

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



**EVALUACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS TRANSACCIONES
ELECTRÓNICAS DESDE EL TERRITORIO GUATEMALTECO HACIA OTROS
PAÍSES POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA**

JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ

GUATEMALA, MARZO DE 2021

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

**EVALUACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS TRANSACCIONES
ELECTRÓNICAS DESDE EL TERRITORIO GUATEMALTECO HACIA OTROS
PAÍSES POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL I, en sustitución del Decano

VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar

Vocal: Lic. Juan Pablo Chupina Cardona

Secretario: Licda. Marta Cojti García

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Milton Roberto Estuardo Riveiro González

Vocal: Lic. Marvin Omar Castillo García

Secretario: Lic. José Alfredo Pinto Sequén

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



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de julio de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ, titulado EVALUACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS DESDE EL TERRITORIO GUATEMALTECO HACIA OTROS PAÍSES POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

GB/JP.



Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario

6 Av. 0-60, zona 4, Centro Comercial de la Zona 4
Torre Profesional I, 7Mo. Nivel, Oficina 701

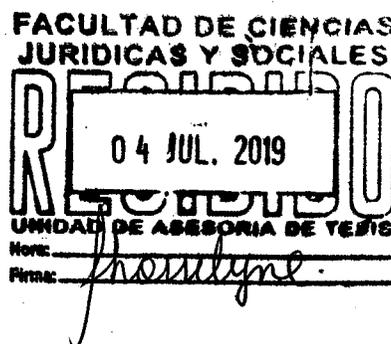
Celular: 5916-5885

E-mail: *abogadojrios@yahoo.com*



Guatemala, 25 de mayo de 2019

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Lic. Orellana Martínez:

Cordialmente me dirijo a usted con el objeto de informarle que procedí de conformidad con el nombramiento de fecha veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, en mi calidad de Asesor de Tesis del Bachiller **JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ**, y en consecuencia, he procedido a asesorar metódica y técnicamente a el estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **“EVALUACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS DESDE EL TERRITORIO GUATEMALTECO HACIA OTROS PAÍSES POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA”**, tema de singular importancia para el desarrollo del país así como para los estudiosos del derecho, y con el objeto de extender el dictamen favorable respectivo detallo lo siguiente:

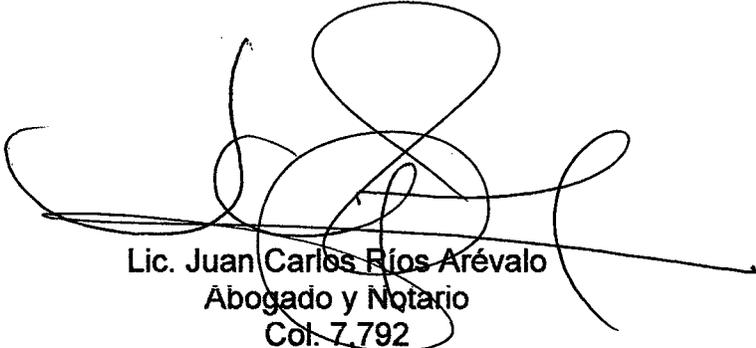
- a. Declaro que no soy pariente del Bachiller **JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ** dentro de los grados de ley y otras consideraciones que se estime pertinentes.
- b. El contenido científico y técnico de la tesis realizada en el campo constitucional, mercantil, penal e informático resulta de mucha importancia tomando en cuenta que la institución de la seguridad jurídica constituye una garantía otorgada por la Constitución Política de la República de Guatemala para todos aquellos guatemaltecos que se dediquen a actividades comerciales orientadas a la informática.



- c. Con respecto a la metodología y técnicas utilizadas, estos se determinan en el contenido íntegro del estudio realizado, utilizando los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo; y la técnica de investigación utilizada fue la bibliográfica y la documental, por la diversidad de autores nacionales y extranjeros sobre los temas desarrollados de la tesis.
- d. La estructura formal de la tesis fue desarrollada en una secuencia ideal para el buen entendimiento de la misma en cada uno de los capítulos, y que en ellos se fundamenta la comprobación de la hipótesis, lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco.
- e. En la conclusión discursiva el bachiller ha manifestado que debido a la inseguridad jurídica que existe para todos aquellos pequeños comerciantes que deseen hacer transacciones electrónicas utilizando nuevos métodos tecnológicos desde Guatemala hacia cualquier otro país se necesita reformar la ley que regula esa materia, puesto que todos tienen el mismo derecho que se le garantice seguridad jurídica.
- f. Se considera que la bibliografía utilizada fue la más oportuna, puesto que conduce directamente a la obtención de las conclusiones expuestas en la tesis asesorada.

De conformidad con lo antes expuesto considero que habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público procedo a emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ, para que el trabajo presentado prosiga con los trámites necesarios para su graduación optando el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



Lic. Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario
Col. 7.792

Licenciado
Juan Carlos Ríos Arévalo
Abogado y Notario



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 29 de noviembre de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, JUAN CARLOS RÍOS ARÉVALO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JORGE ANDRÉ MENDOZA ORTIZ, con carné 201212407,
 titulado EVALUACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS TRANSACCIONES ELECTRÓNICAS DESDE EL
TERRITORIO GUATEMALTECO HACIA OTROS PAÍSES POR MEDIO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 26 / 02 / 19

f) _____
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Juan Carlos Rios Arivalo
 Abogado y Notario





DEDICATORIA

A DIOS:

Todopoderoso, mi fuente principal de vida, por permanecer siempre fiel, mi proveedor, por permitirme la oportunidad de cumplir mi gran sueño y darme la fuerza, la sabiduría e inteligencia para poder superar cada obstáculo, por haberme iluminado y guiado en este trayecto y en mi vida.

A MI PADRE:

Jorge Mario Mendoza Springmühl (+). Te quiero.

A MI MADRE:

Silvia Yadira Ortiz Asturias por su incalculable amor, paciencia, dedicación, arduo esfuerzo e incondicional apoyo, quien ha sido mi diaria motivación para lograr cada uno de mis objetivos por estar siempre para mí y por guiarme en todo, también le pertenece este logro. Te amo mami, gracias por creer siempre en mí. Dios te bendiga

A MIS ABUELITOS:

Bernardino Ortiz Franco y Azucena Asturias de Ortiz, Guillermo Mendoza Pinot (+) y María Victoria Springmühl; por ser gran motivación e incondicional apoyo en cada una de las etapas superadas a lo largo de mi vida, por sus consejos y enseñanzas; por ser unos padres para mí y demostrarme su amor y cariño desde siempre y por ser grandes ejemplos a seguir, los amo que Dios los bendiga.

A MIS TÍOS:

David, Gerson, Lorena, Cory, Axel (+), Beto; por su incondicional apoyo, motivación, amor y cariño



me han demostrado desde siempre, Dios los bendiga grandemente. Los quiero mucho

A MIS PRIMOS:

Andrés, Alpha, Stephanie, Emmanuel, Dulce, Daphne, Kristen y Guillermo; Dios los bendiga.

A MI ASESOR:

Licenciado Juan Carlos Ríos, por guiarme, apoyarme, corregirme, y por sus enseñanzas en esta meta y ser un profesional ejemplar.

A MIS AMIGOS:

Por incontables alegrías, su apoyo, motivación y cariño en el transcurso de nuestra formación profesional, especialmente a Pablo Shack, Alan Torres, Regina Castillo, Angie Avalos, Ilsa Herrarte, Cecilia Díaz, Amanda Alegria y Débora Mérida; quienes serán siempre de gran apoyo.

A LOS PROFESIONALES:

Lic. Franz Camas, Lic. Gerson Quevedo; Licda. Flor de María Hernández, Lic. Allan García, Lic. Josué Canas, y Lic. Jonathan Hernández; gracias por su amistad y apoyo incondicional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi alma mater y casa de estudios, por permitirme ser parte de esta incomparable Universidad y a quien representaré siempre con gran orgullo.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por sus enseñanzas, quien me formó como profesional en sus aulas durante mi carrera universitaria.



PRESENTACIÓN

El trabajo de investigación, pertenece a las ramas del derecho constitucional, derecho mercantil, derecho informático y derecho internacional privado. El informe se realizó, desde la perspectiva jurídico-social en cuanto a su injerencia dentro del territorio de la República de Guatemala, en el período del año dos mil quince al dos mil dieciséis.

El objeto de la investigación es evaluar la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde el territorio guatemalteco hacia otros países por medio de la firma electrónica. El sujeto de estudio son el Congreso de la República de Guatemala, sociedades comerciales, comerciantes individuales, profesionales del derecho, el Registro Mercantil General de Guatemala.

Como aporte académico cabe destacar que es de carácter económico, ya que la problemática afecta el patrimonio del contratante guatemalteco, así mismo desde el punto de vista jurídico-social debido a que afecta a la sociedad guatemalteca porque no hay una ley que regule las contrataciones virtuales y transacciones electrónicas seguras entre un guatemalteco y un extranjero, sino que sólo entre guatemaltecos.



HIPÓTESIS

Es necesario evaluar sobre la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde el territorio guatemalteco hacia otros países por medio de la firma electrónica, ya que a través de ésta se podrá lograr dar certeza y seguridad jurídica tanto a la negociación como a la transacción electrónica que se realice entre los sujetos.

Por esto es que el Congreso de la República de Guatemala debe ampliar la ley donde regula las contrataciones virtuales y transacciones electrónicas seguras entre un guatemalteco y un extranjero y que los sujetos tienen que llenar los requisitos, seguir los lineamientos, dar información verídica, cumplir con sus obligaciones y que de no cumplir con las disposiciones establecidas en dicha ley están sujetos a las sanciones y responsabilidades penales establecidas en el Código Penal, como la estafa y otros delitos contra el patrimonio y que el extranjero se someta a los órganos jurisdiccionales de Guatemala para resolver el conflicto nacido de ese negocio jurídico.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis que se establece fue validada por medio de distintos métodos y medios de investigación, dentro de los cuales fueron utilizados los métodos deductivo, analítico, sintético y análisis jurídico-doctrinario.

La hipótesis es certera debido a que con la implementación de una norma se fortalece la seguridad jurídica en las contrataciones por internet utilizando la firma electrónica como medio de dar certeza jurídica al contenido del negocio o contrato virtual.

Así mismo es apropiada porque dicha norma contendría lineamientos y disposiciones en la que los guatemaltecos puedan estar respaldados por el Estado y realicen sus contrataciones por internet y hagan sus transacciones electrónicas a otros países utilizando la firma electrónica como medio de aceptación del contenido y las responsabilidades en caso de incumplimiento.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y derecho mercantil.....	1
1	
1.1 Derecho constitucional.....	1
1.1.1 Breves antecedentes de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	1
1.1.2 Definición de constitución en general.....	6
1.1.3 Partes de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	7
1.1.4 Clases de constitución.....	8
1.1.5 Principios axiológicos constitucionales.....	11
1.1.6 Garantías constitucionales.....	12
1.1.7 Seguridad jurídica.....	13
1.2 Derecho mercantil.....	13
1.2.1 Breves antecedentes históricos del derecho mercantil.....	14
1.2.2 Derecho mercantil internacional.....	14
1.2.3 El derecho mercantil en Guatemala.....	16
1.2.4 Definición de derecho mercantil.....	18
1.2.5 Características del derecho mercantil.....	19
1.2.6 Principios que fundamentan el derecho mercantil.....	22
1.2.7 Derecho informático.....	24

CAPÍTULO II

2. Contrataciones mercantiles y contrataciones informáticas.....	27
2.1 Contrataciones mercantiles.....	27

2.1.2 Naturaleza del contrato mercantil.....	29
2.1.3 Fuentes de la contratación mercantil.....	30
2.1.4 Fuentes supletorias.....	32
2.1.5 Principios de la contratación mercantil.....	33
2.2 Contrataciones informáticas.....	34
2.2.1 Antecedentes.....	35
2.2.2 Contratos informáticos.....	35
2.2.3 Forma de los contratos informáticos.....	36
2.2.4 Efectos jurídicos de la contratación electrónica.....	37
2.2.5 Objeto de la contratación electrónica.....	38
2.2.6 Clasificación de los contratos informáticos.....	38
2.2.7 Comercio electrónico.....	42

CAPÍTULO III

3. Firma electrónica y transacciones electrónicas.....	45
3.1 Firma electrónica.....	45
3.1.1 Antecedentes de la firma electrónica.....	46
3.1.2 Definición de firma electrónica.....	48
3.1.3 Funcionamiento de la firma electrónica.....	50
3.1.4 Clases de firma electrónica.....	52
3.1.5 Regulación legal en Guatemala.....	52
3.2 Transacciones electrónicas.....	54
3.2.1 Concepto de transacción electrónica.....	55
3.2.2 Clases de transacciones electrónicas.....	56
3.2.3 Derecho comparado.....	58



CAPÍTULO IV

4. Evaluación de la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde Guatemala hacia otros países por medio de la firma electrónica.....	67
4.1 Delitos informáticos.....	68
4.2 Estafa informática como delito contra el patrimonio.....	69
4.3 Resarcimiento de daños por medio de garantías contractuales.....	71
4.4 Responsabilidad de la contratación electrónica ante los órganos jurisdiccionales.....	71
4.5 Derecho procesal informático.....	73
4.6 Análisis de la seguridad jurídica mediante la firma electrónica en las transacciones electrónicas como valor probatorio.....	75
4.7 Propuesta sobre ampliación de incluir la firma electrónica por falta de certeza jurídica en las transacciones electrónicas en la contratación informática en Guatemala.....	77
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83



INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que existe en la actualidad es que los guatemaltecos no cuentan con una protección legal en la cual ellos tengan la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas que realizan desde Guatemala a cualquier otro país como resultado de algún negocio jurídico realizado por internet, porque la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas no lo contempla y no aplica para personas particulares, sino solo sociedades, desprotegiendo a los comerciantes individuales guatemaltecos, violando la garantía constitucional de la seguridad y que el mismo cuerpo legal establece que la ley aplica para toda persona que está dentro del territorio.

La evaluación de la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde el territorio guatemalteco hacia otros países por medio de la firma electrónica, es uno de los conductos necesarios para prestar el consentimiento al contratar por internet con la novedosa firma electrónica, que da mayor seguridad e integridad de los documentos ya que no permite que sea alterado el contenido y la confidencialidad entre los contratantes

Como objetivo general la evaluación de la necesidad de que el Congreso de la República de Guatemala adicione sobre la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde el territorio guatemalteco hacia otros países por medio de la firma electrónica. Se ha comprobado que por medio de esta se podrá lograr dar certeza y seguridad jurídica tanto a la negociación como a la transacción electrónica que se realice entre los sujetos, y que de no cumplir con las disposiciones establecidas en dicha ley están sujetos a las sanciones y responsabilidades penales establecidas en el Código Penal y que el extranjero se someta a los órganos jurisdiccionales de Guatemala para resolver el conflicto nacido de ese negocio jurídico.



La investigación está desarrollada en cuatro capítulos los cuales, comprenden: el primero trata el derecho constitucional y el derecho mercantil porque es necesario establecer derechos y garantías inherentes a los guatemaltecos contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala, así mismo el derecho mercantil porque están establecidos principios y bases en las que se rige el comercio en Guatemala; el segundo las contrataciones mercantiles y contrataciones informáticas, porque es necesario hacer distinción entre ambas instituciones, que aunque con el mismo fin y objeto, uno es más convencional y otra utilizando las innovaciones del internet tomando en cuenta los efectos jurídicos que producen ambas formas de contratar; el tercero sobre la firma electrónica y transacciones electrónicas, temas de gran importancia y que ha conferido confianza haciendo uso de la misma en el comercio electrónico de otros países para transacciones electrónicas; por último en el cuarto la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas que se realizan desde el territorio guatemalteco hacia otros países por medio de la firma electrónica haciendo un análisis del tema que se está tratando, y se abordarán los delitos comunes y delitos informáticos cometidos.

En el trabajo de investigación se utilizaron los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y técnicas de investigación documental que en el transcurso fueron necesarias para la comprobación de la hipótesis.

La investigación ha generado a través del estudio y análisis la aportación de que efectivamente no existe seguridad jurídica por parte del Estado de Guatemala para los comerciantes individuales que están dentro del territorio que desean hacer contrataciones, negociaciones y transacciones seguras a otro país sin que afecten a su patrimonio y que por medio de la firma electrónica podrán tener esa certeza de que el extranjero se haga responsable por actos contrarios al orden legal y que el comerciante guatemalteco por medio de la ampliación de la ley puedan tener ese respaldo jurídico que todo comerciante guatemalteco merece.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional y derecho mercantil

Previo a comenzar el análisis sobre los derechos constitucionales de seguridad para las personas guatemaltecas que se dedican al comercio, cabe realizar una reseña histórica sobre los antecedentes de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como su contenido, partes y principios axiológicos que establece en su contenido. Posteriormente se abordarán temas importantes y puntuales respecto al derecho mercantil, puesto que es una rama del derecho fundamental para el desarrollo de la tesis.

1.1. Derecho constitucional

La rama del derecho encargada de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado. Su objeto de estudio es la forma de gobierno y la regulación de los poderes públicos, tanto en su relación con los ciudadanos como entre sus distintos órganos.

1.1.1. Breves antecedentes históricos de la Constitución Política de la República de Guatemala

Como primer antecedente se encuentra la primera constitución que rigió en el territorio guatemalteco, la cual fue la Constitución de Bayona, instaurada en el año de 1808 por



José Bonaparte, hermano de Napoleón Bonaparte, que regía a España y a todos los países que eran colonia española. En esos momentos, Guatemala llevaba el nombre de Capitanía General de Guatemala, se componía de 146 artículos entre los cuales se regulaba ciertos derechos individuales, tales como la inviolabilidad de la vivienda y las limitaciones del derecho de libertad, como la detención ilegal.

Posteriormente se adoptó la Constitución de Cádiz del año 1812, denominada Constitución Política de la Monarquía Española, fue el primer antecedente de una constitución como tal para Guatemala. Este proyecto contaba con 112 artículos más una declaración de derechos que fueron llevados a la corte de Cádiz, y fue promulgada el 19 de marzo de 1812. Un factor importante que regulaba esta constitución es el proceso de formación de ley.

Las bases constitucionales españolas son el primer paso para la creación de la primera Constitución de Guatemala, debido a que estas bases se dan luego de la independencia de España en el año 1821. En esas épocas existía una parte de la población que deseaba crear la federación de países centroamericanos. Se emitió por medio de una Asamblea Nacional Constituyente el 17 de diciembre de 1823 y se sancionó el 27 de diciembre del mismo año. En la Constitución de 1823 se denominan los Estados Federados del Centro de América y se determina a la religión católica como principal, excluyendo todas las demás.



Aproximadamente un año después de las bases constitucionales, el 22 de noviembre de 1824, la Asamblea Nacional Constituyente aprueba la nueva Constitución de la República Federal de Centroamérica. En tal texto, se consagra el sistema republicano, representativo y federal, siendo la elección popular la piedra angular de dicho sistema. Así mismo, se instauró la división de poderes y se permitió nuevamente la libertad de culto.

El Estado de Guatemala, por medio de una Asamblea del Estado, constituida el 15 de septiembre de 1824 en La Antigua Guatemala, con el fin de complementar la Constitución de la República Federal de Centroamérica, promulga su propia constitución, la cual queda aprobada el 11 de octubre de 1825. En esta, se reconoce a Guatemala como un país o Estado soberano, independiente y libre; a pesar de estar unidos a los demás países por la Federación. Entre los derechos fundamentales que se reconocen en esta constitución se encuentran la libertad de emisión del pensamiento, la libertad de acción, el derecho de petición, entre otros.

Posteriormente el Estado guatemalteco adopta el Acta Constitutiva de la República de Guatemala en 1879. Este documento es el primero que se crea luego de disolverse la Federación Centroamericana, tanto así que se ratifica en dicho documento la disolución, creando un gobierno presidencialista, con una vigencia de cuatro años y posibilidad de reelección.



El Acta Constitutiva de la República de Guatemala estuvo alrededor de 20 años vigente. Esta ley constitutiva tiene como antecedente la revolución liderada por Justo Rufino Barrios. Tiene como elementos principales que fue laica, sumaria y que contaba con el derecho a la exhibición personal. Por primera vez, la constitución utiliza el término garantías para establecer lo referente a la libertad de industria, emisión del pensamiento, propiedad, y demás derechos inherentes de los guatemaltecos. Esta constitución sufrió varias modificaciones y reformas, entre las cuales se introduce el período de cuatro años para ser Presidente de la República.

Al transcurrir los años, se adopta la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1921. Como trasfondo de esta constitución está el intento fallido de recuperar la Federación Centroamericana. El texto realizado nunca entró en vigencia, a pesar de haber sido decretada el 9 de septiembre de 1921 por los representantes de Guatemala, Honduras y El Salvador. Tuvo varias reformas, específicamente en los años 1927, 1935 y 1941; entre las que se hacía la inclusión a la idea de prolongar el periodo presidencial.

En Guatemala, la fecha de 20 de Octubre de 1944 se tiene muy presente como el día de la Revolución, en la que se derrocó al General Jorge Ubico. Lo que no se sabe con exactitud es que, luego de este derrocamiento, el 11 de marzo de 1945, se decreta la Nueva Constitución de la República de Guatemala, la cual tenía, entre otras varias, tres características importantes. La primera es que los funcionarios públicos debían de ser honestos, la segunda es que se debía de mejorar la educación por medio de



alfabetización, y la tercera es que se debía de mejorar el sistema penitenciario. Cabe recalcar que en esta constitución se dio mucho enfoque laboral, sobre todo el hecho que se fijan las jornadas de trabajo, un salario mínimo, el derecho a la huelga, la regulación del trabajo de mujeres, entre otros.

Solamente 11 años duró la constitución, debido a que el dos de febrero de 1956, con Carlos Castillo Armas como Presidente de la República, se decreta una nueva constitución. Esta constitución tuvo influencia de dos tratados ratificados en el año de 1948 por Guatemala, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entre los elementos importantes de la Constitución de 1956 se encuentra el reconocimiento de la personalidad jurídica de la iglesia, la mejora al régimen legal de las universidades privadas, y se limitan los procesos de expropiación de la tierra.

Para ese entonces el Presidente Manuel Ydígoras Fuentes fue derrocado el 31 de marzo de 1963 por el Ministro de Defensa, coronel Enrique Peralta Azurdía. En virtud de este golpe de Estado, el 15 de septiembre de 1965, se decretó y sancionó la nueva Constitución Política de la República de Guatemala, la cual entró en vigor el cinco de mayo de 1966. Esta carta magna contenía 282 artículos, entre los cuales se destaca la creación del puesto de vicepresidente de la República; se establece, nuevamente, el período de gobierno del presidente a cuatro años; y se mantiene, como es hasta la presente fecha, la no reelección al cargo.



La Constitución Política que rige actualmente en la República de Guatemala tiene sus orígenes en un golpe de Estado realizado el 23 de marzo de 1982, en el cual una junta militar de gobierno encabezada por los generales Efraín Ríos Montt, Horacio Maldonado Schaad, y el coronel Francisco Luis Gordillo Martínez; derrocaron a quien en ese momento era presidente, Fernando Romeo Lucas García. Se promulgó el 31 de mayo de 1985 y entró en vigor el 14 de enero de 1986.

La Constitución Política de la República de Guatemala se divide en dos partes, la parte dogmática que regula los derechos individuales y sociales; y la parte orgánica que regula el Estado de Guatemala como tal, con sus divisiones de poderes y las relaciones internacionales.

1.1.2. Definición de constitución en general

El término constitución proviene del latín, del verbo *constituere*, que quiere decir establecer definitivamente. “Aristóteles lo concebía como el principio según el cual está ordenada la autoridad. Para Kelsen, la constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas que organizan al Estado, determina los órganos que lo comprenden y la forma como se relacionan entre sí”.¹

“Una Constitución, en sentido político-jurídico, es una fórmula de reparto del poder en una comunidad: atribución de poderes a quienes gobiernan, y de derechos, que son

¹ Cuevas, Homero **Teorías jurídicas y económicas del Estado** Págs 59 y 60



también poderes, a los gobernados. Es, al tiempo, el derecho constitucional del poder y el derecho constitucional de la libertad. Se define qué es lo público y lo privado, el cual es el campo del Estado y de la sociedad, disponiendo a sus miembros en relación de autoridad y obediencia”.²

Teniendo en cuenta lo anterior, la Constitución Política de la República de Guatemala es la normativa jurídica que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico interno; por medio de la cual se rige todo el Estado guatemalteco, así como la demás normativa legal.

1.1.3. Partes de la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala está dividida en tres partes que se mencionan a continuación:

a. Parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala: del Artículo 1 al 139, se regulan los derechos humanos individuales, los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos y deberes cívico- políticos, el poder público y las limitaciones de esta.

² Sachica, Luis Carlos **Derecho constitucional general** Pág 31



b. Parte orgánica de la Constitución Política de la República de Guatemala: Del

Artículo 140 al 262, se regula la estructura y organización del Estado de Guatemala a través del Órgano Legislativo, Órgano Ejecutivo y Órgano Judicial.

c. Parte pragmática de la Constitución Política de la República de Guatemala:

También llamada parte procesal o práctica, se regulan las garantías constitucionales que son aquellos mecanismos utilizados para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y con la finalidad de defender el orden y primacía de la misma.

Cabe mencionar que la Constitución Política de la República de Guatemala es una constitución de clase mixta, debido a que puede ser reformada una parte por el Congreso de la República de Guatemala y otra parte por una Asamblea Nacional Constituyente, lo que se encuentra regulado en los Artículos 277 al 281 del mismo cuerpo legal.

1.1.4. Clases de constitución

Para una mejor comprensión se hace la siguiente clasificación:

- a. Por su contenido:** Atendiendo a su aspecto formal, o sea a la manera en que se condensa y expresa el derecho constitucional, pueden ser constituciones escritas y constituciones no escritas.



- **Constituciones escritas:** son las que contienen una serie de normas precisas legisladas, solemnemente promulgadas, a las cuales debe ajustarse la conducta del Estado. Estas constituciones se proponen establecer en un documento todas las instituciones y principios de convivencia social.

- **Constituciones no escritas o consuetudinarias:** son las que carecen de un texto concreto y están integradas principalmente por costumbres, usos, hábitos y prácticas que, perfeccionados durante un largo proceso histórico, importan todo un sistema de preceptos para guiar la vida del Estado.

El derecho constitucional escrito no se agota en el conjunto de leyes constitucionales y siempre deja lugar a la complementación interpretativa de la costumbre; así como el derecho constitucional no escrito tiene una parte escrita, consignada en documentos, que forma un derecho de excepción o bien un derecho complementario. Se trata en consecuencia, de constituciones predominantemente escritas y constituciones predominantemente consuetudinarias, cuyos tipos más representativos son la francesa y la inglesa respectivamente que son los antecedentes más importantes para la promulgación de las actuales constituciones.

- b. Por su procedimiento de reforma:** Las constituciones atendiendo a la forma en que pueden ser reformadas se clasifican en constituciones flexibles y constituciones rígidas.



- **Constituciones flexibles:** son aquellas normas constitucionales que pueden ser modificadas por el legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes.

 - **Constituciones rígidas:** son aquellas que son colocadas por encima o fuera del alcance del poder legislativo ordinario, en razón de que habiendo sido dictadas por una autoridad superior; asamblea constituyente; no pueden cambiarse sino por ella. El tratadista James Bryce incorporó esta clasificación en la doctrina general del derecho constitucional, y se funda en los trámites que deben cumplirse para reformar una constitución, cuando esta puede modificarse sin otros procedimientos o exigencias formales que aquellos que se requieren para la reforma de una ley ordinaria.
- c. Por su origen o la forma de su establecimiento.** Las constituciones pueden clasificarse en constituciones otorgadas, pactadas y democráticas; esto atiende a la trayectoria histórica del derecho constitucional.
- **Constituciones otorgadas:** son aquellas que resultan de una concesión graciosa del monarca a favor de los súbditos, en virtud de la cual aquel se desprende voluntariamente de todos o parte de sus poderes absolutos para consignarlos en una ley, a la que consiente también en someterse.

 - **Constituciones pactadas:** las que nacen de un contrato celebrado entre el rey y el pueblo, como portadores de dos voluntades tenidas como equivalentes.

- **Constituciones democráticas:** las que dicta el pueblo, en ejercicio de su facultad soberana, por medio de sus representantes integrados en poder constituyente. Se caracterizan por ser documentos jurídicos solemnes que limitan las atribuciones del poder público y que reconocen y garantizan una inviolable esfera de libertad a favor de cada individuo. Este tipo de constituciones resultan de una decisión unilateral del pueblo y corresponde históricamente a la consagración del principio de soberanía popular.

1.1.5. Principios axiológicos constitucionales

Para analizar los derechos y las garantías constitucionales inherentes a la persona humana, como es el de la seguridad, se deben de mencionar los principios axiológicos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, que son: el bien común, la legalidad, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz.

Uno de los contenidos más importantes que tiene el ordenamiento jurídico interno guatemalteco, en la Constitución Política de la República de Guatemala, es la axiología jurídica, la cual es una rama de la filosofía del derecho y en la que se explica sobre cuáles son los principios en los que se materializa el derecho regulado.

La existencia de la axiología es determinante para un Estado de derecho, debido a que muestra la importancia de los principios dentro del sistema jurídico guatemalteco. Por lo tanto, la formación y práctica de valores o principios en una sociedad es determinante



para la proyección de su sistema normativo. Se va a entender como valor moral todo aquello que conlleve a la persona humana a desarrollar y preservar su dignidad.

1.1.6. Garantías constitucionales

La Constitución Política de la República de Guatemala fue hecha para proteger a la ciudadanía a través de garantías o derechos individuales y colectivos, pero el país incumple la mayoría de ellos.

No obstante, al término garantía, referido al derecho constitucional, se le han dado diversos significados, entre los cuales se puede destacar, el pensamiento de “Fix-Zamudio, los que a continuación se citan: En primer lugar, se han denominado garantías a los derechos humanos fundamentales reconocidos o garantizados por la Constitución.”³

En segundo lugar, “podemos traer a colación las ideas de Carl Schmitt sobre el particular, ya que para este autor las garantías constitucionales son aquellos derechos que, sin ser estrictamente constitucionales, por no referirse a la estructura fundamental del Estado ni a los derechos humanos, el constituyente ha considerado conveniente incluir en la ley suprema para darles mayor solidez, para garantizarlos mejor”⁴;

³ <http://mexico.leyderecho.org/garantias-constitucionales/> (consultado: 16 de noviembre de 2018).

⁴ *Ibid.*

Finalmente, “se ha identificado el término garantía constitucional con el concepto de defensa de la constitución, es decir, englobando tanto a los medios preventivos como a los represivos, siendo que, se debería referir exclusivamente a estos últimos”⁵.

1.1.7. Seguridad jurídica

El principio de la seguridad jurídica tuvo nacimiento derivado de la Revolución Francesa, por lo que una investigación realizada destaca que “una vez reseñadas las incidencias de la Revolución Francesa y la consecuente Declaración de Derechos en torno al principio de Seguridad Jurídica, se presentan las incidencias de la Constitución de 1791 y el Código Civil Francés, que muestran disposiciones que fortalecen la implementación de la Seguridad Jurídica a favor de los ciudadanos franceses”.⁶

1.2. Derecho mercantil

El derecho mercantil, también llamado derecho comercial, es una rama particular del derecho privado, que tiene como objetivo normar las dinámicas de intercambio de bienes y servicios; es decir, los actos comerciales contemplados en la ley, así como las implicaciones jurídicas que se desprenden de ellos.

⁵Ibíd.

⁶ López Oliva, José O. **La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789.** Pág. 127.

1.2.1. Breves antecedentes históricos del derecho mercantil

“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 sin más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas a manera de 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.”⁷

Entonces, conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir al desarrollo de la civilización: la progresiva división del trabajo.

1.2.2. Derecho mercantil internacional

Larios Ochaita en su texto de Derecho Internacional Privado indica que “el Derecho Mercantil es de por sí bastante universal. En todos los Estados se encuentran

⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I pág. 6.

disposiciones parecidas en su contenido sustantivo y adjetivo, probablemente por la misma esencia de su objeto: regular las relaciones del comercio. No obstante, lo anterior, existen todavía algunos aspectos que dan lugar a conflictos de aplicación de leyes, ya sea de orden sustantivo, ya sea de orden adjetivo. La organización de las Naciones Unidas, por medio de su comisión Jurídica, ha venido trabajando en una especie de Código Mercantil Universal. Regionalmente también ha surgido la inquietud de uniformización, sin que hasta la fecha se haya llegado a algo concreto.”⁸

¿Cómo se puede definir el derecho mercantil internacional privado? Orue y Aregui citados por Ochaíta lo describe así: “Tiene por objeto el Derecho Mercantil Internacional la jurídica relación de ese fenómeno económico y social denominado comercio cuando se verifica entre individuos o sociedades pertenecientes a diversos países.”⁹

De esta manera el mismo autor hace mención de los aspectos más importantes que dan lugar a los conflictos de leyes:

- a) La calidad de comerciante;
- b) El registro o registros mercantiles;
- c) Las sociedades;
- d) La letra de cambio y en general todo aquello que se conoce como instrumentos negociables;
- f) El seguro.

⁸ Larios Ochaíta, Carlos. *Derecho internacional privado*. Pag. 213.

⁹ *Ibíd.* Pag. 213



Todos estos aspectos, a nivel americano, se encuentran regulados en el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante en los artículos del 232 al 273 inclusive.

1.2.3. El derecho mercantil en Guatemala

Se crea el primer código de la revolución liberal en el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, incluyendo un Código de Comercio.

Se crea el Código de Comercio y con él vienen muchas reglamentaciones, ya que es la segunda ley primordial que rige a un Estado en materia comercial, después de la Ley principal como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala; continuando con el tema del Código de Comercio guatemalteco se estudia un poco el resumen de su establecimiento y los cambios que este ha de sufrir para lograr un mayor control de los límites reglamentarios para vivir en un proceso mercantil.

Código de Comercio de 1942: Decreto número 2946 del presidente de la república, como una mejor sistematización, a la vez reunió en un mismo cuerpo leyes dispersas y sobre todo las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, de pagaré, y cheque.

Código de Comercio de Guatemala de 1970, Decreto 2-70: Es un instrumento moderno adaptado a la nueva necesidad de tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto



nacional e internacional, “teniendo este la idea de buscar la unificación legislativa que hiciera viable el movimiento comercial que generaría el llamado mercal común centroamericano. Tomando en cuenta otros códigos de Centro América especialmente el de Honduras.”¹⁰

Considerando que “estudiar los temas introductorios del Derecho Mercantil, explicamos que una de las novedades de la doctrina y la legislación contemporánea ha sido la de unificar en un solo código la materia de las obligaciones y contratos”¹¹. Es decir, que la ley, en cuanto a estos temas, sea una misma para el campo civil y mercantil utilizándose supletoriamente.

“Suiza e Italia han seguido ese camino. Pero resulta que las características de las relaciones que se dan en el comercio no les permite cobijarse con exactitud dentro del rigorismo del Derecho civil; de ahí que haya tenido poca aceptación la tendencia unificadora, aunque no les ha faltado razón a quienes ayer y hoy siguen pensando en la unificación”.¹² Es por eso que los modernos códigos, sin llegar a unificar una ley de las obligaciones y los contratos, en lo que a los de comercio se refiere, tratan de normar únicamente aquello que es especial en las obligaciones que nacen del tráfico comercial, dejando al Código Civil todo el andamiaje del derecho obligacional.

¹⁰ <http://derechomercantilguate.blogspot.com/2011/05/origen-en-guatemala.html>. (consultado: 4 de noviembre de 2018).

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, obligaciones y contratos**. Tomo III. Pág. 23

¹² *Ibid.* Pág. 23

En la mayoría de las legislaciones, una relación se considera comercial, y por tanto sujeta al derecho mercantil, si es un acto de comercio. El derecho mercantil actual se refiere a estos actos, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante como un sistema objetivo; sin perjuicio de ello, existen ordenamientos jurídicos en que el sistema es subjetivo, en base a la empresa, regulando tanto su estatuto jurídico, como el ejercicio de la actividad económica, en las relaciones contractuales que mantienen los empresarios entre ellos y con terceros.

1.2.4. Definición de derecho mercantil

Teniendo en cuenta la siguiente que lo considera así: “Es el conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado en general”. El autor aclara esta definición al decir: “integran el ordenamiento jurídico mercantil normas (leyes mercantiles), sujetos (comerciantes), cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías)”.¹³

El derecho mercantil es llamado también en otras legislaciones como derecho comercial; “Está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con

¹³Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil**. Pág. 40.

ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras”¹⁴.

El concepto de comercio en sí, se refiere no sólo a la actividad profesional del comerciante, sino a los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, tal como lo establece el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 1; siendo así en donde participan comerciantes y no comerciantes. Confirmando lo anterior con lo que preceptúa el Artículo 5 del Código de Comercio de Guatemala: “Negocio mixto, cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes se aplicarán las disposiciones del mismo”.

1.2.5. Características del derecho mercantil

El derecho mercantil es una de las ramas del derecho que tiende a ser muy dinámica, puesto que el comercio se mantiene en constante cambio; en la actualidad los cambios que se están suscitando en el ambiente competitivo local, regional, apertura comercial, globalización, y tratados de libre comercio han acrecentado el dinamismo y actividades comerciales surgiendo así nuevos mecanismos de comercio. Por lo tanto, exige que el

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 100

comercio en las formas de negociar sea rápido y se desenvuelva a nivel nacional e internacional, lo cual, viene a determinar las características del derecho mercantil:

a. "Es poco formalista: Los negocios mercantiles se concretan con pocas formalidades, por lo que el poco formalismo se traduce en que las partes pueden elegir la forma de negociar que consideren mejor; en tanto que la forma en derecho mercantil no es un requisito *ad solemnitaten*, sino *ad probationem*, esto quiere decir, que la formalidad exigida por la ley en la constitución y otorgamiento de un acto jurídico tiene como finalidad la prueba del acto jurídico".¹⁵

La ausencia de la formalidad requerida no invalida el acto, ya que se puede subsanar posteriormente; sin embargo, su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica para los comerciantes, la forma no es esencial para la existencia del acto jurídico, su finalidad principal es prueba del acto jurídico; pero por su misma ausencia puede llegar a afectar el patrimonio del comerciante.

En este orden de ideas, el Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala preceptúa: "Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse."

¹⁵Villegas. Op. Cit. Pag 21

Los contratos celebrados en 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”. Como el contrato de sociedad mercantil, Artículo 16 del Código de Comercio: “La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones...se harán constar en escritura pública”.

b. “Inspira rapidez: El tráfico comercial exige una amplísima liberación de las dificultades jurídicas para la realización de los negocios, y en lugar de formas complicadas, requiere de recursos jurídicos rápidos para la pronta realización de las exigencias del comercio, y al ser poco formalista, el derecho mercantil contribuye a la rapidez dentro del tráfico comercial; el comerciante debe negociar en el menor tiempo posible, porque de no hacerlo así, la competencia podría hacerle perder el negocio.”¹⁶ La rapidez de las negociaciones permite que se evite una fatiga comercial, es decir, que se vuelva tediosa la actividad de comercialización.

c. “Adaptabilidad: El derecho mercantil es un derecho elástico y flexible y las normas jurídicas que surgen para cada nueva necesidad del tráfico, se requiere que frente a aspectos cambiantes no obstaculicen, sino al contrario faciliten los negocios mercantiles, adaptándose a las nuevas circunstancias.”¹⁷ El comercio desde la época antigua, ha sido de mucha importancia por lo que cambia según el tipo de sociedad en el que se desarrolle y surge la necesidad de que se adapte a la misma.

¹⁶Ibíd. Pág. 22

¹⁷Ibíd.

d. "El derecho mercantil tiende a ser internacional: Actualmente la dinámica del comercio, los cambios competitivos citados anteriormente, hacen que el derecho mercantil, el comercio y las instituciones jurídicas mercantiles tiendan a ser uniformes, permitiendo el intercambio a nivel internacional."¹⁸ Esto es que el tráfico mercantil no está limitado ni vinculado a fronteras políticas de los Estados, sino al contrario, se tiende a vender los productos nacionales en el extranjero, y así mismo, a la compra de productos extranjeros.

e. "Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: Esta seguridad es en la forma de contratar que regula la legislación mercantil, la que a pesar de ser incipiente en el tráfico comercial se garantiza en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, por lo que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al obligarse."¹⁹ Cuando existe seguridad en el comercio, esto genera confianza a los sujetos que intervienen en dicha actividad y de esta manera se exige a que el Estado provea a las personas mecanismos de protección para que puedan hacer negociaciones sin preocupación alguna.

1.2.6. Principios que fundamentan el derecho mercantil

Cada rama del derecho se rige por principios fundamentales, los cuales son aplicados atendiendo a las circunstancias en que sean necesario, por lo que en el derecho

¹⁸**ibid.** Pág. 23

¹⁹**ibid.**



mercantil no es la excepción y específicamente se rige de acuerdo a los principios siguientes:

- a. **La buena fe:** Según este principio en el derecho mercantil, las personas individuales o jurídicas, realizan sus actividades mercantiles de buena fe, en sus intenciones y deseos de negociar, esto porque es un requisito esencial de los contratos mercantiles que permite interpretar los actos de comercio con arreglo a este principio, toda vez que en oportunidad será preferible atender a la intención de las partes contratantes que se relacionan mercantilmente a la sombra de la confianza que mutuamente se inspiran, que a la ley que por demasiado severa y poco práctica no cumple en determinadas ocasiones las exigencias jurídicas que está llamada a desempeñar.

- b. **La verdad sabida:** Siendo el comercio una manifestación de la actividad humana, claro es que la verdad sabida unida con la buena fe de las partes que se relacionan para negociar con los productos o la prestación de servicios que la industria del hombre proporcionan ha de observarse rigurosamente, ya que sería muy difícil el progreso comercial si los comerciantes no conocieran sus derechos y obligaciones en los negocios mercantiles que realizan.

- c. **Toda prestación se presume onerosa:** Se refiere este principio a que los comerciantes en todo bien o servicio que negociaren no será en forma gratuita.



d. Intención de lucro: Se refiere este principio a que los comerciantes en su actividad profesional buscarán obtener una ganancia o utilidad.

e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación: Según este principio, los comerciantes en su actividad y por ser el derecho mercantil poco formalista deben a través de la buena fe y verdad sabida, posibilitar el tráfico mercantil en forma segura.

1.2.7. Derecho informático

En esta aproximación a la informática jurídica se puede abordar someramente algunos problemas esenciales relacionados con la tutela legal de los instrumentos informáticos, la informática y la protección a la intimidad y de los datos reservados, los contratos informáticos, los delitos informáticos, la responsabilidad civil por daños causados por la informática, el derecho procesal informático.

Conviene precisar que por informática se entiende “el tratamiento automático de la información a través de elaboradores electrónicos basados en las reglas de la cibernética.”²⁰ A su vez cuando los datos obtenidos de esta manera se transmiten a la distancia, surge la teleinformática o la telemática. En cuanto a los instrumentos, que se aplican a los fenómenos del derecho, surge la informática jurídica.

²⁰ Gustavino, Elías P. **Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación.** Pág. 25.



El autor Gustavino en su texto define el derecho informático como “el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen como objeto de regulación la informática”.²¹

Las normas legales y reglamentarias del derecho informático son todavía escasas en Guatemala, y ordinariamente, los estudios sobre la materia en otros países han revelado una marcada orientación hacia la creación de preceptos específicos a nivel mundial.

²¹Ibíd. Pág. 27





CAPÍTULO II

2. Contrataciones mercantiles y contrataciones informáticas

Previo a entrar de lleno a contrataciones en las dos ramas del derecho, se instruirá tomando en cuenta sobre contratos en general, los principios que los rigen y las fuentes de las obligaciones mercantiles.

2.1. Contrataciones mercantiles

La regulación de los contratos mercantiles se concreta por las partes interesadas y a impulsos de las nuevas formas de negociación que genera el mercado. En todo caso, una buena parte de los contratos mercantiles son contratos de cambio o intercambio de bienes: dar una cosa para recibir otra o un servicio.

2.1.1 Concepto doctrinario de contrato mercantil

Existen numerosos conceptos del contrato mercantil que hacen referencia a la utilización de estos como instrumentos de tráfico comercial; existen diversos jurisprudenciales en materia mercantil que han propuesto una delimitación de elementos necesarios para realizar un análisis e investigación doctrinaria y legal, que permita su estudio de utilidad altamente académica.

Entre esos conceptos sobre el contrato se hace alusión de lo que el autor Stolfi, citado por Piug Peña este asevera que, “el contrato es el negocio jurídico bilateral, dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico.”²²

Para el tratadista mexicano, define el contrato mercantil como “El conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicio destinados al mercado en general. Se aclara en esta definición que se integra el ordenamiento jurídico mercantil normas, sujetos, cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías)”²³

Al hablar de las fuentes del Derecho Mercantil, “el contrato es considerado como fuente del Derecho, aunque no de carácter general, porque es ley únicamente entre las partes que lo celebran. El contrato, como acto jurídico, constituye el medio para que se dé el movimiento del tráfico comercial; y aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente devienen de él sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual. La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil; de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a este tema.”²⁴

²² Piug Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo III. Pág. 402

²³ Cervantes. **Op. Cit.** Pág. 40

²⁴ Villegas. **Op. Cit.** Tomo III. Pág. 34.



Por ese motivo es que los autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil; lo que se hace es señalar aquellas características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas que, como antes se ha señalado, se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, lo que casi no se observa en la contratación civil.

Al tratar de establecer las especialidades que el derecho guatemalteco le asigna a los contratos mercantiles o a las formas de contratar, se van a resaltar esas características propias, deducidas del mismo contexto de la ley. Pero antes es necesario recordar el Artículo 1517 del Código Civil, que establece: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

2.1.2. Naturaleza del contrato mercantil

La naturaleza jurídica de los contratos mercantiles consiste en que los contratos en general y los mercantiles en particular, se perfeccionan por el consentimiento de las partes, salvo cuando la ley los establece de otra forma, se obligan desde su perfeccionamiento, siempre que quedare dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado.

El contrato mercantil es poco formalista y por lo mismo su celebración puede llevarse a cabo de forma verbal o escrita, pero dejando en el último caso constancia del mismo y

goza de libertad en cuanto a crear nuevas formas contractuales que satisfagan las necesidades del momento comercial.

2.1.3. Fuentes de la contratación mercantil

Las fuentes de contratación mercantil son de mucha importancia puesto que, son todo tipo de norma, escrita o no, que determina que tan vinculado se encuentra el comportamiento entre los mismos comerciantes y entre los comerciantes y el particular, estableciendo reglas para la organización de actividades comerciales y las prescripciones para la resolución de conflictos. En general, cuando se habla de fuentes de la contratación mercantil, se refiere a todas aquellas reglas que integran el marco normativo, que imponen conductas positivas o negativas a las personas que llevan a cabo actividades comerciales dentro y fuera de un territorio.

a. La costumbre

En los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel primario en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley; aunque se le reconoce a la costumbre el carácter de fuente formal si la ley remite a ella.

Luis Eduardo y Oliver dicen que “para el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos



mercantiles, y consideramos que siempre habrá de recurrir a ellos en la medida que la ley lo permita.”²⁵

b. La Ley

“La ley funge un papel secundario como fuente formal del derecho mercantil”²⁶ y en Guatemala, elaborarla corresponde al Congreso de la República de Guatemala. El derecho mercantil es derecho positivo, por lo tanto, se regula con disposiciones de carácter normativo. Es una rama del derecho privado, por lo que en el caso de ausencia de una norma específica y siendo imposible aplicar analógicamente una disposición del propio derecho mercantil para completar una laguna, regirá el derecho común, que en este caso es el civil. Y así, el Código de Comercio en el Artículo 1 establece que... “a falta de disposiciones de este Código, serán aplicables las disposiciones del Derecho Civil y se interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.

c. Jurisprudencia

El término jurisprudencia tiene significados diversos, entre los más relevantes figuran:

- “Ciencia del derecho.

²⁵Ibíd. Pág 10

²⁶ Paredes Sánchez, Luis Eduardo; Meade Hervert, Oliver. **Derecho mercantil parte general y sociedades.** Pág. 10



- Conjunto de decisiones de los tribunales de un Estado.
- Criterio sustentado por los tribunales al interpretar la ley a través de la decisión de casos concretos.”²⁷

El que a este efecto interesa es el tercero de los conceptos señalados, y en ese sentido, jurisprudencia lo define Luis y Oliver como: “el criterio aislado o reiterado, sustentado por los órganos jurisdiccionales a través de sus providencias decisorias de casos concretos, mediante el cual se fija el sentido que debe darse a la ley y que por virtud de mandato legislativo, puede ser o no obligatorio como norma de conducta para el juzgador en casos similares o iguales.”²⁸

Así pues, la jurisprudencia “es una norma o un conjunto de normas jurídicas cuya finalidad es determinar la interpretación que debe dársele a otra norma jurídica. Al interpretar una norma jurídica, el órgano facultado emite otra que establece cómo debe ser entendida”²⁹.

2.1.4. Fuentes supletorias

Como toda legislación, la mercantil presenta lagunas, hay casos no previstos por el legislador y que no pueden ser resueltos mediante la aplicación de los preceptos legales; la propia ley mercantil prevé la manera de colmar estas lagunas, y establece al efecto

²⁷Ibíd. Pág. 11

²⁸Ibíd.

²⁹Ibíd.

dos diversos sistemas: “uno, contenido en el Código de Comercio, y que por ello es considerado de aplicación general; otro, consagrado en las diversas leyes mercantiles especiales, y que solo tiene relación con la ley especial de que se trate.”³⁰ Así, el Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 1... “a falta de disposiciones de este Código, serán aplicables las disposiciones del derecho civil y se interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.”

2.1.5. Principios de la contratación mercantil

Un principio es la línea directriz que sirve para interpretar y aplicar las normas jurídicas, de modo que se utilizan también para poder hacer contrataciones de adquisición de bienes o servicios informáticos en internet.

a. Consentimiento

Este concepto jurídico hace referencia a la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones entre sí sujetándose a lo establecido en la normativa jurídica de la materia.

Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.

³⁰ <https://www.gestiopolis.com/derecho-mercantil-o-comercial/>. (consultado: 5 de noviembre de 2018).

b. Formalismo

El progreso del formalismo se ha manifestado, no por la creación de numerosos contratos solemnes nuevos, sino por exigencias muy estrictas en materia de prueba y publicidad.

c. Autonomía de la voluntad

La libre estipulación de los intereses de las partes en el campo de las obligaciones se denomina principio de la libertad contractual. “Otros lo llaman Dogma de la Autonomía de la Voluntad.”³¹

2.2. Contrataciones informáticas

Es una de las modalidades de contratación que ha tomado auge en los últimos 5 años, por lo que esto ha llevado a que el comercio a nivel nacional se incremente, debido a que muchas personas lo realizan de manera habitual con el objeto de generar ganancias sin necesidad de fatigarse, como suele ser el comercio tradicional que genera un desgaste físico pudiendo evitarlo con contrataciones virtuales. Entonces con la facilidad que brinda la tecnología se pueden realizar contrataciones con tan sólo un click dando la aceptación para que surja una relación de trabajo, de comercio o de otra índole.

³¹ Vásquez Ortiz, Carlos Humberto. **Derecho civil III.** Pág. 8



2.2.1. Antecedentes

Los contratos informáticos surgen ligados a la comercialización de las computadoras, puesto que en un principio eran utilizadas en el ámbito científico y militar, después fueron incorporadas a los negocios, originando su rápida comercialización, y como consecuencia el incremento de los mismos. Al inicio estos contratos se englobaban en uno solo, lo que provocaba ambigüedad en ellos que solo favorecía la práctica comercial de monopolios, para que después se diera la diversificación contractual, separando los referentes a bienes y servicios informáticos, lo que produjo la diversificación de los mercados.

Derivado de lo anterior, el surgimiento de los contratos informáticos se da con la apertura del mundo de la computación a la sociedad en general, al momento de salir a la venta al público, dando lugar a la automatización de las actividades cotidianas del ser humano.

2.2.2. Contratos informáticos

Se encuentran diversas posiciones doctrinarias para este concepto, pero fundamentalmente son dos: la primera se considera al contrato informático en cuanto a la forma, lo que significa que el contrato informático es creado por medios electrónicos; la segunda en cuanto al fondo, es decir que puede ser en formato papel o formato electrónico, pero el objeto del contrato sean bienes o servicios propios de la informática

o la Tecnología de Información y Comunicación conocidas por sus sigas TIC. Se utilizará el segundo criterio por considerar que es más acertado.

El autor en su texto define el contrato informático como: “un acuerdo de voluntades y que el concepto informático indica que las obligaciones que se adquieren están relacionadas con algún bien o derecho que surge de la informática o aquel cuyo objeto sea un bien o servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático”.³² En consecuencia, los contratos electrónicos atienden a la forma, es decir, se han creado mediante tecnologías electrónicas, y el objeto pueden ser de naturaleza propia de la informática o de cualquier otra clase legal o ilícita.

Teniendo en cuenta el concepto anterior se puede establecer que un contrato informático es aquel que tiene por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada.

2.2.3. Forma de los contratos informáticos

Omar R. Barrios dice que “Partiendo de la idea básica que los contratos informáticos atienden al objeto y no a la forma, estos pueden celebrarse en las formas establecidas como el uso de formato papel (escritura pública o documento privado), así como en formato electrónico (contratación electrónica).”³³ Existe crítica al respecto de este

³² Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Derecho e informática aspectos fundamentales.** Pág. 83

³³ *Ibíd.* Pag. 83



concepto, ya que se establece que no se le puede dar calificativos a cada contrato, de lo contrario un contrato donde se va a prestar servicios médicos será un contrato medicinal.

2.2.4. Efectos jurídicos de la contratación electrónica

Continúa indicando Barrios Osorio que “los efectos jurídicos que tenga el contrato celebrado a través de medios electrónicos dependerán de diversas situaciones, especialmente cuando el Estado ha emitido normas legales para reconocer esta forma de contratación o cuando en ausencia de norma estatal los contratantes han determinado sus efectos en el contrato. Existen varias posiciones al respecto, pero se resumen en las siguientes:

- a. la ley determina sus efectos;
- b. las partes han determinado sus efectos;
- c. la costumbre determina sus efectos; y
- d. la jurisdicción ordinaria determina sus efectos”.³⁴

Con lo anterior se puede entender que se cumple la ley de causa y efecto, siempre existe un efecto motivado por una causa, jurídicamente este tipo de contrataciones claramente producen efectos al momento de realizar una actividad comercial electrónica porque cumple con los requisitos esenciales para comercializar teniendo a los sujetos, el objeto

³⁴Ibíd. Pag 94



sobre el cual se va a negociar, la forma en que se hará y un conjunto de lineamientos que servirán como directrices para que se realice de la mejor manera.

2.2.5. Objeto de la contratación electrónica

No se refiere al fondo sino a la forma, lo que representa que la contratación electrónica puede celebrarse sobre:

- a. "bienes o servicios informáticos.
- b. bienes o servicios no informáticos."³⁵

Los dos incisos anteriores muestran que el objeto de este tipo de contrataciones permite celebrar negocios de manera mas rápida cumpliendo con el principio que inspira rapidez.

2.2.6. Clasificación de los contratos informáticos

Es íntimamente necesario para adentrarse en el análisis de los diferentes contratos informáticos, explicar el punto de partida para su comprensión, el cual es que se realizan en base a bienes, suministros, programas y servicios informáticos.

³⁵Ibíd. Pag. 90



a. Los bienes informáticos:

Son aquellos elementos que forman el sistema: computador, en cuanto al *hardware*, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos y todos los equipos que tienen relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto forman el soporte físico del elemento informático; así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automático de la información y que, en conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático.

b. Los suministros informáticos:

Se clasifican en: suministros para registro de información, de abastecimiento de equipo, auxiliares del equipo, auxiliares en tareas de programación y refacciones, partes, accesorios, etcétera.

Los servicios informáticos son todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en relación de afinidad directa con ella.

En consecuencia, el tipo de contrato dependerá de la materia objeto del mismo, si se trata de bienes, suministros, programas y servicios informáticos; por lo tanto, derivado de lo anterior se desprenderán múltiples contratos que a su vez pueden abarcar una o todas las materias antes mencionadas. Una clasificación general de los contratos



informáticos es la siguiente:

➤ **Compraventa**

Comprende a los equipos y suministros, componentes, accesorios, etc. Su esencia es similar a la de cualquier contrato de compraventa referido a otros bienes; sin embargo, contiene una serie de elementos que lo hacen más complejo: en primer lugar se debe establecer que el proveedor venderá al usuario el material de acuerdo a los planes de contratación ofrecidos, debiendo incluirse una relación de las máquinas, modelo, descripción, cantidad, precio de compra y cargo mensual de mantenimiento. Se debe establecer la fecha de entrega, lugar, condiciones, forma de pago, posible periodo de prueba, garantía, responsabilidad de daños y perjuicios, discrecionalidad de la información compartida, y plazo.

➤ **Arrendamiento**

Existen cláusulas específicas para este tipo de contrato de renta de equipo de cómputo, por ejemplo, la relación de máquinas y sistemas operativos indicando su modelo, descripción, cantidad, precio de compra, renta mensual y cargo mensual por mantenimiento. Se debe establecer la duración del contrato en los términos y condiciones, respetando los mecanismos de prórroga acordados, además del compromiso de no alterar los precios pactados con anterioridad durante la vigencia del contrato. El usuario tiene derecho a solicitar se pruebe el equipo, el proveedor deberá

garantizar el óptimo funcionamiento del equipo, así como hacerse responsable de cualquier violación en materia de patentes o derechos de autor.

➤ **Arrendamiento con opción a compra o *leasing*:**

Este contrato establece que la opción de compra se podrá ejercer en cualquier momento después de la fecha de aceptación del sistema de cómputo respecto a todo o parte del mismo, considerando que los porcentajes pactados de las rentas pagadas se abonarán al precio de compra. Al ser la compra de equipo informático un gasto muy fuerte para las empresas, es frecuente que en un principio tomen en arrendamiento el centro de cómputo y lo paguen a plazos hasta adquirir la propiedad del mismo. A este tipo de contrato informático se le aplican las cláusulas del contrato de arrendamiento, y las del contrato de compraventa en cuanto a la adquisición del equipo.

➤ **Prestación de servicios informáticos**

Este tipo de contrato se refiere a todos aquellos trabajos que sobre determinadas materias, semejante al contrato de prestación de servicios profesionales del derecho civil mexicano que presta un profesional a una persona llamada cliente, quien se obliga a pagarle una determinada retribución denominada honorarios.

Los servicios informáticos que prestan son: relacionados con recursos humanos, consultoría general, planeación de locales e instalación de equipo de cómputo y



auxiliares, uso de equipo de cómputo por tiempo limitado, explotación de programas bajo licencia de uso con o sin cargo, consulta de archivos y banco de datos nacionales e internacionales, estudios de mercadotecnia en informática, documentación técnica en informática; mantenimiento preventivo, correctivo y de conservación del equipo; manejo de datos, auditoria y diagnóstico en informática; desarrollo de estudios de viabilidad para la selección de bienes o servicios informáticos; desarrollo de estudios de factibilidad, inversión y adquisición de bienes y servicios informáticos, etc.

En relación a la clasificación de los contratos informáticos, es conveniente señalar que el contrato de compraventa, arrendamiento y leasing, actualmente solo se utilizan por las empresas, tratándose de grandes volúmenes de equipo, puesto que una persona física que acude a cualquier comercio a adquirir una computadora o *software*, solo se le entrega una factura o comprobante de la compra, asumiendo este el rol del contrato, con el objetivo de amparar la transacción realizada y todas las consecuencias derivadas de la misma. En cambio, cualquier persona física o moral puede solicitar los servicios profesionales de una empresa en materia de informática, por lo que se puede afirmar categóricamente que es el contrato físico en sí más utilizado.

2.2.7. Comercio electrónico

El comercio electrónico consiste en la compra y venta de productos o de servicios a través de medios electrónicos, tales como el internet y otras redes de computadoras. La



cantidad de comercio llevada a cabo electrónicamente ha crecido extraordinariamente debido a la propagación de internet.

El autor del texto de informática y derecho, menciona que “hay una gran variedad de comercio se realiza de esta manera, estimulando la creación y utilización de innovaciones como la transferencia de fondos electrónica, la administración de cadenas de suministro, el marketing en internet, el procesamiento de transacciones en línea, el intercambio electrónico de datos, los sistemas de administración de inventario, y los sistemas automatizados de recolección de datos.”³⁶ El mismo autor dice que: “El comercio electrónico moderno típicamente usa el *World Wide Web* por lo menos en un cierto punto en el ciclo de la transacción, aunque puede abarcar una gama más amplia de tecnologías, como el correo electrónico.”³⁷

Un gran porcentaje del comercio electrónico se utiliza completamente para artículos virtuales, como el acceso a contenido premium de un sitio web; pero la mayoría del comercio electrónico involucra el transporte de objetos físicos de alguna manera.

³⁶ Hernández Fuentes, Jonathan Ffraín **Informática y derecho**. Pág 41

³⁷**Ibíd.** Pág. 41



CAPÍTULO III

3. Firma electrónica y transacciones electrónicas

Este capítulo abordará sobre temas que conforme va avanzando la tecnología ha ido tomando auge en muchos países del mundo, creando nuevas formas de dar certeza y seguridad jurídica en actividades comerciales dentro del mundo del comercio electrónico.

3.1. Firma electrónica

Es un concepto jurídico el cual se refiere al equivalente de una firma manuscrita solo que de forma electrónica, en donde una persona plasma electrónicamente su firma aceptando el contenido de un mensaje o documento a través de cualquier medio electrónico válido.

La evolución tecnológica de los últimos años en el campo electrónico y digital, ha transformado la industria, el comercio, el sector servicios, doméstico, entre otros.

Hoy en día cada vez hay una demanda mayor de las transacciones ante una necesidad de interactuar por intermedio de redes de computadoras. El concepto de firma electrónica nace de una oferta tecnológica para acercar la firma manuscrita o también llamada hológrafa, a lo que se llama el trabajo en redes o ciberespacio que garantiza los trámites hechos en internet.

3.1.1. Antecedentes de la firma electrónica

El ser humano, siempre ante la necesidad de dar certeza a los actos en que interviene y sobre todo en aquellos en que otorga su voluntad para establecer compromisos, requiere que exista una evidencia fehaciente, indubitable para dar seguridad y certeza a sus relaciones con los demás, necesidad que se refleja más en el ámbito económico, esto es, en sus relaciones crediticias, comerciales y financieras.

Fue precisamente en el ámbito comercial, pues en este es indispensable la fluidez para su eficaz desarrollo, que comienza la creación de claves o lenguajes, puesto que el verdadero comercio comenzó a efectuarse entre pueblos lejanos, cuando un grupo carecía de alguna cosa y se armaba para arrebatarla a otro allí en donde pudiera encontrarla, lo más común fue que la satisfacción de sus necesidades en cuanto a recursos para subsistir se realizara de forma violenta, en casos menos frecuentes se podía obtener los satisfactores de forma pacífica mediante un trueque.

La necesidad creciente de los cambios mercantiles hacía necesario que se acudiera lo menos posible a tal extremo; pero la desconfianza seguía existiendo y esto llevó a que se recurriese a otro medio que consistió en depositar la mercancía en un lugar predeterminado con una señal que indicase que se deseaba la permuta o trueque, la otra parte hacía lo mismo, y si había fraude, era entonces cuando se recurría la guerra. Tal situación se prolongó durante gran parte del periodo neolítico.



Posteriormente las agrupaciones de varias familias formaron la gens, el clan, la tribu y otros grupos mayores, haciendo posible que existiesen relaciones jurídicas y por lo mismo comercio entre familias. Los jefes de ellas tenían a nombre propio e independientemente del grupo general algunos bienes sobre los que podían contratar al momento de realizarse la práctica del trueque, es decir, el cambio de un objeto por otro como parte de práctica del intercambio comercial.

“Fue al establecerse una dificultad en cuanto a la equidad en el intercambio, al no poder determinarse el valor de los bienes que se intercambiaban, que se produjo de un modo natural la invención de la moneda, como una tercera especie de mercancía que sirviese para medir el valor de las cosas, iniciando así una nueva era para el comercio, naciendo con ello el poder en aquellos tiempos para ampliar las transacciones mercantiles y el tráfico comercial, y fue debido a la complejidad con que se fue desarrollando la formalización de las transacciones comerciales, que el lenguaje y los mecanismos de comunicación se hicieron cada vez más necesarios, haciéndose indispensable un tipo de lenguaje que dejara constancia de los actos que constituyeran un compromiso adquirido entre las partes.”³⁸

Por lo que el lenguaje escrito fue y ha sido el que ha prevalecido como el medio más eficaz para la comprobación de la existencia del acto preponderantemente de carácter obligacional entre los contratantes, surgiendo los lenguajes gráficos, mismos que

³⁸ Sánchez Barrozo, José Antonio **Creación de la firma electrónica y sus efectos en el ámbito del derecho.** Pág.3

resultaban difíciles de aprender porque había que memorizar el símbolo correspondiente a cada palabra.

Aunque en el mundo antiguo eran muchos los que necesitaban usar la lengua escrita, muy pocos aprendían a escribir, por lo que pagaban a escribas para que lo hicieran por ellos, como es el caso de los sumerios que desarrollaron la escritura cuneiforme o los pictogramas egipcios, llamados jeroglíficos.

A la firma electrónica como una nueva forma de manifestación de la voluntad, y que puede ser simple, digital y avanzada o fiable, el derecho reconoce igual valor que a la autógrafa, manuscrita o signada en un documento en papel; por ello, resulta importante el estudio y la comprensión de las nuevas nociones que el campo de la informática arroja para entender mejor la naturaleza y característica de la firma electrónica, porque de ello dependerá una eficaz regulación que brinde seguridad y certeza jurídica a las relaciones que se lleguen a establecer entre individuos que celebren actos jurídicos a través de medios electrónicos.

3.1.2. Definición de firma electrónica

Primero se definirá la firma, ya que se necesita saber su significado y se puede definir de la siguiente manera "representación por escrito del nombre de una persona, puesta



por ella misma de su puño y letra. En los actos instrumentados privadamente por escrito, se exige la firma de las partes como requisito esencial para su existencia”³⁹.

Ya teniendo definido el concepto de firma se puede establecer que es una firma electrónica y en un texto de derecho relacionado con la informática lo explica así: “Es la forma en que se plasma, es decir utiliza medios electrónicos y adopta la intención de vinculación o de cumplimiento de las funciones de la firma autógrafa o manuscrita. Es un bloque de caracteres que acompaña a un documento o fichero, acreditando quien es su autor y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos”.⁴⁰

Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta, a la que solo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría. De esta forma el autor queda vinculado a documentos de la firma. Por último, la validez de dicha firma podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor.

Así mismo el mismo autor lo define de la forma siguiente: “la firma electrónica es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad de un firmante y la integridad del mensaje. No es una firma escrita, sino un *software*, se basan en algoritmos que trabajan con números de hasta 2048 bits. La parte visible de la rúbrica es el nombre del firmante, pero también puede incluir el nombre de una compañía y el cargo”.⁴¹

³⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pag. 419.

⁴⁰ Hernández. **Op. Cit.** Pág. 37.

⁴¹ **Ibíd.** Pág. 37.



Sin embargo, la ley establece un conjunto de reglas generales aceptables en el ámbito internacional, que permitirán el desarrollo seguro de las vías del comercio electrónico; la entrada en vigor de la firma electrónica, permite, tanto a grandes o pequeñas empresas, así como a usuarios individuales, comunicarse en red con la seguridad de que sus comunicaciones no serán interceptadas. Los notarios de la firma autentican la identidad; el interesado firma un contrato; y la entidad certificadora E-CertChile proporciona, por un año, la llave mencionada.

3.1.3. Funcionamiento de la firma electrónica

“El procedimiento de firmar electrónicamente es un mensaje de datos. En algunos casos dependiendo de la tecnología utilizada y la regulación al respecto podrán existir algunas variaciones en el orden o fases para plasmar la firma, así como las diferentes clases de firmas”.⁴² Por lo cual se explicará primero la fase previa y posteriormente las clases de firmas; con dicha explicación ya se podrá tener una mejor comprensión de su funcionamiento.

a. Fase previa para usar la firma electrónica

Esta se realiza a través de una serie de etapas o procedimientos que deben de cumplir una fase previa, la cual varía según la clase de firma electrónica y si existirá participación de una entidad certificadora independiente.

⁴² Barrios. **Op. Cit.** Pag. 128.



El mismo autor establece que, “Consiste en la asistencia del emisor con un ente de certificación para adquirir un par de claves (privada y pública contenida en un soporte electrónico) y un certificado digital; esta acción la puede realizar el emisor de forma personal o bien la puede adquirir por la internet. En todo caso el ente certificador procederá a identificar al usuario por medio de los documentos correspondientes (documento personal de identificación, etc.) lo cual se puede realizar de forma directa ante el certificador o por medio de entidades colaborando denominadas autoridades locales de registro.

El certificador le entrega al emisor el *software* de clave privada el cual está bajo responsabilidad; con la clave pública pueden darse dos situaciones:

- El certificador entrega al emisor la clave pública, con el objeto que el emisor al enviar un mensaje de datos al receptor le envíe además la clave pública como un archivo adjunto.
- Que la clave pública se encuentra ubicada o publicada en directorios públicos, depósito en la internet”.⁴³

Con lo anteriormente citado, se busca tener una certeza y seguridad jurídica previa para que al momento de que el certificador entregue al emisor ambas claves se pueda obtener la información que será objeto de la relación en el negocio jurídico electrónico.

⁴³ Hernández. **Op. Cit.** Pág. 40.



3.1.4. Clases de firma electrónica

Jonathan Hernández, en su texto de derecho informático hace una clasificación que queda de la siguiente manera:

- a. **“Firma electrónica simple:** es la firma electrónica sin cifrar el mensaje de datos y solo identifica al emisor.

- b. **Firma digital o firma electrónica avanzada:** es la firma electrónica relacionada con el mensaje de datos.”⁴⁴

Y es así que de esta forma se puede conocer la determinación de la firma electrónica empelada o a emplear dependiendo el documento y su contenido para tener la seguridad de la identidad de los sujetos.

3.1.5. Regulación legal en Guatemala

En Guatemala se ha avanzado un mínimo desde la regulación en materia electrónica, tal es el caso de la emisión del Decreto 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, así como la regulación que ha emitido la Superintendencia de Administración Tributaria para la emisión de facturas electrónicas.

⁴⁴Ibíd. Pag 38



En el Artículo 2 de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, define firma electrónica como: “aquellos datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica.”

Para el comercio dentro del territorio guatemalteco, principalmente en el área de prestación de servicios, con la existencia de las facturas electrónicas se facilita la operación, toda vez que la empresa vendedora puede poner a la venta determinado servicio, con la opción de pago en línea y al tener autorización por medio de la firma electrónica para emitir facturas electrónicas o títulos de crédito electrónicos, la disposición legal en esa materia regula que el documento debe enviarse al correo electrónico del comprador, con lo cual se cumple con la obligación de emitir y entregar la factura o documento correspondiente.

El tema se complica en los casos de comercio exterior, en los que la persona o empresa residente en Guatemala tiene que adquirir bienes intangibles como el *software*, datos, música, libros y otros bienes que se pueden descargar por internet; y también en el caso de prestación de servicios, para lo cual, previo pago, según la forma que se convenga, se puede efectuar mediante tarjeta de crédito, débito, transferencia bancaria u otro procedimiento; el proveedor del exterior suministra una clave para ingresar a su almacén electrónico y así adquirir el bien o servicio que se está comprando, emitiéndose para tal



efecto la factura o documento correspondiente que envía el proveedor, también por vía electrónica.

Actualmente no existe la seguridad jurídica para que un guatemalteco que realice una transacción electrónica a otro país y que sufra de estafa u otro delito similar, por lo que el comerciante que se considere afectado debe someter al otro sujeto a los órganos jurisdiccionales de Guatemala para que pueda resarcir los daños causados, no habiendo un órgano especializado para esta clase de situaciones jurídicas, teniendo como prueba el documento que acredita la transacción ya sea en forma electrónica o física.

3.2. Transacciones electrónicas

El comercio electrónico necesita garantizar una seguridad técnica y certeza jurídica que impida un anormal funcionamiento del negocio o una desconfianza en el medio utilizado para comercializar.

En este sentido se han aportado una serie de soluciones a través de varios protocolos certificados, propuestos por los organismos de normalización, para evitar los posibles peligros u operaciones ilegales a los que puede estar sometida por medio de tarjetas de identificación en redes de computadoras inseguras, especialmente realizadas en internet, por lo que la transacción electrónica busca intercambiar información o transferir dinero de manera segura llevadas a cabo con una autenticación entre sí.



3.2.1. Concepto de transacción electrónica

Sin entrar a un análisis tan minucioso, es posible advertir que el concepto de la transferencia electrónica de fondos depende en general de dos particularidades.

El manual de informática jurídica expone que: “La primera es que ella se realiza, necesariamente, con la intervención de un banco u otra entidad financiera que cuente con una gestión interna informatizada”.⁴⁵

Así mismo, “en segundo lugar, la operación consiste en el traslado de un crédito de una cuenta bancaria a otra y se lleva a cabo mediante procesamiento electrónico, sin desplazamiento de dinero en efectivo ni de otros elementos físicos representativos. Aquí es donde aparece el concepto de pago electrónico o de moneda electrónica, ya que el soporte de esa naturaleza sustituye al soporte de papel.”⁴⁶

Conviene señalar que la transferencia electrónica puede llevarse a cabo de dos modos: “instantánea o diferido. El primero, llamado en inglés *on line*, se cumple simultáneamente con la orden de giro, ya que las computadoras se hallan conectadas con una red automática permanente. El modo diferido, llamado *off line*, se ejecuta en dos tiempos. El primero corresponde al ingreso de la orden de transferencia y el segundo a la traducción de la orden en una efectiva modificación de los registros.”⁴⁷

⁴⁵ Guibourg, A Ricardo; Allende, Jorge O; Campanella, Flena M **Op. Cit.** Pág 244

⁴⁶**Ibíd.** Pág. 244 y 245

⁴⁷**Ibíd.** Pág. 245



En el aspecto estrictamente jurídico, la doctrina no es pacífica acerca del encuadre más apropiado, la llamada naturaleza jurídica, que pueda asignar a la transferencia electrónica de fondos. “Algunos autores consideran que el convenio para la transferencia electrónica de fondos no es un negocio jurídico autónomo sino un acuerdo accesorio al contrato principal.”⁴⁸

Como en otros casos semejantes, el debate teórico acerca de la naturaleza jurídica encierra una divergencia práctica sobre la regulación jurídica que haya de servir de marco a la institución que se examine.

Los autores emplean diversos grados de rigor para delimitar el campo de lo que haya de entenderse como transferencia electrónica de fondos. “Para algunos, requieren que se traslade una suma de dinero de una cuenta bancaria a otra, por intermedio de un sistema informático y mediante el uso de órdenes de crédito y de débito. Otros más exigen que el monto transferido sea puesto efectivamente a disposición del beneficiario.”⁴⁹

3.2.2. Clases de transacciones electrónicas

Para el presente capítulo se tendrán en cuenta los tipos de transacciones electrónicas más frecuentes en el mundo del comercio electrónico y que se tendrán a bien mencionar

⁴⁸**Ibíd.** Pág. 245

⁴⁹**Ibíd.** Pág. 246.



los siguientes:

a. Transacciones entre las administraciones y otras personas físicas o jurídicas

La aplicación de las Tecnologías de Información y Comunicación o también conocidas por las siglas TIC, por las administraciones públicas da lugar a la administración electrónica, que hace referencia a aquellos mecanismos electrónicos que permiten la prestación de servicios públicos de la administración, tanto a los ciudadanos como a las empresas.

b. Transacciones interorganizacionales

Las tecnologías del comercio electrónico hacen posible transmitir múltiples documentos entre empresas, como pedidos, facturas y notificaciones de entregas, y efectuar cobros y pagos a proveedores y distribuidores. El empleo de estas tecnologías da lugar a ahorro de tiempo y costes en actividades como el aprovisionamiento, expedición de pedidos y cobros.

c. Transacciones entre empresas y consumidores finales

Las tecnologías del comercio electrónico también hacen posible que los clientes finales contacten directamente con las empresas, consultando información sobre múltiples



ofertas comerciales y estableciendo una relación de comunicación personalizada con los vendedores que derive en la compra de productos.

d. Transacciones entre particulares

Las redes de telecomunicación permiten que los particulares puedan comunicarse e intercambiar bienes y servicios, lo que hasta la aparición de Internet era bastante inusual. Por ejemplo, desde *e-Bay*, se pueden poner en contacto distintos particulares, para la venta de productos y con posibles compradores.

3.2.3. Derecho comparado

Es necesario tomar en cuenta legislaciones de otros países para poder apoyar la investigación, puesto que otros Estados han tomado la iniciativa de ir actualizándose para tener facilidades en diligenciamientos, haciéndolo conforme el principio del derecho mercantil que es la rapidez.

a. Argentina

En Argentina el estudio de la red internet la efectúan mediante un análisis de su impacto en los costos de transacción. Así que en un breve resumen se explicará de conformidad con la doctrina argentina que los costos de transacción "son aquellos en los que incurren las partes para llegar a un acuerdo que influya en todas las conductas orientadas de una



forma racional”⁵⁰; y por esa razón en la presente investigación ha sido objeto de estudio el derecho mercantil y el derecho informático específicamente en los contratos y la responsabilidad.

Cada vez que aparece una nueva tecnología, se presenta también la necesidad de agrupar la problemática. En la doctrina argentina los contratos informáticos son denominados así debido a que el objeto de la contratación lo constituyen bienes y servicios informáticos y que por tiene un propósito práctico, ya que mucha gente los ha identificado de esa manera y por lo que Ricardo Lorenzetti dice “no hay una tipicidad, ni debe haberla, en relación con la contratación informática.”⁵¹

Ricardo Lorenzetti en su texto menciona la tesis expuesta por el tratadista Rodotá que dice que “es crucial ofrecer a los emprendedores y productores estándares y seguridades para vender y exportar servicios, tanto como ofrecerlas a los extranjeros y que teman invertir, navegar o contratar en páginas con dominios <.com.ar>”.⁵²

Los Estados han determinado metas regulando sobre los puntos siguientes, aunque su desarrollo y armonización han alcanzado diferentes etapas: la firma digital, comercio electrónico y contrataciones, delitos y seguridad en la red de internet.

⁵⁰ Lorenzetti, Ricardo L. **Comercio electrónico**. Pag. 41

⁵¹ **Ibíd.** Pag. 41

⁵² **Ibíd.** Pag. 42



Lo relacionado a la firma digital, y validación de documento electrónico son las normas que más avance han tenido y que necesitan ser normadas y reconocidas con sus alcances y efectos jurídicos.

➤ **La estafa informática en el Código Penal argentino:**

Al Código Penal argentino se le incorporó un conjunto de ilícitos que se consideran delitos informáticos. Además, modificó algunos tipos existentes para incorporar nuevas modalidades de comisión a través de los medios electrónicos. Es así que se agregó el inciso 16 al artículo 173, el que establece que: “El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o a la trasmisión de datos”.

Esta inclusión de fondo al Código Penal argentino, busca incorporar ciertas situaciones patrimoniales relacionadas con la informática como una modalidad de defraudación.

Ahora bien, ¿qué modalidades puede asumir la conducta típica de este delito? Las mismas pueden ser diversas. Por ejemplo, la alteración de registros informáticos, la obtención de un servicio de telecomunicaciones sin haberlo abonado previamente, el fraude informático mediante interceptación de conexiones; el phishing, que es una variante de estafa informática que consiste en la captación de datos bancarios y de tarjetas de crédito de clientes, aunque su objeto también puede ser la obtención de claves u otro tipo de información.

La estafa por *typsquatting*, en este supuesto el delincuente se aprovecha del error de tipeo de la víctima que lo llevará a una falsa página web con una denominación muy parecida a la que quería llegar. En este caso, la víctima ingresa a una página estéticamente idéntica a la que realmente quería entrar, sin darse cuenta que se trata de una página falsa. Una vez dentro de la página, el usuario ingresará los datos que utiliza para acceder al portal de su tarjeta de crédito, su banco, etc. Luego estos datos se remitirán al ciberdelincuente, etc.

A pesar de que los delitos informáticos poseen un bajo nivel de denuncia en Argentina, esto permite que se incrementen los actos cibernéticos ilícitos sin castigar a los responsables de los mismos, implican pérdidas millonarias. En la actualidad, los países en vías de desarrollo constituyen el objetivo primordial de los delincuentes informáticos.

El avance de la tecnología supone un enorme desafío, no solo para toda la vida en sociedad, sino para impedir que el cibercrimen aumente exponencialmente, amparándose, entre otros factores, en el presunto anonimato que internet ofrece a sus autores. Los delitos informáticos no sólo causan invaluable daños económicos, sino que tienen entre sus principales víctimas a los comerciantes, con la consecuente violación de sus derechos humanos.

La lucha contra el cibercrimen por sus características y complejidades no solo se reduce a la modificación de los tipos penales existentes o a la creación de nuevos delitos, sino



también que se necesitan operadores judiciales técnicamente preparados para perseguir uno de los nuevos flagelos delictivos de la modernidad, es decir, los delitos cibernéticos.

La creación de fiscalías especializadas en la investigación del cibercrimen en Argentina facilitó que este tipo de causas cobren un gran impulso, mejorando los niveles de la persecución penal en estas investigaciones, las cuales exigen la presencia de personal altamente especializado y capacitado. De esta forma, se contribuyó a resguardar los derechos de los comerciantes por los delitos informáticos, así como a evitar que se generen enormes pérdidas de dinero y daños para las empresas y para las personas jurídicas radicadas en la República de Argentina.

Se aplica la pena establecida en el Código Penal Argentino relativas a la estafa común, que es de un mes a 6 años de prisión.

b. España

Del contrato informático en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, establece en resumidas palabras que todo contrato formalizado por la vía electrónica se tendrá por celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados por medio de cable, radios, o cualquier otro medio electromagnético.



En España la idea fue crear una ventanilla virtual única que permita la prestación de todos los servicios públicos haciendo uso de la interactividad, rapidez, eficiencia y personalización que ofrecen las nuevas tecnologías.

Respecto a la firma electrónica, ya hay varios países del mundo que han adoptado y tienen regulado el uso de la firma electrónica y que la han utilizado para realizar transacciones electrónicas a otros países por el comercio tan concurrido que tienen y entre esos países podemos destacar Alemania, España, Estados Unidos de América, México, Perú, y Colombia; teniendo como base la Ley de firma digital del Estado de Utah, Estados Unidos de América; que entró en vigencia el 27 de febrero de 1995.

La Directiva de la Unión Europea sobre un sistema común para firmas electrónicas, del 24 de mayo de 1999, señala "que la firma electrónica adjuntada a un documento electrónico tiene exactamente el mismo valor legal que la firma manuscrita adjuntada a un documento escrito en soporte de papel y admite como medio de prueba la firma electrónica asociada a un documento electrónico."⁵³

Se establece un sistema voluntario de acreditación de los prestadores de servicios de certificación y se especifica que éstos serán responsables, ante cualquier persona que de buena fe haya confiado en el certificado, de conformidad con la ley y de la veracidad de su contenido.

⁵³Ibíd. Pág. 75



Esta responsabilidad se encuentra objetivada, puesto que el prestador de servicios de certificación se exime de responsabilidad en cuanto demuestra haber actuado siempre con la máxima diligencia para comprobar la información proporcionada por la persona certificada, invirtiéndose de este modo la carga de la prueba.

➤ **La estafa informática en el Código Penal español:**

Dentro de los delitos de estafa, se encuentran aquellos calificados como delitos informáticos, la tipificación del delito de estafa mediante instrumentos informáticos, o delito de estafa informática, también se encuentra regulado en el Artículo 248. 2, de la siguiente forma:

Se consideran autores del delito de estafa:

Los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en lo señalado en el Artículo 248 del Código Penal español.



La pena del delito de estafa prevista oscila entre seis meses y tres años de prisión.

Aunque es evidente que el Código penal elimina la determinación de la pena en exclusiva función de la cuantía de lo defraudado, como en el caso del Artículo. 250 del Código Penal español, que señala agravaciones de la pena citada, cuando la defraudación o el delito de estafa se comete por más de 50.000 euros o por más de 250.000 euros, en cuyo caso la pena puede ir de uno a seis años de prisión. Teniéndose estas penas de prisión también como base para la aplicación de la estafa informática



CAPÍTULO IV

4. Evaluación de la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas desde Guatemala hacia otros países por medio de la firma electrónica.

Después del estudio realizado de las diferentes teorías y doctrinas consultadas para la presente investigación, ha sido de mucha utilidad debido a que por medio de ellas se ha comprobado que existe un problema en la legislación guatemalteca en el tema de la seguridad jurídica en transacciones electrónicas desde Guatemala hacia otros países.

Lo anterior debido a que, el Estado no protege al comerciante individual que estando dentro del imperio de la ley, como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que dicho comerciante realiza transacciones electrónicas realizadas desde Guatemala hacia otros países sin tener seguridad jurídica, por lo que es necesario una ampliación de la ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas y que ésta regule esa seguridad jurídica entre el guatemalteco y el extranjero, modos de combatir esa inseguridad, y las sanciones pertinentes en caso no se cumpla con lo establecido en el negocio jurídico.

La firma electrónica tiene gran importancia en este tema debido a que esta da certeza y seguridad jurídica a lo contenido en el negocio jurídico que se realiza en el comercio electrónico, que en Guatemala ya es un hecho, puesto que día a día ha ido avanzando y debido a ello es eminentemente necesario reforzar la legislación nacional creando una

ley donde exista una protección digna para el comerciante individual, ya que está reconocida la firma electrónica en Guatemala bajo el Decreto 47-2008.

4.1. Delitos informáticos

Las autoras argentinas conceptualizan los delitos informáticos en su acepción más amplia y aseveran que “comprenden todas las acciones típicamente antijurídicas para cuya consumación se utiliza o se afecta perjudicialmente a la persona en sí o sus bienes.”⁵⁴

Según el Periódico en una publicación destaca que “entre los hechos más denunciados se encuentran el acoso a personas por parte de grupos criminales, robo de identidad en cuentas de redes sociales, difamación; y recientemente, se ha evidenciado un repunte sobre casos de jóvenes que consumen drogas digitales.”⁵⁵

Las denuncias son recibidas por la Sección Contra Delitos Informáticos de la Policía Nacional Civil, en donde se establecen los hechos ilícitos en los que incurren quienes son denunciados y luego se inicia una investigación.

Los datos sobre los delitos cibernéticos se conocieron tras el II Congreso Internacional de Ciberseguridad y *Hacking* Ético, que se desarrolló el pasado 20 de octubre en

⁵⁴ Lilli, Alicia R; Massa, María A. **Delitos informáticos**. Pág. 11.

⁵⁵ <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/10/23/se-triplican-las-denuncias-por-delitos-ciberneticos-en-guatemala/>. (Consultado: 22 de julio de 2019).



Guatemala; durante el cual se expusieron nuevas herramientas para combatir las amenazas informáticas, entre las que destacan los desafíos en la ciberseguridad del sector bancario.

Numerosos tipos delictivos tipificados en el Código Penal y en leyes especiales pueden ser cometidos con los sistemas electrónicos de elaboración de datos, o contra ellos dañándolos.

Algunos factores concurren para que el fraude informático se pueda cometer con mayor rapidez e impunidad que otros.

Por un lado, crecimiento tecnológico hace más complejo descubrir la comisión delictiva, y por otra parte la relativa falta de seguridad jurídica de los sistemas y la renuencia a denunciarlos por temor a dañar la imagen ante los demás.

4.2. Estafa informática como delito contra el patrimonio

La estafa informática es un fenómeno delictivo que en los últimos años está tomando mayor magnitud y relevancia en el ámbito de la criminalidad informática, siendo éste la base principal del delito informático sobre el que gira la ciberdelincuencia.



En el Periódico hicieron una publicación en la que indican que “durante el transcurso de 2018 se han planteado 1,100 denuncias por cibercrimitos en el país, con lo cual se supera tres veces las 338 que se contabilizaron el año pasado, según registros del Observatorio Guatemalteco de Delitos Informáticos. Entre los hechos más denunciados se encuentran el acoso a personas por parte de grupos criminales, robo de identidad en cuentas de redes sociales, difamación; y recientemente, se ha evidenciado un repunte sobre casos de jóvenes que consumen drogas digitales,”⁵⁶

Ante todo, no cabe omitir la posibilidad de obtener un resarcimiento de los daños, de índole material y aun moral si se reúnen sus requisitos, causados a la víctima de los delitos de estafa o defraudación en los casos de calidades simuladas, del objeto entregado por contrato electrónico.

A pesar de las diferencias que existen a la hora de establecer una definición unitaria del concepto de estafa informática y/o fraude informático siendo éste un concepto más apropiado según la doctrina, debiéndose entender que se refiere a éstos como “la producción de un daño patrimonial cuantificable mediante un comportamiento externo, impropio de un proceso automatizado informático, que altera los datos gestionados por éste, con ánimo lucro y en perjuicio de tercero”.⁵⁷

⁵⁶ <https://elperiodico.com.gt/nacion/2018/10/23/se-triplican-las-denuncias-por-delitos-ciberneticos-en-guatemala/>. (consultado. 22 de julio de 2019).

⁵⁷ <http://portaley.com/2012/12/introduccion-a-la-estafa-informatica-2/>. (consultado: 9 de noviembre de 2018).



4.3. Resarcimiento de daños por medio de garantías contractuales

Con motivo de la provisión de bienes y servicios informáticos las personas que contratan su adquisición o derecho a utilizarlos pueden sufrir de alguna manera daños de diversa índole por lo que debe perseguir un resarcimiento mediante la propuesta en ejecución de las estipulaciones de garantía que se consignaron expresamente en el respectivo contrato electrónico.

Sin embargo, muchas veces en la práctica las posibilidades de las referidas garantías contractuales se reducen por la utilización de formularios uniformes y contratos estándares con cláusula excluyentes o limitativas de seguridad jurídica.

Si el contenido de las cláusulas excluyentes o limitativas de garantías es coherente con el resto de las estipulaciones contractuales informáticas, la doctrina tiende a prevenir la opresión y la injusticia, con daño para el contratante más débil y menos preparado.

4.4. Responsabilidad de la contratación electrónica como base para buscar resarcir los daños mediante los órganos jurisdiccionales

A pesar de ser el derecho mercantil una rama del derecho que inspira poco formalismo para que el comercio sea rápido, en este caso el comercio electrónico, asume mucha importancia en la materia considerada.



El fraude cibernético e informático se produce a través del uso de una computadora o de internet. La piratería informática es una forma común de fraude: el delincuente usa herramientas tecnológicas sofisticadas para acceder a distancia a una computadora con información confidencial. La comisión del delito fraude cibernético involucra la interceptación de una transmisión electrónica. Esto puede ocasionar el robo de la contraseña, el número de cuenta de una tarjeta de crédito u otra información confidencial sobre la identidad de una persona.

En el fraude electrónico se hace uso de una computadora con el objetivo de distorsionar datos para inducir a otra persona a que haga o deje de hacer algo que ocasiona una pérdida, por lo que la firma electrónica haría su función otorgando seguridad al comerciante que realice sus transacciones electrónicas.

Los delincuentes pueden distorsionar los datos de diferentes maneras. Primero, pueden alterar sin autorización los datos ingresados en la computadora. Los empleados pueden usar fácilmente este método para alterar esta información y malversar fondos. En segundo lugar, los delincuentes pueden alterar o borrar información almacenada. Tercero, los delincuentes sofisticados pueden reescribir los códigos de *software* y cargarlos en la computadora central de un banco para que éste les suministre las identidades de los usuarios. Los estafadores luego pueden usar esta información para realizar compras no autorizadas con tarjetas de crédito.



Al evaluarse la responsabilidad de quien presta los servicios de forma electrónica, respecto al no cumplimiento de los establecido en el contrato informático y debiendo cumplir con apoyarlo con una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, tendrán que tomarse en cuenta los siguientes factores como mínimo:

- a) el costo de obtención del servicio o bien objeto del contrato informático.
- b) la naturaleza de la información establecida en el contrato informático.
- c) la existencia de declaraciones que limiten el alcance o magnitud de la responsabilidad de quien presta el servicio en el extranjero.
- d) toda conducta de la parte que confía en la firma que contribuya a la responsabilidad.

En ese mismo orden de ideas, se presume la culpa por el incumplimiento de la obligación, motivo por el cual puede cobrar mucho significado en este aspecto la clasificación aceptada. Las soluciones jurídicas deben estar al alcance de los afectados, especialmente respecto de los daños y perjuicios causados a quienes contratan de forma electrónica la adquisición o utilización de bienes y servicios electrónicos.

4.5. Derecho procesal informático

Al margen de las características examinadas en relación con el comercio electrónico y la documentación como auxilio de las funciones judiciales, se hace necesario considerar brevemente desde el ángulo que conllevan las actividades informáticas desarrolladas por



las partes en sus relaciones sociales y económicas cuando asumen interés para la dilucidar los asuntos litigiosos.

En efecto, con relación a algunas suposiciones futuristas en las que cabe reiterar que, corresponde ventilar los litigios en órganos jurisdiccionales competentes que conozcan sobre los delitos mencionados en la investigación.

Cuando se trata de probar los hechos controvertidos por los litigantes, surgen ciertos problemas sobre la admisibilidad y valoración de nuevos medios de prueba por la ausencia de certeza y seguridad jurídica plasmada por la firma electrónica. Así mismo, la complejidad técnica de los conocimientos informáticos determina que los jueces necesiten el auxilio de personas expertas en la materia.

Sobre esas bases generales, también influyen otras consideraciones legales que concurren a fundamentar ciertas reglas sobre la prueba informática. En efecto, cabe traer a colación lo que regula la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas que establece que el propio contrato será el medio de prueba por el cual se podrá probar, pero que deberá llevar implícita la firma electrónica para darle una mayor validez.

Al respecto, se ha precisado que en los documentos informáticos intervienen distintos sujetos que actúan en las fases de programación, ingreso de datos y recuperación, que pueden ser individualizados por medio de códigos de identificación atribuidos a esos



sujetos o mediante una examinación de los sistemas en que se realizaron las contrataciones electrónicas con la firma electrónica plasmada.

4.6. Análisis de la seguridad jurídica mediante la firma electrónica en las transacciones electrónicas como valor probatorio

No siempre es fácil juzgar la veracidad de la atribución de los documentos y firmas electrónicas, puesto que esto involucra la interpretación de declaraciones y pensamientos ajenos. Cuando se atribuyen de forma errónea no tiene finalidad dolosa ni difamatoria, su control por la autoridad puede tener un significado ilegítimo, restringiendo la libertad de contratación, de expresión y pensamiento.

Sobre este punto se ha llegado a afirmar que los hechos, comportamientos, opiniones, deben ser representados o resumidos de una forma que sea verídica para que el juez encargado del asunto tome medidas necesarias para la solución del conflicto planteado.

La seguridad jurídica es un tema sumamente amplio, que puede ser aplicado de muchas formas para una sola circunstancia; pero en este caso será aplicando la firma electrónica como un método de seguridad que brinda certeza y que ha sido utilizado en otros países y que ha sido determinante al momento de realizar trámites de poca o mucha trascendencia.



La firma electrónica como forma probatoria; Por su parte, la firma electrónica es un instrumento tecnológico que permite garantizar la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos.

De conformidad con la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas anteriormente se hizo una clasificación de dos modalidades de firma, las cuales fueron:

- a. Firma electrónica simple
- b. Firma electrónica avanzada

Cuando se impugna la autenticidad de un documento privado con firma electrónica simple, el que lo haya presentado podrá solicitar el cotejo pericial o proponer otro medio de prueba que resulte útil. Cuando no se pudiera deducir su autenticidad, o no se proponga prueba alguna, el juez o tribunal lo valorará bajo su criterio.

Si se impugna un documento con firma electrónica avanzada, el que lo haya presentado aportará el medio de prueba que le sea útil para acreditar la firma.

En este caso es muy fácil, ya que al firmar se genera un documento probatorio con sello de tiempo oficial que recoge las evidencias electrónicas generadas durante el proceso de firma.



Además, para identificar al firmante se debe geolocalizar con exactitud el lugar en el que se ha realizado la firma, se registran las direcciones de origen y destino de la solicitud y la hora de la firma, y se capturan los datos biométricos del grafo: velocidad, aceleración y presión, este último dato en aquellos dispositivos que lo permiten. De este modo, se podrá presentar esta información sobre la autenticidad de la firma, en caso de disputa sobre la misma.

Si de esta prueba se deduce su autenticidad, hará prueba plena, y las costas, gastos y derechos que origine la comprobación serán exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación; asimismo, si a juicio del tribunal la impugnación hubiese sido temeraria, además se podrá imponer una multa a juicio del juez o tribunal.

4.7. Propuesta sobre ampliación de incluir la firma electrónica por la falta de certeza y seguridad jurídica en las transacciones electrónicas en la contratación informática en Guatemala.

La firma electrónica viene a sustituir a la manuscrita en el mundo de la informática. Por lo tanto, si se firma de forma digital un documento, se estará dando veracidad y como sucede con la firma manuscrita, no se podrá decir que no lo ha firmado determinada persona. Sin embargo, una firma manuscrita es fácil de falsificar mientras que la electrónica es imposible, mientras no se descubra la clave privada del firmante.



Las firmas electrónicas deben reunir una serie de propiedades para que puedan ser utilizadas en transacciones electrónicas y sean aceptadas. Las características deberán ser las siguientes:

- a) Las firmas deben ser únicas, para poder ser generadas solamente por el firmante y por lo tanto infalsificable. Por tanto, la firma debe depender del firmante.

- b) Deberán ser infalsificables, para falsificar una firma digital el atacante tiene que resolver problemas matemáticos de una complejidad muy elevada, es decir, las firmas han de ser computacionalmente seguras. Por tanto, la firma debe depender del mensaje en sí.

- c) Las firmas deben ser fácilmente verificables por los receptores de las mismas y, de ser necesario, también por autoridades competentes.

- d) El firmante no debe ser capaz de negar su propia firma.

- e) Las firmas han de ser fáciles de generar por parte del firmante.

Las firmas electrónicas se utilizan comúnmente para la distribución de *software*, transacciones financieras y comerciales, así como en otras áreas donde es importante detectar la falsificación y la manipulación, propias del hecho de tener que interactuar habitualmente por redes de ordenadores.



En España, la Ley de Firma Electrónica 59/2003 fue aprobada en diciembre de 2003. Ley que ofrece cobertura legal a las firmas electrónicas. Mediante la firma electrónica se puede lograr la integridad, es decir, que el documento no se puede alterar; y la autenticidad, porque proporciona plena certeza de quien es el autor del mensaje, en este caso la transacción electrónica.

Por lo que en Guatemala debería aplicarse este sistema de firma electrónica en transacciones electrónicas para tener seguridad jurídica respecto a otro sujeto en el extranjero de quien se obtendrá la prestación de un servicio electrónico o la adquisición de un bien ampliando la norma jurídica contenida en la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

También es necesario la regulación y creación de fiscalías especializadas en la investigación del cibercrimen, especialmente en el interior del país porque facilitaría que este tipo de causas cobren un gran auge, mejorando los niveles de la persecución penal en estas investigaciones, las cuales exigen la presencia de personal altamente especializado y capacitado. De esta forma, se contribuiría, entre otras finalidades, a resguardar los derechos de los comerciantes afectados por los delitos informáticos, así como a evitar que se generen enormes pérdidas de dinero y daños para las empresas y para los comerciantes que radican en Guatemala.

Se deberá desarrollar un software de ciberinteligencia como herramienta que le permitirá a las instituciones de investigación, establecer la ubicación en tiempo real de una



persona que cometa actos ilícitos por medio de la red, extrayendo datos de los dispositivos de este. Crear este tipo de herramientas de inteligencia para facilitan el trabajo investigativo que realizan las policías de muchos países, como en Colombia por ejemplo.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la actualidad los guatemaltecos no cuentan con una protección legal en la cual ellos tengan la seguridad jurídica en las transacciones electrónicas que realizan desde Guatemala a cualquier otro país como resultado de algún negocio jurídico realizado por internet, en virtud que la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas no lo regula y esta no se aplica para personas particulares, sino solo sociedades, por lo que deja desprotegido al guatemalteco, violando la garantía de la seguridad que contempla la Constitución Política de la República de Guatemala y que el mismo cuerpo legal establece que la ley aplica para toda persona que está dentro del territorio.

Por lo que es necesario que el Congreso de la República de Guatemala amplíe la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas electrónicas para que por medio de la firma electrónica se pueda lograr dar certeza y seguridad jurídica, tanto a la negociación como a la transacción electrónica, que se realice entre un guatemalteco y un extranjero y que las mismas sean seguras con el respaldo del Estado de Guatemala y que dichos sujetos tienen que llenar los requisitos, seguir los lineamientos, dar información verídica, cumplir con sus obligaciones y que de no cumplir con las disposiciones establecidas en dicha ley están sujetos a las sanciones y responsabilidades penales establecidas en el Código Penal, como la estafa y otros delitos contra el patrimonio y que el extranjero se someta a los órganos jurisdiccionales de Guatemala para resolver el conflicto nacido de ese negocio jurídico.





BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e informática aspectos fundamentales.** Ed. Mayte. Ciudad de Guatemala, Centroamérica 2006.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual,** Ed. Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, (s.e.), 1976.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho Mercantil,** (s.e.), México, Herrero, 1975.
- CUEVAS, Homero. **Teorías jurídicas y económicas del Estado.** Ed. Universidad Externado de Colombia, Este Bogotá Colombia, 2002.
- GUIBOURG, A. Ricardo. ALLENDE, Jorge O. CAMPANELLA, Elena M. **Manual de informática jurídica.** Ed. Astrea., (s.f.) Buenos Aires, Argentina.
- GUSTAVINO, Elías P. **Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación.** Ed. La Rocca., Buenos Aires, Argentina, 1987.
- HERNÁNDEZ FUENTES, Jonathan Efraín. **Informática y derecho.** (s.e.), (s.l.i.) Guatemala, Centroamérica, 2010.
- <http://mexico.leyderecho.org/garantias-constitucionales/> (consultado: 16 de noviembre de 2018).
- <https://antecedentes.net/derecho-mercantil/> (Consultado: 4 de noviembre de 2018).
- <http://derechomercantilguate.blogspot.com/2011/05/origen-en-guatemala.html>. (consultado: 4 de noviembre de 2018).
- http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/mepi/chevalier_d_ga/capitulo2.pdf. (Consultado: 4 de noviembre de 2018).
- http://www.firma-digital.cr/que_es/antecedentes.aspx. (consultado: 4 de noviembre de 2018).



<https://www.gestiopolis.com/derecho-mercantil-o-comercial/>. (consultado: 5 de noviembre de 2018).

http://members.tripod.com/clan_mazorcas/contratos/. (consultado: 4 de noviembre de 2018).

<https://elperiodico.com.gt/gente/2018/10/23/interplaza-xela-abre-sus-puertas/>. (Consultado: 22 de julio de 2019).

<http://portaley.com/2012/12/introduccion-a-la-estafa-informatica-2/>. (consultado: 9 de noviembre de 2018).

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**, (s.e.), Primera reimpresión de la 8ª ed. Guatemala, Centroamérica, 2013.

LILLI, Alicia R., y MASSA, María A., **Delitos informáticos**, (s.e.), Buenos Aires, Argentina. 1986.

LÓPEZ OLIVA, José O. **La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789**. (s.e.) (s.l.i.).

LORENZETTI, Ricardo L. **Comercio electrónico**, Ed. Artes Gráficas Candil, Buenos Aires, Argentina. 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1996.

PAREDES SÁNCHEZ, Luis Eduardo. MEADE HERVERT, Oliver. **Derecho mercantil parte general y sociedades**. Grupo Editorial Patria. Primera Edición Ebook. México 2014.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español Tomo III**. Editorial Arazandi, Pamplona, España. 1968.

SACHICA, Luis Carlos. **Derecho constitucional general 4ª edición**. Editorial Temis, (s.l.i.), 1999.

SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio. **Creación de la firma electrónica y sus efectos en el ámbito del derecho**. (s.e.) (s.l.i.) (s.f.).



VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto, **Derecho civil III. Obligaciones I (s.e). (s.l.i.)** (s.f.).

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, introducción al derecho mercantil Tomo I.** Editorial Universitaria. Ciudad de Guatemala, Guatemala 2013.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, obligaciones y contratos Tomo III.** Editorial Universitaria. Ciudad de Guatemala, Guatemala 2015.

Legislación

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

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

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

Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas. Del Congreso de la República de Guatemala, 2009.

Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Ley 34/2002, de 11 de julio, José María Aznar López, Presidente de Gobierno.

Ley de la Firma Electrónica. Ley 59/2003 de 19 de diciembre, José María Aznar López, Presidente de gobierno.