

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

LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO

MÓNICA ELIZABETH PALENCIA PEREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2024

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

LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MÓNICA ELIZABETH PALENCIA PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Junio de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:		Vacante
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxon Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Helder Ulises Gómez
Vocal:	Lic.	Otto Marroquin Guerra
Secretario:	Lic.	Elmer Antonio Álvarez Escalante

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Aníbal De León Velasco
Vocal:	Lic.	Armin Cristóbal Crisóstomo López Ramiro
Secretario:	Lic.	Stuardo López Galindo

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



Guatemala, 04 de noviembre del año 2005

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ASUNTO: MÓNICA ELIZABETH PALENCIA PÉREZ, CARNE No. 9513373.

Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 1402-05

TEMA: " APLICACIÓN DEL DELITO DE USURA A LOS EMISORES DE TARJETA DE CRÉDITO"

Atentamente, vuelva el expediente al Decano de la Facultad, manifestando que el consejero designado para evaluar el plan de investigación y el tema propuesto es de opinión de que se llenan los requisitos establecidos en el reglamento respectivo.

Por lo anterior, se aprueba el tema indicado y se propone como asesora de tesis a la Licda. Sandra Elizabeth Aguilar González de Falcó, Abogada y Notaria Colegiada No. 4,273

LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
COORDINADOR UNIDAD ASESORIA DE TESIS



Adjunto: Carta de aceptación y nombramiento de consejero de tesis
Formulario guía para elaboración de tesis



ESTUDIO LEGAL
FALCO * AGUILAR
LICDA. SANDRA E. AGUILAR GONZALEZ
ABOGADA Y NOTARIA
Av. Reforma 1-90, Zona 9, Torre Masval, 6°. Nivel, Oficina No. 602
TELEFONOS 2331-9661 CELULAR 55068243

Guatemala, 7 de octubre del 2021.

Licenciado (a)
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Presente.



Licenciado (a)

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento a la resolución de la Unidad que usted dirige, con el cual me nombra asesora del trabajo de tesis de Mónica Elizabeth Palencia Pérez, carné número 9513373, sobre el tema intitulado **“APLICACIÓN DEL DELITO DE USURA A LOS EMISORES DE TARJETAS DE CRÉDITO”**, se debe de tomar en cuenta que fui nombrada como asesora del tema intitulado anterior pero a mi criterio debe de cambiarse el título de la tesis de la bachiller a quien estoy asesorando por lo que a mi consideración el nombre más apropiado es **“LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO”**, procedo a emitir el siguiente dictamen.

Procedí a formular sugerencias a la bachiller Mónica Elizabeth Palencia Pérez relativas al contenido de la misma, las cuales fueron tomadas en consideración en la presentación final del trabajo y en virtud del Artículo 31 del **Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público**, considero que el contenido científico y técnico de la tesis fue realizada en forma acertada y diligente en virtud de la importancia que conlleva este tema.

En cuanto a la metodología y técnicas de investigación utilizadas en el desarrollo del presente trabajo, las mismas son las adecuadas, ya que permitieron realizar un análisis objetivo de la necesidad que existe de que se legisle una ley de tarjetas de crédito, así como para que de esa forma se pueda verificar los cobros excesivos y en la que se pueda supervisar a las entidades emisoras de tarjetas de crédito, resaltando para su efecto tal importancia y trascendencia. La redacción es apropiada y transmite



ESTUDIO LEGAL
FALCO * AGUILAR
LICDA. SANDRA E. AGUILAR GONZALEZ
ABOGADA Y NOTARIA

Av. Reforma 1-90, Zona 9, Torre Masval, 6°. Nivel, Oficina No. 602
TELEFONOS 2331-9661 CELULAR 55068243

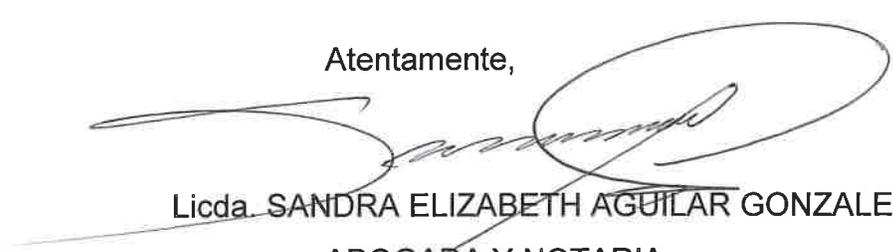
correctamente la información investigada y presente de manera práctica el contenido temático, puesto que logra dar el sentido que el tema requiere.

Sobre la contribución científica del trabajo, cabe mencionar que su contenido es desarrollado haciendo un análisis objetivo y crítico de la necesidad de que exista una ley de tarjetas de crédito ya que en la actualidad no existe, así como un análisis de la problemática que existe sobre los cobros excesivos que de la misma devienen, lo que viene a enriquecer el derecho mercantil, en virtud que no solo se limita a estudiar el contenido de dicha institución, siendo que propone soluciones a los problemas que se presentan en relación a los cobros excesivos por parte de los emisores de tarjetas de crédito.

Las conclusiones que se plantean son una solución acertada, la cual es el resultado del estudio crítico que se hace en el trabajo de tesis, así también la bibliografía para el estudio del presente tema analizado y se cita a lo largo de su exposición la cual le permite hacer un análisis congruente y acertado del tema.

En virtud que el trabajo cumple con los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se emite el dictamen respectivo y se **APRUEBA** el trabajo de tesis, para que el mismo siga el trámite legal y administrativo correspondiente. Asimismo, hago constante manera expresa que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Atentamente,



Licda. SANDRA ELIZABETH AGUILAR GONZALEZ

ABOGADA Y NOTARIA

Sandra Elizabeth Aguilar González de Falco
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de febrero de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO GENARO PACHECO MELETZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante MÓNICA ELIZABETH PALENCIA PÉREZ, intitulado: "APLICACIÓN DEL DELITO DE USURA A LOS EMISORES DE TARJETAS DE CRÉDITO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
BAMO/iy.

OFICINA JURÍDICA
LIC. GENARO PACHECO MELETZ
ABOGADO Y NOTARIO
Avenida Reforma 8-60 Of. 111, zona 9
Edificio Galerías Reforma, Ciudad Capital
Teléfono Celular: 57666721



Guatemala, 7 de octubre del 2021.

Licenciado (a)

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado (a):

Atentamente me dirijo a usted, con el propósito de informarle que en cumplimiento a la resolución de la unidad que usted dirige, con el cual se me nombra revisor de asesoría del trabajo de tesis de Mónica Elizabeth Palencia Pérez, carné número 9513373, sobre el tema intitulado **“APLICACIÓN DEL DELITO DE USURA A LOS EMISORES DE TARJETAS DE CRÉDITO”**, se debe de tomar en consideración que en virtud de que fui nombrado como revisor del tema intitulado descrito anteriormente pero a mi criterio debe de cambiarse el título de la tesis de la bachiller a quien se le verifico el presente trabajo de investigación tal como su asesora indicó por lo que en concordancia con ella y siendo más apropiado el tema debe de indicarse de la siguiente forma: **“LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO”**, por lo anterior procedo a emitir el siguiente dictamen.

Procedí a formular algunas sugerencias a la estudiante Mónica Elizabeth Palencia Pérez relativas al contenido de la misma, las cuales fueron tomadas en consideración de la presentación final del trabajo y en virtud del Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, considero que el contenido científico y técnico de la tesis fue realizado en forma acertada y diligente dada la importancia del tema.

En cuanto a la metodología y técnicas de investigación utilizadas en el desarrollo del trabajo, las mismas son las adecuadas, ya que permitieron realizar un análisis objetivo de la necesidad que existe de que se legisle una ley de tarjetas de crédito, así como los cobros excesivos para lo cual debe de obligarse a una entidad a la supervisión de los mismos, resaltando su importancia y trascendencia. La redacción es apropiada y transmite correctamente la información investigada y presente de

OFICINA JURÍDICA
LIC. GENARO PACHECO MELETZ
ABOGADO Y NOTARIO
Avenida Reforma 8-60 Of. 111, zona 9
Edificio Galerías Reforma, Ciudad Capital
Teléfono Celular: 57666721



manera práctica el contenido temático, puesto que logra dar el sentido que el tema requiere.

Sobre la contribución científica del trabajo, cabe mencionar que su contenido es desarrollado haciendo un análisis objetivo de la necesidad de que exista una ley de tarjetas de crédito ya que en la actualidad no existe, así como un análisis de la problemática que existe sobre los cobros excesivos que de la misma devienen, lo que viene a enriquecer el derecho mercantil, en virtud que no solo se limita a estudiar el contenido de dicha institución, siendo que propone soluciones a los problemas que se presentan en relación a los cobros excesivos por parte de los emisores de tarjetas de crédito.

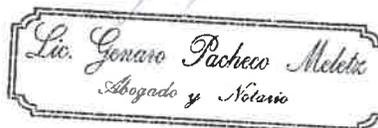
Las conclusiones que se plantean son una solución acertada, la cual es el resultado del estudio crítico que se hace en el trabajo de tesis. Así también, la bibliografía para el estudio del tema analizado y se cita a lo largo de su exposición, la cual le permite hacer un análisis congruente y acertado del tema.

En virtud que el trabajo cumple con los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, se emite dictamen respectivo y se **APRUEBA** el trabajo de tesis, para que el mismo siga el trámite legal y administrativo correspondiente. Así mismo hago constar de manera expresa que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Con demostraciones de alta consideración y respeto, atentamente.



LIC. GENARO PACHECO MELETZ
ABOGADO Y NOTARIO



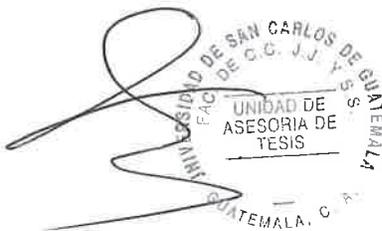


D.ORD. 81-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiséis de enero de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **MÓNICA ELIZABETH PALENCIA PÉREZ**, titulado **LA NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi guía incondicional e iluminarme en todo momento, gracias infinitamente por concederme la bendición en este preciado momento.
- A MI PADRE:** Mardoqueo Palencia Álvarez, gracias por haberme dado la vida.
- A MI AMADA MADRE:** Blanca Esthela Pérez Girón, por sus tiernos cuidados desde el vientre, tesoro invaluable sobre la tierra, mil gracias por su inmenso amor, paciencia, y por ser la palabra sabia en el preciso momento la amo inmensamente.
- A MIS HIJOS:** Noél Estuardo y Kevin Luis Fernando, por ser el brillo de mis ojos cada mañana al despertar, el aire que respiro, los amo con un inmenso amor, como a mi propia vida.
- A MIS HERMANOS:** Noél, Jacqueline y Jonathan, los amo por ser mi aliento en cada momento de mi vida
- A SOBRINOS:** Luis David y Luis Daniel, tesoros lindos por llenar de brillo cada momento de mi vida.
- A MI CUÑADO:** Luis Germán López Marroquin, que Dios lo cuide y bendiga siempre.
- AMIGOS:** Saúl Álvarez, Cesar Amezquita, Julio Xitumul, Julio Cruz, Astrid Ramírez, Wanda Rodríguez, Karla Hernández, Francis Gómez, Mario Orozco, Francisco Chinchilla, Patricia Amaya, Betzabe Valdez, Zoila Colindres, Alfonso Ishpanco, Sandra Aguilar, Genaro Meletz Dios los bendiga.
- A MIS PADRINOS:** Mi respeto, cariño y admiración
- A LA:** Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme permitido formarme profesionalmente.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. El sistema de tarjeta de crédito	1
1.1 Aspectos históricos alrededor de la tarjeta de crédito.....	1
1.2 La evolución de las tarjetas de crédito	4
1.3 Historia en Guatemala	5
1.4 Desarrollo en Guatemala	7
1.5 Naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito.....	8
1.6 La tarjeta de crédito en el entorno social	10
1.6.1 Operaciones del sistema.....	10
1.6.2 El costo del financiamiento	12
1.6.3 La propiedad de la tarjeta	13
1.6.4 El problema de los seguros.....	14
1.7 Definición de las tarjetas de crédito	15
1.7.1 Clases de tarjetas	15
1.7.2 Forma contractual	16
1.7.3 Derechos y obligaciones de los sujetos	17
1.7.4 Régimen jurídico	18

CAPÍTULO II

2. Derechos humanos	19
---------------------------	----



2.1 Antecedentes	21
2.2 Derechos individuales y sociales	28
2.3 Derechos humanos y libertades públicas.....	30
2.4 Derechos humanos en el texto constitucional guatemalteco	34
2.4.1. Relación histórica.....	34
2.5 Análisis de las garantías individuales.....	38
2.6 Análisis de las garantías sociales	40

CAPÍTULO III

3. El concepto analítico de delito	41
3.1 Los elementos del concepto analítico del delito	42
3.1.1 La acción.....	43
3.1.2 La tipicidad	45
3.1.3 La antijuricidad	47
3.1.4 La culpabilidad	49
3.1.5 La punibilidad	50
3.2 La clasificación formal de las infracciones penales.....	51
3.3 Ley sustantiva penal	52
3.3.1 De la usura.....	52
3.3.2 Negociaciones usurarias	52

CAPÍTULO IV

4. Evolución historia del delito de usura	55
---	----



4.2 Historia de la regulación del delito de usura en la legislación guatemalteca.....	56
4.3 Definición del delito de usura	58
4.4 Libertad y prohibición de pactar la capitalización de intereses.....	59
4.4.1 Definición doctrinaria de capitalización de intereses.....	60
4.5 El Anatocismo y su regulación en las tarjetas de crédito en la legislación guatemalteca	61
4.5.1 Concepto de intereses	61
4.5.2 Su regulación en el Decreto Ley 106	63
4.5.3 Su regulación en el Decreto 2-70 del Congreso de la República.....	65
4.5.4 Concepto de anatocismo	66
4.5.5 Efectos del anatocismo en Guatemala.....	68
4.5.6 Tendencias que prohíben el anatocismo	70
4.6 Antecedentes históricos del delito de usura y pasajes bíblicos.....	70
4.7 La tarjeta de crédito	73
4.8 Beneficios para el emisor	74
4.9 Onerosidad para el tarjetahabiente	75
4.10 Derecho mercantil aplicable.....	75
4.10.1 Primera propuesta.....	76
4.10.2 Segunda propuesta.....	77
4.10.3 Análisis jurídico de la Ley de tarjeta de crédito	78
4.10.4 Costo de los servicios de tarjeta de crédito.....	80
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES	83



BIBLIOGRAFÍA.....85



INTRODUCCIÓN

Se escogió el tema de investigación de la aplicación del delito de usura a los emisores de tarjetas de crédito, en virtud que en la actualidad se da la problemática de que al momento de emitir una tarjeta de crédito, este se encuentre en una constante demanda, por ser uno de los medios de pago más comunes, lo que provoca que cada año aumente la cantidad de tarjetas solicitadas, extremo que ha ocasionado que los emisores de tarjetas de crédito realicen cobros excesivos de intereses, acción que se encuadra en el delito de usura.

Los objetivos de la investigación son: Establecer el correcto cumplimiento del delito de usura a los emisores de tarjetas de crédito, para que con ello se pueda proteger a los tarjetahabientes de estos cobros excesivos que se realizan, orientando en la forma en que estos pueden denunciar el acoso por cobros excesivos en distintos rubros ante la utilización de este producto financiero, siendo los mismos una problemática que se da y afecta directamente a los tarjetahabientes.

Asimismo, derivado de la investigación se establece algunos términos importantes como lo son la capitalización de intereses que se encuentra regulado en el Código de Comercio, como una limitante a dichos intereses ponderados por el Banco de Guatemala, el cual, anualmente pondera cierta cantidad, pero los emisores de tarjetas de crédito exceden los mismos a su conveniencia.

El método utilizado fue el inductivo- deductivo que desarrolla el derecho penal en su evolución histórica, así como los derechos humanos que tiene cada guatemalteco. Asimismo, la tesis está contenida en cuatro capítulos, los cuales están estructurados de la siguiente manera, el primero contiene la teoría sobre el derecho penal, la codificación guatemalteca y la panorámica actual de esta rama del derecho, así como la legislación penal y de emergencia; seguidamente en el segundo se explica lo relativo a los derechos humanos; el tercero se enfoca en desarrollar la teoría del delito; por último, en el cuarto, se desarrolla la evolución histórica del delito de usura, así como la regulación del mismo en la legislación guatemalteca, la definición, concepto de intereses, asimismo se puede



establecer las consideraciones que se deben de tomar en cuenta para ayudar a resolver esta problemática que afecta a los guatemaltecos tarjeta habientes de crédito.

Por tanto, a través del contenido desarrollado se determinó como los bancos del sistema a través de las entidades emisoras de tarjetas de crédito pueden llegar a cometer el delito de usura y su afectación en la economía de los guatemaltecos, quienes, ante la falta de cultura financiera, utilizan este instrumento de pago como una extensión de sus ingresos, generando consecuentemente intereses onerosos para su pago, extremo que no justifica su cobro desmedido y sin control.



CAPÍTULO I

1. El sistema de tarjeta de crédito

La tarjeta de crédito es un plástico que se caracteriza por poseer elementos de seguridad que le permiten ser un medio de pago universalmente aceptado, de allí su popularidad en comercios físicos y electrónicos. Cabe señalar también que, su naturaleza es la de ser un producto financiero, por tanto, su emisión y regulación está sujeta al sistema de banca de cada país.

Por esa razón, serán abordados los temas históricos de las tarjetas de crédito y sus generalidades.

1.1 Aspectos históricos alrededor de la tarjeta de crédito

Con relación al nacimiento y evolución de la tarjeta de crédito hay tantas versiones como autores han tratado el tema, sin embargo, por la especial característica que reviste esta forma crediticia al tomar carácter substitutivo del dinero, es oportuno hablar del antecedente de esta forma de intercambio de bienes y servicios.

Los métodos de intercambio económico han evolucionado a través de los siglos conjuntamente con la naturaleza humana, hablándose inicialmente de formas de permuta que revistieron diversos matices, entre ellos, la permuta silenciosa, donde una parte que ofrecía un producto lo dejaba en un predio al que acudía el interesado y si era de su conveniencia dejaba otro producto a cambio, cerrándose el trato en el momento en que



el primer oferente lo aceptaba.

El trueque trae como desventaja esencial la dificultad de concertar intereses entre las partes contratantes, pues es simple que los bienes o servicios que una parte ofrece sea esencial para otra, situación que riñe con las necesidades de una sociedad con cierto grado de evolución, donde las formas de intercambio deben revestir cierta complejidad.

Estas desventajas de la permuta trajeron con el paso del tiempo, la implementación de mecanismos más complejos de intercambio, naciendo formas incipientes de moneda que permitían el cambio de mercadería por un símbolo que representaba su valor en abstracto, de tal modo que este símbolo pudiese ser posteriormente usado para cambiarlo por otro tipo de bienes a gusto y necesidad del comprador, utilizándose para fines distintos, como la adquisición de semillas o conchas.

Estableciendo este sistema de intercambio, se hace una breve mención de la aparición de la moneda, ligada a la utilización de metales raros y de alto valor en el intercambio de bienes y servicios, la cual siempre cumpliendo el papel de servir de método de valoración a través del método de tasar dicho valor con relación a una cantidad determinada de estos objetos, evolucionó hasta la aparición del papel moneda y sus instrumentos sustitutos como los títulos valores, hasta encontrar modernas formas de intercambio, basadas siempre en el patrón de papel moneda, lo anterior se continuó implementando porque permitió posteriormente el desarrollo de los mecanismos modernos de intercambio de información a través de medios electrónicos, volviéndose cada vez más etéreo el concepto de moneda a favor del concepto de crédito.



Por cuanto en otras latitudes, donde el sistema de tarjeta de crédito se ha desarrollado más ampliamente, el poder adquisitivo de una persona se valora en cuanto a las posibilidades que tiene sobre el acceso a crédito y su historial como deudor, al punto que muchas contrataciones se reservan exclusivamente para los usuarios de determinada tarjeta de crédito.

En cuanto al génesis del sistema de tarjeta de crédito, existe cierta generalidad en cuanto a asentar su antecedente directo en ciertas relaciones establecidas a principios del siglo XXI entre algunos hoteles europeos y ciertos clientes preferenciales de ellos. Al existir clientes que hacían uso frecuente de dichos servicios hoteleros, las empresas idearon un sistema de crédito de fácil acceso que permitiese a los usuarios disfrutar de los distintos servicios prestados y que la obligación emergente pudiese ser pagada mediante un sistema crediticio que revistiese ciertas bondades para el cliente; extendiéndose este sistema posteriormente a grandes almacenes y cadenas de estaciones de servicios.

Se criticaba la génesis de la figura porque representaba una forma de relación obligacional bilateral, cuya única característica especial consistía en la posibilidad de acceso fácil a servicios en todos lo integrante de una cadena hotelera, pagaderos estos a plazo. Realmente se trata de una figura obligacional simple, marcada por la bilateralidad, aspecto que dista bastante de la actual naturaleza de la tarjeta de crédito, consistente en una relación crediticia masificada, producto de una relación trilateral, entre empresa emisora, tarjetahabiente y negocios afiliados.

“El desarrollo de lo que actualmente conocemos como sistema de tarjeta de crédito



comienza en las postrimerías de la segunda guerra mundial, cuando algunas empresas comerciales volvieron a poner en circulación este sistema crediticio, sin embargo, se identifica el nacimiento de la moderna tarjeta de crédito con la aparición en 1949 de la tarjeta *Dinner's Club*, la cual realmente viene a sentar las bases de la forma actual de esta relación obligatoria.

Siguieron apareciendo toda una serie de bancos y entidades financiera emitiendo tarjetas de crédito, dentro de las cuales puede mencionarse la *American Express* y la *Carte Blanche*, muchas de las cuales no prevalecieron, cayendo en el fracaso, en virtud del alto costo de la inversión inicial que requiere la operación del sistema, merced a la implementación de un vasto sistema de control de información contable, además de los costos de promoción del sistema entre el público consumidor y las empresas que pretende colocar bienes o servicios. Actualmente, la operación de estos sistemas financieros se realiza a través de complejos sistemas informáticos que permiten el tráfico mercantil a nivel internacional.”¹

1.2 La evolución de las tarjetas de crédito

Tras el éxito de las *Diners' Club*, las entidades financieras de Estados Unidos empezaron a emitir tarjetas de crédito que se podía utilizar en múltiples establecimientos. El primero fue el *Franklin National Bank de Long Island*, en Nueva York, en 1951, aunque el año clave para la eclosión de las tarjetas de crédito fue en 1958 año en que se lanzaron la

¹ Aguilar Efraín, *La tarjeta de crédito y su realidad socio jurídica*, Pág. 11.



tarjeta *American Express*, de la compañía de servicios financieros homónima que ya emitía giros y cheques de viaje, y *Bank Americard*, la tarjeta de crédito del *Bank of América*, el banco más importante del estado de California.

El éxito fue tal, que en 1965 el *Bank of América* llegó a acuerdos con grupos de bancos ubicados fuera del Estado de California para que emitieran la tarjeta conocida como *Bank Americard*, desistiendo estos a sus propios sistemas. Sin embargo, otro grupo de bancos de todo el país se unieron para formar *Master Charge*, que luego pasaría a llamarse *MasterCard*, y para finales de la década de los sesentas, más de 1.400 bancos ofrecían una u otra tarjeta en Estados Unidos y también había dado el salto a Europa.

En 1977, y tras haber renunciado *Bank of America* a la gestión de *Americard* en 1970, llevada ahora por una corporación de los diferentes bancos que la emitían, se decidió que no era lógico que la tarjeta llevara el nombre de solo uno de los bancos, momento en el cual se decidió cambiar el nombre por VISA.

1.3 Historia en Guatemala

En Guatemala fue hasta el año de mil novecientos sesenta y uno (1961), en que una empresa guatemalteca denominada Cuentas, Sociedad Anónima, se convierte en el primer emisor nacional en el campo de las tarjetas de crédito.

En la década de los años 70 inicia en Guatemala, la evolución de las tarjetas de crédito sin embargo esta fue más lenta, por el tema de la economía conservadora y que



básicamente la economía se basa en el dinero en efectivo; solamente la empresa Credomatic, consiguió superar la etapa de introducción, obteniendo su aceptación dentro de la sociedad económica activa en un porcentaje elevado, siendo una de las pioneras y por su habilidad para lograr el mercado popular.

En los años 90, entra al mercado una nueva modalidad de tarjeta de crédito la cual incluye una fotografía del tenedor, esto hace más atractivo y novedoso el sistema de tarjetas de crédito personalizadas lo cual tiene una mejor aceptación en el sistema económico moderno no solo en Guatemala sino a nivel mundial.

En Guatemala el mercado de las tarjetas de crédito se ha caracterizado por ser bastante cerrado con poca presencia o participación de competidores creando una alta concentración, la misma ha aumentado por la compra de las operaciones parte de Citibank de dos empresas, las que se fusionaron en una.

Esta concentración supone un bajo nivel de competencia. Contrario a lo que acontece en otros países, en nuestro país, son escasos los estudios sobre la tarjeta de crédito y su naturaleza jurídica, de esa manera, entre los trabajos que merecen mencionar se encuentra el de Alejandro Basells Conde en el año 2007, que se han elaborado para identificar la estructura competitiva del mercado nacional de tarjetas de crédito, el cual lleva por nombre Estudio sobre competitividad en el mercado de tarjetas de crédito en Guatemala, en el se encuentran en listadas las sociedades emisoras de tarjetas hasta ese día y se comparan los beneficios otorgados unos por sobre otras, los cuales, a la fecha han variado por ser en la actualidad más de veinte emisores.



1.4 Desarrollo en Guatemala

En Guatemala el desarrollo de las tarjetas de crédito se origina del año 1960 a 1961, por medio de la empresa guatemalteca Cuentas, Sociedad Anónima. En los primeros años la tarjeta de crédito en Guatemala fue un método de pago a la que los usuarios no se acostumbraron, por lo que, la introducción en el sistema de pagos del comercio fue un poco difícil. Esta tarjeta su función principal o para lo cual fue creada era para pagar los sueldos de los trabajadores de gobierno.

En 1963 aparece la misma tarjeta que propició el crecimiento en Estados Unidos, la denominada *Dinner's Club*. Guatemala con ellos pasa a ser parte de la oficina regional de Panamá la que toma control de gestión de dichas tarjetas de crédito a nivel centroamericano.

También se puede indicar que, en el año de 1976, la entidad financiera Credomatic inicia actividades en Guatemala, por lo que inicia el mercado con *MasterCard* y luego con *Visa*. En el año 1994 la tarjeta de Cuentas S.A. desaparece totalmente ante esta competencia. Así pues, se da el surgimiento de varias tarjetas como por ejemplo Multicredit *Visa*, Bicredit *Visa*, Banco de Occidente, Aval Card *Visa*, Conticredit *Visa* Banco Continental, Banco Uno y así continúa su deliberada evolución.

“Se puede decir que en Guatemala existen veinte o más emisores de tarjetas de crédito por lo que podemos destacar esta evolución que las tarjetas de crédito han tenido y que para la población es un medio atractivo para facilitar sus compras por lo que se seguirá



desarrollando y evolucionando año con año.”²

A la presente fecha en el país ha aumentado de forma considerable la solicitud y emisión de la tarjeta de crédito, siendo la razón principal la facilidad que la misma crea para realizar los pagos.

1.5 Naturaleza jurídica de la tarjeta de crédito

La naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito es una temática que encuentra disyuntivas en la actualidad, debido a que algunos juristas indica que esta es un título de crédito, mientras que, para otros un medio de pago, y existen otros que la identifican como una especie de contrato de aceptación de deuda.

“Como se sigue indicando para algunos tratadistas la tarjeta de crédito es en sí un elemento de identificación. No es un contrato sino el efecto de un contrato. La tarjeta se emite por la entidad emisora en cumplimiento de un contrato previamente celebrado con el cliente.”³

Para Guatemala se puede indicar que la naturaleza jurídica de las tarjetas de crédito es un contrato, porque como ya se indicó la variedad de relaciones que subyacen del uso de las mismas y su tipificación como tal en el Código de Comercio, en virtud de lo cual se identifican las siguientes características:

² Gómez Contreras Luis Enrique, Tesis, **La tarjeta de crédito y los cobros excesivos por parte de los operadores de las tarjetas de crédito**. Pág. 45

³ Fertanes Juan, **Tarjetas de crédito**, Pág. 33



- a) Es un contrato principal, pues no depende de otro contrato.
- b) Es consensual, pues se requiere el consentimiento de las partes.
- c) Es un contrato complejo pues emana una serie de vínculos jurídicos entre varias personas.
- d) Es oneroso ya que genera un beneficio a todas las partes que intervienen.
- e) Es de tracto sucesivo pues la utilización le permite realizar compras reiterativas en oportunidades sucesivas a establecimientos diferentes.
- f) Es conmutativo ya que cada una de las partes que intervienen en el acto jurídico consienten el acto realizado.
- g) Es un contrato de crédito rotativo, pues permite el uso del crédito en los límites o cuantía permitida y a su cancelación, se puede efectuar nuevos consumos siempre.
- h) Es *intuitu personae* pues está referida a una determinada persona de acuerdo a su solvencia moral y económica y no se trasmite a los herederos y es intransferible entre vivos.

Por lo anterior se puede decir que es un contrato *sui generis*, típico, consensual, de prestaciones recíprocas, principal de ejecución sucesiva y de adhesión, en donde los clientes o tarjetahabientes se adhieren directamente a las condiciones impuestas por los emisores, no obstante, es imprescindible destacar que, estas características enunciadas no son de carácter exclusivo sino más bien enunciativo, estando abiertas a estudios por parte de juristas, porque la tarjeta de crédito es uno de los inventos más extraordinarios de finales de siglo, que no se originó ni creció apoyándose en el edificio de la legislación existente porque pretende otorgar al titular de la misma un poder para adquirir un bien o un servicio con la simple firma de un papel y con la exhibición del plástico.



La exhibición del plástico según en los términos que se indica, conlleva la responsabilidad de llevar la tarjeta consigo y mostrarla al proveedor, el cual por su parte tomará esta acción como legítima, proveniente de una persona de confianza por parte de su emisor, quien generalmente será una entidad bancaria, las cuales poseen certificaciones y controles de calidad rigurosos para evitar una quiebra que pueda provocar falta de liquidez a los mismos emisores y los establecimientos afiliados, sin mencionar a sus tarjeta habientes y cuenta habientes.

1.6 La tarjeta de crédito en el entorno social

Las tarjetas de crédito tienen importancia en la sociedad porque al ser un medio de pago permiten acceder a bienes o servicios que en el momento no se podría, por ello el récord crediticio es importante y personal, aspectos que serán evaluados en este apartado.

1.6.1 Operaciones del sistema

La utilización de la tarjeta presenta principalmente dos características, la primera como medio de pago y la segunda, que permite diferir el pago de una compra en el tiempo. En cuanto a la primera razón, se afirma que, como medio de pago la tarjeta de crédito es un sustituto del circulante, es decir, por un lado, permite identificar a su titular por medio de la tarjeta, lo que se conoce como legitimación en el uso de la tarjeta, que sirve al efectuar negocios jurídicos diverso o más específicamente, la cancelación de obligaciones o adquisiciones y, por otro lado, tal acto encomienda al emisor a pagar al agente económico la adquisición en el tiempo, modo y forma en que se ha pactado el uso de este plástico.



En cuanto a la segunda característica enunciada, la utilización conlleva a una inmediata disminución de la tenencia del dinero de los consumidores. Se valora esta opción por las características del mercado, en este caso, el mercado de la financiación y que puede presentar múltiples facetas.

Un sistema financiero está formado por un conjunto de instituciones, instrumentos y mercados que canalizan el ahorro desde las unidades económicas que disponen de un exceso de fondos y desean prestarlos. Los agentes económicos se organizan, en el caso de las tarjetas de crédito, mediante correspondientes accediendo al mercado.

Surge el recurso al crédito tratándose de la tarjeta de crédito. Una de las ventajas que ofrece el recurso al crédito, es que permite que una persona pueda obtener inmediatamente un producto o servicio cuyo precio pagará posteriormente. Esto hace posible el acceso a bienes y servicios que de otra forma no podría adquirir y lo puede efectuar mediante el contrato de tarjeta de crédito.

Ahora bien, respecto a la necesidad del consumidor de poder diferir el pago de una compra, las tarjetas de crédito no son sustitutivos del circulante y el emisor como financiador busca beneficiarse con dicha actividad y otras conexas, sin tener que disponer inmediatamente de dinero.

A grandes rasgos se puede indicar que el sistema de tarjetas de crédito, como ha de llamarse, opera como sigue:



1. “El titular de la tarjeta adquiere bienes o servicios en un establecimiento de un agente económico adherido.
2. El agente económico presenta la documentación de la venta ante el pagador.
3. Se procesa la información de la transacción, la emisora o el grupo efectúa los movimientos contables y previo descuento, paga el agente.
4. La emisora envía el estado de cuenta al tarjetahabiente (información) y señala la forma de pago y su financiamiento.
5. El titular abona el importe correspondiente, bien sea el total o el mínimo.”⁴

La operatoria del sistema se da a través de todos los contratos suscritos.

1.6.2 El costo del financiamiento

Se ha advertido que en Guatemala existe una alta concentración de una marca en el mercado de las tarjetas de crédito, que la observación resulta una competencia *intra-brand* o, mejor dicho, entre las franquiciadoras de la misma marca. Pero la mayor competencia de este tipo surge en el mercado del pago diferido, donde los competidores muestran cierta ventaja contra los usuarios.

El crédito se expresa en dinero y se mide en tiempo, su precio es el interés, cuyos términos de mención son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero prestado o debido. Así, el contrato, a través de la cláusula correspondiente, contiene tres aspectos relevantes, que son el interés corriente, el interés de mora, y el cargo financiero.

⁴ *Ibíd.* Pág. 22



Ahora bien, en cuanto a los denominados réditos y cargos, son reflejo de ineficiencias que no existen en países o territorios donde el mercado es altamente competitivo.

Se puede explicar así: las elevadas tasas de financiación, en muchos de los casos obedecen a la existencia de un círculo vicioso que se refleja en los costos y que tiene su origen en la forma de plantear la competencia, ya que no se centra en los precios cobrados sino en la forma de promoción adoptada. Con esto se evidencia que, existen no solo deberes precontractuales de información, sino en la fase de conclusión y en la ejecución del contrato mismo. Este círculo vicioso aumenta la naturaleza de por sí riesgosa del negocio, donde el riesgo de morosidad e incobrabilidad se cubre.

1.6.3 La propiedad de la tarjeta

En muchos contratos, se señala que la tarjeta será propiedad del emisor teniéndola la tarjetahabiente en calidad de depósito. Llama la atención que se califique como propiedad el derecho que la emisora ostenta sobre la tarjeta. Ello conduce no solo a permitir a la emisora la posibilidad de resolver en forma unilateral y sin causa justificada el contrato. Los mismos contratos establecen la posibilidad de devolución del plástico por la resolución o vencimiento del plazo contractual, pero el fundamento de la exigibilidad lo constituye, siendo con ello de carácter de documento de identificación y acreditativo de existencia de derechos.

Queda claro que el titular de la tarjeta se obliga a la utilización correcta de la misma y su conservación es una obligación que nace del contrato, nada más. Sin embargo, existe en



la condición general indicada la transmisión de responsabilidad al tarjetahabiente hasta el monto del aviso, que es otra obligación que debe cumplir en caso de pérdida o sustracción.

Ahora bien, la obligación está a cargo del titular, quien considera que existe oscuridad en la cláusula, toda vez que desde el momento en que sucede el hecho y hasta el efectivo reporte, existe un lapso aprovechado por la emisora para reinvertir la responsabilidad para el tarjetahabiente, y no para los establecimientos adheridos y la misma emisora, esto por la relación trilateral del contrato de tarjeta de crédito.

1.6.4 El problema de los seguros

Con el tiempo los avances para utilizar las tarjetas de crédito se ha suscitado un problema interesante y es por consecuencia del mercado del pago diferido y consistente en el ofrecimiento de un seguro de vida para garantizar saldos deudores y designar segundos beneficiarios.

El mecanismo consiste en ofrecer un seguro de vida y que de acuerdo con el ordenamiento jurídico que rige y con el contrato de tarjeta de crédito, si es posible efectuar la implantación de este tipo de venta, pero con la siguiente salvedad, en donde debe la emisora que se encargue de respetar dos puntos básicos que no pueden obviarse en todo contrato de tarjeta de crédito: "Derecho de Información y normas imperativas, y que restringen horizontalmente la libertad de contratación. Así el procedimiento será ofrecer el servicio al tarjetahabiente, mediante los brochures o sistemas publicitarios respectivos



donde e incluye, necesariamente, la boleta de adhesión al servicio. En el fondo, es una oferta dirigida a una persona determinada.”⁵

El silencio del tarjetahabiente en este tipo de ventas no puede interpretarse en sentido positivo, es decir, que el adherente puede necesariamente ser incorporado al régimen de la venta en relación, pues sería una interpretación contraria a la ley.

1.7 Definición de las tarjetas de crédito

Son tarjetas que una sociedad expide a favor de personas determinadas y no serán negociables. Deben contener el nombre de quien las expide y la firma autógrafa de la persona a cuyo favor se extienden. También deberá expresarse en ellas el territorio y plazo dentro del cual son válidas. En lo conducente, se aplica a las tarjetas de crédito, las reglas de las cartas órdenes. Su naturaleza jurídica es la de ser un contrato, que crea un instrumento de pago sustituto del dinero en efectivo.

1.7.1 Clases de tarjetas

Las tarjetas de crédito se pueden clasificar así:

- a) **“Personal:** Se otorgan a personas individuales, quienes son responsables;
- b) **Colectiva:** Se otorgan a sociedades anónimas y de responsabilidad. El representante legal asigna a quienes la pueden usar;

⁵ **Ibíd.** Pág. 42



- c) **De tipo adicional:** El responsable directo es el cuentahabiente y se les dan adicionalmente a las personas que éste proponga, según grados de consanguinidad;
- d) **Tarjetas indirectas:** El crédito lo otorga la tienda o el almacén y le paga indirectamente a través del banco o institución de crédito;
- e) **Tarjeta directa o comercial:** Es el comerciante quien da el crédito y es también quien lo cobra, no existe triangulación.”⁶

Conforme a la clasificación indicada, ha de considerarse que el titular de cualquier tarjeta de crédito, sin importar que se trate de un uso bancario o comercial, se debe legitimar; es decir, no es una tarjeta que pueda utilizar cualquier persona. Esta legitimación consiste, de manera empírica en la verificación de la firma que hace el proveedor, comparando la que figura en la tarjeta con la que se imprime en el documento que se firma en compromiso de pago.

Entonces, la tarjeta es un título cuyo uso obliga legitimación; el titular de la tarjeta puede beneficiarse del derecho de uso de crédito que en ella se incorpora, lo cual no exime de cumplir en observar otras medidas de seguridad complementaria que realice cada entidad emisora, considerando el avance de la tecnología y la practicidad que su origen impulsó.

1.7.2 Forma contractual

Los elementos personales de las tarjetas de crédito son:

⁶ **Ibíd.** Pág. 50



- a) El banco.
- b) El tarjetahabiente y;
- c) Los proveedores.

Entre quienes se crea una obligación a partir de un contrato de apertura de crédito celebrado entre el banco y el tarjetahabiente y del banco con los proveedores; la compraventa de pago que firma el tarjetahabiente frente a los proveedores.

1.7.3 Derechos y obligaciones de los sujetos

Para una mejor comprensión de los derechos y obligaciones que emanan del uso de la tarjeta de crédito, se dividen estos atendiendo a los sujetos, aplicándolos a los bancos, tarjetahabientes y proveedores.

- a) **Del banco:** Solicita autorización de la Superintendencia de Bancos para expedir tarjetas. Recibir y recabar información como documentos que respalden la solvencia laboral y capacidad de pago. Enviar mensualmente un estado de cuenta. Pagar a los proveedores cantidad igual al importe de los comprobantes de pago de los tarjetahabientes.
- b) **Tarjetahabiente:** Solicitar por escrito la tarjeta y formar con el banco emisor un contrato de crédito. La obligación de hacer efectivo el pago mínimo indicado en su estado de cuenta, dentro del plazo establecido en el. Respetar los límites fijados para disponer de los fondos.



- c) **Proveedores:** Requerir la firma de los tarjetahabientes y compromisos de pago por cantidad iguales al consumo. Verificar si la tarjeta tiene disponibilidad a la hora de hacer el negocio.

1.7.4 Régimen jurídico

Surge a partir de un contrato, suscribiendo también la tarjeta de crédito; el plazo es por un año renovable. Se llama régimen jurídico porque tanto emisor como tarjetahabiente se someten a un conjunto de normas, derechos y obligaciones dentro de lo permitido y regulado en el ordenamiento jurídico que rige esta actividad comercial y producto financiero de crédito.



CAPÍTULO II

2. Derechos humanos

“Diversas tendencias o criterios se dan para llegar a precisar que son los derechos humanos.”⁷ Se empiezan a decir que son los atributos inherentes a la persona, desde que nace hasta que muere; se protege incluso al embrión y luego al niño, después al adolescente y se continúa protegiendo al adulto, para concluir con la protección al anciano, todo con base en la legislación moderna que ha adquirido preeminencia en la mente de los legisladores especiales (constituyentes) y ordinarios.

“Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual –que es el nuestro-, equivale a afirmar que existe derechos fundamentales que el hombre posee por hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados.”⁸

Esta posición es congruente con la afirmación de lo que los derechos humanos son derechos naturales y por ello se le denominan ius naturalista racionalista por que posee un vínculo con la condición propia del ser humano y porque está basada en concepciones filosóficas de los racionalistas del siglo XVII.

⁷ Prado Gerardo, **Derecho constitucional, son los atributos inherentes a la persona**. Pág. 63

⁸ Truyul y Serra, Antonio, **Derechos del hombre y ciudadano**, Pág. 119.



Los derechos humanos son lo siguiente: “La facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo personal integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado y, con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”⁹

Esta definición contiene una perspectiva dualista. Por un lado, se encuentra el fundamento ius naturalista racionalista; y por el otro, inserta esos derechos humanos en normas jurídicas, del derecho posesivo. En otras palabras, indica que los derechos humanos son derechos naturales, pero estos deben ser protegidos por el sistema jurídico del Estado. Ya no se trata, pues, de derechos que nacen ante la formación del Estado, sino que deben ser protegidos por este.

Ahora, con fundamento histórico sobre el tema se determina que: “...los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”¹⁰

Entonces, se considera que los derechos humanos son derechos históricos y es dable hacer la siguiente diferenciación: para el fundamento ius naturalista-racionalista los

⁹ Sagastume, Miguel. *Introducción a los derechos humanos*, Pág. 54

¹⁰ *Ibid.* Pág. 55



derechos humanos son inmutables, universales y absolutos; para el fundamento histórico, los derechos humanos son históricos, variables y relativos.

2.1 Antecedentes

Los derechos humanos nacen en la humanidad misma, siempre han estado en la historia junto con el hombre y han evolucionado de acuerdo en cada época. Hace 2500 años, en Grecia, había ciudadanos griegos que gozaban de determinados derechos y estaban protegidos por las leyes.

Pero también había personas que no gozaban de tales derechos y estaban privados de su libertad, como los esclavos. Los romanos conquistaron a los griegos y continuó la esclavitud. Hubo una gran lucha de liberación y entre sus episodios más importantes encontramos a Espartaco, la Carta Magna del año 1215, surgida según lo hemos visto a raíz de manifestaciones públicas de ciertos grupos (realeza, iglesia y hombres libres), favoreció primero con normas jurídicas dedicadas a los nobles, pero estas se fueron ampliando poco a poco a los sectores populares. El gran avance de dicho documento consistió en que el poder absoluto del rey estaría sujeto a sus disposiciones legales.

Tan profundo fue su espíritu que la Carta Magna aún conserva su vigencia en aquel país. Su influencia como ley fundamental fue tal, como antecedente histórico de las constituciones de otro Estado a esta se le denomina comúnmente cartas magnas. Dentro de las 63 disposiciones del rey Juan sin tierra, en dicha carta están contemplados ciertos preceptos que siguen siendo actuales, entre ellos:



1. “La separación entre Iglesia y gobierno,
2. No arrestar a nadie -el hombre es libre-,
3. No desposeerlo de sus bienes,
4. No desterrarlo ni molestarlo sin motivo,
5. No ponerlo en prisión ni disponer de él, sino como resultado de un juicio legal,
6. No negar ni retardar la justicia y la libre circulación (nacional e internacional).”¹¹

Como normas jurídicas que son, deben ser cumplidas y obedecidas; hay sanción para quien las infrinja y consagra dos principios:

- a) el respeto de los derechos de la persona,
- b) la sumisión del poder público a un conjunto de normas jurídicas.

Ya hemos visto que la Carta Magna y sus modificaciones o ampliaciones (*petición of Rights* de Carlos I en 1628 y la *Bill o Rights* de 1689), no es una concesión gratuita al pueblo, sino el producto de su lucha contra el monarca inglés, al haber obtenido el goce de determinados derechos y libertades, como ha quedado anotado.

En América repercute aquel movimiento. Las colonias inglesas en Estados Unidos de América luchan por suprimir el poder del rey y de tal reacción surge el primer antecedente sobre derechos humanos en el nuevo continente la declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, producto del mismo pueblo que dicta sus propias normas (12 de junio

¹¹ *Ibíd.* Pág. 57



de 1776).

En la fecha indicada, se realiza la convención de los miembros representantes del pueblo de Virginia, aprueban su propia constitución y se declaran independientes de la corona inglesa, desconociendo por lo tanto la autoridad del rey.

En ese mismo acto, dichos representantes aprobaron la primera declaración sobre derechos humanos, que se conoce con el nombre de -la declaración del buen pueblo de Virginia-; resolvió necesario poner énfasis en el hecho de que el mismo pueblo determino cuales eran los derechos que como seres humanos les correspondían.

El Artículo 1 de esa declaración aparece la igualdad natural en la libertad y la independencia, derecho al goce de vida, derecho al goce de libertad, derecho a adquirir y poseer la propiedad, y derecho a obtener la felicidad. Entonces, en 1776, se consideró que los derechos humanos se derivan de la naturaleza misma del ser humano y que no puedes ser objeto de negociación por ningún motivo; además, que son previos a la formación del Estado.

De esta manera se superó la concepción contenida en la Carta Magna del rey Juan sin Tierra, en la cual los derechos humanos eran normas que se desprendían del derecho divino, en razón del cual estaban los reyes en sus tronos para gobernar en forma absoluta.

En el Artículo 2 de la Declaración que se comenta, establece la primera manifestación de



lo que hoy se conoce como soberanía popular: “Que todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede él; que los magistrados son sus servidores, y un cualquier momento responsable ante él.”

El Artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a esta declaración, pues indica que: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los organismos Legislativos, Ejecutivo y Judicial.”

Por su parte, el Artículo 3 del citado documento, expone el derecho a la resistencia, que en la Declaración Universal de Derecho Humanos se contempla con el derecho a la rebelión. A ese respecto, el Artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce que es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos de garantías consignados en la Constitución.

El Artículo 5 expresa como primera vez lo relativo a la separación de poderes; que los miembros de lo Ejecutivo y del Legislativo deben ser designados por elecciones frecuentes, ciertas y regulares, no así los del Judicial, que serán nombrados por el Legislativo. Esta situación está contemplada en el Artículo 184 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que indica que el presidente y el vicepresidente de la República serán electos por el pueblo mediante sufragios universal.

En cuanto al Organismo Legislativo, el Artículo 157 establece que se integra por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal, por el sistema de lista nacional y distritos electorales, mecanismo al que también se refiere al Artículo 105 de la



Ley Electoral y de Partidos Políticos.

La detención legal era la prohibición contenida en el Artículo 7 de la declaración estadounidense derechos que la constitución establece en el Artículo 6, pues la detención de una persona tiene que basarse en el delito o falta y en virtud de orden legalmente librada por autoridad judicial competente; quedando exceptuados los casos de flagrante delito o falta.

Por su lado, el Artículo 12 de la citada declaración, expone por primera vez la necesidad de la libertad de prensa como un -baluarte de la libertad-, derecho que está ampliamente desarrollado en el Artículo 35 de la Constitución Política de la República de Guatemala y sostiene, igual que el Artículo 22, que dicha garantía no podrá ser restringida por la ley o disposición gubernamental alguna, situación que solo se restringe por gobiernos despóticos.

El Artículo 23 de la expresada declaración señala al ejército como una milicia bien reglamentada, con personas adiestradas en las armas para constituir una defensa natural y segura de un estado libre, pero que deberían, sin embargo, evitarse en el tiempo de paz por ser peligrosos por la libertad. En todo caso, las fuerzas armadas estarán estrictamente subordinadas al poder civil y bajo su mando.

Documentos de este tipo son de vital importancia, porque demuestran cómo fueron evolucionados los derechos humanos, que en sus inicios solo se refirieron a los derechos individuales y después a los colectivos y sociales llamados también derechos de los



pueblos.

Asimismo, toda persona humana tiene un valor que la hace digna y para que este valor exista, se necesitan ciertas condiciones de vida para desenvolverse y utilizar plenamente los datos de inteligencia y de conciencia como seres humanos, para satisfacer necesidades espirituales.

En cuanto a su denominación, los tratadistas no se han puesto de acuerdo en cómo llamar a estos derechos. Unos los llaman derechos fundamentales y otros derechos del hombre y la Organización de las Naciones Unidas emplea la terminología de libertades fundamentales, por otro lado, es importante anotar que los derechos humanos no están para ser utilizados a favor de ninguna organización política partidaria, pues no son ni de derecha ni de izquierda, si no de la humanidad.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, es decir, trece años después de la Declaración de Derechos de Virginia, es otro documento que sirve de antecedente. Aquella declaración surgió porque la situación de la población francesa, antes de la toma de la Bastilla, era precaria y estaba indefensa con relación a sus derechos humanos, tanto como hombres y como ciudadanos.

Su influencia ha sido decisiva en la historia de la humanidad y ha sido base para otros documentos sobre la materia. El Artículo 1 sobre la misma, expresa que los “hombre nacen y permanecen libres e iguales en derechos”



El Artículo 2 se refiere a la finalidad del Estado, el derecho a libertad, el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad y el derecho a la resistencia. El Artículo 4 define la libertad, la cual consiste en todo aquello que no dañe a otro, dicho esto en términos muy generales.

El Artículo 6 de dicha declaración presenta una novedad, pues por primera vez hay un avance cualitativo en relación con la ley; primero se luchaba por ser iguales ante ella, pero ahora tenemos el derecho de participar en la relación de la misma. El texto dice así. “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar, personalmente o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos.”¹²

También aparece por primera vez la presunción de inocencia hasta que la persona haya sido declarada culpable. El Artículo 10 regula la libertad de opinión, limitadas por razón de orden público; el Artículo 11 establece el derecho a la libre comunicación de los pensamientos y las opiniones por la palabra, tanto por medio de la prensa como por la imprenta.

Resultado ilustrativo es el contenido del Artículo 16: Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos, ni defina la separación de poderes, carece de constitución.

¹² **Ibíd.** Pág. 71



El último Artículo, anota que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo necesidad pública mediante justa y previa indemnización. Posteriormente a esta declaración, existe un gran vacío histórico en cuanto a los derechos humanos. Fue hasta el 5 de febrero de 1917, fecha en que emite la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se inicia una nueva etapa de este importante tema con la incorporación de ciertos derechos de carácter social, que anteriormente eran considerados como individuales.

El 12 de enero de 1918 se aprobó el III Congreso de los Soviets de Diputados Obreros y Soldados de Rusia, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador Explotado; se marca con ello un avance cualitativo en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En esa declaración se encuentra la semilla de lo que hoy se conoce como el -Derecho de la libre determinación de los pueblos-, ya que el Artículo 4 dispone sobre la base del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos. Posteriormente, se encuentra la constitución de Weimar (1919), en la que por primera vez aparece que los hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones.

2.2 Derechos individuales y sociales

El título anterior sugiere una clasificación, o sea, dos tipos de derecho. Los primeros son aquellas garantías que las constituciones conceden a favor de todos los habitantes del Estado, pero cabe anotar la observancia que es el conjunto de derecho que no se puede



privar al individuo como tal sino excepcionalmente, con arreglo a las leyes.

En cambio, los segundos, los derechos sociales, suponen prestaciones positivas del poder público o la creación de condiciones sociales para el desenvolvimiento de la personalidad. Pudiendo entonces llamárseles derecho a la plenitud humana; es decir, el desarrollo integral de todo individuo como miembro de una comunidad política, con la ayuda de la acción del Estado. Ese desenvolvimiento personal tiene lugar, bien bajo la forma de servicio público, bien mediante de una transformación del orden social.

“Los derechos sociales nacen en funciones de situaciones de desequilibrio social y con el propósito de realizar un nuevo equilibrio o reajuste de la sociedad. Son predominantes derechos de las clases menos dotadas económicamente o de grupos marginados por razones biológicas, culturales, económicas o sociales, para defender su subsistencia y su desarrollo físico y espiritual, o para dotarlos de una seguridad económica; e incluso para reordenar la distribución de los bienes económicos y culturales de la sociedad”¹³, indica además: “Normalmente implican, pues, una reforma del orden económico y social como proyección de los principios de seguridad económica y justicia social, que opera un proceso de retribución de los bienes económicos y culturales.”¹⁴

En Guatemala se encuentran protegidos ambos tipos de derechos. El título II de la Constitución se denominada precisamente derechos humanos y contiene cuatro capítulos, los cuales el primero se refieren a los derechos individuales y regulados por el

¹³ **Ibíd.** Pág. 73

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 74



Artículo 3 al 46, con lo siguiente salvedad en el Artículo 44 los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluye a otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana.

El segundo capítulo del título II en mención remite a los derechos sociales, cuya enumeración principia en el Artículo 47 y termina en el Artículo 134. En sus postulados, ambos capítulos, coinciden con la anotación en los párrafos anteriores, entendiéndose por su contenido que los derechos individuales están plasmados para proteger al individuo en particular, y los derechos sociales para lograr el desarrollo integral de la personalidad humana de los guatemaltecos, sin distinción de una especie.

2.3 Derechos humanos y libertades públicas

Una de las condiciones de la democracia liberal, es que los derechos individuales, como arte de los derechos humanos y las libertades públicas, no solo deben estar consagrados en la constitución, sino que deben ser efectivamente garantizados y respetados por medio de los gobernantes.

En cuanto a los derechos humanos, se ha escrito que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al estado que este debe respetar y garantizar, (1º generación), o bien está llamado a organizar su acción con el fin de satisfacer su plena satisfacción (2º generación). El primer caso, se trata de derechos inherentes a la persona, y en el segundo caso, son derechos que se afirman frente al poder público.



Con relación a su naturaleza, los derechos humanos se estudian en función de dos corrientes o interpretaciones, las cuales serán explicadas en palabras de la autora.

1. **La Escuela de Derecho Natural o *Ius Naturalismo***, la cual contiene que son aquellas garantías que requiere el individuo para desarrollarse en la vida social como persona o ser dotado de racionalidad o sentido. Asimismo, “afirma que todo hombre para existir necesita de libertad, propiedad y condiciones económicas mínimas para la vida; por tales razones, los derechos del hombre son anteriores y superiores a cualquier actuación gubernamental, que no requieren de ninguna normativa propia para su vigencia, y no pueden ser derogados por los gobernantes.”¹⁵

Tales derechos son inherentes a la naturaleza humana, debido a que son una parte principal de la dignidad humana; desprendiéndose de esas afirmaciones que este derecho son consecuencia normal que del orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana, lo cual permite que nos refiramos a tales derechos como valores;

2. **La Escuela de Derecho Positivo**, por lo contrario, dice que los derechos humanos son producto de la actividad normativa de los órganos del estado y no pueden ser reclamados antes de la existencia de ese reconocimiento, lo cual significa que todo depende de la letra misma de la ley, o de las fuentes auxiliares del derecho como la jurisprudencia, que resulta de la aplicación del ordenamiento jurídico.

¹⁵ Sagastume, Miguel. **Op.Cit.** Pág. 21



De lo anterior se concluye, que, para ius naturalismo los derechos humanos son valores, mientras que para el positivismo jurídico son normas o prescripciones legales. No obstante, esta contraposición, es posible conciliar ambas corrientes diciendo que los derechos humanos pueden ser observados como –normas- o como –valor-, filosóficamente hablando, el valor sería el fin al ser alcanzado por la norma. También se puede decir que esos valores considerados como normas, o sea prescripciones positivas o vigentes, tiene una historia reciente, mientras que el sistema de valores, como tales, tienen sus raíces en la antigüedad.

Seguidamente, al buscar una diferenciación entre derechos humanos y libertades públicas, nos encontramos con que existe un viejo conflicto entre el poder y la libertad, en cual consiste en que los gobiernos imponen obligaciones a los gobernados, mediante el ejercicio caprichoso e ilegal del poder en nombre del estado. Como solución a ese conflicto, surge la teoría de las libertades públicas, que persigue mantener un equilibrio entre las atribuciones del Estado y la autonomía de las personas.

Ese equilibrio reside en que existe una posibilidad de hacer que los gobernantes cumplan sus deberes con respecto a los ciudadanos, y que haya procedimientos jurídicos que permitan a estos una protección suficiente contra las desviaciones del ejercicio del mandato gubernamental. Esta teoría aparece marcada con el sello del ser medio de la defensa del ciudadano contra el estado. Su significado la importancia con respecto a ese Estado, es decir, dejar sentado que el Estado está al servicio del hombre y no esté al servicio de aquel, tal como está concebido en el sistema liberal, lo cual obedece necesariamente a que el Estado respeta la dignidad del hombre.



Aplicando las notas anteriores, se hace referencia a una distinción entre libertades públicas y los derechos del hombre. En tal sentido, se determina que son dos nociones vecinas, que se confunden, pero no están situados en el mismo plano ni tienen idéntico contenido.

Los derechos del hombre dependen de la concepción del derecho natural, que del derecho natural, que posteriormente son conocidos y protegidos por el derecho positivo; esto significa que existe aunque sean desconocidos o atropellados. Las libertades públicas son derechos regulados por las autoridades públicas, que han pasado del derecho natural al derecho positivo.

En cuanto a su contenido, las libertades públicas se identifican como poderes de autodeterminación del hombre, como facultades de obrar, lo cual lleva consigo un comportamiento negativo de las autoridades o abstenciones del estado para dejar hacer al ciudadano, y se complementa con la presencia de necesidades concretas del hombre para su seguridad material y su desenvolvimiento espiritual que incluye empleo, vivienda, salud, educación, entre otras.

En ese orden de ideas, el Estado deja de ser un sujeto pasivo, actitud que mantiene cuando se trata de los derechos individuales y se toma en sujeto activo para aplicar las políticas correspondientes, cuando se trata de satisfacer las necesidades de la población para hacer así efectivos los derechos sociales o colectivos, los cuales no se encuentran ajenos a la esfera comercial, por cuanto atañe al Estado regular las relaciones entre



particulares y como deben cumplirse determinadas formalidades para su confirmación, debido a que, ante la omisión de tales formalidades se puede redargüir de nulidad la celebración de estos actos.

2.4 Derechos humanos en el texto constitucional guatemalteco

En el apartado serán desarrollados los conceptos de derechos humanos y su protección con el constitucionalismo guatemalteco.

2.4.1. Relación histórica

El título anterior sugiere la presentación de un resumen muy breve, con respecto a lo que se ha regulado en materia de derechos humanos en los diferentes cuerpos constitucionales de Guatemala, incluyendo el de Bayona y el de la constitución política de la monarquía española (Constitución de Cádiz de 1812) los cuales rigieron en nuestro país, según se dijo, durante el llamado periodo pre independiente.

La Constitución de Bayona, incluida por la revolución francesa, contiene varios de los derechos individuales proclamados a raíz de dicha gesta: la libertad personal, el delito de detención arbitraria, prohibía los tormentos y tratos crueles.

Pero tales preceptos no fueron cumplidos en Guatemala ya que la posición del indígena y la del desposeído continuaron igual: por su condición de esclavos eran objetos de



compraventa, donación y, para colmo de males, hasta se les incluía en los testamentos, como si fuera mercancía cualquiera. Una resolución de la época (1808) prohibió a los abogados defender a los indios porque sus honorarios eran demasiado elevados, y para evitar esos gastos, se creó la plaza o puesto de protector o defensor de indios, que constituye en nuestro país el antecedente del procurador de los derechos humanos que hoy conocemos, figura que mencionaremos más adelante.

La Constitución de Cádiz fue, en su momento, un intento para controlar los movimientos independentistas en ciertas colonias americanas (México, Argentina, etc.), pero contempla de nuevo los derechos individuales que se habían establecido en la Constitución de Bayona; no incluye lo relativo al habeas corpus y su vigencia en Centroamérica se mantuvo hasta 1824 no obstante haber sido abrogado en España con anterioridad.

“Pero la situación de injusticia, discriminación y desigualdad siguió igual, pues no se pagaba salario a los indígenas que trabajaban, limpiaban y componían caminos, puentes y calzados en forma gratuita. Un diputado, el sacerdote José Mariano Méndez, mencionó en un informe que, durante los 300 años de vida colonial, aunque se dieron algunas leyes benéficas, no hubo progreso en el campo de los derechos humanos - expresión actualizada- pues los abusos estaban a la orden del día y los gobernantes no trataban sino de enriquecerse o favorecerse en los negocios públicos.”¹⁶

¹⁶ Gramajo, Edna. **Historia política de Guatemala**. Pág. 126



La Constitución de la República Federal de Centro América (1824), redactada y promulgada después de la anexión a México, recibió una fuerte influencia de la legislación de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa. En ella se incluye una serie de garantías individuales que obligaban al Estado a no coartarlas. Esta constitución abolió la esclavitud.

“La primera constitución del Estado de Guatemala (1825) incluye 2 capítulos sobre derechos particulares de los habitantes, decisión que conserva la influencia estadounidense y francesa. Del año citado hasta 1839, se introducen en Guatemala varias leyes y disposiciones que tenían estrecha relación con la materia de los derechos humanos, tales como el Código de Livingston, la Ley Orgánica de la Administración de justicia por jurados de 1835 y la ley promulga el 5 de diciembre de 1839, que se denomina -Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes-.”¹⁷

Con el triunfo de la Revolución Liberal se promulga la Constitución de la República de Guatemala de 1879, que incorpora cambios sustanciales, se establece la separación de la Iglesia y del Estado, la emisión de libertad de pensamiento, conciencia y cultos, aunque su vigencia fue más formal que positiva, pues continuó el despojo de tierra y la servidumbre personal.

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 129



En el siglo XX, se producen fenómenos que transforman radicalmente la historia de la humanidad. Aparecen los denominados derechos económicos y sociales, como consecuencia de la gesta revolucionaria mexicana de 1910 y los mismos son incluidos por primera vez en la Constitución de 1945, es decir, que se agregan a los derechos individuales (inherentes a la persona humana) y con base a estos derechos sociales, se regula lo relativo a la familia, el trabajo individual y colectivo (Código de Trabajo), la seguridad social, se reconoce la función social de la propiedad, se otorga autonomía a las municipalidades y a la Universidad de San Carlos de Guatemala, entre otras cosas.

Esta constitución es sustituida como consecuencia de un rompimiento de la institucionalidad y el gobierno de Carlos Castillo Armas la deroga; en su lugar, se emite la de 1956, la que, si bien conserva las garantías individuales y sociales de la constitución de 1945, cerca de algunos aspectos y leyes ordinarias que, según la corriente imperante, afectaban intereses de los mandamases de turno.

La constitución de 1965, que sustituyó a la de 1956, la cual de manera general se puede hacer mención que conserva los derechos individuales y sociales de las dos constituciones anteriores, este cuerpo normativo estuvo vigente hasta el 23 de marzo de 1982, fecha en que se produjo un golpe de estado y el gobierno de facto instituido dispuso medidas que permitieron la elección de una nueva Asamblea Nacional Constituyente, la cual tres años después, emitió una nueva Constitución Política de la República de Guatemala en 1985, que entró en vigor el 14 de enero de 1986, siendo la actual norma fundamental del Estado para su organización.



2.5 Análisis de las garantías individuales

El hombre, por su condición de ser humano, es lo más importante dentro del ordenamiento estatal, si se toma en cuenta el fundamento normativo del Artículo 1 de la Constitución, el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Como consecuencia de lo anterior, es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, según el texto del Artículo 2 por su parte el Artículo 4 expresa que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los valores humanos a que nos referimos –especialmente la libertad, la seguridad y la igualdad- debe ser preocupación fundamental del Estado, con lo cual quiere decir que lo lírico de los Artículos mencionados se debe competir en hecho y que los encargados de aplicar e interpretar las leyes actúen basado a una convicción o porque están convencidos de que el derecho debe imperar, sin distinciones ni discriminaciones. El funcionario no debe ser prepotente y debe contar con un grado de educación suficiente para discernir y razonar adecuadamente en pro del gobernado, del ciudadano, del habitante del administrador, en fin, del hombre como tal.

El Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a los derechos inherentes a la persona humana, estos derechos son incorporados por el legislador constituyente a la ley fundamental y la relación del conocimiento previo sobre aquellos derechos que no se encuentren previstos de manera textual en la ley.



El citado Artículo, acepta que, además, de los derechos individuales y garantías consignadas en la constitución, existen otros que también serán objeto de protección porque precisamente son inherentes a la persona. En su parte final, expresa que serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la constitución garantiza, con el fin de mantener incólumes o sin tacha tales principios.

Por otro lado, esta previsión está definida con relación a la garantía individual de seguridad, cuyo contenido, en sentido amplio, se hace realidad cuando hablamos de seguridad jurídica e implica la no retroactividad de las leyes, el derecho de defensa o de audiencia, como también se le conoce, y la legibilidad que debe haber en materia judicial, tanto civil como administrativa. Igualmente, se contempla aquella seguridad que se refiere a que nadie será importunando o molestando en su domicilio o en su correspondencia, a menos que se haya dictado una orden de autoridad judicial competente.

El último lugar la garantía individual de igualdad protege a las personas sin distinción de ninguna clase porque son iguales en dignidad y derecho, el hombre y la mujer dice una frase del Artículo 4º de la Constitución Política de la República de Guatemala, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades.

Como se puede apreciar, claramente se establece la igualdad jurídica de ambos sexos. Esta garantía también incluye que un individuo no sea sometido a servidumbre y otra



condición que menoscabe su dignidad, que sea juzgado por leyes privativas o por tribunales especiales, ya que todos están sujetos a las mismas leyes generales.

2.6 Análisis de las garantías sociales

Estas aparecen en la constitución con el nombre de derechos sociales y comprenden: la familia, la cultura, las comunidades indígenas, la educación, las universidades, el deporte, la salud, seguridad y asistencia social, el trabajo, los trabajadores del Estado y el régimen económico y social. Todos tienden al desarrollo integral de la persona colectivamente contemplada, lo que significa atender las necesidades de la comunidad en general, extremo que se encuentra del Artículo 47 al 134 de la Constitución.

Estos se llaman derechos a la plenitud humana, al pleno desarrollo de la persona, de todos y cada uno de los miembros de una comunidad política con la ayuda de la acción del estado. Suponen esa ayuda y una prestación activa o supletoria de las condiciones necesarias para el desenvolvimiento personal bajo la forma de servicios públicos o una transformación de orden social.



CAPÍTULO III

3. El concepto analítico de delito

Para la elaboración de un concepto de delito es necesario acudir a los elementos que integran el mismo elemento que normalmente son aceptados en la doctrina y reconocidos por la ley, pues los utiliza. De los elementos constitutivos de delito se ha ocupado la teoría jurídica del delito, doctrina que a través de una fina elaboración conceptual ha ido depurando los elementos que integran un comportamiento delictivo, teoría que en la actualidad tiene una aceptación general.

Dado que la ley guatemalteca no contiene una definición expresa de lo que debe entenderse por delito, debe tomarse en cuenta los elementos puestos de manifiesto por esa teoría jurídica, la cual puede utilizarse por el analista con toda confianza, pues es fruto de una larga elaboración científica que se renueva constantemente. El derecho penal puede estar orgulloso de haber proporcionado a la ciencia jurídica un grado tan eminente de avance teórico mediante la utilización nacional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica; la profundidad que ha alcanzado la teoría del delito, la sistematización tan acabada que se procura para ella y el nivel de versación jurídica que es necesario para su dominio, la convierte en un verdadero paradigma de las construcciones racionales que es capaz de producir el derecho.

En consecuencia, el intérprete debe aplicar el criterio lógico que proporciona la teoría jurídica del delito: ella enseña que para que exista el delito se deben dar una serie de



elementos, lógicamente escalonados, que demuestren su existencia. De esa manera, la teoría del delito puede compararse con una escalera, cuyos peldaños son los elementos del delito.

Tales elementos son la acción u omisión, la tipicidad, antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, elementos que, investigados históricamente desde diferentes perspectivas, han dado lugar al denominado concepto analítico del delito. Se llama así porque procede por acumulación de componentes aislados que se encuentran en una relación lógica necesaria, de modo que cada uno de sus elementos presupone los anteriores, renunciándose a una noción conjunta de lo que el hecho delictivo representa.

3.1 Los elementos del concepto analítico del delito

Es la base de la teoría del delito se encuentra en el comportamiento humano, por lo cual el intérprete debe comenzar preguntándose, ante todo, si lo que tiene bajo análisis es un comportamiento o conducto humano, el concepto de –acción- juega así un papel básico en la teoría general del delito. El elemento –tipicidad- se agregó con los aportes de E. Beling, quien indica que la conducta penalmente relevante se deduce de las descripciones que hace la ley penal, de la legislación positiva, la que presenta tipos, que son conceptos formales, figuras, que por abstracción hacen al legislador, es decir, para que exista tipicidad de un acto o hecho debe estar previsto en la ley penal para que pueda realizarse su reproche de culpabilidad a través de un proceso también debidamente ejecutado.



En cuanto el elemento antijuricidad, parece ser una de las más antiguas herramientas de los penalistas, quienes comenzaron a hablar sobre el concepto de la infracción de la ley del Estado, y que más tarde se definió como lo prohibido por la norma, hasta hablarse llanamente de la confrontación entre la conducta realizada y la prescrita por el orden jurídico.

El elemento de culpabilidad, ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el caso lino contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa, en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes; la culpabilidad, según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma. Finalmente aparece la –punibilidad-, como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito.

3.1.1 La acción

Los tipos penales se refieren a conductas en general, donde se abarca tanto los comportamientos activos como omisivos. La conducta, o acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre finalidad; la acción es, por, eso que siempre el ejercicio de una voluntad final se traduce en actos representados en la realidad. La dirección final de la acción se realiza con dos



fases, una interna que ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo.

Siguiendo el esquema anterior, cuando en un comportamiento humano falta el componente de la voluntad no puede decidirse que exista acción, por ejemplo, en los casos de fuerza material irresistible, fuerza anterior los llama nuestra ley en el Artículo 25 inciso 2º. En tales casos, como se explica más adelante, falta la voluntad y, en consecuencia, el que actúa violentando por fuerza material irresistible no realiza una acción penalmente relevante. Lo mismo ocurre con los casos de movimiento reflejos, que son ingobernables por la voluntad, y aquellos otros que se realizan en estado de inconsciencia no deliberada.

Al realizarse la acción se produce una mutación en el mundo circundante, un resultado, entre la conducta y el cambio que se produce en el mundo láctico como efecto de esa conducta. Debe existir una conexión o relación, que se denomina relación de causalidad. Cuando el resultado no se produce, pese a la ejecución de los actos de delito a la voluntad en ese sentido manifestada, aparece la figura de la tentativa. Acción y resultado son dos aspectos distintos del delito, que se enlazan precisamente por la relación de causalidad.

La acción en su forma pasiva es la omisión. La omisión que interesa al derecho penal es aquella en que el sujeto no actúa a pesar de que tenía capacidad de actuar. Acción y omisión cumple en la teoría del delito la función de elementos básicos. Al respecto debe



aclararse que ello no implica la necesidad que pertenezca a la acción o a la omisión todos los elementos que luego van a ser considerados en el tipo de lo injusto.

3.1.2 La tipicidad

Es la especie característica de hallarse el hecho escrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de la realidad, pues solo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. El tipo penal llega hacer entonces la abstracta descripción de la conducta, y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora.

En cuanto a la función seleccionadora del tipo, esta se refiere que hay una selección del legislador de entre todas las conductas humanas, por medio de la cual determina finalmente como delito aquellas socialmente insoportables y vulneradoras de bienes jurídicamente tutelados por el orden jurídico.

A su vez, la función de garantía, reflejo directo del principio de legalidad, expresa que solo los comportamientos descritos como delitos en la ley respectiva pueden ser sancionados. La función motivadora del tipo se refiere a que, mediante la amenaza de la sanción establecida en los ciudadanos se ven caminados o motivados a actuar al orden establecido. Los tipos penales tienen dos componentes básicos: el aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta, y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento.



Por lo que se refiere al aspecto objetivo, podemos distinguir entre tipos de acción o simple actividad, constituido únicamente por un comportamiento, y tipos de resultado, en lo que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta, el resultado, y la correspondiente relación de causalidad entre la acción y el resultado. Ese es el caso del resultado de muerte en el tipo del Artículo 123 del Código Penal.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, podemos distinguir entre tipos dolosos e imprudente culposos. De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a realizar el comportamiento delictivo. En los segundos no existe tal voluntad, y en su lugar se exige que el sujeto actúe de forma descuidada, sin tener en cuenta el peligro que se deriva de su comportamiento. En ocasiones los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo, que se ha denominado elementos subjetivos del tipo.

Conjunto de actos internos y externos que constituyen la acción o la omisión tiene una secuencia que se denomina *inter criminis*. No todo ese camino interno y externo puede ser sancionado penalmente, en atención a la seguridad jurídica; por ejemplo, presente una actitud interna encaminada a realizar el delito, no puede estarse seguro de que este efectivamente se vaya a realizar, de ahí que no se pene ella si no va acompañada de actos externos.

Por lo que, estos actos externos, refieren a actos de preparación externa del delito, esto puede confundirse con actividades que no son delictivas, porque se penan únicamente determinados actos preparatorios. Al margen de esto último, el Artículo 14 exige como



norma general, para poder hablar de tipicidad, cierto grado de desarrollo del comportamiento: el comienzo de la ejecución del hecho mediante actos exteriores idóneos.

Es preciso mencionar también que ciertas acciones, pese a ser típicas, no tienen una importancia o relevancia social suficiente como para ser sancionadas, como es el caso de la ponderación excesiva de las cualidades de una mercancía en un contexto publicitarios, acción que ciertamente podría incluirse en algún precepto de los delitos contra la actividad comercial lícita, pero que en realidad son comportamientos adecuados a la vida social ordinaria, por lo que se aceptan como lícitos.

3.1.3 La antijuricidad

En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se compruebe la realización del tipo. Sin embargo, algunas acciones en principio contraria al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse finalmente lícitas; ello sucede cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convertirá en lícita una conducta que, sin tal causa, sería antijurídica.

Así pues, las causas de justificación lo que hacen es permitir excepcionalmente la infracción de los mandatos o prohibiciones contenidos en los tipos, cuando concurren ciertas circunstancias que al legislador le parecen más importante que la protección del



bien jurídico protegido en el tipo, siendo de manera especial los casos en que la propia vida se encuentra en peligro por los actos de otro.

Una de esas causas de justificación es la legítima defensa: su fundamento reside en la necesidad en que se puede encontrar un individuo de defender inmediato sus bienes jurídicos, unido al hecho de que ellos están siendo agredidos a través de una acción que es injusta y que, por ello, no tiene por qué soportar. El legislador a previsto para estos casos un precepto permisivo que autoriza realizar el tipo delictivo que sea preciso para neutralizar la agresión ilegítima.

El estado de necesidad es otra situación que legitima un comportamiento típico: de acuerdo con lo que establece el Artículo 242 del Código Penal, esta situación se da cuando se comete un hecho en el principio delictivo obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por el voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Se trata de una situación de conflicto de intereses, en la que el peligro actual e inminente para legítimos intereses únicamente puede ser conjurado mediante la lesión de otros intereses o bienes jurídicos.

Hay dos grupos de casos de estado de necesidad: en el primer grupo, el fundamento de la exención es la salvación del interés objetivamente más importante; estamos en el estado de necesidad justificante, que hace lícita la conducta típica llevada a cabo para salvar tal interés. En el otro grupo el interés lesionado sería igual al que se salva: en este caso la conducta típica realizada continúa siendo antijurídica; todo lo más, se le podrá



disculpar de la pena al sujeto si ha actuado en una situación difícil, en la que no le era exigible dejar sacrificar el interés amenazado; se habla entonces de un estado de necesidad ex culpante.

Una tercera causa de justificación mencionada en el Artículo 24 del Código Penal en la denominada de legítimo ejercicio de un derecho. En este caso la ley alude al cumplimiento de un deber jurídico o al ejercicio de un derecho concretamente establecido, que posibilitaran convertir la conducta típica, desarrollada a través de su ejercicio, en una conducta lícita.

3.1.4 La culpabilidad

Conforme a lo ya indicado, quien ha actuado antijurídicamente ha realizado un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que, además, pueda aparecerse en una causa de justificación que haga su conducta finalmente lícita. La culpabilidad aporta un elemento más, en cuya virtud se hace un juicio de reproche a quien ha optado por comportarse antijurídicamente, siendo así que ha estado en condiciones de actuar lícitamente en que ha tenido la posibilidad de escoger o, si se quiere formular de otro modo, de ser motivado por la norma o abstenerse del comportamiento delictivo.

Para que una persona sea culpable son necesario los siguientes requisitos: a) imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en mantener madurez física



psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas. b) conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley; pues solo así este individuo puede motivarse conforme a la norma. c) exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que el sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas.

El Código Penal guatemalteco contempla, de acuerdo con los elementos de la culpabilidad señalados, ciertas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de estos elementos, causas que habrá de llamarse, por tanto, causa de inculpabilidad. Así faltara la imputabilidad cuando se den las existentes en el Artículo 23; así mismo faltara el conocimiento de la antijuricidad del caso de error de prohibición contenido en el Artículo 25 inciso 3; por último, no se dará la exigibilidad de obediencia al derecho si concurre el Artículo 25 inciso 1.

3.1.5 La punibilidad

La punibilidad se configura como el último requisito que debe cumplirse para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con ellas se afirma que no concurren razones de oportunidad o conveniencias favorables a no imponer la pena, aun cuando ya estamos ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable.



En efecto, en ocasiones existen argumentos políticos-criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevé nuestro legislador. Ese es el caso, por ejemplo, de la exención de responsabilidad penal de que gozan determinados parientes, en virtud del Artículo 280 de nuestro Código Penal, respecto a ciertos delitos de la propiedad cometidos respecto a otros parientes.

3.2 La clasificación formal de las infracciones penales

Los códigos sirven para diferenciar entre los ilícitos penales de acuerdo con su gravedad. Las clasificaciones pueden dar lugar a dos o tres grandes bloques de conducta. El código guatemalteco opta por una distinción bipartita entre las infracciones más importantes, o delitos, contenidos en el Libro II, y las infracciones leves, o faltas, contenidas en el Libro III. Otro código utiliza la clasificación tripartita, distinguiendo entre delitos graves, delitos menos graves y faltas, como es el caso del Código Penal español.

Esta división esta trascendente: en primer lugar, porque las exigencias de responsabilidad en un grupo u otro de infracción no responden exactamente a los mismos principios, como lo muestra el Artículo 280 del Código Penal. En segundo lugar, porque la clasificación tiene consecuencias procesales: así, las contravenciones son de exclusivo conocimiento de los jueces de paz, según expone el Artículo 44 inciso a) del Código Procesal Penal. En resumen, entonces la ley penal denomina a las infracciones que realicen las personas a esta en delitos y faltas, siendo las primeras las más graves con penas de multa y prisión, mientras que las otras son castigadas con penas de arresto y/o multa según lo descrito en la ley, ambas cuentan con procesos diferentes.



3.3 Ley sustantiva penal

La ley penal es todo enunciado sobre las acciones y omisiones consideradas delito, es decir el conjunto de normas jurídicas que contemplan el régimen penal de Guatemala en su parte sustantiva.

3.3.1 De la usura

El Artículo 276, (Usura). Comete el delito de usura quien exige de su deudor, en cualquier forma, un interés mayor que el tipo máximo que fije la ley o evidentemente desproporcionado con la presentación, aun cuando los delitos se encubran o disimulen bajo otras disminuciones.

El responsable de usura será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales.

3.3.2 Negociaciones usurarias

El Artículo 277, (Negociaciones usurarias) La misma sanción señalada en el Artículo que antecede, se aplicará:

1. A quien, a sabiendas, adquiere, transfiere o hiciere valer un crédito usurario.
2. A quien exigiere de su deudor garantías de carácter extorsivo.



En otras palabras, es todo negocio en donde se paguen intereses fuera del margen aceptado por el sistema bancario nacional, es decir, que sobrepase los montos fijados por la autoridad superior, en el caso de Guatemala, lo fijado por la Superintendencia de Bancos se encuadra en el delito de negociaciones usurarias, el cual afecta el bien jurídico de la economía nacional.





CAPÍTULO IV

4. Evolución historia del delito de usura

En los albores de la humanidad, cuando encontramos al hombre agrupado en forma simple, en una forma tribal, y con un padre común, en una época en la cual la sencillez del humano no le permite tener noción del concepto moneda y sí le concede pureza en sus sentimientos y transacciones, aparece como primera forma de negociación la permuta o trueque del os frutos del suelo y de algunos bienes de uso cotidiano, apareciendo así los primeros préstamos sobre la tierra, por medio de las cuales uno daba a otro una cosa determinada para que se le devolviera en la misma cantidad y calidad, sin detenerse a pensar en daños ni compensaciones por el uso de la cosa prestada apoyados en los estrechos vínculos del parentesco.

Posteriormente y con la evolución de la sociedad, se sintió la necesidad de recurrir a un intermediario objetivo entre ambos, este intermediario debía suprimir los inconvenientes del trueque y facilitar la actividad de los elementos personales del mismo; así aparece la moneda y con ella la figura del comerciante, con su deseo de lucro, aprovechándose y creando infinidad de institutos ingeniosos para hacer su actividad más lucrativa.

Corriendo el tiempo se formó el Estado y la ambición, que tanto desea sobreponerse a los demás, apareciendo así el concepto conocido por nosotros como usura, palabra que deriva del latín *usu* y que en su acepción más generalizada significa cualquier cosa que se dé o se exija en forma excesiva del capital prestado.



Para el tratadista Vizcarro, usura es: “el Logro (ganancia) que se obtiene prestando dinero a otro, mediante justo título, si bien por establecerse retribución, un interés, superior al normal, este logro resulta antijurídico ilícito.”¹⁸

“Por su parte los teólogos se han ocupado del estudio de la Usura, coincidiendo la mayoría de ellos en condenarla, manifestando que exigir más de lo recibido, es un daño a la justicia y consecuentemente el negocio debía decolarse ilícito, San Ambrosio consideraba la usura en sus distintas formas, un negocio torpe y execrable medio de lucro. Benedicto XIV en su Encíclica VIX PERVENIT del año 1745, sobre este asunto, decía “El pecado de usura consiste en pretender recibir en virtud y razón del préstamo más de lo que se ha dado, algún lucro sobre lo que se entregó, no observando la condición en ese contrato que exige la igualdad entre lo que se deja y lo que se vuelve.”¹⁹

4.2 Historia de la regulación del delito de usura en la legislación guatemalteca

En atención a la antigüedad de la actividad usuraria, que se remonta a los orígenes mismos de la humanidad hemos de reconocer que fue en las legislaciones del viejo mundo, en las que por vez primera se recoge este fenómeno social, tipificándolo como un delito. Generalmente conceptuamos la usura como una actividad común y corriente por medio de la cual la persona que la practica obtiene un interese o ganancia sobre el capital o suerte que nos ha proporcionado.

¹⁸ Vizcarro, Fernando. **El préstamo usurario**. Pág. 29

¹⁹ Moya Acevedo, David Antonio. **Análisis crítico del delito de usura en la legislación guatemalteca**. Pág. 39



Sin embargo, el tanto más que se obtiene constituye el delito de usura cuando la exigencia es desproporcionada con lo que se nos ha dado o se nos exige la satisfacción de intereses excesivamente altos o superiores a un interés máximo que debe de fijar la ley.

“De ahí y en virtud de la influencia que nuestra legislación ha recibido de dichas regulaciones, especialmente de la española, como fruto de la misma, es que en nuestros códigos aparece la actividad usuraria, originalmente enmarcada dentro de la figura de estafa como delito contra la propiedad; siguiendo lógicamente las corrientes represivas de dichas leyes, así como las doctrinas económicas y políticas del momento, lo que origina diversos criterios respecto de la criminalización del fenómeno usurario, los que llevan a la sistematización de esta actividad.”²⁰

La figura delictiva de usura contenida en el Código Penal carece de objeto jurídico y por ende su aplicación es imposible, si bien se permite la libre contratación por parte de la ley civil, lo que anula la figura contenida en la ley penal, el Estado debe intervenir, en beneficio del interés social regulando un tipo máximo de intereses, siendo que el derecho es un producto de la realidad social en un momento determinado, en nuestra sociedad y en las actuales circunstancias.

Atendiendo a lo anterior, se hace imperativo realizar una revisión de las leyes tanto civiles como penales, en cuanto al fenómeno de la usura, y para poner a disposición de los

²⁰ Morales Reyes, María de los Ángeles. **La usura bancaria**. Pág. 61



ofendidos por el poder y la astucia de los usureros, mecanismos de defensa que tiendan, aunque sea en mínima parte, a compensar la desigualdad en la contratación y a frenar las actividades de un conglomerado que día a día ve aumentadas sus ganancias en virtud de una deficiencia en la legislación la cual debe ser corregida prontamente por los legisladores y por entidades encargadas de velar por el sistema de legalidad, mediante la presentación de proyectos de ley que tiendan a frenar la actividad usuraria o a corregir la actual legislación, evitando así hondas repercusiones en nuestra sociedad.

4.3 Definición del delito de usura

La usura es el lucro excesivo percibido en méritos de un contrato de mutuo o préstamo simple, es decir concertado entre las partes un préstamo simple a interés, se dará la figura de usura si este interés pactado resulta desmesurado. Si se tiene en cuenta que, quien se ve en el caso necesario de acudir a un prestamista para obtener el dinero que necesita con urgencia, es que su situación económica le agobia, de tal manera que no tiene otra solución que efectuar el préstamo, doblegándose a las exigencias del capitalista o prestamista.

La denominación de usura proviene etimológicamente de una voz latina que designaba el concepto de interés, derivado de uso con un significado que se podría traducir por equivalente a precio de uso. En definitiva, la usura es el logro (ganancia) que se obtiene prestando dinero a otro, mediante justo título, si bien por establecerse una retribución, un interés, superior al normal, este logro resulta antijurídico e ilícito.



“La usura no es sólo una injusticia individual, por medio del cual una persona viene a enriquecerse a costa de otras, cuyos bienes van siendo absorbidos con los intereses usurarios, sino que es una lepra social de funesta, consecuencias para el orden y la paz pública, como lo demuestra la historia, de aquí que la represión de la usura surja naturalmente cuando se examine la índole antijurídica de la misma y sus perturbadores resultados.”²¹

La totalidad de la doctrina jurídica doctrinaria contemporánea, tanto los autores católicos como los naturalistas y positivistas están de acuerdo, en absoluto con la inmoralidad de la usura y buscan y claman por la aplicación de medios legales de represión.

4.4 Libertad y prohibición de pactar la capitalización de intereses

En este apartado será desarrollado el tema de la capitalización de intereses y su relación directa con la usura bancaria para su análisis en cuanto a su aplicación, prohibición y libertad en los créditos.

4.4.1 Definición doctrinaria de capitalización de intereses

Según el tratadista Manuel Ossorio es “el pacto por el cual se conviene en pagar intereses vencidos y no satisfechos que equivale al interés compuesto.”²²

²¹Vizcarro, Fernando. **Op.Cit**, Pág. 5.

²²Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pág. 451



La capitalización de intereses se deriva como consecuencia de un pacto que se da entre acreedor y deudor por una obligación por medio de la cual, se conviene en pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos, este hecho de exigir réditos por los intereses, que con tal fin se agregan al capital, constituyen efectivamente la formación de un interés compuesto, a que se consideran intereses devengados como nuevo capital, que rinde a su vez los suyos, constituyéndose por lo tanto, en una forma de usura.

Cuando la suma de dinero no es pagada por el deudor al vencimiento del plazo en el cumplimiento de una obligación, al capital se le deben generales intereses, que se convierte en la reparación debida al acreedor, adoptando a su vez la forma de otros intereses. Los intereses no pagados producen a su vez otros intereses, como si constituyen un nuevo capital. Esa capitalización de los intereses o anatocismo puede resultar, tanto de un pacto concertado entre el deudor y el acreedor como de una demanda judicial formulada con posterioridad al vencimiento. Ambos casos vienen equiparados por la ley y se sujetan a una reglamentación especial.

La capitalización de los intereses es, en efecto, peligrosa, porque aumenta con rapidez el pasivo de los deudores que no tengan suficiente fortuna para hacer frente al pago regular de los intereses de sus deudas. Al tipo del 4%, si los intereses no son pagados y se agregan anualmente al capital, este se verá duplicado en poco más o menos de diecinueve años y al tipo del 5% en catorce solamente; pero si se adicionan año tras año los intereses vencidos, sin hacerlos a su vez productivos de intereses, la cifra de la deuda necesitara veinticinco años en el primer caso y veinte en el segundo para doblarlo por la acumulación de los intereses no pagados.



En consecuencia, esto es lo que sucede con los emisores de tarjetas de crédito en virtud de que acrecientan cada vez el porcentaje de intereses sobre la deuda real, y es ahí en donde queda desprotegida la persona deudora

4.5 El anatocismo y su regulación en las tarjetas de crédito en la legislación guatemalteca

El anatocismo y el concepto de intereses es una institución importante para el derecho bancario y los productos financieros, tomando en cuenta que este es el negocio de estas instituciones reguladas, debido a que genera la ganancia para estas instituciones sobre la colocación y uso que las personas realizan a los productos financieros. Siendo importante definir su concepto legal.

4.5.1 Concepto de intereses

En sentido general el interés es: "...la ventaja de orden pecuniario o moral que importa para unas personas el ejercicio de un derecho o acción. En el orden pecuniario, los intereses son considerados dinerarios y se pueden clasificar desde dos puntos de vista distintos."²³

Según el papel o función económica que desempeñan, pueden ser compensatorios (o retributivos) y moratorios (o punitivos). Son compensatorios los que se pagan por el uso de un capital ajeno; son moratorios cuando se pagan en concepto del perjuicio sufrido

²³ Garrone, José Alberto. **El interés bancario**. Pág. 34



por el acreedor por el retardo en cumplir la obligación. A veces, ambos intereses se superponen entre sí.

Por su fuente, pueden ser convencionales o legales. En el primer caso, la tasa es fijada por el acuerdo de partes; en el segundo es la ley la que determina el curso de los intereses. Cuando hay obligación legal de pagar intereses, los jueces fijan como tasa la que aparece fijada en la legislación o en su caso la aprobada en la Superintendencia de Bancos.

Debemos tener claro que en ciertas situaciones especiales la ley impone al deudor el pago de intereses, al margen de toda convención son los intereses compensatorios, al margen de toda convención son los intereses compensatorios legales. Se instituyen por razones de equidad, en función del uso de dineros ajenos.

Por su parte, también se expone que interés es: "Provecho, beneficio utilidad, ganancia, lucro o rédito de un capital. Entendiéndose por interés convencional, el libremente fijado por los contratantes, que pueden superar la tasa del legal, pero no rebasar el tipo considerado usurario; porque determina la nulidad de tal cláusula al menos, cuando no la de toda la convención, como ilícita o delictiva."²⁴

Al respecto podemos conceptualizar que los intereses, son todas aquellas ganancias o utilidades que percibe el facultado de exigir el cumplimiento de una obligación, y los

²⁴ Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 417



cuales está obligado a pagarlos el deudor u obligado del cumplimiento una obligación, los cuales pueden ser convenidos voluntariamente entre las partes o fijados en judicialmente por la autoridad competente por incurrir en mora del deudor.

4.5.2 Su regulación en el Decreto Ley 106

En lo referente al Código Civil vigente, regula lo concerniente a los intereses, pues en ciertas situaciones especiales le ley impone al deudor el pago de interese, el margen de toda convención: son los intereses complementarios legales. Se instituyen por razones de equidad, en función de uso de dineros ajenos.

El origen de los intereses lo encontramos como consecuencias de toda relación jurídica en la cual pueden haberse dado ciertos supuestos jurídicos, ya sea, que se hayan convenido voluntariamente por las partes procesales, o en su caso por el incumplimiento de las obligaciones de parte del obligado o deudor, el cual, al incurrir en mora, debe pagar determinado porcentaje de intereses el facultado de exigir el cumplimiento de una obligación.

Al respecto el Artículo 1435 del Código Civil regula que si la obligación consiste en el pago de una suma de dinero el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios no habiendo pacto en contrario. Consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio en el interés legal hasta el efectivo pago. Más adelante el cuerpo legal en mención, nos manifiesta que el interés legal es de 21% anual.



El máximo del interés convencional puede ser fijado por una disposición especial, y que no habiendo limitación legal expreso, las partes pueden acordar el interés que les parezca, pero cuando sea manifiestamente desproporcionado con relación al interés normal aceptado en la localidad, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta el tipo corriente y las circunstancias del caso.

En el Código Civil está prohibida la capitalización de intereses y al respecto el Artículo 1949 nos indica que “Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria.”

Con lo anterior se evidencia que, civilmente es prohibida la capitalización de intereses, pero se exceptúa a las instituciones bancarias, porque están dentro de su tráfico comercial, están reguladas por normas de derecho mercantil contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Comercio, en la Ley de Bancos y su reglamento, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley de la Junta Monetaria, de donde se desprende que estas si pueden capitalizar intereses, porque su función con ánimo de lucro está permitida en nuestra legislación.

Como conclusión del análisis que aporta el Código Civil se establece, que esta norma ayuda a determinar los cobros excesivos que se dan hacia los usuarios de tarjetas de crédito y ayuda a indicar en materia civil como se trata la problemática de los cobros excesivos, la cual es supletoriamente aplicada en el caso de obligaciones mercantiles por el uso del instrumento financiero de las tarjetas de crédito.



4.5.3 Su regulación en el Decreto 2-70 del Congreso de la República.

El Código de Comercio vigente en Guatemala y contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas, contiene una diversidad de disposiciones jurídicas que regulan el actuar de los comerciantes, sean estos individuales o sociales, como de que estos en sus actividades siempre las realizan con un ánimo de lucro.

Dentro de sus actividades comerciales encontramos que puede darse la capitalización de sus aportaciones, de sus utilidades, de sus reservas de capital y lógicamente si se trata de obligaciones de carácter mercantil en las cuales hay incumplimiento de parte del obligado, aparece la capitalización de intereses.

La capitalización de intereses surge en nuestra legislación y en la doctrina hay quienes hablan de un interés compuesto, o sea la renta de un capital al que se van acumulando los réditos vencidos, para que produzcan a su vez otros nuevos; el interés de los intereses. Aun cuando se haya calificado de la –usura de las usuras-, lo cierto es que el interés compuesto se mantiene, incluso en instituciones tan recomendadas y beneficiosas como las cajas e institutos de ahorro, donde los intereses anuales, semestrales o trimestrales, se capitalizan automáticamente de no retirarlos el cliente, y le producen nuevos intereses en el período inmediato, y así sucesivamente.

Al respecto debemos tener presente el contenido del Artículo 691 del Código de Comercio que a la letra dice “en las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de



intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate.”

Con esto se comprueba de que se permite la capitalización de intereses, lo cual viene a incrementar el patrimonio de las entidades mercantiles que reciben los intereses que pagan los usuarios o tarjetahabientes de toda tarjeta de crédito en Guatemala.

4.5.4 Concepto de anatocismo

Para Cabanellas el anatocismo es “la acumulación y reunión de intereses con la suma principal, para formar aquellos de esta un capital que, a su vez, produzca interés. El anatocismo por contrario a la moral, a las leyes y al orden público, está prohibido. Así, en el código de Justiniano se expresa: *Nullus modo usurare ousurarum a debitoribus exigantur* (De ningún modo deben exigirse interese de los intereses a los deudores).”²⁵

Lo anterior es aplicable en el campo del Derecho Civil, en donde se encuentra dicha prohibición en el Artículo 1949 del Código Civil, mientras que en el campo del Derecho Mercantil, dentro del cual desarrollo este trabajo, precisamente por la especulación o utilidad que obtiene el prestatario, la posición legislativa actual es la opuesta a la civil: la posición prohíbe, sino que se estimula en los establecimientos de ahorro y en las instituciones bancarias, que los intereses se capitalicen, por lo común por años vencidos, para engendrar intereses futuros a su vez. Aquí no existe el riesgo de explotación por

²⁵ *Ibid.* Pág. 68



parte del prestamista, que es depositario especial; pues unas y otras entidades lucran ampliamente con las sumas que reciben, invertidas en operaciones remuneratorias, o en nuevos préstamos mucho más gravosos.

Es decir que mediante el anatocismo que se practica en el campo del derecho mercantil, las compañías emisoras de diversas tarjetas de crédito se enriquecen cada día a costa de los pagos que realizan los tarjetahabientes que hacen uso de las tarjetas de crédito.

El anatocismo es “Derivado del griego-ana, de nueve, otra vez; y tokismos, préstamo a interés-, se produce cuando quien recibe un capital tiene que pagar intereses de intereses vencidos y no pagados, lo cual, importando un interés compuesto, constituyente un cómputo usurario en el sentido excesivo.”²⁶

El mecanismo puede producirse; acumulado esos intereses al capital para producirse: acumulando esos intereses al capital para producir nuevos intereses o estableciendo que los intereses vencidos produzcan nuevos intereses. La legislación comparada muestra distintas maneras de regular la cuestión. En algunas no se lo acepta según normas de orden civil, al tiempo que se lo admite cuando se refieren a negocio comercial.

Al respecto debemos tener presente que en ese orden de ideas podemos hablar de dos clases de Anatocismo que en la doctrina se denomina Anatocismo conjunto y Anatocismo Separado, siendo Anatocismo conjunto, una especie del género- anatocismo-.que se

²⁶ Argeri, A Saul. **Op. Cit.** Pág. 41



produce acumulando al capital los intereses vencidos para que produzcan nuevos intereses.

Anatocismo separado, una especie del género –anatocismo–, que se produce cuando se conviene en que los intereses vencidos habrán de producir nuevos intereses.

Es decir, que nuestra legislación en materia mercantil regula de que se pueden capitalizar los intereses, y consecuentemente si los usuarios de una tarjeta de crédito, deben determinada suma de dinero, a dicho monto deben sumarse los intereses respectivos y si cae en mora el tarjeta-habiente, los intereses debido anteriormente incrementan al capital anterior y sobre el nuevo capital se calculan nuevos intereses, de donde podemos afirmar que el anatocismo; consistente en la capitalización de intereses.

4.5.5 Efectos del anatocismo en Guatemala

En el presente subtítulo se analizan los efectos de la capitalización de intereses en Guatemala, en ese orden de ideas, dichos efectos aparecen en dos grandes vertientes. Un grupo incrementa su patrimonio, mientras que otro grupo social ve menguado su capital, es decir su patrimonio.

El enriquecimiento para un grupo social es legal, es lícito y amparado por el Artículo 691 del Código de Comercio que regula la capitalización de intereses y que viene a incrementar el capital y patrimonio de las entidades mercantiles que han emitido las correspondientes tarjetas de crédito que circulan en Guatemala, y que son llamadas



generalmente las entidades emisoras, que de esa forma logran desarrollar la actividad lucrativa para la cual han sido creadas dentro de la sociedad.

En sentido contrario, encontramos al grupo social que tiene que pagar los intereses y los intereses capitalizados por las sumas debidas, esto por el uso y manejo de la tarjeta de crédito que han adquirido de parte de determinada entidad financiera a la cual se han afiliado por medio del contrato respectivo, que les permite hacer uso de la misma en las condiciones ya pre-establecidas por dichas entidades mercantiles.

4.5.6 Tendencias que prohíben el anatocismo

“En las legislaciones modernas existen dos tendencias definidas: la de la prohibición absoluta, seguido, por ejemplo, en el Código Alemán, y la de la prohibición relativa, ya que en ellas se autoriza según concurren determinadas circunstancias. Siguen esta tendencia el código Civil Francés, holandés, español y argentino.”²⁷

Guatemala se ubica en esta según la tendencia, al tenor del Artículo 691 del Código de Comercio. Con lo anterior se puede determinar, que a través de los tiempos, culturas y legislaciones se ha analizado que el anatocismo debe ser prohibido en una forma total o relativa, ya que estudiosos del tema lo han visto como una mala práctica legal. Aunando al marco teórico y legal, no existen datos o reportes estadísticos que demuestren el

²⁷ Izeppi Suchite de Estrada, Ingrid Carolina. **El anatocismo o capitalización de intereses como mecanismo de usura moderna, en el derecho mercantil y su comparación con el derecho civil que lo prohíbe.** Pág. 86.



porcentaje de casos concretos en los que, por retraso de incumplimiento de obligaciones mercantiles, se les aplique la capitalización de intereses a las mismas, consideraciones dicha situación como un factor que promueve más este tipo de usura.

Por lo tanto se puede establecer que en Guatemala es prohibido el anatocismo de forma relativa ya que existe en el Código Civil dicha prohibición para que no se aplique la usura en los contratos civiles; no se puede decir lo mismo en materia mercantil ya que se permite la capitalización de intereses en obligaciones mercantiles bajo ciertas circunstancias en el derecho bancario en la que se determina por medio de la normativa legal de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala y la Ley de Bancos y Grupos Financieros, mismas que determina entre sus funciones múltiples se establece las políticas en materia respectiva en cuanto a la determinación de intereses que sirve de base para determinación de las tasas activas y pasivas que los bancos utilizan en todos los servicios que los mismos prestan a los usuarios.

4.6 Antecedentes históricos del delito de usura y pasajes bíblicos

Préstamo, es la transacción en la cual una persona, el acreedor, entrega un objeto o una suma de dinero, con el propósito de que el que recibe, el deudor, lo disfrute y luego lo devuelva en condiciones que se estipula de antemano. “Se estatuyo en la ley que cuando prestará dinero a uno de mi pueblo al pobre que está contigo, no te portaras con el cómo logrero, ni le pondrás usura. Si tomares en prenda el vestido de tu prójimo a la puesta del sol se lo devolverás (Ex. 22:25-26), no se podía tomar en prenda la muela del molino,



porque sería tomar en prenda la vida del hombre (Dt. 24:6). Pero estaba permitido recibir interés de los extranjeros (º Prenda). Se prohibía cobrar interés entre los israelitas (No exigirás de tu hermano interés de dinero, ni interés de comestibles, ni de cosa alguna de que se suele exigir interés [Dt. 23:19]). Pero estaba permitido recibir interés de los extranjeros (Del extraño podrá exigir interés [Dt. 23:20]).”²⁸

La idea del préstamo que se conoce como en el antepasado, está relacionado siempre con un auxilio en momentos de pobreza. Tomaba en préstamo el que se encontraba en necesidad. Era deber prestar a los que se llevaban a esa condición “Cuando haya en ti menesteroso... no endurecerás tu corazón, ni cerrarás tu mano contra tu hermano pobre, sino abrirás a él tu mano libremente, y en efecto le prestaras lo que el necesite”, Es a los prestamos hechos en esta situación a que se refiere a las Escrituras del AT, Dios, además, prometió a su pueblo que una de las bendiciones resultantes de la obediencia sería que “...que prestaras entonces a muchas naciones, más tu no tomaras prestado”²⁹,

Sin embargo, era costumbre entre los israelitas que cuando alguien no podía pagar una deuda debía colocarse como siervo de su acreedor por un periodo determinado, nuevamente se conoce que:

“Una viuda presentó a Eliseo el problema surgido por una deuda que había dejado su difunto esposo, ha venido el acreedor para tomarse dos hijos míos por siervo. Pero en el año del jubileo, las deudas debían ser perdonadas y devueltas las propiedades que

²⁸ Vizcarro. **Op. Cit.** Pág. 79

²⁹ **Ibíd.** Pág.89



habían sido vendidas y volveréis a cada uno a vuestra posesión cada cual volverá a su familia. En tiempos de Nehemías hubo gran clamor del pueblo porque habían pedido prestado grano para comer y vivir y no habían podido pagar, por lo cual sus hijos e hijas fueron dados a servidumbre, Nehemías exhorto a los acreedores a que devolvieran las propiedades inmobiliarias que habían sido puestas como garantía, así como parte del dinero recibido por pago de interés.”³⁰

De todo lo anterior se establece que, en Guatemala actualmente las tarjetas de crédito han tenido un crecimiento, según las estadísticas de la Superintendencia de Bancos (SIB), cuyas estadísticas reflejan un crecimiento del 21%, es decir la demanda se incrementó al equivalente de Q.7,568.3 millones, según datos de febrero del año 2019. Lo positivo de la tarjeta de crédito es que constituye un instrumento de pago importante y muy utilizado en Guatemala, pero lo negativo es estas cifras de aumento de demanda se suman las demandas de quejas a la dirección de atención y asistencia al consumidor (DIACO) reporta por cobros excesivos según estadísticas.

La problemática se centra en los cobros excesivos que realizan los emisores. Estos cobros excesivos consisten en intereses, mora, cargos y comisiones y es en estas obligaciones que se realizan los cobros excesivos.

³⁰ **Ibíd.** Pág. 80



Por lo anterior como análisis se establece que los bancos, grupos financieros o empresas que forman parte de los grupos financieros, actúan en calidad de personas jurídicas, siendo oportuno indicar que las mismas podrían estar cometiendo el delito de usura tipificado en el Código Penal al cobrar intereses en exceso de los permitidos por el Artículo 691 del Código de Comercio, y capitalizar dichos intereses, obteniendo un beneficio como emisores en perjuicio de los tarjetahabientes.

4.7 La tarjeta de crédito

El uso de las tarjetas de crédito en Guatemala data de fines de siglo pasado. Como antecedentes puede mencionarse que un grupo de propietarios de hoteles en Europa inventó un sistema mediante el cual se otorgaba crédito a clientes importantes, personas de la nobleza, funcionarios gubernamentales y directores de grandes empresas otorgándoles créditos por sus consumos de hospedaje y alimentos. Mediante este procedimiento se expedía una tarjeta de cliente importante, en el que se señalaba que el tenedor de la misma era una persona solvente.

El cliente firmaba las facturas o recibos por el hospedaje y los consumos, documentos que posteriormente eran enviados por correo a sus oficinas o domicilia y, a la vez, por medio del mismo correo, el cliente cubría el importe de sus consumos.

Dicho procedimiento conservaba reminiscencias de las circunstancias que motivaron la creación de la letra de cambio y el contrato de cambio trayecticio, es decir, evitar la posibilidad de robos y pérdidas para las personas que por razones de trabajo o de



protocolo, tenían necesidad de realizar frecuentes viajes por diferentes ciudades, evitándoles trasportar con ellos grandes sumas de dinero en efectivo.

Los antecedentes más concretos se encuentran en los Estados Unidos de América, en la década de 1920 cuando algunas compañías petroleras, tomando en consideración el volumen de ventas que tenían en diversas ciudades del territorio de los Estados Unidos, idearon la posibilidad de extender a sus clientes una tarjeta de identificación en la cual constaba un serie de datos del usuario, el límite hasta por el cual podían utilizar la tarjeta y aunado a esto, la posibilidad de firmar las facturas o notas de ventas.

No obstante, lo atractivo de esta práctica, parece ser que no tuvo mucho éxito durante décadas. Asimismo, algunas tiendas importantes o cadenas de tiendas emitieron a sus clientes tarjetas de identificación en la que estaban impresos una serie de datos y cifras, juntamente con la firma del cliente y el límite hasta por el cual se utilizarían. Era una época en la que todavía no existían los sistemas de computación modernos, ni los detectores magnéticos que ahora llevan codificada dicha información en las tarjetas.

4.8 Beneficios para el emisor

El uso de las tarjetas de crédito produce beneficios para las partes y enriquecimiento para el emisor, esto porque a simple vista es posible observar la diversidad de compañías emisoras de tarjetas de crédito que operan actualmente en Guatemala, algunas por sí solas y otras dentro de grupos financieros de las instituciones bancarias acreditadas en el país.



Las compañías emisoras de las tarjetas de crédito perciben intereses sobre las sumas debidas por los usuarios de una tarjeta de crédito, y cuando los mismos caen en mora, al tenor del Artículo 691 del Código de Comercio, inmediatamente empiezan a percibir intereses de los intereses sobre los intereses debidos por el usuario, mecanismo legal por medio del cual se obtienen ganancias importantes por las negociaciones celebradas en Guatemala.

4.9 Onerosidad para el tarjetahabiente

En materia mercantil el ánimo de lucro es el que prevalece en toda negociación. En tal virtud las compañías emisoras de las tarjetas de crédito, las emiten con ánimo de lucro, al firmar los documentos para la obtención de la tarjeta de los servicios o artículos adquiridos, los cuales debe pagar en la fecha y para obtener formas convenientes, lógicamente ve reducir su patrimonio, ya que el precio de dichos servicios o artículos adquiridos se incrementa en caso de falta de pago por efecto de los intereses normales y onerosos, lo que perjudica la economía familiar.

4.10 Derecho mercantil aplicable

El derecho mercantil regula la actividad de los comerciantes, actividad que conlleva ánimo de lucro, por lo que, aquella persona que se relaciona con un comerciante es lógico que obtendrá los servicios o bienes que necesita, a cambio de una prestación económica, de la cual surgirá una ganancia para el comerciante, ganancia que es lícita y que incrementa el patrimonio del comerciante. Si el tarjetahabiente no paga en tiempo el saldo



de sus consumos mensuales, puede generar empobrecimiento para el tarjetahabiente que se encuentra afiliado a la entidad de que se trate.

La usura, ha sido criticada históricamente, por lo que las legislaciones no aceptan el cobro de sumas elevadas de intereses a los deudores, y tampoco de que se cobren intereses de los intereses. La legislación guatemalteca en materia mercantil, lo permite, sin lo que puede perjudicar la economía familiar, si los tarjetahabientes caen en mora y se retrasan en los pagos acordados, siendo demandados en la vía sumaria ejecutiva de parte de las entidades crediticias quienes ofrecen inicialmente en múltiples facilidades de uso de la tarjeta de crédito y para el pago de las sumas debidas.

Por el uso inadecuado de las tarjetas de crédito, los usuarios de las mismas se empobrecen por los cobros desmedidos de los intereses, como de la capitalización de los mismos y de los diversos juicios que entablan en contra de los mismos las entidades financieras y bancarias que operan en el país en perjuicio directo de la economía familiar.

A continuación, se exponen las propuestas al Organismo Legislativo para regular lo relativo a la problemática del sistema de tarjetas de crédito en el país de Guatemala, y evitar que el emisor cometa delito de usura los tarjetahabientes.

4.10.1 Primera propuesta



Propuesta para promover la divulgación y capacitación en torno a la problemática del contrato complejo de tarjeta de crédito en el marco de los derechos del consumidor y la normativa actualmente vigente.

Esta posición es considerada que no debe legislarse, en torno a la tarjeta de crédito, en virtud de que a la luz de un adecuado tratamiento de la actual normativa existen un marco adecuado dentro de la agilidad y creatividad que deben encontrar las transacciones mercantiles en equilibrio con la tutela de los derechos de los consumidores. En este sentido, únicamente se sugiere la capacitación y la divulgación de la normativa vigente, y la sistematización de las variables jurídicas, sociales y económicas para prevenir efectos nocivos para los usuarios de tarjetas de crédito.

4.10.2 Segunda propuesta

Propugna por una posición que de alguna manera asegure el desenvolvimiento de la tarjeta de crédito. En buena medida deja a la práctica mercantil la mayor parte de la tarea de adecuar el contrato a la realidad social tecnológica y económica, tal y como se ha verificado hasta el momento en la mayor parte de los países en donde operan los grandes sistemas de tarjeta de crédito, considerándose que una regulación de fondo sobre el particular resulta innecesaria, tornándose indispensable delimitar únicamente ciertos aspectos procesales que vendrían únicamente a ordenar los mecanismos judiciales de cobro, a la luz de los problemas que se pueden presentar.



4.10.3 Análisis jurídico de la Ley de tarjeta de crédito

La Ley de tarjeta de crédito, entró en vigencia el 8 de marzo de 2016, siendo ponente el diputado Ronald Arango. Busca proteger a los usuarios al regular el cobro de intereses, la contratación de seguros y además establecer la supervisión de los emisores por la Superintendencia de Bancos (SIB).

También prohíbe el acoso por cobranza ya sea mediante llamadas, mensajes de texto, correos electrónicos. La ley fue declarada Inconstitucional por la Corte de Constitucionalidad (CC) que había suspendido provisionalmente su vigencia el 31 de marzo de 2016, al resolver 14 acciones presentadas por cámaras empresariales, emisores de las tarjetas y el Banco de Guatemala (Banguat).

Se tiene conocimiento que en enero del año 2019 fue presentado un nuevo proyecto de ley presentado por el diputado Ronald Arango, el cual pretende que se regule la tasa de interés que cobran los emisores de tarjetas de crédito.

La iniciativa tiene 49 Artículos. Destaca la regulación sobre la tasa de interés, la cual no deberá exceder el doble del último valor de la tasa de interés activa promedio ponderado del sistema bancario. También obligaría a la Superintendencia de Bancos a supervisar que los emisores de tarjetas hayan suscrito un contrato con sus clientes y que sea cumplido sin cambios posteriores.



Hasta ahora los tarjetahabientes carecen de contrato y por tal motivo los emisores tienen la posibilidad de manipular las condiciones de mora e interés. Quedando a su discreción este temor tan importante.

Otro de los cambios propuestos es la posibilidad de que el usuario pueda reestructurar su deuda cuando considere que no le es posible cumplir los pagos a que está obligado, cancelarla en varias cuotas y el pago mensual al reestructurar las deudas no puede exceder el 20 por ciento de los ingresos del usuario. Además, prohíbe la capitalización de los intereses, el cobro de comisiones, servicios adicionales y otros cargos, se tipifica el delito de clonación de tarjetas de crédito y se obliga a las entidades financieras de realizar una evaluación de la capacidad real de pago del usuario, previo a la concesión del crédito por medio de tarjeta.

4.10.4 Costo de los servicios de tarjeta de crédito.

Tasa de interés legal reportada por los bancos del sistema, el Banco de Guatemala, en la actualidad es del 12.78%. Las tasas que cobran los emisores de tarjetas de crédito sus clientes ascienden al 51% o más por ciento. El promedio ponderado de la tasa de interés para tarjetas de crédito que reporta el Banco de Guatemala es del 46%. Es decir, el crédito de consumo tiene una tasa distinta, funcionando una tasa de interés mixta, porque las emisoras de tarjeta de crédito tienen la capacidad de hacerlo.

En Guatemala, las empresas emisoras de las tarjetas de crédito, además de los intereses cobran cargos por servicio, cargos bonificables y otros rubros. Adicionalmente, cuando



sus clientes se atrasan en los pagos, aplican intereses moratorios y cargos por gestión de cobro. En resumen, se trata de una situación compleja que amerita esta regulación para evitar excesos, aplicando el poder coercitivo del Estado.

En la Ley de Bancos y Grupos Financieros el Artículo 42 establece la libertad de estas instituciones de pactar libremente los intereses con sus clientes, lo que evita que, aunque cobren intereses altos, los bancos y los emisores de tarjetas de crédito incurran en el delito de usura tipificado en el Código Penal.



CONCLUSIONES

1. Existen atropellos en cuanto a los cobros excesivos de intereses que se dan por el uso de la tarjeta de crédito, la cual es emitida únicamente por entidades dedicadas a los mercados financieros, por ello se determinó que estas deben someterse a fiscalización por la Superintendencia de Banco al amparo de normas específicas, considerando que, no cuentan con una ley dedicada exclusivamente a este producto financiero.
2. En la sociedad guatemalteca se da una problemática, en relación a los cobros excesivos, los cuales vulneran los derechos de los tarjetahabientes. Esta problemática nace no solo es por los cobros elevados, sino también por los distintos cobros a cargo del usuario de tarjeta de crédito, volviéndose demasiado onerosos para su cumplimiento, lo cual es consecuencia directa de la inexistencia de contratos escritos celebrados entre emisor y usuario, propiciando a cambios en las tasas de interés, en detrimento del portador de la tarjeta.
3. Se evidenció que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor no siempre atiende las quejas de tarjetahabientes contra los emisores de estas, lo cual es una consecuencia de la ausencia de conocimiento de los derechos para los titulares de este producto financiero y una regulación especial.
4. De la investigación realizada se puede establecer que la tarjeta de crédito es un producto financiero que es útil pero a su vez se no existe concientización de su



uso desmedido, y se da con ello la mala utilización de las mismas, permitiendo la capitalización de intereses siempre que no se exceda del límite que establecen las tasas superiores al promedio de las operaciones de los bancos del sistema.

5. Se determinó que es necesario que entre en vigencia la Ley reguladora de la Tarjeta de Crédito en Guatemala, especialmente para proteger al tarjetahabiente, regulando el cobro de los intereses, para que con ello no se hagan de manera excesiva por los emisores de dichas tarjetas de crédito y exista el acoso por cobranza.



RECOMENDACIONES

1. Debe otorgarse la competencia de fiscalización a la Superintendencia de Bancos para las entidades emisoras de tarjetas de crédito, mientras no se cuente con normas específicas, considerando que, en la actualidad no cuentan con una ley dedicada exclusivamente a este producto financiero, de esta manera se frenarán los atropellos en cuanto a los cobros excesivos que existen de intereses que se dan por el uso de estos productos financieros.
2. La Superintendencia de Bancos debe velar porque los emisores de tarjetas de crédito celebren contratos escritos de manera obligatoria con sus clientes y que sean cumplidos sin cambios posteriores, evitando de esta manera el cobro de otros tipos de intereses y las tasas usurarias que actualmente consumen a los usuarios, en relación a los cobros excesivos, los cuales vulneran los derechos de los tarjetahabientes.
3. Se debe establecer dentro de la propuesta a la ley de tarjetas de crédito que, la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor debe de contar con competencia para atender la reclamación de los cobros excesivos de los tarjetahabientes, así como crear un procedimiento administrativo que sancione a los emisores cuando se determine el cobro indebido y la vulneración de derechos en el ámbito de derecho de consumo.



4. Se debe establecer dentro de la propuesta de ley de tarjetas de crédito que los usuarios que abusen del crédito otorgado por los bancos del sistema, se les podrá cobrar una cuota por mal manejo y los intereses sin exceder de la tasa autorizada por la banca central, extremo que coadyuvará a realizar la concientización por su uso desmedido anteriormente mencionado.

5. Al momento que sea aprobada la Ley de Tarjetas de Crédito debe autorizarse la aplicación de la figura delictiva de usura a los emisores de tarjetas de crédito, para que los tarjetahabientes no queden en estado de indefensión ante el cobro de intereses excesivos de los mismos, evitando que no se capitalicen estos intereses calculados a tasas superiores al promedio de operaciones activas de los bancos del sistema.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Efraín. **La tarjeta de crédito y su realidad socio jurídica**. México: Ed. Porrúa, 2009.
- ARGERI, A Saul. **El anatocismo en los productos financieros**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Infinita, 2010.
- BALLSELS CONDE, Alejandro. **Estudio sobre competitividad en el mercado de tarjetas de crédito en Guatemala**. Guatemala, Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2016.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999.
- FERTANES, Juan. **Tarjetas de crédito**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Villalta S&P, 2011.
- GARRONE, José Alberto. **El interés bancario**. Madrid, España: Ed. Prialto, 2013.
- GÓMEZ CONTRERAS, Luis Enrique. **La tarjeta de crédito y los cobros excesivos por parte de los operadores de las tarjetas de crédito**. Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009.
- GRAMAJO, Edna. **Historia política de Guatemala**. Guatemala, Guatemala: Editorial Fénix. 2014.
- IZEPPI SUCHITE, Ingrid Carolina. **El anatocismo o capitalización de intereses como mecanismo de usura moderna, en el derecho mercantil y su comparación con el derecho civil que lo prohíbe**. Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013.
- MORALES REYES, María de los Ángeles. **La usura bancaria**. Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala. 2015.



MOYA ACEVEDO, David Antonio. **Análisis crítico del delito de usura en la legislación guatemalteca.** Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. 1999.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional.** Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix. 2014.

SAGASTUME GEMMEL, Marco Antonio. **Introducción a los derechos humanos,** México: Ed. Porrúa, 2014.

VIZCARRO, Fernando. **El préstamo usurario.** Madrid, España: Ed. Cervantes, 2014.

Legislación

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

Código Civil, Decreto Ley Número 106, del Jefe de Estado de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley Número 107, del Jefe de Estado de Guatemala.

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto Número 06-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República

de Guatemala.

