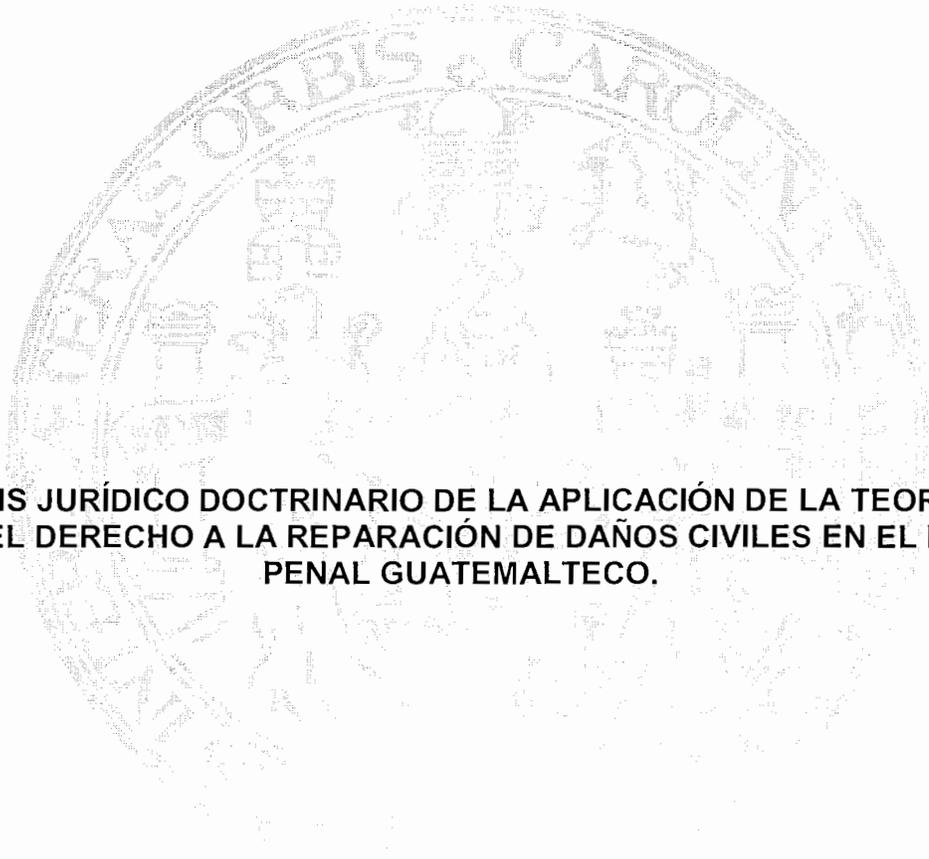


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL
ABUSO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE DAÑOS CIVILES EN EL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO.**

ALEJANDRA BELÉN FRANCO ESTRADA

GUATEMALA, ABRIL DE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL
ABUSO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE DAÑOS CIVILES EN EL PROCESO
PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALEJANDRA BELÉN FRANCO ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal: Lic. Carlos Enrique Culajay Chacach

Segunda Fase

Presidenta: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Secretario: Lic. Mario Mauricio Moscoso Fernández
Vocal: Licda. Vilma Karina Rodas Recinos

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Guatemala, 25 de septiembre de 2013

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Dr. Mejía Orellana:

En cumplimiento con el nombramiento recaído en mi persona procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante: Alejandra Belén Franco Estrada; en la elaboración del trabajo intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE DAÑOS CIVILES EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”**, y para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

1. Contenido científico y técnico de la tesis: Considero que el tema investigado es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico ya que se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y legal en lo relativo a la teoría del abuso del derecho y su aplicación en el ámbito jurídico.
2. Metodología y Técnicas de Investigación: En el desarrollo de la tesis la sustentante utilizó los siguientes métodos de investigación: el método inductivo para determinar todos los elementos y características de la figura de la teoría del abuso del derecho; y el método analítico con el cual dio a conocer lo fundamental de estudiar, analizar y dar a conocer a la población guatemalteca la importancia de la aplicación de esta teoría en el ámbito penal. También utilizó las técnicas de investigación documental y de fichas bibliográficas con las cuales se recolectó la información doctrinaria necesaria y actual para la elaboración de la investigación.
3. Redacción: La redacción empleada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que es comprensible al lector y a las personas que se interesen en el tema.



4. Contribución Científica: El aporte científico que el tema investigado brinda, es hacer notar la importancia de la regulación en la legislación penal de la figura del abuso del derecho y con ello la creación de sanciones que tiendan a reducir el ejercicio abusivo de los derechos que la ley concede.
5. Conclusiones y Recomendaciones: En cuanto a las conclusiones a que se arribaron, estas confirman las ideas planteadas al inicio de la investigación, y en lo que a las recomendaciones concierne se hacen las más ostensibles y cuyas posibilidades son más altas de realizar en la práctica. Se observó concordancia entre las conclusiones y recomendaciones.
6. Bibliografía utilizada: Cabe destacar que la bibliografía utilizada es acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en la investigación realizada.

Durante el desarrollo del trabajo de investigación, sugerí a la Bachiller Franco Estrada una serie de correcciones a los capítulos e introducción, debido a que las consideré pertinentes, y la sustentante las realizó encontrándose de acuerdo y considerando que eran necesarias para una mejor comprensión del tema.

Así también hago constar expresamente que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

El trabajo de tesis reúne los requisitos legales prescritos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,


Lic. Luis Humberto Barrera Vásquez
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado 6857



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de marzo de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ALEJANDRA BELÉN FRANCO ESTRADA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE DAÑOS CIVILES EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs





DEDICATORIA

- A Dios:** Por haberme permitido llegar a esta etapa tan importante en mi vida. Por ser mi luz y mi guía y por demostrarme día a día que con humildad, paciencia y perseverancia, las metas se pueden alcanzar.
- A mis padres:** Por ser los pilares fundamentales para alcanzar este logro. Gracias por enseñarme que pese a las dificultades, todo es posible si se tiene fe y convicción. Este triunfo es de ustedes.
- A mis hermanos:** Por su cariño y comprensión y por compartir conmigo el anhelo de alcanzar nuestras metas.
- A mi familia:** Por su amor y su apoyo incondicional a lo largo de toda mi vida.
- A mis amigos:** Por todos los momentos compartidos desde el inicio de este recorrido. Mil gracias por su amistad y por su apoyo. Por estar siempre a mi lado en las buenas y en las malas.
- A:** Mi casa de estudios, la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala con eterno y profundo agradecimiento.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala por abrirme sus puertas y permitir mi desarrollo académico y profesional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El abuso del derecho	1
1.1. Antecedentes históricos	4
1.2. Sistemas	8
1.3. Evolución de la teoría del abuso del derecho	10
1.4. Criterios para calificar el derecho abusivo	12
1.4.1. Teoría subjetiva	14
1.4.2. Teoría objetiva	17
1.4.3. Teoría mixta.....	19
1.5 Derecho comparado.....	22
1.6 Relación con otras ramas del derecho.....	31

CAPÍTULO II

2. La reparación de daños civiles en el proceso penal	35
2.1. La reparación.....	35
2.1.1. Naturaleza jurídica	37
2.2. Reparación civil.....	37
2.2.1. Definición.....	39
2.2.2. Naturaleza jurídica	40
2.2.3. El daño como lesión a un interés	42
2.2.4. Regulación de la reparación en la legislación penal.....	43
2.2.5. La responsabilidad civil en la legislación procesal penal.....	45
2.3. La acción civil	49
2.3.1. Características de la acción civil	51
2.3.2. Carácter accesorio de la acción civil	52



	Pág.
2.3.3. Oportunidad para su ejercicio.....	56
2.3.4. Derechos que se garantizan con el ejercicio de la acción civil	58
2.3.5. Daños y perjuicios	60
2.4. El actor civil	68
2.4.1. Legitimación del actor civil.....	71
2.4.2. Capacidad procesal.....	71
2.4.3. Facultades del actor civil	72
2.5. El tercero civilmente demandado	75

CAPÍTULO III

3. El abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal	79
3.1. Definición.....	81
3.2. Contexto normativo del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico guatemalteco	82
3.3. Derecho comparado.....	85
3.4. Medios que puede utilizar el tercero civilmente demandado.....	88

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico doctrinario de la aplicación de la teoría del abuso del derecho a la reparación de daños civiles en el proceso penal guatemalteco.....	91
CONCLUSIONES	105
RECOMENDACIONES	107
BIBLIOGRAFÍA	109



INTRODUCCIÓN

La presente investigación se ha realizado debido a que si bien en la actualidad existen diferentes estudios doctrinales acerca de la teoría del abuso del derecho y la misma ha terminado por imponerse en el derecho moderno, aún existen vacíos normativos con respecto a la aplicación de la misma. Tal vez uno de los más grandes problemas que plantea la aplicación de dicha teoría, es el de la imposición de sanciones que pretendan eliminar del ordenamiento jurídico el ejercicio abusivo de los derechos.

En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente en la legislación penal, no se encuentra regulada la figura del abuso del derecho. En lo que respecta a la reparación civil producto de la comisión de un ilícito penal, ni el responsable del hecho ni el tercero civilmente demandado cuentan con los medios legales pertinentes para evitar el uso abusivo del derecho a la indemnización por parte de quien pretende la acción resarcitoria. La indemnización exigida debe ser proporcional a los perjuicios ocasionados y no ejercerse de manera exorbitante de modo que sólo responda a intereses personales por parte del perjudicado.

La hipótesis formulada planteaba que el ejercicio abusivo del derecho de solicitar la reparación de los daños civiles causados por la comisión de un ilícito penal resulta cuando quien figura como actor civil, se convierte en victimario sobrevalorando económicamente los daños y perjuicios que sufrió, abusando de la obligación de resarcimiento por parte del responsable y del tercero civilmente demandado, quienes a la luz del derecho también resultan perjudicados, pues deben pagar esa estimación para solventar su situación jurídica.

Con esta investigación se pretende analizar la teoría del abuso del derecho, así como su evolución e incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos; sin embargo, el objetivo central radica en establecer el abuso del derecho en que incurre el perjudicado



por la comisión de un hecho delictivo al sobreestimar económicamente los daños y perjuicios sufridos pretendiendo que el responsable restituya más de lo perjudicado.

El desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos, de los cuales el primero se refiere a la figura del abuso del derecho, sus antecedentes históricos, sistemas, su evolución a lo largo de la historia y el derecho comparado; el segundo, señala lo relativo a la reparación de daños civiles en el proceso penal, desarrolla el tema de la reparación, su naturaleza jurídica, la reparación civil y la forma en que lo regula la legislación penal guatemalteca, así como también la descripción de los sujetos que intervienen siendo éstos el actor civil y el tercero civilmente demandado; el tercer capítulo trata acerca del abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal y finalmente el cuarto capítulo da a conocer el análisis jurídico doctrinario de la aplicación de la teoría del abuso del derecho a la reparación de daños civiles en el proceso penal guatemalteco.

Los métodos empleados fueron el inductivo, ya que mediante el mismo, se determinó la importancia del estudio de la teoría del abuso del derecho y su aplicación en las diferentes ramas del derecho; y el método analítico mediante el cual se determinó la importancia que tiene el análisis tanto doctrinaria como legalmente, de la teoría del abuso del derecho y su aplicación en el ámbito penal, específicamente en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal.

Las técnicas de investigación utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas.

Es de gran importancia el estudio y el análisis tanto jurídico como doctrinario de la teoría del abuso del derecho y su aplicación en casi la totalidad de las ramas del derecho. Y lo es aún más en el ámbito del derecho penal en cuanto a la reparación de daños civiles producto de un hecho delictivo para evitar y suprimir el ejercicio abusivo del derecho a la indemnización que le corresponde al perjudicado.



CAPÍTULO I

1. El abuso del derecho

Para poder definir el abuso del derecho, se debe hacer énfasis en que todo ordenamiento jurídico puede presentar distintos vacíos normativos.

El derecho y su ejercicio son perfectamente distinguibles, el primero en cuanto a la atribución o facultad que le corresponde a su titular, y el segundo en cuanto a la forma o modo de hacer uso de esa facultad. Es precisamente esta distinción la que permite concebir lo que se ha denominado abuso del derecho.

El derecho no es absoluto, no puede ejercitarse de tal manera que vulnere los imperativos humanos de solidaridad social y de consideración intersubjetiva.

El término abuso del derecho es ampliamente controvertido pero no se puede discutir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe.

Se denomina abuso del derecho a aquella situación que se produce cuando el sujeto titular de un derecho subjetivo actúa de tal manera que encuadra dentro de la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres y a los fines del derecho.



Para algunos el abuso del derecho en el ejercicio del mismo es la contravención a las exigencias, así como a la buena fe o a los fines de su reconocimiento, o bien, es abusivo cuando tiene por fin exclusivo dañar a un tercero, daño que posteriormente deberá ser indemnizado.

El ejercicio abusivo de un derecho es considerado como un acto ilícito, y en el ámbito jurídico es tratado como un acto ilícito abusivo que se diferencia de un acto ilícito común porque en este último se produce una violación a las normas legales.

A partir de este abuso del derecho, la doctrina ha configurado una teoría del abuso del derecho que no es más que el concepto o la institución donde se recoge esta figura, y así establece dos postulados básicos: la noción del deber jurídico y el derecho subjetivo.

Lo que significa que si el titular el derecho lo ejerce según lo dictamina la ley, no le produce, en consecuencia, ninguna sanción.

A contrario sensu, si el sujeto ejerce su derecho contrario a la norma legal, es entonces, merecedor de una sanción como consecuencia de su conducta. Sin embargo, si alguien ejerce, con aparente ilicitud un derecho que es reconocido por el ordenamiento jurídico de manera excesiva, también abusa del derecho.



“La teoría del abuso del derecho surge como una aspiración de orden ético y social”¹.

Con ella se intenta introducir el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida. Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un mero aplicador aritmético de la ley, única forma de lograr la seguridad jurídica según esa concepción.

En relación a la expresión abuso del derecho, esta ha sido constantemente criticada, algunos autores señalan que la terminología es equivocada e induce al error. Afirmar que puede abusarse de un derecho conlleva a una gran contradicción, ya que el abuso, como se propone, sólo puede proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe.

No puede haber abuso si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites establecidos por la misma norma. Más allá, simplemente, no se está en el marco de lo jurídico.

Otros, por su parte, señalan que no se trataría del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, si no en lo que se refiere a su ejercicio. De ahí que resulte más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional como ejercicio abusivo de un derecho subjetivo.

¹ Rodríguez Grez, Pablo. **El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial**. Pág. 408.

En conclusión, el abuso del derecho es una figura jurídica que opera cuando se está ante el ejercicio de un derecho de carácter subjetivo, el cual se realiza de forma abusiva, es decir, contraviniendo la normal convivencia social, generando así una situación injusta no prevista por el derecho, y existe una ausencia de la norma que restringe el ejercicio de ese derecho subjetivo en ese sentido.

1.1. Antecedentes históricos

Mucho se ha discutido acerca del origen de esta institución. Se sostiene que la idea estuvo ya en germen en el derecho romano específicamente en los textos de Gayo y de Paulo, y que algunas Leyes de las Partidas involucraban la aplicación del concepto.

Esta tesis es cuestionada por muchos autores para quienes en el derecho romano se ignoró la teoría del abuso del derecho. “La figura de esta institución como tal es relativamente nueva. Algunos afirman que la noción de esta figura aparece en varias instituciones, como por ejemplo en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres, del pródigo, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana”².

“Si no se puede demostrar que el derecho romano reconoció el principio en que se funda la represión del ejercicio abusivo de los derechos, es innegable, por las razones

² Guzmán Ferrer, Fernando. **Código civil – Anotaciones, concordancias, exposición de motivos, comentarios, doctrina y jurisprudencia.** Tomo I. Pág. 9

que ya se han dado, la gran antigüedad que tiene la elaboración de los fundamentos de la teoría. El principio en que ésta se funda reconoce hondas y muy extensas raíces, prolongadas a lo largo de los siglos³.

Durante la edad media, cabe citar dos importantes antecedentes. Por un lado las Partidas de Alfonso X el sabio que restringen el ejercicio del derecho de propiedad.

Por otro lado surge la teoría de las inmisiones, que en oposición a la teoría de los actos de emulación de carácter subjetivo, no interesa la intención de quien ejerce un derecho, sino un resultado de índole objetivo. El acto de inmisión deriva del ejercicio de la propiedad causando perjuicio al vecino. La teoría de las inmisiones determina un nuevo criterio que es el de la normalidad. Se consideran lícitas ciertas afectaciones que provienen de las necesidades cotidianas normales. Sólo lo extraordinario o anormal es cuestionado y posible de ser calificado como abusivo.

A partir del año 1804, la jurisprudencia que representa el llamado derecho vivo, es la que por primera vez tiene que hacer frente a la resultancia del ejercicio abusivo del derecho. La doctrina jurisprudencial ha sido quien se ha preocupado de perfilar la teoría del abuso del derecho a través de sus fallos, haciéndola extensiva tanto al dominio del derecho civil, como al derecho público y administrativo, y en fin, al derecho internacional privado y público.

³ León, Pedro. **Abuso de derecho**. Pág. 27.

Son famosas las sentencias francesas de Colmar y de Lyon, correspondientes a los tribunales de aquellas ciudades. Con la sentencia del 2 de mayo de 1855 se dio el inicio de lo que sería el abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX.

Dicha sentencia se refería al caso de un propietario de que edificó sobre su casa una falsa chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. El tribunal ordenó la demolición de lo construido, y al mismo tiempo, resguardó el derecho del vecino al resarcimiento.

En 1856, es decir, un año después, en una sentencia que se dicta en un tribunal de Lyon en que se sanciona al propietario que había instalado una bomba de agua para succionar el agua existente en el subsuelo de su heredad, con la única finalidad de perjudicar a su vecino, que dependía también de dicha agua.

El agua era succionada por quien ejercía abusivamente su derecho, y no era utilizada sino que la dejaba perder en el río. La corte estableció y sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra el límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad.

Como se puede apreciar, en lo expuesto en estas dos sentencias estuvo el origen de la teoría del abuso del derecho, que luego, sobre esta problemática, fue desarrollada por la doctrina más sobresaliente en las personas de Saleiles y Josserand.

Otros autores sostienen que la teoría del abuso del derecho fue formulada a inicios del siglo XX en Francia y que fue en esta época donde adquirió mayor valor científico y trascendencia. Su principal y más sobresaliente exponente fue el autor Josserand. A su juicio, ningún derecho era absoluto y por tanto el ejercicio de las facultades concedidas por la ley, debía ser conforme al espíritu que impulsó su sanción.

Este autor recalca que el derecho tiene un carácter eminentemente teleológico; es decir, que su estructura es finalista, y no causalista, y ello sirve de punto de partida para la concepción.

Se destaca fundamentalmente en Josserand, el mérito de haber percibido que el derecho, por ser de índole teleológica, debe responder en cada caso concreto a una relación jurídica, subsumida dentro de una categoría institucional, a ese fin propio de la institución a que pertenece. Según Josserand “los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; pues tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley”⁴.

En contraposición a la teoría de Josserand, encontramos la teoría de Planiol, que establecía que si había abuso, no había derecho. A su juicio, un acto abusivo sería al mismo tiempo conforme y contrario al derecho, y esta concepción no era posible.

⁴ Borda, Guillermo. **Tratado de derecho civil**. Pág. 42.

La diferencia entre el derecho romano y el derecho francés radica en el hecho de que en el primero el acto abusivo era indiscutiblemente un acto malicioso, en tanto que en el derecho positivo francés para que existiera abuso, el acto debía ser antifuncional, es decir, contrario al espíritu o a la finalidad de un determinado derecho subjetivo.

Si bien la idea comenzó a abrirse paso tímidamente en la jurisprudencia francesa en el siglo pasado, desde entonces ha tenido un importante y significativo desarrollo. El abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serios obstáculos. Los juristas liberales han visto con desconfianza esta institución. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales.

Sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; y mientras las personas actúan dentro de esos límites, no hay motivo para investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros.

1.2. Sistemas

La teoría del abuso del derecho puede definirse por distintos sistemas. En primer lugar, encontramos un sistema subjetivo, que hace hincapié en si el titular del derecho actuó con dolo o con culpa. Las teorías subjetivas toman mucho en cuenta el elemento subjetivo de la conducta desplegada por el agente, pues consideran que para que se pueda dar concretamente abuso de un derecho, es necesario que el presunto ofensor,



haya obrado con la intención de dañar, esto es dolo civil o penal. El sistema objetivo, en cambio, considera que un acto es abusivo si excede los objetivos de la ley que otorga dichos derechos.

Dentro de los sistemas subjetivos, encontramos a aquel que se guía por la intencionalidad, es decir, que sostienen que un acto es abusivo si existe la intención de dañar. Otra interpretación se guía por la negligencia. Esta también se encuentra dentro de los sistemas subjetivos. De acuerdo con esta, un acto es abusivo si el ejercicio del derecho se realizó con culpa. Ambos sistemas, el de la intencionalidad y la negligencia, equiparan el acto abusivo al acto ilícito.

Para superar este problema, también dentro del sistema subjetivo, existe la consideración por falta de interés legítimo.

Esto quiere decir que un acto es abusivo, también cuando hay una inexistencia de utilidad, esta utilidad no es solo económica sino de cualquier tipo, es cualquier beneficio que se pueda obtener por el ejercicio de los derechos. La apreciación de utilidad es la que la convierte en un subsistema subjetivo.

Dentro de los sistemas objetivos, encontramos, en primer lugar al ejercicio contrario a los fines sociales y económicos. De esta manera, la teoría procura determinar cuáles eran los fines que tenía la ley al conceder los derechos al titular y de ese modo, verificar si el ejercicio fue de conformidad a éstos.

Finalmente, sin necesitar demasiada explicación, un último sistema considera actos abusivos a aquellos que sean contrarios a la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

1.3. Evolución de la teoría del abuso del derecho

La formulación de la teoría del abuso del derecho fue seguida por una abundancia de trabajos doctrinales acerca de la materia; su necesidad social y su imprecisión jurídica construyeron el campo apropiado para la rapidez de su desarrollo. Si en sus comienzos empezó aplicándose al derecho de propiedad, en la actualidad se extiende a casi la totalidad del derecho privado e incluso en el ámbito del derecho público.

Como se ha determinado a través del examen de los diversos antecedentes históricos, se ha ido lentamente abriendo paso a la figura del abuso del derecho. Sin embargo, aún persiste la discrepancia entre lo relativo al concepto de abuso del derecho, los criterios para su determinación y la forma en que los diversos ordenamientos han adoptado y regulado la figura en sus respectivas legislaciones.

Durante el proceso de discusión sobre el papel del derecho subjetivo como categoría primordial del ordenamiento jurídico, se planteó la existencia adicional de un ejercicio regular de los mismos de conformidad con la moral colectiva y con la armonía de la vida social. A pesar de las críticas afrontadas, este concepto, pudo demostrar, a través de la

jurisprudencia, que no atentaba en contra de la libertad individual de las personas, que debieron enmarcar su actuación dentro del bien común.

Es en este contexto que comienza a desarrollarse la teoría del abuso del derecho en el siglo XX.

Analizar el desenvolvimiento histórico de la figura del abuso del derecho lleva a establecer que, a través de todo un gran proceso de confrontaciones doctrinarias, ha terminado consagrándose en los códigos, de manera expresa en los textos normativos, o de forma implícita con un carácter paliativo frente a los defectos de la literalidad normativa en la aplicación jurisprudencial; en otras palabras, se ha confirmado su validez dentro del derecho positivo y fuera de él, porque al renovarse la mentalidad del siglo XIX de una exaltada protección al patrimonio que consentía excesos en el ejercicio de los derechos individuales por otra en la que se reivindica la posición coexistencial del sujeto, se ha logrado reafirmar la necesidad de no permitir el mal uso de los derechos sin sacrificar por eso la seguridad jurídica.

Pese a las críticas, la teoría del abuso del derecho terminó imponiéndose tanto en la jurisprudencia como en la legislación. En ella se ve una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y representa sin lugar a dudas un instrumento de flexibilidad del derecho y su adaptabilidad a las distintas realidades sociales y económicas.

1.4. Criterios para calificar el derecho abusivo

El abuso del derecho está en el ejercicio anormal del mismo, en la falta de diligencia, en la desviación del fin social y económico, en la falta de intereses legítimos, serios y reales y en el ejercicio de un derecho con mala intención. La aplicación de la teoría del abuso del derecho, establece el ejercicio de un derecho dentro de los límites establecidos por la ley.

En lo que concierne a la caracterización de la figura, han sido dos los criterios opuestos que básicamente han prevalecido a lo largo de su evolución, con distinta fortuna, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad. Se establecen las concepciones subjetiva y objetiva sobre el abuso del derecho.

Frente a las posiciones extremas y reductivistas del subjetivismo y de aquella de signo objetivo se alza una concepción que se podría designar como mixta o ecléctica, en la medida que estima que las anteriores posturas no se contraponen sino que deben complementarse o combinarse en atención a las circunstancias del caso. Josserand es, sin duda, el más sobresaliente exponente de esta corriente de pensamiento.

“Entre las posiciones referentes a la naturaleza misma del abuso del derecho, aparte de la tradicional que lo considera dentro del ámbito de la licitud, un importante sector de la doctrina francesa contemporánea representada, entre otros, por Mazeaud, Marty y

Raynaud, Carbonnier y Julliot de la Morandiere, propugna la identificación del abuso del derecho con el acto ilícito⁵. A las anteriores concepciones se debe agregar, además, aquella que postula que el abuso del derecho ocupa un espacio intermedio entre las conductas lícitas y las ilícitas.

Una zona en la que surgiría un tercer género de conducta jurídica, más allá de lo permitido y lo prohibido. La novedad y trascendencia de esta posición, que trastoca una milenaria concepción, requiere de una profunda y medular fundamentación, la misma que, aún hoy en día no se ha producido.

Finalmente cabe puntualizar una nueva tendencia que estima que el abuso del derecho es la transgresión de un genérico deber jurídico, el mismo que se halla incorporado, al lado del derecho subjetivo, en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa. Este genérico deber jurídico encuentra su fundamento en una expresa cláusula general, asumida por algunos códigos civiles, o en su defecto, en los principios generales del derecho, como el de la buena fe o el de las buenas costumbres, inspirados primordialmente en el valor de la solidaridad social.

La transgresión del indicado genérico deber origina un ilícito civil, cuya peculiar caracterización permite distinguirlo como un ilícito sui generis.

⁵ Fernández Sessarego, Carlos. **Abuso del derecho**. Pág. 112

1.4.1. Teoría subjetiva

La corriente subjetiva se sustenta en numerosos fallos jurisprudenciales, entre las que básicamente cabe señalar dos famosas sentencias emitidas por tribunales franceses. La sentencia de Colmar del año 1855 y la sentencia de Lyon del año 1856. De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de los siguientes criterios:

- Intención de causar un perjuicio (*animus nocendi*).
- Acción culposa o negligente.
- La no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.

Estas tres notas constituyen, dentro de esta específica postura, los criterios que permiten identificar la figura del abuso del derecho. La posición subjetiva, después de un período inicial en la cual tuvo cierto auge, fue motivo de justificadas críticas. Ellas se basan, principalmente, en la dificultad de probanza que conlleva. No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de la persona.

Son conocidas las dificultades que entraña el interiorizarse en el mundo de la subjetividad para averiguar las intenciones del sujeto, a fin de determinar si ellas constituyen el único o el preponderante móvil de su conducta. La primera tendencia referida a la intención de causar un perjuicio, propugna que el abuso del derecho,



según esta concepción, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio.

Una segunda tendencia dentro de la teoría subjetiva, propugnada fundamentalmente por la doctrina francesa, exige que para caracterizar el acto abusivo es suficiente el comportamiento negligente del agente del perjuicio. El criterio de la intencionalidad de la culpa es limitativo, ya que ninguna de ellas es esencial para la configuración del abuso del derecho. Si así fuera, muchas situaciones abusivas, podrían ser subsumidas, dentro de la teoría del abuso del derecho.

De ahí que la caracterización del abuso no puede reducirse ni depender sólo de tales criterios. Ello es del todo insuficiente desde que, al refundirse la teoría del abuso en la de la culpa, quedaría en buena medida esterilizada.

De otro lado como apunta Ángel Gustavo Cornejo, “si la teoría del abuso del derecho se hubiere detenido en esta fase de su solución, a través de esta fórmula imprecisa de la intencionalidad, se habría paralizado la justicia”⁶. Considera que no hay nada más peligroso e inútil que remitirse únicamente a la psicología individual como criterio para determinar el abuso que, en su concepto, no hay persona alguna que tenga la

⁶ **Ibid.** Pág. 114.



ingenuidad de confesar que no obra sino con el exclusivo propósito de dañar a otro sujeto, ya que siempre le resultará fácil argüir algún interés personal.

De otra parte, como se trata de penetrar en el mundo de la subjetividad, si un juez decide según circunstancias puramente exteriores acerca de la falta de interés, no es aventurado asegurar que otro juez, llamado a juzgar por los mismos signos objetivos, decidiría absolutamente en sentido contrario.

Como se puede apreciar, las dos posiciones antes explicadas, es decir, la de la intencionalidad y la culposa o negligente, asimilan prácticamente el acto abusivo, que es un ilícito sui generis, con el genérico acto ilícito. Esto permite a los adversarios de la autonomía de la ilicitud derivada del abuso, sostener que no es necesaria ni útil una teoría del abuso del derecho, ya que para el efecto es suficiente la normatividad tradicional referida al acto ilícito en general.

Una tercera tendencia dentro de la posición de carácter subjetivo, estima que el elemento que caracteriza la presencia del ejercicio abusivo es el de la falta de un interés legítimo de parte del agente. Se debe comprender esta ausencia de interés en un sentido amplio, sin limitarlo exclusivamente a uno de índole económica.

Aunque aparentemente dentro de este criterio se logra desembarazarse del dolo y de la culpa como elementos esenciales que caracterizan el acto abusivo, lo que de por sí constituye una ventaja en el terreno de la precisión conceptual, ello nos permite

abandonar el ámbito de la subjetividad. En efecto, como es obvio, resulta sumamente difícil establecer, dada la amplia y diversa gama de intereses de que está premunido cada sujeto, una situación subjetiva de estos difusos alcances.

La concepción subjetiva deja de lado otras situaciones en que, a pesar de no presentarse una consciente intención de dañar, se lesiona el interés de otros en función de ciertas conductas contrarias a la moral, a la buena fe, decididamente antisociales.

Las dificultades en la prueba, que dejaría sin protección a muchos perjudicados, y la limitación del abuso a sólo los casos específicos de intencionalidad de la acción emprendida o la de ausencia de un interés serio y legítimo de parte del actor, hacen que esta concepción sea vulnerable e insuficiente para describir los alcances del abuso del derecho.

No puede perderse de vista que los actos ejecutados sin interés alguno son excepcionales. Aún en el caso de los más repudiables se presenta un interés del agente, lo que no hace que el acto sea lícito. En síntesis, la intencionalidad no es un elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho.

1.4.2. Teoría objetiva

Con el propósito de evitar las dificultades que presentaba la concepción subjetiva del abuso del derecho, aparece una nueva concepción, la cual se traduce en la utilización

de un criterio objetivo que se puede calificar como finalista o funcional. Según la teoría objetiva, el abuso del derecho no se definiría por la intención de perjudicar por parte del titular del derecho, por la presencia de la culpa, o por la ausencia de un interés legítimo. Lo que determinaría el abuso para quienes sostienen esta postura, es el apartamiento de la finalidad social y económica, que es inherente al titular del derecho.

Esta posición establece que ya no se trata de indagar las intenciones del sujeto, sino que para identificar el abuso del derecho, se aplicaría un criterio de carácter objetivo como lo es el de la función o finalidad económico-social que cada derecho conlleva.

Dentro de esta corriente objetiva son diversos los autores que vinculan el ejercicio abusivo con la transgresión del principio de la buena fe. Spota afirma, que “todas la veces que el titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe-lealtad, o con la buena fe-creencia, o con la recíproca confianza o colaboración entre contratantes, así como en otros supuestos similares, el abuso del derecho existe”⁷.

En este mismo sentido Dabin, al hacer una crítica de la tesis finalista de Josserand, sostiene que “el verdadero criterio para determinar el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo es el del uso inmoral del mismo. Afirma que no es exacto, desde el punto de

⁷ Ibid. Pág. 117.

vista jurídico, que los derechos estén sujetos a una finalidad, a una función social, a lo que no podrían faltar sin incumplir con su misión”⁸.

Concluye que existe una legitimidad social. De este modo queda a un lado la antinomia que planteó Planiol. Según Dabin, “en la sociedad no hay nada estable, todo está en movimiento, es dinámico, es cambiante, incluyendo el derecho”⁹. Para este autor existe una legitimidad moral que es distinta de la legitimidad jurídica. Sólo en este último plano es posible mantener la idea del abuso del derecho.

Puntualiza que los deberes morales que interesan son aquellos que se refieren a los deberes para con los demás y no los deberes para consigo mismo. En este mismo sentido Borda considera que “el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo para dilucidar el problema del abuso del derecho”¹⁰.

1.4.3. Teoría mixta

De acuerdo a esta concepción que algunos estudiosos han denominado ecléctica, ambos criterios, tanto el subjetivo como el objetivo, no son contrarios, sino más bien se complementan o se combinan.

⁸ **Ibid.** Pág. 117

⁹ **Ibid.** Pág. 118.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 118.

El acto abusivo se configura al existir la intención de dañar y cuando se aparta de la función social para el que ha sido destinado. Uno de los representantes de esta postura es Josserand. “El criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo es el de la desviación del derecho de su función social”¹¹.

Ahora bien, el autor señala otros criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho como por ejemplo la intención de dañar, es decir, el elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que para él significa la presencia de una nota de carácter técnico, y la falta de interés serio y legítimo, que supone la existencia de un factor económico.

En lo referente al elemento subjetivo, Josserand señala que el criterio finalista deducido del objeto, del espíritu de los derechos presenta un carácter abstracto que podría ocasionar dificultades de aplicación si no fuera concretado gracias a la utilización del motivo legítimo que constituye su expresión sensible y su configuración.

Añade también que es necesario ver en este concepto el criterio personal y especializado de este criterio universal que es dado por el destino social de los diferentes derechos, o más aún, se le debe considerar como la exteriorización de este criterio abstracto, como su representación necesaria e infalible, su modo de revelación para cada prerrogativa y con ocasión de cada acto cumplido por el sujeto titular.

¹¹ Guzmán Ferrer. **Ob. Cit.** Pág. 14.

Para este autor todo se resume en discernir de una parte el espíritu o función del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que se combinan los elementos que propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos que apoyaban la tesis objetiva del abuso del derecho.

Fernández Sessarego considera que el criterio fundamental para establecer si un acto es abusivo es aquel que recurre a la moral social, que se traduce en el valor de la solidaridad.

Lo antisocial, lo anormal y lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, que se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y por supuesto, lo antisocial e irregular es lo ilícito. Lo ilícito es, finalmente, lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

Por su parte Borda apunta que para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, el juzgador debería considerar la existencia de diversos aspectos relevantes, como los siguientes:

- La intención de dañar.
- La ausencia de interés.
- Si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros.
- Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo.

- Si la conducta o forma de actuar es contraria a las buenas costumbres.
- Si se ha actuado de manera no razonable.

1.5. Derecho comparado

En cuanto a las diversas legislaciones alrededor del mundo se puede establecer la siguiente clasificación en tres grandes grupos:

- El primero formado por los países que reprueban el abuso del derecho, sin definir en qué consiste dicha reprobación, como ejemplo está el Código Civil suizo.
- El segundo grupo formado por los países que no se limitan a dar una declaración reprobatoria de abuso, sino que además de ello definen el ejercicio abusivo del derecho. Ejemplo: El Código Civil soviético, el Código de Obligaciones del Líbano y el Código Civil venezolano.
- Y el tercero formado por los países que adoptan el abuso del derecho, ejemplo de ello es el Código Civil argentino.

Es oportuno también establecer la regulación jurídica de la figura del abuso del derecho a nivel latinoamericano. Dentro del sistema jurídico latinoamericano hay ordenamientos que regulan el principio del abuso del derecho tanto de una manera explícita como implícita. Dentro de los primeros cabe resaltar el Código Civil argentino del año 1869. Anteriormente se puede apreciar en el Código de Vélez Sarsfield en sus Artículos 1071, 2513 y 2514, como se niega la teoría del abuso del derecho.

En el anteproyecto de 1954, se admite el abuso, el cual se define como tal si es contrario a los fines de la ley que otorga los derechos o es contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En la reforma de la ley 17.711, se admite en el propio Código Civil la teoría del abuso del derecho. Define un acto abusivo a través de la teoría finalista y la contrariedad a la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sin embargo dentro de la doctrina nacional, se encuentran dos corrientes principales. La primera de ellas es la que sostiene que lo que hace la reforma es igualar el acto abusivo al acto ilícito, por lo que puede buscarse la imputabilidad del titular.

De esta manera, la jurisprudencia que sigue esta doctrina sostuvo que no hay abuso del derecho cuando en el ejercicio regular de un derecho emanado de un contrato, no se encuentra la intención de dañar, no se utiliza la vía más onerosa, ni la actitud es irrazonable.

La otra corriente doctrinaria, establece que si el acto abusivo fuera idéntico al acto ilícito, la teoría del abuso del derecho sería inútil, ya que el ordenamiento jurídico siempre sancionó el acto ilícito.

La jurisprudencia de esta doctrina indica que es abusivo un acto, desde el punto de vista subjetivo, ejecutado con la intención de dañar o sin obtener ningún beneficio. Y lo es desde el criterio objetivo, cuando se ejercita de manera antifuncional, contra las finalidades generales del derecho, contraría los fines que la ley tomó en cuenta al



reconocerlo, o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El Código Civil argentino ha sido catalogado como el Código Civil latinoamericano que con mayor energía estableció el principio.

Continuando dentro de este primer grupo de códigos, se encuentra el Artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil cubano de 1987, el Artículo 1912 del Código Civil mexicano, la segunda parte del Artículo 1185 del Código Civil de Venezuela, que ha seguido el modelo fijado por el proyecto francoitaliano del Código de las Obligaciones y Contratos de 1927, el Artículo 372 del Código Civil paraguayo de 1987, el Código Civil peruano de 1936 que ya se encuentra derogado y el Artículo II del título preliminar del actual Código Civil peruano de 1984, modificado por el Decreto Legislativo No. 768.

Así también, se puede establecer una subclasificación dentro de este grupo, a un sector de códigos que no regulan la figura del abuso del derecho de una manera general, es el caso del Artículo 107 del Código Civil boliviano. Admiten implícitamente el principio del abuso del derecho una serie de códigos cuyas disposiciones interpretadas a contrario sensu, llevan a esta necesaria conclusión, como el Artículo 1321 de Código Civil uruguayo, el Artículo 5 de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño.

El Código Civil uruguayo en su Artículo 1321 establece: "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le



imputable”. La doctrina uruguaya sostiene que en la actualidad todas las posiciones reseñadas deben considerarse superadas y completadas por la concepción que afirma que en los casos encarados por la teoría del abuso del derecho, la responsabilidad extracontractual se configura de idéntica manera que en las demás hipótesis que conoce esta zona del derecho.

Cabe mencionar también a Colombia, donde en un principio la jurisprudencia encontró en el Artículo 2341 del Código Civil el fundamento legal para introducir en su ordenamiento jurídico la responsabilidad civil por el abuso del derecho. La teoría del abuso del derecho ha sido adoptada en la jurisprudencia colombiana, ejemplo de ello es la sentencia de fecha 19 de mayo de 1941.

“En el área del common law, desde el año de 1706, la jurisprudencia inglesa, tuvo conocimiento de dos situaciones vinculadas con la figura del abuso del derecho”¹². Una se encuentra en el decoy case (caso de la escopeta) donde un propietario dentro de su propiedad se dedicaba a la caza de pájaros con escopeta para matarlos y venderlos. Su vecino disparaba con su propio fusil para espantar maliciosamente a los pájaros. Se estableció que no se podía usar las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro.

¹² Espinoza Espinoza, Juan. **Código Civil comentado**. Tomo I. Pág. 27.



En los Estados Unidos, quien deliberadamente utiliza armas de fuego para hacer abortar zorras plateadas criadas por el vecino. Quien tiene conocimiento de la particular sensibilidad de los visones al rumor y no obstante a ello causa ruidos fuertes en las proximidades de un criadero, responde de los daños. Así se pueden citar los casos Hollywood Silver Fox Farm vs. Emmet, en 2 K.B., 1936,46 y Grandel vs. Mason, en 3 D.L.R., 1953, 65.

En Francia se encuentran dos casos, los cuales se resolvieron aplicando el Artículo 1382 del Code, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil. El primero del año 1855 en la corte de Colmar, ya mencionado con anterioridad, donde un propietario levantó una inmensa chimenea con el exclusivo propósito de oscurecer la morada del vecino. La corte resolvió que se debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.

El segundo caso Clement y Bayard, conocido por el tribunal de compañía, y posteriormente por la corte de Amiens en 1913 y asimismo por la corte de casación, en el cual un especulador compró un terreno, construyendo obras formidables con enormes puntas de acero que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían frecuentemente de un hangar vecino, para hacer vuelos de ensayo antes de la entrega, con el propósito de vender dicho terreno a un precio prohibitivo. Se resolvió que el titular de un derecho no puede ejercitarlo en vista de otro objeto que aquel para el cual ha sido reconocido por el legislador.



A diferencia de Francia, en Alemania y en Suiza, la figura del abuso del derecho ha sido recogida por el Código Civil. En Alemania, el tribunal supremo del Reich en 1909, tuvo que resolver el caso de un padre enemistado con su hijo que le prohibió visitar la sepultura de la madre en la finca de su propiedad. El padre alegaba como causa de prohibición que al encontrarse con su hijo tendría que temer un perjuicio en su salud quebrantada. El tribunal limitó dicha prohibición a aquellos días que no tuvieran el significado de grandes festividades religiosas, pese a que fundamentaron el Artículo 226 que regula el principio del abuso del derecho.

En el derecho moderno alemán se hace mención a la función social de los derechos. También incurre en abuso del derecho el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oposición a los acuerdos de la junta general para fines egoístas. Sin embargo, se ha observado que tanto la doctrina como la jurisprudencia han preferido aplicar la norma relativa a la buena fe, contenida en el Artículo 242 del Código Civil alemán.

La desaplicación del Artículo 226 también encontró un contrapeso en el recurso a una norma de la responsabilidad civil, el Artículo 826, que obligaba al resarcimiento a quien hubiese ocasionado un daño en manera contraria a las buenas costumbres.

En Europa también se ha codificado la figura del abuso del derecho, tal es el caso de los países de Rusia, Portugal, España, Checoslovaquia y Polonia en los años de 1934 y 1964.

Especial es el caso de España, quien ha atravesado un proceso de evolución hasta considerar como principio general del abuso del derecho y legislarlo en el título preliminar de su Código Civil. “En el viejo fuero de Castilla, habían sanciones para los hermanos que maliciosamente tardaban el casamiento de la hermana por amor a heredar lo suyo”¹³.

El Código Civil español que fue publicado en el año de 1889, reconoce el abuso del derecho y lo establece en el Artículo 7.2 de la manera siguiente: “La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención del autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realizase sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

De esta manera, se concreta la existencia de una aparente diferenciación entre abuso de derecho que será toda actuación que amparada por la cobertura de un derecho subjetivo, cause daño a un interés particular; y el ejercicio antisocial que se definirá como toda actuación que amparada por la cobertura de un derecho subjetivo, cause daño a un interés social.

En lo referente a la jurisprudencia española se advierte la siguiente evolución:

¹³ **Ibid.** Pág. 26.

- Se parte del principio de que el sujeto que usa su derecho no causa daño a otro.

- El tribunal supremo, llega a conocimiento de un caso en el cual son partes el consorcio de la zona franca de Barcelona, que tenía una concesión exclusiva para extraer arena de las playas del litoral de dicha ciudad y una sociedad que poseía una central eléctrica en San Adrián de Besós, ubicada cerca a la desembocadura del río de ese nombre y frontera a una playa en la que el consorcio comenzó la extracción de arena, en uso de su derecho. La extracción de arena, fue de tal magnitud que alteró la superficie de la playa y aniquiló las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar. Producto de ello, en el mes de marzo de 1932 los temporales produjeron importantes daños en la central y la sociedad interpuso una demanda en la cual pretendía que el consorcio la indemnizara. “La audiencia de Barcelona admitió la demanda y el tribunal supremo declaró no haber lugar al recurso de casación impuesto por el consorcio”¹⁴.

- Con sentencia del tribunal supremo del 22.09.1954, se considera al abuso del derecho como un principio general de derecho impuesto por la juridicidad.

- Con sentencia del tribunal supremo del 04.10.61, se entiende al abuso del derecho como una institución de equidad, para salvaguardar los intereses que no han alcanzado protección jurídica.

¹⁴ Torres Vásquez, Aníbal. **Derecho civil, parte general**. Pág. 398.

- Con la reforma de 1973, se incorpora en el Artículo 7 del título preliminar del Código Civil español, el principio del abuso del derecho.

Por su parte, la jurisprudencia italiana ha preferido aplicar los principios de la buena fe objetiva y de corrección y muy escuetamente se ha referido al abuso del derecho. La doctrina ha seguido ese camino y sus desarrollos posteriores, a pesar de su autoridad, no han calado suficientemente en el operador jurídico. La corte de apelaciones de Messina, tomó conocimiento de un caso en el cual, inmediatamente después de la segunda guerra mundial, algunas familias ocuparon precariamente apartamentos que eran de propiedad del Instituto delle case popolari di Messina. Dicha entidad, en vez de lanzar a los invasores, por consideraciones de carácter social, no solo permitió que permanecieran los mismos por varios años, sino que instaló en el patio una fuente, suministrando así el servicio de agua que faltaba.

En estas circunstancias, los propietarios de los demás apartamentos, interpusieron una acción en contra del instituto, denunciando la falta de ejercicio de parte del mismo, de los derechos que le correspondían como propietario, concluyendo que el no uso del derecho era una figura de abuso del derecho.

En la sentencia de la corte de casación del 15.11.60, no obstante se confirma la decisión de la corte de apelación, que había excluido la ilicitud del comportamiento del Instituto, se concluye que la ausencia o el negligente uso de la facultad de actuar en defensa del derecho subjetivo para remover una situación dañosa no solo para el titular

del derecho mismo, sino también para terceros, constituye uso anormal del derecho subjetivo, si el no uso se resuelve en la inobservancia dolosa o culposa de específicas normas de conducta puestas a tutela de los derechos ajenos.

En resumen, la jurisprudencia italiana ha preferido aplicar conceptos menos abstractos, en vez del principio del abuso del derecho. Los casos que más se han presentado han sido, entre otros, aquellos relativos al ejercicio abusivo del derecho del voto de la mayoría que lesione el interés de los socios minoritarios y del receso adnutum del contrato de trabajo a plazo indeterminado, regulado por el Artículo 2118 del Código Civil, en el que cualquiera de las partes pueden resolver el contrato con un preaviso.

Resulta obvio del examen de estos preceptos, que la finalidad perseguida por el legislador en todos ellos, ha sido evitar que al amparo de un ejercicio aparentemente legítimo de los derechos, se vulneren los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los pueblos, causándose una perturbación social desde el momento que resultan injustificadamente lesionados los justos derechos de terceras personas.

1.6. Relación con otras ramas del derecho

La figura del abuso del derecho desde su controversial comienzo y evolución ha sido aplicada casi de forma exclusiva en el ámbito del derecho privado, sobre todo en el derecho civil y es así como a nivel mundial la mayoría de legislaciones adoptan esta teoría en sus códigos civiles, sobre todo en lo concerniente al derecho de propiedad; a

excepción de pocos países que han regulado esta figura también en el ámbito del derecho penal.

Pero el abuso del derecho no es de aplicación exclusiva ni excluyente al campo civil o procesal, pues no podrá negarse, por ejemplo, la existencia del abuso del poder o abuso burocrático por parte del administrador que se manifiesta en el uso indebido de las facultades en la órbita del derecho administrativo.

Por tanto, puede establecerse que dada su naturaleza jurídica, la teoría del abuso del derecho tiene cierta relación con casi la totalidad de las ramas del derecho, aunque dado su regulación propiamente en el derecho civil, deben aplicarse en forma supletoria las normas establecidas por éste en las distintas situaciones del mundo jurídico.

En el caso específico de Guatemala se encuentra una regulación jurídica muy general acerca de esta figura; y son tres normas dentro del Código Civil las que hacen mención al respecto. El Artículo 465 que se encuentra dentro del título relativo al derecho de propiedad, establece: "Abuso de derecho. El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, está obligado a abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad del vecino".

Por su parte el Artículo 466 que trata sobre la indemnización por daños ocasionados, establece: "Derecho del perjudicado. El que sufre o está amenazado con un daño

porque otro se exceda o abuse en el ejercicio de su derecho de propiedad, puede exigir que se restituya al estado anterior, o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido”.

La teoría del abuso del derecho tiene relación con el derecho constitucional, ya que la Constitución es la norma suprema de todo ordenamiento jurídico y contiene una serie de garantías y derechos fundamentales de que están asistidos todos los miembros de una comunidad política. Como norma tutelar de los derechos del hombre, protege también en contra del ejercicio abusivo de los mismos.

En materia laboral, esta rama no ha tomado parte en la descripción y sanción del acto abusivo; sin embargo, negar la aplicación del abuso del derecho en el derecho del trabajo, es negar los fines del derecho. Los ordenamientos de carácter laboral contemplan ciertos límites al ejercicio de ciertas facultades del empleador.

Por otra parte tiene relación con el derecho administrativo puesto que paralelamente a su desarrollo dentro del derecho civil, surge la teoría administrativa de la desviación del poder, la cual establece que una autoridad administrativa ejerce ciertos actos de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la ley, usa de su poder con fines y motivos distintos en vista de los cuales le fue conferido tal poder.



CAPÍTULO II

2. La reparación de daños civiles en el proceso penal

2.1. La reparación

El término reparación proviene del latín reparatio, que se define como la acción o efecto de restituir a su condición normal, las cosas materiales mal hechas o deterioradas.

En el ámbito del derecho, propiamente del derecho penal, es la obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con él mismo de indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible. La reparación pecuniaria es una forma muy común de reparación.

En términos claros la reparación es el derecho que tienen las víctimas a ver de alguna manera compensados los daños sufridos. Esta reparación se ve contemplada de manera más amplia al tenerse en cuenta una justicia restaurativa frente a una justicia transicional, puesto que, aún presentando limitaciones, tiene un enfoque más encaminado a la reparación y no a la repetición de los crímenes, lo que representa un mayor interés para las víctimas.

Aunque se conozcan los derechos de las víctimas, se generan discusiones al querer efectuarse la reparación, pues debe garantizarse también un equilibrio entre los

derechos de la víctima y las condiciones que imponen los autores de los ilícitos. Esto se debe a que en ocasiones se deben limitar los derechos de las víctimas con el objetivo de lograr la consecución de la paz y de un acuerdo de las partes en conflicto, y estos derechos se ven limitados también por el corto alcance de los medios físicos y jurídicos disponibles para garantizar la reparación misma.

En un comienzo, la reparación frente al daño o perjuicio fue una reacción privada, mediante la venganza individual, posteriormente surgió la reacción colectiva mediante la composición voluntaria; sin embargo estas reacciones no buscan un resarcimiento del daño, sino más bien tenían por finalidad la imposición de una sanción al agresor, infringiéndole un sufrimiento igual o superior al sufrido por la víctima.

Conforme las organizaciones políticas se van consolidando y la autoridad se afirma, ya no queda al libre albedrío del daño, ni del grupo al cual pertenecía, buscar la venganza, ni establecer la composición privada de la pena, sino que para asegurar la tranquilidad pública, la facultad de resolver el conflicto fue monopolizada por el Estado, y a partir de ahí el individuo deberá aceptar la forma de reparación establecida por la autoridad.

Existen dos tipos de reparación: la restitución y la indemnización. La restitución implica el regreso de las cosas, bienes o situaciones al estado que tenían antes de que sufrieran los daños y/o perjuicios. Mientras que por el concepto de indemnización debe entenderse una cantidad dineraria que debe cubrir cualquier daño valorable

económicamente y que sea resultado de daños físicos, patrimoniales o morales y las ganancias lícitas que se dejaron de percibir como consecuencia del daño.

2.1.1. Naturaleza jurídica

La finalidad de la indemnización por daños y perjuicios es estrictamente resarcitoria, es decir, que se trata de reparar el daño ocasionado a la víctima, en su patrimonio y en su persona.

La reparación de daños constituye un remedio para procurar restablecer las cosas al estado que tenían antes de que ocurriera el detrimento o aminoración de bienes, ya sean de carácter corpóreo o incorpóreo. Cuando la reparación no puede llevarse a cabo in natura, se procede entonces a resarcir a través de un equivalente, que en la mayoría de casos constituye una cantidad dineraria, fijada por el juez, de conformidad con las circunstancias propias del caso en concreto, en el sentido de que como los daños morales tienen un carácter eminentemente subjetivo.

2.2. Reparación civil

La realización de un delito no solo tiene como consecuencia la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar por los daños producidos. En este sentido, el delito, en cuanto hecho lesivo, constituye también el



hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil.

La reparación civil ha sido vinculada con el proceso civil y esto evidentemente porque se le consideraba como una institución del derecho civil; sin embargo, la tendencia moderna es visualizar a la reparación civil como una modalidad de sanción consecuencia de un delito.

Se ha señalado por parte de gran cantidad de tratadistas de la doctrina que las consecuencias jurídicas del delito no se agotan con la pena o medida de seguridad al delincuente, sino que también pueden surgir otras formas de ajusticiamiento de carácter civil reparador.

En ese sentido, la realización de un hecho delictivo supone tres tipos de consecuencias jurídicas que son la aplicación de la pena, las medidas de seguridad, y finalmente encontramos las consecuencias de naturaleza civil.

La comisión de un ilícito penal no solo conlleva responsabilidad penal, sino también implica una responsabilidad de tipo resarcitorio por los daños y perjuicios causados por el delito cometido, lo que necesariamente está inmerso en el ámbito civil.

2.2.1. Definición

La reparación civil consiste en esa restauración material del estado anterior a la violación del derecho. Es obligación de toda persona reparar el daño causado a otro, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios.

Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del mismo, caso en el que se está ante la responsabilidad por hechos ajenos.

Esta clase de responsabilidad civil ex delicto no se deriva por la responsabilidad personal penal directa, sino que de una posición de garante de las responsabilidades civiles, por parte del obligado. El fundamento de este tipo de responsabilidad se encuentra en la denominada culpa in vigilando o in educando, esto es, el deber de los padres o tutores de vigilar y controlar en todo momento la actuación de los tutelados.

El objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio.

La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los sujetos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad, y un aspecto punitivo, de pena pecuniaria.

El rol preventivo puede discutirse en realidad, toda vez que un sistema de responsabilidad basado en factores subjetivos de atribución no favorece la prevención. Más aún, los sistemas de responsabilidad que basan su forma institucional en un daño causado y los sistemas realmente preventivos son de carácter subsidiario. Así algunos propugnan que son los duros términos de los sistemas objetivos de responsabilidad los que, basados en una sanción, difícilmente excusable, favorecen realmente la prevención.

El fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal.

Concluyendo, la reparación civil no es más que la suma de dinero que permitirá que la persona dañada pueda restaurar las cosas al estado anterior a la vulneración.

2.2.2. Naturaleza jurídica

En la doctrina, jurisprudencia y en la práctica procesal penal existen diversos problemas y confusión en torno a la figura de la reparación civil derivada del delito, que van desde no haberse establecido con claridad su naturaleza jurídica, de no haberse precisado si es que ésta se deriva necesariamente de la comisión de un delito o de la existencia de un daño, hasta juzgar su efectividad durante la fase de la ejecución de la sentencia.

Sobre la naturaleza de la reparación civil consecuencia de la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito o falta, se ha discutido ampliamente al respecto, dando una serie de soluciones no fácilmente conciliables, estando dentro de ellas las siguientes:

- Se trata de una exclusividad del derecho penal, porque deviene de un delito o falta.
- Se estima su manutención en materia civil.
- Se le otorga una naturaleza mixta, dado que, la responsabilidad es eminentemente civil pero se ejercita y se desarrolla en el ámbito penal.

Con estas tres posiciones, la doctrina se ha inclinado por el segundo sistema, ya que independientemente de dónde provenga la obligación de reparar un daño, es necesario enfatizar que se trata de una responsabilidad de naturaleza civil, ya sea proveniente de una conducta delictiva, de una culpa o negligencia no punible. En lo que respecta al primer supuesto, la mayoría de penalistas la rechaza, ya que la responsabilidad sigue siendo civil, independientemente de dónde se tramite y desarrolle.

En cuanto al tercer supuesto, todavía más discutible entre los penalistas, se descarta por la mayoría, debido a que la responsabilidad civil derivada de un delito, como su nombre lo indica, tiene un carácter y contenido indiscutiblemente civil, sin tener dependencia de un texto o precepto legal, como el penal, el cual no evita sino que recomienda su estudio desde ese punto de vista, con el que adquiere vigencia la responsabilidad civil como consecuencia del delito.

Es importante destacar lo relativo al tratamiento procesal que se deriva de la acción reparatora, de la cual se mencionan tres posiciones:

- La de la unión absoluta, donde se entrelazan ambas acciones, con lo cual cada acción conserva su naturaleza.
- De civil y penal, en forma insumisa.
- La de conexión e interdependencia, donde las acciones se entrelazan manteniendo sus propias características.

Con respecto a lo anterior, la doctrina se perfila por el principio de responsabilidades, el cual conduce la reclamación civil y penal en conjunto, supuesto que sigue Guatemala, y que trae consigo las siguientes ventajas:

- Se fundamenta en el principio de economía procesal.
- Facilita un mejor arbitrio judicial.
- Ahorra gastos al perjudicado.
- Faculta al perjudicado a decidir si se utilizará la ejercida en la vía penal o si adopta la vía civil.

2.2.3. El daño como lesión a un interés

El daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales.

Una concreta conducta puede ocasionar tanto daños patrimoniales que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento del patrimonio del afectado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir, cuanto daños no patrimoniales, circunscrita a lesión de derechos o legítimos intereses existenciales tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas. Es decir, que se afectan bienes inmateriales del perjudicado que no tienen reflejo patrimonial alguno.

2.2.4. Regulación de la reparación en la legislación penal guatemalteca

La regulación de la reparación del daño establecida en el Código Penal vigente debe ser tendiente a promover la reparación a la víctima. Merece especial crítica la legislación penal sustantiva actual, ya que no existe una dotación completa de mecanismos indirectos para que el juzgador pueda prescindir de la ejecución de la pena si la reparación e indemnización se ha llevado a cabo en forma satisfactoria.

Es claro que una vez reparado el daño e indemnizado el perjuicio la razón de castigo pierde fuerza. El Código Penal vigente, aparte de los mecanismos directos, carece de mecanismos indirectos que tiendan a la reparación del daño a la víctima por parte del delincuente, para que a este se le puedan promover circunstancias que le beneficien, tales como los sustitutivos penales. Las únicas vías indirectas que existen son las circunstancias atenuantes y el sustitutivo penal de la libertad condicional.

Es en la legislación procesal penal, en donde ya se incluyen algunos instrumentos específicos indirectos de protección a las víctimas, que se canalizan por medio de la reparación del daño causado. Estos se dan a través de determinadas circunstancias por las que se ofrecen posibles ventajas al responsable si repara, tales como el criterio de oportunidad y la suspensión condicional de la persecución penal. De este modo se pretende estimulara al responsable a que repare el daño.

Es el Artículo 112 del Código Penal es donde subyace esa conexión íntima entre responsabilidad penal y responsabilidad civil; si bien las fronteras entre lo penal y lo civil son difusas, en el Código Penal y Código Procesal Penal, de igual forma, por dos motivos principales, uno de ellos que la responsabilidad civil derivada del delito recibe un tratamiento legal dentro del mismo Código Penal; y otro, que la acción civil puede acumularse en el proceso penal. Es también un elemento a tomar en cuenta, el que la determinación de la pena se basa no sólo en la culpabilidad del autor, sino también lo complemente el daño objetivamente considerado.

En consecuencia, la reparación del daño contenida en el Código Penal es solo un atenuante para la determinación de la pena y no un requisito ineludible para la suspensión de las penas, y ni siquiera una circunstancia a tener en cuenta para la aplicación de cualquier otro paliativo que le interese al victimario.

Permite la medicación, la que facilita la interlocución de víctima y victimario para la solución pacífica de las partes involucradas en un conflicto social, de característica eminentemente penal.



La regulación vigente se refiere por separado a la reparación y a la indemnización como categorías aparentemente diferenciadas; ambos son términos sustancialmente equivalentes, pues la reparación del daño causado puede realizarse a través de la indemnización, produciéndose una reparación entre ambas figuras, reparación e indemnización.

2.2.5. La responsabilidad civil en la legislación procesal penal

El Código Penal establece en su Artículo 112 que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos normativos previstos, los daños y perjuicios causados, pudiendo el perjudicado optar por exigir la responsabilidad civil dentro de la jurisdicción civil.

La responsabilidad civil, según el Artículo 119 del Código Penal, comprende la restitución, la reparación de los daños materiales y morales y la indemnización de perjuicios. El Artículo 120 del mismo cuerpo legal, establece que “la restitución deberá hacerse de la misma cosa siempre que fuere posible, con abono de deterioros o menoscabos a juicio del tribunal, y aunque la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente, salvo su derecho a repetir contra quien corresponda. Esta última disposición no es aplicable cuando la cosa es irreivindicable de poder del tercero, por haberse adquirido en la forma y con las condiciones que establecen las leyes civiles”.

La restitución consiste en la devolución al perjudicado, por parte del imputado o el civilmente responsable, de la misma cosa de la que fue privado por el hecho delictivo, ya que la entrega de otra equivalente o de su valor, no es restitución sino indemnización del daño causado, salvo que se trate de cosas fungibles que fueren de la misma calidad. Esto sólo será posible en delitos contra la propiedad, robo, hurto, estafa, apropiación y retención indebida, etc. en cuanto a la reparación del daño material, se hará valorándolo, en atención al precio de la cosa y de la afectación del agraviado, si esto constare o pudiere apreciarse.

Es importante recalcar que el Artículo 124 del Código Penal, dispone que en el procedimiento penal, la acción reparadora sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Si ésta se suspende, también se suspenderá su ejercicio hasta que dicha persecución se continúe, salvo el derecho del interesado de promover la demanda civil ante los tribunales de esa competencia.

Es necesario hacer énfasis en la expresión sólo puede, para señalar que en realidad se trata del derecho que le asiste a la víctima o sus herederos con relación al ejercicio de ésta pretensión, puesto que al tratar de satisfacer los intereses de las víctimas del hecho delictivo, la ley prevé que esa posibilidad o potestad, la pueda ejercitar dentro del procedimiento penal, o bien en sede civil.

Sin embargo, en determinados delitos además puede promover su pretensión resarcitoria contra el Estado o sus instituciones cuando éstas deban responder de

manera solidaria con el imputado. Así lo establece el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al prever que “cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la penal...”

Es importante tomar en cuenta que en el Código Procesal Penal la acción indemnizatoria no aparece supeditada directamente a que el fallo penal sea condenatorio, ya que en caso de sentencia absolutoria o en caso el tribunal acoja una causa extintiva de la persecución penal, está facultado para resolver sobre la pretensión civil, válidamente planteada, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.

Tradicionalmente ha venido concibiéndose el proceso penal como el instrumento de la jurisdicción para la aplicación del ius puniendi del Estado. En un estado de derecho, la función del proceso penal no puede ser reconducida de forma exclusiva a la aplicación de un derecho penal, debiendo ampliarse a declarar el derecho fundamental de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. “Para la finalidad del proceso penal, hay que hacer hincapié en que el ordenamiento vigente en Guatemala sigue el

modelo de acumulación de la acción civil a la penal, llevando al proceso penal a convertirse en un instrumento útil para la reparación de la víctima. Es más, desde un punto de vista estrictamente constitucional, no se alcanza a comprender por qué esta segunda función ha de merecer un papel secundario o subordinado a la primera¹⁵.

Son de igual valor el derecho fundamental del imputado a la libertad y a la defensa, como del perjudicado a la obtención de una eficaz y rápida tutela efectiva de su pretensión resarcitoria.

Es característica de la legislación penal actual, que las acciones civiles que nacen de todo delito o falta puedan ejercitarse de forma conjunta o de forma separada, bien en el caso del propio proceso penal, bien reservándose el ejercicio de la acción civil en el proceso que corresponda. La acción civil nunca pierde su naturaleza, dispositiva que concede al perjudicado el derecho a ejercitarla, si así lo desea, ante la jurisdicción civil.

Como el sentido reflexivo de la inmensa mayoría de guatemaltecos, debiera de ser una obligación para el Ministerio Público ejercitar la acción civil junto con la pena para la satisfacción de la responsabilidad civil, exista o no acusador particular, y para el caso de que el perjudicado renunciara o se reservara el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción correspondiente, el Ministerio Público se debería de limitar, hasta entonces, de pedir el castigo del culpable.

¹⁵ Beristain Ipiña, Antonio. **Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología.** Pág. 30.

El Ministerio Público tiene impedimento para poder ejercer la acción de resarcimiento en el mismo proceso penal, porque existe la limitante de que el agraviado debería de ejercer su acción a través de querrela con un abogado, a sabiendas, que la mayoría de la población carece de medios suficientes para constituirse como actor civil, como consecuencia, lo único que se persigue es sólo lo penal.

2.3. La acción civil

De las normas jurídicas que imponen la obligación de resarcir el daño causado por el delito surge un derecho subjetivo genérico y abstracto que se dirige erga omnes, en forma indeterminada contra la persona que cause el daño: el derecho de exigir el resarcimiento a quien sea sujeto del deber impuesto.

Un hecho puede producir un daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en el patrimonio, en la persona, o en los derechos de un tercero, con lo que se configura un daño privado reparable. De la obligación del autor del delito de responder por ese daño reparable ocasionado a un tercero, nace la acción civil.

La acción civil derivada de un delito no puede estar sujeta al mismo régimen que la acción penal; si bien es cierto que ambas tienen su origen en el delito y tienden a deducir responsabilidades del mismo, la finalidad que persiguen ambas acciones son distintas; ello impide que la titularidad del ejercicio de las acciones se guíen por los mismos principios.

La acción civil tendiente a lograr la restitución del objeto que fuera materia de delito o la indemnización del daño material o moral causado por el mismo, puede ser ejercida ante la jurisdicción penal siempre que la pretensión privada se base en el mismo hecho en que se fundamenta la pretensión represiva; es decir, para que se produzca la esta acumulación de acciones heterogéneas, es preciso que la obligación resarcitoria atribuida emerja, en principio, de la lesión al mismo bien que tutela la norma penal que se pretende violada por el hecho que constituye el objeto procesal.

Si lo anterior ocurre en el proceso penal, necesariamente habrán de introducirse en él otros sujetos si bien vinculados con la cuestión civil, pero con calidad accesorio. Para estos supuestos se necesita la instancia del particular interesado que ejercite la pretensión civil, por tratarse de un poder jurídico que únicamente a él le compete su ejercicio.

Para consentir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, el tribunal debe estimar que el accionante aparece presuntivamente como titular del derecho subjetivo a la reparación del daño, de acuerdo con las normas pertinentes de la ley civil, y además, que de acuerdo con la ley procesal pueda constituirse en actor civil.

Y para concretar la naturaleza jurídica de la acción civil, se establece que todo lo que concierne al derecho penal es patrimonio del derecho público; sin embargo, el hecho punible puede producir daños y perjuicios susceptibles de apreciación crematística; ello

entraña un derecho privado y con él, la obligación de su autor de repararlo. De aquí nace la acción civil.

Sin embargo, es de tomar en consideración que toda su regulación objetiva corresponde a la esfera del derecho privado ya que su razón de existencia corresponde a la necesidad de atender un interés privado, generalmente de orden patrimonial, el cual se satisface con la reparación consiguiente.

Es por ello que se afirma que a la naturaleza privada de la acción civil emergente del delito se le atribuye una serie de características especiales que descartan toda posibilidad de someterla al mismo régimen de la acción penal. Ambas nacen de la actividad delictiva y tienden a determinar responsabilidades derivadas de la misma, pero con finalidades distintas: la una con finalidad represiva, y la otra con finalidad reparatoria.

2.3.1. Características de la acción civil

La acción resarcitoria tiene por regla general, un carácter accesorio a lo penal, lo que constituye su principal característica. También se dice que la competencia del juez penal para conocer de la acción civil, cesa en cuanto se extingue la acción principal. Esto significa que la acción reparatoria no puede ser ejercida antes que la penal haya sido legalmente promovida ni después que la misma se haya agotado.

La acción civil es privada ya que su ejercicio corresponde a la persona o personas agraviadas por un hecho delictivo. La promoción de la acción civil en el proceso penal, busca introducir dentro de éste proceso una cuestión de naturaleza privada con el objeto de obtener un pronunciamiento sobre la pretensión resarcitoria o reparadora. Con la acción civil se pretende hacer valer un interés particular y no el interés público.

Tiene carácter patrimonial pues así como la pena tiende al castigo del culpable, la acción civil pretende la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios; y es contingente porque puede ejercitarse o no por el ofendido o agraviado. La eventualidad de la acción civil, indica que el proceso penal perfectamente puede existir sin ella.

Otro signo distintivo lo constituye que la pretensión civil puede dirigirse en contra de los presuntos obligados a la reparación del daño que el delito causó, esto es, del imputado y del que aparezca civilmente responsable, conjuntamente o sólo hacia uno de ellos, puesto que se trata de una obligación solidaria.

2.3.2. Carácter accesorio de la acción civil

La acción civil promovida en el proceso penal tiene carácter accesorio, porque se encuentra en correlación o dependencia de la acción penal, pues sin la existencia de ésta, no nace la civil, ya que se origina de la comisión de un hecho delictivo o falta atribuible a determinada persona.

La accesoriedad implica que la pretensión civil no se sustenta por sí sola, sino que se subordina a la promoción de la pena, carece de autonomía, y en cuanto a la pretensión penal no sea promovida, tampoco la pretensión civil lo será en el proceso penal. Su existencia depende de la acción penal, aunque ambas son independientes por su finalidad, naturaleza y contenido.

La acción civil no puede instaurarse si la acción penal no ha sido iniciada. La accesoriedad que caracteriza a la acción civil ejercitada ante los órganos jurisdiccionales deviene como principio rector en el ordenamiento procesal penal el que estructura las distintas instituciones que regula; de ahí que la supedita desde su mismo origen ya que no puede ser promovida en los tribunales penales si la acción penal no ha cobrado vida.

La legitimación que el Código Procesal Penal establece para el ejercicio de la acción civil en el proceso penal se extiende al Ministerio Público y a los afectados por el delito. Ello no impide que el mismo se observen los principios propios del proceso civil. El Ministerio Público ejercita la acción penal pública se haya planteado o no la acción civil.

Fenech, señala que el ejercicio de la acción civil, indudablemente, no puede considerarse en el procedimiento penal como derecho de iniciativa, ni como presupuesto de la apertura a juicio oral, ya que se permite en el transcurso del proceso penal para garantizar al ofendido una rápida reparación de los daños y perjuicios, pero no se considera en modo alguno esencial; queda únicamente en su carácter de derecho

a pedir que en el fallo se reconozca el perjuicio y se condene al culpable al resarcimiento o a la restitución, y en este sentido es, desde luego, presupuesto de la decisión en cuanto se refiere a la pretensión de resarcimiento, pues rige con todo su vigor el principio civilístico de *ne eat iudex extra petita partium*, que se identifica en este punto con la forma acusatoria del proceso penal.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al reconocer que aunque las indemnizaciones civiles sean exigibles a las personas responsables penalmente de todo delito o falta y los principios derivados de cualquier infracción punible pueden alcanzar a terceros, además de las directamente ofendidas, antes y por encima de tales exigencias legales debe ponerse la del respeto al principio acusatorio, básico en el procedimiento penal, e insuperable obstáculo para resolver en perjuicio del reo cuestiones no propuestas en el juicio, y que, para que la sentencia que ponga fin al proceso penal pueda contener un pronunciamiento de la responsabilidad civil, de una persona no responsable en la esfera punitiva de la infracción relacionada, es requisito indispensable que las cuestiones referentes a la responsabilidad civil hayan sido objeto del juicio.

El fundamento de la inserción del actor civil en sede penal, no es otra cosa que la pluralidad de factores que evidencian su conveniencia, que radica en la prevención de sentencias contradictorias y la mayor economía y rapidez procesal que deriva de la comunidad de la prueba en razón de ser idéntico el hecho a juzgar. Cuando esta identidad se pierde, desaparece el fundamento del instituto.

El acreditamiento de la reparación civil y que en realidad es una pretensión de derecho privado, es corresponde al actor civil probar tales extremos, pues está en relación al propio interés jurídico que tenga, por tratarse de una verdadera carga procesal.

Es importante recalcar que para ejercer la acción civil no es necesario constituirse como querellante. Si lo desea el actor civil puede constituirse como tal, pero la ley no lo obliga. Ello explica por qué la ley no le concede la facultad de apelar la sentencia absolutoria dictada en el proceso penal: simple y sencillamente porque no es parte del proceso penal sino un actor que deduce una acción en atención a sus particulares intereses, es decir, la reparación de los daños y perjuicios que el delito le irrogó.

No obstante el carácter accesorio de la acción civil, el ordenamiento procesal penal deja ver alguna autonomía en ésta en el momento de la sentencia. El carácter con que el Ministerio Público ejercita la acción penal pública es distinto de la acción civil. Aquella la ejercita el Ministerio Público en cumplimiento de las funciones que le asigna la Constitución Política de la República de Guatemala y la legislación ordinaria con carácter de acción principal, ya que defiende los intereses de la sociedad y del Estado, los cuales le han sido confiados de modo privativo.

La acción civil se ejerce para garantizar el derecho a la reparación a que tiene derecho un particular y está sometida a las facultades de disposición material de éste en cuanto a su ejercicio en los tribunales penales.

De esta cuenta se dice que la acción civil no se deriva, en realidad, del delito, sino del daño producido por la infracción penal, puesto que a un delito sancionado con una pena leve puede corresponder una indemnización cuantiosa, por no depender el importe del daño de la gravedad del delito.

La pretensión a que de lugar el daño originado por el delito reúne todos los caracteres de las llamadas acciones civiles de condena al cumplimiento de una prestación que se plantean ante los tribunales civiles. Por ello señala la doctrina y regula la ley sustantiva penal que existen delitos cuya sanción penal no tiene relación con la reclamación de la pretensión resarcitoria.

2.3.3. Oportunidad para su ejercicio

Para establecer en qué oportunidad es posible formular la acción civil, cabe recordar ante todo que la acción civil, por su carácter accesorio, solo puede iniciarse en principio, mientras está pendiente la penal, es decir, una vez que la acción principal se haya promovido legalmente por los medios y en la forma que la ley autoriza, y antes de que se haya agotado.

En procedimiento penal, como ya se ha puntualizado, la acción reparadora sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Por otra parte, el Código Procesal Penal introduce una cuestión novedosa, en el segundo párrafo del Artículo 124 al establecer que después del debate, la sentencia que absuelva al acusado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida, la cual complementa el artículo 393, que prevé: “Cuando se haya ejercido la acción civil y la pretensión se haya mantenido hasta la sentencia, sea condenatoria o absolutoria, resolverá expresamente sobre la cuestión, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente.”

Ello le permite al perjudicado y actor civil válidamente constituido poder obtener una condena en cuanto a los daños y perjuicios que le produjo el hecho, que en observancia al principio de economía procesal, permite que la impartición de justicia sea más expedita, pues ya no tendrá necesidad de formular posteriormente su reclamación ante los tribunales del orden civil.

En ese sentido, hay que destacar también que el legislador de alguna manera se preocupó de la intervención de la víctima dentro del proceso penal, tomando en cuenta la nueva tendencia victimológica, al permitir el ejercicio de la pretensión reparatoria, tomando en cuenta que también se produjo una expropiación del conflicto puramente penal, para evitar la represalia o venganza de la víctima.

2.3.4. Derechos que se garantizan con el ejercicio de la acción civil

La acción civil ejercitada en el proceso penal no pierde su carácter civil, ni en cuanto al interés que por medio de ella el particular tiende a conseguir, que se constituye en un interés meramente privado; como lo es la restitución o el resarcimiento, ni en cuanto a los poderes de disponibilidad de la acción que la ley debe reconocer a su titular.

Hay que tomar en cuenta que la acción del damnificado por el delito contra el imputado o un tercero en orden a la restitución o al resarcimiento, es una verdadera y propia acción civil, propuesta en el proceso penal o transferida a él.

Por eso la acción civil en sede penal ha sido, en su desenvolvimiento y en su disciplina modelada sobre el esquema del proceso civil; pero ha sido adaptada a las exigencias y al desarrollo del proceso penal, de manera que, por una parte, no sufran con ello las finalidades propias perseguidas por la jurisdicción penal y, por otra, no quedarán sustancialmente perjudicados tampoco los intereses civiles de la persona damnificada por el delito.

De lo expuesto, se puede determinar que la acción civil tiende a garantizar la restitución del objeto materia del hecho punible cuando sea de lícito comercio y la indemnización de daños y perjuicios causados por el mismo. Puede ser ejercida únicamente por el damnificado o sus herederos legales contra los inculpados y, en su caso, contra los civilmente responsables. Para ello, se precisa la constitución de la parte civil en la oportunidad indicada, y efectuar su reclamación respectiva. En ese sentido hay que

señalar que no es necesaria la presentación de una demanda como se hace en la jurisdicción civil, porque además de no ser ese el objeto del proceso penal, requerirá de otros formalismos que el Código Procesal Penal no prevé.

Lo que se estima necesario hacer, conforme a la ley civil sustantiva, la relación de lo que comprende los rubros que se reclamen, esto es, los daños materiales y morales, y el lucro cesante, para ayudar al juzgador a su comprensión. El sujeto pasivo del delito es el titular del interés cuyo agravio u ofensa integra la esencia del delito. Aquel a quien se conoce como víctima del delito, que puede consistir en una persona o grupo de personas.

Esto no significa que la idea de víctima deba ser identificada con la de damnificado o perjudicado, porque ambos pueda ser que no coincidan, como ya lo ha señalado la doctrina, pues los términos damnificado o perjudicado pertenecen más claramente al ámbito del derecho procesal, en donde se utilizan para indicar quiénes pueden ser titulares de la acción penal y civil originada del delito.

No debe confundirse el damnificado directamente por el delito con el sujeto pasivo del mismo, pues éste es el titular del derecho protegido penalmente y que el delito lesiona; el damnificado directo por el delito es la persona a la cual el delito le ocasiona un daño material o moral por su acción directa e inmediata sobre su corporalidad, moral o patrimonio, en el sentido más amplio, la víctima del delito.

La acción civil puede ser ejercida en el proceso contra los partícipes del delito y contra el civilmente demandado, por el hecho de aquellos, por quienes estén legitimados para reclamar por el daño directo emergente del hecho punible y por sus herederos.

Respecto a la solidaridad y subsidiariedad en cuanto a la obligación de pago de responsabilidades civiles, ésta pesa sobre todos los que han intervenido o participado en el hecho delictivo como autores o cómplices.

Es menester aclarar que la pretensión indemnizatoria, pago de daños y perjuicios o de responsabilidades civiles, que se usan como sinónimos aunque no lo son, no tienen nada que ver con las costas procesales, que se refieren a la condena que deberá hacer el tribunal cuando pronuncie una decisión que ponga fin a un incidente o al proceso, pues se basa en la teoría objetiva del vencimiento, salvo que encuentre razón suficiente para eximir las total o parcialmente.

Pero ello no significa que por el hecho de haber condenado en responsabilidades civiles deba eximir al vencido del pago de las costas procesales, porque de ser así se estaría actuando arbitraria y piadosamente.

2.3.5. Daños y perjuicios

Etimológicamente, la palabra daño, de acuerdo a algunos juristas, proviene del vocablo *damnum* que significa pérdida, perjuicio o gasto. En cuanto al concepto de daño, se

define como “deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes”¹⁶.

La doctrina define al daño como la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto, producida por un hecho o un acto, ya fuere voluntario o producto de la negligencia, impericia o imprudencia. En el ámbito del derecho civil, la palabra daño representa el detrimento, aminoración o menoscabo que, por acción de otro, se produce a una persona en su patrimonio o en su misma persona. Importante es resaltar que la afectación a un bien jurídico provoca consecuentemente el surgimiento de la responsabilidad. Si la conducta está tipificada por la ley penal origina responsabilidad penal y da lugar a la imposición de una pena, y solamente en ocasiones, la imposición del pago de una indemnización por los daños ocasionados; y por el contrario, se ocasiona detrimento al patrimonio o a la moral de una persona, se traduce en responsabilidad civil.

Toda acción humana puede consistir en una acción positiva, o bien en una acción negativa, omisión o abstención. Para que la acción u omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidad es preciso que pueda ser calificada como ilícita o antijurídica. En este sentido el acto o el hecho jurídico que provoca responsabilidad civil o responsabilidad objetiva, debe contener los elementos de culpa, ilicitud o antijuridicidad, en el entendido de que el responsable deberá ser capaz de restablecer

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 471.

las cosas a su situación original, y en caso de no hacerlo, indemnizar al perjudicado de acuerdo con la ley.

El daño es el elemento básico del resarcimiento. Se entiende por sí solo es irreparable, siendo necesaria la existencia de un acto ilícito previo imputable al agente.

El daño puede ser causado por dolo o por culpa, o bien puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de daño doloso, el autor actúa de forma intencional o maliciosa. En el caso del daño ocasionado culposamente, la conducta es negligente, descuidada o imprevisora, y no presta la atención que debiera según el estándar de diligencia aplicable.

En principio, el daño doloso obliga al autor del daño a resarcirlo. Además suele traer como consecuencia una sanción penal, si el hecho también constituye un ilícito penado por la ley. Por otro lado, el acto ilícito de carácter civil, suele provocar tan solo el nacimiento del deber de reparar o indemnizar el daño.

La responsabilidad por daños exige como regla general que exista nexo causal entre la conducta del autor y el daño. En el caso de Guatemala, la definición legal de daño la encontramos establecida en el Artículo 1434 del Código Civil, definición que se aplica a cualquier daño.

“En cuanto a las características del daño se puede establecer que para que surja un daño reparable es necesario que existan determinadas características”¹⁷:

- La reparación del daño se inspira en la armonía y equilibrio que orienta al derecho y que constituye su alimento animador.
- En el mundo jurídico el daño puede provenir de dolo, culpa o caso fortuito, según surja de la intención, negligencia o casualidad entre el agente y el resultado.
- La asistencia, previsión y la garantía, son la base complementaria de la obligación de reparar el daño.
- El daño tiene una traducción económica.

Se pueden distinguir tres tipos de daños: materiales, morales y físicos, según sea o sobre quién o qué recaiga la afección sufrida, como consecuencia del actuar doloso o imprudente de otra persona.

En lo que se refiere al daño material, se establece que el daño material también denominado daño patrimonial, consiste en la pérdida, destrucción o daño de un bien patrimonial, en la pérdida de ganancias o en la necesidad sobrevenida de realizar ciertos gastos. Es decir, que el daño es la destrucción material, total o parcial, de bienes, siendo independientes los efectos patrimoniales, o de otra índole, que el acto origine.

¹⁷ Corea Villeda de Battén, Rosa Amelia. **El daño**. Revista jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 82.

De aquí surge la cuestionante de cómo deben valorarse este tipo de daños para ser reparados, una corriente señala que el valor del daño es el equivalente al valor objetivo de mercado del bien destruido; otra corriente establece que la valoración consiste en la diferencia entre el valor del patrimonio dañado y el que éste tendría de no haberse producido el daño.

El daño moral por su parte, también llamado daño no patrimonial o daño inmaterial, son todas aquellas pérdidas que afectan a una persona y que no se derivan de una lesión a su patrimonio. En especial corresponden a esta categoría de daños todos aquellos detrimentos que sufre el perjudicado que no conducen a una disminución de su patrimonio económico, que no le han demandado gastos específicos y que no han disminuido la capacidad económica del sujeto afectado.

Se trata de lesiones de valores o bienes normalmente fundamentales, pero que no pueden ser medidos directamente mediante el pago de cierta cantidad de dinero. Es decir, que involucra una serie de aspectos como el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual inferidos a una persona por un suceso dañoso.

El daño moral afecta la psiquis de una persona, como consecuencia a la transgresión a sus derechos personalísimos, ya sea a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad y cualquier otro que altere el normal funcionamiento mental o espiritual de una persona.

El daño moral es subjetivo, y es proporcionalmente directo con la parte afectiva del ser humano, es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede generar diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto. Por ello la apreciación económica es una cuestión discrecional del juzgador.

Las características del daño moral son las siguientes:

- El daño moral afecta la psiquis de una persona, como consecuencia de la transgresión a sus derechos personalísimos.
- El daño moral es de carácter subjetivo.
- Altera el normal funcionamiento mental o espiritual de una persona.
- Se traducen en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración o aspectos físicos.
- La responsabilidad civil que puede resultar de la violación simultánea de valores morales y detrimento de bienes materiales, por lo que los daños morales no excluyen a los materiales y viceversa.
- Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona directamente afectada o bien, indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos.

En cuanto al daño personal o físico, este comprende el menoscabo sufrido en el cuerpo de la misma persona, es decir, que consiste en lesiones corporales, por lo que la víctima tiene derecho al pago de los gastos de curación y a los daños y perjuicios que resulten de su incapacidad física, según sea de forma parcial o total.

Los daños que sufren las personas respecto a su integridad corporal pueden consistir en las lesiones, pérdida de alguno de los sentidos, o de la vida misma, entre otros, que deben ser indemnizados mediante sumas dinerarias que cubran el valor del tratamiento que tienda a recuperar o restablecer la salud, así como los medicamentos y los perjuicios producidos por los daños sufridos.

En el caso de la legislación guatemalteca, la obligación de indemnizar daños y perjuicios está consagrada como principio fundamental en el Artículo 1645 del Código Civil al establecer que toda persona que cause un daño a otra, sea o no en forma intencional o dolosa, está obligada a repararlo. Si en caso, los daños y perjuicios fueran consecuencia de la comisión de un delito, el cuerpo legal mencionado establece, en el Artículo 1646 “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado”.

Por otro lado, el perjuicio se puede definir como la ganancia lícita que se deja de percibir o de obtener, o el desmérito o gastos que se ocasionan por un acto u omisión de otro y que debe indemnizarse.

En materia de responsabilidad civil, el daño se encuentra generalmente relacionado con el concepto de perjuicio, que resulta ser la categoría opuesta del daño emergente. Por lo que, el perjuicio o lucro cesante, se configura principalmente, por la privación de aumento patrimonial o por la supresión de la ganancia esperada.

En la legislación guatemalteca, el concepto de perjuicio se encuentra contenido en el Artículo 1434 del Código Civil que establece en la parte conducente "... los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

La valoración de los perjuicios se efectúa de conformidad con las ganancias lícitas que la cosa, persona o el bien afectado dejaron de producir. La indemnización de perjuicios provenientes de daños, ya sean patrimoniales o morales, comprende regularmente no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren causado a su familia o a un tercero.

Es preciso señalar que el derecho a obtener la reparación, consiste en un conjunto de principios, normas jurídicas y procedimientos que tienen por objeto garantizar la irrepetibilidad de las violaciones y volver las costas al estado que tenían antes de que se cometiera el daño, y de no ser posible, reparar mediante un equivalente.

La indemnización por daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida o deterioro del patrimonio de una persona, sino también las ganancias lícitas que se dejan de percibir, y ese valor únicamente puede ser determinado pecuniariamente según las repercusiones, que dentro del patrimonio afectado, haya podido obtener el acto ilícito o culpable.

2.4. El actor civil

El actor civil es el sujeto procesal que dentro del proceso penal pretende deducir la responsabilidad civil derivada de la comisión de un hecho delictivo en la extensión que señala la ley. Es el sujeto que dentro del proceso penal juega un rol accionario relacionado con el objeto de éste, pero limitado al ámbito civil reparatorio e indemnizatorio.

También se define como “la persona física o jurídica distinta al acusador que ejercita únicamente la acción civil dentro de un proceso”¹⁸.

Por actor civil debe entenderse, “aquella parte acusadora contingente que ejercita en el proceso penal la pretensión de resarcimiento en reclamación de la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio producido por el acto punible. Su papel procesal se reduce a mantener la acusación a los solos efectos de pedir la

¹⁸ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 119.

actuación de la pretensión de resarcimiento pero sin que su actuación afecte a las vicisitudes de la pretensión punitiva, que permanece extraña al mismo”¹⁹.

El actor civil es la parte procesal que siendo titular de la pretensión de reparación, únicamente ejercita la acción civil. Al actor civil se le da el carácter de sujeto secundario y eventual; secundario porque se trata de quien intenta una acción accesoria que sólo es admisible cuando está pendiente la acción principal, es decir, cuando se está haciendo valer la acción represiva; y se dice que es eventual porque su intervención no es indispensable para la válida constitución y el desarrollo regular de la relación procesal en que se injerta, es decir, porque la vida de la relación no depende de la presencia del actor civil.

Como consecuencia resulta claro que cualquier vicio en la constitución del actor civil carece de relevancia jurídica con respecto al ejercicio de la acción penal, aún en el supuesto de que ese defecto formal determinara la exclusión de aquel. La pretensión represiva no puede quedar supeditada a la pretensión resarcitoria.

El actor civil es el sujeto secundario del proceso penal que, por sí o por representante, hace valer una pretensión reintegradora patrimonial con fundamento en la afirmación del daño causado por el hecho que es objeto del proceso. Se ubica en posición activa frente a la cuestión civil que él mismo introduce como objeto secundario del proceso; y

¹⁹ Fenech, Miguel. **Derecho procesal penal**. Vol. 1º. Pág. 328.



su intervención es accesoria, por cuanto el proceso penal no se afecta con su ausencia. Se diferencia del querellante porque no tiene injerencia en la cuestión penal sino en la medida en que interesa para fundamentar la pretensión privada.

Finalmente, se trata de un sujeto que requiere una sentencia favorable a la pretensión jurídica que deduce; no a un derecho subjetivo cuya existencia concreta sólo derivará del acto jurisdiccional.

La calidad de actor civil como titular de la acción civil se adquiere en el proceso mediante una declaración de voluntad realizada por la persona que, según la ley esté legitimada para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, o bien por sus herederos.

La calidad de actor o de parte civil se pierde al extinguirse la acción civil, que ligada a la pretensión punitiva sigue las mismas vicisitudes de ésta en el proceso, sin perjuicio de la posibilidad de pedir la actuación de la pretensión de resarcimiento fuera del proceso penal, en el civil propiamente.

La extinción de la pretensión de resarcimiento, que puede producirse por las mismas causas por las cuales se extinguen las obligaciones de acuerdo con el derecho civil, hace también cesar la calidad de actor civil en el proceso penal.

2.4.1. Legitimación del actor civil

Están legitimados para constituirse como actores civiles en el proceso penal los que resulten perjudicados por el delito, o quien los represente legalmente por virtud de mandato judicial debidamente facultado y los herederos dentro de los límites de sus respectivas cuotas hereditarias.

No todos los que tienen derecho a la reparación privada son titulares de su ejercicio en el proceso penal. De esa cuenta, en tanto que el damnificado directa o indirectamente por el acto ilícito es titular del derecho a ser resarcido, sólo el damnificado es titular del derecho a ejercer la acción reparadora en el proceso penal.

La calidad de actor civil en el proceso penal solamente puede ser invocada por quien ostente la calidad de damnificado por el hecho punible; también puede invocarse por quien comparece a título de heredero del damnificado o como mandatario judicial o representante legal del mismo. En los casos en que el Estado sea el damnificado tal calidad recae en la Procuraduría General de la Nación.

2.4.2. Capacidad procesal

No siempre el que puede ser parte en un proceso está habilitado para actuar por sí mismo, para ello se requiere además, capacidad procesal, aptitud para poder realizar con eficacia actos procesales de parte.

Para ser actor civil, la persona deberá tener la capacidad de hecho necesaria para estar en juicio, es decir, la aptitud para obrar por sí misma en el proceso a fin de deducir una pretensión de derecho privado.

Son aplicables al actor civil, en lo conducente, las normas que regulan la capacidad procesal civil. Así el Artículo 8 del Código Civil establece que “la capacidad para el ejercicio de de los derechos se adquiere por la mayoría de edad”. Sin embargo el Código Civil regula la situación de determinadas personas que a pesar de ser mayores de edad, son denominadas incapaces para ejercitar sus derechos civiles; estas personas, no pueden configurarse como actores civiles si no son representadas conforme a la ley. Hay en consecuencia, una expresa remisión a las normas que al respecto establece el Código Civil.

2.4.3. Facultades del actor civil

Las facultades del actor civil dentro del proceso penal encuentran algunas limitaciones. Si el objetivo de éste es lograr a través de una sentencia de condena la restitución, la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho punible, todo lo que abandone esta orientación le estará completamente vedado.

De lo anterior se desprende que las facultades que tiene la parte civil se circunscriben a solicitar el diligenciamiento de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho que se investiga, la identidad de sus autores o cómplices, su responsabilidad, la

naturaleza y cuantía de los daños y/o perjuicios ocasionados, denunciar bienes del o los procesados y solicitar todas aquellas medidas cautelares sobre estos para que se asegure la restitución de los daños ocasionados, y finalmente interponer recursos contra las resoluciones que resuelvan materias de su interés.

Se resalta lo anterior, para advertir que, los recursos susceptibles de ser interpuestos por la parte civil en el proceso penal se circunscriben con exclusividad a las decisiones que se toman con respecto a la pretensión resarcitoria. Con ello se aclara que la parte civil no está facultada para impugnar aquellas decisiones que sean favorables a la situación jurídica del procesado a lo largo del proceso.

Dentro de las facultades de que goza el actor civil dentro del proceso penal, están entre otras, las siguientes:

- Constituirse dentro del proceso, y una vez constituido el actor civil y su abogado pueden examinar el expediente.
- Derecho a ser representado en el proceso por su abogado defensor, con la sola excepción de las actividades estrictamente personales.
- A los fines del éxito de su acción, el actor civil tiene facultades probatorias para acreditar el hecho generador del daño cuya reparación pretende, su existencia y extensión, y la responsabilidad civil del demandado.
- En el procedimiento preparatorio, el actor civil puede proponer al Ministerio Público diligencias probatorias relativas a al hecho generador del daño, y en caso de

- A los fines del éxito de su acción, el actor civil tiene facultades probatorias para acreditar el hecho generador del daño cuya reparación pretende, su existencia y extensión, y la responsabilidad civil del demandado.
- En el procedimiento preparatorio, el actor civil puede proponer al Ministerio Público diligencias probatorias relativas a al hecho generador del daño, y en caso de negativa, acudir ante el juez contralor de la instrucción a efecto de que valore la necesidad de la diligencia.
- Intervenir en aquellas diligencias que por su naturaleza y características se deben considerar definitivas e irreproducibles, así como a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio.
- Asistir a las diligencias que se desarrollen en el procedimiento preparatorio que puedan vincularse con la prueba referida al procedimiento resarcitorio del daño demandado, excepto cuando se trate de la declaración del imputado, salvo que éste lo permita.
- En la fase preparatoria del juicio, el actor civil y su defensor pueden examinar las actuaciones e interponer las recusaciones y excepciones fundadas sobre nuevos hechos vinculados con el ejercicio de su acción.
- Con la venia del presidente del tribunal, podrá formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes.
- En el momento de la audiencia de reparación digna, ofrecerá los medios de prueba que acrediten el monto de la indemnización, la restitución y los daños y perjuicios ocasionados con motivo del ilícito penal.

2.5. El tercero civilmente demandado

Puede ocurrir que con arreglo al derecho positivo la responsabilidad civil pueda imputarse a persona distinta de la que aparece como imputado en el proceso penal, dando lugar con ello a la existencia de otra parte procesal que se conoce como tercero civilmente demandado, o también denominado demandado civil.

Para una correcta interpretación del rol de este sujeto procesal se puede señalar que es aquella parte frente a la que se pide, en el proceso penal, la actuación de las pretensiones civiles de resarcimiento, cuando se trate de persona distinta del imputado.

El tercero civilmente demandado viene a ser la persona de quien se espera se satisfaga la pretensión reparadora, y será contra quien se dirija y que puede coincidir o no, con la persona del imputado.

“Responsable civil es aquel que está obligado a la restitución o al resarcimiento del daño por el hecho del imputado”²⁰.

Civilmente responsable “es la persona que de acuerdo con las leyes civiles responde por el imputado del daño causado por el delito”²¹.

²⁰ Leone, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Pág. 507.

²¹ Núñez, Ricardo. **La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal**. Pág. 167.



Así como el titular del daño puede ser persona distinta del ofendido, también el obligado a la indemnización puede ser persona distinta del imputado, en cuyo caso la acción reparadora civil corre a cargo de un tercero. De lo anterior se puede indicar que la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Es contractual cuando no se ha cumplido con la obligación emanada de un contrato, o se ha cumplido imperfectamente o se ha retardado su cumplimiento. La extracontractual proviene de la comisión de un delito o de un cuasidelito o simplemente de la ley.

El Código Civil en el Artículo 1646 indique que “el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar los daños o perjuicios que hayan causado”. Aunque, como se ha señalado, estos daños y perjuicios no nacen propiamente del delito, sino del hecho reputado como tal, puesto que el delito es una disposición abstracta de la ley penal que contiene los elementos que lo configuran.

El Artículo 135 del Código Procesal Penal establece en su primer párrafo que “quien ejerza la acción reparadora podrá solicitar la citación de la persona que, por previsión directa de la ley, responde por el daño que el imputado hubiera causado con el hecho punible, a fin de que intervenga en el procedimiento como demandada”.

De la disposición anterior se puede afirmar que la intervención en el proceso del tercero civilmente demandado deriva de la solicitud formulada al juez instructor por el actor civil o quien pretenda serlo. Si en el proceso existiesen dos o más actores civiles, la intervención del tercero civilmente demandado, sólo tendrá lugar respecto de aquel que

instó su citación de donde se desprende que la titularidad del derecho de citación corresponde al actor civil.

Se establece en el segundo párrafo del artículo precitado que “la solicitud deberá ser formulada en la forma y en la oportunidad previstas en este código, con indicación del nombre, domicilio o residencia del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado”.

En atención a lo establecido por el Código Procesal Penal se establece que la convocatoria del tercero civilmente demandado debe formularse personalmente por el legitimado para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, por sus representantes legales o por mandatario judicial, en un escrito que debe contener el nombre y el lugar de residencia de la persona física o jurídica que se estima es civilmente responsable. Debe consignarse, además, el vínculo jurídico de éste con el imputado por cuáles daños y/o perjuicios debe responder aquel.

El vínculo jurídico es el presupuesto legal que origina la responsabilidad civil del tercero civilmente demandado por el daño causado por el autor del delito. La pretensión resarcitoria dirigida en contra del tercero, se circunscribe a lo preceptuado en el Artículo 119 del Código Penal, así como lo relativo a las costas del proceso y debe formularse en la oportunidad prevista por la ley.

La intervención del tercero civilmente demandado en el proceso penal se encuentra condicionada a la constitución del correspondiente actor civil; sin esa instancia no



existiría materia para su existencia procesal, toda vez que al no ejercitarse deducción de responsabilidad civil en su contra, vana sería su presencia.

El tercero civilmente demandado gozará de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles. La intervención como tercero no lo eximirá de su deber de declarar como testigo, debiendo actuar con el patrocinio de un abogado y podrá recurrir contra la sentencia que declare su responsabilidad. Ese derecho de recurrir será autónomo e independiente del derecho de recurrir del imputado, por lo que el silencio, la renuncia a recurrir o el desistimiento de éste, no perjudicarán su recurso.

CAPÍTULO III

3. El abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal

Ya quedó establecido que hay actos que se ejecutan en virtud de un derecho y sin embargo, su autor incurre en responsabilidad. Esto quiere decir que si se hace uso del derecho, es un acto lícito; si se hace uso de ese derecho extralimitándose o se actúa sin tener el derecho, dicho acto es ilícito y por lo tanto abusivo.

Los derechos pueden ser utilizados, no en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; deben ser ejercitados para alcanzar un fin legítimo y por razón de motivo legítimo; que en ningún caso pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, o de la voluntad de perjudicar injustificadamente a otra persona.

Y es así como bajo la denominación de abuso del derecho se ha elaborado una teoría que ha demostrado una trascendencia incuestionable. La necesidad de un control para impedir las conductas ilegales o aparentemente conformes a la norma, pero excediéndose indirectamente, es irrefutable, pues no de otra manera se puede garantizar el uso pacífico y útil de los derechos, frente al exceso producido por su ejercicio incontrolado.

El tema se ha desarrollado entre intensos y largos debates doctrinales y una marcada elaboración jurisprudencial. La noción de abuso del derecho se conoce a principios del siglo XX, con pretensión de instituto jurídico, pero su reconocimiento no ha sido pacífico, porque un sector de la doctrina la ha negado mientras que otro sector la ha aceptado. Tras una prolongada evolución la adopción de la teoría del derecho se ha ido abriendo paso dentro de los ordenamientos jurídicos. Pero no se le puede restar importancia frente a la nueva visión filosófica y social de los tiempos actuales.

El ejercicio abusivo del derecho es un límite jurídico contenido en la legislación guatemalteca, tendiente a que el individuo ejercite sus derechos subjetivos, sin causar lesión o daño a terceros o intereses ajenos no protegidos por normas específicas; lo que implica la existencia de la intención de dar, la ausencia de interés, el perjuicio relevante y la conducta contraria a las buenas costumbres, lealtad y confianza recíprocas.

La admisión de la teoría del abuso del derecho es una consecuencia necesaria de la vida en sociedad que no puede tolerar usos abusivos de los derechos, más allá de los límites que impone la ley y la misma sociedad.

Definida ampliamente la figura del abuso del derecho y teniendo en cuenta su evolución y desarrollo; así como también su inclusión en los distintos ordenamientos jurídicos, se puede establecer una definición del abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro de un proceso penal.

3.1. Definición

Para poder definir el abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal, se debe tomar en cuenta que como se estableció anteriormente cualquier ordenamiento jurídico puede presentar vacíos normativos, es decir, que el legislador no ha podido prever en la ley todos los sucesos que pueden ocurrir en la vida cotidiana y en el mundo de lo jurídico. Precisamente el abuso de derecho dentro de la legislación penal y procesal penal es un claro ejemplo de ello.

Definiendo, se estima que el abuso del derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal no es más que el ejercicio del derecho a la indemnización que le corresponde a la persona afectada por la comisión de un ilícito penal, pero extralimitándose en la forma de ejercerlo; situación que puede ser alegada por el responsable de la reparación puesto que le causa perjuicios.

Se debe tomar en cuenta que la reparación que la víctima pretende se ejerce dentro de la vía penal y es en el propio proceso penal en el momento procesal oportuno que debe quedar establecida la restitución de los daños ocasionados, así como el monto de la indemnización correspondiente.

En el caso de Guatemala, con las reformas introducidas recientemente al Código Procesal Penal, la oportunidad para reclamar la indemnización es la audiencia de reparación digna que debe llevarse a cabo después de dictada la sentencia donde se



establece la responsabilidad penal del sujeto que cometió el hecho delictivo. Y con la decisión obtenida en esta audiencia, queda integrada la sentencia escrita.

Es en el momento de la reclamación por parte de la víctima que el responsable civilmente debe alegar, si es que se produce, abuso de derecho en el ejercicio de la acción resarcitoria y acreditarlo debidamente. Y es al juez finalmente a quien le corresponde determinar la existencia de tal abuso en base a los argumentos y medios de prueba aportados por las partes dentro del respectivo proceso.

3.2. Contexto normativo del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico guatemalteco

En la legislación guatemalteca como en muchas otras legislaciones, se encuentra regulada de forma escueta la figura del abuso del derecho, pero finalmente sí puede hablarse de la adopción de la misma. A continuación se tratará de brindar un panorama normativo bastante general sobre la regulación de esta figura, ya que son pocas las normas que hacen mención de ella en forma expresa.

En primer lugar cabe mencionar la Ley del Organismo Judicial que regula dicha figura jurídica. Es así como en su Artículo 18 indica: “El exceso y mala fe en ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a la persona o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”, que es el mismo texto que se encuentra contenido en el Código Civil en uno de sus artículos y que será explicado más adelante.

Además de la Ley del Organismo Judicial, solamente se hace mención de dicha institución jurídica en la legislación civil, propiamente en el Código Civil en tres de sus artículos. Uno de ellos el Artículo 465 contenido en el título relativo a la propiedad, el cual establece: “el propietario, en ejercicio de su derecho no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, está obligado a abstenerse de todo exceso lesivo a la propiedad del vecino”.

Se puede puntualizar con respecto a este articulado que el abuso del derecho se encuentra enfocado al derecho de propiedad, y establece que no pueden causarse perjuicio a las heredades vecinas.

El Artículo 466 establece lo relativo al derecho o facultad que tiene toda persona perjudicada por el ejercicio abusivo por parte de otra, de exigir la restitución de la cosa al estado anterior y reclamar la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Por su parte el Artículo 1653 del mismo cuerpo normativo indica: “El exceso y la mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”. Este artículo regula lo relativo a la indemnización que debe llevarse a cabo si ejerciendo en forma abusiva un derecho, se causan daños o perjuicios a las personas o bien a sus propiedades. Este tercer artículo como se advierte, establece de manera más acertada lo que es la figura del abuso del derecho.

Ya no enfocado exclusivamente al derecho de propiedad sino al modo o forma de ejercer un derecho que la ley concede u otorga. Y no solamente se refiere a una actitud activa del sujeto, sino también a una actitud pasiva, al regular la abstención del ejercicio de un derecho, siempre que esto ocasione algún daño a otra persona.

Así también en el texto del último artículo citado, se combinan el tradicional concepto de exceso con el principio de la buena fe, mediante el cual se introduce un ingrediente moral como criterio para juzgar la presencia del acto abusivo.

No cabe duda de la admisión de la teoría del abuso del derecho en la legislación guatemalteca, sin embargo, en ningún otro cuerpo normativo encontramos regulada la misma. Estas pocas normas solamente brindan un panorama general acerca de la misma.

La teoría del abuso del derecho adoptada por la legislación guatemalteca adolece de imprecisión técnica, no presenta una construcción autónoma de la doctrina, sino que se confunde con la propia concepción de la responsabilidad.

Ahora bien, como ya se estableció anteriormente, en el derecho penal no encontramos regulada expresamente esta figura, no significando con ello que no sea susceptible de aplicación en éste ámbito. Por tanto, es entendido que en aquellos casos en los que el legislador no ha establecido un límite expreso al ejercicio de los derechos, como pasa

en el derecho penal, y en virtud de esta circunstancia, la solución debe buscarse necesariamente en las normas generales que ya se expusieron con anterioridad.

Es así que se recurre a la figura de la supletoriedad con una clara remisión a las normas de carácter civil.

3.3. Derecho comparado

Con respecto a la regulación de la figura del abuso del derecho en los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, se puede establecer que la mayoría de legislaciones han incorporado esta figura jurídica dentro de su derecho positivo, mayormente dentro del ámbito del derecho civil y de forma exclusiva en lo referente al derecho de propiedad.

Tal es el caso de los países de Alemania, Suiza, Rusia Polonia, Turquía, Austria, Portugal, Venezuela, Perú y México. Aunque por otra parte no se puede dejar de lado los países que han incluido la teoría del abuso del derecho pero a través de la doctrina y la jurisprudencia, como en el caso de Francia, Bélgica, España, Brasil, Uruguay, Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Chile, Ecuador, Colombia y Bolivia.

Uno de los países con bastos fallos jurisprudenciales dictados por la corte suprema de justicia es Argentina, los cuales han sido dictados en una diversidad de circunstancias relacionadas con una buena parte de las ramas del derecho, aunque muchos de ellos dictados en el ámbito del derecho civil: interpretación de los contratos, rescisión de



contratos, intereses, propiedad horizontal, teoría de la imprevisión, daños y perjuicios, etc.

La mayor parte de los códigos modernos que han consagrado fórmulas represivas del llamado abuso del derecho incluyen en su texto una mención a los fines sociales o económicos, a veces como único elemento que sirve para caracterizar el abuso, y en otros casos, unidos a elementos de carácter subjetivo.

Aunque el abuso del derecho es de un marcado matiz civilista, la figura del derecho ha trascendido, para encontrar aplicación en otras disciplinas normativas. Por ello es importante considerar que los últimos años se han caracterizado por un desmedido protagonismo del derecho penal.

Con respecto al derecho penal no se regula demasiado al respecto, y mucho menos en lo relativo a la reparación de los daños civiles ocasionados o producto de la comisión de un ilícito penal, por lo que se hace necesario aplicar supletoriamente lo que establecen al respecto las normas propias del derecho civil, aunque de hecho habrán situaciones que no se puedan resolver mediante estas normas jurídicas.

Se puede mencionar el caso de Venezuela, en este país se han establecido algunos señalamientos como por ejemplo el que indica que el ejercicio legítimo de un derecho, configura, desde el punto de vista penal, una circunstancia que exime la responsabilidad siempre que la conducta efectuada esté amparada por la necesidad de

ejercitar ese derecho, que no exista abuso o extralimitación en tal ejercicio, y que exista una proporcionalidad entre el resultado lesivo cometido y los medios del ejercicio del derecho.

En el ámbito penal el ejercicio de un derecho tiene un gran alcance mediante el ejercicio de acciones judiciales, a través de las garantías procesales, ejercitando los derechos constitucionales de ámbito penal.

Por otra parte, el Código Penal castiga el ejercicio ilegítimo de un derecho mediante el tipo delictivo de realización arbitraria del propio derecho en el que se engloba el supuesto de apoderarse con violencia o intimidación de una cosa perteneciente a su deudor para cobrarse con ella.

En esta definición del ejercicio del derecho, se observa que su acción debe estar debidamente fundamentada en la norma, de lo contrario es ilegítima y debe ser sancionada.

Debe guardar proporción con el agravio realizado, de tal forma que no implique un exceso que la ley pueda considerar como un abuso tanto en la proporcionalidad cuando se pretenda obtener bienes con valor superior al previamente establecido, así como en los procedimientos utilizados.

Por la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, es necesario que se cuiden de los excesos en el que las partes pueden incurrir al ejercitar sus respectivas acciones, ya que si la ley los reconoce con un fin justo y útil, puede suceder que en ciertas circunstancias se toman decisiones injustas, con graves consecuencias para el vencido.

3.4. Medios que puede utilizar el tercero civilmente demandado

La reparación del daño producto de un ilícito penal, ha resultado ser uno de los dilemas más difíciles y complejos que ostenta el derecho penal.

Puede decirse que son de igual valor el derecho del perjudicado a la obtención de una eficaz y rápida tutela efectiva de su pretensión resarcitoria, como el derecho del imputado a la defensa; defensa que incluye por ende, evitar o reprimir el abuso en la reclamación respectiva.

El tercero civilmente demandado puesto que también es responsable por los daños ocasionados por la comisión de un ilícito penal y por lo tanto obligado a la indemnización de los mismos, debe contar con ciertos mecanismos de defensa que la misma ley le conceda para evitar el abuso en la reclamación de dicha indemnización, los cuales podría ejercer conjunta o separadamente con la persona responsable de haber cometido el hecho delictivo.

Precisamente dentro de la legislación penal guatemalteca no se encuentra ninguna regulación acerca de estos mecanismos de los cuales se pueda valer este sujeto procesal.

Se le da más importancia a la víctima, lo cual no se discute, por ser el sujeto directamente afectado con la comisión del hecho delictivo, a quien la ley sí le proporciona ciertos medios para hacer valer su derecho y lograr la respectiva indemnización de parte del responsable, tal como se encuentra regulado en Código Procesal Penal donde se prevé que debe llevarse a cabo una audiencia de reparación digna, la cual tiene por fin exclusivo el de determinar mediante los respectivos medios probatorios los daños ocasionados a la víctima, la restitución del o de los derechos afectados y la indemnización correspondiente. Inclusive se le proporciona la opción de ejercer este derecho en la vía civil si es que el interesado no lo promovió en la vía penal.

En lo que respecta al tercero civilmente demandado ya que la legislación penal y procesal penal no le proporciona los medios necesarios de defensa en contra del abuso del derecho por parte de quien reclama la reparación de daños, podría contemplar por lo menos la facultad de este sujeto procesal de poder alegar dicho abuso dentro del proceso penal. Pero si ni siquiera se hace alusión de esta figura jurídica dentro de la legislación penal, es muy improbable que en el futuro se regule acerca de la misma en forma específica en lo relativo a la reparación de daños civiles originados por la comisión de un hecho delictivo.



Con respecto a la fijación del valor indemnizatorio ya que en, en algunos casos, es una cuestión reservada al libre arbitrio de los tribunales, es de gran importancia que los operadores de justicia al hacer la valoración de los medios de prueba aportados por la víctima, se percaten que la indemnización reclamada esté debidamente fundamentada y en se halle en proporción a los daños sufridos, de acuerdo a la naturaleza de éstos, y también tomando en cuenta la condición patrimonial del responsable.

Se debe atender a la posibilidad y capacidad de pago o, más bien, a las circunstancias personales y patrimoniales del culpable, y con ello lograr una fórmula de equilibrio entre los intereses del condenado y del perjudicado.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico doctrinario de la aplicación de la teoría del abuso del derecho a la reparación de daños civiles en el proceso penal guatemalteco

Una cuestión que siempre ha preocupado a los juristas es la de saber si los derechos subjetivos pueden ejercerse como el titular quiera, según su interés; o si por el contrario, en dicho ejercicio ha de atenderse a criterios que el propio ordenamiento deja en manos del juez, para evitar excesos, abusos o daños.

Es sabido que la respuesta a esa pregunta ha ido variando como consecuencia de los cambios filosóficos y políticos que a su vez repercutieron en las valoraciones jurídicas. Y es así que en el siglo XIX, caracterizado por ideas liberales y por el apego al texto de la ley, se propiciaba, un ejercicio libre de los derechos, sin restricciones ni más criterio que el que su titular quisiera imprimirle.

Los juristas liberales consideraban que sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del ser humano, y que no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el daño sufrido por terceros. El criterio individualista planteado muestra un derecho absoluto, sin ningún parámetro.

En el siglo XX, en el que vieron luz las ideas solidaristas que reaccionaron contra el imperante individualismo, la respuesta a la pregunta inicial varió, dando lugar a la



Y es así que en el siglo XIX, caracterizado por ideas liberales y por el apego al texto de la ley, se propiciaba, un ejercicio libre de los derechos, sin restricciones ni más criterio que el que su titular quisiera imprimirle.

Los juristas liberales consideraban que sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del ser humano, y que no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el daño sufrido por terceros. El criterio individualista planteado muestra un derecho absoluto, sin ningún parámetro.

En el siglo XX, en el que vieron luz las ideas solidaristas que reaccionaron contra el imperante individualismo, la respuesta a la pregunta inicial varió, dando lugar a la doctrina del abuso del derecho, según la cual los derechos subjetivos no son absolutos, sino que están limitados por los derechos y los justos intereses de los demás integrantes de la sociedad. Se destaca así que la solidaridad se perfila como un valor supremo. Hoy en día los derechos son ejercidos con determinado fin y esa es la naturaleza de su creación, contrario a los derechos absolutos, nace el derecho relativo.

Cuando una persona con dolo o negligencia, perjudica a otra, haciendo lo que la ley le prohíbe, u omitiendo realizar lo que algún precepto legal le ordena, comete un acto ilícito, comprometiendo en consecuencia, su responsabilidad. Esta era la doctrina consagrada por los Artículos 1382 y 1383 del Código de Napoleón, según las enseñanzas de sus grandes intérpretes y seguida por las legislaciones que se inspiraron en dicho código.

el abuso del derecho representa en la actualidad una figura de importancia relevante para la convivencia humana y para edificar una sociedad más justa.

Tiene que tomarse en cuenta que la interrogante planteada al principio de este tema es de carácter general, por referirse a todos los derechos y no a uno en particular.

El abuso del derecho nace por la necesidad y el vacío dentro del sistema jurídico que circunscribía el Código de Napoleón, principalmente por dos razones: en primer lugar, el formalismo legal en donde el juez figuraba como la voz que solo pronunciaba las normas y no tenía mayor relevancia su labor de ponderación. En segundo lugar, por la visión absoluta que en esa época se tenía del derecho de propiedad, que en la práctica se traduce como la permisión de los cursos de acción del propietario respecto a su propiedad de manera ilimitada, sin necesidad de ponderar en qué casos podría afectar intereses de terceros.

En relación a la expresión abuso de derecho, ésta ha sido ampliamente criticada, algunos estudiosos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error, mientras que otros señalan que se trataría, real y efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que refiere a su actuación, a su ejercicio.

La más extensa doctrina del abuso del derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos, de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines. A las personas se les reconocen

derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo. En consecuencia, su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer.

Para entender la figura del abuso del derecho se deben tener conceptos claros de lo que es el derecho y lo que persigue con su aplicación. No entenderán la figura del abuso del derecho los que piensen que el derecho es solo la norma omitiendo aspectos básicos de su esencia como ser la realidad social y económica, los valores a los que responde y que se está llamado a respetar.

Existen variadas posiciones acerca de la naturaleza jurídica del abuso del derecho. Tradicionalmente ha sido considerado como un aspecto de la responsabilidad civil, aunque en la actualidad predomina el criterio de que se trata de un principio general del derecho.

Existen diferencias sustanciales entre el derecho y su ejercicio. La mayor parte de las normas positivas no suelen fijar un límite preciso a su ejercicio, ante lo cual el abuso del derecho indica que por encima de la interpretación literal de la norma, debe prevalecer su interpretación teleológica o finalista.

A través del abuso del derecho puede afirmarse que una determinada conducta es abusiva, y por ello misma ilícita, pese a que se mantenga dentro de los límites formales



de la ley. Con el daño surge la responsabilidad de reparar a quien se le ha perjudicado injustamente por el ejercicio de un derecho.

Es entonces que la teoría del abuso del derecho propone poner freno o límites en el ejercicio de una facultad jurídica que cause o pueda causar daño a terceros de manera injustificada.

Con respecto a la teoría del abuso del derecho la doctrina y la jurisprudencia exhiben marcadas diferencias en torno a algunos de sus aspectos centrales; sin embargo, negar o rechazar la teoría, sería equivalente a permitir que se dañe al prójimo al amparo de la ley y a pretexto de que el acto realizado se encuadra aparentemente en las facultades que ella confiere.

Lo anterior, porque muchas veces, detrás de un acto en apariencia conforme a la ley, se oculta un fraude a la misma, un propósito doloso.

Cerrar los ojos a esta evidencia en nombre de su conformidad supuesta con el texto escueto de la ley, no es hacer justicia, sino por el contrario, amparar la mala fe.

El abuso del derecho como figura o institución jurídica, no ha sido aún plenamente definido uniformemente por la doctrina, pues al respecto existen diversas teorías y concepciones que la clasifican o la naturalizan de variadas maneras.

Esta incertidumbre de la figura, es en parte debido a que no se tiene claro el concepto de lo que es un derecho subjetivo ya que se limita su alcance, ni tampoco se ha definido cuáles son los límites a partir de los cuales ya se podría hablar de un abuso.

Actualmente hacer reflexiones sobre el abuso del derecho teniendo a la vista los textos legales, se debe a una larga evolución doctrinal y jurisprudencial. El paso que hay desde el aforismo romano a la admisión plena de la teoría del abuso como correctivo del ejercicio de los derechos, obedece a la progresiva socialización del derecho, en la que han jugado factores determinantes como la eliminación o al menos reducción del individualismo, el surgimiento de los paliativos que imponen restricciones a los derechos considerados tradicionalmente como absolutos, la mayor necesidad de colaboración entre todos los miembros de las comunidades políticas en relación con los derechos que, detentados por ellos, pueden repercutir en sus economías y las modificaciones que las tesis marxista y socialista han impuesto o se han acogido a los sistemas capitalistas para la adaptación de los mismos a las condiciones de la vida moderna.

Y como siempre ocurre en el mundo de lo jurídico, han sido, en primer lugar, los estudiosos y, seguidamente, la jurisprudencia los que, haciéndose eco de las reformas que reclamaba insistentemente la mencionada socialización han consagrado una de sus manifestaciones más interesantes: la doctrina del abuso del derecho.



Al hacer una aproximación al derecho comparado, los ordenamientos jurídicos han ido incorporando paulatinamente al abuso del derecho en sus legislaciones. Es así como desde el año 1900 se comenzó a incorporar la condena del abuso del derecho en numerosos ordenamientos.

Algunos lo hicieron acertadamente en la parte general o título preliminar como Suiza, España, Portugal, Perú y Brasil. Es interesante hacer notar que España, además de la indemnización, contempla la posibilidad de adoptar medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia del abuso. Perú va más allá y establece la posibilidad de prevenir el ejercicio abusivo del derecho al permitir que el interesado pueda solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Aunque se haya normado en los distintos códigos civiles, la realidad es que la prohibición del abuso del derecho constituye un principio general del derecho que, por tanto, tiene capacidad expansiva en todas las ramas del derecho. Por tanto, la ilegitimidad del abuso del derecho tiene carácter general y es de observancia en cualesquiera disciplinas jurídicas.

Ahora bien, el valor general del principio no significa que su utilización pueda ser indiscriminada en cualesquiera circunstancias y condiciones. En efecto, si se atiende a la jurisprudencia más reciente, llama la atención la gran cantidad de resoluciones judiciales en las que se descarta la aplicación de la regla ante el abuso existente en la



utilización del recurso al abuso del derecho por parte de los litigantes en todo tipo de proceso.

La teoría del abuso del derecho, a pesar de los cuestionamientos, críticas y objeciones que ha tenido que afrontar, ha logrado tener aceptación general en la doctrina, en los ordenamientos jurídicos positivos y así mismo la jurisprudencia ha ido puliendo y desarrollando esta figura. Se dice al respecto que las imprecisiones y dudas que aún hoy en día subsisten en torno a la naturaleza y a los criterios para su determinación, no han impedido que se constituya como un principio general admitido en el derecho actual y, por ende, de común aplicación jurisprudencial.

Analizada ampliamente la definición de la teoría del abuso del derecho, su evolución histórica y cómo se ha ido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, se concluye que es un tanto imposible que pueda llegar a alcanzar en los tiempos modernos una mayor precisión e independencia jurídica, sin apartarse de sus orígenes.

Es al juez a quien le corresponde dilucidar minuciosamente la existencia o no de la figura en cuestión. Así, el juez dentro de sus conocimientos y sana crítica, debe evaluar cada situación, en su contexto, sus personas y circunstancias, y delimitar y establecer cuándo se estaría configurando un abuso de derecho. Su aplicación moderada dependerá del instinto de equidad de justicia que aplica la judicatura, o dicho de otro modo, de su fina intuición de lo justo.



El juez es factor indispensable para intervenir en aquellos casos en que hay conductas desleales de las partes o conductas que causan agravios y afecten la correcta administración de justicia. Es una especie de filtro, pues es este quien determina si existen o no abusos, y así impedir y reprimir éstos.

El abuso del derecho debe llegar a ser un instrumento del cual se valga el operador de justicia para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.

Si bien la teoría del abuso del derecho es de tinte civilista y casi la totalidad de ordenamientos jurídicos la han consagrado dentro de su derecho positivo de forma exclusiva en el derecho de propiedad, ello no implica que no pueda ser aplicada en otras ramas del derecho como lo es el derecho penal.

El abuso del derecho en Guatemala, se encuentra consagrado en su derecho positivo, aunque de una manera bastante general. Ya se analizó con anterioridad el contexto normativo sobre la regulación de esta figura jurídica y quedó establecido que los únicos cuerpos normativos que la estipulan son la Ley del Organismo Judicial y el Código Civil.



Dentro de la legislación penal no se encuentra ninguna regulación relacionada al abuso del derecho. Y con respecto al abuso en la reparación de daños civiles tampoco se hace mención ni en la legislación penal ni en la legislación procesal penal.

En primer lugar, se debe entender que, al igual que muchos países del mundo, Guatemala cuenta con un ordenamiento jurídico que establece que todas las personas son libres y que además disponen de un conjunto de derechos subjetivos. Por tanto, los ciudadanos pueden actuar de la manera que mejor les parezca, siempre y cuando no vayan más allá de los límites establecidos por el mismo ordenamiento jurídico que los declara libres; pues si se extralimitan, se encontrarán en el campo de lo ilícito.

Por su parte, alegar abuso de derecho en la reparación de daños civiles dentro del proceso penal por parte de la persona obligada a indemnizarlos es una tarea un tanto complicada, ya que no es fácilmente determinable esa intención del perjudicado de exigir dicha indemnización en forma exorbitante. Poner en evidencia esa finalidad nociva del que reclama la indemnización de los perjuicios ocasionados a su persona o bienes a causa de un ilícito penal, y sobretodo determinar que se está ejerciendo en forma abusiva el derecho que la ley le concede se hace difícil para el responsable de la reparación, y más que todo por la posición que ocupa dentro del proceso.

Claramente la intención de dañar, a menos que la ley la presuma, debe ser acreditada por quien la alega. La persona interesada en que se sancione a otra por haber obrado abusivamente debe probar los elementos que configuran el abuso del derecho, y es



aquí donde radica la dificultad para el que pretende probarlo. Puede también exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir dicho abuso. Y es aquí en donde la labor del juez es de suma importancia.

Un importante rol juegan los jueces, ya que ellos son finalmente los encargados de fijar el valor indemnizatorio que deberá satisfacer el responsable civilmente por la comisión del hecho delictivo, recordando que son los medios de prueba que aporta la víctima o perjudicado los que constituirán la base para dicha fijación.

El operador de justicia deberá hacer una valoración completa para determinar si lo reclamado no responde a intereses excesivos por parte de la víctima. Entre estos medios de prueba que el juez o tribunal deben valorar se encuentran las facturas de hospitalización, gastos funerarios, certificaciones médicas, constancias de trabajo donde se establezcan el tiempo y salario devengado hasta el momento del delito, declaraciones testimoniales, exámenes psicológicos o psiquiátricos y similares, entre otros.

El conferirle el derecho al responsable civilmente de poder alegar abuso en la reclamación resarcitoria, no significa que quiera coartarse ni muchos menos negar el derecho a la reparación a la víctima, sino que se pretende evitar una reclamación exorbitante que únicamente responda a intereses personales del que sufre el daño, es decir, que su reclamación esté fundamentada y sea en proporción de los daños sufridos.

No se pretende que el juez desconozca el valor de los derechos subjetivos que pertenecen a la víctima, pero no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para que el titular de los derechos pueda ejercerlos en cualquier dirección, aún con un signo nocivo, o sin interés para él.

Es así como se estima que dentro de la legislación penal y más que todo en las normas procesales debiera de incluirse la figura del abuso del derecho; y en específico también debiera de incluirse la facultad del responsable de la reparación de los daños ocasionados a la víctima de alegar abuso de ésta en dicha acción resarcitoria.

La aplicación del abuso del derecho en la práctica judicial aún es tímida e incipiente. Una razón podría ser que dentro de la función judicial se tuviera el viejo recelo al uso de cláusulas generales y un apasionamiento excesivo al formalismo que tanto daño le hace al mundo del derecho.

El sentido de justicia no permite ignorar los casos de abuso del derecho. El hombre no vive aislado, está inserto en una sociedad, donde sus actos pueden provocar daños a los demás. Por lo tanto, no se puede amparar en el ejercicio de un derecho para causar daño.



La legislación confiere derechos a las personas para que ellas los usen y no para que abusen de ellos. El abuso del derecho es de vastísima aplicación y puede ser de mucha utilidad como fundamento en todas las áreas del derecho.





CONCLUSIONES

1. En la actualidad en la legislación penal y procesal penal guatemalteca no existe la regulación de la figura del abuso del derecho ni siquiera en forma general. Y en cuanto a la reparación de daños civiles dentro del proceso penal, la ley no le proporciona al responsable de la reparación el derecho de poder alegar abuso de derecho en el ejercicio de la acción resarcitoria.
2. El otorgamiento del derecho al responsable de la reparación de alegar abuso de derecho por parte del perjudicado al ejercer la acción resarcitoria dentro de la legislación penal, no significa desconocer el derecho que le corresponde a éste último, sino solamente robustecer el derecho de defensa del obligado civilmente.
3. El rol que desempeña el juez al momento de fijar el valor indemnizatorio es de gran importancia, ya que finalmente es éste el encargado de valorar los medios con los que se acredita dicha indemnización y así mismo verificar que el monto reclamado sea proporcional a los daños sufridos por el perjudicado y no de forma excesiva.





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Organismo Legislativo, realice una reforma al Código Procesal Penal, en donde se incluya como mínimo una regulación general acerca del abuso del derecho y en particular, se establezca esta figura pero aplicada a la reparación de daños civiles dentro del proceso penal, proporcionándole al responsable de la reparación la facultad de alegar extralimitación en el ejercicio del derecho a la indemnización.
2. Que el Organismo Judicial a través de los diferentes juzgados penales, reconozca la importancia de robustecer el derecho de defensa del responsable de la reparación al otorgársele la facultad de alegar abuso de derecho en el ejercicio de la acción resarcitoria por parte del perjudicado por la comisión del ilícito penal.
3. Que el Organismo Judicial, a través de las distintas judicaturas tome en cuenta la importancia del rol que desempeña cada juez en el momento de fijar el valor indemnizatorio que le corresponde al perjudicado por la comisión de un hecho delictivo, el cual deberá verificarse que sea en proporción a los daños sufridos y no en forma exorbitante.





BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. **Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología**. Madrid, España: Ed. La Ley, 1993.
- BORDA, Guillermo. **Tratado de derecho civil, parte general I**. Buenos Aires, Argentina: Edit. Perrot, 1976.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. T. I y II. 14^a. ed. Buenos Aires, Argentina: Edit. Heliasta, S.R.L., 1979.
- COREA VILLEDA DE BATTÉN, Rosa Amelia. **El daño**. Revista jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, sistema de pos-grado, maestría en derecho civil y procesal civil, Universidad de San Carlos de Guatemala, junio de 2003.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3^a. ed. Buenos Aires, Argentina: Edit. Depalma. 1993.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Código Civil comentado**. Tomo I. 1^a. ed. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, 2003.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. Vol. 1^o. 3^a. ed. Barcelona, España: Editorial Labor, S.A., 1960.
- FERNÁNDEZ, SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992.
- GHESTIN Y GOUBEUX. **Tratado de derecho civil, introducción general**. París: Edit. GDJ, 1982.
- GUZMÁN FERRER, Fernando. **Código Civil – Anotaciones, concordancias, exposición de motivos, comentarios, doctrina y jurisprudencia**. Tomo I. 2^a. ed. Lima, Perú, 1971.



JOSSERAND, Louis. **Del abuso del derecho y otros ensayos**. Bogotá, Colombia: Edit. Temis, 1999.

LEON, Pedro. **Abuso de derecho**. Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Edit. Driskill, 1989

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal Penal**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa – América, 1963.

MAZEUD Henri, León y Tunc Andre. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Argentina: Ediciones Europa-América, 1993.

NÚÑEZ, Ricardo. **La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal**. Buenos Aires, Argentina: Edit. Bibliográfica Argentina, 1948.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. **Abuso de derecho**. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2010.

RIPERT George y Marcel Planiol. **Tratado práctico del derecho civil francés**. La Habana, Cuba: Edit. Cultural, 1936.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. **El abuso del derecho y el abuso circunstancial**. Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile, 1999.

STARCK, Boris. **Obligaciones, responsabilidad delictual**. París, Francia: Editorial De la Cour de Cassation, 1991.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. **Derecho civil, parte general**. Lima, Perú: Editorial Cuzco, 1991.

WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo - Perrot, 1969.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, 1989.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso del República de Guatemala, Decreto 51-92, 1992.