

La criminalidad de cuello blanco es la que ejecutan sujetos de las altas esferas sociales, cuyo poder político o económico les otorga un vasto aval de impunidad.

- ESCUELA DE CHICAGO

Es llamada también Escuela Ecológica Social de Chicago, Teoría Ecológica en la Transformación Ambiental de las Grandes Ciudades y Escuela Ecológica de la Criminalidad.

La Escuela de Chicago afirma que, por la baja productividad en las pequeñas ciudades, se opera la migración de las poblaciones del campo y de las áreas rurales hacia las ciudades y centros urbanos industrializados; y que la exagerada y acelerada concentración poblacional produce en las grandes urbes un paralelo desorden social. En materia penal se expande la corrupción, el vicio y el crimen; se detectan zonas delincuenciales y la actuación organizada de bandas y pandillas criminales –crimen organizado-.

Esta transformación ambiental es contemplada por la escuela de Chicago con un criterio ecológico adaptado a la etiología o causas del crimen.

La teoría ecológica se ocupa del fenómeno criminal en los grandes centros urbanos de las sociedades capitalistas ante el proceso de transformación ambiental, sin embargo, deja a un lado la criminalidad en áreas rurales o pequeños poblados.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal sin la Criminología es vacío y descaminado, por ausencia de conocimiento de la realidad y de su objeto cierto de actuación.
2. La Criminología, no conducida a un Derecho Penal justo, carece de destino.

3. La Criminología es la ciencia penal que estudia la criminalidad.
4. La criminalidad es el conjunto de hechos criminales cometidos en un lugar y tiempo dado.
5. Las corrientes interaccionistas tratan de explicar la criminalidad dejando a un lado la etiología o causas de la misma y provocan más una estigmatización en la persona del delincuente.
6. Entre las corrientes estructurales de criminalidad más sobresalientes tenemos: la anomia y la conducta desviada, el etiquetamiento, la neutralización, la asociación diferencial, la subcultura del crimen y la escuela de Chicago.

RECOMENDACIONES

1. Distinguir el campo de acción de la Criminología y del Derecho Penal.
2. Establecer los puntos de enlace y de discordia entre la Criminología y el Derecho Penal.

3. Profundizar el estudio de las escuelas tradicionalistas (clásica-positiva-ecléctica) de la criminalidad para así distinguir los aportes de cada una de ellas y compararlas con las corrientes interaccionistas.
4. Profundizar en el estudio de las corrientes estructurales para poder hacer uso de los argumentos y aportes de cada una de ellas, en un caso concreto de la realidad jurídica.
5. Rechazar aquellas teorías que sientan sus cimientos en un derecho penal de autor.

BIBLIOGRAFIA

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos. tirant lo blanch, España. 4ª. Edición.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. tirant lo blanch. España. 1ª. Edición.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. Argentina. 11ª. Edición.

RODRIGUEZ, Agustín. Fundamentos de Derecho Penal y Criminología. Editorial Juris. Argentina. 1ª. Edición.

**EL MODELO DE ESTADO DEFINIDO
EN LA
CONSTITUCION POLITICA DE LA
REPUBLICA DE GUATEMALA
COMO MARCO GENERAL DEL
DERECHO PENAL.**

**PONENTE:
LIC. ISRAEL BENITO AJUCUM
LOPEZ**

INTRODUCCION:

La Constitución Política de la República de Guatemala como norma suprema define claramente el modelo de Estado a que aspira el Pueblo de la República de Guatemala, así: Estado de Derecho, Estado Social, Estado Democrático y Estado Personalista. Cada una de estas características tiene implicación directa en la aplicación de la ley especialmente penal a los casos concretos. De ello se deriva la importancia de su estudio, a fin de que, en el desarrollo de la administración de la justicia penal cada agente procure la realización del catálogo de valores constitucionales.

El ser humano dotado de razón como es, en todas las facetas de su vida utiliza razonamientos y respeta valores. Esta actividad cotidiana adquiere una dimensión mayor cuando se procura la tutela bienes jurídicos de mayor relevancia como en el Derecho Penal, por tanto debe ponerse a disposición de los agentes de administración de justicia las herramientas necesarias para hacer de ella una actividad racional, garantista, humana y científica; a este fin pretende contribuir esta ponencia al definir el modelo de Estado contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Sujeto a críticas y mejoras en todos los aspectos de las ciencias humanas, el ponente somete a discusión el tema intitulado "Modelo de Estado Definido en la Constitución Política de la República de Guatemala como marco general del Derecho Penal" a fin de que alimentado por los aportes de quienes se ocupan del estudio del Derecho se alcance una visión más sencilla y garantista de la administración de justicia penal.

Agradezco la paciencia que se tenga para analizarla.

MODELO DE ESTADO DEFINIDO EN LA
CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA COMO MARCO
GENERAL DEL DERECHO PENAL.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, participa de la característica esencial del constitucionalismo, esto es, la previsión de un orden político que tiene como finalidad específica la garantía y protección de la libertad; organiza jurídica y políticamente al Estado y proclama los principios y valores en que debe fundarse la convivencia humana, en los términos de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que establece la separación de los poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos, constituyendo así la dimensión ideológica de la misma.

El preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala contiene “una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto ... que pueden ... constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional”.¹ En cuanto a su validez, existe una tesis negativa y otra positiva; ésta última le confiere valor constitucional determinando que la misma “vincula al legislador en un doble sentido: imponiéndole la obligación de no violar sus principios y orientando su labor legislativa en la formulación del estatuto de los derechos fundamentales. En todo caso, se considera que el preámbulo es parte integrante de la Constitución.”²

En general se concluye que “todas las disposiciones sobre derechos fundamentales contenidas en un texto constitucional, sea en su articulado, o en su preámbulo, o en una declaración independiente de igual rango, son manifestaciones positivas de juridicidad. El criterio material determinará, en cada caso, si la positivación

reviste el carácter de un precepto o el de un principio general y fundamental del derecho".³

"La Constitución constituye un marco jurídico normativo, dentro de cuyos límites se mueven (libremente) las fuerzas políticas y sociales, y –lo que ha de tenerse en cuenta- también los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias."⁴ Su naturaleza normativa implica que sus normas jurídicas son susceptibles de aplicación inmediata por parte de los poderes públicos encargados de la aplicación del Derecho, y no simplemente una serie de principios meramente programáticos que no vinculan a los sujetos y órganos jurisdiccionales; por el contrario debe impartirse la justicia de conformidad con la Constitución y las leyes de la República –Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala-.

Los límites que revelan el carácter fundamental de la Constitución son de diversos tipos: "formales, materiales y genérico-valorativos".⁵ Los límites formales, existen cuando para tomar una decisión se requiere de un procedimiento específico y sólo dentro de éste será válida; los de carácter material lo constituyen aquellos que establecen un contenido intocable de una institución o derecho; y los límites genérico-valorativos, que se derivan del respeto a una serie de valores y principios que se expresan en abstracto en la Constitución, y que no se relacionan con una institución o derecho en concreto, sino que participan de él todos los aspectos presentes y futuros del ordenamiento jurídico, definiendo tales limitaciones mediante valores y principios, que "constituyen el techo ideológico que informa el texto constitucional y que se constituye en mandato para el legislador, para la administración y para el juzgador, que deben tenerlo en cuenta para desarrollar, interpretar y aplicar correctamente la Constitución. Fundamenta el régimen político, vincula a todos los poderes y proporciona elementos básicos para una adecuada interpretación y aplicación de la Constitución."⁶

En cuanto a los límites genérico-valorativos, sientan líneas directrices que han de ser respetadas por todo el ordenamiento, incluso en aquellos aspectos no tratados por las normas constitucionales en forma concreta y desarrollada, por ello su carácter genérico. Todo el ordenamiento jurídico, debe ser interpretado de modo que no colisione con los valores y principios contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, por el contrario, debe promover su realización respondiendo en sentido convergente con ellos.

"Hoy en día,... existe un amplio consenso en estimar que un poder del Estado como es el punitivo tiene que tener definidos sus fines, y por tanto, los postulados o

principios de su sistema de argumentación y de aplicación –tanto en la fase legislativa como judicial- a partir de la definición y configuración que de ese poder del Estado hace la Constitución.”⁷

Tanto el legislador como el juez están vinculados a las prescripciones de la Constitución, garantizándose su control por la Corte de Constitucionalidad.

Al examinar la Constitución Política de la República, se extrae de ella principios generales infranqueables para el ejercicio de la potestad punitiva. Estos principios conforman un programa penal concebido a nivel Constitucional, entendiéndose como tal “el conjunto de postulados político-jurídico y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.”⁸

Tales principios definen el modelo de Estado concebido en la Constitución, caracterizado por ser un Estado de Derecho, Social, Democrático y Personalista, de los cuales se derivan los principios observables en materia de sanciones penales.

A.a. ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho se origina en la relación de tensión entre el individuo y la comunidad (Estado), siendo su núcleo “la idea de libertad, el aseguramiento de una esfera individual frente a la omnipotencia del Estado,... así su función es velar por la libertad y la seguridad del ciudadano frente al poder del Estado”.⁹

“El Estado Liberal Clásico se preocupó por someter el poder al Derecho,”¹⁰ “buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos,”¹¹ basado en principios como el de igualdad.

Hans Kelsen delimita el planteamiento afirmando que por Estado de Derecho se entiende “aquel que responde a las exigencias de la democracia y de la certeza del derecho. En este sentido debe entenderse por Estado de Derecho aquel que posee un ordenamiento jurídico relativamente centralizado, en base al cual la jurisdicción y la administración se hallan vinculados por leyes, esto es, por normas generales emanadas de un parlamento elegido por el pueblo; cuyos miembros del gobierno responde de sus actos; cuyos tribunales son independientes; y donde se garantizan determinadas libertades a los ciudadanos, especialmente la libertad de religión, de conciencia y de expresión.”¹²

Para Luigi Ferrajoli “la novedad histórica del estado de derecho respecto a los demás ordenamientos del pasado reside en haber incorporado, transformándolas en

normas de legitimación interna por lo general de rango constitucional, gran parte de las fuentes de justificación externa relativas al cuando y al como del ejercicio de los poderes públicos".¹³

Esencialmente el Estado de Derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos. Consecuencia de ello es que el súbdito se transforma en ciudadano, es decir en sujeto titular de derechos ya no sólo naturales sino constitucionales frente al Estado, que resulta a su vez vinculado frente a él.

Según Ferrajoli, el Estado de Derecho, como modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones, se caracteriza porque: "a) En el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud de que todo el poder público –legislativo, judicial o administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractos, que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (Tribunal Constitucional); b) En el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, ..."14, gracias a ello no existen poderes sin regulación y actos de poder incontrolables.

El fundamento político externo del moderno estado de derecho está "en su función de garantía de los derechos fundamentales mediante la sanción de la anulabilidad de los actos inválidos: de las leyes, por violación de las normas constitucionales; de los actos administrativos y decisiones judiciales, por violación de las leyes constitucionalmente válidas".¹⁵

El principio del Estado de Derecho es válido para aquellos Estados con separación de poderes aunque sus exigencias son diversas, empero la consecuencia más esencial del principio mencionado es vincular la intervención de los órganos jurisdiccionales a las formas prescritas y admitidas por la ley.

Debido al Estado de Derecho, las Constituciones se estructuran a partir de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad, de modo que se obtenga el desarrollo integral de la persona humana.

En Guatemala, la Constitución Política concibe un Estado de Derecho, lo cual significa que gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego a Derecho. Los

primeros deben ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley, estableciéndolo así el artículo 29. Respecto a los gobernantes, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en los artículos 152 y 154 que el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones señaladas por la Constitución y la ley, siendo los funcionarios depositarios de la autoridad, sujetos a la ley y jamás superiores a ella.

Finalmente el Estado de Derecho desde el plano formal debe ser trasladado a la realidad, recordando lo que afirma Luigi Ferrajoli así: "jueces y juristas institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, reformadores de profesión, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo"¹⁶, siendo entonces tarea de todo estudioso del derecho promover la plena observancia del Estado de Derecho.

A.b. EL ESTADO SOCIAL

A.b.1. TRANSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL

El individualismo, así como el apoliticismo y la neutralidad del Estado de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos.

Heinz Zipf, expone que "El sistema de los derechos subjetivos forma el núcleo del Estado de Derecho liberal, brillantemente construido, con la tutela de los derechos fundamentales. Empero a la construcción le falta un pilar: el aspecto social, el interés de la totalidad."¹⁷ Esto hizo necesario transitar a la escala evolutiva siguiente: el Estado Social.

El Estado Social tuvo un origen híbrido, por un lado la conquista política del socialismo mundial manifestada inicialmente por la Constitución de Weimar, y por otro el pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro.

El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho plantea las siguientes cuestiones:

- a. Se atribuye a los poderes públicos la consecución de la procura existencial, responsabilizando a la Administración la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino de los derechos

fundamentales de carácter económico social y cultural.

- b. El Estado Social pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal.

Esta transición advierte dos posturas fundamentales:

- a. La interpretación de Carl Schmitt respecto a la Constitución de Weimar, que traza una separación entre la Constitución como forma jurídica del Estado y el funcionamiento del poder, en su incidencia y condicionamiento por los conflictos sociales, vaciando de contenido la pretendida dimensión social. A su entender el elemento definitorio del Estado de Derecho aparece ligado a la Constitución, mientras que la función social del Estado se vincula a las tareas propias de la Administración. Debido a ello el Estado de Derecho y el Estado Social no son la misma cosa y son ideas antitéticas.
- b. Para otros, el paso del Estado liberal al Estado social ha supuesto una radical mutación en su propia significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado haya dejado de ser Estado de Derecho. Se insiste en que, sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de Derecho, el Estado social ha supuesto además la garantía material de los postulados y libertades formales proclamados por el Estado de Derecho, lo que ha exigido profundos cambios en sus técnicas operativas. Entraña para éste sector de la doctrina un compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social, postura que resulta más adecuada.

A.b.2. ANTECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL

El concepto de Estado Social surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, que atenta contra la igualdad jurídica reconocida a los individuos por las normas constitucionales. Von Liszt es quien empieza a sintetizar las ideologías liberal y social en su política criminal procurando un equilibrio entre ambas exigencias.

Dicho concepto (Estado Social) ha ido variando en el tiempo, desde las ideas de Ferdinand Lassalle, que se vierten en sus discursos de 1862 y 1863, donde sostiene que el Estado es el instrumento de transformación social por excelencia y su función histórica es liberar al ser humano de la miseria, la ignorancia y la impotencia a la que se ha visto sometido desde el comienzo de la historia; pasando por el pensamiento de Lorenz Von Stein, quien basado en la existencia de una clase dominante que se ha apoderado de

la conducción del Estado, y de una clase dependiente que no tiene acceso a los bienes espirituales (educación), ni a los materiales (propiedad), propone que el Estado haga posible para la clase inferior la adquisición de aquellos bienes, lo cual se logra mediante una reforma política de contenido social realizada desde el Estado, utilizando un conjunto de medidas y leyes que posibiliten a todos los individuos la adquisición de esos bienes a través del trabajo. Estas ideas propugnan a la armonía social como desideratum del Estado Social.

“La noción de Estado de derecho debe ser, en consecuencia ampliada para incluir también la figura del Estado vinculado por obligaciones además de prohibiciones. Diremos por consiguiente que cuando un ordenamiento constitucional incorpora sólo prohibiciones, que requieren prestaciones negativas, en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracteriza como estado de derecho social”.¹⁸

El concepto de Estado Social de Derecho, delineado en los párrafos anteriores, ha sido incorporado a Constituciones de otros países, como la Española de 1978, o la Colombiana de 1991, la Alemana, la Argentina, la de Costa Rica o la de Paraguay, por ejemplo.

A.b.3. CONCEPTOS ACTUALES

Los derechos sociales tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad; se trata de proteger a los individuos en el seno de sus situaciones concretas en la sociedad. Los derechos individuales determinan la esfera en la cual los individuos pueden actuar libremente, mientras que los derechos sociales tienden a obtener la intervención del Estado para satisfacer algunas exigencias de los ciudadanos que se consideran fundamentales.

El principio del Estado Social se hace necesario en todos aquellos casos en que, no resulta suficiente la concesión de derechos al ciudadano frente al Estado, siendo imperativo la promoción activa del Estado, de tal suerte que se ponga al interesado efectivamente en situación de poder defender sus derechos de facto.

El Estado Social va a reforzar la protección jurídico-constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes. El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber

de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. Como valor jurídico, no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.

A.b.4. CARACTERISTICAS DEL ESTADO SOCIAL

Las notas características del Estado Social son expuestas por Ricardo Combellas, así: "El Estado Social de Derecho se define a través de la conjunción de un conjunto de notas, todas consustanciales al concepto, y que contribuyen a delimitarlo de manera clara, precisa y distinta.

a) La nota económica. El Estado dirige el proceso económico en su conjunto. Es un Estado planificador que define áreas prioritarias de desarrollo, delimita los sectores económicos que decide impulsar directamente o en vinculación con el empresariado privado, determina los límites de acción de éste, dentro de variables grados de autonomía, en fin, el Estado Social pretende ser, al conformar la vida económica, el conductor proyectivo de la sociedad.

b) La nota social. Estado Social es el Estado de procura existencial. Satisface, por intermedio de los individuos. Distribuye bienes y servicios que permiten el logro de un estándar de vida elevado, convirtiendo a los derechos económicos y sociales en conquistas en permanente realización y perfeccionamiento.

Además, el Estado Social es el Estado de integración social, dado que pretende conciliar los intereses de la sociedad, cancelando así los antagonismos clasistas del sistema industrial.

c) La nota política. El Estado Social es un Estado democrático. La nota democrática es consustancial al concepto de Estado Social. La democracia entendida en dos sentidos armónicos interrelacionados: democracia política como método de designación de los gobernantes, y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad. Como ha apuntado Abendroth: 'En el concepto del Estado de derecho democrático y social, la democracia no se refiere sólo a la posición jurídica formal del ciudadano del Estado, sino que se extiende a todos sus ámbitos de vida, incluyendo el orden social y la regulación de las necesidades materiales y culturales del ser humano'.

d) La nota jurídica. El Estado Social es un Estado de Derecho, un Estado regido por el derecho. La idea del derecho del Estado Social es una idea distinta a la idea del derecho del liberalismo. Es una idea social del derecho que pretende que las ideas de libertad e igualdad tengan una validez y realización efectiva en la vida social. Tal idea

social del Derecho es material, no formal, exige la materialización de sus contenidos valorativos en la praxis social.

Los valores de la justicia social y de la dignidad humana son los dos valores rectores de la concepción del Estado Social de Derecho. La justicia social como la realización material de la justicia en el conjunto de las relaciones sociales; la dignidad humana como el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, el despliegue más acabado de las potencialidades humanas gracias al perfeccionamiento del principio de la libertad.”¹⁹

A.b.5. DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL

Luigi Ferrajoli diferencia el estado liberal del estado social, en la siguiente forma:

“a. El estado liberal contiene normas negativas que se traducen en prohibiciones dirigidas a los órganos de poder, y el estado social está vinculado a normas positivas que contiene mandatos dirigidos a los órganos de poder.

b. El estado liberal contiene obligaciones de impedir, en tanto que el estado social contiene obligaciones de satisfacer. La legitimación del estado cambia, mientras en el estado de derecho liberal debe sólo no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, el estado social debe mejorarlas; debe no solo no representar un inconveniente, sino constituir una ventaja.

c. Las garantías liberales o negativas basadas en prohibiciones, sirven para defender o conservar las condiciones naturales o pre-políticas de existencia, verbigracia la vida, las libertades, etc., las garantías sociales o positivas basadas en obligaciones permiten por el contrario pretender adquirir condiciones sociales de vida; el trabajo, la salud, la vivienda, etc.

d. Debido a las garantías liberales no sobre todo se puede decidir, y por las garantías sociales no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría.

e. Las garantías liberales son dirigidas al pasado, con función conservadora, las segundas miran al futuro y son innovadoras.”²⁰

A.b.6. EL ESTADO SOCIAL GUATEMALTECO

Los regímenes constitucionales occidentales prometen, explícita o implícitamente realizar un Estado Social, definiendo en sus capítulos los Derechos Económicos y Sociales, tal es el caso de Guatemala, que desarrolla a partir del artículo 47 de la Constitución Política los Derechos Sociales, de los cuales afirma la Corte de Constitucionalidad que “constituyen pretensiones que encierran prestaciones que

individual o colectivamente pueden exigir los ciudadanos al Estado.”²¹

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, no recogió explícitamente el concepto de Estado Social, sin embargo entre su normativa se encuentran disposiciones de contenido social, de igual entidad y características a las contenidas en las Constituciones que implantan el Estado Social. Por ejemplo, el artículo 39 garantiza la propiedad privada, y permite el ejercicio de este derecho para el progreso individual y el desarrollo nacional de los guatemaltecos, hallándose el Estado facultado a expropiarlo por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público conforme al artículo 40 de la Constitución.

El artículo 43 de la Constitución Política reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, la que puede ser limitada por motivos sociales. De igual contenido social se conforma el artículo 44 que contempla lo relativo al interés social, el cual prevalece sobre el interés particular.

Respecto al régimen económico y social la Constitución indica en el artículo 118 que “El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social” y además, el artículo 119 literal d) de la Constitución, contempla entre las obligaciones fundamentales del Estado “Velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurando el bienestar de la familia.”

Estas características son propias del Estado Social en la forma expuesta. Debido a ello se hace necesario definir el interés social, concepto que es entendido como “una noción ligada a la protección estatal de determinados grupos de la población del país, a quienes se reconoce no están en igualdad de condiciones con las otras personas con quienes se relacionan en una específica actividad, y por lo tanto se les defiende para evitar que esa condición desigual en que se encuentran obre contra ellos y se les cause un daño patrimonial, o se les lleve a una calidad de vida ínfima o peligrosa que crearía tensiones sociales.”²²

El Estado social debe revelar un tipo de Estado que tienda a crear una situación de bienestar general que garantice el desenvolvimiento de la persona humana, permitiendo su integración y participación en la vida social, de modo que pueda beneficiarse del progreso colectivo a fin de lograr su desarrollo integral, mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista, todos los actores sociales tienen un rol que cumplir, y las políticas, los programas y los planes de desarrollo ya no son de responsabilidad exclusiva del gobierno, sino que se espera que la Sociedad Civil participe organizadamente para lograr que todas y todos puedan vivir dignamente.

Herman Heller y Elías Díaz, consideran al Estado Social, como “una etapa de transición, para el primero hacia el socialismo (de ahí la provisionalidad del Estado Social), y el segundo hacia el Estado Democrático de Derecho.”²³ Siguiendo la opinión de Elías Díaz, a continuación se estudia el Estado Democrático.

A.c. ESTADO DEMOCRATICO:

La exigencia de que el Estado de Derecho supusiera la realización material de las aspiraciones y necesidades reales de la sociedad, unido al desencanto producido por la pervivencia y aparición de fenómenos claramente contrarios a ese logro en el Estado social de Derecho, ha motivado al esfuerzo doctrinal del sector progresista a potenciar la virtualidad del principio democrático en el seno del Estado social de derecho. Estas posturas teóricas no proponen la conformación de un Estado democrático como alternativa al Estado de Derecho y Social, sino que, insisten en la íntima y necesaria conexión de los principios democrático, social y de derecho, frente a las interpretaciones conservadoras que impugnaban la posibilidad de su complementariedad y abogaban por una interpretación fragmentaria y programática de tales principios.

Ferrajoli señala que el Estado de Derecho, equivale a la democracia, “en el sentido de que refleja más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos.”²⁴ Y, distingue entre democracia sustancial o social como el “estado de derecho” dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al “estado político representativo”, es decir basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad.

El Estado Democrático pretende tutelar al individuo y sus derechos de participación política, siendo lo característico de este Estado vincular los contenidos sociales con el pluralismo. Se funda en el principio de soberanía popular, que impone una participación efectiva del pueblo en los asuntos públicos, participación que no se circunscribe a la simple formación de instituciones representativas, que constituye un estadio de evolución del Estado, sino representación y participación en todo su desenvolvimiento.

El principio democrático debe ser entendido como garantía general de los derechos fundamentales de la persona humana, y que instaura un proceso de efectiva incorporación de todo un pueblo a los mecanismos de control de decisiones.

En ese orden, se denomina Estado Democrático a aquél que irradia los valores de la democracia, sobre todos sus elementos constitutivos, que enriquece de sentido

popular para ajustarse a intereses colectivos. Consiste básicamente en un proceso de convivencia social de una sociedad libre, justa y solidaria, en la cual el poder emana del pueblo, que se basa en un sistema participativo, pluralista y de diálogo entre opiniones o pensamientos divergentes. Por lo que entre mayor será el grado de participación que se le conceda al pueblo, más democrático será el Estado.

En un Estado democrático el orden jurídico es producido y ejecutado por aquellos sobre quienes va a regir, es decir, que la ley está formada por los mismos que a ella están sometidos. Para éste cometido los partidos políticos resultan indispensables, desarrollando una función de organización de multitudes, recogen y dan forma a sus aspiraciones y presentan a consideración del poder público cuando son minorías, ejerciendo una función de oposición, como fiscalizadores de la integridad de las libertades públicas, la honradez de los actos de gobierno y el acierto administrativo. El funcionario público siendo un representante estatal, tiene el deber de cumplir funciones propias del Estado en beneficio de los ciudadanos y en aras de la conservación del orden social, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

El Estado Democrático permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el Derecho penal; pues sólo en los sistemas democráticos, fruto del equilibrio de poderes, el poder está limitado fáctica, política y jurídicamente. Fácticos, los que se derivan del equilibrio de grupos de poder en un sistema democrático, normativos o jurídicos los que se derivan del propio sistema jurídico, entre los que destaca en primer lugar la Constitución Política, seguida por los principios acogidos como garantistas o limitadores en un sistema jurídico, tales como el principio de intervención mínima, de culpabilidad, etc., además somete la prevención a límites.

José Alfonso Da Silva destaca que los principios que caracterizan a un Estado Democrático son: "a) Principio de Constitucionalidad, que se funda en la legitimidad de una Constitución rígida, emanada de la voluntad popular, dotada de supremacía y que vincula a todos los poderes del Estado; b) Principio democrático, que constituye una democracia representativa, participativa y pluralista, como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales; c) Un sistema de derechos fundamentales individuales y colectivos; d) Principio de justicia social de orden económico y social; e) Principio de igualdad; f) Principio de División de poderes; g) Principio de legalidad; y h) Principio de Seguridad Jurídica."²⁵

Con base a lo anterior, se estima que el Estado Democrático se fundamenta en elementos aportados por el Estado de Derecho y el Estado Social, con el fin de lograr su tarea fundamental consistente en superar las desigualdades sociales e instaurar un

régimen democrático que realice la justicia social, procurando que la ley provoque directamente en la realidad, transformaciones políticas, económicas y sociales.

El Estado guatemalteco se caracteriza por ser democrático, partiendo de que la Constitución Política establece:

- a. Que el Estado garantiza la participación ciudadana en la formación de los organismos. En relación a ello el artículo 136 de la Constitución otorga a los ciudadanos derechos y deberes, entre éstos elegir y ser electos, velar por la libertad y efectividad del sufragio, optar a cargos públicos y participar en actividades políticas. Respecto a éste último, el artículo 223 garantiza la libre formación y funcionamiento de las organizaciones políticas.
- b. Es admisible también el control ciudadano sobre el ejercicio del poder, que comprende el derecho de petición individual o colectiva contenida en el artículo 28, así como el ejercicio de acciones públicas tal como lo establece el artículo 45 en aquellos casos en que se pretenda enjuiciar a los infractores de los derechos humanos, declarando legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución. El control del poder también se configura en el artículo 136 literal f) de la Constitución al indicar que es un deber de todo ciudadano “Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República.” Son también medios de control ciudadano las garantías constitucionales de exhibición personal, amparo e Inconstitucionalidad de las leyes contempladas a partir del artículo 263 de la Constitución Política de la República, desarrolladas en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.
- c. El reconocimiento del pluralismo por la Constitución Política constituye un rasgo democrático, abarcando los aspectos multicultural, multilingüe y multiétnico. Así el artículo 58 preceptúa que: “Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”. Otro reconocimiento se encuentra en el artículo 66 de la Constitución, al mencionar que “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombre y mujeres, idiomas y dialectos.”

- d. Caracteriza también al Estado Democrático, el reconocimiento de derechos que permiten que los ciudadanos expresen con libertad, en forma individual o colectiva, su parecer respecto a asuntos públicos, la defensa de intereses colectivos o simplemente la adopción de creencias personales. Entre éstos se encuentra el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de emisión del pensamiento, y la libertad de religión contenidos en los artículos 33, 34, 35 y 36 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Estos derechos se traducen en libertades para los individuos, porque pueden adoptar una ideología o una creencia, exentos de la imposición coactiva del Estado, quien debe respetar de cada uno su dignidad y diversidad como atributos humanos, dado lo impenetrable de su personalidad.

A.d. ESTADO PERSONALISTA

Por regla general, los ordenamientos constitucionales sitúan en el centro del sistema de protección de los derechos fundamentales a la persona humana, y su función es la de garantizar y favorecer el desarrollo de dichos derechos. Sin embargo, debe precisarse que la persona a la que los textos constitucionales reconocen una posición de centralidad, no es el individuo aislado, sino la persona considerada en su proyección social. Los sujetos tutelados por las constituciones no son individuos abstractos, sino personas concretas consideradas en su existencia histórica y material.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considera que la persona humana ha sido dignificada por los pueblos americanos, quienes a nivel constitucional, tiene como fin principal de las instituciones jurídicas y políticas la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

La Constitución Política configura un Estado que se organiza para proteger a la persona humana –artículo 1-, desarrollando entre sus primeros artículos lo relativo a los derechos humanos individuales, y contempla claramente una interpretación evolutiva y constructiva de los diferentes derechos fundamentales pertenecientes a la persona en el artículo 44, que establece que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona. Así, el Derecho se constituye en garante institucional de la persona; y el Estado es para el hombre un servidor, y no éste de aquél.

La persona debe ser protegida contra el abuso de poder, ya que todo poder no

regulado tiende al abuso. Esta protección exige un estatuto público de la persona y una limitación constitucional del Estado.

Existe una estrecha relación entre los derechos fundamentales de la persona y la justicia constitucional consistente en el hecho de que ambos representan dos bases del constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como Estado Democrático y Personalista.

El carácter personalista del Estado, "se refiere a la tutela y la promoción del ser humano, estrechamente relacionado con el Constitucionalismo. Los derechos fundamentales nacen con la Constitución, y se ha dicho que el Derecho Constitucional nace junto con los derechos de la persona. Son los derechos que abren el terreno al constitucionalismo, a sus técnicas y a su evolución".²⁶ Esto se justifica en el plano teórico como histórico. Por lo que respecta al primero es suficiente fijarse en las finalidades y los valores que han animado al Constitucionalismo, que nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder público del Estado moderno: viene a ser su razón de ser en la afirmación de la noción de poder limitado. Desde la perspectiva histórica, desde la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirma "que toda sociedad en la que no están garantizados los derechos no tiene una Constitución", introduciendo un nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pueden ser considerados como elemento que caracteriza la forma de Estado (Estado personalista), desde el momento que pertenece a los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución de un determinado país.

Explica Ferrajoli que al formarse los modernos estados constitucionales, el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, entre ellos el valor de la persona humana, consagrándose como principio normativo fundamental, de carácter inviolable, personalísimo o indisponible.²⁷

Gran parte de la doctrina entiende que "los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las Constituciones Estatales. Recientemente en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho."²⁸

El juicio de constitucionalidad realiza también, una función de garantía característica del moderno Estado a favor de los derechos fundamentales de los

individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno.

La relación entre justicia constitucional y derechos fundamentales también pueden ser analizado en el plano de la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Se trata –utilizando las palabras de la Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional (Guatemala, 1992)- de considerar que “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los derechos fundamentales.”

Se admite normalmente que los derechos de la persona se asocian a la actividad de los jueces constitucionales, considerando que los derechos de la persona sean efectivamente tales, su tutela constituye un límite, no sólo para la autoridad administrativa y los magistrados, sino también para el legislador.

Es innegable que toda la actividad estatal está referida a la persona en convivencia, responsable de su comportamiento dentro de la estructura cultural y social en que se halla inserto, está llamada a desarrollar su individualidad en su entorno social; ello le otorga al Estado el carácter personalista, obligándolo a la defensa de la dignidad humana dada la intangibilidad de este valor.

En el ordenamiento Constitucional guatemalteco, la dignidad de la persona constituye un derecho fundamental en el sentido expuesto anteriormente, e impone al Estado el deber de garantizar y proteger a las personas, de ahí que se caracteriza por ser personalista. Por tal razón el Estado se constituye en un medio garantizador de la dignidad de la persona, la totalidad de la constitución del Estado y de la actividad del Estado ha de configurarse y aplicarse desde este sentido último y supremo objetivo. La persona es el sujeto y fin del orden social, reconociéndose su primacía desde el preámbulo Constitucional guatemalteco. Con ello se impone al Estado una función de servicio al ciudadano, a quien garantiza y protege su dignidad.

Desde el preámbulo de la Constitución se aprecia que se reconoce la primacía de la persona humana. En el artículo 1º, de la misma se señala que “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; ...”, y finalmente el artículo 140 indica que Guatemala como Estado libre, independiente y soberano, se organiza para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades. Todo ello fundamenta el carácter personalista del Estado.

Se concluye que el Estado de Derecho guatemalteco, es social, democrático y personalista, lo que equivale a sostener que se pretende un proyecto único hacia la

expansión de los derechos de los ciudadanos, y correlativamente de los deberes del Estado, maximizando las libertades y expectativas, y minimizando los poderes, en suma pretende un derecho penal mínimo y garantista, con el fin de reducir la violencia social y de la propia violencia que implica el ejercicio del ius puniendi.

NOTAS

1. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 17-09-86, expediente No. 12-86, Gaceta No. 1 Disco compacto 2001.
2. Pérez Luño, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, pág. 74.
3. Ibid. Pág. 77.
4. Pérez Guerra, Luis et al. Derecho Constitucional Volumen I El Ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos, pág. 30.
5. Loc. Cit.
6. García Laguardia, Jorge Mario. Política y Constitución en Guatemala La Constitución de 1985 y sus Reformas, págs. 82-83.
7. Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo et al. Lecciones de Derecho Penal Parte General, pág. 39.
8. Ibid. pág. 40.
9. Zipf, Heinz. Introducción a la Política Criminal, págs. 24-25.
10. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General, pág 53.
11. Loc. Cit.
12. Pérez Luño Antonio E. Op. Cit., pág. 239.
13. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón, pág 354.
14. Ibid., pág. 857.
15. Ibid., pág. 356.
16. Ibid., pág. 696.
17. Zipf, Heinz. Op. Cit., pág. 27.
18. Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., pág. 861.
19. Combellas, Ricardo. Estado de Derecho, Crisis y Renovación. pág. 401.
20. Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., pág. 862.
21. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Sentencia del 26-05-88, expediente número 87-88, Gaceta número 8, Disco compacto 2001.
22. Cabrera Romero, Jesús Eduardo. Las Iniciativas Probatorias del Juez en el Proceso Civil regido por el Principio Dispositivo, pág. 262.
23. Heller, Herman. Escritos Políticos, pág. 4.
24. Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., pág. 864.
25. Da Silva, José Alfonso. El Estado Democrático de Derecho, pág. 9.
26. Rolla, Giancarlo. Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional, pág. L27.

27. Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., pág. 355.
28. Pérez Luño, Antonio E. Op. Cit., pág. 30.

CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República de Guatemala concibe un Estado de Derecho, Social, Democrático y Personalista, que esencialmente pretende la tutela de los derechos fundamentales y el imperio de la ley.
2. Que con base a dicho modelo de Estado, se pretende esencialmente maximizar las libertades, adoptando un modelo garantista y reducir al máximo la violencia social.

RECOMENDACIONES

1. Que el modelo de Estado definido en la Constitución Política de la República de Guatemala se constituya como marco general en que la administración de justicia penal, de modo que la máxima aspiración de ésta actividad sea la protección de los valores concebidos en dicho cuerpo normativo.
2. Que los operadores de justicia penal al desarrollar su función se despojen de directrices puramente personales y mecanizados, para converger en conjunto en la búsqueda de un sistema de justicia más humano y respetuoso de los principios y valores Constitucionales, proscribiendo así un sistema tradicional y arbitrario de administración de justicia, haciéndola dinámica, garantista, plural y científica.

BIBLIOGRAFIA

Cabrera Romero, Jesús Eduardo. Las Iniciativas Probatorias del Juez en el Combellas, Ricardo. Estado de Derecho, Crisis y Renovación.

Corte de Constitucionalidad. Gacetas, Disco compacto 2001.

Da Silva, José Alfonso. El Estado Democrático de Derecho.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón.

García Laguardia, Jorge Mario. Política y Constitución en Guatemala La Constitución de 1985 y sus Reformas.

Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo. Lecciones de Derecho Penal Parte General.

Heller, Herman. Escritos Políticos.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General.

Pérez Guerra, Luis. Derecho Constitucional Volumen I El Ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos.

Pérez Luño, Antonio E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.

Rolla, Giancarlo. Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional.

Zipf, Heinz. Introducción a la Política Criminal.

AREA
DERECHO CIVIL

LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL Y SUS INGERENCIAS LEGALES

PONENTE:

**Licda. Ana Vilma Días Lemus de
Martínez**

INTRODUCCIÓN:

Tomando en cuenta que hoy por hoy, tenemos legislados a “grandes rasgos”, aspectos tan importantes y poco estudiados o investigados en nuestro medio, pero que quienes nos desenvolvemos en lo jurídico legal tenemos que saber el significado de términos como: Inseminación Artificial, Inseminación fraudulenta, experimentación, provocación de embarazo... etcétera. Termino que hace unos quince años ni imaginábamos tendríamos que conocer o por lo menos entender, para un correcto desenvolvimiento de lo cotidiano del que hacer del profesional del derecho.

Actualmente como referencia de lo legislado tenemos que: en el Capítulo VII del Código Penal se nos habla de “LOS DELITOS DE INSEMINACIÓN” y de conformidad con este capítulos están tipificados tres delitos que son: Artículo 225ª Inseminación Forzosa, Artículo 225B Inseminación Fraudulenta, Artículo 225C Experimentación, Artículos en los cuales en su tipificación hacen referencia a: ...utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial...” “...Alterare fraudulentamente las condiciones pactada para realizar una inseminación artificial...” “...Realizar experimentos destinados a provocar su embarazo...” “No se consideran experimentos los diversos intento para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimenta y aprobada.”.

En tal virtud quiero aprovechando este congreso Jurídico Landivariano hacer un pequeño aporte de mi experiencia obtenida, de tantas investigaciones que he realizado con respecto a este tema con el fin de plantar en el alumno y el profesional Landivariano la semilla de la inquietud al respecto de este tema tan complejo, poco investigado y legislado en nuestro medio que deja al derecho, muy atrás de lo que es el avance de la investigación medica-científica en este tema.

LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL Y SUS INGERENCIAS LEGALES

1. OBJETIVOS:

En virtud de que resulta penoso para los Profesionales del Derecho, tener que reconocer, entender, y ante todo aceptar que la ciencia médica a avanzado a pasos agigantados, tanto así que el sistema jurídico en si ya se quedó muy atrás de lo que es el lo jurídico, esto implica que en nuestro país esta caminando la ciencia médica sin el respaldo de lo legal.

No es ningún secreto que para ninguno que La Biología Celular y Molecular, ha ampliado sus horizontes, y en cada uno de ellos ha hecho acto de presencia la ética profesional de los científicos y los médicos, y a renglón seguido se ha evidenciado imposibilidad en este punto de acudir a lo jurídico para conseguir normas que señalen lo ilícito y lo justo o lícito en una materia tan delicada como es la creación de vidas humanas, fuera del marco natural.

Es por ello que el presente trabajo lleva como objetivo primordial una acercamiento mínimo con el tema de la PROCREACIÓN ARTIFICIAL, en virtud de que resulta de suma importancia analizar, conocer y reflexionar como profesionales del derecho, sobre la realidad en nuestro país con respecto a este tema, que está en la televisión, el cine, los periódicos, en Internet, etc. y que puede tocar en nuestras vidas o nuestro desenvolvimiento profesional.

2.- FINES DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL:

¿CUÁL ES EL FIN DE LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL?

EN EL MATRIMONIO:

Veámoslo en primer lugar desde el punto de vista deontológico: Tenemos que el fin más importante que es PRESERVAR LA ESPECIE... o veamos si nos gusta más la palabra Bíblica... de "CRECED Y MULTIPLICAOS"...

Luego haciendo un análisis de EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL, y tenemos que desde el punto de vista legal: Es la unión de dos personas con el fin de... procrear..., crear y alimentar a los hijos.

Aquí podemos reflexionar en cuanto al concepto de Familia..., y tenemos que es finalmente la "base fundamental de la Sociedad".

DE LA PATERNIDAD:

Veamos un concepto Legal: (De conformidad con nuestro ordenamiento civil) . Luego podemos concluir que para los estudiosos del Derecho no es más que un LAZO JURDICO, entre el padre y sus hijos.

Sean estos hijos biológicos o no, encontramos en este punto los hijos adoptivos, los reconocidos dentro o fuera del matrimonio, y el más sublime que es el mismo de San José, a quién a través de la doctrina cristiana hemos conocido como PADRE PUTATIVO.

DE LA FILIACIÓN:

Veamos el concepto Legal de conformidad con nuestro ordenamiento Civil vigente.

Tenemos que EN EL SENTIDO BIOLOGICO: Es la relación entre el Generado y Generantes.

EN EL SENTIDO JURIDICO: Es el vínculo que une al progenitor con el hijo reconocido por el Derecho, o sea las leyes. Vínculo del que nacen deberes y Derechos del uno con el otro.

LA PESONALIDAD: (no nos detendremos mucho aquí pero tratemos de aclarar o conceptualizarla) Veamos un concepto legal de conformidad con el condigo Civil también.

Tomémoslo como: La Diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra y por ende ésta jurídicamente representa la aptitud para ser sujeto de Derecho. ... Y nos preguntamos: ¿donde comienza ésta?

3.- PROBLEMAS FISICOS:

A) LA ESTERILIDAD: Implica una causa irreversible de corregir médicamente, y por lo tanto la única posibilidad de una pareja a tener hijos ante este problema es la ADOPCIÓN.

B) LA INFERTILIDAD:

Implica una causa corregible a través de los métodos que, más adelante daré a conocer, cuyo último recurso es la fertilidad asistida como son entre los más usados: método de GIFT y de Bebe Probeta. Los cuales se practican cuando se determina que son parejas infértiles ya sea por naturaleza o debido a una Diatrogenia (Daños causados por un médico, por una obstrucción en las Trompas de Falopio, o un bajo conteo de Espermatozoides, por ejemplo.)

Con lo que concluimos que son "anormalidades" que pueden deberse a distintas situaciones tanto por parte del hombre como de la mujer.

CITO A CONTINUACIÓN ALGUNOS:

4.- METODOS DE PROCREACION ARTIFICIAL

Entre las distintas Técnicas Biológicas de Procreación Artificial que en Guatemala, se practican están las siguientes:

LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL: Es como lo indica su nombre un fecundación provocada, artificialmente, porque no existe contacto sexual inmediato de los órganos genitales, sino que se realiza a través de las distintas técnicas las cuales varían dependiendo del problema que las produce. Por lo que tenemos entre otras, las más comunes:

1.-**INSEMINACIÓN:** Toma su nombre de la etimología misma de la palabra y es la introducción de esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto al acceso carnal. Y entre las variantes tenemos:

- a) INSEMINACIÓN HOMÓLOGA O AUTO INSEMINACIÓN:** Hace referencia en cuanto a la procedencia del esperma en este caso es del Esposo.
- b) INSEMINACION HETEROLOGA ó HETEROINSEMINACIÓN:** Al contrario de la Anterior hace referencia a la inseminación de la mujer (esposa) con esperma de un tercero.

2.-**TRANSPLANTE DE OVARIO:** Se practica en el caso de que un mujer por diversas circunstancias sus ovarios no funcionan, con la producción de óvulos, ante lo cual es imposible concebir.

3.-**FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EXTRAUTERINA:** Es la fecundación que se realiza fuera del

útero de la madre, en un laboratorio, con la ayuda de un especialista tales como las que hoy por hoy se practican en Guatemala como el Método de GIFT Y BEBE PROBETA.

5.- APECTOS GENERALES BIOLÓGICOS:

El Óvulo al fecundarse da comienzo a un nuevo ser distinto a los padres con su propio código genético individual.

1) FECUNDACIÓN: Ocurre en las trompas de Falopio. Baja al útero a los 3 o 4 días. Allí queda libre durante 3 o 4 días, o sea a la semana después de ocurrida la fecundación comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana en ocurrir la ANIDACION: La cual al sacar nuestras cuentas, se acepta como regla que concluye dos semanas después de ocurrida la fecundación.

De allí, el fruto de la fecundación prosigue su desarrollo. Déjale embrión de recibir tal denominación, y se le concibe como de FETO, y al final de la 6ta. Semana hasta el alumbramiento con el corte del cordón umbilical adquiere la absoluta individualidad. LA ANIDACION: Es el Criterio decisivo para muchos autores como el Alemán LACADENA, pues supone la unidad o individualidad. Así lo define la sociedad Alemana de Ginecología, que aunque se reconoce que una vida comienza en la fecundación opina que mientras el embrión no está anidado NO SE PUEDE DIAGNOSTICAR EL EMBARAZO. Es por ello que nacen opiniones como el caso de que el embrión producido "In Vitro", no tiene potencialidad para llegar a término sin que sea implantado en una mujer. Con la anidación piensan se completan las probabilidades de vida.

2) LA VIABILIDAD: Considera Vida Humana a la del Feto cuando es viable. Será viable el feto cuya madurez es suficiente para vivir fuera del útero materno, es decir cuando se le pueda considerar " A término", Hoy por Hoy se ha demostrado su total autonomía e independencia respecto de la madre... solo necesita alimento (en sentido amplio) igual que el niño o el adulto.

3) CONFIGURACIÓN DE LOS ORGANOS: Para que la vida sea humana, se requiere forma humana, Hay quién exige diferenciación sexual, concediendo este dato gran importancia para calificarlo de ser humano.

4) EL DIA 14 A PARTIR DE LA FECUNDACIÓN: 1) Unos dice que antes del 14 día la vida

del Cigoto. Es tan escasa que no merece ese carácter. 2) En el caso de la división del Embrión = Gemelos esto ocurre hasta el día 14, hasta esa fecha se define la individualidad indiscutiblemente.

LA FECUNDACIÓN COMO COMIENZO DE LA VIDA:

Con la fertilización del óvulo por el espermatozoide se da origen a un nuevo código genético individualizando allí está ya la persona.

En cuanto a cuando comienza la vida LACADENA Dice que es en el momento de la fecundación puesto que dos realidades distintas OVULO Y ESPERMATOZOIDE, surge una nueva realidad un Cigoto con dos Prenucleos , que tiene su propia potencialidad y autonomía genética, ya que aunque depende de la madre para subsistir su desarrollo se va a realizar según su propio programa Genético.

ANIMACIÓN:

La animación con la Concepción es actualmente la doctrina de la Iglesia Católica. El Profesor de Medicina de Lovaina Fienus en 1620 dijo: "El Alma se recibe al 3er. Día de la concepción". Otro autor Paolo Zachia dijo "El Alma racional se crea y se recibe en el momento de la Concepción".-³

En las conclusiones del Congreso Suizo se estableció que: "EL EMBRION, Un Hombre" independientemente del origen de la vida el sistema normal de fecundación habla de la partogénesis. Así: el embrión obtenido por fecundación se divide en dos o tres nuevos, embriones "un Hombre habría comenzado en la fecundación y los otros tres en el momento de producirse la separación, en embriología se considera que tal separación equivale a una fecundación, es como si se hubieran provocado otras fecundaciones. CONCLUSIÓN: "La vida comienza en la concepción: por la fecundación natural o procedimientos equivalentes" ES EL SOPLO DE VIDA.

6.- ASPECTOS LEGALES ACTUALES:

¿QUE ES PERSONA : Para SANTO TOMAS DE AQUINO: "Es lo más perfecto de la

³ LORENZO SÁNCHEZ "El Comienzo de la Vida Humana" 1986 Boletín del Colegio de Abogados Ollero Andres

naturaleza. KANT: dijo Es de suyo un fin dotado de valor intrínseco "dotado de divinidad." su esencia.

PERSONA: Es el ente al que se le reconoce la capacidad para ser sujeto de Derecho. En nuestro tema debemos reconocer la otra categoría PERSONA POR NACER: Y son las que están concebidas en el seno materno sin que hayan sido alumbrada...Aquí encontramos la primera discusión... se inicia la persona en el momento de la Fecundación o en el nacimiento, es muy discutido por la doctrina pues mientras algunos autores estiman que la persona SIEMPRE QUE TENGA CODICIONES DE VIABILIDAD, SURGE EN EL PARTO, O mejor dicho en el instante en que el feto es separado del claustro materno.

Mientras otros sostienen que es desde la concepción supeditado al nacimiento en condiciones de viabilidad como en el caso de las donaciones y las sucesiones, e incluso es protegido por la ley penal este feto como en el caso del Aborto.

PERSONALIDAD: (Veamos el aspecto Legalde conformidad con nuestro ordenamiento Civil Vigente): A manera de resumen diré que es "La diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, y por ente está jurídicamente representa la aptitud para ser sujeto de Derecho.

COMIENZO DE LA PERSONALIDAD: Comienza con la concepción , no con el nacimiento, o sea se le llama SUJETO QUE ESTA POR NACER, cuya existencia distinta si bien biológicamente dependiente de la madre ha de reputarse tal jurídicamente si nace con vida.

Vallamos a nuestro problema: EN UNA PROBETA, ¿Esta allí la persona? ¿Qué pasa cuando dentro del experimento existen varios embriones sin implantarse, hasta encontrarse el idóneo o el mejor?

Podemos apreciar lo que señala la Constitución Guatemalteca, y cabe compararlo con el Código Civil Argentino que refuta el Comienzo de la existencia de las persona desde su concepción en EL SENO MATERNO. Con esto establecemos por lo tanto que si no está implantado no hay personalidad... pero nuestras leyes nos crean un problema que solo podríamos análogamente tratar de resolver con las condiciones de viabilidad, pues nos hemos indudablemente quedado, como dije muy atrás, decir concebido en el seno materno antes era redundar pero hoy es importantísimo este punto tomando en cuenta la genética humana.

ASPECTOS JURÍDICOS:

PERSONALIDAD JURÍDICA:

Tomando en cuenta el Principio 4to. De la Declaración de Derechos del Niño aprobada por la asamblea General de la ONU el 20 de Nov. De 1959 se estableció

“Que reconoce la atención INCLUSO ANTENATAL” (Ver convención sobre los derechos del Niño).-

Fue en lo que se fundamentó el Consejo de Europa en el Campo de Procreación al decir:

“Debe tomarse en cuenta el hecho de que LOS EMBRIONES Y FETOS RESULTANTES TIENEN LA POTENCIA DEL DESARROLLARSE EN SERES HUMANOS, Y EN CONSECUENCIA DEBEN SER RESPETADOS Y APROPIADAMENTE PROTEGIDOS.

El Concepto Biológico fundamenta el Filosófico

Sobre el cual se edifica la concepción jurídica de la personalidad.

Es lógico que un embrión viable no puede disfrutar de derechos, Los efectos se mantienen en estado latente (ejemplo una herencia) . Al nacer, cumplir los requisitos inherentes, se conozca su identidad, sexo, si es embarazo múltiple, etc. Podrá ostentar y transmitir esos derechos de los que es titular.

La PERSONA JURÍDICA ANTICIPADA EN VIRTUD DE UNA DIGNIDAD DE LA QUE ES ACREEDOR COMO MIEMBRO DE LA ESPECIE LE HACE MEREDEDOR DE UNA RESPETO Y CONSIDERACIÓN ABSOLUTA. Al no reconocerle esa personalidad jurídica anticipada a un embrión se le degrada al nivel de cosa, u objeto apropiable que permite transferirlo, regalarlo, venderlo, congelarlo, se experimente con él u se destruya.

Es prudente señalar que España (Jurisprudencia del 27 de junio y 11 de junio de 1985) Estimo que el embrión no es sujeto de derecho ni persona, pero que tiene el derecho a la vida. ¿Cómo se puede si no es sujeto de Derechos?

LUIS MARTINEZ CALCERRADA dijo: ³⁵ “El titular puede ser substituido por un representante

³⁵ Derecho Médico Editorial Tecnos Madrid España.

legal".-

CONSIDERACIÓN FINAL:

En un momento de abortos provocados, anticonceptivos, esterilizaciones, donde mueren de inanición los niños, ante el temor de que se agoten los recursos naturales, cuando se trata la superpoblación parece contradictorias esta práctica, propuesta muchas veces a soltera y viudas, Si BIEN ES CIERTO LA MORAL DEBE ADAPTARSE A LA SOCIEDAD EN CRISIS Y SUS NECESIDADES, Y DE ACUERDO A ESTAS NECESIDADES Y NO EN SU CONTRA, SI NO PRESIDE EL BUEN SENTIDO Y SE ANTEPONEN INTERESES PERSONALES AL BIEN COMÚN SE CORRE EL RIESGO DE CAER EN LA INCOHERENCIA.

7.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS:

Estando en el punto de que el embrión humano puede obtenerse en In Vitro, nada impide luego se implantación en un útero adecuado para su gestación que no es la madre biológica y luego del nacimiento entregarlos a sus progenitores, previo pago del alquiler...

Aún nos resulta alucinante la venta de óvulos o de esperma.

Todo puede pasar en Estados Unidos, Alemania, Francia, Japón, Federación Rusa, Argentina, Brasil Costa Rica y Guatemala, países que cuentan con excelentes Bancos de Esperma masculino obtenidos...teniendo el debido cuidado... etc.

Pero lo Fundamental a mi juicio, -y a ello Obedece mi investigación-, es: debemos prefigurar lo más certeramente posible los límites de las aplicaciones que de la investigación biológica y genética hace el hombre

Y PRECISAMENTE ESOS LÍMITES ETICOS SOLO PODEMOS FORMULARLOS EN CADA ÉPOCA A PARTIR DE LO ONTICO.³⁶

Lo difícil es acceder al fundamento ontológico de lo ético, que descubra lo cotidiano, lo positivo el sentido de una institución ética estimativa que nos proporcione el valor y el des valor de las cosas.

Y después ha de venir el planteo de lo jurista, lo que dependerá de su posición y sus

³⁶ Ontología Ciencia del Deber Ser.

propias convicciones y ante todo de su sentido de lo que es justo....-

1) REPLANTEOS JURIDICOS: Los avances analizados pueden llegar a conmovir los cimientos de los mismos principios seculares del derecho... hemos concluido que puede haber concepción sin cópula, en los casos homólogos el hijo concebido es fruto del marido y la mujer. (Veamos el artículo 199 del Código Civil.-)

Esto porque se juzga que sólo durante el matrimonio el coito o cópula fecundante de los cónyuges puede dar lugar a la atribución de legitimidad del hijo sin perjuicio de la legitimación que por aplicación del "favor matrimonial" se acuerda a los hijos que, aún concebidos antes de la celebración del matrimonio nacieren después. (Artículo 209 C.C. : en cuanto a la Filiación Extramatrimonial).

Pero y si esto pasa luego de la disolución....(CASO hijo POSTUMO), Interpretativamente el Código Civil, al respecto contempla en los artículos 202, y 206 sobre la filiación después de los 300 días sobre la impugnación la madre y el hijo pueden tener derecho a justificar la paternidad de aquel. Pero lo que creo se ve limitado en cuanto al artículo 199 del código civil ya visto....-

Veamos la impugnación de la paternidad. Arto. 204. Planteo

- el caso de que el padre esta lejos o va a la guerra..- Y que pasa en los casos de inseminación heteróloga. -Considero que es importante tomar en cuenta la llamada voluntad procreacional que corresponde al marido (A 199 C.C.) y no al donante del semen. (Que dona sin pensar en el hijo como fin persona) como donar sangre a un banco.

Los únicos supuestos que apoyan estas prácticas serían el artículo 203 CC.

-Pero si esto ocurre sin la voluntad del esposo...

DIRECTIVAS BIOLÓGICAS, ETICAS y JURÍDICAS DE LA FLILIACION LEGÍTIMA: El problema constituye límites éticos...

Las categorías jurídicas de LA FILIACIÓN, y en particular al MATRIMONIAL O LEGÍTIMO ES UNA DE ELLA, RECONOCEN EN EL Derecho de Familia un sustento biológico ASI ALUDE AL MATRIMONIO, como institución jurídica que presupone la unión intersexual, ya A LA FILIACIÓN, que PRESUPONE LA PROCREACIÓN. Pero el presupuesto biológico, no se

proyecta como una realidad constituyente de la institución jurídica.

- Hasta el momento como se dijo la filiación sin procreación biológica es la adopción no hay otra forma...

Las conquistas genéticas exigen al jurista ahora conjugar los datos que aquella computa en el espectro e las realidades o posibilidades biológicas con los presupuestos que informa "digámoslo así" la realidad jurídica.

Es importante determinar las directivas fundamentales para ensayar los resultados a que puede conducir la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada INTEGRACIÓN En función interpretativa del derecho vigente.

EL FUNDAMENTO BIOLÓGICO INSTITUCIONAL Y SUS DICOTOMÍAS:

EL DERECHO DE FILIACIÓN MATRIMONIAL se asienta en 2 pilares

- 1) La naturaleza Biológica = Es hijo legítimo porque fue concebido por el marido y la mujer.
- 2) La Naturaleza Institucional = Es legítimo porque es concebido durante el matrimonio.

EL PRIMER FUNDAMENTO IMPLICA UNA EXIGENCIA GENÉTICA, el segundo UNA EXIGENCIA INSTITUCIONAL.

Ambos fundamentos contenidos en el Arto 199 en el Código Civil, presumen que en el matrimonio el padre es el marido.

Es una certidumbre unida a la maternidad. En la inseminación homóloga y el usando el óvulo del esposo y esperma del marido son legítimos, coinciden en ambos supuestos la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial.

Los supuestos de tercería biológica son las prácticas heterólogas. El fundamento institucional no coincide.

Únicamente se reduce a dos los supuestos de Genética Conyugal: Inseminación Homóloga y Fecundación Extrauterina Homóloga.

8.- EL CUESTIONAMIENTO ETICO:

PERMITASEME LA EXPRESIÓN LA INSEMINACIÓN artificial solo facilita el encuentro apto para logra la fecundación en uno y otro caso el punto es que son sin cópula o coito....

INSEMINACION HOMOLOGA: Considerada como "violación Sui de la Ley Natural". La Iglesia Católica condena el medio empleado porque dice que el matrimonio no tiene como objeto el descendencia sino los actos naturales que son incapaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella, la fecundación Artificial viola la ley natural y es contraria a derecho y la moral... es importante verlo por la relevancia...hablar de Galileo Galilei hace 4 siglos...hoy ninguna jerarquía lo sostendría. O sea hoy deben reformarse...

Sin embargo el Canon 1081 del Código del Derecho Canónico, es el hombre el que a través de la ciencia ha logrado gracias a la razón superar carencias naturales, como cuando extirpa un tumor...transplante de riñón...

Por lo tanto esta técnica no afronta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar siendo posible la fertilidad de los cónyuges.

INSEMINACION HETEROLOGA DENTRO DEL MATRIMONIO: El supuesto de ética radica en que los esposos por un acto de voluntad, aceptan la intervención de un tercero éste no tiene ningún lazo, ³⁷ Se habla también de que el que la INOCULACIÓN DEL SEMEN SUPONE, LA FECUNDACIÓN ADULTERINA

Pero en todo esto existe un pero, y es que no transmite el hombre sus componentes genéticos, y por ello se dice que es contrario a la naturaleza.

En lo persona sin embargo y adaptado a nuestra realidad considero que la Inseminación Heteróloga conlleve un acto similar al adulterio, en su valoración ética pues éste requiere UNA ENTREGA DEL CUERPO", Reprobada moralmente por el esposo o esposa, pues se trata de una relación sexual extramarital. Solo se debe estar claro que si se introduce un componente genético extraño a quienes institucionalmente serán padre y madre.

³⁷ El Papa Pío XII: en el discurso de Médicos Católicos de 1946, dijo que el que da la vida a un ser la naturaleza le impone el deber de su alimentación, cuidado, educación, etc. ASÍ COMO DE QUE ERA CONVERTIR EL SANTUARIO DOMÉSTICO EN UNA LABORATORIO BIOLÓGICO.

INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA FUERA DEL MATRIMONIO: No debe ser método capricho fecundativo...Se presume patológico, en una mujer soltera, y pero aún en caso de mujeres y padres ideales como ocurrió en el holocausto NACI en experimentaciones eugenésicas. Ni que decir de las lesbianas...

EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA INSEMINACION HETROLOGA MATRIMONIAL Estamos concientes a esta altura ya que se tratará de un hijo nacido 180 días después de la celebración del matrimonio y 300 posteriores a la disolución.

LA PRESUNCIÓN LEGAL DE LA PATERNIDAD: Estamos ante la presunción de paternidad CIVIL: Los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio tienen por padre al marido".-...

POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DEL DESCONOCIMIENTO FUERA DEL MARCO LEGISLATICO ESPECIFICO SI LA INSEMINACION SE PRACTICO CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO: RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD: El problema será si el marido pretende la impugnación de esta paternidad, aquí es importante conocer dos situaciones existió consentimiento por parte del esposo o lo contrario.

En el primer caso...y si se arrepiente el padre después...

Estaríamos ante las pruebas científicas, antes las cuales un tribunal cualquiera fallaría que el reconocimiento sería nulo o improcedente según el caso... pero y si la inseminación se practico, no se podrá desconocer la paternidad del hijo que de a luz, en primer lugar por que ni el consentimiento del marido ni la inseminación artificial son actos ilícitos. Salvo casos expresos...CP., y luego porque sería un acto desleal, "doctrina de los actos propios" basados en la buena fe como principio general del derecho. Lo que yo considero más justo. Existe elemento voluntario suficiente para responsabilizar al marido...ejem. la adopción.

Jurisprudencia de American Medical Society, En EE.UU. Georgia, Oklahoma, New York Conecticut, juzgan que el hijo concebido mediante inseminación artificial heteróloga

“Queda legitimado”. Con ello cumple si no con la exigencia biológica si podría con la institucional y cumplir sus fines, que es lo que importa si no tendría una paternidad incierta e imposible de establecer...

DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACION HERETOLOGA REALIZADA SIN O CONTRA EL CONSENTIMIENTO DE MARIDO: Existen Sistemas Abiertos como francés, suizo, y alemán aceptan la posibilidad fáctica de las relaciones sexuales, pero en sistemas como el nuestro SISTEMA CERRADO: Veamos Arto. 200 y 203 se pueden considerar la IMPOTENCIA COEUNDI, entonces según esto no existirá posibilidad del marido de accionar por desconocimiento.

Debe tomarse en cuenta lo que dice nuestra ley al respecto de la impugnación de la paternidad.... para concluir.

EVENTUALIDAD DE QUE LA PATERNIDAD FUERA RECLAMADA POR EL DADOR DEL SEMEN:

...EXPLICARLOS., luego señalamos que esto es fuera del ámbito legal es inconcebible, sine embargo de darse podemos acudir a los principios siguientes: Si bien el hijo genéticamente es suyo, institucionalmente ni voluntariamente no lo es, esto también iría contra sus propios actos pues el al desprenderse de su esperma fecundante ABDICÓ VOLUNTARIAMENTE DE SU PATERNIDAD JURÍDICA”. Y De conformidad con el artículo 201 CC. Dice “Impugnación por el Marido”, o se que tiene que ver el otro...

CASO DEL DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EJERCIDA POR LOS HEREDEROS DEL MARIDO QUE CONSITIÓ LA INSEMINACIÓN HETERÓLOGA DE SU ESPOSA:

(Veamos el arto 205 204 del Código Civil),

Si en vida el marido no cumplió con ese término de caducidad, el esta legitimado y la presunción de paternidad quedan consolidadas. Y rigen además los argumentos antes esgrimidos, y por lo tanto los herederos no podrían iniciar una acción o nueva acción impugnatoria que no habría prosperado de haberla intentado en vida el marido de la mujer inseminada, caso contrario sería incongruente.

En todo caso podría ser una situación bajo las condiciones que analizamos en los

artículos 200 del CC y 203 CC.

HIJO POSTUMO: Conocemos ya muy bien lo que dice nuestra ley de los 300 días...Y si este tiempo pasa más de este tiempo y la esposa prueba que el hijo es genéticamente de su esposo...

Al respecto el Código Civil Español en su artículo 111, agrega que de darse esta situación bastará con que la madre o el hijo lo pruebe y lo justifique...Norma similar tenía el Código Civil Italiano en el Arto. 232, substituida actualmente desde 1975 por la ley 151.

Nuestra ley al no tener legislado esto nos afronta nuevamente a las dicotomías de la manera siguiente la concepción genética conyugal pero jurídicamente extramatrimonial, si la exigencia fuera solo biológica no hay problema pero el elemento institucional dice solo son legítimos los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio...aquí como vemos no juega la voluntad de los progenitores, la legitimidad es atribución,;

Aquí podemos distinguir dos puntos:

- 1) Acciones de Desconocimiento de la paternidad Arto 199 y 200 del CC.
- 2) Acciones de Impugnación de la Paternidad "legitimidad" Artos 201, 202, 203. CC.

Todo lo anterior no afecta el hecho de que el hijo o su representante legal reclame judicialmente la paternidad a los términos del Art., 220 y 221 del Código Civil, probando que antes de morir el marido aceptó expresamente la extracción del esperma para su conservación con el fin de engendrar un hijo con su mujer.

Reflexiones: -Cuando la mujer es fertilizada, no existía dueño del semen. Este no puede ser atribuible a persona alguna. Podemos decir que es engendrado con semen de... pero no que es hijo de... (dentro de la genética al fusionarla con el derecho podría estipularse que la vida después de la muerte puede prolongarse...) Para esto advierto: No obstante, que para el Derecho Positivo, la muerte física del sujeto es el fin de su personalidad, así por ejem. El hijo POST MORTEN, con semen del padre no adquirirá por vía hereditaria ningún derecho derivado de la transmisión sucesoria. Porque el día del su fallecimiento ese hijo no existía jurídicamente...

Supuesto de Inseminación homologa mediando imposibilidad de acceso carnal en el periodo legal de la Concepción: Estos e da en los casos a distancia...o impotencia luego del matrimonio... Arto.200CC.

Debe la esposa probar por medios científicos el hecho de que genéticamente es del esposo el hijo...Para su reconocimiento.-

LA EXCEPTIO PLURIUM CONCUBETIUM: En el caso anterior, Alegada Por el Marido: Arto. 200 C.C.

Deberá probarse que existió adulterio si fuera el caso, y la mujer en base a las pruebas científicas, biológicas refutaría la acusación y podría lograr el reconocimiento, sin embargo el caso del hijo por impotencia por ejemplo de conformidad con el Artículo 144 del CC. Inciso 2do, permite demandar la nulidad, no olvidemos que es un derecho de la Mujer que es a quien le compete la acción de nulidad por impotencia.

Y en consecuencia prevalecen las reglas generales que hacen a la presunción de legitimidad o de paternidad y, en su caso, las que permitiría desconocerla o impugnarla.

9.- TRASCENDENCIA del PROBLEMA

Veamos que dice el Arto 3 de la Const. Pregunto podríamos aceptar que según nuestra Carta Magna es indiferente el lugar donde es concebido...?

Aquí el problema trasciende la filiación...Está en juego el comienzo de la Vida en cuanto a la personalidad Jurídica (ya analizada). Entonces ayudémonos con lo que para el efecto preceptúa nuestra Ley Penal y Civil en cuanto a que por ejemplo el Código Civil señala en su Artículo 1: Que al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad...

Aquí está refutada la concepción, en los tubos de ensayos pero que protección tienen estos embriones los cuales son manipulados analizados, desechados etc... Solo me atrevo a decir que arriesgo una idea similar a las que se sostienen en cuanto al delito de aborto permitido Veamos el Artículo...CP.

DELITO DE ABORTO: El Código Penal lo define con desde el punto de vista jurídico "La Muerte del Producto de la concepción en cualquier estado de la preñez,"

Y Desde el punto de vista doctrinario como la acción "de matar o destruir al Feto". Francisco Carrara lo llamó Feticidio, pero el concepto técnico implica El feto desde la concepción de nuevo ser en el seno materno y no solo desde que pasa el período embrionario hasta fines del tercer mes de embarazo. Como vemos el aborto en el concepto tradicional supone la concepto "En el Seno Materno".-

Visto desde este punto de vista queda sentado que la destrucción del embrión In Vitro antes de su implantación en el seno materno es decir en el útero no constituiría aborto en el sentido típico que le han dado los autores e intérpretes de la ley penal. Objeción que también se podrá hacer científicamente.

Reflexionemos: El delito de Aborto tiene sus propios elementos materiales... que específicamente lo tipifican pero esta situación no llena los requisitos de la acción. Esto se refiere en especial hasta el día de ayer que solo se daba en el vientre materno...

Delito de INSEMINACION FORZOSA: Al momento de analizar esto encontramos dos aspectos que debemos señalar: Sujeto Activo: Cualquier personal, sujeto pasivo: La mujer fertilizada, y el verbo rector: "El consentimiento" de la mujer ".

Delito de INSEMINACION FRAUDULENTA: Sujeto activo cualquier persona, puede ser el médico, o cualquier otra persona, Condiciones pactadas podrían ser:el hecho del engaño o promesas falsas también esta íntimamente relacionado con las condiciones. Solo quiero dejar aquí una inquietud que trataremos más adelante de pacto hablamos....

Delito de EXPERIMENTACIÓN: Refiere A un punto especial que es que se relaciona íntimamente más que todo como sujeto pasivo el científico, o el médico, y para ello debe tomarse en cuenta lo que al respecto reza el código Médico Deontológico en cuanto a: Pero como nuestra ley no es precisa al respecto más parecería que se refiere por ejemplo a un brujo etc, el esposo o cualquier persona.

Según el declaración de Helsinki Adoptada en 1964: revisada en Tokio en 1975, se estableció que debe distinguirse en cuanto a Experimentación Terapéutica y (fin curativo) o puramente científica. Para ello recomienda que: "Recomendaciones para guiar a los médicos en la Investigación biomédica en seres humanos) "El médico debe obtener el consentimiento voluntario y conciente del individuo preferiblemente por escrito"

10.- PROBLEMAS RELATIVOS A LA MATERNIDAD:

Existe una represión tal vez de origen cultural al respecto de este tipo de medí concepción, no basta reconocer que la concepción ocurra y luego simplemente el bebe nazca.

EL ENFOQUE del tema cae en cuanto a que según exista o no una legislación represiva de tal fecundación extrauterina heteróloga debemos tomar en cuenta que no estamos ante un acto ilícito sino más bien un acto no legislado adecuadamente, y de alguna manera aceptado como lo vimos en el artículo penal anteriormente visto anteriormente con respecto a los delitos novedosos del código penal.

LA REGLA DE QUE EL PARTO SIGUE AL VIENTRE:

Que significa que la maternidad se determina por el parto de la mujer que dio a luz el niño. Dicho de otro modo que aún mediando inseminación heteróloga mantiene vigencia a priori la presunción de la maternidad legítima de los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio. Arto 210 del Código civil, Deberá presumirse también que la madre es la mujer que dio a luz a nacido.

EL DESCONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD LEGITIMA: Nuestra ley al respecto no estipula nada pero pregunto: ¿cómo entender hace algunos años que “Una mujer diera a luz un niño que nos es su hijo?”.

La maternidad recordemos se prueba solo con el nacimiento del producto de la preñez, y no es revocable, pero preguntémosnos CUANDO Y EN QUE CONDICIONES LO PUEDEN HACER LOS TERCEROS INCOVANDO UN INTRÉS LEGÍTIMO....

EJERCICIO DEL DESCONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD POR EL MARIDO:

Ubiquémonos primero si esto fue con o sin consentimiento del marido: En el primer caso resolvámoslo pensando siempre que esto se hizo con conformidad de la fecundación por su parte, y concluimos que no puede ir contra sus propios actos...la conformidad prestada a la fecundación implicó, además, asumir plenamente la paternidad del hijo concebido por su mujer y resultaría antifuncional y lesivo a la buena fe. Una pretensión contradictoria. Este caso y cada una de sus variantes se deben interpretar bajo los principios antes analizados. + tomándose en cuenta de que el desconocimiento de la

maternidad no existe en nuestro derecho ningún sistema impugnatorio.

VICISITUDES DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD EN EL CASO ANTERIOR: De conformidad con al artículo 199 del Código Civil. Este hijo por nacer no hay problema, por lo que se puede considerar legítimo. Pues llena los requisitos del referido artículo....

El problema existiría si en el supuesto se usara un óvulo ajeno y en este caso sí podríamos volver al artículo antes analizado en cuanto a la inseminación artificial , y es que no se hizo en las condiciones pactada pero hablemos de la analogía... no se puede usar si no es porque beneficie al sindicato que sería médico, por lo que allí nos encontramos con acto que aún no esta tipificado, por lo tanto tampoco penado, pero entonces el hijo nos es genéticamente de la madre pero sí del marido entonces la paternidad se mantiene incólume, y el hijo llena los requisitos de un hijo extra matrimonial...

PLANTEAMIENTO DE SI LA DADORA DE UN OVULO FECUNDADO PRETENDIESE RECLAMAR LUEGO AL HIJO:

La donante de un óvulo fecundado sería anónima, y se aplicaría al caso de la inseminación heteróloga, o sea el hijo concebido no es voluntariamente ni institucionalmente de la donante.

Aceptar una pretensión contraria sería antifuncional. Y como ya se dijo sería ir en contra de los propios actos.

POSIBILIDAD DE FECUNDACIÓN EXTRAUTERINA HOMOLOGA E IMPLANTACIÓN DEL EMBRIÓN EN EL UTERO DE MUJER QUE NO ES LA MADRE:

Podemos tratar de entender esto como la violación a un acuerdo que se ha dado entre la partes Se estaría ante una acto anti-ético, inmoral contrario a las buenas costumbres aspecto que para ser resuelto debe ser legalizado lo antes posibles.

LA LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN EN GENÉTICA HUMANA Y SUS LÍMITES:

Mientras la ciencia avanza parece ponerse en duda la misma licitud (moral y jurídica) de la investigación genética en seres humanos, o por lo menos o por lo menos se advierte que hay que replantear sus límites.

Por lo que intentaré entre el rigor lógico exigible, la prudencia moral y jurídica necesaria, poner claridad en la cuestión, que es más radical, desde la raíz.

LOS INCIDENTES

PONENTE:

Lic. José Luis Sam Maldonado

INTRODUCCIÓN.

Los **INCIDENTES** considerados como procedimientos accesorios del proceso principal, tienen como objetivo resolver cualquier incidencia que sé de a efecto de sanear el correcto desenvolvimiento del asunto principal. No obstante ello, en la práctica ha sido común que los mismos se utilicen con la finalidad de dilatar o retardar el curso del proceso que de por sí es lento en su tramitación en la generalidad de los casos. De esa cuenta el Decreto 2 - 89 del Congreso de la República de Guatemala, (Ley del Organismo Judicial), fue objeto de reformas a efecto de obtener mayor celeridad, inmediación, concentración y oralidad en los procedimientos incidentales.

Desde el punto de vista del derecho adjetivo, **el incidente viene a ser accesorio por subordinación del principal** sin perder su naturaleza en cuanto a su tramitación por lo que en el presente trabajo se habla sobre sus diferentes fases de iniciación, diligenciamiento de prueba si fuere el caso y conclusión, sin descuidar que dentro de su diligenciamiento deben observarse formal y estrictamente los principios del debido proceso, de concentración, de oralidad y de inmediación entre otros.

De esa cuenta se ha tratado de desarrollar con el auxilio de la doctrina, la ley y de observaciones efectuadas por instituciones como el Organismo Judicial que cada vez trata de modernizar el sistema judicial en función de una mejor, correcta y pronta cumplida administración de justicia y que el presente trabajo sea un aporte del primer Congreso jurídico Landivariano.

Lic. José Luis Sam Maldonado.

Abogado y Notario.

LOS INCIDENTES, NATURALEZA JURÍDICA, MATERIA, TRAMITACION Y EFECTOS.

LOS INCIDENTES.

GENERALIDADES. Emilio Reus, dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua mexicana, dice que INCIDENTE, se deriva del latín **INCIDO, INCIDENS** (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal y, jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal.

Los incidentes fueron desconocidos en los primeros tiempos del derecho romano, por la razón de que imperando en el procedimiento de aquel pueblo el **sistema FORMULARIO**, no tuvieron entrada hasta que la **LITIS CONTESTATIO**, no significando ya la fórmula pretoriana, se reducía a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciendo ninguna innovación en el pleito cuyo efecto estaba reservado a la sentencia.

La doctrina de los incidentes comprende diversos problemas de importancia práctica evidente, como estos: ¿Deben los incidentes resolverse antes de la cuestión principal? ¿Suspenden el curso del juicio? ¿Las sentencias que los resuelven tienen la fuerza de la cosa juzgada material y son verdaderas sentencias? Las leyes y jurisprudencia han resuelto de diversas maneras estas cuestiones. En el derecho romano sólo se consideraban como sentencias las resoluciones sobre la cuestión principal. Todas las demás que surgían durante el juicio, se reservaban para la definitiva. El Derecho germánico modificó ese sistema que tiene la ventaja de hacer más rápido el procedimiento y originó las llamadas **SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS** o sean las que resuelven los incidentes antes de que llegue al final del juicio. Tienen ese nombre porque se refieren a cuestiones LOCUTORIAS, es decir, a las que surgen

“Inter Locutus”. De la Maza, dice a este respecto: El problema de las interlocutorias según los más autorizados romanistas, está íntimamente ligado con el de la cosa juzgada. Los textos reservan la palabra sentencia para expresar técnicamente una decisión jurisdiccional que se pronuncia definitivamente sobre la demanda. Las interlocutorias que no reciben el nombre de sentencias, son decisiones rectoras del procedimiento que de ordinario, sólo cumplían esta misión, aunque alguna vez se emplearon para fijar la cuestión de derecho, para expresar la opinión del juez sobre las discutidas o para resolver poco a poco las que se presentase.

El derecho canónico, lo mismo que el germánico, consideró como sentencias verdaderas a las interlocutorias y admitió que los incidentes se resolvieran antes que la cuestión principal y que no pocos de ellos paralizaran el curso del juicio, sistema este que fue adoptado por las leyes españolas y por nuestros Códigos. Mas aún las interlocutorias también alcanzan la fuerza de la cosa juzgada en las cuestiones incidentales que resuelven. Los autores clásicos distinguieron diferentes clases de incidentes: los puros y simples, que sólo conciernen al procedimiento, los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva y, finalmente aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

DEFINICIÓN.

- A. **INCIDENCIA.** Lo que viene o acontece durante el curso de un negocio, asunto o causa y tiene con el caso principal cierta conexión.
- B. **INCIDENTE.** Del latín INCIDENS, que suspende o interrumpe, de CADERE, CAER UNA COSA DENTRO DE OTRA.
- C. En **sentido general**, significa lo casual, previsto o fortuito. Acontecimiento o suceso. Altercado.

- D. En **términos jurídicos** corresponde al Derecho Procesal donde constituye la cuestión distinta del asunto principal del juicio, relacionada directamente con él, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél y otra, suspendiéndolo, caso éste en que se denomina de **PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO**.
- E. Por Incidente se entiende entonces, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. Toda cuestión que exija un pronunciamiento especial es un incidente, el cual debe tener, para que prospere y sea en principio aceptado, una relación inmediata con el asunto principal que sea objeto de pleito y con la validez del procedimiento.
- F. **INCIDENTE DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO**. Toda aquél que, por servir de obstáculo a la continuación del pleito, se resuelve en la misma pieza de autos, pero dejando mientras tanto en suspenso la pretensión o asunto principal.
- G. **INCIDENTE EN PIEZA SEPARADA**. El que no se opone al seguimiento de la pretensión o asunto principal por lo cual se sustancia aparte, en pieza especial.

Haciendo un análisis jurídico doctrinario sobre los efectos de los INCIDENTES, éstos son tal como se ha indicado en los últimos incisos, es decir, **Incidentes de Previo y Especial pronunciamiento**, que son los que impiden la prosecución del juicio principal y se substancian en la misma pieza de autos y de solo **especial pronunciamiento**, los que no oponen obstáculos a la tramitación de la cuestión principal, ni suspenden el trámite inicial.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INCIDENTES.

Como ha quedado apuntado, en doctrina ha existido la discusión sobre si los

incidentes son procesos **principales o accesorios**. En ese sentido se puede afirmar concretamente que los incidentes están instituidos como procesos **ACCESORIOS** que se suscitan con ocasión de un juicio principal. Normalmente persiguen la resolución de conflictos procesales y en algunos casos materiales, mediante una resolución INTERLOCUTORIA.

Los Incidentes son breves procedimientos que resuelven cuestiones distintas del asunto principal del juicio, pero relacionadas con él. Su tramitación debe ser breve con el objeto de lograr la celeridad del conflicto original.

REGULACION JURÍDICA DE LOS INCIDENTES EN EL SISTEMA GUATEMALTECO.

Ley del Organismo Judicial.

Artículo 135. Incidentes. Toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como INCIDENTE. Cuando las cuestiones fueren completamente ajenas al negocio principal, los incidentes deberán rechazarse de oficio. El auto que decida el incidente contendrá la condena en costas del que lo promovió sin razón, salvo evidente buena fe.

Comentario. Este artículo encuadra con la definición del incidente al establecer que toda cuestión que sobrevenga del asunto principal se tramitará como incidente, si no tiene señalado procedimiento especial como requisito de admisión, y debiendo tener relación con el asunto principal.

Artículo 136. Suspensión del proceso. Los incidentes que pongan obstáculos al curso del asunto, se sustanciarán en la misma pieza de autos quedando éstos, mientras tanto, en suspenso.

Impide el curso del asunto todo incidente sin cuya previa resolución es absolutamente imposible de hecho o de derecho, continuar sustanciándolo. En todo caso el tribunal deberá calificar la naturaleza del incidente al darle trámite.

Artículo 137. Pieza separada. Los que no pongan obstáculo a la prosecución del asunto, se sustanciarán en pieza separada que se formará con los escritos y documentos que señale el juez, y cuando éstos no deban desglosarse, se certificarán en la pieza del incidente a costa del que lo haya promovido.

Comentario. Los dos artículos anteriores recogen la clasificación de los incidentes en aquellos de **Simultanea sustanciación** que son los que no ponen obstáculo a la prosecución del proceso principal y corren paralelamente a él y se tramitan en cuerda separada, como el típico incidente de la impugnación de documentos por falsedad o nulidad que se regula en los artículos 186 y 187 del Código Procesal Civil y Mercantil, y los de **Sucesiva sustanciación**, también llamados de previo o especial pronunciamiento, que son los que ponen obstáculo al asunto principal suspendiéndolo y se tramitan en la misma pieza como es el caso de los incidentes de las excepciones previas.

Artículo 138. Trámite. Promovido un incidente, se dará audiencia a los otros interesados, si los hubiere por el plazo de dos días.

Los incidentes de Nulidad carecerán de efectos suspensivos, excepto si el tribunal lo considera necesario y así lo declara en forma razonada y bajo su responsabilidad.

Comentario. Como todo proceso, el incidente debe cumplir con el principio constitucional del debido proceso, y con ello el principio de contradicción. En tal virtud es imperativo oír a la parte contraria para lo cual se señala el plazo perentorio de dos días.

Artículo 139. Prueba. Si el incidente se refiere a cuestiones de HECHO, el

juez, al vencer el plazo de la audiencia, resolverá ordenando la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes al promover el incidente o al evacuar la audiencia, en no más de dos audiencias que tendrán verificativo dentro de los diez días hábiles siguientes.

COMENTARIO. El precepto legal pretende concentrar la prueba en aquellos incidentes que se refieren a **CUESTIONES DE HECHO** en cuyo caso la aportación de la prueba se concentra en un máximo de dos audiencias. Respecto al procedimiento probatorio se habla en doctrina de las fases de OFRECIMIENTO, PROPOSICION Y DILIGENCIAMIENTO de la prueba. Conforme a lo regulado para los incidentes en la legislación guatemalteca, las fases de ofrecimiento y petitorio de la prueba se encuentran concentrados en la interposición del incidente y en su contestación al evacuar la audiencia que por dos días se da y el diligenciamiento que se efectúa durante el periodo de prueba.

En sentencia de fecha 24 de febrero del año 2000, La Corte de Constitucionalidad, estableció lo siguiente: “La reforma mencionada varió la disposición citada en el sentido de que el periodo probatorio se abrirá con la resolución que señale audiencia para la recepción de las pruebas ofrecidas, obligando así a las partes a proponer, de una vez, su prueba y diligenciamiento de manera detallada en el inicio del incidente, para su promotor y en la evacuación de audiencia para el oponente. Ello también obliga a la autoridad a emitir su resolución de recepción de prueba y hacer cuanta declaración sea necesaria para recibir la legalmente ofrecida, conforme a las normas particulares que para su recepción se prevé para cada medio probatorio, es decir, la Corte de Constitucionalidad ha concluido que el procedimiento se establece en cuanto a que el OFRECIMIENTO Y PROPOSICION debe hacerse de una vez en el memorial que promueve el incidente por quien lo plantea y en el memorial en la cual evacua la audiencia para la otra parte y la audiencia será exclusividad para el

diligenciamiento de prueba.

Artículo 140. RESOLUCIÓN. El juez, sin más trámite, resolverá el incidente dentro del tercer día de concluido el plazo a que se refiere el artículo 138 o en la propia audiencia de prueba, si se hubiere señalado. La resolución será apelable salvo en aquellos casos en los que las leyes que regulan materiales especiales excluyan este recurso o se trate de incidentes resueltos por los Tribunales Colegiados.

La apelación no tendrá efectos suspensivos y el asunto principal continuara su trámite hasta que se halle en estado de resolver en definitiva. El tribunal que conozca en grado lo hará con base en copia de las actuaciones certificadas por la Secretaría correspondiente. Se exceptúan los incidentes que dieren fin al proceso, en cuyo caso se suspenderá el trámite.

PRINCIPIO PROCESALES RELACIONADOS CON EL INCIDENTE.

Se sabe que la estructura sobre la que se construye un ordenamiento jurídico procesal, son los principios procesales, cuya numeración no es cerrada, en virtud de que no en todos los tipos de procesos aplican los principios básicos. No obstante ello, entre los principios procesales más importantes, se pueden enumerar los siguientes: Del Debido Proceso, de Concentración, de Celeridad, de Inmediación procesal, de Oralidad, de Económica, etc.

EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO.

Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala. **DERECHO DE DEFENSA.** La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en

proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos, que no estén preestablecidos legalmente.

Artículo 16 Ley del Organismo Judicial. **DEBIDO PROCESO.** Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo, y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos.

COMENTARIO. El derecho de Defensa y los derechos de la persona se consideran inviolables. Esto significa que la defensa de la persona consiste en el hecho de ser oída antes de que se tome una decisión administrativa o judicial. El desconocimiento o violación de este derecho, en lo administrativo y en lo judicial produce la NULIDAD ABSOLUTA. La doctrina jurídica advierte que la condena o la privación de derechos de la persona, es precedida del deber de advertir e invitar a la persona a que se defienda. En lo administrativo y en lo judicial, la defensa se hace efectiva concediendo audiencia a la persona o interesado.

La norma constitucional se aplica a la administración pública y a los tribunales. Proceso Legal (Debido Proceso), comprende el proceso judicial ante juez competente y preestablecido. Debido Proceso, es el proceso que se sujeta a la ley. La ley establece el procedimiento que debe seguirse sin que jueces y particulares puedan modificarlo (Principio de Imperatividad), excepto que la ley autorice la modificación. El debido proceso comprende como mínimo: Derecho de petición, garantía de defensa, término probatorio e igualdad ante los actos procesales. Preestablecido legalmente, significa que el proceso está regulado por una ley anterior a la fecha en que se toma la decisión

judicial en contra de la persona. Antes de que ocurran los hechos deben existir las leyes y los reglamentos que se aplican. Los tribunales que juzgan a las personas serán comunes y públicos y no secretos.

PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN:

Por medio de este principio jurídico doctrinario se pretende que el mayor número de etapas procesales se desarrollen en el menor número de audiencias.

Su objetivo va a la reunión de toda actividad procesal posible en la menor cantidad de actos con el objeto de evitar su dispersión (esparcir en desorden).

Dentro del Derecho Procesal Civil guatemalteco, este principio es de aplicación especial en el juicio oral, regulado en el título II del Libro II del Decreto Ley 107, cuando se establece en el artículo 202, que si la demanda se ajusta a las prescripciones legales, el juez señala día y hora para que las partes comparezcan a juicio oral y conforme a los artículos siguientes (203-204-205-206) las etapas de conciliación, contestación de la demanda, Reconvención, excepciones, proposición y diligenciamiento de la prueba, se desarrollan en la primera audiencia, relegando para una segunda o tercera audiencia, únicamente el diligenciamiento de aquella prueba que material o legalmente no hubiere podido diligenciarse.

Este principio pretende especialmente que las etapas de iniciación, desarrollo y decisión se desarrollen por audiencias y en el menor número de ellas.

Respecto a los INCIDENTES, el principio de Concentración se orienta fundamentalmente en lo que respecta a la etapa probatoria o de desarrollo y de decisión. En ese sentido, cuando el artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial establece que si se refiere a cuestiones de hecho, el juez al vencer los dos días de audiencia a la otra parte, resolverá ordenando la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes EN NO MÁS DE DOS AUDIENCIAS. Entonces se pretende que la

proposición y el diligenciamiento de prueba se desarrollen en audiencias tal y como es el fundamento del principio.

Ese principio, también se encuentra recogido en el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial, al establecer que la resolución del incidente se debe efectuar EN LA PROPIO AUDIENCIA DE PRUEBA SI SE HUBIERE SEÑAÑLADO, es decir, la fase de desarrollo o prueba y la de decisión en UNA SOLA AUDIENCIA, típico principio de concentración.

PRINCIPIO DE CELERIDAD.

Este principio jurídico doctrinario pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios. Este principio lo encontramos regulado en el artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil que establece el carácter perentorio e improrrogable de los plazos y que además obliga al juez a dictar la resolución, sin necesidad de gestión alguna.

Dentro de los incidentes, sucede lo mismo, puesto que se pretende con la regulación legal, eliminar trámites innecesarios, de allí que se entienda la prontitud de la administración de justicia, cuando los incidentes carecen de efectos suspensivos, estableciendo además la obligación del juez de resolver el incidente sin necesidad de gestión alguna dentro de los tres días siguientes de evacuar la audiencia de dos días conferida a la otra parte o en la propio audiencia de prueba si se hubiere señalado, ordenando la recepción de prueba sin necesidad de gestión alguna y la apelación de la resolución interlocutoria no con efectos suspensivos.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

Sin restarle importancia a los principios jurídicos doctrinarios antes señalados, el

principio de Inmediación es de suma importancia en todo proceso judicial. Por medio del cual se pretende que el juez se encuentre en una relación o contacto directo con las partes, especialmente en la recepción personal de las pruebas.

El artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil, contiene la norma que fundamenta este principio, al establecer que el JUEZ PRESIDIRÁ todas las diligencias de prueba, principio que de aplicarse redundaría en la mejor objetividad y valoración de los medios de convicción.

La Ley del Organismo Judicial, en el artículo 68, establece también que los jueces recibirán por sí todas las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba por lo que con particular importancia, en los Incidentes, el hecho de que la prueba se desarrolle en audiencias hace imperativa la obligación del juez de presidirlas.

PRINCIPIO DE ORALIDAD.

Contrario a la escritura, conforme este principio, prevalece la oralidad en los actos procesales, mas bien que un principio, es una característica de ciertos juicios que se desarrollan por medio de audiencias y en los que prevalecen los principio de concentración e inmediación.

En el proceso civil guatemalteco, el artículo 201 establece la posibilidad de plantear o demandar verbalmente ante el juzgado, caso en el cual es obligación del Secretario faccionar el acta respectiva.

Conforme las disposiciones del Título II,. Capítulo I, artículos del 199 al 228 del Código Procesal Civil y Mercantil, en el proceso oral, prevalece la oralidad de la escritura, circunstancia que permite que la demanda, su contestación e interposiciones su oposición de excepciones, ofrecimiento y proposición de los medios de prueba e interposición de medios de impugnación puedan presentarse en forma verbal.

EL PROCESO.

El conflicto, fruto de seres libres, debe ser solucionado.

La composición del litigio es la adecuación de los hechos al orden jurídico canalizado a través de uno de los órganos que comparte el poder del Estado, el Organismo Judicial.

La controversia no se resuelve a través de los criterios de jueces o magistrados, sino mediante un proceso que aparece perfeñado (Hacer una cosa con destreza y habilidad. Conocer a fondo un asunto.) como un verdadero programa de acción, como garantía de justicia, donde todos y cada uno de los diversos sujetos procesales conoce de antemano que se hará y como se hará. Por ello se entiende que de las virtudes y perfecciones que tenga el proceso como instrumento de justicia, depende en gran medida la mayor credibilidad y confiabilidad que tengan los ciudadanos en el sistema judicial de un país. El proceso es el instrumento imprescindible para la realización y efectividad del derecho y la satisfacción de los derechos subjetivos.

El fin del proceso es la solución de un conflicto, de un litigio, de una controversia y esa es su razón de ser. Ese fin del proceso es tanto de naturaleza PRIVADA como PÚBLICA. Es de naturaleza PRIVADA en cuanto sirve a la persona del ACTOR como instrumento para obtener, mediante la decisión de un juez, la satisfacción de una pretensión y es para la persona del demandado una garantía en contra de cualquier abuso de la autoridad del juez o de su demandante. Es de naturaleza PUBLICA, pues mas allá de la satisfacción personal del individuo, la suma de esas satisfacciones personales, persigue la realización del derecho y el afianzamiento de la paz social. El debido proceso es una garantía constitucional al determinar que "Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en

proceso legal ante juez o tribunal competente preestablecido”.

Dentro de la clasificación de los procesos se encuentra la clasificación de ellos por su SUBORDINACIÓN, en PRINCIPALES E INCIDENTALES O ACCESORIOS.

Son PRINCIPALES, los que persiguen la resolución del conflicto principal o de fondo. Comúnmente finalizan en forma normal a través de la sentencia y ACCESORIOS o INCIDENTALES, son los que surgen del principal en la resolución de incidencias del proceso principal. Entendiéndose por INCIDENTE las cuestiones que surgen durante el juicio y que tienen relación con la cuestión litigiosa principal o con el procedimiento.

Los INCIDENTES a su vez se clasifican doctrinariamente en: a) DE SIMULTANEA SUSTANCIACIÓN y b) DE SUCESIVA SUSTANCIACION.

Son de Simultanea Sustanciación aquellos que no ponen obstáculo a la prosecución del proceso principal y corren paralelamente a él, en cuerda separada. (Artículo 137 de la Ley del Organismo Judicial), como el incidente de la impugnación de documentos por falsedad o nulidad que se regula en los artículos 186 y 187 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Son de Sucesiva Sustanciación, o también llamados de PREVIO O ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO, que son los que ponen obstáculo al asunto principal suspendiéndolo y se tramitan en la misma pieza (Artículo 136 de la Ley del Organismo Judicial).

Doctrinariamente también se clasifican los INCIDENTES en SUSTANTIVOS O MATERIALES Y ADJETIVOS O PROCESALES. Dependiendo si el asunto objeto del incidente tiene características del derecho sustantivo o adjetivo. Ejemplo de los primeros cuando se pretende la nulidad de documentos públicos y de los segundos cuando se pretende la nulidad por violación del procedimiento.

Los Incidentes son procesos accesorios y como tales deben de cumplir con las fases del proceso que permita al juez resolver, mediante una resolución interlocutoria, el

conflicto suscitado dentro del proceso principal, por ello deben de cumplir con las fases de INICIACIÓN, DESARROLLO Y CONCLUSIÓN-

FASE DE INICIACIÓN DEL INCIDENTE.

Establece el artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial que toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, debe tramitarse como INCIDENTE y el artículo 138 del mismo cuerpo legal regula que promovido el incidente se dará audiencia a los otros interesados, si los hubiere, por el plazo de dos días, audiencia está que se encuentra en concordancia con los principio del debido proceso y de igualdad.

La fase de iniciación está conformada por la solicitud planteada por el interponente del incidente y la oportunidad hacía la otra parte de manifestarse. Esta fase se desarrolla por escrito, tomando en cuenta que la ley no dice otra cosa y en nuestro sistema rige este principio al de oralidad y las partes están obligadas a ofrecer la prueba (si se refiere a cuestiones de hecho) al iniciar el incidente o al evacuar la audiencia de dos días por la otra parte.

FASE DE DESARROLLO DEL INCIDENTE (Fase de Prueba.)

En esta fase, las partes deben probar sus afirmaciones y sólo se aplica a aquellos incidentes que se refieren a CUESTIONES DE HECHO, en virtud de que el derecho no se prueba. El artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial, establece que si el incidente se refiere a cuestiones de hecho, el juez al vencer el plazo de la audiencia, resolverá la recepción de la prueba ofrecida por las partes al promover el incidente o al

evacuar la audiencia, en no más de dos audiencias que tendrá verificativo dentro de los diez días siguientes.

El procedimiento probatorio consiste en las etapas en que debe transcurrir una prueba para ser considerada como tal. Este procedimiento probatorio está integrado por el OFRECIMIENTO, que es un anuncio de la prueba que la parte actora hace en su memorial de demanda y el demandado en su memorial de contestación, LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA, que es la etapa que se efectúa en el momento en que el juez ordena la apertura a prueba y durante el plazo de la misma y el DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA, que se efectúa dentro del plazo de prueba, que consiste en la incorporación que el juez hace al expediente de los medios de prueba ofrecidos y propuestos. No obstante, en los INCIDENTES el ofrecimiento y la proposición de la prueba debe hacerse en el memorial de interposición del mismo y en la contestación que se hace en la audiencia que se otorga por dos días, quedando únicamente el diligenciamiento para el periodo de prueba si lo hubiere.

LA CONCLUSIÓN DEL INCIDENTE.

El incidente concluye con una resolución interlocutoria o auto, mismo que como norma general se resuelve dentro de los tres días siguientes de haberse evacuada la audiencia de dos días, si se refiere a cuestiones de derecho y no se hubiere señalado audiencia de prueba.

Según cursos y capacitaciones dadas por la Unidad de capacitación institucional del Organismo Judicial se ha determinado que el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial debe interpretarse en el sentido que en caso se hubiere diligenciado prueba alguna, el auto debe dictarse inmediatamente después de recibida la misma, así lo establece dicho artículo al indicar que el juez sin más trámite resolverá el incidente

dentro del tercer día de concluido el plazo a que se refiere el artículo 138 (es el caso de que el incidente se refiere a cuestiones de derecho o no se señale audiencia de prueba) o en la propia audiencia de prueba, si se hubiere señalado (es para el caso de haberse señalado audiencia, por tratarse de cuestiones de hecho).

EL PROCEDIMIENTO INCIDENTAL RESPECTO A LAS EXCEPCIONES PREVIAS DENTRO DEL JUICIO ORDINARIO.

Del artículo 120 del Código procesal Civil y Mercantil hay que entender que las excepciones previas se tramitan en la vía de los incidentes, regulándose éstos en los artículos del 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial. En tal tramitación debe tenerse en consideración lo siguiente:

EL PROCEDIMIENTO INCIDENTAL.

La Ley del Organismo Judicial regula las cuestiones incidentales que son accesorias cuando sobrevengan y se promuevan con ocasión de un proceso principal.

La cuestión incidental puede ser:

1. **SUSPENSIVA.** La que pone obstáculo al FONDO del asunto, la que impide el curso del asunto, porque sin cuya previa solución es absolutamente imposible de hecho o de derecho continuar sustanciándolo, dando lugar a un incidente que se tramitará en la misma pieza de autos.
2. **NO SUSPENSIVA.** La que no pone obstáculo a la prosecución del asunto que se sustanciará en pieza separada, la cual se formará con los escritos y documentos que señale el juez, y cuando éstos no deban desglosarse se certificarán en la pieza separada a costa del que lo haya promovido.

Un aspecto es el incidente o procedimiento y otro es la cuestión incidental que se tramita dentro de ese procedimiento incidental. Desde esta distinción se comprende cuando el artículo 20 del Código Procesal Civil y Mercantil se remite a la tramitación de

los incidentes. No está diciendo que las excepciones previas sean una cuestión incidental, sino que se remite al procedimiento de los incidentes, es decir, a lo contemplado en los artículos del 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial. El Código Procesal aprovecha el procedimiento incidental para tramitar por él las excepciones previas, pero eso no supone que las convierta en cuestiones incidentales.

Algunos asuntos que dentro de la legislación procesal civil guatemalteca, se tramitan en la vía incidental.

COMPETENCIA POR ACCESORIEDAD. Artículo 23. La obligación accesoria sigue la competencia de la principal. Conforme este precepto, es juez competente para conocer y resolver cualquier cuestión incidental, el que conoce el asunto principal.

01. Cuando se hubiere nombrado DEPOSITARIO, el propietario tiene derecho de fiscalizar la conservación y administración de la cosa depositada y de oponerse a negociaciones o actos que crea perjudiciales y si surgiere discusión, el juez la resolverá en forma de incidente.
02. La petición y oposición a la declaratoria de Asistencia Judicial gratuita. Artículos 91 y 92.
03. En calidad de PRUEBAS ANTICIPADAS, toda solicitud para la exhibición de documentos, bienes muebles o semovientes.
04. Las excepciones PREVIAS contempladas en el artículos 61, para los efectos del juicio Ordinario y Sumario. Se complementa con el artículo 120.

05. La Rendición de cuentas de los depositarios nombrados en juicio. Artículos 43 y 217.
06. Las excepciones que puedan plantearse al dar la audiencia por tres días dentro del Proceso de Ejecución en la Vía de Apremio.
07. Dentro del Proceso de Ejecución en la Vía de Apremio, cuando el deudor solicite la reducción del embargo, en aquellos casos en que el valor de los bienes embargados fuere superior al importe de los créditos y de las costas.
08. Dentro del Proceso de Ejecución en la Vía de Apremio, cuando el embargo resultare gravoso para el ejecutado, éste podrá antes de que se ordene la venta en pública subasta, pedir la sustitución del embargo en bienes distintos que fueren suficientes para cubrir el monto del capital, intereses y costas. Este incidente no interrumpe el curso de la ejecución. Artículo 311.
09. Las excepciones que puedan plantearse en el Juicio Ejecutivo, dentro de los cinco días de audiencia.
10. En los casos de Ejecuciones Especiales de Obligación de dar, hacer y no hacer, en los casos que en tanto el ejecutante y el ejecutado podrán oponerse a los valores prefijados, debiendo aportar la prueba respectiva para el efecto. Artículos 336-337-339.
11. En el caso de solicitud de AUSENCIA y hubiere varias personas que se disputen el derecho de representar al ausente. Artículo 413.
12. Respecto a las disposiciones relativas a la Administración de bienes de menores, incapaces y ausentes, en los casos de Remoción del tutor, protutor o guardador. Artículos 418 y 419.
13. La solicitud de Reconocimiento de Preñez o de Parte, sin existir oposición. Artículo 437.

14. En caso de oposición a las Diligencias voluntarias de Cambio de nombre. Artículo 439.
15. En todo caso en que proceda una medida cautelar, el demandado tiene derecho a constituir garantía suficiente a juicio del juez, que cubra la demanda, intereses y costas, para evitar la medida precautoria para obtener su inmediato levantamiento. Artículos 532 y 533.
16. Como regla general, las tercerías cualquiera clase que sea, en procesos que no sean de ejecución, se resolverán en sentencia juntamente con lo principal. Dentro de los procesos de Ejecución, si la tercería fuere COADYUVANTE, se resolverá juntamente con lo principal. Si la TERCERÍA fuere EXCLUYENTE DE DOMINIO, se resolverá por el procedimiento de los incidentes. En caso la tercería fuere EXCLUYENTE DE PREFERENCIA, se tramitará como Incidente, pero éste se resolverá antes del Remate o del pago en su caso. Artículo 551.
17. En los casos de practicar inventario en virtud de administrar bienes ajenos o recibir como propios algunos que puedan estar afectos a responsabilidad específicamente en cuanto a su proceder y hubiere oposición. Artículos 555-562 último párrafo.
18. Respecto a las COSTAS EN LOS INCIDENTES, cuando el favorecido con la condena en costas, solicitare la liquidación ANTES de terminar el proceso. Artículo 576.
19. Respecto a la Liquidación de costas. Artículo 580.
20. La Caducidad de Instancia. Artículo 591.
21. En el Recurso de Apelación, dentro de la audiencia que fija el artículo 606, cuando se planteen nuevas excepciones nacidas después de contestada la demanda. Artículo 608.
22. El recurso de Nulidad

23. El periodo de prueba dentro del juicio ordinario, cuando sin culpa del interesado no se hubiere podido practicar la prueba, se podrá solicitar su ampliación a diez días más. Artículo 123.

CONCLUSIONES.

01. El vocablo Incidente se deriva del latín INCIDO, INCIDENS.
02. En su acepción más amplia, Incidente, significa lo que sobreviene accesoriamente de algún asunto o negocio fuera de lo principal y jurídicamente la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal.
03. En términos jurídicos, corresponde al Derecho Procesal donde constituye la cuestión distinta del principal asunto del juicio, relacionada directamente con él, que

se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél y otras, suspendiéndolo.

04. Según sus efectos los incidentes pueden ser de Previo y Especial pronunciamiento y solo de especial pronunciamiento.
05. Conforme su Naturaleza jurídica los Incidentes son procesos accesorios que se suscitan con ocasión de un juicio principal. Normalmente persiguen la solución de conflictos procesales y en algunos casos materiales, mediante una resolución interlocutoria.
06. Si el incidente se refiere a cuestiones de Derecho no se abre a prueba. Si se refieren a cuestiones de hecho pueden ser abiertos a prueba.
07. Dentro del Incidente, la proposición y el ofrecimiento de la prueba se hace en el escrito por el cual se plantea la cuestión incidental o al evacuar la audiencia que conforme a la ley se otorga por dos días.
08. El diligenciamiento de la prueba se efectúa dentro del periodo señalado por la ley, en el término de diez días en no más de dos audiencias, cuando se refieren a cuestiones de hecho.
09. Dentro de los principios jurídicos doctrinarios que se relacionan con los incidentes, se encuentran los del debido proceso, de concentración, de oralidad, de economía y de inmediación.
10. Son incidentes de simultanea sustanciación aquellos que no ponen obstáculo a la prosecución del proceso principal y corren paralelamente a él, en cuerda separada.
11. Son incidentes de sucesiva sustanciación o de previo y especial pronunciamiento, los que ponen obstáculo al asunto principal, suspendiéndolo y se tramita en la misma pieza.
12. Considérese importante que si el incidente se refiere a cuestiones de derecho, el mismo debe ser resuelto dentro de tercero día después de haberse vencido el plazo

de dos días concedido al demandado y si se refiere a cuestiones de hecho el mismo debe ser resuelto en la misma audiencia en que se recibió la prueba.

BIBLIOGRAFÍA.

01. Eduardo Pallarés, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México 1994.
02. Francesco Carnelutti, Derecho Procesal Civil y Penal. Editorial Pedagógica Iberoamericana 1994.
03. Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho usual, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1976.
04. Luis Dorantes Temayo, Teoría del Proceso, Editorial Porrúa, México 1997, Quinta Edición.
05. Marcel Planiol y Georges Ripert, Derecho Civil, Clásicos del Derecho.
06. Modelo instruccional para el curso de aplicación de los principios de oralidad e intermediación en el trámite de los incidentes para su efectiva celeridad, Unidad de Capacitación Institucional, Organismo Judicial, Guatemala.

LEYES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

01. Constitución Política de la República de Guatemala.

02. Código Civil.

03. Código Procesal Civil y Mercantil.

04. Ley del Organismo Judicial.

05. Código de Notariado.

06. Ley de Tribunales de Familia.

AREA
MERCANTIL

ESCISIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

PONENTE:

**Licda. Maria Alejandra de León
Barrientos de Ovalle**

INTRODUCCIÓN:

I. PARTE GENERAL DE LA INTRODUCCION:

A partir de la finalización de la segunda guerra mundial, se dio un desarrollo del derecho comercial, caracterizado por la creciente intervención del estado. La libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. Una de las más grandes innovaciones que se ha presentado en los últimos años, es la apertura económica. La realidad económica actual es muy diferente a la reinante en 1,970 cuando se expidió el decreto 2-70, por lo que es necesario actualizar la legislación comercial.

Nuestro código de Comercio no la consagra ni tiene disposición alguna que regule el procedimiento para llevarla a cabo, por lo que es necesario suplir tal vacío jurídico mediante la función modeladora del Notario, para dar forma legal a la escisión, dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. Las instituciones jurídicas han evolucionado muy lentamente ante el fenómeno económico, que tantos cambios ha presentado en América Latina. Y con el transcurso del tiempo se va haciendo necesaria la instrumentación jurídica de nuevas figuras, como la escisión, que han sido experimentadas desde hace largo tiempo en otros países, nos permitan ajustar el derecho a las actuales realidades económico políticas. La escisión es una institución compleja y multifuncional, pues permite la separación de un ente que pueda estar en situación de incompatibilidad o conflicto en el interior de si mismo, para obtener como resultado otro, o dos entes, de los cuales uno es enteramente nuevo y el otro, como base de la operación resulte esencialmente disminuido, pero continuando su vida empresarial y jurídica. La causa de la escisión es múltiple, sobre todo es la competencia industrial de estos días. Sin embargo DEBE SER REGULADA, para proteger los intereses de los acreedores, a los accionistas y demás personas que pudieran resultar perjudicadas.

La misma implica la división del patrimonio social en dos o más partes, e implica el cambio de estructura societaria, una nueva disposición organizativa, la transformación financiera, corporativa y de responsabilidad.

De conformidad con lo investigado, en el Derecho Comparado, la sociedad escindida puede disolverse sin liquidarse; las beneficiarias pueden preexistir a la operación o constituirse en virtud de la misma. En nuestro país, el proceso de escisión puede realizarse en virtud del principio constitucional de libertad jurídica por el cual los particulares pueden realizar todos los actos u operaciones que no les estén prohibidos expresamente; y su trámite se realiza en forma dependiente al de fusión, que se le ha aplicado en forma supletoria; pero por tratarse de fenómenos materialmente opuestos, debería tener una regulación propia, tal y como sucede en regímenes foráneos.

II. PARTE METODOLÓGICA DE LA INTRODUCCION:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS (OBJETIVOS O FINES):

En el presente trabajo se analizará el fenómeno de la escisión, que no obstante tener un origen económico, repercute en el contenido de las diferentes legislaciones o Derecho Comparado. La misma, como ya se indicó, no se encuentra regulada en nuestro Código de Comercio. Los objetivos o fines son:

- a) Establecer qué es la escisión.
- b) Analizar la escisión tomando como fuente el Derecho Comparado.
- c) Determinar si es necesaria o no su regulación legal.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

En el presente estudio, se utilizará el método general de síntesis, recopilándose los datos que brindan la doctrina y el derecho comparado sobre la escisión de las sociedades.

EXPLICACIÓN DEL CONTENIDO:

Se tratará de establecer los antecedentes, causas y resultados, definiciones, clasificaciones de la escisión, sus características diferenciadoras ante fenómenos relacionados; así como los requisitos y el procedimiento de escisión que establecen algunas legislaciones extranjeras.

LA ESCISIÓN:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La escisión es el fenómeno inverso a la fusión: es una operación de división empresarial en la que se da un desmembramiento de los medios de producción de una sociedad en provecho de otra u otras que se forman con base en el patrimonio de la escindida. Por medio de la misma se tiende a evitar el “gigantismo” de una organización y así mantener una administración eficiente. Una sociedad de considerable volumen es más rentable y competitiva si se le explota por medio de empresas más pequeñas. Con una parte del patrimonio se formarán otras sociedades con objeto específico; el autor Guatemalteco René Arturo Villegas Lara³⁸, es de la opinión de que la Sociedad Matriz debe subsistir.

Por carecer en Guatemala de una regulación al respecto, el notario debe armonizar los intereses de las partes y debe prever todos los aspectos que puedan presentarse. Una futura revisión del Código de Comercio deberá contemplar esta figura, y establecer los procedimientos adecuados para llevarla a la práctica.

2. ANTECEDENTES DE LA ESCISIÓN:

Nace en Francia, Italia, Alemania, España y Argentina, en virtud del empleo de la

³⁸ René Arturo Villegas Lara, *Derecho Mercantil Guatemalteco, tomo I*, (Guatemala, Editorial Universitaria, 1999) .115.

misma en la práctica, a pesar de la controversia doctrinaria que giraba en torno a la misma; se consideró como una "fusión al revés" y se conoció primeramente en el ordenamiento fiscal, así como en las cooperativas del derecho Español. También ha sido históricamente regulada como una fórmula de liquidación.

3. CAUSAS Y RESULTADOS DE LA ESCISIÓN:

3.1. CAUSAS:

Entre sus causas, Villegas Lara³⁹ señala:

- a) Afrontar en mejor forma la competencia con base en sociedades pequeñas;
- b) Formar grupos de sociedades afines;
- c) Racionalizar el funcionamiento de la empresa, ahorrando gastos administrativos, impuestos, etc.; y
- d) Evitar el recelo del poder público ante una política contraria a los monopolios.

Desde el punto de vista de la causa, entendida ésta como el objetivo que se pretende alcanzar con la realización del procedimiento de la escisión, algunos autores consideran que es la atribución traslativa del patrimonio de una sociedad hacia otra que ya existe o se crea con el traspaso patrimonial. Es un negocio jurídico causal porque su validez depende de la efectiva obtención de la finalidad para la cual se efectúa. Cuando la causa no puede realizarse, el negocio jurídico es nulo.

3.1. RESULTADOS:

Por su medio, según Villegas Lara,⁴⁰ se pueden conseguir los siguientes resultados:

- a) Crecimiento del tráfico comercial de la sociedad por la diversificación de sus actividades.
- b) Ampliación de mercados, puesto que cada sociedad se dedicará a cada uno en forma particular y especializada.
- c) Se genera un crecimiento patrimonial.

³⁹ Idem, 96.

⁴⁰ Idem.

Este fenómeno no se encuentra regulado en el derecho Guatemalteco; pero no es prohibido llevarla a cabo. Esto fundamentado en el principio de autonomía de la voluntad y el principio constitucional de Libertad de acción contemplado en el artículo cinco de la Constitución Política de la República.

4. DEFINICIÓN:

Se han intentado por parte de los estudiosos del Derecho Mercantil, diversas definiciones sobre lo que es la escisión. Así vemos que se ha definido como "aquel fenómeno por el cual se desintegra una empresa, para que sus sectores o seccionales continúen desarrollándose como empresas separadas por sociedades formadas con tal fin o preexistentes"; o diciendo que "Hay escisión cuando se segrega una parte sustancial del patrimonio de una sociedad para sea traspasado a otra persona".

La escisión es un fenómeno autónomo en el sentido de que puede tener ocurrencia independientemente de cualquier otra figura jurídica y que tiene su origen en una decisión de los asociados que, en el ejercicio de la voluntad soberana que a ellos corresponde en cuanto a los destinos sociales, determinan dar un tratamiento distinto al ente jurídico, sin necesidad de disolverlo, o mejor aún, sin necesidad de terminar la empresa social de la que aquél se ocupa, sino, por el contrario, permitir su continuidad aunque ya de manera segregada.

Se asemejan la fusión y la escisión, en que, si bien son fenómenos inversos, ambos representan mecanismos de concentración de empresas; dándose en la escisión una unidad jurídica pero de forma descentralizada. La escisión conlleva una liquidación parcial de la sociedad que se escinde, en la medida en que en virtud de la misma se les reconoce a los asociados que se retiran para formar parte de la nueva sociedad o las que disminuyan su participación en el mismo. Fernando Mascheroni y Roberto Muguillo⁴¹, consideran a la Escisión dentro del campo de la "modificación de la estructura societaria". La escisión es una forma de "reorganizar" las empresas; atiende a la situación inversa de la fusión, porque tiene como consecuencia o persigue la

⁴¹ Fernando Mascheroni- Roberto Muguillo, *Manual de Sociedades Civiles y Comerciales*, (Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1994), 134.

“descentralización” empresarial. Aunque ambas, fusión y escisión, forman parte del fenómeno de la concentración de empresas, característico de la economía actual. En España es regulada para promover la concentración y restauración de empresas.

Indica el tratadista José Vicente Andrade Otaiza⁴² que consiste la escisión, en el desdoblamiento de una persona jurídica, con el reparto de su patrimonio entre varias de ellas; y se atribuye a los socios de la que se divide, la calidad de socios en las nuevas sociedades. Este fenómeno se da en virtud del vasto proceso económico de desarrollo y concentración de empresas, permitiendo la adaptación de las mismas a la creciente competencia. Los motivos en la mayoría de casos obedecen a cuestiones económicas, pero su realización es un problema jurídico. Por medio de la misma se obtiene plurifuncionalidad y neutralidad. En consecuencia se le puede definir como: “La división del patrimonio de una sociedad (anónima) en dos o más partes, a fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división, a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias en contraprestación a esta aportación.”

5. TERMINOLOGÍA:

En el derecho comparado se establecen diferentes nombres o términos en el caso de las sociedades que se someten o que resultan del procedimiento de escisión; así tenemos que en el Derecho Argentino han tenido las siguientes denominaciones: SOCIEDAD ESCINDENTE: Aquella que destina todo o parte de su patrimonio a la constitución o fusión con otras sociedades. SOCIEDADES ESCISIONARIAS: Las que reciben el patrimonio transmitido.

En el Derecho Colombiano se han denominado de la siguiente manera:

- A) Sociedades Beneficiarias: Las que surgen como resultado de la escisión.
- b) Sociedad Escidente: la que se divide.

⁴² José Vicente Andrade Otaiza, *La escisión de Sociedades Mercantiles*, (Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Radar, 1998) 10.

En otros países se llama a la sociedad que se divide la "escindenda".

6. FORMAS DE ESCISIÓN:

Este tema se refiere a las diferentes maneras en que puede llevarse a cabo el procedimiento de escisión, así como a las diferentes consecuencias que resultarán en cada caso. Así encontramos que según el tratadista guatemalteco, Villegas Lara⁴³, indica que puede darse de dos formas:

- a) Falsa escisión: Ocurre cuando una sociedad cede parte de su patrimonio a otra que se forma, la que le devuelve acciones o cuotas de capital; en este caso la sociedad matriz sigue existiendo.
- b) Escisión Pura: Aquella en que la sociedad matriz se extingue y de su patrimonio de liquidación se forman otras.

El autor español José Antonio Vega⁴⁴, establece que la escisión puede ser:

- a) Propia o total: que supone la creación de al menos dos nuevas sociedades, con disolución de la originaria. Supone la extinción de una sociedad anónima y la división de todo el patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios partícipes de la sociedad que se extingue un número de acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional al valor de sus respectivas participaciones en aquella. Implica la disolución de la sociedad primitiva y la creación, al menos de dos nuevas sociedades, pudiendo cada una de éstas revestir o no la forma de anónima.
- b) Impropia o parcial: creación de una o más sociedades nuevas, subsistiendo la primitiva. En este caso se da la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima, sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los accionistas de la sociedad que se escinde las acciones o participaciones sociales de las sociedades

⁴³ Villegas, 116.

⁴⁴ José Antonio Vega, *La Sociedad Anónima, teoría y praxis*, (Madrid, España, Editorial Tecnos, S.A., 1997) 120-121.

beneficiarias en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo la sociedad, en su caso y simultáneamente, el capital social en la cuantía necesaria. La parte del patrimonio social que se divida o segregue, deberá formar una unidad económica.

c) Escisión-fusión: que la ley española incluye como fusión propia. Se da cuando se mezclan los fenómenos de fusión y escisión, por ejemplo en el caso en que se combina la escisión del patrimonio de una sociedad y la absorción de parte de ese patrimonio por otra distinta; o bien con fusión de otras sociedades. En puridad es una mezcla de dos fenómenos y en consecuencia les serían aplicables las normas de la escisión y fusión.

Según los autores argentinos, Mascheroni y Muguillo⁴⁵:

1) Cuando una sociedad, "sin disolverse", destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes, o bien para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad.

2) Cuando una sociedad, "sin disolverse", destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.

3) Cuando una sociedad "se disuelve sin liquidarse", para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades

Para Andrade Otaiza⁴⁶, la escisión se clasifica así:

A) Propia.

B) Impropia.

C) Homogénea y heterogénea.

A. ESCISIÓN PROPIA: Se divide en Total y Parcial.

A.1. Escisión Total: Se da cuando una sociedad desdobra o divide su patrimonio y, en consecuencia su personalidad jurídica en dos o más partes, en las cuales cada una de

⁴⁵ Mascheroni-Muguillo, 134-135.

⁴⁶ Andrade, 12-19.

ellas se traspasa en bloque a una o más sociedades de nueva creación. La sociedad aportante deja de existir y los socios de la misma pasan a ser socios de las nuevas sociedades constituidas. Tiene un carácter extintivo. Puede dividirse en:

-Escisión total con absorción: si las sociedades beneficiarias ya existían:

-Escisión total para constituir nuevas sociedades.

-Escisión total mixta.

A.2. Escisión Parcial:

Consiste en el desdoblamiento de una persona jurídica, sin disolución de esta, mediante la creación de otra u otras sociedades, las cuales son beneficiarias de la transmisión parcial del patrimonio de la primera. También se le llama FALSA ESCISIÓN o IMPERFECTA.

Su nota característica es que la sociedad escindenda no transfiere la totalidad de su patrimonio, sino sólo partes de éste, y por ello continúa existiendo.

B. ESCISIÓN IMPROPIA:

Se da cuando se verifica la transmisión de parte del patrimonio de una sociedad a otra u otras sociedades beneficiarias, recibiendo en contraprestación la propia sociedad escindida acciones o participaciones de aquellas. La IMPROPIEDAD consiste en la falta de integración de los accionistas de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias, que es un requisito de la esencia de la escisión. En este caso lo que se presente es una "SEGREGACIÓN".

C. ESCISIÓN HOMOGÉNEA Y HETEROGENEA:

La primera consiste en que existe identidad de tipo entre las sociedades escindenda y escisionada . Es heterogénea cuando no se presenta identidad de tipo entre las sociedades escindenda y escisionada.

Las modalidades o clases de escisión, en el Derecho Colombiano son:

a) Cuando una sociedad sin disolverse, destina en una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o a la creación de una o varias sociedades.

b) Cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio o empresa en dos o más partes, que se integran al patrimonio de varias sociedades existentes o que se destinan a la creación de nuevas sociedades.

7. ESCISIÓN ANTE EL FENÓMENO ECONOMICO:

1. Función de Modificación Estructural: La empresa presentará un tamaño óptimo que le permita una plurifuncionalidad empresarial, en base a una mejor asignación de recursos. No tiene la fusión una "finalidad típica", por esto se dice que es una operación de tipo NEUTRO; puede deberse además de la necesidad de especialización, a tratar de evitar una carga desmesurada impositiva, para el conglomerado empresarial.

2. La escisión ante el patrimonio y objetos sociales:

La escisión trae como consecuencia la división del patrimonio de la empresa, formado por un lado por su activo (cosas y derechos); y por el otro por su pasivo (obligaciones). Su finalidad es corregir las dimensiones exageradas que pueda tener la sociedad, puesto que por ello se produce un débil control administrativo, decrece la flexibilidad de la empresa y en consecuencia se vuelve más débil ante la competencia. Además se pretende alcanzar la especialización de actividades; y al redistribuir los elementos de la empresa se quiere obtener una disminución de costos, así como una adecuación geográfica, evitando una administración central rígida.

3. La escisión y los grupos empresariales:

Estos grupos representan unidad de intereses monetarios y se ocasionan por lazos familiares, sociales, de grupo racial o religioso, etc. Sin embargo no están exentos de conflictos de intereses que puedan dividirlos notoriamente. Y por razones de este tipo la escisión ofrece alternativas, para poder continuar el ejercicio empresarial, dividiéndose la empresa entre los grupos en conflicto; como en aquellos casos en que fallece el líder familiar.

4. La escisión, la concentración económica y la competencia empresarial:

La concentración de empresas es una realidad en el sistema capitalista, y genera el

control progresivo del mercado; siendo sus métodos la diversificación y absorción, y ha servido para consolidar los monopolios. Históricamente la sociedad anónima se presenta como el principal instrumento jurídico de la concentración. Los enormes conglomerados de poder económico destruyen los principios de libertad de competencia; y con el tiempo se ha podido establecer que la gran proporción de una empresa no significa que se obtendrán mayores y mejores producciones, y por tal razón se iniciaron movimientos de reestructuraciones empresariales, motivadas por ahorro de la carga tributaria y para evadir las normas antimonopolios. Sin embargo por medio de la escisión no se altera el nivel de concentración, puesto que los socios serán los mismos en las nuevas sociedades

8. ESCISIÓN COMO FENÓMENO JURÍDICO:

a. Naturaleza jurídica de la escisión:

Es un negocio jurídico, y lo otorga la sociedad para satisfacer sus necesidades empresariales ante los requerimientos del mercado, ejercitando los socios la autonomía privada. En sus primeros orígenes, se le reconoció como un negocio jurídico atípico, pero su práctica reiterada hizo necesario su reconocimiento por las legislaciones extranjeras.

b. La institución Jurídica:

La escisión es más que una modificación de estatutos sociales: implica una reestructuración societaria, y requiere un nuevo acto fundacional.

Características: Es un negocio jurídico colectivo complejo, por la intervención de los socios; es además, mancomunado; un negocio jurídico patrimonial, dispositivo o de administración extraordinaria; oneroso, conmutativo, de ejecución inmediata, principal y definitivo; y además es eminentemente solemne.

c. Objeto de la escisión:

Como en todos los negocios jurídicos el objeto debe ser lícito, posible y determinado.

El objeto material es la división de la masa patrimonial.

1. DIVISIÓN PATRIMONIAL: A los socios de la escindenda se le atribuirán participaciones

en la sociedad beneficiaria. Como consecuencia, la sociedad escindenda se extingue, en el caso de la escisión total. Si es parcial la sociedad escindida no desaparece, pero siempre habrá cambios de socios, de una sociedad a otra. Por su parte, las sociedades beneficiarias, en el caso de que ya hubieran existido, presentarán un aumento de capital, y se aumentará el número de sus socios. La participación de los socios en las sociedades beneficiarias siempre será en forma proporcional a sus participaciones en el capital de la escindida.

2. ATRIBUCIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES:

Los accionistas deberán cajar sus acciones y quedarán inmediatamente integrados a la sociedad beneficiaria. El reparto de las acciones debe constar en el proyecto y escritura de escisión.

3. LA UNIDAD ECONOMICA: Se debe determinar que parte o partes de la empresa se escisionarán, en el caso de que la escisión sea parcial. Se entenderá por una rama de actividad "el conjunto de elementos que constituyan una unidad económica autónoma; podrán ser atribuidos a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan."

Consiste en la parte del patrimonio social que se deriva.

d. Causa de la escisión:

Es la atribución traslaticia del patrimonio de una sociedad hacia otra que ya existe o se crea con el traspaso patrimonial. Es un negocio jurídico causal porque su validez depende de la efectiva obtención de la finalidad para la cual se efectúa.

Cuando la causa no puede realizarse, el negocio jurídico es nulo.

e. Sujetos intervinientes:

1. En el derecho colombiano y español: únicamente opera para la sociedad anónima.
2. Sociedad escindenda y sociedades beneficiarias. En el derecho francés, italiano y alemán existe la escisión para toda clase de sociedades. Ambos sujetos deben ser sociedades, es decir que se excluye al empresario individual. Además deben tener forma mercantil, pudiendo ser de la misma o diferente clase (homogénea y heterogénea).

9. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS DE LA ESCISIÓN FRENTE OTROS FENÓMENOS SOCIETARIOS:

Se diferencia de la TRANSFORMACIÓN de sociedades, porque en esta lo que se da es una conversión en otra forma societaria, además no se da fraccionamiento del patrimonio ni nace una nueva persona jurídica como sucede en la escisión; y no está inspirado este fenómeno en el principio de concentración empresarial. Aunque sus motivos pueden ser similares (régimen fiscal más favorable, etc).

También se diferencia de lo que se conoce como sociedad FILIAL, porque esta carece de autonomía e independencia, por estar siempre controlada por la matriz. En cambio, en la escisión se desligan jurídicamente las sociedades. La principal diferencia es el fraccionamiento económico, puesto que en el caso de la filial, la matriz en ningún momento se desprende del interés económico.

Se diferencia de la FUSION, puesto que son fenómenos inversos. En la fusión se dará un incremento patrimonial, y es requisito indispensable que existan ya, varias sociedades. En el caso de la fusión se agrupa el elemento personal en uno solo. Además en la fusión sólo resultará una sociedad tras la conclusión del procedimiento. La doctrina establece que también existen diferencias entre la escisión y la "adquisición de entidades" y la "disolución y liquidación de sociedades".

10. EFICACIA DE LA ESCISIÓN:

Cuando hablamos de eficacia de escisión, nos referimos a la fuerza o aptitud para producir efectos. Los efectos negociales son el vínculo que se establece en torno a la observancia del contrato y en el correlativo deber de ejecución. Para Andrade Otaiza⁴⁷, son:

EFECTOS DE LA ESCISIÓN:

⁴⁷ Andrade, 143-163.

I.- Ante las clases de escisión.

a) En la escisión total:

1. Transmisión de la totalidad del patrimonio de la escindida a las beneficiarias.
2. Los socios de la sociedad escindida pasan a serlo de las beneficiarias.
3. La sociedad escindida deja de existir.
4. Se crean nuevas entidades (en el caso que las beneficiarias constituyan nuevas sociedades y no en el que entreguen el capital a beneficiarias ya existentes.)

b) En la escisión parcial

Los efectos son los mismos, salvo el relacionado con la extinción de la sociedad escindida, que continúa existiendo.

II.- Ante el traspaso patrimonial y respecto de terceros.

Se verifica en bloque y con base en las reglas de sucesión universal. En algunos casos se limitará por convenio entre los socios, el ingreso de terceros extraños a la sociedad escindida.

PRINCIPIO DE LA EFICACIA:

Al estar inscrita la escritura pública de escisión en el Registro Mercantil.

NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO DE LA ESCISIÓN:

Podría darse la nulidad o anulabilidad, cuando en el procedimiento de escisión no se recorre el camino necesario para que la figura se estructure como tal; también cuando no se verifique el traspaso patrimonial, o no se canjeen las acciones o no se otorgue la escritura pública que contiene el acuerdo de escisión.

La nulidad absoluta es la reacción del ordenamiento ante la omisión de los requisitos por él impuestos a los negocios. El negocio jurídico no habrá de perdurar, y no producirá los efectos que le son propios sino en cuanto se cumplan los requisitos de ley. Es nulo el negocio jurídico al cual el ordenamiento le quita fuerza vinculante de autorregulación de los intereses privados. Las causales de nulidad y anulabilidad en la escisión, serán las mismas generales que establece el Código Civil.

11. PROCEDIMIENTO DE LA ESCISIÓN:

A continuación se presentan, de manera resumida, los distintos procedimientos que se utilizan para la escisión, en el Derecho Comparado, citándose al derecho Colombiano, Español y Argentino.

1) En el derecho colombiano presenta DISTINTAS FASES⁴⁸:

a) Actos preparatorios: Los administradores de la sociedad realizan los acuerdos previos, que deben materializarse en un proyecto.

b) Plan o proyecto de escisión:

-Factores subjetivos: Los autores del plan serán los administradores de las sociedades participantes, o se puede encomendar a un delegado. La iniciativa puede originarse en el órgano de administración o en el soberano, y en todo caso a éste último es a quien corresponde su aprobación.

-Factores objetivos: El proyecto no es un contrato, sino un "acto organizativo", previo a la realización del contrato. Es un "acto corporativo de información". Un acto "prenegocial". La propia ley establece cual debe ser su contenido, estableciéndose por ejemplo los motivos, datos contables, relación sobre activos y pasivos, reparto de las cuotas en las sociedades beneficiarias, estatutos de las nuevas sociedades. Y en el derecho español se exige que se establezca la denominación y domicilio de las nuevas sociedades, la forma en que se canjearán las acciones.

-Eficacia del Plan o proyecto: Se dará publicidad al proyecto para informar a socios, accionistas y terceros, además el proyecto se mantendrá a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la sede social.

-Vigencia del plan o proyecto y sus efectos: No tiene el proyecto una limitación en su vigencia, pero se le debería establecer.

-Información del plan o proyecto: Se puede solicitar información técnica a expertos para que emitan dictámenes sobre el proyecto de fusión. Algunas legislaciones como la española exigen que los administradores elaboren informes explicando y justificando detalladamente el proyecto de escisión. Además se requiere que un Contador Público certifique los estados financieros o balances generales de la sociedad escindenda.

c) Aprobación del plan: Se le llama "fase decisoria" y es un requisito esencial para que pueda darse la escisión, y consiste en la decisión por la asamblea o junta general. Se debe hacer la convocatoria para la asamblea o junta, llenando todos los requisitos de

⁴⁸ Andrade, 79-138.

ley y con la anticipación que la misma establece (15 días), enviándose una copia del proyecto de escisión, y debiendo celebrarse en el domicilio social. En la convocatoria se debe indicar que se tratará la escisión de la sociedad. Para tomar la decisión se debe hacer por mayoría absoluta de las acciones, o el número de votos que establezcan los estatutos. La doctrina considera que en un futuro cercano se debe contemplar que el quórum no solo se reúna personalmente, sino también por medios de telecomunicación a distancia, como las teleconferencias. El acto jurídico aprobatorio tiene carácter: a) De acto colectivo; b) de acto complejo de contenido patrimonial; pero también c) un acto múltiple. Se considera por la doctrina como un acto de autonomía privada, un negocio jurídico plurilateral. El acuerdo versará sobre la aceptación del proyecto de escisión y sobre las modificaciones estatutarias en las sociedades participantes. El acuerdo de escisión debe PUBLICARSE, para cumplir con la protección a los terceros.

d) Protección de los socios y de terceros: Los socios cuentan con derecho de receso (separación), y en consecuencia se le debe reembolsar el valor de las acciones o cuotas. Además los socios que tengan acciones preferentes mantendrán inalterable dicha situación. En cuanto a los Acreedores Comerciales, estos pueden oponerse si la escisión perjudica sus intereses, solicitando en juicio sumario que se garanticen sus créditos. También se debe dar protección a los acreedores laborales, es decir sobre el pago de sus acreencias laborales. Las sociedades nuevas o beneficiarias serán responsables por el pago de los impuestos y demás obligaciones tributarias, satisfaciéndose así la protección a los "acreedores fiscales".

e) Actuaciones posteriores:

I. Escritura de escisión:

1. Función y naturaleza: es requisito esencial para que se produzca la escisión y su falta impide el registro. Es un acto "constitutivo", por su medio nacen derechos y obligaciones, y por sobre todo constituye el acto por el cual se perfecciona el negocio jurídico escisorio y se consuma su fase constitutiva.

2. Otorgantes: En el caso del derecho colombiano, serán los representantes legales de las sociedades. Cuando la escisión es pura, la sociedad escindenda, representada por su órgano de administración, será la que intervenga en el acto del otorgamiento.

3. Contenido: el permiso para la escisión y la aprobación de avalúos de bienes, copias de actas de aprobación del acuerdo, balances generales, estados financieros, y si es una sociedad especial, la autorización de la entidad de vigilancia.. Además contendrá los requisitos generales de las escrituras públicas, y las normas que regularán la vida de las nuevas sociedades.

II. Inscripción y publicidad de la escritura de escisión: De estos requisitos depende su eficacia *erga omnes*. Con ella se cumple el requisito de darla a conocer a terceros.

Resumidamente, en el Derecho Colombiano se deben dar los siguientes pasos:

a) PROYECTO DE ESCISIÓN: Que debe ser aprobado por la asamblea de socios y deberá contener entre otros aspectos: los motivos y condiciones; nombre de las nuevas sociedades y sus estatutos; valoración de activos y pasivos y el reparto de las acciones para los socios; opciones a los obligacionistas y estados financieros.

b) PUBLICIDAD: En los diarios de amplia circulación nacional.

c) DERECHOS DE LOS ACREEDORES: Pueden oponerse; exigirán que se constituyan garantías suficientes y satisfactorias para el pago de sus créditos.

d) DERECHOS DE LOS OBLIGACIONISTAS (BONOS).

e) PERFECCIONAMIENTO DE LA ESCISIÓN: Se perfeccionará en escritura pública, en la cual se protocolizarán el permiso para escisión, actas en que conste el acuerdo y estados financieros.

-Una copia de la escritura se REGISTRARÁ.

f) El socio puede decidir SEPARARSE (receso o separación).de la sociedad, si la escisión le impone mayor responsabilidad o desmejora sus derechos patrimoniales, pudiendo manifestarse dentro de un mes a la fecha en que se optó a la decisión.

2) En el Derecho Argentino⁴⁹, el régimen legal de la escisión es el siguiente:

1) Resolución social que aprueba la escisión (no es prerequisite en este caso que se celebre compromiso previo).

2) Se practicará un balance contable.

3) La resolución social mencionada en el numeral 1), debe incluir la indicación de las partes, cuotas o acciones que corresponderán a los socios o accionistas de la nueva sociedad, en forma proporcional a sus participaciones.

⁴⁹ Mascheroni- Muguillo, 135, 136.

- 4) Se debe dar publicidad (mediante el diario de publicaciones legales).
- 5) Los acreedores de la sociedad escidente gozan del derecho de oposición.
- 6) Otorgamiento del instrumento de constitución de la sociedad escisionaria y la modificación de la escidente, así como las inscripciones en los registros.

Puede ser que los socios de la escidente entreguen un capital complementario, como en el caso de que se necesitara para alcanzar el capital mínimo de la sociedad anónima (especial).

3) En la Legislación Comercial Española⁵⁰ se establecen para la escisión los siguientes requisitos:

- a) Únicamente se contempla la posibilidad de escisión de sociedades anónimas, sin perjuicio de que el tipo de sociedad resultante fuese otro.
- b) Las acciones de la sociedad que se escinde deben estar íntegramente pagadas para que pueda acordarse la escisión.
- c) En los supuestos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas, requiere el consentimiento individual de los afectados.
- d) En el caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad económica.
- e) El régimen de escisión será el previsto para la fusión de sociedades anónimas, con ciertas salvedades que establece la propia ley.

Y el procedimiento de escisión en la misma Legislación Española es el siguiente:

- a) Tratos preliminares: Los administradores deben llegar a un acuerdo.
- b) Preparación: Los administradores redactarán y suscribirán un proyecto de escisión; justificando detalladamente cada uno de los aspectos del mismo.
- c) Etapa de formación: Los administradores informarán al órgano soberano de cualquier modificación importante del patrimonio.
- d) Acuerdo de escisión: Que deberá ser adoptado por el órgano soberano. En el caso de que la sociedad absorbente o la nueva sociedad resultante fuese personalista, el acuerdo de escisión habrá de ser por unanimidad de todos los accionistas que por

⁵⁰ Vega, 123, 124-

virtud de la escisión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales.

e) Publicidad del acuerdo: En el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en diario de mayor circulación; por tres veces.

f) Ejercicio del Derecho de oposición: Después de transcurrido un mes, desde la última publicación, puede llevarse a cabo la fusión, si no hay oposición de los acreedores de las sociedades. Asimismo los obligacionistas pueden oponerse.

g) Formalidades: Se otorgará escritura pública, en la cuál se expresará la clase de escisión; se inscribe en el Registro Mercantil; y se debe publicar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

h) Impugnación de la escisión: Se puede realizar ejercitándose la acción de nulidad o anulabilidad de los correspondientes acuerdos del órgano soberano. La sentencia de nulidad deberá inscribirse en el Registro Mercantil

PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN EN GUATEMALA:

Por encontrarnos en este caso con un vacío legal, la escisión debe realizarse como un negocio jurídico, y en tal virtud el Notario tendría que prestar una asesoría legal minuciosa para formular una o más escrituras que recojan adecuadamente las intenciones de los socios.

CONCLUSIONES:

1. La escisión como institución jurídica, en el derecho extranjero, particularmente en el derecho europeo, se originó en virtud del favorable tratamiento fiscal que se le dio a la separación de sociedades y, en especial a aquellas cuya magnitud no fuese desmesurada. Se reguló como un instrumento para la adecuación de las empresas a las nuevas realidades económicas.

2. En nuestro medio, la escisión de sociedades se ha presentado como un sistema que permite solucionar problemas de economía empresarial, en virtud de la adecuación del patrimonio de la sociedad. Como fenómeno jurídico es titular de innegable repercusión en el campo del derecho de sociedades, si se tienen en cuenta las relaciones de tipo jurídico que se presentan en su parte interior y que participan del proceso escisorio; de las relaciones que surgen ante terceros y del procedimiento requerido para adecuar el negocio jurídico.

3. La escisión de sociedades no es una institución jurídica que pueda considerarse aislada respecto de las demás normativas del derecho comercial considerado como un todo. Se presenta además como un negocio jurídico y, en consecuencia debe cumplir con los postulados que lo regulan.

4. Desde el punto de vista instrumental, esto es, de modificación de estructuras de las sociedades, la escisión de sociedades cuenta con características espacialísimas, tales como la plurifuncionalidad y la neutralidad.

5. Desde el punto de vista subjetivo, es viable la aplicación de la escisión a cualquier sociedad comercial, pero su aplicación se ajusta de manera típica en especial a las

sociedades de capital y más concretamente a las sociedades anónimas.

6. Por su causa y objeto, la escisión de sociedades adquiere visos jurídicos que ameritan la implantación en Guatemala de un régimen especial que preceptúe pormenorizadamente el fenómeno que la comprende y permita de manera clara diferenciarla de otras figuras afines.

7. El traspaso patrimonial se debe efectuar según las reglas de sucesión universal.

8. Se requieren conocimientos especializados para que la separación del patrimonio de la empresa conlleve su equilibrio financiero.

9. El régimen de publicidad a que debe someterse es una garantía para los socios y acreedores.

RECOMENDACIONES:

1. Por carecer en Guatemala de una regulación al respecto, el notario debe armonizar los intereses de las partes y debe prever todos los aspectos que puedan presentarse; entre ellos:

a) Que se garanticen los derechos de los socios en cuanto a la participación en las sociedades resultantes.

b) Puede permitirse el ingreso de nuevos socios, si hay acuerdo al respecto.

c) Se podría establecer que la sociedad matriz mantenga el control de las demás para que se siga una misma política comercial; lo cual se lograría a través del Holding (sociedad que controla a otras mediante la tenencia de participaciones mayoritarias de capital).

2. Una futura revisión del Código de Comercio deberá contemplar esta figura, y establecer los procedimientos adecuados para llevarla a la práctica.

PROPUESTA:

En virtud de la falta absoluta de regulación al respecto de la escisión, y tratándose ésta de un fenómeno económico que se produce efectivamente en Guatemala, es necesario que se reforme el Código de Comercio, estableciendo normas que conlleven un procedimiento controlado por el Registro Mercantil, así como que se le dé la debida publicidad, para cumplir con las garantías de los acreedores sociales. En consecuencia, se presenta la siguiente propuesta sobre dos posibles reformas al Código de Comercio:

1°.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO...

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la realidad económica actual es muy diferente a la imperante en el año de 1970 cuando se expidió el decreto 2-70 del Congreso de la República.

CONSIDERANDO:

Que los profundos cambios en la economía mundial y latinoamericana hacen necesaria la instrumentación jurídica de nuevas figuras, que respondan a esa cambiante situación;

CONSIDERANDO:

Que en el marco de nuestra legislación mercantil la escisión no tiene ubicación y regulación, siendo necesario por su trascendencia, que se ejerza control por parte del Registro Mercantil y se establezca la garantía de publicidad para los interesados.

POR TANTO:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

Artículo 1. Se adiciona el artículo 262 "bis", que establece lo siguiente:

Artículo 262 "bis". TRAMITE DE LA ESCISIÓN: Las sociedades constituidas conforme a este Código, pueden escindirse. Cada sociedad resultante tendrá personalidad jurídica diferente. En el caso de subsistir la sociedad escindida, ésta conservará su personalidad jurídica. La escisión se realizará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Resolución Social: La fusión deberá ser resuelta por el órgano correspondiente, en la forma y términos que determine su escritura social.

b) Inscripción del acuerdo de escisión: Del acuerdo de escisión se levantará acta por Notario, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

c) Publicidad: Hecha la inscripción en el Registro, se deberán publicar conjuntamente el acuerdo de fusión y el último balance general de la sociedad, en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país por tres veces en el término de quince días.

d) Oposición: Dentro del término de dos meses contados desde la última publicación del acuerdo, podrán los acreedores de la sociedad oponerse a la escisión, lo cual se tramitará en juicio sumario. La oposición suspenderá la escisión, pero el tribunal puede autorizar que tenga lugar y se otorgue la escritura respectiva, previa presentación de la sociedad de una garantía adecuada.

e) Formalidades: Podrá otorgarse la Escritura Pública, transcurridos los dos meses, o cuando conste por escrito, el consentimiento de los acreedores, o el pago directo de

las sumas correspondientes en un banco, a favor de los acreedores que no han dado su consentimiento. El testimonio de dicha escritura será enviado al Registro Mercantil, dentro de los treinta días siguientes a su autorización.

Artículo 2. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS... DEL MES DE... DE...

Firmas del Presidente y Secretarios del Congreso de la República.

PALACIO NACIONAL: Guatemala,... de... del año...

PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Firma del Presidente de la República y Ministro de Economía.

O podría ser la reforma más sencilla, de la siguiente manera:

2°.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NUMERO...

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la realidad económica actual es muy diferente a la imperante en el año de 1970 cuando se expidió el decreto 2-70 del Congreso de la República.

CONSIDERANDO:

Que los profundos cambios en la economía mundial y latinoamericana hacen necesaria la instrumentación jurídica de nuevas figuras, que respondan a esa cambiante situación;

CONSIDERANDO:

Que en el marco de nuestra legislación mercantil la escisión no tiene ubicación y regulación, siendo necesario por su trascendencia, que se ejerza control por parte del Registro Mercantil y se establezca la garantía de publicidad para los interesados.

POR TANTO:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

DECRETA:

Artículo 1. Se reforma el artículo 262, que quedará de la siguiente manera:

Artículo 262. Transformación y Escisión. Las sociedades constituidas conforme a este Código, pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad mercantil y pueden escindirse.

La sociedad transformada mantendrá la misma personalidad jurídica de la sociedad Original.

En el caso de escisión cada sociedad resultante tendrá personalidad jurídica diferente. En el caso de subsistir la sociedad escindida, ésta conservará su personalidad jurídica.

En la transformación y escisión de sociedades se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 258, 259, 260 y 261 de éste Código.

Artículo 2. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS... DEL MES DE... DE...

Firmas del Presidente y Secretarios del Congreso de la República.

PALACIO NACIONAL: Guatemala,... de... del año...

PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Firma del Presidente de la República y Ministro de Economía.

BIBLIOGRAFÍA:

Andrade Otaiza, José Vicente. La escisión de Sociedades Mercantiles. Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Radar, 1998.

Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Gordillo, Enrique, Guía General de Estilo para la presentación de Trabajos Académicos. Guatemala, Centro de Estudios Urbanos y Regionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.

Mascheroni, Fernando y Muguillo, Roberto. Manual de Sociedades Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1994.

Vega Vega, José Antonio, La Sociedad Anónima: Teoría y Praxis. Madrid, España: Editorial Tecnos, Sociedad Anónima, 1997.

Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo I, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999 y 2001.

AREA
NOTARIADO

**El ejercicio del notariado
guatemalteco en el exterior**

Lic. Francisco Mesa Dávila

SUMARIO: I. Régimen vigente del ejercicio del notariado guatemalteco en el exterior: a) Competencia territorial: Ejercicio de la función notarial en el exterior. b) Competencia extraterritorial: Ejercicio consular de la función notarial. c) Problema de la eficacia extraterritorial de los actos jurídicos: la regla locus regit actum. d) Legalizaciones. Normas de Derecho Internacional Privado guatemalteco. e) Derecho guatemalteco. II. Práctica profesional: Fórmulas de asociación con notarios residentes en el extranjero. Anteproyecto de Ley de Notariado de 2004: propuesta de regulación.

El notariado guatemalteco junto con el nicaragüense y costarricense está facultado para el ejercicio de la función notarial en el extranjero, lo que en otros términos significa que el Estado no limita la fe pública al territorio nacional⁵¹. Es preciso realizar un estudio de las principales normas internacionales y nacionales que regulan tal ejercicio, y presentar algunos problemas jurídicos que se presentan en el contexto nacional para el ejercicio de la función notarial en el exterior, y que el Anteproyecto de Ley de Notariado prevé su solución. Por de pronto, adelantaremos que asume una posición "liberal" al permitir el ejercicio para notarios residentes en el extranjero, debido a la importante colonia guatemalteca existente derivada de factores migratorios, así como asesor in situ para empresas o inversionistas "off shore" (fuera de plaza) en otros países del entorno.

⁵¹ SALAS A., Oscar, "Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá", Editorial Costa Rica, 1973, p. 125. En este sentido, podemos señalar que se trata de un norma de aplicación extraterritorial de carácter unilateral, pero que queda sujeta en cuanto a sus efectos a las disposiciones sobre autorización de ejercicio profesional de un extranjero del país donde se cartula, y que nos llevan a conocer el derecho migratorio. En este sentido, lo que el Estado otorga es fe pública al acto notarial realizado fuera del territorio nacional. En este sentido, en el República de El Salvador (Decreto No. 1139 de la Asamblea Legislativa), se sigue optando por la ampliación de la competencia consular- notarial, bajo el criterio de agilizar los trámites o rebajar costos de tener que utilizar servicios notariales privados. Costa Rica permite el ejercicio en el extranjero, pero siempre que tenga oficina en el país, con algunos límites, por ejemplo, si se ausenta más de 3 meses no podrá llevar el tomo del protocolo que tenga en curso (artículo 32 de la Código Notarial) y con el límite de 3 meses para protocolizar en el país el documento. Más allá de los 6 meses hay "abandono del país" y suspensión de la función notarial, particularmente si es residente en otro país (Consulta No. 062-99, ejercicio del notariado en el extranjero de la Dirección Nacional del Notariado, 20 de julio de 1999). Honduras solo permite la función notarial consular (Decreto Número 162 del Congreso Nacional, artículo 69.7º=.

I. **Régimen vigente del ejercicio del notariado guatemalteco en el exterior.**

a. **Competencia territorial: Ejercicio de la función notarial en el exterior**

El artículo 34 de la Ley del Organismo Judicial, faculta a los notarios guatemaltecos para autorizar actos y contratos en el extranjero, y para hacer constar hechos que presenciaren y circunstancias que les consten. Deberán faccionarlos en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha de protocolización en Guatemala. La protocolización se hará en la forma que establece el artículo 38 de dicha Ley.

El Código de Notariado, exige para ejercer el notariado que se tenga domicilio en la República (deber de residencia), con la única excepción de los notarios que sean Cónsules o agentes diplomáticos (artículos 2º y 6º numeral 2). En este sentido, las facultades de actuación internacional del notario siguen siendo restringidas a viajes puntuales que puedan realizar para prestar sus servicios notariales, pero no para realizar un ejercicio continuado profesional, en calidad de extranjeros residentes en otros países.

Seguidamente, la protocolización la puede realizar el propio notario al regresar a Guatemala, o lo puede protocolizar otro Notario, a solicitud de la persona portadora del documento⁵².

Los documentos autorizados en el extranjero por Notario guatemalteco no necesitan pases legales, pero existen obligaciones posteriores a la protocolización: 1. Aviso al Archivo General de Protocolos, dentro del plazo de 10 días de cada protocolización, el cual debe contener: lugar y fecha en que fue expedido el documento, funcionario que lo autorizó, objeto del acto, nombres y apellidos de los otorgantes o personas a quienes se refiera, indicación de que los impuestos se han pagado en el acto de protocolización. 2. Remisión al Archivo General de Protocolos, dentro de los 25 días hábiles siguientes del testimonio especial, que debe incluir el acta de protocolización y el documento protocolizado, que pasan a formar uno sólo (artículo 37 del Código del Notariado y 40 de la Ley del Organismo Judicial). 3. Expedir el testimonio o primer testimonio para el interesado, haciendo constar el Notario en la razón final que el

⁵² MUÑOZ, Nery Roberto, “El instrumento público y el documento notarial”, Utz Prisma, 1998, pp. 57 y ss.

impuesto fue cubierto en el documento original. Este testimonio sirve para efectuar la inscripción en los registros respectivos, dependiendo del acto o contrato de que se trate. Si se trata de un mandato o poder se registra en el Registro de Mandatos del Archivo General de Protocolos.

b. Competencia extraterritorial: Ejercicio consular de la función notarial.

Los cónsules representan los intereses no políticos del Estado que los envía y de sus nacionales. Sus deberes incluyen el actuar como funcionario de registro civil y "en calidad de notario" siempre que no lo prohíban las leyes y reglamentos del Estado receptor.⁵³ Estas funciones pueden ser desempeñadas por funcionarios diplomáticos o por funcionarios consulares. Son pues, verdaderos notarios, por lo que algunos tratadistas han propuesto que su nombramiento recaiga en notarios del país.⁵⁴

Muchos nacionales y extranjeros otorgan documentos fuera del país en que han de surtir efectos, por lo que se acude a la ficción de la extraterritorialidad de la sede diplomática o consular a los efectos, entre otros muchos, de que los documentos allí otorgados se consideren como hechos en territorio de la nación que dichas sedes representan, y por tal razón, cumplan las formalidades y requisitos exigidos por sus leyes⁵⁵.

Desde el Derecho Internacional Público y respecto a la competencia notarial de los

⁵³ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 24 de abril de 1963, artículo. 5. f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor.

⁵⁴ FERNANDEZ CASADO citado por SALAS, en forma crítica a la práctica internacional de los Estados en sus relaciones consulares desde el siglo XIX. Por otro lado, no podemos olvidar que el Estado receptor tiene el derecho de negar la posibilidad de ejercer la fe pública en su territorio, y de exigir a las partes de la relación jurídica de acudir a su sistema notarial, lo que en caso de vulnerarse por un notario nacional, podría generar responsabilidad internacional al Estado. Sin embargo, la costumbre internacional en los principales países del continente americano, es precisamente la de permitir la actuación notarial guatemalteca en el exterior. En el ámbito territorial nacional la competencia del notario guatemalteco respecto de relaciones jurídicas internacionales es ilimitada, siendo intrascendente que se aplique el derecho extranjero de conformidad con las normas de Derecho Internacional Privado, las partes otorgantes del negocio jurídico sean extranjeras o residan en el extranjero, incluso si es en forma permanente, o que los objetos del negocio jurídico se encuentren registrados en el extranjero. No existen competencias exclusivas de los notarios guatemaltecos en el extranjero (artículo 974 del Código Civil a respecto al testamento de guatemalteco en el extranjero y 86 respecto de matrimonios celebrados en el extranjero).

⁵⁵ SALAS, (p. 176) hace mención al criterio político del nombramiento del cónsul, en último caso, atendiendo a otras cualidades ajenas a sus responsabilidades como notarios, señalando que es frecuente que desconozcan las normas en que se funda el ejercicio de la función notarial.

agentes diplomáticos y consulares se requiere lo siguiente: Deben ejercer sus funciones notariales solamente en el lugar dentro del área en que ejerzan su jurisdicción, y además, deben actuar como notarios únicamente respecto de actos o contratos otorgados por uno o varios nacionales del país que representan, aunque también figuren como otorgantes otras personas de distinta nacionalidad o respecto de actos o contratos que deban surtir sus efectos en el país que representan. Respecto a las formalidades, deben observar todas las señaladas para los notarios de su país, incluyendo las relativas a la formación y conservación del protocolo (con excepciones). Las escrituras otorgadas ante el funcionario diplomático deben estar legalizadas por la Secretaría o Ministerio de Relaciones Exteriores del país que presentan para que puedan surtir sus efectos en el mismo. Dichos funcionarios diplomáticos o cónsules tienen también la función de legalizar los documentos otorgados en el país donde prestan sus servicios como requisito indispensable para que surtan efectos en el país que ellos representan.

El artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial, regula la actuación notarial en el extranjero mencionado que “los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos, cuando sean notarios, están facultados para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que les consten y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala.”

c. Problema de la eficacia extraterritorial de los actos jurídicos: la regla *locus regit actum*. Normas de Derecho Internacional Privado guatemalteco

El número creciente de relaciones jurídicas entre ciudadanos de diversos países, o que se encuentran viviendo en un momento dado en el territorio de dos o más Estados, planteó el problema de la validez y eficacia de los contratos y actos jurídicos que deban ser cumplidos o consumados en una nación y formalizados y exteriorizados en otras. Razones de mutua conveniencia forzaron a los Estados a admitir la regla general, que produjeran efecto dentro del territorio los actos jurídicos nacidos o perfeccionados en el extranjero. La primera consideración para resolver el problema fue la distinguir el “fondo” de la “forma”, es decir el contenido del derecho y las maneras o solemnidades con que se manifiesta. Se aplicará al primero la ley del lugar donde deban oponerse sus

efectos, y a la segunda la ley donde se otorgó el acto (*lex loci celebrationis regit instrumentum ejus*- la ley del lugar de su celebración rige a su propio instrumento)⁵⁶.

De acuerdo a la resolución del Segundo Congreso del Notariado Latino (1950) quedó establecido que el documento notarial formalizado con arreglo a la ley del lugar de su celebración será considerado válido en los demás países en cuanto a su forma y autenticidad, y que con relación a su valor probatorio, éste se juzgará con arreglo a la ley del país en que se hubiere otorgado.

Quedan fuera de la regla general, las formalidades ad probationem, o formas de publicidad que pueden establecerse en beneficio de terceros, tales como la inscripción en el Registro Público, que se rigen por la ley territorial⁵⁷., o las formalidades fiscales exigidas en el lugar donde se intente hacer valer un documento (pago de impuesto de timbre o papel sellado, exenciones tributarias).

El artículo 28 de la Ley del Organismo Judicial se adhiere a esta corriente en el sentido que las formalidades externas de los actos se regulan por la ley del lugar de su celebración (*locus regit actum*), sin embargo, con relación a la forma de validez de los actos, si el acto o negocio jurídico, deben cumplirse en un lugar distinto a aquel en que se celebró (en Guatemala), todo cuanto concierne a su cumplimiento, se rige de acuerdo a la ley del lugar de su ejecución (artículo 29, en otros términos, la ley sustantiva guatemalteca). Igualmente, lo relativo al cumplimiento del acto, se regula por la ley del lugar de ejecución (artículo 30). Como regla general, las partes pueden someterse voluntariamente, en cuanto a las formalidades extrínsecas e intrínsecas a la ley del lugar donde vaya a surtir sus efectos (guatemalteca), por lo que el notario en el exterior deberá ejercer una función asesora a las partes, en particular a la extranjera sobre sus consecuencias. En caso, contrario deberá estar en condiciones de saber aplicar al acto o negocio jurídico el derecho extranjero que sea pertinente de conformidad con la

⁵⁶ El artículo 402 del Código de Bustamante y el artículo 36 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional, volvieron a comprender dentro de la regla *locus regit actum* los documentos privados, admitiendo su validez extraterritorial, y que las leyes del país de su otorgamiento rijan lo referente a su forma y solemnidades (op. cit. p.262).

⁵⁷ Artículo 36 del Tratado de Montevideo (1940): “los medios de publicidad- se rigen por la ley de cada Estado-; y segundo, la resolución del Congreso Notarial antes citada: “en los documentos notariales sujetos o susceptibles de inscripción en los registros públicos de los países en que hayan de surtir efecto, el notario autorizante procurará expresar en los mismos las circunstancias relativas al bien o elementos registrales que exijan las leyes respectivas para su inscripción”.

norma de conflicto⁵⁸.

d) Legalizaciones

Los documentos públicos otorgados en el extranjero, y en particular los notariales, no suelen ser admitidos por nación alguna sin un mínimo de legalizaciones a fin de asegurar su autenticidad y legitimidad. Así el Código de Bustamante (artículo 402) exige, entre los requisitos para la validez extraterritorial de los documentos, que los mismos sean legalizados y llenen los demás requisitos necesarios para su autenticidad en el lugar donde se empleen

La posibilidad de falsificación impuso, la necesidad de alguna forma de autenticación de los documentos procedentes del extranjero, en especial los notariales, con el fin de comprobar la certeza de la firma y el carácter del funcionario que lo autoriza⁵⁹. Será la ley donde se intente hacer valer el documento a la que corresponde fijar los requisitos de autenticación⁶⁰. Será el cónsul del país, donde se intente hacer valer el documento extranjero al que le corresponde su autenticación dentro del país de su otorgamiento. En ocasiones se exige que se afirme que el notario estaba en funciones y no inhabilitado para actuar en la fecha en que se otorgó la escritura. La legalización de la firma del notario puede requerirse a la Corte Suprema de Justicia o Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo. Después de la legalización del cónsul, es necesaria una legalización adicional con el fin de autenticar la firma del cónsul y su carácter de tal y, en ocasiones, justificar que estaba en ejercicio de su cargo cuando se legalizó el documento. Esta nueva legalización se suele obtener en el Ministerio de Relaciones Exteriores o su equivalente, del país en que se intente que el documento produzca sus efectos. Por último, a veces, se exige que el documento sea protocolizado ante un notario nacional, y solamente las copias autenticadas que éste expida, serán las que tengan la misma validez reconocida a la escritura pública extranjera⁶¹.

⁵⁸ Téngase en consideración la aplicabilidad del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, Washington, 1949

⁵⁹ La carencia, en el país donde ha de producir sus efectos, de un registro donde pueda cotejarse la firma, rúbrica y sello del notario u otro funcionario autorizante, obliga a exigir tal autenticación. (op.cit., p. 265).

⁶⁰ Artículo 402 del Código de Bustamante.

⁶¹ SALAS señala que la protocolización del documento extranjero es recomendable, debido a la conveniencia de obtener nuestras copias en caso de pérdida o destrucción de la autorizada por un notario extranjero o del original, si se trata de escrituras otorgadas por los notarios de países como los Estados Unidos, en que se entregan a los interesados las escrituras originales. Por otro lado, queda abierta la discusión de si a nivel centroamericano deberían suprimirse las legalizaciones de documentos notariales

Estos requerimientos se hacen más complejos cuando no existen relaciones consulares entre el país del otorgamiento y aquel en que ha de surtir sus efectos. El cónsul que legaliza el documento ha de ser el de una tercera nación acreditado en el país del otorgamiento, cuya firma ha de ser legalizada por el cónsul o el embajador de ese tercer país en aquel otro en que se intente hacer valer, y cuya firma es conocida y legalizable por el Ministerio de Relaciones Exteriores de este último país⁶².

Si el documento se otorga en idioma distinto al oficial del país donde ha de ser usado, se exige la traducción, la que deben hacer funcionarios autorizados para ello (no notarios)⁶³.

e) Derecho guatemalteco

Cuando un documento proviene del extranjero, habiendo sido autorizado por un notario o por una autoridad extranjera, y necesite hacerse valer en Guatemala, debe sufrir los pases legales. Estos son actos que van concatenados, cuyo objeto es cumplir con las distintas legalizaciones de firmas de los funcionarios por las que haya pasado el documento. También debe traducirse al español, si todo o parte de él viniera en otro idioma, la traducción debe hacerse por traductor jurado.

El artículo 37 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República señala: "Para que se sean admisibles los documentos provenientes del extranjero que deban surtir efectos en el país, deben ser legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si los documentos están redactados en idioma extranjero deben ser vertidos al español bajo juramento por traductor autorizado en la República, de no haberlo para determinado idioma, serán traducidos por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas, con legalización notarial de sus firmas". Posteriormente deberá procederse a la protocolización por un Notario, cuando se trate de documentos que deban inscribirse en los Registros (compraventas, mandatos, poderes...).

que deban surtir efectos entre países de la Región, debido a razones de intercambio económico y migratorio, que se sustentan en relaciones de intercambio jurídico (op.cit.p. 273) y en la intervención notarial.

⁶² Op.cit., p. 266.

⁶³ En ocasiones el propio notario.

En este sentido, el artículo 38 de la Ley añade: "Además de los requisitos indicados en el artículo anterior (legalizaciones y traducciones) los poderes, así como los documentos que proceda inscribir en los registros públicos, deberán ser protocolizados ante notario y las autoridades actuarán con base en los respectivos testimonios, los cuales serán extendidos en papel sellado del menor valor, dando fe el notario de que el impuesto ha sido pagado en el documento original".⁶⁴

II Práctica profesional: asociación con notarios residentes y Anteproyecto de Ley de Notariado de 2004: propuesta de regulación

Brevemente podemos señalar que ha sido constatada la residencia permanente de notarios guatemaltecos particularmente en los Estados Unidos, o al menos por prolongados períodos, por lo que el Anteproyecto de Ley presentado por la Corte Suprema de Justicia, no hace sino adelantarse a la tradición "liberal" guatemalteca ya existente⁶⁵. Es notoria la necesidad que los emigrantes guatemaltecos, legales e ilegales, tienen de utilizar de los servicios notariales, y que la mínima ética profesional obliga a la prestación de la fe pública en el lugar donde se produce la manifestación del consentimiento o los hechos a constatar. En su caso, se ha constatado que en la región occidental son frecuentes los acuerdos entre notarios locales y residentes en los Estados Unidos para mantener procesos de cooperación notarial, a través del envío de instrumentos públicos, su protocolización, y la recomendación de prestación de servicios en los Estados Unidos a los usuarios interesados del notario asociado. En algunos casos, se detecta que la cobertura notarial todavía no es densa, lo que obliga a la búsqueda del profesional más cercano para evitar costosos viajes por el país. En este sentido además de los mandatos o poderes, son frecuentes las sentencias de divorcio, que son sujetas al trámite de ejecución de sentencias extranjeras por el abogado-notario nacional. Las áreas con muchos cobertura detectadas son California, Estados del Centro, Nueva York, Carolina del Norte y del Sur, Texas y la ciudad de Miami.

⁶⁴ Op.cit. pp. 55 y 56. Hace la acotación el autor que se extienden en papel bond dado que no existe papel sellado actualmente, Cuando los documentos no necesitan ser registrados, la protocolización es voluntaria.

⁶⁵ Tal y como lo constante el artículo 92, con la obligación de registro (art. 94 y aviso de cambio de dirección), envío de testimonios y avisos por correo certificado (art. 97)- incluso por correo electrónico, y entrega del protocolo por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 99). Hay una competencia territorio exclusiva a favor de los notarios nacionales para ciertos negocios y actos jurídicos en el artículo 102, basada en la prácticas legislativa notarial, hasta el momento no existente.

En conclusión, se trata de diseñar y prever el crecimiento del tráfico jurídico por la dinamización de las relaciones económicas y sociales internacionales hemisféricas, realidad que exige sin duda, un criterio liberal con algunas competencias territoriales exclusivas para el notariado residente en el exterior guatemalteco, y que la demanda de servicios irá haciéndolo crecer progresivamente, como una opción de desarrollo profesional.

AREA SOCIAL

EL SOLIDARISMO

Licda. Nelly Betsabé de León

Reyes

INTRODUCCION

Al recibir la invitación a participar en el primer Congreso Jurídico Landivariano, como estudiante landivariana me sentí muy contenta, ya que en eventos como el actual, se puede aprender algo nuevo, razón principal por la cual decidí participar, aportando algo para mis compañeros estudiantes.

Después de analizar qué tema podría tocar, decidí presentar una ponencia de derecho laboral, derecho que a muy pocos abogados les parece interesante por no representar buenos ingresos, ya que la mayoría de las personas que en nuestro departamento buscan el auxilio de un abogado para un caso laboral, son personas de pocos recursos económicos, por lo cual no se les puede cobrar mucho.

En vista de la problemática política y económica del país decidí tratar un tema actual e interesante, "El Solidarismo", figura aún no regulada dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, pero sin embargo utilizada con mucha frecuencia, por la lucha implementada por los patronos para destruir los sindicatos, razón por la cual los trabajadores buscando vías alternas de mejorar sus ingresos económicos, han encontrado en la Asociaciones Solidaristas una buena opción.

El Solidarismo implementado primero en Costa Rica, e imitado por varios países entre ellos Guatemala, ha probado que cuando los trabajadores deciden invertir ahorros en forma conjunta pueden obtener beneficios tanto personales como para sus familias, ya que en Costa Rica las Asociaciones Solidaristas son propietarias de centros de atención médica, tiendas de consumo diario, farmacias, librerías, centros educativos, etc, beneficiando a los trabajadores que han invertido allí sus ahorros.

EL SOLIDARISMO.

Generalidades:

El solidarismo es un movimiento social que en los últimos 15 años se ha consolidado fuertemente en el movimiento obrero de Costa Rica, donde surge.

Probada su eficacia en su país de origen, más tarde se exporta y desarrolla de la mano de las cámaras empresariales y empresas transnacionales, al resto de los países centroamericanos, alcanzando alguna presencia en Guatemala y escasa presencia en los demás países.

El solidarismo expone un discurso propio, una oferta concreta de carácter económico y social y un modelo organizativo que viene a modificar los términos clásicos de reivindicación laboral y, principalmente, a sustituir al sindicato como organización representativa de la clase trabajadora, presentándose como una amenaza para la supervivencia sindical.

Pensado y sistematizado, para defender los más altos intereses de los empresarios, el solidarismo, no se presenta como una estrategia en contra de los trabajadores. Su máscara es la de un movimiento de solidaridad donde obreros y empresarios se ayudarán mutuamente. Se afirma que es un movimiento que permite erradicar la lucha de clases. Por eso, las asociaciones solidaristas de cualquier expresión, surgen con la aceptación y voluntad del empresario y no como resultado de una auténtica gestión de las y los trabajadores. Quienes no están libres de la represión, cuando reclaman sus derechos. Con la globalización de la economía, se implementan nuevas formas de producción, para elevar los

niveles de efectividad, eficiencia y competitividad de las empresas. De ahí que los empresarios busquen modelos alternativos de organización.

Según el país, el solidarismo funciona con diferentes expresiones. Por ejemplo, en Costa Rica y Guatemala, son asociaciones solidaristas. En Nicaragua, Asociaciones para el Desarrollo Integral del Trabajador (ADIT). En El Salvador, comisiones obrero-patronales, y, asociaciones solidaristas. En Honduras, juntas de fomento y paralelas. En Panamá,

igual que en Venezuela, Colombia y Perú, se ligan más a los círculos de calidad. En República Dominicana, se les llama «asebien». En el resto de Latinoamérica, no se sabe que el solidarismo exista con ese nombre. Y, no se conoce en países como Argentina, Brasil, Uruguay, Chile y Paraguay. Pero, no se descarta que los empresarios controlen las relaciones laborales con otras estrategias. Y, que ponga a funcionar en el resto de países de la región. Para tal efecto se creó la «Organización Latinoamericana Solidarista»

Su historia:

Casi fenecía la década de los cuarenta, del siglo pasado, cuando el costarricense Alberto Martén Chavarría, concibió la estrategia empresarial del solidarismo. Su inspiración está en los planteamientos corporativistas y mutualistas de la Europa de finales del siglo XIX. Costa Rica, es en los 80's, el país en el que, un crecimiento acelerado, se traduce en un auge solidarista y un estancamiento sindical. Después de 43 años, el solidarismo costarricense creció en más de 1.300 organizaciones, con una militancia aproximada de 120.000 afiliados en todos los sectores productivos y un capital económico de más de 300 millones de dólares. El sindicalismo, en 1991, sólo contaban con un poco más de 475 organizaciones y una afiliación de 155.000 trabajadores. Guatemala es el segundo país de penetración solidarista, que favorecido por el gobierno demócrata cristiano, en 1984, crece, luego de fallidos intentos en los 70's. En 1990 cuenta ya con 300 organizaciones y con más de 50.000 trabajadores afiliados y un capital económico superior a los 25 millones de quetzales. Por el contrario, al sindicalismo guatemalteco lo consideran optimistamente con un 3 ó 4% de la población activa. El tercer lugar, es de Honduras. Que ingresó en 1984 y posee más de 25 organizaciones ubicadas en el sector industrial, minero y bancario. Sus afiliados son calculados en más de 3.000. Mientras que sus sindicatos en un poco más de 400, con cerca de 300 afiliados. Es El Salvador, la cuarta zona de ingreso, a partir de 1985, bajo el nombre de «comisiones obrero-patronales». Se calcula que tiene más de 30 organizaciones, en el sector industrial, comercial y público. Panamá es el quinto lugar. Ahí se hace presente en el sector industrial y agroindustrial de la capital y la zona fronteriza con Costa Rica, con más de 10 empresas que lo practican sin oficializarlo.

Objetivo fundamental:

Según Alberto Martín Chavarría, creador del Solidarismo, el objetivo es el aumento de la producción para su distribución equitativa, procurando contrarrestar la injusticia social existente, produciendo más para que todo tenga.

Objetivos generales:

1. Convertir la empresa en ejemplo de convivencia.
2. Fortalecer las relaciones de solidaridad y buena voluntad entre trabajadores y patronos.
3. Promover el progreso económico y el desarrollo integral de los trabajadores, mejorando el nivel de vida de sus familias y la comunidad.
4. Fomentar la conciencia social para mayor solidaridad y mejor entendimiento entre trabajadores y patronos.
5. Fomentar la productividad y el rendimiento de la empresa para beneficio de todos sus integrantes.
6. Defender el concepto de libre empresa como mejor sistema de producción y riqueza.
7. Alentar la formulación de programas orientados a fortalecer el desarrollo integral de los trabajadores, su familia, su comunidad y su empresa.

Principios filosóficos:

Los principios del solidarismo tiene origen en prominentes pensadores del siglo pasado, como León Brujeáis, Eric Pesh, José Ortega y Gasset. Bajo un esquema totalmente apolítico, democrático, libre y dentro de un macroeconómico social, el

solidarismo proclama paz, equidad, justicia, cooperación, libertad de la persona humana y sus pertenencias.

En el sistema solidarista la persona humana no ocupa ningún puesto extremo, ni es todo, en sí forma absoluta, ni tampoco deja de ser individuo con derechos y libertades. La empresa en el sistema solidarista goza igualmente que el hombre, de una libertad parcial. No puede obrar en una forma que perjudique a la sociedad. De actuar en armonía con el conjunto para que cumpla el axioma "ARMONÍA DE LAS PARTES, BIENESTAR DEL TODO". La solidaridad es la base en que se fundamenta la idea del solidarismo, y ésta solidaridad se encuentra latente en los campos teológicos, antropológicos, moral, sociológico, jurídico, político, biológico y económico.

Cómo aplicar los principios solidaristas:

La aplicación de los principios solidaristas se manifiesta en la creación de Asociaciones Solidaristas constituidas por una agrupación voluntaria de trabajadores (incluyendo a trabajadores sindicalizados y no sindicalizado) de una empresa, taller, o institución empresarial; unidos para ayudarse mutuamente y llegar a tener un capital con el ahorro de todos y la participación de la empresa o patrono.

Las asociaciones están dirigidas y administradas por los mismos trabajadores a través de una Junta Directiva electa por ellos mismos en Asamblea General de asociados con personalidad jurídica propia y con afiliación y retiro voluntario.

Características generales del movimiento solidarista:

1. Es libre: No tiene compromisos políticos ni religiosos.
2. Voluntario: Ingresa a él quien desea, no es obligatorio.
3. Democrático: Sus dirigentes (constituidos en una Junta Directiva) son electos por la Asamblea General.
4. Independiente: Cada asociación se desarrolla por sí misma conservando su propia autonomía.
5. Confiable: El trabajador no pierde ninguna de las prestaciones de ley previamente establecidas.
6. Participativo: Todos los asociados tienen los mismos derechos y obligaciones

7. Organizativo: Cuenta con personalidad jurídica propia (Constituida como Asociación civil no lucrativa), cuenta con estatutos, reglamentos y mecanismos de control propios.
8. Provechoso: Para el trabajador, el empresario, la familia, la comunidad y la nación.
9. Respetuoso: Reconoce y defiende el derecho de libre asociación amparada por la Constitución Política de la República de Guatemala.

El solidarismo en Centroamérica:

El Solidarismo se inicia en Costa Rica en el año 1950, ante la iniciativa de Alberto Martén Cavaría, para contribuir a la paz social a través de la armonía de las relaciones de trabajadores y patrones y del progreso económico de ambos en conjunto.

A Guatemala fue Alvaro Portela Lumbreras, quien trajo la semilla del Solidarismo, desde el año 1961; sin embargo, no fue, sino hasta 1983 que el Movimiento tuvo un despegue incalculable. En la actualidad 22 departamentos de la República y en más de 375 empresas con representación en todas las ramas de la actividad económica, enmarcan sus relaciones laborales bajo la filosofía solidarista, beneficiando aproximadamente a unos 90,000 trabajadores y sus familias; y en Costa Rica hablamos de 2,000 empresas que implica que más de 190,000 trabajadores y sus familias se benefician de las soluciones y programas que plantea el solidarismo para contribuir al progreso económico, desarrollo integral y superación personal.

Crítica al Solidarismo:

Se trata de la más seria y elaborada maniobra patronal, que se constituye en una competencia sólida al sindicalismo en el seno del movimiento de los trabajadores y trabajadoras. Estamos al frente del principal instrumento ideo-político, organizativo y económico con que cuentan la empresa privada y las políticas neoliberales en ejecución. La convergencia del solidarismo con las tesis neoliberales es constatable y supone que el solidarismo no solo es una correa de transmisión de esta ideología, sino una contraparte laboral.

El movimiento solidarista tiene, a lo interno, una composición pluriclasista. Se trata de la supuesta alianza entre obreros y patronos, tanto dentro de la empresa como en los órganos superiores del movimiento. Los solidaristas pregonan ser fieles al principio de paridad en la representación obrero-patronal de sus estructuras organizativas. A diferencia de la composición uniclasista del movimiento sindical, el solidarismo se presenta como un movimiento laboral, siendo patronal-obrero, al tiempo que pregona y defiende su condición de ser un movimiento de empresa o pro-empresarial.

En resumen, es una maniobra patronal, que se ofrece con perfil laboral, pero en esencia es un solidarismo patronal.

Este solidarismo patronal ofrece una nueva fórmula de atención a las relaciones en el mundo del trabajo, que se opone diametralmente al modelo sindical.

La fórmula es muy sencilla: NO a las medidas de presión laboral o presentación de demandas obreras autónomas. SI a la negociación armoniosa y ordenada, de acuerdo a las condiciones establecidas por el empresario. NO a las conquistas de los trabajadores, en especial al logro de convenciones colectivas. SI a las concesiones del empresario mediante el modelo del ahorro solidarista y a los arreglos directos en materia de solución de conflictos laborales. NO a la organización combativa, unitaria y propositiva. SI a la organización pasiva, atomizada y sumisa.

Estos movimientos se proclaman abanderados de la cogestión obrera. Prometen convertir a los trabajadores en codueños de las empresas. Cuando lo que en realidad sucede es la autoexploración. Pues, como les hacen creer que es suya, se sacrifican, para que la empresa alcance más rentabilidad. Pero, el resultado es: jugosas ganancias, para el empresario y desmejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo para el trabajador. Así las cosas, paulatinamente empiezan a desaparecer las conquistas otrora logradas. Que se disimulan con algunas compensaciones, que con fondos de los propios trabajadores, implementan las organizaciones. Por ejemplo, préstamos, alimentación subsidiada, actividades deportivas y culturales, etc. Este mecanismo se verifica con un porcentaje que los trabajadores ahorran de sus salarios y otro porcentaje

correspondiente a la indemnización por despido o cesantía. Dinero que es adelantado por el patrono a la Asociación Solidaria. Las condiciones laborales se deterioran y los trabajadores carecen de instrumentos de defensa de sus intereses y derechos. En cambio el sector empresarial, cuenta con plena libertad, para pagar salarios injustos. E, igualmente, despedir al trabajador o trabajadora que consideren que no rinden al máximo, o, simplemente porque son sindicalizados.

Rasgos básicos del solidarismo:

1. El solidarismo tiene un planteamiento ideológico propio, que ha probado su eficacia para responder al planteamiento sindical clasista.

Su fase de implantación estuvo acompañada de una radicalidad anticomunista que buscaba (y en buena medida logró) relacionar al sindicalismo con el comunismo, todo esto acompañado de un discurso que vende una nueva versión del capitalismo popular y llama a la armonía de clases.

Sus premisas ideológicas tienen como intención última hacer que los obreros acepten como suyos los valores empresariales, provocando una paulatina transformación de la mentalidad sindical. El efecto buscado es introducir en la mente del obrero el neoliberalismo, como concepción del mundo. Se trata de que los obreros cambien las conquistas por las concesiones, los métodos de presión y la fuerza colectiva por una actitud pasiva y negociadora, la huelga y el paro por la armonía y promesa de negociación, la capacidad de lucha por la paz laboral sin justicia, las reivindicaciones laborales por el ahorro de los obreros, la organización autónoma por otra, dependiente del patrón.

Los solidaristas se vanaglorian de no hacer huelgas ni conflictos laborales, al mismo tiempo que apuestan por una economía laboral construida mediante una alianza con los empresarios y no mediante una alianza con los trabajadores y sus organizaciones.

2. El solidarismo tiene un modelo organizativo, llamado asociación solidarista, que opera diferente al sindical, y cuyos rasgos principales son el paternalismo y verticalismo patronal.

Este control empresarial es obtenido mediante la introducción de empleados de confianza o de personal de planta afín a la empresa como dirigentes solidaristas. Aunado a esto existen fuertes prácticas antidemocráticas en el accionar de las asociaciones solidaristas. Los trabajadores de base no participan virtualmente del funcionamiento de la asociación, pese a estar afiliados, pues los nuevos dirigentes laborales solidaristas ahora son el personal administrativo y gerencial de las empresas. Este corporativismo y mutualismo, bajo la forma de un nuevo mensaje -el solidarismo-, ha resultado ser una organización idónea para los intereses del empresario, en tanto logra un efecto importante de desmovilización, atomización y desprotección del trabajador.

El solidarismo tiene la potencialidad de lograr crear un trabajador pasivo, sumiso, dócil e individualista, convencido además de que las reglas de productividad y la organización del trabajo impuesto por el empresario, son necesarias y aceptadas de consenso, en una época dominada por la competencia el neoliberalismo y el mercado.

El solidarismo posee una oferta atractiva de programas para el trabajador en el campo de créditos ágiles y accesibles, un menú variado de servicios sociales, culturales y deportivos, una propuesta de inversiones y de capitalización del ahorro solidarista y la expectativa de entregar dividendos económicos anuales. Este modelo económico-social se financia de dos fuentes: con un aporte deducido del salario del trabajador, más un porcentaje similar del patrón, que en realidad no es tal, en tanto proviene de un adelanto de las prestaciones legales o del llamado fondo de cesantía, que existe en muchos países latinoamericanos.

La figura legal del solidarismo tiene la virtud de actuar como un híbrido organizacional.

Puede funcionar, a veces como una cooperativa de servicios, y en otras ocasiones como una empresa financiera que invierte y capitaliza. También como una cooperativa, que entrega excedentes y, cuantas veces desea el patrón, como una organización laboral blanda, que entabla negociación con el empresario, supuestamente defendiendo los intereses de los trabajadores, pero ajustándose a los topes de negociación del patrón. El solidarismo tiene la posibilidad de sustituir al sindicalismo. Por eso es un peligro. No solamente tiene una ideología y una oferta material que actúa como competencia al sindicalismo. También impulsa mecanismos jurídico-colectivos –como el arreglo directo– que vienen a sustituir a las convenciones o contratos colectivos, históricos instrumentos sindicales.

Consecuencias del solidarismo:

1. El solidarismo responde al interés económico empresarial de maximizar la ganancia, a través de una mayor explotación de la fuerza de trabajo. Este propósito es obtenido gracias a medios ideológicos y psicológicos, además de variaciones en el proceso de trabajo, que garantizan al empresario un aumento de la productividad del trabajador. Esto es logrado a través de un mensaje ideológico que pregona una mayor eficacia en la producción de la empresa a fin de competir mejor en el mercado internacional, a cambio de la promesa de una co-gestión de la empresa o de una mayor repartición de dividendos entre obreros y patronos. Por tanto, del progreso de la empresa proviene el progreso laboral, el cual queda supeditado al primero.
2. El solidarismo responde al interés político empresarial neoliberal, de eliminar al sindicato como interlocutor de la empresa y del Estado en la negociación del conflicto laboral y social de nuestros países. En suma, lleva el conflicto al espacio de la fábrica, y luego lo diluye.
3. El solidarismo responde al interés ideológico empresarial, de ver sumados en un solo perfil a todas las corrientes y prácticas sindicales, para luego culparlas del caos y la violencia en nuestras sociedades. El solidarismo es el instrumento político para atacar a todos los sindicatos como disociadores, comunistas, etc.

4. El solidarismo ocasiona un serio cambio a la conciencia sindical y política de los trabajadores, en tanto introduce valores que no les son propios, eliminando falsamente cualquier causalidad del conflicto laboral y social, mediante la fórmula de la armonía.

5. El solidarismo desmoviliza a los trabajadores, al someterlos a un modelo organizativo pro-patronal, que no es autónomo ni tutela, defiende, propone o fiscaliza los derechos de los trabajadores.

6. El solidarismo transforma el concepto clásico de reivindicación de las condiciones de salario y de vida de los trabajadores organizados en sindicatos, por un concepto en donde se cambian estas reivindicaciones y conquistas democráticas por un conjunto de servicios socioeconómicos que atienden parcialmente las condiciones generales de vida. Logrado este concepto de progreso solidarista, se abandonan las condiciones de trabajo y salario, afectando seriamente el nivel de ingreso y la calidad de vida del obrero.

7. El solidarismo, en síntesis, sustituye la organización natural y autónoma de los trabajadores –el sindicato- por una promesa ideológica, un conjunto de servicios financiados con los propios recursos de los trabajadores y un llamado a la desmovilización, como camino para el progreso. El obrero piensa como patrón, pero sigue siendo trabajador, manteniendo, eso sí, una promesa falsa de llegar a ser empresario.

8. El solidario resulta ser el trabajador con el empresario, pero el camino no se concreta a la inversa.

El solidarismo: mercancía de exportación:

Después de afianzarse en Costa Rica, el solidarismo inicia un período de penetración en Centroamérica y ensaya estrategias para darse a conocer en otros países de América Latina. Honduras (1983), Guatemala (1984), El Salvador (1987), Panamá y Nicaragua (1988) y, posteriormente, algunos esfuerzos en Belice, marcan la huella de los intentos de implantación del solidarismo en Centroamérica.

El sindicalismo centroamericano fue oportunamente advertido desde Costa Rica sobre las características y formas de penetración del solidarismo. Tanto en espacios sindicales, como por medio de numerosas actividades de capacitación desarrolladas por ASEPROLA, se esclarecen las estrategias solidaristas y se elaboran políticas de respuesta.

No obstante, el solidarismo sigue representando una amenaza, una alternativa, que puede ser utilizada por los sectores patronales conforme las coyunturas que se vayan presentando en la región.

Asociaciones solidaristas

1. Definición

Una ley de asociaciones solidaristas prevé que se constituirán con 12 o más trabajadores y las define en la forma siguiente: "Las asociaciones solidaristas son entidades de duración indefinida, con personalidad jurídica propia, que, para lograr sus objetivos (procurar la justicia y la paz social, la armonía obrero patronal y

el desarrollo integral de sus asociados), podrán adquirir toda clase de bienes, celebrar contratos de toda índole y realizar toda especie de operaciones lícitas encaminadas al mejoramiento socioeconómico de sus afiliados, en procura de dignificar y elevar su nivel de vida. En tal sentido, podrán efectuar operaciones de ahorro, de crédito y de inversión, así como cualesquiera otras que sean rentables. Asimismo, podrán desarrollar programas de vivienda, científicos, deportivos, artísticos, educativos y recreativos, culturales, espirituales, sociales y económicos, lo mismo que cualquier otro que lícitamente fomente los vínculos de unión y cooperación entre los trabajadores y entre éstos y sus patronos". Los recursos de las asociaciones son el ahorro mensual mínimo de los asociados, cuyo porcentaje será fijado por la asamblea general y el aporte mensual del patrono en favor de sus trabajadores, que será fijado de común acuerdo entre ambos.

Las asociaciones solidaristas son asociaciones de trabajadores cuya constitución está subordinada al aporte del empleador del que dependen, financiadas con arreglo al principio mutualista por los trabajadores y por los empleadores, con fines económicos-sociales de bienestar material (ahorro, crédito, inversión, programas de vivienda, educativos, etc.), y de unión y cooperación entre trabajadores y empleadores, cuyos órganos deben integrarse por trabajadores aunque puede participar en ellos un representante patronal con voz pero sin voto. Cuyo objetivo es que trabajadores y empleadores busquen formas de cooperación, inclusive de naturaleza mutualista, para el logro de objetivos sociales, procurando en la medida de lo posible que tales formas de cooperación cristalicen en estructuras y organizaciones permanentes, asegurarse de que la legislación y funcionamiento en la práctica de las asociaciones solidaristas no interfieren en las actividades y funciones propias de los sindicatos.

2. Garantías para evitar que realicen actividades sindicales

La reglamentación relativa a las "asociaciones solidaristas" (en Guatemala no existe reglamentación a tal respecto) debería respetar las actividades de los sindicatos.

Deben tomarse las medidas legislativas y de otro orden necesarias para garantizar que las asociaciones solidaristas no asuman actividades sindicales, y para que se garantice una protección eficaz contra toda forma de discriminación antisindical y la eliminación de toda desigualdad de trato en favor de las asociaciones solidaristas.

En cuanto a los alegatos relativos al "solidarismo", se debe garantizar la protección contra los actos de injerencia de los empleadores tendientes a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador.

En cuanto a alegatos sobre las actividades de las organizaciones solidaristas para contrarrestar la acción sindical, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, cuyo texto dispone que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una respecto de las otras y que se consideran actos de injerencia las medidas que

tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar a estas organizaciones bajo el control de un empleador o una organización de empleadores.

La interferencia de las asociaciones solidaristas en actividades sindicales incluida la negociación colectiva, a través de arreglos directos concluidos entre un empleador y un grupo no sindicalizado de trabajadores, aun habiendo sindicato en la empresa, no promueve la negociación colectiva en el sentido del artículo 4 del Convenio núm. 98, que se refiere al fomento de la negociación entre los empleadores y sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores.

Las asociaciones solidaristas financiadas en parte por los empleadores, integradas por trabajadores pero también por altos cuadros y personal de confianza del empleador y a menudo suscitadas por los empleadores, no pueden realizar un papel como organizaciones independientes en el proceso de negociación colectiva, proceso éste que debe llevarse a cabo entre un empleador (o una organización de empleadores) y una o más organizaciones de trabajadores, totalmente independientes entre ellas. Esta situación plantea pues problemas de aplicación con respecto al artículo 2 del Convenio núm. 98, que consagra el principio de plena independencia de las organizaciones de trabajadores en el ejercicio de sus actividades.

En relación con las asociaciones solidaristas, la importancia fundamental del principio del tripartismo preconizado por la OIT, que supone organizaciones independientes (entre ellas y respecto de las autoridades públicas) de trabajadores por una parte y de empleadores por otra y pidió que el gobierno tomara medidas en concertación con las centrales sindicales, con miras a crear las condiciones necesarias para el fortalecimiento del movimiento sindical independiente y para el desarrollo de sus actividades en materia de obras sociales.

Las cuestiones que se han planteado en relación con las asociaciones solidaristas a nivel de legislación y de práctica en varios países cubren asuntos de discriminación e injerencia antisindicales, así como de negociación colectiva.

Cómo se administran e invierten los fondos de una Asociación Solidarista:

Los fondos de una asociación Solidarista son administrados por una Junta Directiva integrada por un Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero, Vocales, y un fiscal por parte de la empresa y otro por los trabajadores. Estos fondos una vez la Asociación ha capitalizado se invierten en los programas específicos de crédito, servicio e inversiones en general.

A través del crédito se atienden necesidades de salud, sepelio, educación, vivienda, equipamiento del hogar y gastos personales.

Los programas de servicio incluyen los comisariatos o tiendas de consumo, servicios médicos, comedores, bolsas de estudio, seguros de vida, centros de recreación y otras, dependiendo de las necesidades y prioridades de cada comunidad laboral. Estos servicios generalmente son planificados por comités, quienes presentan proyectos específicos a la Junta Directiva, la que los aprueba. Los servicios deben ofrecer siempre precios inferiores a los del mercado y dejar un margen de utilidad a la Asociación además de ser autofinanciables.

En el campo de las inversiones se destinan recursos para la compra de acciones en compañías y la creación de nuevas empresas; democratizando así los medios de producción y fomentando la co-gestión mediante la participación de los trabajadores en la empresa donde trabajan o empresas periféricas.

La empresa por su parte encuentra en la Asociación Solidarista un instrumento para la consulta de sus programas y actividades, de diálogo y coordinación. Basando sus relaciones laborales en la solidaridad, dignidad y cooperación, encontrará mayor productividad, mayor mística de trabajo y menos rotación de personal y por la flexibilidad de la Asociación Solidarista, se hace posible la adaptación a todos los sistemas productivos, pudiendo implementarse en todo tipo de empresas tales como industriales, agrícolas, cooperativas, comerciales y de servicio en general.

Las Asociaciones Solidaristas a través de diversas actividades y funciones económicas concretas por ejemplo de producción y comercialización de bienes y servicios, de obtención y suministro de los mismos a sus socios; busca además

enfrentar los problemas socioeconómicos inmediatos mediante la puesta en común y gestión colectiva de sus recursos junto a los de la empresa, previa autorización de ésta última; lograr una reinserción en el mercado, en el circuito de la economía solidarista, así como en el sector formal e informal de la economía.

La diferencia esencial entre estas asociaciones y cualquier otra empresa, en que ella basa sus valores de solidaridad no individualistas y el concebirse a sí mismas como unidades económicas alternativas respecto de las formas capitalistas y como modos de organización social y autonomía popular.

Esquema financiero de la Asociación Solidarista:

CRÉDITO	SALUD EDUCACIÓN VIVIENDA HOGAR GASTOS PERSONALES
SERVICIOS	ABASTECEDOR CLUB DE RECREO TRANSPORTE TIENDA SODA COMEDOR
INVERSIONES	ACCIONES EMPRESAS
EXCEDENTES	EXCEDENTES DISTRIBUIDOS EN PROPORCIÓN AL AHORRO DE LOS ASOCIADOS

Definiciones básicas del plan solidarista:

Empresa de participación laboral: Empresa establecida que ofrece la oportunidad para que el trabajador a través de la Asociación Solidarista, adquiera acciones de la misma.

Empresa 100% propiedad laboral: Empresa cuya propiedad es un 100% a trabajadores y patronos.

Empresas de co-gestión: Empresas creadas por iniciativa de trabajadores y empresarios, cuya propiedad es compartida, por lo general con amplia mayoría por parte de los trabajadores representados a través de una Asociación Solidarista.

Empresas periféricas: Empresas organizadas por la Asociación Solidarista para proveer de bienes y servicios que requiera la empresa matriz, como parte de su cadena de producción y comercialización. Asegurando así un mercado y el interés del empresario en proporcionar a la nueva empresa toda la ayuda técnica y administrativa necesaria, dado la interrelación de intereses para el mejor funcionamiento de ambas empresas.

Cuando se mide el producto generado por dichas organizaciones, se ha de considerar no solamente la producción física sino también un conjunto de servicios que, si no hubieran sido generados en la misma organización, los socios habrían tenido que adquirirlos como lo hacían tradicionalmente.

El aporte patronal en algunas ocasiones en un préstamos que la empresa proporciona a la Asociación para que los use o usufructúe en programas de servicio e inversión.

Renuncia Voluntaria: El asociado recibe de la Asociación su ahorro personal, su ahorro extraordinario, intereses y utilidades de su ahorro ordinario y extraordinario, más los intereses y utilidades de su aporte patronal.

El aporte patronal regresa a la Empresa. En caso de renuncia voluntaria, retiro de la asociación pero no de la empresa, fallecimiento del trabajador afiliado,

jubilación del trabajador afiliado, el asociado retira sus ahorros, intereses y utilidades que han generado ambos capitales. El aporte patronal regresa a la empresa.

Retiro a la asociación pero no a la empresa: El asociado retira sus ahorros personales ordinarios y extraordinarios, intereses y utilidades que han generado ambos capitales. El aporte patronal queda congelado en la tesorería. Los intereses que pueda generar el aporte patronal, la Asociación los traslada a un fondo común para prestar servicios a los asociados activos. Si el asociado regresa, empieza como nuevo ahorrante, ahorrando el 5% y la Asociación al darle el 5% del aporte patronal acumulado. Cuando la Asociación termine de darle el aporte patronal acumulado continuará la empresa aportándole nuevamente el 5% de aporte patronal.

Fallecimiento del trabajador afiliado: Los beneficiarios retirarán los ahorros ordinarios y extraordinarios del socio fallecido, intereses y utilidades de su aporte patronal, que hayan generado dichos capitales. El aporte patronal regresa a la empresa.

Jubilación de un trabajador afiliado: El trabajador retira sus ahorros personales ordinarios y extraordinarios, intereses y utilidades que le han generado del ahorro personal ordinario y extraordinario y el aporte patronal. El aporte patronal regresa a la empresa. En el caso de que el trabajador jubilado decidiera dejar sus ahorros en la asociación y ésta lo aprobara, podría continuar ahorrando un 5% de su I.V.S. y gozando de los servicios de la asociación. En este caso la empresa ya no está obligada a aportar el 5% del aporte patronal.

Necesidad de crear una normativa legal:

A criterio de la ponente se debe crear una normativa que pueda proteger y regular las Asociaciones Solidaristas desde el punto de vista del derecho laboral,

ya que hace más de veinte años se viene implementando un modelo de organización social novedoso, sustentado en los principios filosóficos de la solidaridad humana. El solidarismo, nombre que recibe este modelo, viene a representar una alternativa de organización para la clase trabajadora guatemalteca. Con el paso del tiempo, el solidarismo se ha convertido en uno de los más eficaces instrumentos de desarrollo y progreso social en nuestro país, notable logro que hoy se encuentra amenazado en su existencia por normas legales inadecuadas e inexistentes.

Además de que es obligación de los legisladores preocupados por la paz y la justicia en nuestro país, corregir esta situación para dar apoyo y estímulo a un

movimiento que beneficia a tantísimos hogares guatemaltecos.

El solidarismo es un tipo de organización que permite aplicar la solidaridad en el campo económico, concretamente en la empresa, donde propicia una armoniosa relación obrero-patronal, ya que reconoce la interdependencia entre capital y trabajo, y promueve el esfuerzo conjunto de esos recursos para el logro de los objetivos de la empresa.

Para llevar a la práctica este principio de solidaridad, inherente a la naturaleza humana se ha desarrollado una figura jurídica en las empresas denominadas "asociaciones solidaristas", las cuales son definidas como "organizaciones sociales que se inspiran en una actitud humana, por medio del cual el hombre se identifica con las necesidades y aspiraciones de sus semejantes, comprometiendo el aporte de los recursos y esfuerzos para satisfacer esas necesidades y aspiraciones de manera justa y práctica."

Los aportes del solidarismo han significado mejoras y beneficios para los guatemaltecos en varios niveles: para el trabajador, su familia, la comunidad, la empresa y el país. En el caso del trabajador, el solidarismo promueve la acumulación de un patrimonio propio, por medio del ahorro y aporte de la empresa. Además, procura el desarrollo integral del trabajador y su familia, a través de programas de salud, educación y créditos blandos. La familia del trabajador se ha visto premiada con estabilidad económica y social, pues el solidarismo vela por su salud física y mental, facilita la adquisición de bienes y servicios y fortalece la armonía en las relaciones familiares. Y para la empresa, el solidarismo propicia un ambiente de paz, armonía, coopera con las metas de calidad y eficiencia en la producción y garantiza menor rotación del personal.

En conclusión, el solidarismo ha sido un eficaz instrumento para fortalecer la justicia y la paz social, desarrollar un ambiente de solidaridad nacional, educar la conciencia social de los empresarios y apoyar áreas donde hay muchas necesidades (educación, vivienda, seguridad, salud, recreación).

Por otro lado, también ha contribuido a la economía nacional, puesto que ha llegado a representar un sector muy importante en la actividad económica y social del

país.

Asimismo, el solidarismo ha contribuido con éxito a desarrollar programas de vivienda, dirigido especialmente a los trabajadores de ingresos bajos, para lo cual se ha logrado obtener los bonos de vivienda mediante mecanismos que permiten accederlos.

A pesar de los brillantes resultados obtenidos, las asociaciones solidaristas han tenido que enfrentar el duro golpe que significa la falta de una normativa legal al respecto.

CONCLUSIONES:

El Solidarismo después de muchos años de su creación en Costa Rica a la fecha es un tema que causa polémicas, ya que surge básicamente con el objetivo de destruir o por lo menos minimizar hasta donde sea posible el Sindicalismo.

El Solidarismo introducido en las empresas por los patronos, buscando con ello mentalizar a los trabajadores que sobre los principios solidaristas y en base a la solidaridad se puede evitar la lucha de clases, y consecuencia de dicha eliminación lograr beneficios económicos y sociales para ambas partes, tanto patronos como trabajadores.

El solidarismo sin embargo, deben entenderse como un instrumento al servicio del trabajador para lograr su desarrollo integral y el de su familia, ya que constituye una alternativa de ahorro y beneficios sociales y económicos.

En Guatemala, segundo país a nivel Centroamericano con más asociaciones solidaristas, debe crearse una normativa legal de naturaleza laboral, para la protección de la figura del Solidarismo.

RECOMENDACIONES:

Implementar normativa legal que regule la figura del Solidarismo.

Estudio en la Universidades en los cursos de derecho laboral de temas actuales como El Solidarismo, La Flexibilización Laboral entre otros a efecto de que los estudiantes de derechos se encuentren actualizados en la temática del derecho laboral.

Entender al movimiento Solidarista como una alternativa para beneficios económicos y sociales de los trabajadores, a efecto de no continuar la mentalidad de destrucción del Sindicalismo, ya que ambas figuras pueden y DEBEN coexistir, porque ambas tienen como meta mejores beneficios para los trabajadores.

Fortalecer el movimiento Solidarista y el Sindicalista aunando esfuerzos para la coexistencia de ambos, a efecto de lograr la convivencia armónica entre patronos y trabajadores.

BIBLIOGRAFIA

Blanco. G. Navarro O. (1984) El Solidarismo Editorial Cota Rica. San José.

www.solidarismo.com (2004)

PRINCIPIO DE INVIOLABILIDAD DE LA CONSTITUCION

Lic. Jesús Inocente Alvarado

Mejía

PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

La supremacía del ordenamiento constitucional y su fundamentalidad, en tanto enuncia y preconiza asuntos esenciales de la sociedad o decisiones fundamentales de la vida política, sirven de fundamento a otro principio: el de la inviolabilidad de la Constitución. La Constitución es inviolable se afirma sentenciosamente. Pero a pesar del sentido etimológico que se podría desprender del término, la inviolabilidad no denota que la Constitución, de manera alguna, nunca pueda ser vulnerada, contravenida, restringida, desconocida o tergiversada. Tal afirmación inmediatamente la desmentirían los acontecimientos, la historia. Es fuera de la realidad, insostenible e irrealizable. Toda Constitución, al igual que cualquier cuerpo normativo regulador del deber ser, está en la posibilidad de ser contravenida por diversidad de actos del poder público y de los propios ciudadanos. Téngase presente que las constituciones surgieron como consecuencia de una necesidad de ordenar y racionalizar los poderes del Estado. Ante las crecientes extralimitaciones de los gobernantes en desmedro de los gobernados. Sin embargo la previsión normativa, evitó absolutamente ni ha evitado las extralimitaciones del poder. Y actualmente, no solo por parte de los poderes estatales, sino de los propios ciudadanos se vulneran las constituciones. El desarrollo económico, social y cultural y tecnológico contemporáneo han creado nuevas condiciones y una diversidad organizativa y de grupos de la sociedad. Esto ha generado situaciones cotidianas de las personas, constitutivas de problemas de libertad de minorías frente a mayorías y viceversa.

Las Constituciones también son susceptibles de ser vulneradas por los propios ciudadanos.

Atendiendo a la vulnerabilidad de la ley suprema, es que ha surgido y se ha ido afianzando la jurisdicción constitucional, como garante de la inviolabilidad constitucional. La propia Constitución prevé un sistema de autodefensa, diseñando los diversos medios procesales aptos para prevenir o reparar las contravenciones, de forma y fondo, a sus cláusulas.

Algunas corrientes del Constitucionalismo, delimitando el concepto de inviolabilidad, estima que su sentido se orienta a que, la Constitución, únicamente puede ser desconocida, vulnerada o reemplazada por la soberanía manifestada en el poder constituyente, cuyo titular en última instancia es el pueblo.

Por nuestra parte creemos que, la Constitución es un proyecto normativamente elaborado de un modelo de sociedad, con sus reglas sociales, políticas, axiológicas, para una época determinada, con pretensiones de permanencia. Tal pacto social vinculante es elaborado por un poder constituyente delegado por el pueblo en uso de su soberanía, para regir la actuación de gobernantes y gobernados.

Se infiere fácilmente que su obligatoriedad, observancia del principio de supremacía constitucional y de inviolabilidad, se extiende al mismo pueblo depositario único de la soberanía nacional. La afirmación final sería que ni el mismo pueblo o una conformación mayoritaria de él o el poder constituyente, de hecho, no pueden contravenir, restringir, ni desconocer la Constitución, porque sus reglas vinculantes también lo afectan y obligan. Un poder constituyente si podrá sustituir la ley fundamental o modificarla, cuando hubiese sido instituido con esa potestad jurídica por el ente colectivo soberano. Es decir, una sustitución o reforma de derecho, pero no un desconocimiento o vulneración de hecho.

Bajo ese planteamiento, la inviolabilidad constitucional está fuertemente ligada al mismo carácter normativo de la Constitución, al igual que cualquier texto jurídico. Los cuerpos normativos regulan para el deber ser, pero como siempre acontece, los sucesos o asuntos del mundo del ser no siempre se producen como se previó o como debe ser, por lo que los hechos o actos resultan vulnerando las reglas previsoras o reguladoras.

Que no es lo deseable, pero así sucede. Si sucediese lo estipulado en las normas, nos aproximáramos casi a la perfección en cuanto Estado de Derecho se refiere.

Por ello somos de la opinión que la inviolabilidad de la Constitución, se orienta a que la ley suprema no debe ser vulnerada, restringida, tergiversada o desconocida por nadie, gobernantes y gobernados. Es una carga, un deber público, una obligación de no hacer colectivo dirigidas a todos, mayorías o minorías, que se sintetiza en que no debe vulnerarse la Constitución. Si se falta a la observancia de tal obligación, como acontece usualmente en la realidad, deben operar los instrumentos procesales diseñados para mantener el orden constitucional. La norma constitucional no debe ser vulnerada, aunque es susceptible de serlo, y cuando así suceda, tiene cabida la jurisdicción constitucional, e incluso la jurisdicción ordinaria a efecto de provocar un efecto reparador.

La Constitución Política de Guatemala no desarrolla expresa y específicamente el principio de inviolabilidad constitucional, pero si se infiere con claridad del principio de supremacía citado en varias cláusulas. Además de los siguientes preceptos:

El artículo 135 puntualiza como derechos y deberes de los guatemaltecos...b) cumplir y

velar, porque se cumpla la Constitución de la República...” Los artículos 138 y 139 prevén las situaciones extraordinarias de anormalidad institucional (estado de prevención, estado de alarma, estado de sitio, estado de calamidad pública y estado de guerra), en que por vía jurídica, si pueden ser limitados los derechos constitucionales, pero no de hecho. Así, el 138 preceptúa que “es obligación del Estado y de las autoridades, mantener a los habitantes de la Nación, en el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza. Sin embargo, en caso de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o calamidad pública, podrá cesar la plena vigencia de los derechos a que se refieren los artículos 5º, 6º, 9º, 26, 33 primer párrafo del artículo 35, segundo párrafo del artículo 116”

El artículo 154 que regula a los funcionarios públicos con sujeción a la ley y jamás superiores a ella. El artículo 268 que establece la Corte de Constitucionalidad con una función de defensa del orden constitucional y la determinación de las garantías constitucionales, que son los medios procesales del orden supremo.

- a) Amparo
- b) Exhibición personal
- c) Inconstitucionalidad de leyes.

El Código Penal tipifica el delito de violación a la Constitución, sancionado con prisión de tres a diez años los siguientes actos.

- a) actos que tienda a variar, reformar o sustituir, total o parcialmente la Constitución por medios no autorizados por el ordenamiento constitucional.
- b) Actos no autorizados por el ordenamiento constitucional que tiendan directamente a limitar o reducir en todo o en parte, las facultades que la Constitución otorga a los organismos del Estado.
- c) Mediante actos de similar naturaleza indicados en los dos incisos anteriores, tender a variar el régimen establecido en la Constitución, para la sucesión en el cargo de Presidente de la República.
- d) Ejecución de actos de la misma clase para privar al Vicepresidente de la República, de las facultades que ala Constitución le otorga (artículo 381 del Código Penal).

EL AMPARO: GARANTIA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES

PONENTE

Lic. Sergio Madrazo Mazariegos

PRESENTACIÓN

“La Justicia siempre camina hacia delante, le está vedado mirar atrás”.

Hernando Londoño

Vivimos en los tiempos del Estado-fuerza que ha remplazado al Estado de derecho, dejando a un lado todo el conjunto de nociones y principios que forman y fundamentan el mismo. El problema no radica en la falta de normas, sino en el incumplimiento de las mismas, que no se sabe si es por ignorancia o por autoritarismo de nuestras autoridades.

En nuestro país (al menos en mi región) interpretar las leyes significa, casi siempre corromperlas. Montesquieu afirmaba que los jueces deberían ajustarse a la letra de las leyes, si no hay lugar a dos interpretaciones.

La obligación de interpretar los textos, no debe convertirse en derecho de violarlos. Así nosotros como Abogados debemos de luchar contra las arbitrariedades que se cometen a diario en nuestro sistema de justicia y no consentir que se sigan atropellando los derechos humanos, las leyes y la dignidad de las personas que acuden a nosotros con la esperanza de poder orientarlos a alcanzar la plenitud de sus pretensiones legítimas.

Así pues, la justicia no triunfa sino cuando ha triunfado la dignidad humana, el triunfo de las dos consolidará indudablemente el auténtico Estado de Derecho.

Un amigo me dijo: “El Estado de derecho tiene muchos enemigos, entre ellos la arbitrariedad”. Sin embargo, así como la arbitrariedad es un enemigo del Estado de derecho; el Amparo es una “garantía contra las arbitrariedades”, al menos así nos lo dice el segundo considerando de la ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad. Es importante comprender cuál es el sentido del amparo, para así no tomarlo como una medida dilatoria, retardatoria y maliciosa que entorpezca la

pronta, cumplida y efectiva administración de justicia que todos necesitamos.

Así pues, nosotros que decimos ser profesionales del derecho, nosotros que estamos llamados a exigir que se cumpla el derecho humano de acceso a una "justa justicia", debemos utilizar el amparo en forma prudente, para así ayudar a depurar procedimientos antijurídicos, para evitar el abuso de autoridad y constituimos en Contralores de la Constitucionalidad de un pueblo, en donde el amparo es un pilar para la Democracia de toda la nación.

"EL AMPARO: GARANTIA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES"

ANTECEDENTES

En tiempos primitivos la autoridad matriarcal, patriarcal, jefes de tribu o los que correspondiera en ese entonces, actuaban de hecho, sancionando a los rebeldes que deseaban modificar las formas de autoridad y el resultado era la expulsión del clan o muerte en su caso, y en casos investigados, el rebelde era afectado en su decisión no pudiendo oponer ningún mecanismo para su defensa.

En ORIENTE: No existieron los regímenes de derecho, pues eran dinastías que tenían su organización autócrata, negando cualquier forma de defensa de la libertad, por lo que debían sujetarse a los mandatos sin ninguna oposición; los representantes de las formas de gobierno se denominaban "dioses" y sus ordenanzas no se podían discutir. En el mundo oriental, prevaleció la autocracia o monarquía despótica y los monarcas fueron venerados como dioses.

En el pueblo Hebreo se reconocían tácitamente ciertos beneficios. En India existía una tendencia a respetar las garantías del hombre. En China, con las corrientes de Confucio y Lao Tse, se predicó la igualdad entre los hombres y el vivir en armonía, proponiendo la democracia como forma de gobierno. En Grecia, se reconocieron básicamente derechos políticos y civiles, pero no disponían los ciudadanos de ningún mecanismo para oponerse a las decisiones de los gobernantes. En Esparta, se da una completa desigualdad social, dividiendo a la sociedad en capas; Siervos, dedicados a trabajos

agrícolas, Periecos o clase media, quienes trabajaban la industria y el comercio; y los espartanos propiamente dichos que formaban la clase de aristócratas, con muchos privilegios. En Atenas, la situación era diferente a la de Esparta, sin clases sociales, había cierta libertad entre los hombres y frente al poder público, pudiendo hasta impugnar el actuar del gobierno en asambleas. Así pues, en Atenas se dio una especie de Legalidad, en el sentido que todo acto público y toda ley deberían estar de acuerdo con la costumbre jurídica, tanto así que una de las atribuciones de las asambleas de ciudadanos consistía en comparar si una ley o el acto y la práctica consuetudinaria infringía o no las leyes. Pero este es el único antecedente, si bien se ve es de tipo político y de organización estatal, no así garantía individual. Durante el gobierno de Pericles, se instituyó a los guardianes de las leyes denominados "nomotetes", para impugnar ante la asamblea las leyes inadecuadas o impertinentes, pero fuera de ese control NO se instituyó ninguno otro para la defensa del propio individuo. Para los Sofistas, el hombre es el sentido de todo y para ellos no existía la autoridad estatal, por lo tanto no se preocuparon de los derechos individuales para oponerlos a los actos de esa autoridad inexistente. Sócrates se opone a los sofistas y hace reflexionar sobre la igualdad del hombre, afirmando que el Estado debe subordinarse a los individuos; luego, Platón justificó la desigualdad social, diciendo que los hombres debían someterse al Estado. En Roma, la única garantía frente a las arbitrariedades y abusos de autoridad consistía en acusar al funcionario al final de su período de cargo en el gobierno, pero la actividad la continuaba ejerciendo sin ninguna limitación y se le hacía el juicio de responsabilidad luego de pasar los posibles atropellos y abusos de poder, por lo que el individuo no podía oponerse a tiempo a los abusos de autoridad. La historia en Roma se divide en tres etapas: a) La Monárquica: el pueblo se dividió en dos clases, patricios y plebeyos. El Rey emitía las leyes y concentraba los poderes del Estado; b) La Republicana: se crearon los Tribunales de la Plebe, integrado por funcionarios que se oponían a los magistrados y senadores, cuando estimaban que su proceder era contrario a los intereses y derechos de la plebe; y los efectos no eran impedir el acto, sino sus efectos (la *intercessio*); y, c) La de los Emperadores: aquí desaparece cualquier institución oponible a la autoridad y se vuelve a la autocracia.

Se pretende descubrir en una institución jurídica romana pretoriana un antecedente de nuestro proceso de amparo y en general de cualquier medio de preservación de los derechos del hombre frente al poder del Estado; y es aquí cuando hablamos del famoso interdicto de "homine libero exhibendo", sin embargo, los ilustres

constitucionalistas consideran que esta institución fue posiblemente el origen del Recurso de Exhibición Personal.

En la Edad Media se dieron tres etapas: a) La Epoca de las Invasiones, en donde predominó el despotismo y la barbarie sobre la persona humana y esto daba lugar a que las personas hicieran justicia por su propia mano; b) La Epoca Feudal, caracterizada por un desmedido dominio sobre la tierra; y, c) El Municipal, en donde se integró una organización que se opuso a las ordenes de los feudales, por medio de un regimen de legalidad que limitaba al feudal y éste precisamente puede ser el origen del amparo.

En España, la limitación de las funciones reales fue expresa con la emisión de la Constitución de 1812, que ya incluyó declaraciones terminantes que involucran sendas garantías individuales, tales como las que se refieren a "audiencia", a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de emisión del pensamiento; sin embargo, dicha Constitución sólo declaró esos derechos y no incluyó un mecanismo para oponerse ante los abusos de autoridad. En abril de 1931 se implanta el régimen republicano, en el cual por medio de la Constitución se declaran las garantías individuales y se instituyen mecanismos para su defensa y protección. La Constitución de 1978 consagra el Habeas Corpus para preservar la libertad personal en contra de detenciones ilegales; crea un Tribunal Constitucional para oponerse a las inconstitucionalidades de leyes ordinarias y por último concede a todo ciudadano el derecho a promover el Recurso de Amparo ante el mencionado tribunal constitucional para tutelar sus libertades y derechos reconocidos en la misma Constitución.

En Inglaterra, es donde, tanto la declaración de la libertad humana, así como la protección jurídica de ésta, logran su más alto grado de perfección. Su actual sistema es una de las instituciones más cristalinas en cuanto a régimen de protección de los derechos fundamentales del hombre. A principios del siglo XIII los varones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento público, base de los derechos y libertades, origen también de la Constitución de Estados Unidos, siendo esta la Magna Charta, en la que se comprenden una numerosa cantidad de garantías. En dicha Constitución se concedía el derecho de audiencia (para ejercer la defensa) al establecer que nadie podía ser arrestado, expulsado o privado de sus propiedades, sino mediante juicio. En el año 1679 se eleva a categoría de ley el "writ of habeas corpus",

que es el procedimiento consuetudinario para someter a los jueces al examen de las órdenes de aprehensión ejecutada y la calificación de la legalidad de las causas. La declaración de este derecho es ya la garantía de un derecho, porque ya es un procedimiento tal para hacer efectiva esa garantía; se puede tomar a esta declaración como un verdadero antecedente del amparo.

En Francia, se seguía la corriente monárquica y se consideraba que el Rey tenía un poder absoluto y sin limitaciones, lo que traía consigo todo tipo de arbitrariedades. Rousseau, indicó que el hombre vivía en un estado de naturaleza, que su actividad no se limitaba por ninguna norma, que su libertad debe desarrollarse sin limitaciones reguladas, o sea que debe disfrutar de completa felicidad; y mediante sus teorías, afirmaba que el hombre únicamente se encontraba limitado por los derechos de los demás. En Francia, la declaración de 1789 condujo a instaurar la Democracia como sistema de gobierno, instituyendo que el origen del poder público y su fundamental esencia es el pueblo, precepto que inspira actualmente la mayoría de las constituciones. La Constitución de 1958 de la República de Francia encomienda su preservación de un Consejo Constitucional que deberá velar por la regularidad de las elecciones de Presidente de la República, diputados, senadores que cumplen función política, y mantener la Supremacía Constitucional.

Hablar del Amparo en Guatemala, es ubicarnos en 1837 cuando se introdujo a nuestra legislación el Habeas Corpus, luego el amparo en 1921, posteriormente en 1945 la nulidad ipso jure de las leyes inconstitucionales, la acción de inconstitucionalidad de leyes en 1966 y un Tribunal Constitucional de carácter permanente creado para la defensa del Orden Constitucional en 1985; es así pues que en Guatemala la facultad de los particulares de demandar del Estado la tutela de sus pretensiones jurídicas nace en la propia Constitución. Así también el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, que contiene la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, entró en vigencia simultáneamente con la Constitución Política de la República, el 14 de enero de 1986; y la Corte de Constitucionalidad, que es su Supremo órgano de interpretación, quedó institucionalmente instalada noventa días después, y luego del lapso de organización interna, emitió su primera sentencia en amparo el 16 de junio de ese año, cuando aún no había personal completo, edificio, utilería y otros elementos instrumentales y los magistrados se reunían en la sede del Tribunal Supremo Electoral para cambiar impresiones acerca de sus funciones.

CONCEPTO

“Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.

Artículo 265 de la Constitución Política de la República.

DEFINICION

“Es el proceso constitucional, especial por razón jurídico-material, que tiende a obtener la satisfacción de una pretensión de mantenimiento o restitución en el goce de los derechos fundamentales”.

Edmundo Vásquez Martínez.

“El Proceso de Amparo en Guatemala” (Pag. 107)

“Es un proceso judicial, de rango constitucional, extraordinario y subsidiario, tramitado y resuelto por un órgano especial, temporal o permanente, cuyo objeto es preservar o restaurar, según sea el caso, los derechos fundamentales de los particulares, cuando los mismos sufren amenaza cierta e inminente de vulneración o cuando han sido violados por personas en el ejercicio del poder público”.

Martín Ramón Guzmán Hernández.

“El Amparo Fallido” (Pag. 21)

NATURALEZA JURIDICA

El amparo es una Garantía Constitucional que para su correcto entendimiento es necesario estudiarlo:

- Como un Derecho: Tiene su fundamento en el artículo 25 inciso 1º. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención". Surge así del llamado "derecho a solicitar la protección judicial de derechos fundamentales" que se realiza por medio del amparo.
- Como una Acción: Es tratada como un poder jurídico (facultad) que le asiste a toda persona (individual o jurídica) de instar o promover ante los tribunales de justicia – derecho de acceso a la justicia- en procura de resguardo, protección o restauración de derechos fundamentales que se consideran amenazados de violación o violados.
- Como un Recurso: Aquí nos limitamos a establecer que no puede ser un recurso por la razones que nos comenta el constitucionalista Manuel Mejicanos Jiménez y que son las siguientes: a) No supone el inicio de un nuevo procedimiento dentro del mismo proceso; b) Su objeto no es la reforma o revocación de la resolución, acto..., por la misma autoridad o por el tribunal de alzada; y, c) El fin directo del amparo es controlar si el acto contra el que se promueve amparo implica o contiene violación de derechos fundamentales.
- Como un Proceso: Se considera que es un proceso, además que la ley específica así lo trata, porque: a) Se tramita y resuelve por medio de una serie de actos jurídicos concatenados entre sí, además se genera por el ejercicio de la acción de amparo; b) Porque ostenta plena autonomía respecto de cualquier otro instrumento impugnativo; c) Porque la pretensión del amparo debe ser resuelta (estimada o desestimada) por un órgano jurisdiccional, una vez agotado un debido proceso; y, d) Porque opera de forma extraordinaria y subsidiaria pues únicamente procede en ausencia de recursos o procedimientos que puedan reparar la situación jurídica afectada, sin sustituir éstos (Principio de Definitividad Procesal).

FINALIDAD

El amparo tiene una finalidad preventiva y una finalidad reparadora, según se deduce del artículo 265 de la Constitución y 8 de la Ley de Amparo...

1. Finalidad Preventiva: Es cuando se denuncia "amenaza" de violación a un derecho fundamental. En este caso se requiere que la amenaza que se pretenda evitar sea "inminente y provenga de un acto de autoridad".
2. Finalidad Reparadora: Es cuando una vez "acaecida la violación" a un derecho fundamental, se pretende "restablecerlo o restaurarlo" para que el afectado pueda gozar nueva y plenamente del derecho fundamental que le ha sido violado.

De lo anterior y del estudio de los artículos citados se desprende que para determinar la finalidad de la pretensión de amparo, se debe tomar en cuenta:

3. Si se trata de una amenaza de violación a un derecho fundamental; es decir, el temor fundado que existe en un particular de que una autoridad vaya a realizar un acto afectatorio de un derecho fundamental.
4. Si se trata de una violación a un derecho fundamental propiamente; es decir, la producción de agravio de cualquier índole en la esfera jurídica del postulante.
5. Si se trata de una restricción a un derecho fundamental que implica una privación total o parcial en el ejercicio de un derecho.

José L. Cascajo Castro, Vicente Gimeno Sendra y Joan Oliver Araujo, coinciden en señalar una primera y fundamental finalidad, que consiste según ellos en que el amparo tutela o protege, adjetivamente y en beneficio del gobernado, los derechos fundamentales que a su favor consagran tanto la Constitución como otras leyes de menor jerarquía. A la vez, éstos connotados constitucionalistas señalan otras finalidades que nos permitimos exponer en forma breve:

- Una que se refiere a precisar, definir y en cuanto sea necesario, redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales.
- Otra que conlleva un "efecto educativo" al transformar al amparo en una técnica que permite a los tribunales constitucionales asumir su papel de intérprete definitivo de los derechos fundamentales.

- Una finalidad más que consiste en que la institucionalización del amparo opera como “prevención permanente” sobre los órganos del poder público, orientándolos a una atenta y pronta actuación de los principios constitucionales.

PRINCIPIOS

Para el correcto planteamiento y desarrollo del amparo es menester que se observen y apliquen los siguientes principios:

1. **Iniciativa o Instancia de Parte:** El amparo nunca puede operar oficiosamente; esto requiere que para que el proceso exista, resulte indispensable que lo promueva alguien. Este principio es obvio si se tiene en cuenta que es un medio de control como acción constitucional del gobernado para impugnar el acto autoritario que considera agravante a sus derechos; sin embargo, es menester aclarar de parte nuestra que el impulso procesal si es de oficio. Entonces, la iniciativa es a requerimiento de la persona que se considere afectada y el impulso es de oficio.
2. **Presentación en el plazo legalmente establecido:** El plazo está claramente establecido en el artículo 20 de la ley de amparo... Por lo que nos limitaremos a indicar únicamente lo siguiente:
 - a) En materia constitucional, todos los días y horas son hábiles.
 - b) La interposición de recursos inidóneos (con los que no pueda repararse la situación jurídica afectada) NO suspende el plazo para solicitar amparo.
 - c) El plazo para solicitar amparo, es un plazo “no común”.
 - d) Las excepciones al plazo legalmente establecido son:
 - Concurrencia de Agravio Continuo. (3er. párrafo-artículo 20).
 - Amparo contra la aplicación de leyes o reglamentos autoaplicativos. (artículo 10, incisos b) y c)).
3. **Principio de Definitividad Procesal:** En virtud del carácter extraordinario que inspira al amparo, el principio de definitividad supone que previo a que la persona

presuntamente agraviada por el acto o resolución de la autoridad acuda en solicitud de protección constitucional, "debe" haber agotado todos los recursos que la ley establece y que procedan contra el acto reclamado. Esto significa que dicha garantía constitucional prosperará solamente en casos excepcionales, cuando ya se hayan recorrido todas las jurisdicciones y competencias porque se interpusieron los procedimientos o recursos ordinarios previstos y procedentes.

Así pues la observancia de este principio requiere:

- Que se hayan agotado todos los recursos y/o procedimientos administrativos y/o judiciales ordinarios "idóneos" por cuyo medio la situación jurídica afectada hubiese podido ser reparada, sin tener que acudir al amparo.
 - Que contra el acto reclamado (acto definitivo) ya no proceda recurso alguno, siendo éste el acto definitivo susceptible de ser examinado por medio del amparo.
 - Como Excepción al agotamiento de recursos, pueden mencionarse: a) Si no existe procedimiento o recurso ordinario alguno que agotar; b) Si quien promueve el amparo, no estuvo en posibilidad de agotar recursos, por no ser parte en el procedimiento en el que se emitió el acto reclamado en amparo; y, c) Cuando la acción de amparo se promueva contra la aplicación de leyes o reglamentos de carácter autoaplicativo.
 - Este principio no se observa: a) Si no se promueven recursos o procedimientos idóneos, y tal inidoneidad da lugar a su rechazo; y, b) Si aún cuando el recurso o procedimiento que se promueve es idóneo, este se promueve de forma extemporánea.
4. Principio de Agravio Personal y Directo: Esta íntimamente relacionado con la legitimación activa del solicitante de amparo y la legitimación pasiva de la autoridad contra la que se solicita amparo, y requiere:
- a) Que a quien solicite amparo se le haya causado un agravio personal y directo, pues es ello lo que le legitima para ejercer la acción constitucional; pues en el amparo no existe la acción popular.

- b) Que haya sido la autoridad contra la que se acude en amparo, la que haya causado el agravio cuya reparación solicita quien promueve la acción constitucional.

Indica Ignacio Burgoa, que agravio implica la causación de un daño; es decir, de un menoscabo patrimonial o no patrimonial y de cualquier afectación cometida a la persona en su esfera jurídica. Señala tres elementos del agravio:

- Elemento Material: es la presencia del daño o perjuicio.
- Elemento Jurídico: consiste en la forma, ocasión o manera en la cual la autoridad causa el daño o perjuicio.
- Elemento Subjetivo: Señala el autor, que para que pueda ser causa generadora del amparo, necesita ser eminentemente personal; es decir, que recaiga el agravio precisamente en una persona determinada, bien sea individual o jurídica.

Señala el autor citado, que el agravio debe ser Directo; es decir, de realización presente, pasada o inminentemente futura.

5. Principio de Relatividad de la Sentencia de Amparo: Este principio hace que el efecto de la sentencia que conceda la protección constitucional solicitada se limita exclusivamente al accionante, de manera que quien no haya sido expresamente amparado no puede beneficiarse con la apreciación dictada acerca de la inconstitucionalidad del acto contra el cual se reclama. Por lo mismo, quien no haya sido amparado está obligado a acatar lo ordenado en el acto que fue particular y personalmente dejado sin efecto.
6. Principio de Estricto Derecho: También se le llama "de congruencia", y esto porque estriba en el hecho de que el juzgador de amparo debe concretarse a examinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado. Una cuasi-excepción a este principio, aceptada por la doctrina y que opera en el ámbito judicial guatemalteco, es aquella que permite al tribunal de amparo suplir la deficiencia en la demanda cuando se haya invocado un precepto legal que no es precisamente el que funda la pretensión de amparo; es decir, cuando el verdadero derecho violado es uno de los que no citó el quejoso como tal en su acción.

CARACTERISTICAS

- a. Es un proceso judicial que posee rango constitucional: ya que su creación se encuentra establecida en la Constitución.
- b. Es de carácter extraordinario y subsidiario: ya que opera única y exclusivamente cuando los procedimientos o recursos de rango ordinario han fallado en la misión de proteger o preservar los derechos reconocidos por la Constitución y otras leyes.
- c. Es Político: puesto que opera como institución contralora del ejercicio del poder público.
- d. Es un medio de protección: a) preventivo; y, b) restaurador.
- e. Su ámbito de aplicación es amplio: es decir que la protección que conlleva opera sobre cualquier área en que se ejerza el poder público y, por disposición legal, sobre otras consideradas de naturaleza privada –señaladas taxativamente en la ley- en las que se genera relación de poder.

FASES DEL PROCESO DE AMPARO

Trataremos en forma práctica de enumerar las fases del proceso de amparo, de la siguiente forma:

1. Solicitud o demanda de amparo.
2. Solicitud de recabar antecedentes o informe circunstanciado.
3. Amparo Provisional.
4. Primera Audiencia.
5. Prueba.
6. Segunda Audiencia.
7. Vista.
8. Auto para mejor fallar.
9. Sentencia.
10. Ejecución de la Sentencia.
11. Impugnación de la Sentencia.

Trataremos de explicar lo relevante de cada una de las fases, recordándoles que en cada proceso se dan incidencias y peculiaridades propias del caso.

DE LA SOLICITUD: Como es lógico el proceso de amparo da inicio con la primera solicitud o solicitud inicial, a la que podremos llamar también “demanda de amparo”, y en esta deben de observarse:

- a. Los requisitos formales a que se refiere el artículo 21 de la ley de amparo... observando que si el amparo es en única instancia deben de acompañarse cinco copias más.
- b. Que la misma sea presentada dentro del plazo que señala la ley de amparo...
- c. Que la misma sea presentada ante el órgano o tribunal competente.
- d. Que en ella se haga un correcto señalamiento del “acto reclamado” en amparo, observando que dicho acto debe revestir las características de a) unilateralidad; b) imperatividad; y, c) coercibilidad.
- e. Que en ella se haga un señalamiento correcto y concreto de la “autoridad contra la que se pide amparo”, a efecto de establecer la legitimación pasiva de dicha autoridad.
- f. Que en ella se indique de manera concreta y precisa “en qué consiste el agravio” cuya reparación se pretende; indicación que debe ser precedida de un breve resumen de los hechos que originaron dicho agravio.
- g. Que por medio de ella no se pretenda que la jurisdicción constitucional sustituya a la jurisdicción ordinaria en la resolución de aquellos asuntos que compete resolver a esta última, pues “el juez constitucional necesita moderación, cuidado y serenidad para no interferir la exacta labor jurisdiccional, porque ésta es una potestad reservada con exclusividad absoluta a los tribunales de justicia, cuya independencia la establece y garantiza la Constitución, y resultaría paradójico que el tribunal llamado a tutelarla, fuese el primero en desvirtuarla”. (Alejandro Maldonado Aguirre. La Magistratura de lo Constitucional en Guatemala).

- h. Podrá solicitarse la suspensión provisional de la disposición, acto, resolución o procedimiento reclamado.

DE LA SOLICITUD DE RECABAR ANTECEDENTES O INFORME CIRCUNSTANCIADO: Creemos que la ley es clara en lo relativo a la solicitud de recabar antecedentes ó informe circunstanciado; sólo quisiéramos enfatizar que cuando se da la omisión de la autoridad impugnada en enviar los antecedentes o el informe circunstanciado en el plazo establecido, opera el amparo provisional de oficio.

DEL AMPARO PROVISIONAL: Es necesario tener muy presente que el objeto del amparo provisional es la "suspensión provisional del acto reclamado" y que procede, tanto de oficio como a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento, antes de dictar sentencia, aunque lo normal es solicitarlo en la demanda de amparo y acordarlo en la primera resolución.

Recibidos los antecedentes o el informe circunstanciado, el tribunal resolverá sobre el amparo provisional, ya sea:

- a) Otorgándolo.
- b) Denegándolo.
- c) Confirmándolo, si se otorgó en la resolución de admisión a trámite.
- d) Revocándolo, si se otorgó en la resolución de admisión a trámite.

En todos estos casos, procede la Apelación contra el auto que conceda, deniegue, revoque o confirme el amparo provisional; pero la alzada se otorga "sin efecto suspensivo", según el artículo 62 de la ley de amparo...

DE LA PRIMERA AUDIENCIA:

Se confiere audiencia por el término (plazo) común de cuarenta y ocho horas:

- a. A las partes (solicitante de amparo y autoridad impugnada).
- b. Al Ministerio Público, quien actúa por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, amparo y exhibición personal.

- c. A aquellos a quienes las partes hayan solicitado vincular, o el tribunal haya resuelto vincular (del estudio de los antecedentes o del informe circunstanciado) como terceros interesados, siendo éstos aquellos que tienen interés en la subsistencia o suspensión del acto reclamado.
- d. El Procurador de los Derechos Humanos, cuando haya intervenido.

DE LA PRUEBA:

- a. Omisión de Apertura a Prueba: Según el artículo 12 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, habrá relevo de prueba en el proceso de amparo, cuando el solicitante del amparo no pida apertura a prueba y a juicio del Tribunal, sea el caso de relevar de la misma, ni haya hechos que pesquisar de oficio, deberá dictarse resolución que omita la apertura a prueba, para que las partes, si lo desearan, tengan oportunidad de pedir vista pública.
- b. Apertura a Prueba: Si hubiere hechos que establecer, el Tribunal abrirá a prueba el amparo, por el improrrogable término de Ocho (8) días. Los tribunales de amparo podrán relevar de la prueba en los casos en que a su juicio no sea necesario, pero la tramitarán obligadamente si fuere pedida por el solicitante. Si el amparo se abriere a prueba, el tribunal, en la misma resolución, indicará los hechos que se pesquisarán de oficio, sin perjuicio de cualesquiera otros que fueren necesarios o de las pruebas que rindieren las partes.
- c. Pesquisa de Oficio: Si hubiere hechos controvertidos, el tribunal los pesquisará de oficio, practicando cuanta diligencia sea necesaria.

DE LA SEGUNDA AUDIENCIA: Concluido el término probatorio, el tribunal dictará providencia dando audiencia a las partes y al Ministerio Público por el término común de cuarenta y ocho (48) horas.

DE LA VISTA: Si al evacuarse la segunda audiencia, o al notificarse la resolución que

omite la apertura a prueba, alguna de las partes o el Ministerio Público solicita que se vea el caso en Vista Pública, ésta se efectuará el último de los tres días siguientes y a la hora que señale el tribunal. A la Vista podrán comparecer a alegar las partes y sus abogados, así como la autoridad o entidad impugnada y sus abogados.

DEL AUTO PARA MEJOR FALLAR: El tribunal podrá mandar practicar las diligencias y recabar los documentos que estime convenientes para mejor fallar, dentro de un plazo NO mayor de cinco (5) días.

DE LA SENTENCIA DE AMPARO:

Veremos los varios supuestos en cuanto al plazo para dictar sentencia:

- a. Cuando el amparo lo conoce un Tribunal que no sea la Corte de Constitucionalidad, la Sentencia de Amparo se dictará dentro de tres (3) días:
 - Siguiendo de notificada la resolución que omite la apertura a prueba, si no se solicita vista pública.
 - Siguiendo de transcurridas las cuarenta y ocho horas de la segunda audiencia, se hayan o no pronunciado las partes, si no se solicita la vista pública.
 - Siguiendo de efectuada la vista pública, cuando ésta fuere solicitada.
 - Siguiendo de vencido el plazo del auto para mejor fallar o de practicadas las diligencias ordenadas.

- b. En los mismos supuestos anteriores, el plazo para que dicte Sentencia la Corte de Constitucionalidad, cuando conozca en única instancia o en apelación, podrá (es facultativo) ampliarse por cinco (5) días más, según la gravedad del asunto.

Existen dos (2) Tipos de sentencia de amparo, según se otorgue o deniegue el mismo, veamos:

- a. Estimatorias: Se dicta una sentencia estimatoria cuando se declara la procedencia del amparo. Véase los artículos 49, y del 52 al 54 de la ley de amparo...

- b. Desestimatorias: La sentencia desestimatoria es aquella que resuelve sin lugar el amparo, y en caso el amparo sea frívolo o notoriamente improcedente, además de condenar en las costas, sancionará con multa de cincuenta a mil quetzales, según la gravedad del caso, al abogado que lo patrocine.

Al pronunciarse sentencia, el tribunal de amparo:

- a) Examinará los hechos.
- b) Analizará las pruebas.
- c) Analizará las actuaciones y todo aquello que formal, real y objetivamente resulte pertinente.
- d) Examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes.
- e) Hará un análisis doctrinal y jurisprudencial del caso.
- f) Interpretará siempre en forma extensiva la Constitución y la ley de amparo..., y;
- g) Otorgará o denegará el amparo.

DE LA EJECUCION DE LA SENTENCIA DE AMPARO:

- Si el obligado no hubiere dado exacto cumplimiento a lo resuelto, de oficio se ordenará su encausamiento certificándose lo conducente, sin perjuicio de dictarse todas aquellas medidas que conduzcan a la inmediata ejecución de la resolución de amparo. Si el obligado a cumplir con lo resuelto en el amparo, gozare de antejuicio, se certificará lo conducente al organismo o tribunal que corresponda para que conozca del caso. (Artículo 54 de la ley de amparo...)
- Para la debida ejecución de lo resuelto en amparo, el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, deberá tomar todas las medidas que conduzcan al cumplimiento de la sentencia. Para este efecto podrá librar órdenes y mandamientos a autoridades, funcionarios o empleados de la administración pública o personas obligadas. (Artículo 55 de la ley de amparo...)
- Si alguna de las partes afectadas estima que en el trámite y ejecución del amparo el tribunal no cumple lo previsto en la ley o lo resuelto en la sentencia, podrá ocurrir

en queja ante la Corte de Constitucionalidad, para que, previa audiencia por veinticuatro horas al ocurso, resuelva lo procedente. (Artículo 72 de la ley de amparo...)

- Cuando se conceda el amparo, será juez o tribunal competente para ejecutar la sentencia, el que resolvió en primera instancia, debiendo informar a la Corte de Constitucionalidad dentro de los cinco días siguientes a la ejecución del fallo. (Artículo 18 del Acuerdo 4-89)

DE LA IMPUGNACION DE LA SENTENCIA DE AMPARO:

- Aclaración y Ampliación:

- a. Cuando los conceptos de un AUTO o de una SENTENCIA, sean "oscuros, ambiguos o contradictorios", podrá pedirse que se aclaren.
- b. Cuando se "omita resolver alguno de los puntos sobre los que versare el amparo", podrá solicitarse la ampliación.

La aclaración y ampliación, deberán pedirse dentro de las veinticuatro horas siguientes de notificado el "auto o la sentencia", y el tribunal deberá resolverlos sin más trámite dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Según el artículo 21 del Acuerdo 4-89, la Corte de Constitucionalidad y los tribunales de Amparo podrán aclarar o ampliar de OFICIO sus resoluciones, en tanto conserven jurisdicción y por las causas previstas en la ley.

- Apelación:

1. Competencia: La Corte de Constitucionalidad conocerá todos los recursos de apelación que se interpongan en materia de amparo.

2. Resoluciones apelables:

2.1 Sentencias de amparo.

2.2 Autos que denieguen, concedan o revoquen el amparo provisional (sin efecto suspensivo).

2.3 Autos que resuelvan la liquidación de costas y de daños y perjuicios.

2.4 Autos que pongan fin al proceso.

3. Forma y Plazo: El recurso de apelación deberá interponerse por escrito y dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la última notificación.

4. Legitimación para apelar:

4.1 Las partes.

4.2 El Ministerio Público.

4.3. El Procurador de los Derechos Humanos.

5. Según el artículo 20 del Acuerdo 4-89, cuando la apelación fuere de auto, el Tribunal que corresponda deberá enviar a la Corte de

Constitucionalidad Copia de los antecedentes (esto es por la ausencia del efecto suspensivo). Si la apelación fuere de sentencia, enviará los
Originales.

6. Diligencias para mejor fallar

6.1 En caso de apelación de Auto, dentro de un término no mayor de tres (3) días.

6.2 En caso de apelación de Sentencia, dentro de un término no mayor de cinco (5) días.

7. Vista:

7.1 En caso de apelación de Auto, no habrá vista.

7.2 En caso de apelación de Sentencia, se señalará día y hora para la vista dentro de los tres (3) días siguientes. La vista será pública si lo pidiere alguna de las partes.

8. Sentencia:

8.1 Plazo: Se debe dictar sentencia, vencido el término del auto para mejor fallar o practicadas las diligencias ordenadas; y en caso
se señale día y hora para la vista, dentro de los cinco (5) días inmediatos a esta.

8.2 Contenido: La Corte de Constitucionalidad deberá "confirmar, revocar o modificar" lo resuelto por el tribunal de primer grado, y en caso de revocación o modificación, hará el pronunciamiento que en derecho corresponda.

8.3 Acción de actuaciones: La Corte de Constitucionalidad podrá anular las actuaciones cuando del estudio del proceso establezca que no se observaron las disposiciones legales, debiéndose reponer las actuaciones desde que se incurrió en nulidad.

8.4 Impugnación: Contra las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad sólo procede la aclaración y ampliación.

OTRAS INCIDENCIAS EN EL TRÁMITE DEL PROCESO DE AMPARO:

1. Desistimiento Tácito y Archivo del Expediente: Según el artículo 9 del Acuerdo 4-89, si transcurrieren los tres días señalados al interponente para cumplir los requisitos que hubiera omitido en su solicitud y no cumpliera; el tribunal, si lo estima pertinente ordenará la suspensión del trámite y resolverá de oficio si es aconsejable mantener el amparo provisional si lo hubiera decretado.
2. Desistimiento Expreso y Archivo del Expediente: Si éste se presenta en forma auténtica o se ratifica ante la autoridad competente, deberá aprobarse sin más trámite y se archivará el expediente.
3. Sobreseimiento: Los tribunales de amparo podrán sobreseer los expedientes en caso de fallecimiento del interponente si el derecho afectado concierne sólo a su persona.
4. Archivo de Expedientes: Los expedientes de amparo solamente podrán ser archivados, en caso de desistimiento expreso y cuando conste haberse ejecutado lo resuelto y satisfecho en su totalidad las sanciones impuestas.

5. Enmienda del Procedimiento: El artículo 41 de la ley de amparo... en forma expresa establece que en los procesos de amparo los tribunales NO tienen facultad de enmendar el procedimiento en primera instancia, exceptuándose de esta prohibición a la Corte de Constitucionalidad; sin embargo, el artículo 13 del Acuerdo 4-89 establece que, cuando un Tribunal de amparo de primera instancia advierta error o vicio substancial en el procedimiento, podrá plantear en oficio circunstanciado el caso a la Corte de Constitucionalidad, acompañando una copia de las actuaciones pertinentes del proceso de amparo.

CONCLUSIONES

1. El Amparo, es una garantía contra las arbitrariedades del poder público que tiene por objeto, proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido.-
2. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, con excepción de la libertad individual.-
3. El Amparo, es un Proceso judicial de rango constitucional, de carácter extraordinario y subsidiario, tramitado y resuelto por un órgano especial, temporal o permanente.-
4. La finalidad preventiva y reparadora son las notas características del proceso de amparo.-
5. La Definitividad Procesal es uno de los principios de mayor trascendencia en el proceso de amparo, y consiste en agotar previamente todos los recursos que la ley establece y que procedan contra el acto reclamado.-

RECOMENDACIONES

1. Es oportuno hacer un uso adecuado del amparo para así conseguir los fines propios de esta institución.-
2. Es aconsejable no utilizar el amparo como un medio dilatorio de los procesos judiciales.
3. Evitar la utilización del proceso de amparo, como una artimaña para retardar la administración de justicia; y así quitar la imagen del tortuguismo que caracteriza actualmente a esta figura en nuestro medio.-

BIBLIOGRAFIA

CASCASO CASTRO, José L. y GIMENO SENDRA, Vicente. El Recurso de Amparo.

BARRIOS DE MENEGAZZO, Julia Elizabeth. Juicio de amparo, su necesidad como preservador del orden jurídico.

GUZMÁN HERNÁNDEZ, Martín Ramón. El amparo fallido.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. La magistratura de lo constitucional en Guatemala.

MEJICANOS JIMENEZ, Manuel. Análisis jurídico doctrinario del amparo, procedimientos e

incidencias.

Leyes:

Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. 1985.

Acuerdo número 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

**GLOBALIZACION Y
FORMACION UNIVERSITARIA**

PONENTE:

**Licda. Elia Antonieta Alvarado
Rosales**

Es el Estado la organización de la sociedad, que depende de un sistema jurídico establecido idealmente: bajo consenso de los distintos sectores que la integran y reflejo de las relaciones sociales y de la diversidad social, cultural, económica y política; este sistema jurídico es dinamizado por un aparato de gobierno que dentro de sus estrategias procura el bien común y la justicia social. Así mismo, dentro de este Estado existirán grupos separados por corrientes ideológicas que están determinadas por el poder económico que tienen o por la cuota de poder que ejercen dentro del aparato de gobierno. A decir de Juan Jacobo Rousseau "la sociedad se rige por un pacto social" que es idealmente el consenso al que llegan los diversos sectores sociales para la organización y el ejercicio del gobierno y que es la concepción del Estado moderno, establecido en Europa a raíz de la revolución francesa en 1789.

En Guatemala a partir de la Constitución Política de 1,985, se legisla en el artículo 140 que "Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo." Y el artículo 141 al referirse a la Soberanía indica que esta radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, en el Organismo Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Dentro de los poderes del Estado la subordinación es prohibida, es inconstitucional; pero ello no implica que deje de existir coordinación de estrategias para orientar la política de gobierno. Es imposible que no exista relación dentro de los poderes del Estado ya que esta permitirá una visión integral no solo de los problemas del país sino de la planificación y ejecución de estrategias para soluciones.

La República, como forma de gobierno dividido en los tres organismos del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial debe caracterizarse por ser representativo y

democrático, lo que existe solo cuando el poder radica en el pueblo, el cual está personificado en la autoridad suprema llamada presidente.

La Doctrina política define la República como la ausencia total de un poder que no sea electivo. O sea que el poder para que se dé debe elegirse y es el pueblo el que debe elegir libre y soberanamente a sus gobernantes, para que éstos definan por medio de leyes generales y no personales el sistema legal que busque el bien común con justicia social. Como Bobbio lo plantea: "la República es un Estado ideal que no existe en ninguna parte, es un ideal retórico y por ello resulta difícil comprender su significado"

El significado clásico de República es el que plantea Cicerón para quien "res publica" quiere decir: lo que pertenece al Pueblo "res publica res populi". Cicerón añade que el pueblo no es cualquier multitud de hombres reunidos, sino una sociedad organizada cuyo fundamento es la observancia de la justicia y la comunidad de intereses. Lo que es retomado por Rousseau cuando escribe: "Llamo República pues a todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea su forma de administración ya que solo entonces es el interés público el que gobierna y la cosa pública se concreta en algo."⁶⁶

La Democracia, es el sistema en que el pueblo en su conjunto ostenta la soberanía y en uso de la misma elige su forma de gobierno y consecuentemente sus gobernantes. El sistema democrático se expresa estructuralmente a través del reconocimiento de los canales de participación y representación de los ciudadanos en el proceso del ejercicio del poder.

El pleno ejercicio de los derechos políticos dentro del estricto margen reconocido por la Constitución Política de la República es una garantía del cumplimiento y respeto de los derechos individuales y colectivos con lo que se asegura la convivencia pacífica. Es la participación política la que define todo el régimen como un sistema democrático que persigue identificar al sujeto y al objeto del poder político, a los gobernantes y a los gobernados, a los poderes y a los destinatarios del poder. Es a través del sufragio y las elecciones periódicas como se expresa ésta participación que produce representación, integra el gobierno y otorga legitimidad.

⁶⁶ Contrato Social, en Escritos de Combate. Juan Jacobo Rousseau. Edición Alfaguara, Madrid. 1979.

Para la existencia real y auténtica de un régimen democrático los procesos electorales periódicos y libres se convierten en un elemento indispensable. Al ser el gobierno republicano y democrático es representativo de los intereses de la generalidad de los miembros de la sociedad.

Guatemala, es un Estado en su definición legal; pero sin concepto de nación. La nación es un concepto psico-sociológico que se integra físicamente con dos elementos materiales: el pueblo que es el elemento humano y el territorio que le es propio y tiene fronteras. Dentro de sus elementos subjetivos: su pasado y sus aspiraciones conjuntas de alcanzar el bien común para las futuras generaciones. Si no entendemos los elementos que integran la nación, las estrategias que se implementen para la búsqueda del bien común y la justicia social siempre serán orientados a intereses sectoriales que al Estado le impedirán el cumplimiento de su fin último: el bien común, con justicia social.

El Estado republicano guatemalteco debió desarrollarse convencido que existen "principios metahistóricos" para utilizar la expresión de Alain Touraine a que se refiere Arturo Taracena Arriola al expresar que: "...frente a ellos se debe subordinar cualquier principio constitucional o jurídico"⁶⁷ y que en Guatemala han tenido su base en la búsqueda del desarrollo, obligando a los indígenas a la ladinización, desconociendo los valores y la idiosincrasia de la cultura del pueblo maya que es la que integra el más alto porcentaje de la población. Por ello resulta imprescindible que los principios universales que la humanidad ha desarrollado orienten las constituciones de los Estados para que estas se ajusten a su realidad histórica, multicultural y social, y que las leyes secundarias se orienten a desarrollar los principios constitucionales y no a crear relaciones que violen las normas fundamentales, provocando y fortaleciendo desigualdades.

La legislación que oriente a Guatemala debe considerar las características especiales del país, tales como: desigualdad económica, el analfabetismo, la impunidad, la discriminación, la baja calidad de gobernabilidad y participación política, la alta diversidad étnica, entre otros. Hasta hoy los legisladores no han considerado estos elementos en sus propuestas

⁶⁷ Taracena Arriola, Arturo. Etnicidad, Estado y Nación en Guatemala, 1808-1944. 2,002. Pág. 396

legislativas lo que ha provocado que la mayoría de los guatemaltecos vea la ley como algo que se crea en beneficio de los poderosos y no como un medio para proteger sus derechos fundamentales.

En el siglo XXI son estas las características del Estado guatemalteco, es el escenario en el que el Tratado de libre comercio se desarrolla como institución económica que obliga a la dinamización profunda de la estructura jurídica.

Frente a ello es necesario analizar nuestro derecho mercantil, el derecho internacional en materia comercial, y paralelo a ello los derechos humanos y el derecho consuetudinario.

El derecho mercantil es un conjunto de principios doctrinarios y normas jurídicas que regulan la actividad de los comerciantes en su profesión y la del Estado con los comerciantes y consumidores.

Es un derecho poco formal lo que tiene su fundamento en la rapidez y cantidad de relaciones que se dan en su universo, es adaptable porque en su contexto general debe irse adaptando a las condiciones reales del fenómeno comercial, dentro de ello esta el asimilar que la producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente, se produce tanto para el mercado interno como para el mercado internacional lo que hace que el derecho mercantil tienda a ser internacional y junto a ello debe garantizarse la seguridad jurídica del tráfico mercantil y el valor seguridad jurídica lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar.

En la seguridad jurídica del tráfico mercantil nos encontramos que frente a un comercio dinámico, rápidamente cambiante, innovador de modalidades de contratación y de adquisición de bienes y servicios existe un derecho o un conjunto de normas jurídicas incipiente, poco dinámicas, estrictamente formal en su proceso legislativo; por ello la verdad sabida y la buena fe guardada como principios los fortalece la doctrina y lo adopta nuestro código de comercio como una forma de salvar estas enormes distancias entre procesos

que deben ir paralelos; con ello el derecho mercantil tiende a garantizar el tráfico mercantil.

De aquí entonces la importancia de los principios del derecho mercantil: la buena fe, la verdad sabida, toda prestación se presume onerosa, intención de lucro, y ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación; para la correcta interpretación del derecho vigente.

Es importante destacar que toda esta seguridad jurídica que plantea la doctrina y desarrolla la legislación mercantil refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social de manera clara y esta caracterizado y vinculado al sistema capitalista. Recordemos que los inicios del derecho mercantil esta en la división del trabajo cuando la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas la actividad económica sufrió cambios que permitieron el desarrollo de la civilización humana y con ello la circulación de bienes y servicios para satisfacer necesidad o para crear necesidades obligando a la adquisición de satisfactores.

El ordenamiento mercantil como cuerpo jurídico se desarrolla en el decreto 2-70 del Congreso de la república y que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala el mismo no agota toda la legislación mercantil, pues existen una serie de leyes en materia comercial que deben tenerse en cuenta como las leyes bancarias, seguros entre otras.

Este ordenamiento jurídico debe revisarse y procurar que su campo de acción se amplíe, que sea todo un sistema integrado y coherente que nos permita abrazar el proceso de globalización con pocas limitantes para procurar con ello la estabilidad económica y política del país.

Las facilidades que la tecnología ha puesto a disposición de la humanidad, han favorecido cambios profundos en todos los contextos del desarrollo de los países. La informática, los ordenadores, el manejo electrónico del dinero, internet y el desarrollo acelerado de los distintos medios de comunicación hacen posible que el intercambio de bienes y la adquisición de los satisfactores de necesidades se puedan obtener en cualquier parte del mundo sin importar el país de origen de los productos.

Todos estos fenómenos inimaginables en los sistemas económicos que se fortalecieron durante la guerra fría y antes de la caída del muro de Berlín, hoy son la fortaleza y la forma de desarrollo de las economías de los países industrializados y una condición para los países en vías de desarrollo. El fenómeno económico de la globalización es también social, político y jurídico que todos los países están siendo obligados a ser parte del mismo para satisfacer sus necesidades y donde la pequeña, mediana y gran empresa deben estar aseguradas económica y jurídicamente y los derechos del consumidor y usuario sean garantizados

En el proceso de globalización el derecho internacional en materia comercial es determinante. Con relación al derecho internacional se ha planteando desde la antigüedad si su aplicación atenta contra la soberanía de los Estados o no. Por ello en un principio existió un claro rechazo a aplicar las leyes extranjeras, en otra época se acudió a la conveniente idea de la cortesía, en busca de la reciprocidad por parte de los Estados; en la actualidad todos los Estados o la totalidad de Estados del mundo concuerdan en que existe una verdadera obligación de aplicar las leyes extranjeras cuando estas proceden; es decir se concibe como un deber impuesto por la comunidad jurídica internacional, un deber que no disminuye en nada la soberanía ni independencia de los Estados, sino que se cumple haciendo uso pleno de la soberanía.

Es el derecho internacional el que sustenta jurídicamente el comercio internacional, el que puede ser privado o público, Cuando involucra la actividad de los Estados, ejemplo: impuestos, restricciones, aduanas, mercados comunes se trata de derecho internacional público, y es derecho internacional privado cuando involucra a la personas ya sean estos físicos o jurídicos pertenecientes a diferentes Estados intercambiando bienes y servicios. Es importante destacar que la dinámica del derecho internacional público siempre desembocará sus resultados en los individuos.

El trato formal y la definición teórica y jurídica del comercio tiene sus inicios en el seno de Naciones Unidas más o menos en 1,948, pero no es en este tiempo en que inicia el intercambio comercial que rebasa fronteras, ya que los procesos globalizadores o globalizantes existen desde que le hombre desarrollo la división del trabajo con ello el surgimiento de la tecnología.

El derecho internacional en el contexto mercantil debe dar respuesta rápida a aspectos importantes como: la protección al comerciante, los registros mercantiles, la circulación de los títulos de crédito. Pero toda esta regulación debe desarrollarse en el marco del respeto de la soberanía de los Estados y el más profundo respeto a los derechos humanos fundamentales.

En el caso particular de Centro América y los Estados Unidos de Norte América que plantean, definen y desarrollan un proceso económico denominado: Tratado de Libre Comercio TLC, CAFTA por sus siglas en inglés. Lo significativo en este proceso es la asimetría en que se encuentran los países centroamericanos, en particular Guatemala, frente a los Estados Unidos que con su hegemonía militar y económica le permite presionar a la comunidad global para lograr libre acceso a los diversos mercados, especialmente de su producción. En ese sentido han venido realizando diversos tratados para liberar el tráfico de bienes y servicios en diferentes regiones: con México y Canadá, Singapur, Chile etc.; pero el interés deberá orientarse a favorecer un acuerdo comercial que redunde en beneficio de las mayorías hoy excluidas y marginadas de la región centroamericana. Los acuerdos debe beneficiar a la sociedad en general.

El Tratado de Libre Comercio tendrá amplias implicaciones para los diferentes sectores de los países centroamericanos: abarcará los intereses de productores, distribuidores y consumidores, involucraran a distintas organizaciones e instituciones nacionales y locales, tanto urbanas como rurales, afectará a los Estados y sus políticas públicas. En consecuencia el TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos se convierte en un asunto público de interés nacional y regional.

Pero, a pesar de ser el TLC un asunto de interés público, el proceso negociador en la mayoría de los países se llevo a cabo con carácter restrictivo y cerrado, los gobiernos de la región centroamericana no han propiciado una adecuada comunicación con instancias ciudadanas, cerrando espacios a importantes sectores económicos y sociales, como la microempresa, los campesinos y las organizaciones de consumidores existentes en la región.

El TLC ha creado controversias entre sectores oficiales y privados, por ejemplo: los empresarios regionales denuncian que se han eliminado medidas de protección para los productos agrícolas con mayor sensibilidad (pollo,, carne, arroz, maíz, lácteos). Fuentes oficiales denuncian que Guatemala no tiene el denominado "requisito de

desempeño", el cual se refiere a la obligación que tiene la industria de comprar la producción nacional antes de importar algún producto agrícola, los negociadores norteamericanos argumentan que este requisito no fue negociado, por el contrario el sector privado declara que la ex ministra de economía Patricia Ramírez renunció a el, eliminándose en el texto presentado el 13 de abril de 2004, era reconocido por el departamento de comercio de Guatemala el 26 de febrero⁶⁸.

Frente a este proceso económico de profundas incidencias jurídicas, donde el organismo legislativo juega un papel determinante en la defensa de la soberanía del estado de Guatemala, el 91.7 por ciento de diputados afirma no haber recibido copia del texto que contiene el tratado, por parte del Ministerio de Economía, esto hasta el 27 de abril del presente año, y hasta aquí la mayoría de los diputados no sabe hasta el momento si el CAFTA será positivo o negativo para Guatemala. Los diputados en su mayoría sostienen una visión maniquea sobre los beneficiados y perjudicados, se percibe el TLC como un tratado que beneficiará a los ricos y perjudicará a los pobres, según los diputados los sectores que más se beneficiarían serían: grandes empresarios, industriales, textiles, exportadores, mientras que los más perjudicados serían agricultores, pequeños y medianos empresarios, pobres, campesinos. Numerosos diputados manifiestan que la embajada de los Estados Unidos hará el cabildeo necesario para lograr la votación necesaria, en otras palabras parecieran evidenciar los diputados una imposibilidad real del país de oponerse a decisiones estadounidenses⁶⁹

El proceso de globalización, disposiciones jurídicas que pueden a no estar acordes a la dinámica del mercado, un Estado capitalista que surge de la colonización española y el neocolonialismo mas conecedor de la pluralidad y global en su vocación dominadora no han podido desaparecer las cultura originales de la hoy llamada Hispanoamérica por diversas razones, siendo las más importantes: los intereses económicos y dominadores y la resistencia de los pueblos indígenas derivada de la consistencia de los proyectos civilizatorios de las culturas indígenas. Esto último es lo que hace legítima y perdurable la existencia de la lucha y la historización con voz y sentidos propios de movimientos sociales y/o políticos a lo largo y ancho de los territorios colonizados, con diferentes dinámicas, temporalidad y resultados en los Estados latinoamericanos y que en última instancia define una permanente reivindicación de valores, formas de vida de pensamiento, cosmovisiones y de derechos de los pueblos

⁶⁸ El periódico. Pág. 23. 29 de abril 2004.

⁶⁹ El periódico. Pág. 27. 27 de abril 2004

indígenas.

Los pueblos indígenas de Guatemala poca o ninguna opción tienen de incidir en la vida política y social del país, porque aún hoy el pueblo indígena es visto por parte del Estado como el elemento folklórico, los intentos de la sociedad civil, de la comunidad internacional de rescatar y fortalecer los valores propios de estos pueblos son esfuerzos de poca incidencia en el desarrollo real y objetivo de los grupos indígenas; en este orden el Derecho consuetudinario maya o como se le quiera denominar constituye un sistema jurídico; porque aunque no está respaldado por el Estado, como lo plantea Kelsen quien afirma que la normatividad es jurídica solo si esta es respaldada por un Estado; pues la regla de conducta puede ser respaldada por el mismo conglomerado social, cuando sucede esto último la eficacia de las normas jurídicas suele ser mayor que cuando solo están respaldadas por el Estado, en este sentido, el derecho consuetudinario tienen una eficacia mayor que el derecho positivo.⁷⁰

El derecho consuetudinario teóricamente no es un sistema paralelo al oficial sino un subsistema, por lo mismo está subordinado a él, también puede considerarse como un sistema alternativo o complementario. Pero desde el punto de vista de su efectividad el derecho consuetudinario sí puede considerarse paralelo al oficial.

Una sociedad que enfrenta el proceso de globalización sin considerar los elementos como los anteriores corre el riesgo de encauzar al país a una crisis social, económica y política y donde los más afectados son los sectores pobres, los que en nuestro país son los indígenas, los campesinos, los rurales y las mujeres.

La pobreza por la que atraviesan la mayoría de los países del mundo tiene su base sin duda alguna en la violación de los Derechos Humanos; si éstos no son plenamente positivos, por más Estado de Derecho y democracia que se tengan definidos en las legislaciones de los países, no es lo que los pobladores demandan, ellos necesitan respuestas efectivas y oportunas que les permitan superar condiciones de vida, para que su existencia sea dignificada.

Las desigualdades económicas entre los hombres y la existencia de estructuras elitistas en los Estados son algunas de las causas profundas que impiden la plena vigencia y positividad de los derechos humanos. Mientras existan diferencias económicas polares, las desigualdades y las violaciones a los derechos humanos

⁷⁰ Sistema Jurídico Maya. Una Aproximación. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales URL 1998.

seguirán. Si quienes ostentan el poder económico, político y jurídico no se sensibilizan con los problemas económicos de los pobres, la pobreza no se acabará.

Dentro de este contexto se hace necesario entonces, que las universidades formen a profesionales con un alto nivel de conocimiento no solo jurídico sino social y económico en sí que sean conocedores de la realidad. Que les permita tener las bases generales para seguir orientando su formación a campos específicos. Porque la dinámica social, económica y en consecuencia jurídica requiere hoy profesionales que profundicen en las áreas del conocimiento, creando con ello especialidades, lo cual no se consigue cuando abordamos el todo de una ciencia.

La creación de una verdadera academia en nuestras universidades debe ser el reto, donde el catedrático no solo sea conocedor del área que desarrolla por el ejercicio de la profesión, sino también de la investigación para fortalecer el ejercicio de la docencia. En este orden las autoridades universitarias deben generar políticas que propicien el desarrollo del docente, para coadyuvar la formación de docentes.

Uno de los principales objetivos de las instituciones universitarias debe ser propiciar los espacios para la formación, actualización y trascendencia del docente en la búsqueda de la excelencia académica en consonancia con el desarrollo de la ciencia y la sociedad.

Deben buscarse métodos alternativos donde la universidad haga alianzas estratégicas, redes tecnológicas, humanas, académicas con otras instituciones para la formación de cuadros. Paralelo a ello se debe propiciar un debate interno sobre los acontecimientos o temáticas que nos interesan, desarrollar un proceso de autocritica que sumado a la alianza estratégica nos permitirá generar una verdadera academia con una visión nueva, actualizada y consecuente con el desarrollo social y científico.

Pero, la preparación de cuadros también debe de dotar de recursos técnicos, económicos etc. a sus participantes para que existan los incentivos necesarios para la creación de una verdadera academia.

La inestabilidad laboral en las universidades privadas y el conformismo del docente en las públicas, provocan el estancamiento educativo y contribuyen al subdesarrollo de los países, es urgente entonces propiciar un ambiente de seguridad laboral y económica, de fortalecimiento de la autoestima para que el profesional que se desarrolle en la docencia; además del ejercicio de su profesión se dedique a la

investigación, a su formación como docente. Y con ello poder romper con el estancamiento educativo; e incidir positivamente en la formación profesional y humana de los hoy estudiantes y mañana los académicos del país y/o de la comunidad global.

El estudiante debe ser orientado desde el principio al campo de la investigación porque es solo a través de la investigación que se puede llegar al conocimiento fundamentado.

No podemos negar que somos un país subdesarrollado donde desafortunadamente la realidad de los estudiantes universitarios esta sustentada en pilares como: trabajadores estudiantes, baja y mala formación en el bachillerato, desconocimiento de la historia crítica y la realidad del país, elección de carrera universitaria no por vocación sino por no tener opciones, bajos niveles de autoestima como estudiantes, solo objetivos de corto plazo e inmediatos.

En términos reales los estudiantes poco interés tienen en contribuir en la creación de una academia, no exigen calidad en los docentes sino complacencia, que se refleja en frases como: "es demasiado contenido para leer, podemos leer solo el resumen"; en el universo del estudiante a menor exigencia mejor es el docente. Y desafortunadamente, aún algunos piensan que el pagar una colegiatura en una Universidad privada, tiene como consecuencia egresar de la misma sin cumplir las exigencias mínimas para su formación. Contrario *sensu* en la Universidad pública, se cree que a más dificultades mejor calidad. Los extremos nos destruyen, y en un país como el nuestro es necesario encontrar el equilibrio para fortalecer las motivaciones de las pocas personas que ingresan a las Universidades. Una red de formación que involucre los ideales, las necesidades, inquietudes y más de los estudiantes, la formación de los docentes, políticas universitarias que respondan a las exigencias de la realidad de la comunidad universitaria en particular y de la sociedad en general nos permitiría crear una verdadera institución académica. Orientar al estudiante para que se conduzca desde su individualidad en la búsqueda de la formación de la excelencia académica, es el reto.

Por la acelerada metamorfosis social alimentada por la globalización, considero que es exigencia de primer orden la inclusión en el curriculum de Ciencias Jurídicas y Sociales, de cursos que tengan como objetivos el conocimiento de la historia real y crítica del país, una sólida formación practica y doctrinaria en derecho internacional, derechos humanos, derecho consuetudinario, derecho mercantil, que oriente y

conduzca a procesos de investigación. Que permita que los egresados de la facultad sean verdaderos académicos, profesionales autocríticos y que reflejen sus más altos valores humanos en el ejercicio de la profesión.

CONCLUSIONES

El proceso de globalización formal que hoy se presente a través del tratado de libre comercio CAFTA por sus siglas en inglés, desigualdad económica, el analfabetismo, la impunidad, la discriminación, la baja calidad de gobernabilidad y participación política, la alta diversidad étnica, entre otros; forman el escenario que exige que los egresados de las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales sean profesionales conocedores de la realidad del país, de la historia crítica, que sean poseedores de una sólida formación práctica y doctrinaria en derecho internacional, derechos humanos, derecho consuetudinario, derecho mercantil. Que desarrollen procesos de investigación.

La formación de profesionales requiere la creación de una verdadera academia en nuestras universidades, donde el catedrático no solo sea conocedor del área que desarrolla por el ejercicio de la profesión, sino también de la investigación para fortalecer el ejercicio de la docencia. En este orden las autoridades universitarias deben generar políticas que permitan la formación de docentes. Uno de los principales objetivos de las instituciones universitarias debe ser propiciar los espacios para la formación, actualización y trascendencia del docente en la búsqueda de la excelencia académica en consonancia con el desarrollo de la ciencia y la sociedad. La autoestima, la estabilidad económica y la seguridad laboral son fundamentales en este proceso y las políticas universitarias los deben fortalecer en todos sus niveles.

Licenciada

ELIA ANTONIETA ALVARADO ROSALES

Abogada y Notaria

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

PONENTE:

**Licda. Tomy Oliva Góngora de
López**

CONGRESO JURIDICO LANDIVARIANO.-

Licda. TOMY OLIVA GÓNGORA DE LOPEZ

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

Para que en el país verdaderamente exista paz, es necesario el reconocimiento y respeto hacia todos los sectores de la población, la aceptación de cada uno de los diferentes grupos que convivimos dentro de este hermoso territorio que es Guatemala.

Para lograrlo es necesario recorrer un camino que quizás sea no solo largo sino también tortuoso. Ya que durante mucho tiempo las brechas se han hecho cada vez más grandes entre unos y otros.

Es necesario recordar que indistintamente del color de la piel y el origen o la raza todos somos guatemaltecos y nuestro común denominador debe ser la búsqueda y construcción de un mejor país.

Reconocimiento y respeto hacia todos los ciudadanos deben entenderse en su más amplio sentido que por supuesto incluye la participación en la toma de decisiones relacionadas con los asuntos más trascendentes dentro de la vida política de la Nación.

A través de la historia encontramos que los indígenas habitantes originales de estas tierras fueron invisibilizados en muchos aspectos obligándolos a no externar sus opiniones y a no participar en la vida del país. Después de tantos años de represión, poco a poco los tiempos cambian y las cosas también y debemos reconocer que en Guatemala siempre hemos convivido varias culturas, las cuales ni siquiera conocemos mucho menos respetamos.-

Hablar del derecho consuetudinario es tratar de conocer un poco más de estas culturas, es tratar de comprender sus propias concepciones relativas al bien y al mal a la justicia y al derecho, que en mucho pueden ser similares o distintos de los conceptos occidentales que hemos adoptado.

Es el tiempo en que todos podamos integrarnos y sentirnos como guatemaltecos sin discriminaciones de ningún tipo mucho menos ante la ley.

Desafortunadamente esto no es real porque hoy en día hay muchos sectores olvidados, alejados de las políticas públicas, que no son tomados en cuenta como ciudadanos y que a pesar de lo que garantiza nuestra Carta Magna no son iguales ante la ley.

Poco o casi nada conocemos la mayoría de ciudadanos sobre el derecho

consuetudinario o derecho maya, incluso quienes desempeñan cargos públicos o forman parte del Organismo Judicial.

Para algunos no es más que un Sistema paralelo de justicia cuya existencia va en contra del Estado de Derecho; para otros es un subsistema porque existe en forma subordinada al derecho oficial, sin embargo es necesario que pueda considerarse como un sistema alternativo o complementario y que así pueda aplicarse.

Existe contradicción en cuanto a la consideración sociológica o jurídica de lo que es y debe ser el derecho como conjunto de normas de conducta cuya validez se circunscribe o no al respaldo o aceptación del Estado. En este sentido el derecho consuetudinario no tiene ese respaldo sino la validación de la comunidad, lo que desde un punto de vista lógico es mucho más efectivo; Pero que a su vez lo convierte en una opción no reconocida dentro de la propia ley vigente en el país.

Las normas del derecho consuetudinario se caracterizan por ser producto del consenso del grupo en el que se aplican, lo cual le confiere una mayor fuerza en comparación con el derecho positivo, ya que muy al contrario de lo que se espera, el carácter impositivo de las normas que dependen del Estado las hace más débiles en la práctica.-

Para muchos las diferencias entre el sistema jurídico ordinario y el consuetudinario son insalvables, pero es conveniente recordar que antes que el derecho y la ley existió la costumbre como una respuesta a la necesidad de crear ciertas normas de conducta que permitieran la convivencia en la comunidad.

Las normas jurídicas impuestas por el Estado, como parte de la evolución del derecho deberían ser la respuesta a las necesidades que existen dentro de cada conglomerado, tomando por supuesto en cuenta a todos sus integrantes, sin embargo en la realidad esto no es cierto, ya que se hacen leyes por unos pocos para satisfacer intereses también de otros pocos no de toda la colectividad. Si realmente la creación de las normas jurídicas obedeciera a la búsqueda del bien común, entonces podríamos hablar de justicia.

Para Flores Alvarado, la normatividad que depende del Estado en nuestro país representa los intereses de los ladinos que desde muchos puntos de vista constituyen la clase dominante, la cual utiliza el derecho positivo como forma de opresión. Y es que si analizamos nuestras leyes fácilmente comprobamos esta afirmación, las mismas generalmente están escritas en español, y aunque existe el compromiso de parte del Estado de ofrecer los servicios de traductores e interpretes en Juzgados, e instituciones relacionadas con el tema como MP y defensa Pública, PNC, en todos los lugares del

país en donde exista población que hable otro idioma, esto no se cumple. Solo en el departamento de Quetzaltenango, en un pequeño sondeo realizado en la mayoría de municipios en donde se habla mam, quiché y otros podemos comprobar que no hay interpretes ni traductores con lo cual se niega el acceso a la justicia a todas aquellas personas que no hablan o entienden el Español, ¿como entonces podemos hablar de igualdad ante la ley y de justicia para todos?

Para estas personas es mucho más fácil acudir ante los miembros de su comunidad, comunicarse en su propio idioma y sin tener que dar mayores explicaciones sobre lo que allí se acostumbra acceder a una forma sencilla pero efectiva de justicia, esto es el derecho consuetudinario.

Sin embargo las contradicciones son muchas entre ley y costumbre como algunos definen el sistema Jurídico ordinario y el derecho consuetudinario.

Encontramos en primer término las limitantes de tipo legal, como el caso del artículo 2 de la Ley del Organismo judicial que señala como fuentes del derecho a la Ley y a la Jurisprudencia, y solo acepta a la costumbre en defecto de la ley o por delegación de la misma, siempre y cuando sea probada. De igual forma el artículo 203 de la Constitución Política de la República delega el ejercicio de la función jurisdiccional en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que la Ley establezca, preguntándonos si en estos demás tribunales pueden incluirse los correspondientes al derecho consuetudinario.

Además agrega el artículo que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

El Código Municipal en su capítulo IV regula lo relativo a las Alcaldías Indígenas y Alcaldías comunitarias o auxiliares, también lo relativo a la información y participación ciudadana en la toma de decisiones que afecten intereses o derechos de los mismos. Sin embargo todavía se trabaja en el conocimiento de estas reformas que aún no se aplican, y es necesario que puedan divulgarse en los diferentes idiomas reconocidos en el país para que todos tengan acceso a ellas.-

Como estas hay muchas más diferencias entre uno y otro Sistema, lo importante no es encontrar divergencias sino por el contrario buscar puntos comunes y fortalecerlos de manera que se pueda aplicar tanto uno como otro enfilando siempre a lo que sea mejor para el ciudadano sin importar si es indígena o ladino.

DERECHO CONSUECUDINARIO:

No existe ninguna norma de derecho consuetudinario escrita o un manual o código

en donde se puede encontrar la respuesta o la acción a seguir en tal o cual situación , porque para los mayas cada caso es diferente aunque el delito sea el mismo, varían las circunstancias y varían las personas, varían los móviles, cada situación es única e irrepetible, por lo tanto la sanción nunca tampoco puede ser igual.

Es necesario entender que los conceptos relativos a lo bueno y lo malo no varían en su esencia entre un grupo y otro, entre indígenas y ladinos, pero si varía la dimensión o el alcance de su interacción así como la propia visión o definición del mundo y del hombre.

Mientras que para las culturas occidentales o para los ladinos no existe mayor relación entre el hombre y su ambiente para los indígenas el Cosmos es uno y son parte de él, El Todo (Dios) que es el mismo cosmos, el hombre, y la naturaleza,

La conceptualización del delito varía de una cultura a otra, pero lo que es más importante, varía también la forma de sancionarlo o evitarlo, mientras que la legislación ordinaria busca el castigo como respuesta ante la comisión de un ilícito a través de diferentes tipos de penas la mayoría privativas de libertad lo cual implica reclusión en establecimientos que en nada contribuyen a la readaptación del delincuente, la cultura maya busca la restitución del orden perdido a través de la compensación y utiliza medios y métodos que son realmente efectivos para la prevención del delito, logrando algo tan importante como lo es la reinserción del individuo a la sociedad . Y es que el derecho consuetudinario no es revanchista ni busca venganza, simplemente trata de volver al equilibrio que se pierde al romper el orden establecido en la interacción de los elementos que componen el cosmos.

Lo más importante dentro de nuestra búsqueda no solo es tratar de comprender en mejor forma el derecho consuetudinario, analizándolo con una visión libre de prejuicios establecidos por la cultura occidental, Sino buscar el punto de encuentro o enlace entre la legislación ordinaria y la utilizada por nuestros compatriotas en la mayoría de comunidades del país.

Acostumbrados como estamos a una cultura impositiva y de un solo sentido en donde la ley es la exigencia y satisfacción de necesidades de unos pocos que pasa encima de los intereses de la mayoría, es mucho más difícil tratar de entender el pensamiento, el sentimiento, la costumbre de nuestros hermanos indígenas. Es necesario ampliar nuestro horizonte, abrir nuestra mente y romper con tradicionales esquemas que excluyen a los más débiles.

Surge la duda de cómo enlazar ambos Sistemas si ya explicamos que para muchos no

pueden existir dos normativas diferentes dentro de un Estado porque sería tanto como aceptar un Estado dentro de otro, no pueden haber distintas formas de aplicar la misma ley, ni tampoco leyes diferentes o normas diferentes en relación al mismo tema, aparentemente estos son algunos de los muchos retos que plantea el asunto, sin embargo, hay que ir más profundamente y buscar en nuestras raíces o en nuestro origen no como ciudadanos de una país sino como seres humanos, ya que aquí nos damos cuenta de que al existir dos tipos de normas no conciliadas se da la discriminación y se violan los más elementales derechos humanos .

Y es que querer imponer el Sistema legal ordinario es tanto como querer cambiar las tradiciones, la cultura y la historia de no uno sino muchos pueblos que conviven en Guatemala igual que en otros países.

Es necesario permitirles expresarse, ser parte de la vida de la nación en todos sus aspectos. Ya es tiempo de que todos como ciudadanos tengamos la oportunidad de manifestar nuestras necesidades y conveniencias y que los que Gobiernan realmente sirvan a los intereses del pueblo no del grupo dominante.

El 31 de marzo de 1995 se firmó en México el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos Indígenas el cual está vigente desde el 29 de diciembre de 1996, y aunque nuestro país asumió a través del mismo muchos compromisos casi ninguno se ha cumplido, al contrario algunos han sido violados como en el caso de la creación de los juzgado comunitarios a través del decreto 79-97 que lejos de fortalecer o apoyar el derecho consuetudinario, trata de erradicarlo y desconoce la autoridad que pueda aplicarlo, dejándolo al margen de la ley ordinaria, excluido del Sistema de justicia actual.

Se crearon distintas comisiones sobre los diferentes temas que se incluyen en el Acuerdo algunas como la relativa al Derecho indígena, solo se conformaron con representantes indígenas, nunca se nombraron participantes gubernamentales con lo cual quedo pendiente el estudio y desarrollo de la misma. Lo mismo sucede con la comisión sobre reformas constitucionales que prácticamente se desintegro a partir de la pérdida de la reforma constitucional a través de la Consulta popular.

Actualmente se vuelve ha tocar el tema de la reforma constitucional y muchos sectores ya se han manifestado al respecto, sin embargo parece que no es interés del Estado tomar en cuenta la opinión de los indígenas que son una mayoría. Se realizan grandes esfuerzos para la conformación de la Asamblea Nacional de representantes del Pueblo Maya que pretende ser una instancia representativa de los distintos grupos como asociaciones, comités, cooperativas, comunidades, organizaciones de derechos

humanos, organizaciones de derechos de los pueblos Indígenas, organizaciones productivas, financieras, comerciales, etc. O sea aglutinar a todos los sectores que deseen ser representados para que puedan tener voz y voto en la toma de decisiones más importantes para el país, para que verdaderamente exista democracia y se pueda construir un Estado y una Nación pluricultural, plurilingüe, y multiétnicos e incluyentes, donde exista armonía, y convivencia pacífica, gracias al respeto a la diferencia y la diversidad.

Todo lo anterior nos hace referencia a las grandes dificultades que han afrontado nuestros connacionales indígenas, en relación a sus derechos como personas y como pueblo, ya que nunca han tenido la oportunidad de ser escuchados, ni tomados en cuenta, no es justo aplicarles una legislación, un derecho que no conocen, en un idioma distinto al de ellos y basado en fundamentos distintos a los de su cultura.

En muchos países el pluralismo cultural ha servido como impulso para la construcción de nuevas políticas relativas a temas relevantes como educación, salud, asistencia jurídica, participación ciudadana, etc, los aportes que se ha obtenido son muy satisfactorios ya que propagan un mayor respeto a las culturas y los pueblos potenciando la lucha contra la discriminación y el racismo.

En la mayoría de comunidades indígenas no existen códigos escritos que indiquen lo que debe hacerse y lo que no, sus prácticas jurídicas, así como las sociales y morales se basan en valores y principios que se transmiten oralmente de generación en generación. En este sentido para ellos es muy importante la unidad de la comunidad, la convivencia pacífica, el respeto hacia la naturaleza, el respeto hacia la persona y sus bienes, así como la solidaridad hacia la comunidad. El nexo entre los tres elementos fundamentales ya mencionados el cosmos (Dios) el hombre y la naturaleza y su interrelación o interacción origina las normas de conducta que se convierte en fundamentos del derecho consuetudinario.

Generalmente no existen normas relativas a asuntos tan variados como en el derecho occidental, sino que se encuentran tres aspectos alrededor de los cuales giran la mayoría de normas y estos son:

Relativas a asuntos dañinos (equiparables a derecho penal)

Relativas a asuntos familiares (equiparables a derecho civil)

Relativas a asuntos de tierras y recursos naturales (equiparable también al derecho civil).-

En el derecho consuetudinario no se hacen distinciones radicales entre el ámbito moral

y el jurídico o el social y el religioso, ya que un mismo término en su idioma puede ser usado indistintamente para una acción que no debe hacerse porque es mala tanto moral como legal o jurídicamente.

Generalmente los casos más graves se relacionan igual que en el derecho occidental o en la legislación ordinaria con asesinatos, homicidios, violaciones, secuestros, lesiones, adulterio, incesto, robo de ganado, usurpación de terrenos, calumnia, falta de respeto a la autoridad y el no cumplir con la palabra empeñada.

Como asuntos dañinos leves se consideran el hurto de animales domésticos (gallinas, chompipes, cerdos, etc) maíz, frijol, tomate, secándolos en la vía pública, chismes, mentiras, lesiones leves, daños y perjuicios ocasionados en las siembras por animales domésticos, riñas, pleitos, problemas de linderos y mojones, herencias, Hay algunos asuntos que se consideran delitos en la legislación ordinaria pero no en la maya, como el caso del robo de una mujer (raptó impropio) y viceversa como el caso de las prácticas de brujería para producir hechos dañinos.

Los asuntos que deben ventilarse legalmente se someten a la Autoridad tanto oficial como tradicional ya que ambas son reconocidas en las comunidades y también a ambas se les brinda respeto, lo cual no sucede con el derecho ordinario, que muchas veces menosprecia la función y contribución de las autoridades tradicionales.

En la mayoría de culturas, los dos tipos de autoridad se fusionan en las personas más respetadas de la comunidad, no solo por su honorabilidad, por su experiencia (edad) sino también por su colaboración.-

Cuando un caso se presenta para su resolución se busca ante todo el restaurar el orden o la armonía perdida, a través de la conciliación, el reparo y la compensación. Las sanciones generalmente no son de carácter punitivo como en el Sistema oficial de justicia, las sanciones más aplicadas son servicios a la comunidad, detenciones preventivas y reparaciones e indemnizaciones. Cuando el caso es más severo puede aplicarse la vergüenza o la expulsión de la comunidad como sanción, con lo que se logra que el transgresor escarmiente y lo que es muy importante continúe como miembro de la comunidad, no se le excluye (solo en casos severos) , por lo que no es necesario un proceso de readaptación, todo ello parece difícil de entender o de asimilar porque estamos acostumbrados al Sistema ordinario occidental en donde los que transgreden la ley deben ser tratados como personas diferentes, enfermas (mentalmente) que difícilmente pueden volver a ser parte de su comunidad.-

Todo lo anterior es solo un breve bosquejo de los aspectos más relevantes del derecho consuetudinario o comunitario, como lo denominan los acuerdos de paz. Elementos que deben servirnos de base para la construcción de un puente entre él y el Sistema judicial oficial.

Toca ahora encausar nuestros pasos en la búsqueda de los caminos que nos conduzcan a la conciliación entre los dos Sistemas, no señalando diferencias, no dándole mayor relevancia o trascendencia a uno u otro, simplemente entrelazándolos y buscando en ello la satisfacción de las necesidades más personales de todos los habitantes del país, no importando su origen, raza o color, ni costumbres.-

En primer lugar considero necesaria la legalización o inclusión dentro del sistema Jurídico oficial, el derecho consuetudinario como una forma alternativa de resolución de conflictos y de aplicación de justicia de acuerdo a los usos y costumbres de las diferentes comunidades y etnias del país, para lo cual sería necesaria una reforma constitucional a través de la cual se reconozca la legalidad y competencia de las autoridades indígenas o comunitarias a la hora de impartir justicia. Para ello es necesario delimitar los campos de acción y sentar ciertas bases que servirán como parámetros para la utilización de uno u otro sistema no de acuerdo a la conveniencia personal sino a la correspondiente forma de vida y por supuesto al acuerdo entre transgresor y víctima y buscando siempre el beneficio de la colectividad. Podríamos hablar como de ciertos requisitos necesarios para optar por uno u otro sistema, siendo en todo caso excluyente la utilización de cualquiera de los dos, o sea que no se puede recurrir primero a uno y luego a otro, porque no se puede juzgar a una misma persona por un mismo caso, ya que se violarían sus derechos humanos.

También es conveniente poco a poco involucrar a las comunidades en los aspectos más innovadores del derecho, sobre todo lo relativo a los derechos humanos de la persona, para evitar que exista controversia entre el Sistema oficial y el consuetudinario. En relación principalmente al tema precisamente de derechos humanos.

Como complemento a la reforma constitucional también se deberán reformar otras leyes como la del Organismo Judicial para que la Costumbre aparezca como fuente del derecho y operativizar los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala que tengan relación con el tema del Derecho consuetudinario, especialmente los acuerdos sobre eliminación de todas las formas de discriminación y los relativos a los derechos de los pueblos indígenas. En el mismo sentido es urgente aprobar la constitución de la Asamblea Nacional de representantes del pueblo Maya

para que sea el órgano consultor en temas relacionados y para que también sea el punto de enlace entre los diferentes grupos étnicos del país.-

Es necesario trabajar mucho en aspectos educativos y para ello deben tenerse como oficiales los distintos idiomas que se hablan en el país, para que las leyes, los textos educativos y toda la información necesaria pueda existir no solo en español.

Además sería muy conveniente trabajar con las Universidades en la formación de intérpretes y traductores de los diferentes idiomas para que verdaderamente toda la población tenga acceso a la justicia.

Crear los mecanismos necesarios para que el Gobierno este en contacto aún con las comunidades más alejadas y conozca sus principales necesidades y las apoye, a través de la puesta en marcha de las leyes de descentralización, contando con el apoyo de la población.-

No debemos dejar pasar por alto lo que menciona el Sociólogo Elías Díaz sobre la decadencia del derecho cuando no logra implantar y mantener una relativa organización social, en donde todos participen, ya que no es algo vacío, ni es exclusivamente formal independiente de los ingredientes materiales, no surge de cero, tiene una historia, es una expresión concreta no pasiva sino activa de la relación de las fuerzas operantes en un grupo social.

El derecho debe ser un producto social, que en el proceso de creación adquiere autonomía en cuanto a su aplicación y realización y es esto lo que precisamente lo convierte en factor de cambio social.-

Cuando el derecho no responde a las necesidades que surgen de los grandes cambios a nivel social, o cuando los sentidos o intereses de las obligaciones difieren de las conductas requeridas, estamos ante un retraso.

En la actualidad en Guatemala el sistema de Justicia adolece de graves insuficiencias que general, incertidumbre en la población, lo cual se traduce en falta de credibilidad. Es necesario un fortalecimiento de las distintas instituciones que conforman el Sistema de Justicia, no solo desde un punto de vista teórico o conceptual sino también desde un punto de vista material proporcionando todos los elementos tanto humanos como económicos y de todo tipo necesarios para un buen funcionamiento y para dar la respuesta adecuada a las crecientes necesidades de la población en ese aspecto.

Dentro de los cambios más urgentes por supuesto vuelve a aparecer el tema del

derecho consuetudinario, porque mientras no se logre conciliarlo con el derecho ordinario o con el sistema de Justicia oficial, las violaciones a los derechos humanos continuarán especialmente en el campo de la discriminación y seguirá siendo solo un grupo el que tenga el poder y lo manifieste a también a través de la manipulación de las leyes o la utilización solo a su favor.

Guatemala es una sola, multiétnica, plurilingüe, pluricultural, con mucha historia, con muchos aportes de diferentes culturas, pero en la variedad y en la diversidad está la riqueza de su pueblo.

