

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

**LA NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO MÍNIMO DE RESIDENCIA TEMPORAL
A LOS EXTRANJEROS PARA INICIAR UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL
REGISTRO MERCANTIL Y LA VIOLACION A LOS DERECHOS LABORALES**

JOSUÉ MICAÍAS DE LEÓN SANTOS

GUATEMALA, JULIO 2017

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

**LA NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO MÍNIMO DE RESIDENCIA TEMPORAL
A LOS EXTRANJEROS PARA INICIAR UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL
REGISTRO MERCANTIL Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSUÉ MICAÍAS DE LEÓN SANTOS

Previa a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Fredy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE

Presidente: Licda. Crista Ruíz Castillo de Juárez
Vocal: Lic. Guillermo Alfredo Hernández Escobar
Secretario: Lic. Edgar Mauricio García Rivera

SEGUNDA FASE

Presidente: Lic. Rudy Federico Escobar Villagrán
Vocal: Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Secretario: Licda. Dora Renee Cruz Navas

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).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de junio del año dos mil doce.

ASUNTO: JOSUÉ MICAÍAS DE LEÓN SANTOS, CARNÉ NO. 200440984, Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 153-12.

TEMA: "LA NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO MÍNIMO DE RESIDENCIA TEMPORAL A LOS EXTRANJEROS PARA INICIAR UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL REGISTRO MERCANTIL Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): Hector Juventino Navarro De León, Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 3655.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Dr. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

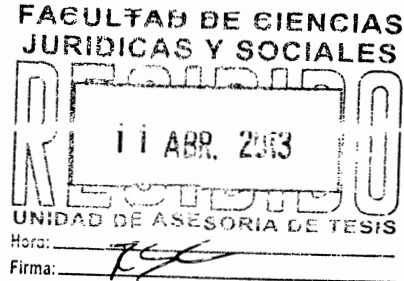
Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CEHR/aefg

LICENCIADO HÉCTOR JUVENTINO NAVARRO DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3655
9ª calle 4-37 zona 1 San Marcos
TELEFONO: 5592-9283



Guatemala, 4 de Marzo de 2013.

DOCTOR
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SU DESPACHO.



Estimado Doctor:

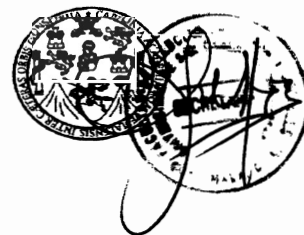
De conformidad con la resolución de fecha 21 de junio de 2012, dictada por el Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos, en la que se me nombra como Asesor del tema de tesis intitulado: "LA NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO MÍNIMO DE RESIDENCIA TEMPORAL A LOS EXTRANJEROS PARA INICIAR UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL REGISTRO MERCANTIL Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES", presentada por el Bachiller Josué Micaías de León Santos, y apegado al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Universidad de San Carlos de Guatemala, me permito hacer las siguientes observaciones.

El tema propuesto por el futuro profesional es de importancia dentro del contexto jurídico guatemalteco, por lo cual se procedió a realizar un análisis doctrinario y jurídico de los siguientes aspectos, a saber:

- 1) el contenido técnico y científico del trabajo de tesis es, a mi parecer, pertinente y acorde a la temática propuesta por el estudiante, pues el fenómeno descrito se presenta muy a menudo dentro de la sociedad guatemalteca, lo que hace necesaria su investigación con el objeto de no desproteger a la población económicamente activa;
- 2) la metodología científica propuesta es acorde a los requerimientos necesarios para la realización de un trabajo de investigación de tesis ya que se utilizaron los métodos adecuados según sus características particulares;
- 3) las técnicas de investigación utilizadas fueron las más idóneas ya que con ellas se recopiló la bibliografía pertinente y la información precisa;

LICENCIADO
HÉCTOR JUVENTINO NAVARRO DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. No. 3,655

LICENCIADO HÉCTOR JUVENTINO NAVARRO DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3655
9ª calle 4-37 zona 1 San Marcos
TELEFONO: 5592-9283



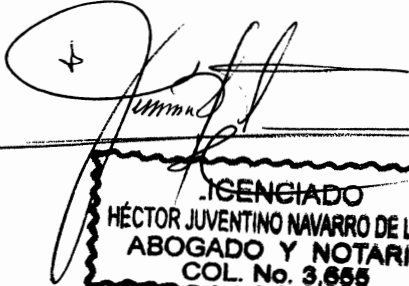
4) la redacción en el cuerpo de la investigación me parece coherente y guarda lógica, la misma es directa y relacionada al tema, además se hizo uso del lenguaje técnico apropiado, con lo que el futuro profesional se hace entender de una manera clara y sencilla, sin perder su elegancia;

5) por medio de un análisis concienzudo se demostró dentro del cuerpo de la investigación que el contenido de la hipótesis es acertado, lo cual es la mayor aportación científica del presente trabajo de tesis ya que requiere de una reforma a la legislación correspondiente;

6) las conclusiones y recomendaciones a las que arribó el futuro profesional son acertadas y válidas, por lo que deberán ser tomadas en consideración; y

7) siendo que la bibliografía utilizada es coherente, y que se acataron los cambios y mejoras sugeridas por mi persona, me permito APROBAR Y EMITIR EL DICTAMEN FAVORABLE del presente trabajo de tesis del Bachiller Josué Micaías De León Santos.

Sin otro particular, me suscribo de Usted deferentemente.



LICENCIADO
HÉCTOR JUVENTINO NAVARRO DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. No. 3,655



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

[Handwritten signature]
 SECRETARIA
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de mayo de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSUÉ MICAÍAS DE LEÓN SANTOS, titulado LA NECESIDAD DEL REQUERIMIENTO MÍNIMO DE RESIDENCIA TEMPORAL A LOS EXTRANJEROS PARA INICIAR UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL REGISTRO MERCANTIL Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/srfs.

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
 Lic. Daniel Mauricio Tejeda Avestas
 Secretario Académico
 SECRETARIA
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.

[Handwritten signature]
 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 DECANATO
 GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Padre Celestial gracias por darme la vida y la bendición de alcanzar este triunfo, eres la fuente de sabiduría, sea a tí toda honra y gloria.
- A MIS PADRES:** Joel de León y Erica Santos, quienes me enseñaron que las cosas que más cuestan son las que más se disfrutan, gracias por todo el apoyo incondicional, este triunfo también es de ustedes.
- A MI ESPOSA:** Ismari Escobar. Por apoyarme desde el momento en que te conocí, gracias por tu comprensión en los momentos difíciles y por todo tu amor.
- A MIS HIJAS:** Galilea Fernanda y Sofía Belén, por ser los mas grande motivos que me llevan a culminar esta meta que un día inicié.
- A MIS HERMANOS:** Como ejemplo que con dedicación y esfuerzo y sobre todo con la bendición de Dios se alcanzan las metas.
- A MIS ABUELOS:** Gracias porque siempre me llevaron en sus oraciones, y por su apoyo brindado en todo momento, es una bendición de Dios compartir este momento con ustedes.
- A MIS FAMILIARES
EN GENERAL:** Muchas gracias por sus consejos y por compartir conmigo este momento tan especial
- A MIS AMIGOS:** Todos aquellos de los cuales he aprendido mucho y seguiré aprendiendo. Gracias por todo lo que hemos compartido.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y constitucionalismo.....	1
1.1. El derecho constitucional.....	1
1.1.1. Objeto del derecho constitucional.....	3
1.1.2. Principios del derecho constitucional.....	3
1.2. El constitucionalismo.....	8

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil.....	11
2.1. Antecedentes como rama del derecho en general.....	12
2.2. Naturaleza dicotómica del derecho mercantil.....	14
2.3. Características del derecho mercantil.....	15
2.4. Principios del derecho mercantil.....	22
2.5. Obligados a inscribirse en el Registro Mercantil.....	27
2.5.1. Comerciantes individuales.....	27
2.5.2. Sociedades mercantiles.....	29
2.5.3. Empresas o establecimientos mercantiles.....	30
2.5.4. Hechos y relaciones jurídicas.....	32
2.5.5. Auxiliares de comercio.....	35
2.6. Límites para el ejercicio del comercio según la legislación guatemalteca.....	36
2.7. Situación de los extranjeros.....	39

CAPÍTULO III

3. El derecho del trabajo.....	43
3.1. Etapas del desarrollo del derecho del trabajo.....	45



	Pág.
3.2. Clasificación del derecho del trabajo	47
3.2.1. Derecho individual del trabajo	47
3.2.2. Derecho colectivo del trabajo	48
3.3. Principios del derecho del trabajo	50
3.4. Fuentes del derecho del trabajo	59
3.5. Derechos y obligaciones que nacen del contrato individual de trabajo	61

CAPÍTULO IV

4. El derecho migratorio	67
4.1. Antecedentes del derecho migratorio	69
4.2. La nacionalidad	73
4.3. Formas de obtener la nacionalidad	75
4.4. Ciudadanía	79
4.5. La condición de extranjero dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco	82
4.6. Tipos de visa que otorga el Estado de Guatemala a los extranjeros	83
4.7. Visas para religiosos, de negocios, de cortesía, oficial y diplomática	87
4.8. Países que necesitan una visa consultada en Guatemala	89
4.9. Derechos de los residentes temporales	90
4.10. Derechos de los residentes permanentes	91
4.11. Análisis jurídico de la necesidad del requerimiento mínimo de residencia temporal en el Registro Mercantil de la República de Guatemala a extranjeros que inician una empresa individual	92
CONCLUSIONES	99
RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	103



INTRODUCCIÓN

En la República de Guatemala, la entidad encargada de regular todo lo relacionado con las actividades comerciales y lo referente a los comerciantes y sus obligaciones, es el Registro Mercantil de la República de Guatemala y la ley de tipo ordinario que regula todos esos rubros, es el Código de Comercio.

La problemática investigada consistió, en demostrar que en Guatemala no se exige como requisito indispensable que el extranjero que desee ejercer el comercio de manera individual e iniciar una empresa individual ante el Registro Mercantil de la República de Guatemala, demuestre ser residente temporal o residente permanente. Contradictoriamente debe presentar los mismos requisitos que los solicitantes guatemaltecos; si bien es cierto que, el Estado de Guatemala debe ser respetuoso de la libertad de industria, comercio y trabajo, desde la perspectiva de los derechos laborales de los trabajadores, dicho aspecto es una desventaja al momento de que los patronos extranjeros, que no son residentes, temporales o permanentes, tengan que responder ante un proceso ordinario laboral, pues no existe ningún tipo de garantía ante las resultas de dicho proceso, a diferencia de que si existiera un proceso de residencia en el que se tuvo que constituir un garante, sea individual, persona jurídica o una entidad u organismo internacional o nacional.

Se comprobó la hipótesis planteada, al demostrar que no se requiere el inicio del trámite de residencia temporal a un extranjero que solicita la apertura de una empresa individual. Lo anterior expone a los trabajadores de dicho extranjero, que los derechos laborales, les serán violentados, limitados o conculcados, sobre todo para la sustanciación de un juicio ordinario laboral, pues el extranjero no tiene ningún tipo de arraigo en el territorio nacional, hipótesis que fue comprobada en forma contundente.



El objetivo primordial de la presente investigación fue el de analizar la necesidad del requisito mínimo de la residencia temporal a los extranjeros que deseen ejercer el comercio de forma individual y la necesidad de la constitución de la figura del garante.

La investigación se dividió en cuatro capítulos de la siguiente manera: El primero, trata sobre el derecho constitucional y al constitucionalismo; el segundo, desarrolla lo relacionado con el derecho mercantil; el tercero, expone lo referente al derecho del trabajo; el cuarto, se refiere al derecho migratorio con el objeto de realzar la diferencia entre las personas consideradas nacionales y los extranjeros, la forma de obtener la nacionalidad, la condición del extranjero ante el ordenamiento jurídico guatemalteco y un análisis de la necesidad de requerir como mínimo el trámite de la residencia temporal para asegurar los derechos laborales de los trabajadores.

Dentro de la metodología se utilizó el método analítico para realizar un análisis de los diferentes derechos, garantías y principios que pudieran influir en la problemática propuesta; el método sintético se utilizó en la confección de los temas y subtemas; y se hizo uso del método deductivo para la confección de las conclusiones y recomendaciones. En relación a las técnicas de investigación, se hizo uso de las fichas bibliográficas, que sirvieron para ordenar y recopilar la bibliografía pertinente; se hizo uso de las fichas de trabajo que sirvieron para ordenar y clasificar la información obtenida de las fuentes bibliográficas.

Finalmente, se trata de coadyuvar al respeto de los derechos que con ocasión de los conflictos entre el capital y el trabajo se presentan y por medio de la prevención, evitar posteriores daños a la ya frágil economía nacional y personal de los guatemaltecos.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y constitucionalismo

El presente capítulo versa sobre lo referente al derecho constitucional y a la corriente filosófica denominada constitucionalismo, debido a que a partir del inicio de ambos, los derechos de las personas comenzaron a ser reconocidos como inherentes a las personas humanas, es decir, ya no debían ser otorgados por los Estados, sino solamente reconocidos debido a que no dependían de éste último, sino de la naturaleza intrínseca del ser humano.

“El derecho constitucional, es una disciplina autónoma con una fuerte relación e interacción con la ciencia política. Otros la consideran como una disciplina científica que es parte integrante de la ciencia política. Lo cierto es que la ciencia política tiene por objeto el estudio del poder político y las diversas manifestaciones del poder que se dan en una sociedad. Trata de establecer las causas y condicionamientos del fenómeno del poder, y, en ese sentido, determina el contenido del Derecho Constitucional.”¹

1.1. El derecho constitucional

“El derecho constitucional es la rama del derecho público que estudia la organización del Estado y su funcionamiento; es el sector del mundo jurídico que se ocupa de la organización fundamental del Estado; es la rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos, y las instituciones que los garantizan; por su propia

¹ Sierra González, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Pág. 17



naturaleza, es parte de la expresión y reconocimiento de sus conquistas, de sus anhelos, de sus aspiraciones realizadas.”²

Es el aliento jurídico de un pueblo, la expresión más alta de su dignidad cívica, el complejo más íntimo de su historia.

Se encarga del estudio de la organización del Estado, de la esfera de competencia de sus autoridades, de los derechos del hombre frente a aquél y del sistema que garantice la realización de esos derechos.

Es el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, determinan los principios a los que debe ajustarse su funcionamiento y señalan las garantías y derechos de que están asistidos todos los miembros de la comunidad política

El derecho constitucional se presenta, entonces, como una rama del derecho público que busca sentar las bases teóricas y los principios informadores, ideológicos y dogmáticos de un ordenamiento jurídico, visualizado como un todo, como un conjunto, el cual busca producir un orden, provocar una coordinación entre todas las leyes que lo conforman.

Permite el reconocimiento de los derechos inherentes a las personas por medio de la promulgación de que a ellas les está permitido hacer todo aquello que la legislación no prohíbe, a través de limitar el ejercicio del poder público cuando se regula que los empleados o funcionarios públicos solamente pueden realizar aquello que la ley les admite hacer.

² Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. **Derecho constitucional**. Pág. 5



1.1.1. Objeto del derecho constitucional

El objeto o fin del derecho constitucional es, la salvaguarda del estado de derecho, entendiéndose el mismo como la entera sumisión del aparato estatal, esto es, de todos los poderes que lo conforman.

Deben obediencia las autoridades civiles y militares y la población en general, a la Constitución Política de la República de Guatemala, a las leyes ordinarias emanadas del Congreso de la República o debidamente reconocidas como tal, a las normas de carácter reglamentario y, por consiguiente, a las normas individualizadas para lograr el objetivo del bien común.

1.1.2. Principios del derecho constitucional

Principio es buscar la causa primitiva o primera de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo. Cualquiera de las primeras proposiciones o verdades por donde se empiezan a estudiar las facultades, y son los rudimentos y fundamentos de ellas.

“Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o por aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.”³

Es un postulado ideológico y dogmático que sirve de guía en aquellos momentos en que una materia, en este caso, el derecho constitucional, no previó cómo actuar frente a

³ Tomas, Moro. A. **Diccionario de la Real Academia Española**. Pág. 1104



una situación determinada, sin embargo, los principios responden a esas dudas que surgen cuando existen lagunas legales.

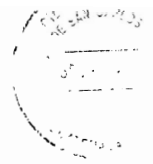
a) De supremacía constitucional

Este principio es fundamental dentro del derecho constitucional, ya que coloca a la norma que emana de una constitución, como norma preeminente dentro de un ordenamiento jurídico.

Coloca a la constitución, tomando como base el modelo kelsiano de la pirámide, en la cúspide, y todos los demás cuerpos legales, subordinados a ella.

El ordenamiento jurídico de una nación es un conjunto de normas que se encuentran en estrecha relación las unas con las otras, dichas relaciones son de supra o de subordinación, y todas estas relaciones tienen un límite o tope, tanto para arriba como para abajo, y en el caso de la constitución, ella es el tope de arriba, sobre ella no existe nada más, por lo tanto, ninguna otra ley que se encuentre supeditada podrá contrariar o contradecir lo que la norma jerárquicamente mayor dicte.

En el modelo mencionado, se encuentran varios tipos de normas, a saber, como se mencionó anteriormente, la cúspide o el tope superior son las normas constitucionales, las inmediatas inferiores son las normas de tipo ordinarias, las siguientes son las de tipo reglamentarias y por último las normas individualizadas; en una estructura legal de normas en perfecta concordancia, las normas inferiores no podrán ser contrarias a las superiores.



El Artículo 44 del Constitución Política de la República preceptúa: “Son nulas de pleno derecho las leyes y disposiciones de cualquier tipo, sobre todo las gubernativas que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”

b) De control

El principio de control se encuentra íntimamente ligado o relacionado al anterior, porque no es suficiente afirmar la supremacía constitucional, pero sí es necesario garantizar de manera efectiva que dicho principio sea llevado a la práctica, ya que sin esa garantía la norma constitucional no tendría ningún valor.

Se dota al ordenamiento jurídico constitucional de los mecanismos y procedimientos para someter los actos gubernativos y a la demás legislación a la supremacía constitucional.

c) De limitación

Las libertades y derechos consagrados dentro de un texto constitucional son relativos, es decir que, la Constitución reconoce dichos derechos y libertades, pero lo hace de forma parcial, no total, los mismos deberán de ser limitados ya que su ejercicio desmedido puede provocar la violación de los derechos de otros ciudadanos.

La Constitución Política, es un convencionalismo al que han llegado ciertos grupos de poder, dependiendo de su régimen político y de gobierno, los derechos y libertades se tienen que limitar y reglamentar con el fin de que todas las personas puedan acceder a ellos de manera equitativa.



“Es contradictorio hablar de limitar las libertades y los derechos dentro de un contexto jurídico, pero eso garantiza que, conceptos como libertad, igualdad y justicia, puedan ser practicados en igualdad de condiciones o por personas de la misma condición, pero como eso no es posible, debido a que existen personas que tienen más fuerza o poder, recursos o influencias, más que otros, se deberá acudir a una instancia que abarque y sobrepase las fuerzas de todos los habitantes, en otras palabras el Estado, el cual será el ente encargado de velar por que todos los habitantes ejerzan esos derechos y libertades en igualdad de condiciones, por lo que deberá limitar dicha práctica, para que hasta el más débil pueda hacerlo.”⁴

d) De razonabilidad

Es el límite en donde el Estado puede utilizar el principio anterior, el derecho constitucional impone límites al ejercicio del poder público, sea en su manifestación de ius puniendi o cualquier otro tipo, lo que representa un juego de frenos y contrapesos que deberán equilibrarse.

“Para que el Estado de derecho se mantenga, en total sumisión del aparato estatal, de los órganos extra-poder y de la población en general, al ordenamiento jurídico vigente. Entonces el principio de razonabilidad restringe el campo de acción o de competencia en la ejecución del poder público que ejerce, por ejemplo, se menciona a los funcionarios públicos.”⁵

⁴ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. **Ob. Cit.** Pág. 13

⁵ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. **Ibid.** Pág. 5



e) De funcionalidad

Establece las condiciones de funciones y funcionamiento del aparato estatal dentro de la administración pública, partiendo de la división de poderes o de la distribución de competencia, herencia del tipo de gobierno republicano, con el objeto de impedir la concentración del poder en una sola persona.

Existen varias formas de aplicación del presente principio, entre las que destacan la separación o división de poderes, la cooperación y el no bloqueo entre los poderes.

Lo que convierte a este principio en un factor equilibrante dentro de las funciones gubernativas, en la división de poderes en la triada típica de poderes u organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, funciones o competencias que se encuentran delimitadas y especificadas en el texto constitucional.

f) De estabilidad

El presente principio busca encontrar un término medio, un punto de equilibrio, para que el texto constitucional y sus efectos prevalezcan en el tiempo y el espacio, además para que no se vean amenazados, dotando a la misma constitución de ciertos mecanismos o instituciones de defensa del Estado de derecho, tal es el caso de reformas a la Constitución.

En Guatemala, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala el 14 de enero de 1985, se crean algunas instituciones con la finalidad de proteger la estabilidad constitucional, las cuales son, a saber, la Corte de



Constitucionalidad, encargada de velar por preservar el orden constitucional; el Tribunal Supremo Electoral, entidad máxima en relación a la temática electoral; y la figura del Ombudsman, o Procurador de los Derechos Humanos.

Se dota a la Corte de Constitucionalidad de ciertas facultades para dejar sin efecto resoluciones y disposiciones que son emitidas por otros órganos jurisdiccionales y aún de leyes de observancia general, sea de forma parcial o total, convirtiéndole en lo que se ha denominado legislador negativo, porque su función básica sería la de anular el efecto jurídico de una manifestación de otro órgano de la administración de justicia.

Se puede observar en la rigidez o falta de ella para someter a reformas a una Constitución, la Constitución Política de la República de Guatemala posee las características de una constitución mixta, ya que tiene partes de constituciones rígidas y flexibles, es decir, con partes que pueden ser modificadas y otras partes que no.

1.2. El constitucionalismo

“El derecho constitucional es una consecuencia lógica y directa del movimiento constitucionalista de los siglos XVIII y XIX radicado en Europa occidental y, en América, con la independencia de las tierras conquistadas y colonizadas, sin embargo, no son éstas las únicas causas del movimiento filosófico-político que desembocara en el derecho constitucional.”⁶

La independencia de los Estados Unidos del gobierno del Rey Jorge III de la Gran Bretaña el 4 de julio de 1776 fue uno de los acontecimientos que marcó el derrotero del

⁶ Sierra González, José Arturo. *Ob. Cit.* Pág. 26



constitucionalismo y, por consiguiente, el aparecimiento del Derecho Constitucional, pues “las colonias inglesas de Norteamérica, celosas de sus derechos, discutieron y rechazaron los impuestos excesivos e injustos decretados por el gobierno de Londres, sobre todo, el que recaía sobre el té, y el mismo que había dado origen al violento episodio de Boston, en el que unos patriotas disfrazados de indios, incendiaron varios barcos ingleses cargados de tal hoja”⁷.

En 1789 se desarrollaría un acontecimiento histórico, que se gestaba en el seno del pueblo francés desde un tiempo atrás, causado por el descontento y el hambre imperante, al que sería la epítome de los movimientos revolucionarios en busca del reconocimiento de los derechos y garantías mínimas de los hombres.

“Fue ese el comienzo de la Revolución Francesa, episodio que señaló una nueva era en la historia de la humanidad, sentando las bases de una nueva sociedad y proclamando los derechos del hombre y del ciudadano, principios que convulsionaron al mundo en aquel entonces”⁸.

Con la invención de la máquina de vapor, el cual se ha considerado el invento más importante del siglo XIX, la que, no habiéndose aún descubierto la electricidad como fuerza motriz, causó una de las revoluciones industriales más grandes de la historia.

Con el progreso de la humanidad, la invención del bombillo eléctrico, las jornadas laborales se extenderían hasta por días consecutivos, con la consecuente explotación del hombre por el hombre, lo que también provocaría el surgimiento del derecho laboral

⁷ Vélez M., Carlos José. **Acontecimientos históricos del mundo**. Pág. 19.

⁸ Sierra González, José Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 33



y otros movimientos económicos, sociales y políticos encaminados a la reivindicación de la clase trabajadora.

“El constitucionalismo, es el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario.”⁹

“Es un esfuerzo humano por racionalizar jurídicamente el ejercicio del poder político, sometiendo su organización, legitimando su origen y asignándole sus fines según un ordenamiento normativo.”¹⁰

⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 212

¹⁰ Pereira-Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. **Ob. Cit.** Pág. 38



CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil

El derecho mercantil se presenta dentro de la presente investigación como uno de los temas centrales puesto que para que una persona, individual o jurídica, pueda obtener la autorización para iniciar una empresa individual debe, obligadamente, hacer uso de los institutos proveídos por esta disciplina, por lo que se hace menester ahondar en el estudio de esta importante materia.

"La palabra mercantil deriva de la palabra mercancía, que es cualquier cosa mueble que se hace objeto de trato o venta."¹¹

"Es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio. Este concepto es un aporte del Código de Napoleón... el conjunto de principios y normas que rigen las empresas dedicadas al comercio; lo que caracteriza el comercio moderno es que se genera en organizaciones que planificadamente impulsan el tráfico mercantil, y esas organizaciones son las empresas."¹²

El derecho mercantil está destinado a regular un tráfico masivo que se desarrolla por medio de organizaciones empresariales.

El concepto de derecho mercantil varía de un país a otro, por lo que construyó un concepto del derecho mercantil guatemalteco, a saber, es el "conjunto de normas

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. Pág. 25

¹² Villegas Lara, René Arturo. **Ibid**. Tomo I. Pág. 27



jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil.”¹³

2.1. Antecedentes como rama del derecho en general

“El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la historia, la sociología o la antropología, nos enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio”¹⁴.

El derecho mercantil nació del derecho aplicado por los tribunales que funcionaban en el seno de los gremios y corporaciones medioevales de comerciantes.

La sumisión a esta jurisdicción estaba basada en la pertenencia a dichos organismos; pero, cuando se trató de determinar quiénes, cuándo y cómo debían formar parte de los mismos, fue preciso determinar la esencia del derecho mercantil.

La satisfacción de las diversas necesidades sociales requiere el mantenimiento de un

¹³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 29

¹⁴ Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit.** Tomo I. Pág. 7



orden adecuado, la regulación del cual corresponde a normas de la más distinta naturaleza.¹⁵

En ese aspecto, vale la pena mencionar que el derecho mercantil nace, entonces, como una manera de legitimar los actos de los comerciantes ante terceras personas, a efecto de investirlos de legalidad, de veracidad, pero ante todo, de certeza jurídica.

Los satisfactores tienen, entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Es a partir de la aparición del mercader y su actividad que nacen muchas de las nuevas instituciones jurídicas de la actualidad, se basan en la costumbre como fuente principal de sus actividades, debido a que, con eso, se busca facilitar el tránsito de las mercancías que, dependiendo de su origen, podrían perderse por no observarse dicha cualidad; se da inicio también a muchas y diversas teorías monetarias, financieras y comerciales, y de ahí la importancia y peso político que le acarrearía.

Se observa que el derecho mercantil ha sido cambiante, sin embargo, dicho cambio ha sido para darle más versatilidad y agilidad al tráfico mercantil, lo que a la larga, beneficia al consumidor final, pero sin olvidar que el principal beneficiado es el comerciante, puesto que los costos de producción y venta se abaratan de maneras insospechadas.

¹⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 3



El derecho mercantil viene a cambiar el mundo económico, social, cultural y político tal como se conocía en esa época, pues, crecen los viajes marítimos y terrestres, empieza a emerger la banca, el trueque se cambia por el intercambio de divisas, se crea la moneda, se le da valor a los metales, se crean y optimizan las aleaciones.

La metalurgia, y así sucesivamente, el comercio, de la mano de la actividad del comerciante-mercante, introduce a la raza humana en nuevos horizontes de insospechados adelantos científicos, que vendrían a derivar en nuevas etapas de la historia humana, como lo serían las revoluciones políticas e industriales de los siglos venideros.

2.2. Naturaleza dicotómica del derecho mercantil

“La división que se da entre derecho público y derecho privado es relativamente reciente, pues, tanto los juristas romanos como los de la Edad Media, únicamente se refirieron al derecho privado. A partir de la Revolución Francesa esta división se afianza de mejor manera. Resulta problemático tratara de ubicar al derecho mercantil dentro de la clasificación tradicional del derecho privado o del derecho público. Tampoco es fácil que se le identifique en la otra demarcación jurídica, es decir, su autonomía”¹⁶.

Se dice que el derecho mercantil es una rama del derecho privado porque incorpora a todas las ramas empresariales. Todas las actividades de comercio se vinculan con este tipo específico de derecho.

A pesar de lo anterior, en la actualidad es más la tendencia adoptada por los juristas a

¹⁶ Medina Salas, Juan Carlos. *El Registro Mercantil de Guatemala y sus procedimientos registrales*. Pág. 11



dejar atrás la dicotomía clásica entre derecho público y privado, puesto que, de ninguna manera, provee de funcionalidad o practicidad el hecho de hacer dicha subdivisión, empero, para fines didácticos aún se utiliza la división de derecho público y privado.

“Por su parte el derecho público comprende las reglas jurídicas relativas a actividades que afectan principalmente al Estado o a las relaciones entre éste y los particulares. El derecho público deriva de la existencia del Estado, de sus poderes y de la necesidad de resguardar el interés común de los particulares que realizan sus actividades privadas para evitar abusos. El derecho público mercantil reglamenta la libertad de comercio y sus instituciones en sus relaciones con el Estado, con los intereses o derechos de la sociedad en su conjunto. El Registro Mercantil es la institución encargada del registro de los actos y contratos mercantiles, su creación ha propiciado que algunos tratadistas incluyan al derecho mercantil en el derecho público”¹⁷.

El derecho mercantil es una rama del derecho perteneciente al derecho privado, porque las relaciones comerciales de consumo se dan entre particulares, y el Estado, en una relación comercial, asume el papel de particular, pues al comerciante no le interesa qué tipo de persona consume su producto, bien o servicio.

2.3. Características del derecho mercantil

El derecho mercantil posee ciertas características o peculiaridades que lo hacen diferente a otras disciplinas del derecho y que le dan y proveen, a su vez, de ciertas particularidades necesarias para el óptimo tránsito de mercaderías de un lugar a otro,

¹⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 29



tales como la siguientes:

a) Individualista

“El comercio sigue los lineamientos que le trazan los estímulos particulares; su finalidad primordial es el lucro, cuyo único límite es la ley. Sin embargo, el interés social lo ha influenciado, pues se dice que no se puede ser indiferente ante la comunidad, cuyo único límite es el bien común regulado en el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por parte del Estado”¹⁸.

El mismo ampara cualquier relación comercial aunque sea un tipo de negocio o modelo de negocio muy particular, esto es, que a pesar de que el giro del negocio puede ser muy raro, sin embargo, si cumple con los presupuestos de la relación comercial genérica, dichas actividades se encuentran protegidas por el derecho mercantil, no importando el negocio subyacente.

b) Capitalista

El derecho mercantil es capitalista por excelencia, su fin principal y primordial es el de crear riqueza, generalmente, para el comerciante, pues toda relación comercial se piensa y se constituye con el fin de enriquecerse.

“El derecho mercantil constituye la expresión jurídica más peculiar del sistema capitalista en el contexto de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios,

¹⁸ Medina Salas, Juan Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 20



es decir, creando bienes, servicios, empresas y riqueza”¹⁹.

c) Utilitario

Lo es desde el punto de vista particular, a través de la intención de lucro general, cuando los bienes y servicios se ponen a disposición de los consumidores. Los comerciantes tienen poca consideración con los consumidores y ésta se convierte en una de las exigencias del derecho mercantil moderno, porque el consumidor es la pieza fundamental en el intercambio de mercancías o servicios puesto que se convierte en el destinatario final.

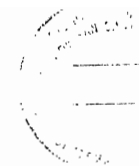
No es suficiente contar con una legislación y una oficina dedicada a la defensa del consumidor, es necesario que haya instituciones como las superintendencias en los países desarrollados. Quien tiene la última palabra en el proceso de producción, distribución y consumo es el consumidor de las mercancías o servicios prestados, quien escoge.

El derecho mercantil es utilitario porque permite al comerciante a obtener una utilidad o ganancia amparada por la legislación, lo cual la hace legítima y, por consiguiente, protegida por el Estado y todos sus institutos legales.

d) Consuetudinario

Las primeras manifestaciones del comercio se encuentran en las leyes marítimas de la edad antigua, de acuerdo con los usos del mar.

¹⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 29



En la tierra se crearon estatutos, fueros y ordenanzas basadas en las costumbres. Los inicios del derecho mercantil en su etapa primigenia, en las normas denominadas estatutos, que regían la actividad comercial de los mercaderes o comerciantes se regían por las costumbres del lugar en que surgiera una controversia, de manera que se permitiera la más fácil y expedita circulación de los bienes, mercaderías o mercancías, pues muchas de las veces, erran productos perecederos los que circulaban, era menester, entonces, zanjar de manera rápida las controversias, por lo que se llegaba, muchas veces, a un acuerdo, a un consenso, lo que le imprimía la característica de consuetudinario al derecho mercantil.

e) Dúctil y equitativo

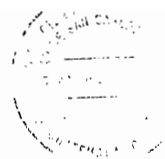
“El derecho mercantil es flexible, tanto en los usos como en la analogía, esto le permite adaptarse a diferentes situaciones económicas, con preeminencia de la equidad y buena fe sobre los rígidos preceptos legales.”²⁰

Hasta el momento, con excepción de la informática, no ha existido otra disciplina que haya requerido tanta flexibilidad del derecho como lo ha hecho el comercio, y sobre todo el comercio internacional, el cual es tan cambiante que en un momento dado puede hacer obsoleto un ordenamiento jurídico completo.

f) Progresivo

El derecho mercantil, al desenvolverse en el campo de la contratación y la propiedad mueble, busca nuevos horizontes de especulación comercial, permite diversos tipos de

²⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ibid.* Pág. 22



negociaciones donde la rigidez de lo jurídico sigue los pasos de lo económico. Como ejemplo puede observarse lo referente a la contratación atípica.

La característica de progresividad del derecho mercantil busca que tanto en la relación comerciante-consumidor, como en la relación mercancía ganancia o utilidad, siempre exista un mayor y mejor beneficio; lo ideal es que el comerciante busque el mayor beneficio para ambas partes inmiscuidas en la relación comercial, aunque no siempre es así.

g) Expansivo

En el ámbito internacional, el derecho mercantil tiende a la universalidad y al cosmopolitismo. Lo evidencian la ausencia de limitaciones para los extranjeros y la uniformidad en determinadas materias.

El comercio, por medio del comerciante, busca llegar más lejos a más personas, que consuman más el mismo producto, casi como intentando crear una dependencia hacia el mismo, y cuyo objetivo más deseado es el de trascender más allá de las fronteras para seguir comerciando su producto, lo que conllevará más ganancias y utilidades.

h) Particularista

La necesidad de atender casos específicos ha generado un exceso de reglas singulares y escasez de reglas generales; esto se interpreta como una debilidad del derecho mercantil.



Es necesario que, a diferencia de lo que sucede en la teoría y en la práctica de los juzgados civiles, que permiten la excesiva formalidad en el substanciamiento de los procesos litigiosos, deben existir órganos jurisdiccionales privativos de la materia mercantil a efecto de eficientar el tránsito mercantil, con el efecto de optimizar la aplicación del principio de que ante la duda debe permitirse el tránsito de la mercancía que prima en el derecho mercantil.

i) De los actos en masa

El tráfico de la masa es el criterio que determina la comercialidad. La realización masiva requiere de reglas menos rígidas en comparación con las reglas del derecho civil. Los actos en masa pueden ser interpretados desde dos diferentes perspectivas, lo que siempre se traduce en un mayor beneficio del comerciante, para el comerciante es más beneficioso, lucrativamente hablando, transportar una mayor cantidad de producto o mercadería, porque eso abarata el costo final y por ende, la ganancia.

Resulta beneficioso que los destinatarios finales, consuman en masa su producto, bien o servicio, pues, de la misma manera, eso incide directamente en un aumento de las ganancias o utilidades.

j) Globalizado

El fenómeno de las relaciones internacionales y el comercio internacional han derivado en una serie de normas de tipo consuetudinario que se transmiten con el simple uso, sin embargo, el aumento en los alcances de la tecnología que avanza a pasos enormes ha hecho que dichos usos y costumbres se transmitan con mucha mayor rapidez para



hacer más efectivo el tránsito comercial.

“Las relaciones comerciales son cada vez más internacionales, por ello, diversos organismos trabajan para su normativización, como ocurre con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil –CNUDMI- o UNCITRAL en inglés, la Cámara de Comercio Internacional de París, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT-, el Comité Marítimo Internacional y otros”²¹.

k) Cosmopolita

El cosmopolitismo se expresa en que lo mismo le puede gustar una hamburguesa a un estadounidense, como a un chino o a un guatemalteco; lo mismo puede suceder con un sushi o con un pepián; el cosmopolitismo tiene una relación muy íntima con el aspecto de la globalización, puesto que se ve alimentado e influenciado por el fenómeno de las relaciones internacionales.

Junto con la expansión de las telecomunicaciones y los transportes, hace que muchas personas conozcan lugares que un siglo atrás era imposible de creer, lo que ha influido, además, en los gustos particulares de las personas.

“El derecho mercantil encuentra su mejor expresión en la característica de la universalidad, puesto que constituyó un rasgo distintivo del derecho comercial, desde que se inició en Grecia y Roma. En la actualidad, el cosmopolitismo se manifiesta en el tráfico comercial sin fronteras y en la versatilidad del intercambio de bienes y de servicios (desde y hacia) diferentes países. El concepto de soberanía ha cedido ante el

²¹ Medina Salas, Juan Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 34



flujo del comercio. Actualmente lo reflejan los tratados de libre comercio, antesala al comercio mundial libre.”²²

l) Profesional

La característica de profesionalismo en el derecho mercantil no implica la posesión u obtención de un título profesional universitario para el ejercicio de la actividad comercial, empero, sí la realización de dicha actividad de manera profesional respecto de las obligaciones y derechos frente a terceros.

“Es un derecho profesional, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios. Se refiere a la actividad habitual del comercio, no interpretada como repetición de actos de comercio o habitualidad, sino el ejercicio de una actividad profesional, considerada por la legislación como comercio.”²³

2.4. Principios del derecho mercantil

Todas las ciencias, artes, profesiones u oficios poseen ciertos lineamientos que sirven de base para la correcta consecución de sus fines, esos lineamientos son los principios, que en el derecho mercantil se traducen en los siguientes:

a) Verdad sabida y buena fe guardada

El principio de verdad sabida y buena fe guardada se presenta, además, dentro del ámbito de las relaciones comerciales, por virtud de las cuales se supone con

²² Medina Salas, Juan Carlos. *Ibid.* Pág. 41

²³ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 25



anterioridad que ambas partes, tanto el que vende como el que compra, saben cuál es el estado aparente y real de la cosa objeto de transacción; tanto el vendedor como el comprador deben saber a ciencia cierta que el estado de una mercancía puede ser por fuera muy atractivo, pero al momento de hacer uso de él es inservible, tal como puede suceder con un automóvil, una computadora o un lapicero, los cuales pueden tener un buen aspecto exterior impresionante, pero solamente, aspectos que deben de tenerse en cuenta al momento de requerir un precio a pagar por dicho objeto, pues de lo contrario se estaría incurriendo en el delito de estafa, regulado dentro del ordenamiento jurídico en el Código Penal en los Artículos desde el 263 al 271.

“El principio de verdad sabida y buena fe guardada, consiste en la facultad que tiene un funcionario de adoptar una determinación que esté sustentada en la subjetiva convicción que, por razones de conciencia, se forme en torno a un asunto.

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 1, establece que los comerciantes, los negocios jurídicos y las cosas mercantiles se interpretarán de acuerdo con los principios que inspira el derecho mercantil.

“Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La buena fe en el mundo moderno, se convierte en una exigencia de confianza, no sólo como mecanismo de soluciones, sino como un regulador firme de relaciones jurídicas que impidan el abuso de derecho en fraude a la ley”²⁴.

²⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ibid.* Pág. 24



b) **Ánimo de lucro**

Lo que se pretende en el mundo del comercio, es la obtención de un lucro, una prestación, utilidad, ganancia o provecho. Es decir, el beneficio logrado con una inversión o actividad de comercio realizada. El ánimo de lucro es aquel principio que dicta que la relación comercial se lleva a cabo con la intención de que el comerciante obtenga dinero a cambio de la venta de una mercancía, bien o servicio.

c) **Onerosidad**

“Ante la prestación de una parte se obtiene una contraprestación de la otra parte. Ante una obligación se tiene un derecho, aunque las prestaciones no sean equivalentes, de donde en el mundo del comercio no existe nada gratuito”²⁵

En una relación comercial ambas partes deben, si no salir ganando por medio de ella, por lo menos llenar una necesidad, básica o superflua, debe existir reciprocidad en el intercambio, no es, pues, una relación comercial la entrega de dinero sin una contraprestación de una mercadería, bien o servicio, como lo sería dar una dádiva a un mendigo, pues no existe una correlación en la vía contraria.

d) **Representación aparente**

Se da cuando una persona se presenta como representante de otra, sin necesidad de documentar tal situación con un mandato, como ocurre en el derecho civil. El Artículo 670 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa que quien haya dado lugar, con

²⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Ibid.* Pág. 29



actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como un representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.

Eso significa que todas las personas, individuales o jurídicas, que se dediquen ocasionalmente o de manera permanente a realizar actividades comerciales, deberán tomar todas las precauciones mínimas, pertinentes y necesarias para que el personal que habrán de representarles en dichas actividades, se encuentren debidamente identificadas de las demás personas que se encuentren realizando otras actividades comerciales e, incluso, para ser diferenciadas de las personas particulares; para tal efecto el comerciante, individual o colectivo, deberá hacer uso de todos los medios a su alcance para llevar a cabo lo anterior, tal como el uso de uniformes, gafetes u otro tipo de identificación, o, por el contrario, hacer uso de los medios de comunicación a su alcance para poner sobre aviso a sus clientes habituales del cambio de uno de sus personeros, como podría ser el caso del cobrador de una empresa que usualmente recolecta los pagos en determinado sector, lo cual obliga al empresario o comerciante a dar aviso de dicho cambio, so pena de incurrir en responsabilidad por su omisión.

e) Poco formalista

El derecho mercantil simplifica la forma, pues la validez de los contratos no está sujeta a normas específicas como en el ámbito civil, donde se exige la escritura pública, el documento privado con firmas legalizadas, actas levantadas ante el Alcalde Municipal, por correspondencia o en forma verbal. Sin embargo, el fideicomiso y la sociedad mercantil, sí requieren de solemnidades particulares indicadas en el Código de



Comercio. El Artículo 671 de dicho Código preceptúa que los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquier que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que parezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

f) Ante la duda debe permitirse la circulación de mercancías

“Cuando exista duda en el tráfico de las mercancías, deben de buscarse los medios que permitan solucionar las diferencias y superar los obstáculos que se presentan, favoreciendo, en todo caso, la libre circulación de las mismas”²⁶.

Es evidente la necesidad de que existan órganos jurisdiccionales en materia mercantil, dado que las controversias relativas a dicha materia se ventilan en juzgados del ramo civil, lo cual retrasa, por ejemplo, las ejecuciones en juicios cambiarios, debido a que los jueces aplican la justicia civil, que es mucho más rígida, a los casos mercantiles, en los que se necesita mayor premura, debido a que se están tratando con mercadería que a lo mejor están aguardando ser retiradas de un almacén de depósito corriendo el riesgo de deteriorarse o de perderse, implicando costo adicional, no contemplado, al comerciante, provocando, a la larga, un costo más elevado que al final de cuentas habrá de pagar el consumidor.

²⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit.* Tomo I. Pág. 38



2.5. Obligados a inscribirse en el Registro Mercantil

Para formalizar las actividades mercantiles de los comerciantes, en su calidad de profesionales del comercio, las legislaciones alrededor del mundo han optado para legitimar dichas actividades, que las personas que se dedican a la prestación de dichos servicios comerciales inscriban, no sólo sus empresas, sino, además, todos los actos que, directa o indirectamente afecten sus relaciones jurídicas con terceros, es decir, en lo que concierne a los derechos y obligaciones adquiridas por el comerciante individual o social.

2.5.1. Comerciantes individuales

“El comerciante es la “persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles.”²⁷

El Artículo 2 del Código de Comercio provee de una definición legal de comerciante, a saber, que son: “Comerciantes todas aquellas personas que ejercen en nombre propio y con fines de lucro, ciertas actividades determinadas por el mismo, las cuales son, la industria dirigida a la producción y transformación de bienes y a la prestación de servicios, la intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios, la banca, los seguros y las fianzas, y todos aquellos que ejerzan como auxiliares de todos los anteriores.”

“Comerciante es la persona física o jurídica que, por sí o por medio de un representante, debidamente registrado, ejercita en nombre propio una actividad de

²⁷ Tomas Moro. A. *Ob. Cit.* Pág. 343

comercio, asumiendo las consecuencias jurídicas y con una finalidad de lucro lícitamente permitida.”²⁸

Francisco Vicent Chuliá brinda la siguiente definición, es todo sujeto que produce bienes o servicios para otros, asumiendo el riesgo de pérdidas en su patrimonio, quien ejerce de forma autónoma una actividad económica programada dirigida al intercambio o producción de bienes o servicios en el mercado con criterio de economicidad. El comerciante ha de actuar siempre en nombre propio, aunque lo haga mediante representantes. Comerciante es toda persona que hace profesión de la compra o venta de mercaderías. Específicamente se llama comerciante al que compra y hace fabricara mercaderías para vender por mayor o menor (volumen), interviene en el proceso de intermediación de las mercaderías. Sin embargo, el Código de Comercio y la doctrina también le atribuyen la calidad de comerciante al productor de bienes o servicios. De manera que, comerciante está ligado a la empresa. Por ello, la doctrina moderna cuando se refiere al comerciante, lo hace como sinónimo de empresario. El empresario (comerciante) es un operador económico autónomo o independiente. En otras palabras, será comerciante quien sufra pérdidas en su patrimonio o genere ganancias o utilidades para el mismo”²⁹.

Por mandato legal del numeral 1 del Artículo 333 del Código de Comercio, estas personas se encuentran obligadas a inscribirse como comerciantes en el Registro Mercantil de la República de Guatemala, pues se obliga a ésa institución a llevar un libro denominado de comerciantes individuales.

²⁸ Tomas Moro. A. *Ibid.* Pág. 343

²⁹ Medina Salas, Juan Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 200



La forma de inscripción de un comerciante individual, debe hacerse por medio de declaración prestada bajo juramento en un formulario proveído por el mismo Registro Mercantil, en el cual deberán consignarse los nombres y apellidos completos del interesado, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección; la actividad a la que se dedique; el régimen económico del matrimonio, de ser casado o unido de hecho; el nombre de la empresa que desea inscribir, los establecimientos y sus direcciones y la fecha en que haya dado inicio sus actividades comerciales.

2.5.2. Sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles son aquellas personas jurídicas, sociales, incorpóreas, colectivas, morales o abstractas que se crearon con la finalidad de realizar alguna de las actividades detalladas en el Código de Comercio como actividades comerciales.

El precitado cuerpo legal regula que son comerciantes sociales aquellas sociedades organizadas bajo forma mercantil, sin importar su objeto, el cual puede variar de una a otra. Para el caso de los comerciantes sociales, o sociedades mercantiles, la legislación mercantil estableció un caso de numerus clausus, pues existen solamente cinco formas de que una sociedad de personas, bienes, derechos y obligaciones puedan ser consideradas como comerciante, a saber, la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones.

De la misma manera que para los comerciantes individuales, el Código de Comercio estatuye en el Artículo 333 que el Registro Mercantil llevará libros para registrar



sociedades mercantiles, por lo tanto, es obligatorio su inscripción en el mismo. Es obligatorio el registro de todas las sociedades mercantiles al tenor del Artículo 334.

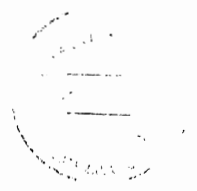
El Artículo 337 del cuerpo normativo mencionado regula la forma de la inscripción de sociedades mercantiles, preceptuando que la misma se hará en base al testimonio de la escritura pública de su constitución, la cual habrá de contener su forma de organización; su denominación o razón social y nombre comercial, de existir; su domicilio y el de sus sucursales; objeto de la sociedad mercantil; su plazo de duración; el capital social; el nombre del Notario autorizante de la escritura constitutiva, el lugar y la fecha; los órganos de administración y las facultades inherentes a los administradores y los órganos de vigilancia (fiscalización) si los tuviere.

2.5.3. Empresas o establecimientos mercantiles

“Empresa es acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Casa o sociedad mercantil o industria fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia. Lugar en que se realizan estas actividades.”³⁰

Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad. La empresa es, entonces, la máxima expresión del comerciante moderno, ya sea que preste sus servicios de manera individual o de

³⁰ Tomas Moro. A. **Ob. Cit.** Pág. 540



forma asociada.

Es por medio de la empresa que el comerciante pone a disposición de sus posibles y futuros clientes los productos, bienes, servicios o mercancías de la manera más legal y legítima que puede de acuerdo con la legislación pertinente, del territorio en que va a realizar sus actividades; la empresa es el medio por el cual el comerciante adquiere el estatus legal para realizar sus actividades comerciales.

“Establecimiento es fundación, institución o erección. Cosa fundada o establecida. Lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión. Local de comercio.”³¹

Una empresa se concibe como una unidad de organización que dedicará a lograr un objetivo comercial, esto es, el lucro; la empresa es, entonces un centro de operaciones ideado con la finalidad de dedicarse a una fracción del comercio, fracción, porque no es posible abarcar todas las áreas del mismo, pueden aperturar una empresa, los comerciantes individuales y los comerciantes sociales.

El Registro Mercantil expide patentes de comercio, que devienen en títulos o licencias que permiten a un comerciante dedicarse a las diferentes actividades comerciales.

Extiende una patente por cada sociedad mercantil inscrita ante él, y extiende una patente por cada empresa o establecimiento comercial que se inscriba, empero, a los comerciantes individuales no se les extiende patente de comercio, solamente se razona la cédula de vecindad, y en la misma se anota el número de partida, folio y libro de comerciantes en el cual quedó inscrito el interesado.

³¹ Tomas Moro. A. *Ibid.* Pág. 600



El Artículo 333 del Código de Comercio preceptúa, de la misma manera que los anteriores, que es obligatoria la inscripción de las empresas y de los establecimientos mercantiles, lo que hace obligatoria su inscripción ante el Registro Mercantil.

El Artículo 336 del mismo cuerpo legal regula la forma de inscribir una empresa o establecimiento, siendo necesario consignar el nombre de la empresa o establecimiento; el nombre del propietario y su número de registro como comerciante individual; dirección de la empresa o establecimiento; su objeto y el nombre de los administradores o factores.

2.5.4. Hechos y relaciones jurídicas

Los hechos y relaciones jurídicas inscribibles ante el Registro Mercantil son aquellos que, de manera directa o indirecta, implican responsabilidad del comerciante, individual o social, ante terceros, con el fin de cumplir los mandatos constitucionales consagrados en los Artículos 1 y 2 del Código de Comercio.

El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona, que su fin supremo es el de la realización del bien común y que es deber de Estado garantizarle a los habitantes de la República de Guatemala la seguridad, la cual no implica solamente la seguridad personal, sino que incluye, además, la seguridad jurídica. Los hechos y relaciones jurídicas son múltiples, pero, como se mencionó, su objetivo es el de proveer seguridad jurídica a terceros que necesitan asegurarse de que al momento de realizar una transacción comercial o, por ejemplo, invertir ya sea en la compra de acciones o debentures de una sociedad mercantil, su inversión estará amparada por el derecho y



por el ordenamiento jurídico, en el sentido de que la sociedad mercantil está debidamente inscrita.

Entre los hechos y relaciones jurídicas que deben inscribirse en el Registro Mercantil se pueden mencionar las siguientes:

- Constitución de sociedades mercantiles.
- Asambleas generales extraordinarias.
- Constitución del órgano soberano.
- Nombramiento de órgano de administración o Administrador Único.
- Nombramiento de órgano de fiscalización.
- Nombramiento de gerentes.
- Nombramiento de factores.
- Emisión de acciones y de otros títulos que entrañen obligaciones para las sociedades mercantiles, para lo cual deberá asentarse la serie, valor y monto de dicha emisión, sus intereses, primas y amortizaciones y todas aquellas situaciones que garanticen los derechos de los tomadores (adquirientes).
- Aumento o disminución de capital social.
- Aumento o disminución de valor nominal de acciones.
- Constitución de debentures.
- Disolución o liquidación de sociedades mercantiles.
- Fusión y transformación de sociedades.
- Auxiliares de comercio.



- Factores y dependientes.
- Inscripción de sociedades mercantiles extranjeras.
- La constitución de mandatos, así como la revocación o limitación de facultades.
- La creación, adquisición, enajenación o gravamen de empresa o establecimiento comercial.
- Las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes individuales y sus modificaciones, el inventario de los bienes que pertenezcan a las personas sometidas a la patria potestad o tutela del comerciante.
- Las modificaciones de la escritura constitutiva de sociedades mercantiles, las prórrogas del plazo.
- La constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre la empresa o sus establecimientos.
- Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que los afecte.
- Los agentes, distribuidores y representantes.

En todo caso, el Registrador Mercantil puede denegar la inscripción de algunos de los tópicos anteriores si, al tenor del Artículo 342 del Código de Comercio, del examen de la escritura o del examen de la información registral se demuestra que en el otorgamiento de la misma no se observaron los requisitos legales o sus estipulaciones contravienen la legislación, o, que la razón o denominación social es idéntica a otra inscrita, o no es claramente distinguible de cualquier otra.

Respetando el derecho de defensa, antes de ser denegada la inscripción, el funcionario relacionado otorgará un plazo de cinco días para subsanar cualquier deficiencia.



Existen, sin embargo, sanciones a imponer por la falta de inscripción de cualesquiera de los hechos o relaciones jurídicas mencionados anteriormente, las mismas se encuentran reguladas en los Artículos 356 al 358, inclusive, del Código de Comercio.

Existe una sanción de tipo pecuniario, la cual puede oscilar entre los 25 a 1000 quetzales, impuesta por el Registrador Mercantil, la misma puede ser impuesta sin perjuicio de las demás sanciones que establece el cuerpo legal citado, siendo el hecho generador la falta de inscripción y el incumplimiento de las obligaciones establecidas para los comerciantes.

Se encuentra, además, prohibida la inscripción de comerciantes, individuales o sociales, en Cámaras o Asociaciones Gremiales, mientras no se acredite la respectiva inscripción en el Registro Mercantil.

Solamente los comerciantes debidamente inscritos como tales ante el Registro Mercantil pueden optar a desempeñar sindicaturas de quiebras o acogerse al beneficio de suspensión de pagos.

2.5.5. Auxiliares de comercio

“El comerciante actúa por medio de sus diferentes tipos de auxiliares y por eso se dice que ellos son su alter ego (otro yo). La actuación del auxiliar o su relación con el comerciante, son factores que se toman en cuenta para clasificarlos. Así, por ejemplo, si la función persiste en el tiempo o es ocasional, se dice que hay auxiliares permanentes y ocasionales; pueden darse auxiliares propios del comercio y otros que no lo son, o sea auxiliares mercantiles y no mercantiles; y, por último, unos que trabajan



dentro de la organización empresarial y otros no, habiendo entonces auxiliares dentro de la empresa y fuera de la empresa.”³²

El tráfico comercial, por medio de la organización empresarial, requiere de diversos elementos para poder desenvolverse. Uno de estos, de carácter subjetivo, es el personal que ayuda o auxilia al comerciante en su función profesional.

La función del sujeto auxiliar del comerciante es importante porque permite la fluidez de la industria, de la intermediación, de la prestación de servicios, de la banca, del seguro, etcétera, que de otra manera requerirían la presencia constante del titular de la empresa.

El Código de Comercio es del criterio de *numerus clausus* al reconocer una cantidad limitada de auxiliares de comercio, ellos son, el factor, el dependiente de comercio, el agente de comercio, los corredores y los comisionistas, a los cuales, por el hecho de su reconocimiento legal se les puede llamar auxiliares de comercio típicos.

2.6. Límites para el ejercicio del comercio según la legislación guatemalteca

La libertad de industria, comercio y trabajo es un derecho y una garantía debidamente reconocida por la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 43.

Si bien es cierto que se reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, la norma relacionada reconoce, además, que pueden existir limitaciones a ese derecho, ya por cuestiones de sociales o de interés nacional que imponga la legislación.

³² Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit.* Pág. 354



En ese contexto es válido, entonces, suponer que existen ciertas limitaciones determinadas por la legislación para proveer de seguridad jurídica a las relaciones comerciales, con el objeto de promover la inversión, interna y externa, y el flujo de dinero, así como de proveer de seguridad jurídica a las transacciones intra-empresa o inter-empresas.

El Código de Comercio regula en el Artículo 6, que tienen capacidad para el ejercicio del comercio, las personas, individuales o jurídicas, que conforme al Código Civil son hábiles, esto es, capaces, para contratar y obligarse.

El Código Civil, estatuye en el Artículo 8 que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, para ser sujeto de relaciones jurídicas por virtud de las cuales se obtienen derechos y obligaciones, se adquiere por la mayoría de edad, esto es, por haber cumplido la edad de 18 años. Existe la denominada capacidad relativa, la cual es ejercida por los menores que han cumplido 14 años de edad.

Adolecen de incapacidad total, entonces, los menores de la edad de 14 años, y de incapacidad relativa los que se encuentran entre los 14 y los 18 años; pero también adolecen de incapacidad total, los mayores de edad que posean enfermedad mental que los prive de discernimiento y, también, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes se exponen ellas o a sus familias a graves perjuicios económicos; dichas personas, para que su incapacidad sea reconocida, debe ser declarada judicialmente, la que al encontrarse firme, los sume en un estado de interdicción.



Regula el Artículo 7 del Código de Comercio que cuando un comerciante individual sea declarado en estado de interdicción, el juez decidirá, con un informe de experto, si la empresa individual habrá de continuar o, en caso contrario, liquidarse y de qué manera.

Para el caso de las personas jurídicas, las cuales son una ficción de la legislación para proveer de las características de una persona individual a una asociación de personas que buscan un cierto y determinado fin, la capacidad se encuentra determinada por el reconocimiento de su personalidad jurídica.

El Estado, por medio de la legislación concede de dicha personalidad jurídica a entes de diferentes índoles, a saber, al mismo Estado, a las municipalidades, a las iglesias de todos los cultos, a la Universidad de San Carlos de Guatemala y a las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley, a las fundaciones y demás instituciones de interés público, a las asociaciones sin fines de lucro y a las sociedades, consorcios y otras que tengan fines lucrativos que permitan las leyes, tal es el caso de las sociedades mercantiles reconocidas por el Código de Comercio.

Dentro de las sociedades mercantiles de carácter personalista, como lo son la sociedad en comandita simple y la sociedad colectiva, la noción del socio es diferente que en las sociedades mercantiles de carácter capitalista, verbigracia, en las primeras los socios tienen un voto por persona, por eso es que son denominadas, también, sociedades mercantiles democráticas, en cambio en las segundas, el socio está facultado a emitir un voto por cada acción que posea; es por esa razón, y lo estipulado en el Artículo 43 del Código de Comercio que prohíbe la admisión de nuevos socios sin el consentimiento unánime de los demás socios en estas clases de sociedades



mercantiles, para el caso de los menores de edad que hereden la aportación realizada por tercera persona, deberán atenerse a lo resuelto por los socios acerca de la pertinencia de su inclusión en la sociedad.

2.7. Situación de los extranjeros

La Constitución Política de la República, confiere y protege los derechos de todos los habitantes de la República de Guatemala, sin hacer distinción alguna en relación a la situación del extranjero, con excepción de los derechos políticos, limitaciones a la propiedad en las franjas fronterizas y en materia laboral.

Se tendrá preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones y en los porcentajes determinados por la ley, esto es, emplear menos del 90% de trabajadores guatemaltecos y pagar a ellos menos del 85% del total de los salarios que se devenguen en dicha empresa, según el Artículo 13 del Código de Trabajo. Sin embargo, esos porcentajes pueden variar cuando, primero, así lo exijan evidentes razones de protección y fomento a la economía nacional o en caso de carencia de técnicos guatemaltecos en determinada actividad y, segundo, cuando ocurran casos de inmigración autorizada y controlada por el Organismo Ejecutivo o contratada por el mismo, o cuando se trate de centroamericanos de origen.

Limita, también, la Constitución Política de la República de Guatemala que, solamente los guatemaltecos pueden optar a ejercer cargos o empleos públicos, para lo cual se atenderá únicamente a situaciones personales de mérito, capacidad, idoneidad y honradez.



Son deberes y derechos políticos de los guatemaltecos, entre otros, el inscribirse en el Registro de Ciudadanos, elegir y ser electo, optar a cargos públicos, participar en actividades políticas, así como que el derecho de petición en materia política es exclusivo de los guatemaltecos.

El Artículo 144 de la Constitución Política de la República regula que son guatemaltecos de origen los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, los nacidos en naves y aeronaves guatemaltecas, y son guatemaltecos de origen los hijos e hijas de padre o madre guatemaltecos nacidos en el extranjero.

Preceptúa el mismo Artículo que la excepción a lo anterior son los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. En este último aspecto, la normativa no es muy clara, pues no está claro si se refiere a diplomáticos guatemaltecos fungiendo en el extranjero, lo cual estaría excluyendo de la nacionalidad guatemalteca a sus hijos; es más certero pensar que lo que el constituyente quiso expresar es que se excluía de otorgar la nacionalidad guatemalteca a los hijos de los diplomáticos extranjeros que se encuentran ejerciendo sus funciones en el territorio nacional, lo cual parece mucho más lógico, porque de lo contrario se estaría contradiciendo el siguiente párrafo del mismo Artículo que estatuye que a ningún guatemalteco de origen se le puede privar de su nacionalidad.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce, además, como guatemaltecos de origen a los nacidos en las Repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, con la condición de que adquieran domicilio en el país y de que manifiesten ante la autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos, es



decir, adquirir la nacionalidad guatemalteca.

Son considerados también como guatemaltecos, las personas que obtengan su naturalización de acuerdo con la legislación pertinente.

La situación del extranjero en Guatemala le limita en el ejercicio de algunos derechos, generalmente relacionados con cuestiones políticas, de propiedad y laborales, las que no inciden directamente sobre sus derechos comerciales o mercantiles.

En materia comercial o mercantil, la incapacidad o capacidad de un extranjero para ejercer en calidad de comerciante individual se circunscribe a la capacidad que posee para ser sujeto de derecho, es decir, derechos y obligaciones, que sería la edad que en su país es la regulada para ser ciudadano, en Guatemala esa edad es la de 18 años.

En el contexto del ordenamiento jurídico guatemalteco, el extranjero radicado en el territorio nacional no tiene prohibición alguna para ejercer el comercio de manera individual, solamente deberá cumplir con los requisitos solicitados por el Registro Mercantil para su inscripción como tal, consignar, bajo juramento, los datos ya mencionados anteriormente en el presente capítulo y, como no posee cédula de vecindad, no habrá que realizar ningún razonamiento en su documento de identificación, en su pasaporte, con lo cual el extranjero, después de recibir su patente de comercio de empresa individual, está en total libertad de ejercer actividades comerciales y de contratar los auxiliares de comercio que considere pertinentes.





CAPÍTULO III

3. El derecho del trabajo

“La palabra trabajo deriva del latín tripalium, aparato para sujetar las caballerías, y ésta de tripalis, tres palos. Acción y efecto de trabajar. Obra, cosa producida por un agente o por el entendimiento. Operación de la máquina, pieza, herramienta o utensilio que se emplea para algún fin. Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza.”³³

El trabajo es el esfuerzo humano, sea físico, intelectual o mixto, aplicado a la producción u obtención de la riqueza.

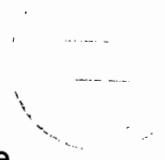
Es toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. Igualmente, la ocupación de conveniencia social o individual, practicada dentro de la licitud.

“La base, el fundamento y la condición ineludibles de la vida social e individual está en el trabajo. Fuera de él, y entendiéndose por tal hasta el trabajo rudimentario de recoger los frutos que generosamente produce la naturaleza, no hay posibilidad alguna de vida individual ni de desarrollo social. Toda manifestación concreta del ser físico e intelectual del hombre va acompañada del trabajo.”³⁴

Está conformado por el conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económico-social de los trabajadores de toda índole; esto es, de las clases económicamente débiles de la sociedad, compuesta por obreros, empleados,

³³ Tomas Moro. A. **Ob. Cit.** Pág. 1326

³⁴ Cabanellas, Guillermo. **Compendio de derecho laboral.** Pág. 89



trabajadores intelectuales e independientes. El derecho del trabajo es aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y unos y otros con el Estado, en lo referente a trabajo subordinado y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente.

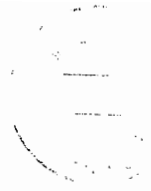
“Es el acto creador por el cual el espíritu, el pensamiento, la conciencia, impone su forma y su unidad a la materia. Se trata del objeto fabricado por el artesano o de las palabras que el poeta transforma en ritmo, el trabajo creador se caracteriza por esa transmutación del espíritu en materia. El trabajo, que a más de creador, es pacificador, se erige en la deidad soberana del hombre liberado.”³⁵

“Existen cuatro acepciones de la voz trabajo: a) ejercicio de la actividad humana en cualquier esfera y forma; b) esfuerzo más o menos penoso impuesto al hombre para producir un objeto útil que satisfaga sus necesidades o las ajenas, es decir, la elaboración del producto; c) medio ordinario para que los hombres se procuren las cosas necesarias para la vida, el esfuerzo ejecutado; d) objeto producido o utilidad conseguida.”³⁶

Es la suma de principios y normas formalmente aceptados por medio de un estatuto a favor de los trabajadores, al cual el Estado ha otorgado categoría pública para su efectividad, que da seguridad contractual a los trabajadores, mejorando el estatus de la clase trabajadora, por medio de la negociación de las condiciones de trabajo.

³⁵ Cabanellas, Guillermo. *Ibid.*. Pág. 98

³⁶ Echeverría Morataya, Rolando. *Derecho del trabajo I*. Pág. 7



3.1. Etapas del desarrollo del derecho del trabajo

El derecho del trabajo ha transcurrido a lo largo de varios estadios entre los cuales cabe mencionar que se llegó a considerar prohibido, puesto que atentaba contra los principios del liberalismo económico, corriente filosófica y económica que propugnaba que el Estado no debía inmiscuirse en los asuntos del comercio y que solamente se debía dedicar a asegurar que el principio de la propiedad privada no fuera violentado, sin embargo, de esa etapa primigenia se evolucionó, poco a poco, en lo que hoy en día es el moderno derecho del trabajo, el cual tiene, como todo, sus detractores y sus fieles seguidores.

a) De la represión

En la etapa de la represión, el derecho del trabajo, se prohibió y se proscribió todo intento que buscara la inmersión de los trabajadores dentro del mercado, siendo que la organización y de huelga de los trabajadores fueron calificados como conspiración y sedición, por lo que los líderes obreros fueron perseguidos y se trató de acabar con dichos movimientos.

“Para Inglaterra, comprende el período que va desde la sanción de la combination act hasta su abolición por la ley de 1824 de Robert Pill”³⁷.

Es en este período de la historia del derecho del trabajo en que el oponerse a los principios del liberalismo económico, antecedente del capitalismo, tal como lo parecía ser el derecho del trabajo por tratar de proteger a los trabajadores, era ilegal, y por

³⁷ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1565/15> Consultado el 12 de enero de 2013.



ende, perseguible, no fue sino hasta más adelante que los empresarios comprendieron que cuidar de la mano de obra les era más rentable que explotarla.

b) De la tolerancia

La etapa de la tolerancia, se denomina así porque si bien el derecho sindical no estaba reconocido legalmente por el Estado, éste permitía que se lo ejerciera de hecho, y así vemos cómo en la práctica de las relaciones laborales, los obreros se organizaban en asociaciones de carácter mutua.

En un comienzo se les daba el carácter de asociaciones de ayuda mutua, tratando de ocultar bajo esa forma su propósito reivindicatorio sobre mejoras en las condiciones de trabajo. De esta manera, fueron adquiriendo los trabajadores una conciencia sindical de clase y el movimiento obrero, como fenómeno social, se desenvuelve en el seno del capitalismo moderno a consecuencia del desarrollo industrial.

“El movimiento tradeunionista viene a ser el termómetro que marca el grado de industrialización de los pueblos. Esta etapa comprende el período transcurrido desde la abolición de la combination act de 1824 hasta la sanción de la primera ley que reconoce el derecho sindical de 1871, o sea, la Trade Union Act”³⁸.

La etapa de la tolerancia se basa en un cambio en la orientación del Estado, en dicha etapa ya no se perseguían a los movimientos obreros, pero tampoco se les otorgaba protección alguna, mucho menos se formulaban nomas para su tutela, solamente se les ignoraba, ya se empezaba a aceptar el aspecto social de la libre asociación.

³⁸ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1565/15> Consultado el 12 de enero de 2013..

c) De la legalización

La tercera etapa, denominada de reconocimiento legal o de tolerancia, “comprende desde la sanción de la Trade Union Act de 1871 hasta la actualidad. A pesar de haber sufrido algunas vicisitudes a consecuencia de acontecimientos bélicos, se consolida en la realidad de nuestro tiempo como un derecho incuestionable.”³⁹

3.2. Clasificación del derecho del trabajo

El derecho del trabajo se subdivide en dos grandes ramas, a saber, el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo del trabajo.

3.2.1. Derecho individual del trabajo

“El derecho individual del trabajo plantea la parte general, que constituye la parte estatutaria de esta rama jurídica, esto es, principios, garantías, facultades y limitaciones sobre la contratación laboral, así como la naturaleza y la fuente generadora de este cuerpo de normas, con base en la cual debe apreciarse, analizarse, interpretarse y aplicarse el derecho del trabajo. La parte especial, que contiene los derechos, obligaciones y prohibiciones para trabajadores y empleadores que de alguna manera encierra las distintas prestaciones, su validez y las correlativas obligaciones para hacerse acreedor a ellas”⁴⁰.

Regula las relaciones laborales que se dan entre un patrono y un trabajador en lo particular, también lo relativo al contrato individual de trabajo, a los derechos y

³⁹ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1565/15> Consultado el 12 de enero de 2013.

⁴⁰ Ibid.



obligaciones de ambos, a la suspensión de los contratos individuales de trabajo, a la terminación de los contratos de trabajo, a los salarios y las medidas que lo protegen, el salario mínimo y su fijación, a las jornadas de trabajo, a los descansos semanales, días de asueto y vacaciones anuales.

Lo relacionado a trabajos sujetos a regímenes especiales, tales como el trabajo agrícola y ganadero, el trabajo de mujeres y menores de edad, el trabajo a domicilio, el trabajo doméstico, el trabajo de transporte, el trabajo de aprendizaje, el trabajo en el mar y en las vías navegables y, por último, la higiene y la seguridad en el trabajo.

3.2.2. Derecho colectivo del trabajo

El derecho colectivo del trabajo es el que dentro de la disciplina general del derecho del trabajo, regula las relaciones entre patronos y trabajadores, no de modo individual, sino que en atención a los intereses comunes a todos ellos o a los grupos profesionales.

“Está constituido por la exposición y estudio de las distintas instituciones que tradicionalmente se reconocen, los distintos cuerpos normativos que nacen con motivo de la aplicación del derecho colectivo del trabajo, la potestad estipulativa en el ámbito laboral, la previsión social y la participación de los trabajadores en la política estatal. Establece normas sobre asociaciones profesionales, convenios colectivos, conciliación, arbitraje, huelga, paro, desocupación y lock-out. Cabe, también, incluir en él las normas sobre previsión social.”⁴¹

⁴¹ Echeverría Morataya, Rolando. **Derecho del trabajo**. Pág. 1



El derecho colectivo de trabajo “abordará las relaciones jurídicas, los conflictos jurídicos y otros aspectos de los nexos y enfrentamientos laborales, colectivamente.

Se referirá de modo primordial a los trabajadores y a los empresarios o patronos como sectores o núcleos sociales, en sus coincidencias u oposiciones, en su aglutinación profesional, que se prolongará después en los riesgos propios de sus actividades y en las responsabilidades que de ellas derivan.”

El derecho colectivo de trabajo incluye también, cuestiones como el derecho a la seguridad social, que debe entenderse como el aporte que los trabajadores en conjunto pagan a la institución encargada de percibir dichos fondos a efecto de que en la vejez de aquellos, puedan acceder a una jubilación digna que se financia con parte de los fondos aportados.

“Una moderna corriente doctrinaria tiende a reunir el derecho sindical, el derecho normativo laboral (el relacionado con las convenciones colectivas de trabajo) y el derecho de los conflictos colectivos (huelgas y paros, conciliación y arbitraje) en una rama del derecho laboral que se denomina derecho colectivo de trabajo.”⁴²

Se centra en abordar los problemas, fenómenos y soluciones de los trabajadores y de los patronos, pero ya no en forma individual, sino como conglomerado, como asociación, como conjunto, para lo cual, doctrinaria y jurídicamente, la legislación ha contemplado figuras jurídicas ad hoc para solventar dicha problemática.

⁴² <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1565/15> Consultado el 12 de enero de 2013.



3.3. Principios del derecho del trabajo

Los principios del derecho del trabajo son aquellas normas o postulados fundamentales de interpretación o de suplencia de la ley en esa materia.

Los principios del derecho del trabajo son aquellas características ideológicas que se encuentra en la parte considerativa del Código de Trabajo.

Son principios técnicos y prácticos que se encuentran en las normas jurídicas, en la parte expositiva del Código de Trabajo. Son principios de justicia social, tal como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 101.

a) De tutelaridad

“Deriva de la palabra tutela, que significa “dirección, amparo, protección o defensa. Es decir, que el principio de tutelaridad, significa protección jurídica preferente al trabajador frente al patrono o Estado en determinadas situaciones; el presente principio busca compensar la desigualdad económica de los trabajadores frente a los patronos.”⁴³

En la literal a) del cuarto considerando del Código de Trabajo cuando manifiesta que “el derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente.”

⁴³ Tomas Moro, A. *Ob. Cit.* Pág. 1353



Puede encontrarse el principio de tutelaridad, también, en el Artículo 12 del mencionado cuerpo legal, el cual regula la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, la cual puede manifestarse en la no disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Trabajo, sus reglamentos y demás cuerpos de leyes otorgan a los trabajadores, aunque se encuentren en un reglamento interior de trabajo, un contrato de trabajo u otro pacto o convenio de menor rango, las cuales devienen en nulas de pleno derecho y no obligan a los contratantes.

El Artículo 78 del Código de Trabajo se aprecia la tutelaridad del derecho del trabajo, cuando preceptúa que el patrono habrá de probar la causa justificada de la terminación del contrato individual de trabajo, empero, el trabajador tienen el derecho, irrenunciable por virtud del presente principio, para emplazar al patrono ante los tribunales de trabajo y previsión social, con el objeto de probar la causa justificada del despido.

En caso de que el patrono no pueda probar la causa justa del despido, deberá, por mandato legal, pagar al trabajador, las indemnizaciones que le puedan corresponder, y a título de daños y perjuicios, los salarios que el trabajador hay dejado de percibir desde el momento del despido hasta el pago de su indemnización, los cuales no pueden superar el monto de 12 meses, y además, el pago de las costas judiciales.

En relación a la demanda, las disposiciones relativas a la presentación, aceptación y diligenciamiento de la prueba no es aplicable a los trabajadores en casos de despido, pues el derecho del trabajo está buscando proteger la debilidad económica del trabajador despedido de manera que no tenga que realizar gasto de recursos en



presentación de pruebas, pero sí obliga a la parte patronal a ser el obligado a presentar las pruebas, es decir, que la carga de la prueba corresponde al patrono.

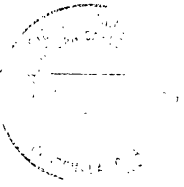
En el período de sentencia del juicio ordinario laboral, el principio de tutelaridad se presenta en el Artículo 358 del cuerpo legal precitado, regulando que al momento de que el demandado no comparezca a la primera audiencia sin causa justa y haya sido legalmente notificado para prestar confesión judicial en dicha audiencia, el juez, sin más trámite, dictará sentencia dentro de 48 horas de celebrada la audiencia. De la misma manera se procederá, sigue regulando el mismo Artículo, cuando se trate de demandar por despido injusto, aunque no hubiere sido ofrecida la prueba de confesión judicial de la parte demandada.

El denominado in dubio pro operario, se encuentra consagrado en el párrafo último del Artículo 106 de la Constitución Política de la República preceptua que: “En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.”

b) Evolutivo

“Hipótesis que pretende explicar todos los fenómenos, cósmicos, físicos y mentales, por transformaciones sucesivas de una sola realidad primera, sometida a perpetuo movimiento intrínseco, pasa de lo simple a lo compuesto y heterogéneo.”⁴⁴

⁴⁴ Tomas Moro, A. *Ibid.* Pág. 615



La palabra evolutivo deriva de la palabra evolución, que significa desarrollo de las cosas u organismos, por medio del cual pasan gradualmente de un estado a otro. Desarrollo o transformación de las ideas o de las teorías.

Dicta el avance, desarrollo o mejora de las condiciones generales de trabajo dentro de las empresas para los trabajadores, en esencia, el principio evolutivo manda a que las condiciones de trabajo, lo que implica no solo las condiciones del lugar de trabajo, sino, además, salario, prestaciones, vacaciones, permisos y beneficios, sean siempre, solamente susceptibles de mejora, nunca en detrimento de los mismos.

El principio se aprecia en la parte considerativa del Código de Trabajo, específicamente en el 4º considerando, al expresar que: “El derecho del trabajo constituye un mínimo de garantías sociales, protectoras del trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica”.

Un ejemplo del principio evolutivo dentro del Código de Trabajo es el Artículo 20, el cual regula que el contrato individual de trabajo no solamente obliga a las partes en lo que contiene, sino que, además, a la observancia de los derechos y obligaciones que otorgan el cuerpo legal mencionado o las convenciones internacionales ratificados por el Estado de Guatemala, tomando en cuenta, siempre, el que ofrezca beneficios superiores para los trabajadores.

El contrato individual de trabajo deberá observar lo relacionado a las ventajas económicas que resulten de la buena fe, la equidad, el uso y costumbres del lugar o de la ley; continua regulando el mencionado Artículo que, como excepción por virtud de la



situación económica que atraviese la empresa y siempre que sea comprobada la misma, las condiciones pactadas en el contrato individual de trabajo pueden ser modificadas de manera fundamental o de forma permanente con autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con la condición si ne qua non de que dichas condiciones se encuentren por encima del mínimo requerido por la legislación permanente.

c) De obligatoriedad

“Es una imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.”⁴⁵

El derecho laboral debe ser observado imperativamente para su cumplimiento, o debe ser cumplido de forma coercitiva, en su caso, esto es, que debe ser aplicado de forma forzosa, no opcional, lo que debe interpretarse, por ejemplo, que cuando surja un conflicto entre dos personas en las que una de ellas cumpa el papel de patrono y otra de trabajador, el derecho del trabajo debe ser la única disciplina a aplicar para dirimir las controversias en el ámbito de lo laboral, sin embargo, no debe olvidarse que en situaciones que se lleven a cabo dentro del ámbito de lo laboral, pero que no pertenezcan al mismo, sí deben ventilarse frente otros órganos jurisdiccionales, tal sería el caso de un delito.

⁴⁵ Tomas Moro, A. *Ibid.* Pág. 966



El Código de Trabajo, en la literal c) del cuarto considerando establece: “El derecho de trabajo es un derecho necesario e imperativo, o sea de aplicación forzosa en cuanto a las prestaciones mínimas que conceda la ley, de donde se deduce que esta rama del derecho limita bastante el principio de la autonomía de la voluntad, propio del derecho común.”

Todos los derechos, garantías y libertades que protegen el derecho del trabajo son de carácter irrenunciable y que se perfeccionan por medio del contrato individual o colectivo de trabajo, que se lleva a cabo por mera voluntad de las partes, el mismo está condicionado y supeditado al ordenamiento jurídico vigente en materia laboral.

Se puede observar el principio de obligatoriedad en el Artículo 14 del Código de Trabajo cuando regula que: “El presente Código y sus reglamentos son normas legales de orden público, y a sus disposiciones se deben sujetar todas las empresas de cualquier naturaleza que sean, existentes o que en lo futuro se establezcan en Guatemala.”

El principio de obligatoriedad le imprime y patentiza el carácter de derecho público, el cual debe ser observado y cumplido por todas las personas que, por virtud de sus preceptos, se encuentran obligadas, sea en calidad de trabajadores o en calidad de patronos.

d) De realismo

El principio de realismo expresa que el derecho del trabajo y sus instituciones, deben encontrarse apegados a la realidad social en la que se encuentra inmerso, esto es, observando el contexto social, económico y jurídico de una nación.



Se encuentra palpable en la literal d) del cuarto considerando del Código de Trabajo, al establecer que: “El derecho de trabajo es un derecho realista y objetivo (...) porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad, es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes, ... porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles.”

En el Artículo 89 del Código de Trabajo se puede ejemplificar el principio realista cuando regula que: “Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se deben tomar en cuenta la intensidad y calidad del mismo, clima y condiciones de vida.”

En el Artículo 103 del Código de Trabajo, también establece que: “Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra sus necesidades normales de orden material, moral y cultural y que le permitan satisfacer sus deberes como jefe de familia.”

Puede verificarse, además, en el Artículo 412 del mismo cuerpo legal, cuando estatuye que “los Tribunales de Conciliación y Arbitraje apreciarán el resultado y el valor de las pruebas, según su leal saber y entender, sin sujetarse a las reglas del derecho común”.

Provee de una herramienta invaluable para las comisiones encargadas de fijar el salario mínimo.

Los jueces de trabajo encargados de resolver controversias entre trabajadores y patronos, en ambos casos, los funcionarios deben de tomar en consideración no sólo la

5

situación personal de las partes, sino que además el contexto social, político y económico en el que se desenvuelven.

e) De sencillez

“Que no tiene artificio ni composición. Dícese de lo que tiene menos cuerpo que otras cosas de su especie. Que carece de ostentación y adornos. Que no ofrece dificultad para su aplicación.”⁴⁶

El principio de sencillez hace del derecho del trabajo una disciplina poco formal, lo cual se observa en el quinto considerando del Código de Trabajo, el cual manifiesta que: “Para la eficaz aplicación del Código de Trabajo, es igualmente necesario introducir radicales reformas a la parte adjetiva de dicho cuerpo de leyes, a fin de expeditar la tramitación de los diversos juicios de trabajo, estableciendo un conjunto de normas procesales claras, sencillas y desprovistas de mayores formalismos, que permitan administrar justicia pronta y cumplida.”

El contrato individual de trabajo puede ser verbal, además el procedimiento de todos los juicios de trabajo y previsión social debe ser oral y en el segundo párrafo del mismo, al regular que no es necesaria la intervención de asesor en algunas circunstancias.

El principio de sencillez opera, cuando se permite la interposición de la demanda de forma oral.

⁴⁶ Echeverría Morataya, Rolando. **Ob. Cit.** Pág. 123



f) Conciliatorio

El principio de conciliación hace que el derecho del trabajo sea eminentemente ágil, al proveer de herramientas para que patronos y trabajadores limen asperezas sin la necesidad de llegar hasta un juicio ordinario laboral, lo cual redundaría en desgaste para ambas partes, tal es el caso de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje en materia laboral, los cuales buscan llegar a un acuerdo o solución equitativa.

“Conciliar es componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. Conformer dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias. Granjear o ganar los ánimos y la benevolencia.”⁴⁷

El principio conciliatorio se observa en el último considerando del Código de Trabajo al preceptuar que: “Las normas del Código de Trabajo deben inspirarse en el principio de ser esencialmente conciliatorias entre el capital y el trabajo.”

El Artículo 293 del Código de Trabajo, establece: “La finalidad esencial de los tribunales de conciliación y arbitraje es mantener un justo equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del capital y del trabajo.”

El Artículo 340 del mismo Código preceptúa, en relación al principio conciliatorio que: “Contestada la demanda y la reconvencción, si la hubiere, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuánimes de conciliación y aprobará en el acto cualquier fórmula de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríen las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables.”

⁴⁷ Echeverría Morataya, Rolando. *Ibid.*. Pág. 352



3.4. Fuentes del derecho del trabajo

“Una fuente es el principio, fundamento u origen de una cosa. Documento, obra o materiales que sirven de información o de inspiración a un autor. Recibir conocimientos de buenos maestros o en buenas obras, o adquirir noticias de personas o en lugares dignos de todo crédito.”⁴⁸

Son aquellos recursos de los cuales se nutre el derecho del trabajo para la creación, desarrollo e implementación de sus instituciones, tanto de tipo sustantivo como de tipo adjetivo.

a) Reales

Las fuentes reales del derecho del trabajo son aquellos fenómenos sociológicos, económicos y políticos que dieron origen y que, aún en la actualidad, nutren al derecho el trabajo.

“Se denominan, también primarias o materiales del derecho del trabajo, y se encuentra constituido por las causas económicas, sociales, políticas y culturales que existen en el ámbito temporal de un pueblo determinado”⁴⁹.

b) Formales

Vinculadas directamente a la aplicación de la ley, que según el sistema jurídico guatemalteco, establecen la preeminencia de la ley para ser aplicada a las situaciones

⁴⁸ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 389

⁴⁹ Echeverría Morataya, Rolando. **Ob. Cit.** . Pág. 45



determinadas, pero en caso de vaguedad o insuficiencia de la ley, permiten a las autoridades judiciales la aplicación de disposiciones que no tienen carácter legislativo, o bien posibilitan el uso de razonamientos que fundamenten la aplicación extensiva, o restrictiva, de la ley.

“Las fuentes formales del derecho del trabajo son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.”⁵⁰

c) Legislativas

Son todos aquellos cuerpos legales que contienen normas de observancia general que afectan, de manera directa o indirecta, las relaciones patrono-trabajador, crean y prevén los conflictos que pudieran suscitarse entre ellos y las instituciones encargadas de dirimirlos.

Entre las fuentes legislativas se encuentran, como norma suprema, la Constitución Política de la República de Guatemala, los Tratados y Convenciones en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, el Código de Trabajo y sus reformas, los Acuerdos Gubernativos en materia laboral y los Convenios aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala en materia socio-económico-laboral que no pertenecen al ámbito de los derechos humanos.

⁵⁰ Echeverría Morataya, Rolando. *Ibid.* Pág. 45



d) Contractuales

El contrato, sea en forma individual o en forma colectiva, es una fuente del derecho del trabajo, porque esta es la forma más individualizada de las relaciones patrono-trabajador, si bien es cierto, es la que menos fuerza jerárquica posee, es importante, porque si otorga más beneficios y garantías en favor del trabajador que las demás, entonces adquiere un mayor rango.

3.5. Derechos y obligaciones que nacen del contrato individual de trabajo

En relación a los derechos y obligaciones de los patronos, cabe mencionar que, en ese sentido, existe una correlación entre los unos y los otros, pues es forzoso que la obligación del patrono es un derecho del trabajador, y viceversa, la obligación del trabajador es un derecho del patrono.

a) Obligaciones del patrono

“El derecho del trabajo por tener una vía de crecimiento en beneficio de los trabajadores, generalmente ha contemplado a favor de éstos, todas las alternativa que pudieren serles de interés, y siendo el campo de obligaciones patronales muy prolijo y su forma de sustentaras bien establecido, quizá no pueda considerarse que existan obligaciones de los patronos, no contempladas en la ley, sin embargo para efecto de brindar protección al trabajador y para garantizarle el goce de las garantías que le han



sido concedidas⁵¹.

Las obligaciones del patrono son, entre muchas otras, el envío de un informe impreso anual que contenga los egresos totales que haya tenido en concepto de salarios, bonificaciones y cualquier otra prestación económica durante el año anterior.

Los nombres y apellidos de sus trabajadores, expresando la edad, nacionalidad, sexo ocupación, número de días laborados en forma individual, y el salario que les haya correspondido; preferir en igualdad de condiciones, a los guatemaltecos sobre los extranjeros.

Guardar a los la debida consideración, absteniéndose de dar malos tratos, tanto de palabra como de oba; dar a los trabajadores, oportunamente, los útiles, instrumentos, insumos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido y proporcionar un local seguro para guardarlos; permitir la inspección y vigilancia que las autoridades de trabajo practiquen en su empresa.

Pagar al trabajador el salario correspondiente al tiempo que éste pierda cuando se vea imposibilitado para trabajar por culpa del patrono; conceder a los trabajadores el tiempo necesario para ejercer el derecho al voto sin reducción del salario; procurar por todos los medios la alfabetización de los trabajadores que lo necesiten; y conceder las licencias con goce de sueldo que la ley contempla.

⁵¹ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. **Los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca.** Pág. 102



b) Prohibiciones del patrono

“Al igual que en el caso de las prohibiciones a los trabajadores, las prohibiciones a los patronos van dirigidas a establecer la paz laboral, con la diferencia que acá no se pretende evitar el orden que se pueda dar en las relaciones laborales, sino evitar los excesos que se pudieran cometer por parte del patrono, pues es él quien tiene la dirección de la relación de trabajo”⁵².

Entre las prohibiciones del patrono, el Código de Trabajo regula, entre otras, las de inducir o exigir a sus trabajadores a que compren sus artículos de consumo a determinados establecimientos o personas.

Exigir o aceptar dinero u otra compensación de los trabajadores como gratificación para que se les admita en el trabajo o por cualquier otra concesión o privilegio que se relacione con las condiciones de trabajo en general.

Obligar o intentar obligar a los trabajadores a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan o ingresar a unos u otros; influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas.

Retener por su voluntad las herramientas u objetos del trabajador, ya sea como garantía o a título de indemnización; hacer o autorizar colectas o suscripciones obligatorias entre sus trabajadores, con excepción de las mandadas por la ley.

Dirigir o permitir que se dirijan los trabajos en estado de embriaguez o bajo la influencia

⁵² Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. *Ibid.* Pág. 123



de drogas estupefacientes o similares.

Ejecutar cualquier otro acto que limite, restrinja, tergiverse o conculque los derechos y garantías que el ordenamiento otorga al trabajador.

d) Obligaciones del trabajador

“Las obligaciones de los trabajadores pueden clasificarse en generales o genéricas, y en específicas; el primer caso, son aquellas situaciones que no devienen taxativamente de una norma jurídica, sino de la aplicación de la lógica jurídica o los principios que orientan al derecho del trabajo, y en segundo caso, a aquellas situaciones que sí están expresamente contempladas por la ley”⁵³.

Entre las obligaciones de los trabajadores se pueden mencionar, entre otras, el desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad quedan sujetos en todo lo concerniente al trabajo.

Ejecutar el trabajo con la eficiencia, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos; restituir al patrono los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se les faciliten para el trabajo.

Observar buenas costumbres durante el trabajo, someterse a reconocimiento médico a solicitud del patrono para comprobar que no padece alguna enfermedad profesional contagiosa o incurable; guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente; y observar

⁵³ Matos, José. **Curso de derecho internacional privado**. Pág. 100



rigurosamente las medidas preventivas emitidas por el patrono o por las autoridades competentes.

e) Prohibiciones del trabajador

Las prohibiciones establecidas por la ley a los trabajadores, tratan de evitar que éstos se conduzcan inadecuadamente durante el trabajo, previendo que éstos puedan asumir actitudes que produzcan desorden en la empresa, su objetivo es el orden y la paz laboral.

El trabajador no puede abandonar el trabajo en horas laborables sin justa causa, sin licencia del patrono o de sus jefes inmediatos; hacer propaganda política dentro del establecimiento o en horas de trabajo; trabajar en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas estupefacientes o similares.

Usar los útiles o herramientas suministrados por el patrono para objeto distinto; portar armas de cualquier clase durante las horas laborables; y la ejecución de hechos o violación a las normas de trabajo, que constituyan actos manifiestos de sabotaje contra la producción normal de la empresa.





CAPÍTULO IV

4. El derecho migratorio

La migración se ha presentado a la humanidad desde sus inicios, en un principio, al no existir los modernos Estados se llevaba a cabo solamente con fines de subsistencia, buscando lugares con mejor clima, mejores recursos hídricos, más seguros, en donde la recolección y la caza fueran más seguros, etcétera, situación que cambió cuando se comenzaron a delimitar los territorios debido al inicio de los estadios primigenios de lo que se denominaría en un futuro la propiedad privada.

“Migración, con este término se designan los movimientos y traslados de personas, sea dentro del país mismo o atravesando los límites de dos o más Estados. A comienzos del siglo XX y al finalizar las dos Guerras Mundiales, América recibió un gran aporte migratorio, proveniente de distintos países europeos.”⁵⁴

En la actualidad, esos movimientos migratorios tienen, principalmente, carácter interno y son determinados por la búsqueda de mejores condiciones de trabajo.

“Emigración es el desplazamiento humano masivo y más o menos voluntario. El fenómeno se ha dado desde el comienzo de la historia y los móviles han sido variados: el agotamiento del suelo, la huida de guerras o pestes, el crecimiento demográfico, el afán de conquista, el trabajo mejor remunerado, sobre todo en los dos últimos siglos.”⁵⁵

⁵⁴ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 598

⁵⁵ Matos, José. **Ob. Cit.** Pág. 363



Las emigraciones, que fueron en un principio naturales y desorganizadas, han adquirido hoy verdadera planificación, y es preocupación de los Estados fomentar y organizar el desplazamiento, a fin de solucionar, por un lado, problemas de falta de espacio y alimentación, y por otro, la carencia de mano de obra.

Puede considerarse como un sinónimo de los términos migración e inmigración, aunque visto desde diferentes puntos de vista, la emigración, empero, es de carácter masivo, principalmente y constituye la salida de un lugar.

“Inmigrar significa, llegar a un país para establecerse en él los que están domiciliados en otro. Se dice, especialmente, de los que forman nuevas colonias o se domicilian en las ya formadas.”⁵⁶

Constituye la otra cara de la emigración, de la salida del país propio para instalarse en otro. De ahí resulta que son términos que juegan inseparablemente, porque todo emigrante se convierte en inmigrante, y viceversa, todo inmigrante ha tenido que ser emigrante.

La inmigración constituye un hecho de notorias repercusiones sociales y políticas, que afecta de distinto modo a las naciones con exceso o con defecto de población. El término migración sería el género, y los términos emigración e inmigración vendrían a ser las especies, pues identifican aspectos más particulares, menos generales de la migración, denotando, el primero, la salida de un territorio y, el segundo, la entrada a otro territorio.

⁵⁶ Matos, José. *Ibid.* Pág. 499



4.1. Antecedentes del derecho migratorio

“La historia y la prehistoria de la humanidad hacen referencia a los grandes movimientos culturales, económicos, geográficos y políticos que dieron origen a desplazamientos en masa de la población, tanto espontáneos, como forzados. Ejemplos de las migraciones históricas son las migraciones humanas prehistóricas del paleolítico que constituyeron el primer proceso efectivo en la expansión de la humanidad hace más de 60 mil años, tomando en cuenta el origen africano de los humanos modernos.”⁵⁷

La migración de los seres humanos es un fenómeno mundial y está presente en todas las épocas de la historia y en todas las partes de nuestro planeta. Estos movimientos de la población se han venido incrementando, sobre todo por el enorme desarrollo de los medios de comunicación a partir de la revolución industrial.

“La agricultura intensiva bajo riego, la cual trajo consigo un desplazamiento enorme de la población en los continentes africano y asiático, primero, y europeo y americano, después, en el que millones de personas abandonaron su modo de vida nómada para hacerse sedentarios. La formación de los primeros imperios en el Oriente Medio y en el Mediterráneo oriental, como Mesopotamia, Egipto, Persia, Media, Grecia, Macedonia y Fenicia, y en el Mediterráneo occidental, como Cartago y Roma, trajo consigo grandes desplazamientos de pobladores y soldados, que se encargaron de ocupar, tanto libremente como por la fuerza, nuevas tierras. El caso de los colonos romanos que se establecieron en la antigua Dacia, actual Rumanía, puede servir de ejemplo de estos desplazamientos. El período de las grandes migraciones sirvió para que muchos

⁵⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Migraci3n> Consultado: Guatemala, 15 de enero de 2013



pueblos indoeuropeos se establecieron a ambos lados de los límites del Imperio Romano. El feudalismo tuvo un efecto dual en cuanto se refiere a las migraciones de población, por una parte fijó a los campesinos al suelo, es decir, a la tierra y a las aldeas de los distintos feudos. Por la otra, aunque redujo el comercio, aumentó enormemente las guerras de conquista entre los feudos existentes, lo cual dio origen a verdaderas invasiones y desplazamientos masivos de la población, que fueron creciendo con el aumento y transformación de algunos feudos en los denominados Estados Nacionales a fines de la Edad Media, lo que, a su vez, determinó la decadencia definitiva del sistema feudal.”⁵⁸

El adelanto en la civilización social de los pueblos, se comienzan a esbozar los primeros atisbos de lo que en adelante serían las ciudades y luego los Estados, con la consiguiente lucha por el poder y dominio de los mismos, sin olvidar que, pronto, se llevarían a cabo movimientos sociales, políticos y tecnológicos que presentarían al ser humano una nueva visión de lo que le deparaba el futuro, la Revolución Industrial, la Revolución Francesa y la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, entre otros.

“Los comienzos de la Edad Moderna marcan el inicio de los viajes de descubrimientos, al formación de Imperios de ultramar, la colonización de otros continentes y países por parte, principalmente, de los países europeos. La ocupación progresiva de América del Norte por parte de los españoles, franceses e ingleses se hizo más intensa con el descubrimiento del oro y la plata en el oeste del territorio en 1848, pero esta ocupación, sobre todo en el siglo XIX, tuvo caracteres muy distintos a la expansión colonial en

⁵⁸ Matos, José. *Ob. Cit.* Pág. 363



Hispanoamérica durante la época colonial”⁵⁹.

El desarrollo de la navegación dio lugar a unos desplazamientos masivos de millones de personas que, al mismo tiempo que dieron origen a una verdadera despoblación en muchos países europeos, sirvieron para fundar y poblar muchos países nuevos, sobre todo en América.

Fue un proceso que puede considerarse, al mismo tiempo, como una invasión y hasta un genocidio, especialmente en los primeros tiempos, pero también como la fundación y desarrollo de un nuevo mundo con una mayor calidad de vida.

Muchos de los desarrollos técnicos iniciados en Europa pasaron rápidamente al continente americano, como el uso del caballo, puentes, acueductos, caminos, molinos, plantas de cultivo, fraguas.

En este estadio de la historia, ya los Estados comienzan a tomar la forma tal y como se conocen en la actualidad, sin embargo, aún faltaba mucho camino por recorrer, se hubo de necesitar un par de conflictos a nivel mundial para que dichos Estados se dieran cuenta de la necesidad de conformar un derecho que regulara, no solo las relaciones que se llevarían con ocasión de la conformación de dichas entidades, las migraciones que se llevarían a cabo.

“El desarrollo de la revolución industrial dio origen al mayor proceso migratorio de la historia que no ha terminado aún, sino que está tomando nuevas formas, el llamado éxodo rural, que involucró a miles de millones de campesinos en todo el mundo, que

⁵⁹ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. **Ob. Cit.** Pág. 123



fueron dando origen, a su vez, al crecimiento descontrolado y excesivo de ciudades enormes. La gran emigración europea, que data desde 1800 a 1950, relacionada con el éxodo rural, millones de europeos pobres emigraron principalmente hacia los continentes de América y Australia. A partir de 1950 y en adelante, se ha venido desarrollando un proceso emigratorio de dimensiones incalculables en los países del tercer mundo, especialmente en los más poblados. También relacionado con el éxodo rural que en el tercer mundo comenzó después que en Europa, millones de personas de los países no desarrollados iniciaron un proceso de migraciones hacia Estados Unidos, Europa, Canadá, Japón y Australia, principalmente. Y la dimensión interna de esta gran emigración siempre ha sido mucho mayor que la internacional, lo que está avalado por el hecho notorio de que las grandes ciudades más pobladas del mundo actual han surgido precisamente, en países del tercer mundo.⁶⁰

El comercio y la industria promovieron en gran medida, las migraciones a las grandes urbes económicamente fuertes, provocando, de esa manera, una fuerte e íntima relación entre el derecho migratorio, el derecho mercantil y el derecho del trabajo, situación que se ha mantenido hasta la actualidad.

La importancia que tienen las migraciones de personas, son importantes en las políticas migratorias de los países siempre tienden a proteger a los ciudadanos del país, lo que redunda en cuerpos legales, tanto de carácter nacional como internacional para regular dichos movimientos, pues ello implica proteger aspectos de carácter social, económico y político.

⁶⁰ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. *Ibid.* Pág. 225



4.2. La nacionalidad

“La nacionalidad es la condición y carácter peculiar de los pueblos y habitantes de una nación. Estado propio de la persona nacida o naturalizada en una nación.”⁶¹

La definición legal de nacionalidad guatemalteca es la que provee el Decreto número 1613 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Nacionalidad, a saber, que es “el vínculo jurídico-político existente entre quienes la Constitución Política de la República (de Guatemala) determina y el Estado de Guatemala. Tiene por fundamentos un nexo de carácter social y una comunidad de existencia, intereses y sentimientos, e implica derechos y deberes recíprocos.”

En el Artículo 144 de la Constitución Política de la República, se establece que: “Son guatemaltecos de origen, quienes poseen nacionalidad guatemalteca, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, en naves o aeronaves guatemaltecas, y los hijos de padre o madre guatemaltecos nacidos en el extranjero.”

Son guatemaltecos, quienes obtengan su naturalización de conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, a ellos se les reconocen los mismos derechos que los guatemaltecos de origen, excepto por las limitaciones establecidas por la ley.

“La nacionalidad es un vínculo específico que une a una persona determinada con un Estado particular, fija su permanencia a dicho Estado, le da derechos a reclamar la protección del mismo y la somete a las obligaciones impuestas por sus leyes; vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un

⁶¹ Tomas Moro. A. **Ob. Cit.** Pág. 943




Estado constituye, según el derecho interno y el derecho internacional; lazo jurídico que une a los individuos con el Estado y que los hace sujetos del mismo; vínculo que une a un individuo a un Estado, a un grupo social autónomo, organizado e independiente; vínculo que lo obliga a someterse a las leyes que dicten las autoridades encargadas de cumplirlas; vínculo político y jurídico que existe entre la persona y el Estado, como origen y garantía de deberes y derechos recíprocos.

La nacionalidad es un vínculo con un Estado, y por consiguiente, éste será el llamado a determinar las condiciones y forma en que se establece, se pierde, se recupera, se revoca.⁶²

El vínculo tiene las características siguientes:

- Es un vínculo no voluntario en su origen para los Estados que adoptan el ius soli;
- Es un vínculo voluntario en su permanencia para los Estados que adoptan el ius soli, porque sus nacionales pueden a voluntad cambiar de nacionalidad;
- Es un vínculo necesario porque todo individuo debe pertenecer al régimen político de algún Estado; la excepción sería el caso de los apátridas por pérdida de memoria, apátrida por otras circunstancias no voluntarias y apátridas por despojo; y
- Es un vínculo exclusivista ya que en teoría, ningún individuo puede poseer más de una nacionalidad; se dice que en teoría, porque en la práctica hay algunos Estados que sí aceptan esta doble nacionalidad haciendo aplicación del ius sanguinis, pero

⁶² Larios Ochaíta, Carlos. **Derecho internacional privado**. Pág. 75



ante un problema jurídico el juzgador reconocerá jurídicamente sólo una nacionalidad.

La nacionalidad es, pues, aquel vínculo que une a la persona con el lugar en que nació, o en que nacieron sus padres, o, aquel que por virtud, se elija a cierta edad, lo cual crea una correspondencia de obligaciones y derechos entre la persona y el Estado, asimismo, cada Estado regula la adquisición de dicho estatus, de conformidad con sus políticas internas, las cuales, de manera directa, afectan los referidos derechos y deberes recíprocos.

4.3. Formas de obtener la nacionalidad

Existen dos forma de obtener la nacionalidad, a saber, el ius soli y el ius sanguini.

a) Ius soli

“El ius soli es una alocución latina que significa el derecho del suelo. Este tecnicismo da a entender que la nacionalidad y los derechos de una persona se rigen por la legislación del país en que ha nacido, sin perjuicio del derecho de opción que pueda corresponderle al llegar a determinada edad.”⁶³

El ius soli es, pues, la forma o modalidad de adquirir la nacionalidad por haber nacido en el territorio de una nación, o en un lugar o transporte perteneciente a cierta nación. Es un nexa que se da entre una persona y un territorio por virtud de haber nacido en él.

⁶³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 519



“Los romanos lo consideraron un vínculo de sangre y de culto; los germanos lo consideraron un vínculo tribal; en la Edad Media nació el vínculo con la tierra, dando origen al ius soli, que se exageró hasta prohibir la emigración”⁶⁴.

b) Ius sanguini

“Locución latina que significa el derecho de la sangre. La nacionalidad y los derechos de una persona se rigen, según esta expresión, por la legislación de su patria familiar de origen; es decir, por la sangre.”⁶⁵

En ese sentido, los hijos que nacen en país extranjero mantienen la ciudadanía de sus padres. Esto sin perjuicio del derecho de opción que pueda corresponderles al llegar a determinada edad.

El ius sanguini fue una forma de contrarrestar los efectos del ius soli utilizados por algunas naciones que, muchas de las veces, conquistaban o colonizaban a otras, y que al pasar a formar parte del territorio de la primera, exigían que los nacidos en ella fueran proclamados sus ciudadanos.

“Francia, en el Código de Napoleón, introdujo el derecho de sangre, ius sanguinis, por el cual, el francés, hijo de francés, será francés y siempre lo seguirá siendo donde quiera que fuese o se estableciere; muchos códigos se inspiraron en el Código de Napoleón y adoptaron el ius sanguinis para determinar la nacionalidad, con excepción de Gran Bretaña, Dinamarca y Noruega, que adoptaron el ius soli para determinar la

⁶⁴ Larios Ochaita, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 76

⁶⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 519



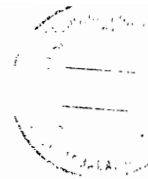
nacionalidad y el domicilio, el estado y la capacidad, corriente, esta última, que adoptó más tarde Estados Unidos de América⁶⁶.

“El ius sanguini es una forma válida de reclamar a los ciudadanos nacidos en otros países, a efecto de proveer a la nación de mano de obra y fuerza militar, entre otros, a pesar de que hayan nacido ultrafronteras.

Entre los efectos de la nacionalidad se pueden mencionar los siguientes:

- a) Otorga derechos políticos;
- b) Impone deberes militares;
- c) Capacita para ciertas funciones públicas;
- d) Da derecho a un pasaporte;
- e) Da derecho a invocar, en ciertos casos, la protección diplomática;
- f) Posibilita la repatriación;
- g) Da derecho a poseer bienes inmuebles en zonas restringidas consideradas de interés nacional por razones de seguridad;
- h) Da derecho a participar como socio en ciertas empresas cuyo objetivo queda reservado a los nacionales de un Estado, por ejemplo, empresas aéreas, empresas

⁶⁶ Larios Ochaita, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 76



marítimas, empresas constructoras de armamento, etcétera;

- i) Da derecho a la práctica de ciertas profesiones liberales que conllevan el depósito de la fe pública del Estado, por ejemplo, el Notariado; y
- j) Da derecho a obtener ciertas concesiones estatales⁶⁷.

La ciudadanía otorga deberes y derechos recíprocos entre un Estado y una persona particular, sin embargo, dentro de las ficciones legales, dichos deberes y derechos recíprocos atañen, de la misma manera, a personas jurídicas, es decir, a sociedades, que en la actualidad, se hacen merecedoras de una nacionalidad a efecto de, no sólo poseer vida jurídica válida, sino para oponerse ante otras por virtud de la conculcación de sus derechos, no solo dentro de su misma circunscripción territorial, sino más allá de sus fronteras.

“Los Estados hoy en día se dividen entre aquéllos que determinan la nacionalidad por el lugar de nacimiento, y aquéllos que determinan la nacionalidad por la nacionalidad de los padres. Los primeros aplican la corriente del *ius soli*, esto es, derecho del territorio, derecho al suelo, derecho del país en el que se vio la luz del sol; y los segundos aplican la corriente del *ius sanguinis*, o derecho de sangre. Entre los que aplican el *ius soli*, están aquellos que lo aplican haciendo abstracción de la nacionalidad de los padres, como Estados Unidos (de Norteamérica), México, concluyendo que solo el hecho físico del nacimiento en su propio territorio reclama la nacionalidad de dicho territorio, y aquéllos que lo condicionan a que los padres posean la nacionalidad del territorio del

⁶⁷ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. *Ob. Cit.* Pág. 77

nacimiento. Dentro de esta segunda posibilidad se encuentran aquellos estados que dejan abierta la puerta para que al llegar a la mayoría de edad, los hijos de padres extranjeros hagan una opción voluntaria y consciente de la nacionalidad correspondiente al territorio de su nacimiento o a la de sus propios padres, Guatemala, por ejemplo. La casi totalidad de los Estados de América adoptan la corriente del *ius soli*, algunos en su sentido estricto, otros condicionando, como ya se mencionó.”⁶⁸

El sistema de obtener la nacionalidad por medio de la modalidad del *ius sanguinis*, tiene su causa en las guerras, pues se consideraban potenciales guerreros todos los hijos de los nacidos en determinada tierra, no importando en qué lugar se encontraran residiendo, aún en territorio enemigo.

“Se puede afirmar que la doctrina del *ius soli* no se sigue de manera estrictamente ortodoxa, sino combinándola en cierta forma con el *ius sanguinis*. Independientemente de lo anterior, la legislación guatemalteca establece que el Estado de Guatemala sólo reconoce la nacionalidad guatemalteca, admitiendo como excepción el caso de los centroamericanos, entonces, el guatemalteco conserva todos sus derechos y obligaciones sin poder oponer la nacionalidad extranjera a la guatemalteca, ni invocar soberanía extranjera.”⁶⁹

4.4. Ciudadanía

Ciudadano es el individuo, miembro del cuerpo social, que interviene en la formación del gobierno, que participa en la sanción de la Constitución y de las leyes por medio de

⁶⁸ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. *Ibid.* Pág. 87

⁶⁹ *Ibid.* Pág. 147



sus representantes, que está facultado para controlar el desempeño de las funciones públicas y que asume una parte de la responsabilidad que incumbe al pueblo como titular de la soberanía. Se puede ostentar la ciudadanía de un país sin tener todos los derechos políticos.

“Es la calidad y derecho de ciudadano. Conjunto de ciudadanos de una nación”⁷⁰

“El habitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país.”⁷¹

“Concepto de difícil definición, por cuanto presenta matices muy diversos. El concepto de la Real Academia de la Lengua resulta sumamente deficiente, porque la ciudadanía más está atribuida a una nación que a una ciudad y porque se puede ser vecino de una ciudad sin ser ciudadano del país. Condición jurídica en cuya virtud los individuos intervienen en el ejercicio de la potestad política de una sociedad determinada. Esto se aproxima más a la verdad, pero no del todo; en primer lugar, porque los residentes de una ciudad de cuya nación no son ciudadanos, pueden ejercitar ciertos derechos políticos, especialmente de orden municipal, y, en segundo término, porque hay ciudadanos, como los que los son por naturalización, que no pueden ejercer algunos derechos políticos, como el desempeño de ciertas magistraturas.”⁷²

La ciudadanía es una institución que habilita para el ejercicio de todos los derechos políticos, y comporta deberes y responsabilidades correlativos respecto del Estado.

⁷⁰ Tomas Moro. A. **Ob. Cit.** Pág. 322

⁷¹ Izquierdo Ávila, Mauricio Rolando. **Ob. Cit.** Pág. 123

⁷² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 163

“La ciudadanía se puede obtener por uno de estos procedimientos: por el nacimiento en el país de que se trate; por opción que pueden efectuar los hijos de nacionales nacidos en el extranjero; por naturalización; en algunos países por matrimonio, y aun por la posibilidad, también con referencia a algunos países, a obtener la doble nacionalidad. Ya se comprende que sobre esta cuestión las legislaciones son divergentes⁷³.”

“Es el vínculo político con una ciudad, o el vínculo de una persona con una ciudad que le otorga derechos políticos e interviene al ejercerlos en el gobierno mismo.”⁷⁴

Es necesario hacer una diferencia entre los términos ciudadanía y nacionalidad, sin embargo, la ciudadanía, se acepta generalmente que tiene una relación intrínseca con el cumplimiento de una edad estipulada por la legislación, a diferencia de la nacionalidad que se relaciona con el lugar de nacimiento o con la nacionalidad de los padres, básicamente.

El Artículo 147 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reputa ciudadanos a los guatemaltecos mayores de 18 años, quienes no tendrán más limitaciones que las reguladas por el ordenamiento jurídico, asimismo, la capacidad civil de derecho se encuentra ligada íntimamente con el cumplimiento de dicha edad, pues el Código Civil regula en el Artículo 8 que la capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad.

“Los términos nacionalidad y ciudadanía a veces son un poco confusos entre sí, al grado que muchas personas los confunden, pero se provee de una comparación

⁷³ Ossorio, Manuel. *Ibid.* Pág. 163

⁷⁴ Larios Ochaíta, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 99



bastante explicativa, a saber: La ciudadanía: a) Introduce (al individuo) a la sociedad política; b) No necesariamente es opuesta a la calidad de extranjero de un Estado; c) Es constitutiva de estado. La nacionalidad por su parte: a) Introduce (al individuo) a la sociedad civil; b) Se opone necesariamente a lo extranjero; c) Es fuente de derechos y obligaciones, no es fuente de estado. Por consiguiente, los vínculos de ciudadanía y nacionalidad son diferentes; no se excluyen, pero tampoco se implican.”⁷⁵

La ciudadanía implica deberes y derechos relacionados con la ciudad en la que elige vivir y asentarse tales como el pago de impuestos, por su lado, la nacionalidad implica deberes y derechos relacionados con el país de origen de la persona o de los padres, y con el ejercicio de derechos políticos como el sufragio.

4.5. La condición de extranjero dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

El extranjero en Guatemala, como casi en la mayoría de los países del mundo moderno, puede ejercer ciertos y determinados derechos, libertades y garantías, generalmente, amparados por la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes; por lo general, los esos derechos, libertades y garantías son derechos humanos debidamente reconocidos por el Estado.

Los extranjeros que ingresan al territorio nacional, lo hacen bajo diferentes status, y depende ese status de las intenciones con que quieran ingresar al país, lo cual se refleja en el tipo de visa que el Estado les otorga; así, para un extranjero que viene con fines turísticos, el Estado de Guatemala le otorgará una visa de turista simple; a un

⁷⁵ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 163



extranjero que viene, por ejemplo, como sacerdote a hacerse cargo de una parroquia, el Estado de Guatemala le otorgará una visa de religioso.

4.6. Tipos de visa que otorga el Estado de Guatemala a los extranjeros

El Artículo 12 de la Ley de Migración, regula que las personas que ingresen al territorio nacional, podrán hacerlo bajo las categorías migratorias de residentes y de no residentes.

a) No residentes

No residentes, o en tránsito aquellas personas extranjeras que ingresen por cualquiera de los lugares autorizados para el tránsito migratorio y cuya permanencia no sea mayor de 72 horas, con la excepción de los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

b) Turista simple

Son turistas, turistas simples o visitantes, aquellas personas que ingresen al país con fines lícitos, sin propósitos de inmigración o residencia, por razones que no impliquen remuneración alguna y por un plazo no mayor de 90 días, mismo que puede ser prorrogable por el mismo período solamente una vez más.

La Ley de Migración puede, y de hecho lo hace, exigir a los extranjeros la acreditación de suficientes medios económicos para poder subsistir de manera decorosa y honrada durante su estadía por el país y de que acrediten tener los medios para regresar a su país de origen o a algún otro, lo cual se hace por medio de la presentación de una



tarjeta de crédito internacional, con la presentación de un boleto aéreo, marítimo o terrestre a nombre del interesado, en el cual aparezca la fecha de salida del país, o con la presentación de algunos cheques de viajero de la denominación de 100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US \$100.00), lo cual, a criterio del investigador no es indicador de que un extranjero viene con fines recreativos ni que posea la capacidad económica referida.

c) Residentes

“Residir es estar de asiento en algún lugar. Asistir uno personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo. Estar o radicar en un punto o en una cosa la esencia de aquello de que se trata.”⁷⁶

La residencia, en Guatemala, es un estatus migratorio que permite al extranjero el ejercicio de ciertos derechos, garantías y libertades, pero de forma limitada, existen dos tipos básicamente y ellos son las residencias temporales y las residencias permanentes, las cuales se otorgan de acuerdo a la naturaleza de la actividad que se pretenda realizar.

c.1.) Residente temporal

Son residentes temporales, según el Artículo 16 de la Ley precitada, los extranjeros a quienes se les autorice permanencia en el territorio nacional por el período de 2 años, con el objeto de dedicarse a cualquier actividad lícita de manera temporal; dicho período puede ser prorrogado a solicitud del extranjero por intervalos iguales; los

⁷⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 1178



residentes temporales están autorizados a realizar trabajos remunerados o invertir capital en Guatemala procedente de fuentes lícitas, a diferencia de los extranjeros en calidad de transeúntes, visitantes o turistas, a quienes les está prohibido.

Para ser residente temporal deberá observarse el procedimiento legal autorizado, llenar el formulario correspondiente y deberá solicitarlo de forma personal o por medio de su representante legal en caso de ser menor o incapaz.

c.2.) Residente permanente

Residentes permanentes son aquellas personas extranjeras que arriban a Guatemala con el objeto de constituir su sede jurídica, esto es, su domicilio, en Guatemala.

Regula el Artículo 21 de la Ley de Migración que pueden optar a la calidad de residentes permanentes los pensionados o rentistas, los inversionistas, el cónyuge, los hijos menores o solteros de los anteriores, los familiares extranjeros de personas nacionales, esto es, cónyuge, padres e hijos, los residentes temporales y aquellas personas que demuestren ser destacadas en los campos de la ciencia, la tecnología, las artes o el deporte.

c.3.) Residente permanente pensionado o rentista

Pueden optar a una residencia permanente aquellas personas que posean ingresos propios, fijos y periódicos provenientes de fuentes lícitas, generados en el extranjero y que decidan permanecer en el territorio nacional sin la intención de dedicarse a algún trabajo remunerado.



Se considera pensionado a la persona que es beneficiaria de una pensión o jubilación provenientes de gobiernos, organismos internacionales o empresa particulares extranjeras.

Se considera rentista a la personas que perciba rentas estables, permanentes por cualquiera de las siguientes razones, a saber, depósitos o inversiones en bancos establecidos en el extranjero, por inversiones en empresas establecidas en el extranjero, por remesas originadas de bienes raíces, sostenimiento religioso o de tipo académico, por inversiones en títulos emitidos en moneda extranjera por las instituciones financieras legalmente autorizadas para operar en Guatemala, por inversiones en títulos emitidos en moneda nacional por instituciones financieras legalmente autorizadas para operar en Guatemala, siempre que se hayan adquirido con recursos obtenidos por el cambio de moneda extranjera en cualquiera de esas mismas instituciones, y por inversiones en títulos emitidos en moneda extranjera o nacional con el Estado o con sus instituciones.

Los residentes permanentes por rentas o por pensiones, pueden solicitar residencia a favor de su cónyuge e hijos menores de edad o incapaces, o los que no siéndolo, comprueben cursar una carrera universitaria y dependan económicamente del solicitante.

Este tipo de residentes permanentes, es decir, los pensionados o rentistas, pueden entrar y salir del país en cualquier momento, estando exonerados del pago de cuotas anuales de residencia.



c.4.) Residente estudiante

Pueden optar a una visa de estudiante, o lo que es lo mismo, a una residencia temporal de estudiante, aquellas personas extranjeras que deseen establecerse en el territorio nacional con el fin de seguir o tomar estudios de cualquier tipo, es decir, en cualesquiera de los centros educativos legalmente reconocidos, la presente visa o residencia tiene una duración de 365 días.

c.5.) Residencia por matrimonio

Pueden optar a la residencia permanente por virtud del matrimonio con persona guatemalteca, las personas extranjeras que demuestren tener como mínimo 1 año de haberlo contraído.

c.6.) Residencia por paternidad

Pueden optar a la residencia permanente, aquellas personas extranjeras que demuestren mediante certificación de nacimiento extendida por el Registro Civil correspondiente, ser padres de un guatemalteco.

4.7. Visas para religiosos, de negocios, de cortesía, oficial y diplomática

Existen otros tipos de residencias o visas, entre los que se encuentran la residencia permanente para religiosos, la cual se extiende a extranjeros que arriban al territorio guatemalteco con el objeto de llevar a cabo un cargo o misión de tipo espiritual, quienes pueden ser pertenecientes a las diferentes religiones, toda vez, como lo regula la

Constitución Política de la República de Guatemala, no contraríen el Estado de derecho, las leyes o el orden público.

La visa de negocios se extiende por los consulados guatemaltecos acreditados en el extranjero y por la Dirección General de Migración, a los extranjeros que viajen por motivo de negocios lícitos, ya sea actuando de forma individual o en representación debidamente acreditada de alguna entidad con carácter lucrativo.

La visa de cortesía es extendida por los agentes diplomáticos o consulares guatemaltecos o por el Ministerio de Relaciones Exteriores a los extranjeros titulares de pasaporte oficial u ordinario que vienen al país en misión especial o, que por su alta jerarquía en el campo político, cultural o científico así lo amerite, de la misma manera se puede otorgar este tipo de visa al cónyuge o a los hijos de aquéllos; la visa de cortesía tiene una validez de 3 meses, prorrogables hasta un mes más y que puede ser utilizada para varias entradas y salidas del territorio.

La visa oficial se extiende por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por los agentes consulares o diplomáticos guatemaltecos en el exterior a las personas extranjeras que portan pasaporte oficial y que viajan en misión oficial.

La visa diplomática la extiende, asimismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores o los jefes de las misiones diplomáticas guatemaltecas debidamente acreditadas en el extranjero a las personas extranjeras que sean agentes diplomáticos o que posean pasaporte diplomático extendido por su respectivo gobierno u organismo internacional debidamente reconocido.



4.8. Países que necesitan una visa consultada en Guatemala

La República de Guatemala, como Estado libre, soberano e independiente, debidamente reconocido por los demás Estados como una unidad política organizada, es decir, como nación, tiene la facultad de reconocer la personalidad de otro u otros Estados, o, por el contrario, no reconocerlos total o parcialmente, es decir, que los reconoce como Estados, empero, por su situación sociopolítica con otros Estados, se encuentra obligada a limitar su esfera de reconocimiento.

Algunas personas provenientes de determinados países no pueden entrar libremente al país, es por esa causa que se crearon diferentes clasificaciones de los Estados, a saber, en la categoría A se encuentran los países cuyos nacionales se encuentran exentos del requisito de visa, en la categoría B los países cuyos naturales necesitan visa consular o que pueden solicitar visa sin consulta, esto es, que no pertenecen a la siguiente categoría, y la categoría C a la que pertenecen los países cuyos inmigrantes necesitan un análisis de la documentación que presentan para otorgarles la visa de entrada al territorio nacional.

Los países que necesitan la visa consultada se encuentran, el Estado Islámico de Afganistán, Albania, República de Angola, Argelia, Armenia, República Popular de Bangladesh, República de Bosnia y Herzegovina, Botsuana, Camerún, República Popular de China, Congo, República Democrática del Congo, república Popular Democrática de Corea del Norte, Cuba, Estado de Eritrea, Etiopía, Ghana, Haití, Indonesia, República de Irak, República Islámica de Irán, Reino Hachemita de Jordania, Kenia, República Democrática Popular de Laos, Líbano, Liberia, Libia, Malí, Mongolia,



Mozambique, Nepal, República Federal de Nigeria, Omán, República Islámica de Pakistán, República de Sierra Leona, República Árabe de Siria, República Democrática de Somalia, República Socialista Democrática de Sri Lanka, República de Sudán, República Democrática Oriental de Timor-Leste, Vietnam y Yemen.

Existen ciertos organismos internacionales que, para entrar al territorio nacional necesitan una visa consultada, tal es el caso de la Autoridad Palestina y la República Democrática Árabe Saharaui.

4.9. Derechos de los residentes temporales

Los derechos de los residentes temporales se limitan al respeto a los derechos que protege y tutela la Constitución Política de la República de Guatemala, los derechos humanos y las garantías procesales judiciales, con excepción de los derechos políticos, los derechos de acceder a puestos y cargos de carácter público y los derechos de acceso a la propiedad en áreas limítrofes.

Les otorgan un ámbito de acción limitado, pues pueden residir en el territorio nacional, pero solamente en calidad de habitantes, no de ciudadanos, mucho menos de nacionales.

Los residentes temporales pueden realizar labores que perciban remuneración, es decir, trabajar, en cualquier profesión, oficio, empleo o arte lícito; pueden permanecer en el territorio nacional por el tiempo estipulado en su visa, y tiene derecho a asentar su domicilio o residencia en el mismo por ese dicho período.



Tienen derecho a prorrogar su estadía en el territorio nacional por períodos de dos años, tienen, además, derecho los residentes temporales a realizar inversiones.

4.10. Derechos de los residentes permanentes

Los derechos de los residentes permanentes son los mismos derechos que de los residentes temporales, sin embargo, algunos de aquéllos tienen ciertas prerrogativas, tales como que los residentes pensionados o rentistas tiene exención de derechos aduaneros de importación, con excepción del impuesto al valor agregado, causados por la introducción al país de su menaje de casa dentro del primer año de residencia, exención del impuesto sobre la renta de las sumas declaradas como provenientes del extranjero.

Exención de algunos derechos aduaneros de importación de vehículos y exoneración del pago de los derechos causados por la inscripción, prórroga y cambio de la calidad migratoria.

Los residentes permanentes que obtengan su residencia permanente por causa de ser cónyuge o padre de un guatemalteco, están dispensados de la obligación de presentar un garante, persona individual o jurídica, para que le ampare dentro del territorio nacional en caso de emergencia e, incluso, correr con los gastos de su repatriación.

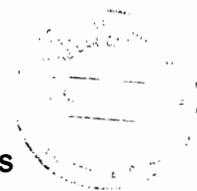
Los extranjeros residentes, temporales o permanentes, tienen el derecho de inscribirse en el libro de extranjeros que para el efecto posee el Registro Nacional de las Personas y obtener, a su costa y con las formalidades de ley, su documento personal de identificación.



4.11. Análisis jurídico de la necesidad del requerimiento mínimo de residencia temporal en el Registro Mercantil de la República de Guatemala a extranjeros que inician una empresa individual

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce un catálogo de derechos, libertades y garantías mínimas inherentes a la persona humana, sin distinción de raza, credo, sexo, edad, idioma, opinión política, posición económica o cualquiera otra, sin embargo, para proteger ciertos aspectos relacionados con los nacionales, es decir, con los guatemaltecos de origen, el Estado toma ciertas medidas legislativas con ese fin.

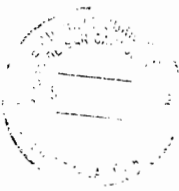
Los diputados de la Asamblea Nacional Constituyente concibieron un Estado de Guatemala, debidamente organizado con el fin de proteger a las personas, en igualdad de condiciones y siendo que, la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la preeminencia de los tratados y convenciones aceptados y ratificados por el Estado en materia de derechos humanos, a todos los habitantes les son aplicables, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles e Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención



Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial, el Convenio 100 referente a la igualdad de remuneración, el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, el convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y el convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

El Código de Derecho Internacional Privado, que trata lo relacionado con el estatus civil de las personas en los diferentes Estados que lo suscribieron, regula en el Artículo 1 que: “Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán, asimismo, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales. Cada Estado contratante puede, por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones especiales, el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de los demás y cualquiera de esos Estados, puede, en tales caso, rehusar o subordinar a condiciones especiales, el mismo ejercicio a los nacionales del primero.”

El Artículo 2 del Código Internacional de Derecho Privado preceptúa que: “Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán, asimismo, en el territorio de los demás, de las garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes. Las garantías individuales idénticas no se extienden, salvo disposición especial de la legislación interior, al desempeño de funciones públicas, al derecho del sufragio y a otros derechos políticos.”



Esto es lo que se denomina principio de reciprocidad, es decir, que un extranjero tiene los mismos derechos que se les otorgan a los ciudadanos del país en que se encuentra ejerciendo uno o varios derechos en su país de origen.

Ese es un principio debidamente reconocido en el derecho internacional, siempre con limitantes en ciertos aspectos sociales y políticos, lo cual es un derecho de las naciones con el fin de proteger su soberanía.

En relación al derecho internacional privado, son, verbigracia, el Artículo 3 del Código de Derecho Internacional Privado, el cual estatuye que: "Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las que siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno; II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional; III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado". El Artículo 4 del mismo cuerpo normativo regula que "los preceptos constitucionales son de orden público internacional."

El Artículo 6 del mismo cuerpo legal internacional estatuye que: "En todos los casos no previstos por éste Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder."



En el ordenamiento jurídico guatemalteco y atendiendo a los principios reguladores del derecho del trabajo, antes de la entrada en vigencia del Decreto número 62-95 del Congreso de la República de Guatemala, reformas al Código de Comercio, por virtud del cual se reformaría el Artículo número 8 de éste último, el cual en su parte conducente regula que: "Los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a personas jurídicas, cuando hayan obtenido su inscripción de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio. En estos casos, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos determinados en leyes especiales."

Lo anterior es una violación clara y flagrante a las leyes laborales, cuyo mayor atributo es el de ser tutelar de los trabajadores, pues, los comerciantes individuales guatemaltecos no reciben el mismo trato que los comerciantes individuales extranjeros, pues, éstos pueden, en algún momento determinado, abandonar el territorio nacional sin haber cumplido las obligaciones en materia laboral que imponen las leyes nacionales, lo cual vulnera el estado de derecho, no sólo en la relación mencionada, sino que, además, deja desamparados los derechos de los trabajadores guatemaltecos, y aún, extranjeros con permiso de trabajo, que laboraban para dicho extranjero en su empresa individual.

El extranjero tiene una ventaja sobre el comerciante guatemalteco, ya que en determinado momento, en que el comerciante individual extranjero incumpla con sus obligaciones laborales, no existe una forma de hacer que las cumpla, pues con las reformas introducidas por el Decreto número 62-95, reformas al Código de Comercio, se intentó promover la inversión extranjera, empero, el costo era muy elevado, debido a que se dejan desprotegidos los derechos laborales de los trabajadores ante un eventual



juicio ordinario de trabajo, aún, en la etapa conciliatoria, el comerciante individual extranjero puede dejar el país aunque se haya comprometido a pagarle a aquél, pues no posee ningún tipo de nexos en el territorio.

Contraria situación sucedería si se exigiera como requisito mínimo la tramitación de la residencia temporal a todos aquellos extranjeros que deseen ejercer el comercio de manera individual, pues para que dicho trámite sea aprobado es requisito la constitución de un garante, el cual puede ser una persona individual o jurídica o un organismo internacional, quien deberá hacerse cargo de las obligaciones del extranjero, aún hasta de los costos de su repatriación, con lo cual se protegerían los derechos de los trabajadores en el caso de un proceso judicial para reclamar pago de prestaciones o salarios.

El garante es un requisito que el Acuerdo Gubernativo número 529-99 del Presidente de la República de Guatemala en Consejo de Ministros, Reglamento de la Ley de Migración, para la autorización de los distintos tipos de residencias, sean permanentes o temporales; el garante, como su nombre lo indica, es aquella persona que garantiza y se responsabiliza de que el extranjero tiene los suficientes medios económicos para que su estadía en Guatemala sea de la forma más decorosa posible y, de ser necesario, cubrir los costos de la misma y hasta la repatriación del extranjero.

La figura del garante está regulada en el Artículo 70 del Reglamento mencionado, estos es, en los requisitos para solicitar visa de residente permanente; de la misma manera, en el Artículo 71 del mismo cuerpo legal, o sea, en los requisitos de la visa de residente temporal, y se encuentra regulado, además, en la solicitud de prórroga de la visa única



en el Artículo 81 del mismo Reglamento.

El garante vendría a ser el asidero del cual penden todas las responsabilidades y obligaciones del extranjero, y sobre todo que el derecho laboral es eminentemente protector, deberá reformarse, entonces, el Artículo 8 del Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, tal y como se encontraba antes de las reforma anteriormente mencionadas, en el sentido de requerir, como mínimo, el trámite de la residencia temporal para autorizar el ejercicio del comercio en forma individual, con el objeto de salvaguardar los derechos de los trabajadores que se encuentran potencialmente ante un riesgo que puede mermar su patrimonio si no se toman las medidas legislativas pertinentes en ese sentido.

Es pertinente, de acuerdo a los argumentos presentados, solicitar como requisito mínimo, el fenecimiento del trámite de la residencia temporal, lo cual lleva implícito el requisito del garante, sin embargo, dicho proceso puede llevar ante la Dirección General de Migración, hasta seis meses, lo cual en lugar de promover la inversión extranjera, la frenaría, provocando el efecto contrario, es decir, la escasez de empleos e inversión; lo que habría que agilizar sería, entonces, el trámite del proceso de solicitud y aprobación, o improbación, de las residencias ante la entidad relacionada.

1111

CONCLUSIONES



1. La Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa la igualdad de industria, comercio y trabajo; en la actualidad, este derecho puede ser ejercido por los extranjeros en las mismas condiciones que los guatemaltecos sin necesidad de requisito o trámite especial, lo que propicia que el extranjero en su calidad de turista pueda ejercer el comercio individual.
2. El trámite de apertura de inscripción como comerciante individual, la apertura de empresa individual, no requiere del extranjero un trámite específico, solamente tienen que presentar, entre otros, su documento de identificación, sin que haya sido iniciado un trámite de residencia, lo que no les provee de arraigo, a diferencia de los guatemaltecos, quienes sí tienen un domicilio específico.
3. Los derechos laborales de los trabajadores o empleados de un extranjero comerciante individual que no posea la calidad de residente temporal, como mínimo, no tienen forma de garantizar que las resultas de un juicio ordinario laboral sean las esperadas, pues no hay bienes sobre los cuales decretar un posible embargo.
4. El garante sea persona individual o jurídica, u organismo o entidad internacional, se perfila como la mejor forma de garantizar los derechos laborales de los trabajadores de un extranjero que ejerza el comercio de forma individual, pues, al no poseer arraigo en el país, éste último puede abandonar el país en cualquier momento.

100



RECOMENDACIONES

1. La población guatemalteca, en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, debe exigir igualdad de condiciones para la libertad de industria, comercio y trabajo positivizando el ordenamiento jurídico guatemalteco, para proteger los derechos de los trabajadores guatemaltecos y extranjeros que tienen el correspondiente permiso.
2. El Organismo Legislativo, debe procurar la protección del comercio y la industria guatemalteca, estableciendo que el Registro Mercantil de Guatemala, solicite como requisito mínimo para ejercer el comercio en Guatemala, la certificación del inicio del trámite de la residencia temporal a los extranjeros.
4. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe requerir a los extranjeros la prestación de un seguro de caución (fianza), ante la posible eventualidad de incumplimiento de obligaciones laborales por parte de un extranjero no residente, con lo cual se estarían garantizando los derechos laborales de los guatemaltecos y extranjeros con permiso para laborar en el territorio nacional.

100



BIBLIOGRAFÍA

- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Argentina: Ed. Omeba, 1968.
- ECHEVERRÍA MORATAYA, Rolando. **Derecho del trabajo**. Guatemala: Ed. Impresos D&M, S. A., 2002.
- FENECH, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**. España: Ed. Labor, 1952.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. 3ª ed. Guatemala: Ed. Óscar De León Palacios, 2002.
- FRANCO LÓPEZ, Landelino. **Manual de derecho procesal del trabajo**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Constitución y orden democrático**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1984.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Derechos humanos y democracia**. México: Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Derechos políticos, sufragio y democracia**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 1990.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. España: Ed. Aguirre, 1976.
- HERRENDORF, Daniel. **Principios de derechos humanos y garantías**. Argentina: Ed. Ediar, 1991.
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1565/15.pdf> (Consulta: Guatemala, 12 de enero de 2013.)

[http://es.wikipedia.org/wiki/Migración_\(demografía\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Migración_(demografía)) (Consultado: Guatemala, 15 de enero de 2013).

IZQUIERDO ÁVILA, Mauricio Rolando. **Los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca**. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala. (s.e.). 1994.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. Guatemala: Ed. F&G. 2003.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Guatemala: Ed. Cooperativa de Consumo Integral. (s. f.)

MATOS, José. **Curso de derecho internacional privado**. Guatemala: Ed. Tipografía Nacional. 1941.

MEDINA SALAS, Juan Carlos. **El Registro Mercantil de Guatemala y sus procedimientos registrales**. Guatemala: Ed. Cámara de Editores de Guatemala. 2008.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Datascan, S.A. (s. f.)

PACHECO G. Máximo. **Introducción al derecho**. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1976.

PEREIRA OROZCO, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. **Derecho constitucional**. Guatemala: Ed. De Pereira. 2008.

RECASENS SICHES, Luis. **Introducción al estudio del derecho**. México: Ed. Porrúa. 1977.

RIPERT, Georges. **Tratado elemental de derecho comercial**. Argentina: Ed. Sophos. 1954.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, S. A. 1969.

SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala:

Ed. Fénix, 2007.

TOMAS MORO, A. **Diccionario de la lengua española**. España: Ed. Espasa-Calpe, S. A., 1988.

TORRES MOSS, José Clodoveo. **Introducción al estudio del derecho**. Guatemala: Universidad Mariano Gálvez. (s. f.)

VÉLEZ M., Carlos José. **Acontecimientos históricos del mundo**. México (s. ed.), (s.f.).

VILLEGAS LARA, José Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala. 2002.

Legislación

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

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 2-70, 1971.

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 1441, 1971.

Ley de Migración. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 95-98, 1998.

Reglamento de la Ley de Migración. Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo número 529-99, 1999.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas. 1969.