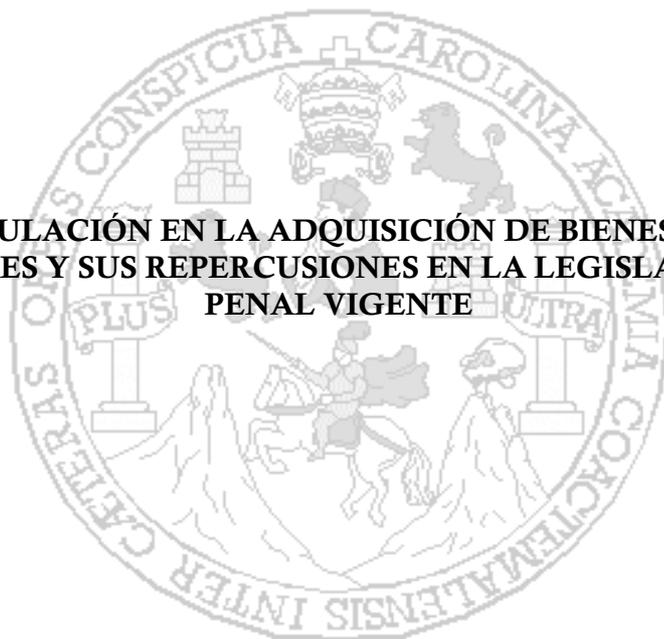


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA SIMULACIÓN EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES ENTRE
PARTICULARES Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y
PENAL VIGENTE**

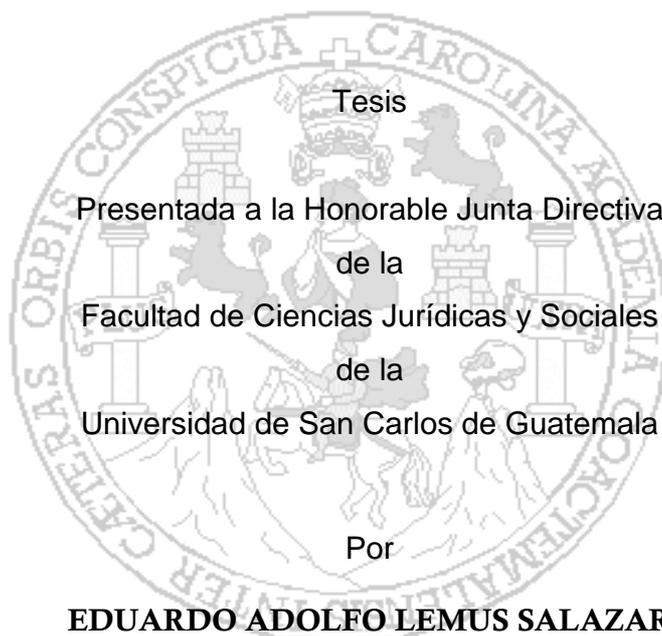


EDUARDO ADOLFO LEMUS SALAZAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2007

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

**LA SIMULACIÓN EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES ENTRE
PARTICULARES Y SUS REPERCUSIONES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y
PENAL VIGENTE**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre 2007

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic, Gloria Melgar de Aguilar
Vocal:	Licda. María del Carmen Mansilla Girón
Secretaria:	Licda. Rosa Maria Ramírez Soto

Segunda fase:

Presidente:	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal:	Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez
Secretario:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas Sustentadas en la tesis” (Artículo 43 Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

ACTO QUE DEDICO

- A DIOS: Por su infinito amor y sabiduría.
- A MIS PADRES: Adolfo Lemus y Candy de Lemus, por mi formación y apoyo.
- A MI HIJA: Vivian, con mucho amor.
- A MI ESPOSA: Licda. Corina Villagrán, por su amor y apoyo en este recorrido.
- A MIS HERMANAS: Liliana y Luvia, por su apoyo fraternal.
- A MIS SOBRINAS: Mey Ling y Meraly con cariño.
- A MIS AMIGOS
PROFESIONALES: Lic. Julio García, Lic. Lesbia Leal, Licda. Silvia Morales, Lic. Mirna Lemus, por su gran apoyo.
- A: La UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, tricentenario casa de estudios en donde me formé.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y su relación con el derecho civil y procesal civil y mercantil.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. Conceptos y definiciones.....	4
1.3. El derecho penal y su relación con el derecho civil.....	5
1.4. El derecho penal y su relación con el derecho procesal civil y mercantil.....	6

CAPÍTULO II

2. Aspectos doctrinales y legales de la simulación.....	9
2.1. Concepto.....	9
2.2. La simulación.....	9
2.3. Los vicios del consentimiento y la simulación.....	16

CAPÍTULO III

3. El ámbito de competencia del Estado, el derecho a la libertad en la declaración de la voluntad y el poder sancionador.....	19
3.1. El Estado y el principio de seguridad y certeza jurídica en los ciudadanos en el ámbito y mercantil.....	19

	Pág.
3.2. El principio de libertad de contratación y de declaración libre del consentimiento.....	25
3.3. El poder del Estado.....	28

CAPÍTULO IV

4. La simulación en la adquisición de bienes entre particulares y su procedimiento civil y penal.....	33
4.1. Procedimiento civil.....	33
4.1.1. Importancia del inicio del proceso.....	35
4.1.2. Clases de proceso.....	35
4.1.2.1. De conocimiento.....	36
4.1.2.2. Ejecutivos.....	37
4.1.2.3. Procesos cuatrelares.....	37
4.2. Procedimiento penal.....	38
4.2.1. Principios del proceso penal.....	41
CONCLUSIONES.....	53
RECOMENDACIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	57

INTRODUCCIÓN

En el proceso de enseñanza aprendizaje, el estudiante identifica alguna área de la ciencia o disciplina que estudia en donde puede aportar. Este es el caso personal para la presente investigación.

El derecho penal como cualquier institución en un Estado de derecho, debe tener su fundamento en la Constitución, que señala generalmente las bases y establece las garantías a que debe sujetarse el derecho penal.

En el Código Civil se encuentran reguladas las relaciones contractuales entre los civiles o particulares. El derecho privado por excelencia, contiene por consecuencia todas aquellas situaciones en que el contenido de los negocios puede sufrir algún tipo de modificación, pero sobre todo aquellas circunstancias en las que por uno u otro se vea afectada alguna de las partes, al tornarse anulable el negocio jurídico que las vincula. Todas estas circunstancias se han clasificado de forma que se les concibe como “vicios del consentimiento”. Entre los mismos encontramos la simulación, que constituye el objeto principal de la presente investigación.

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado en cuatro capítulos a saber, el primero explica la relación entre derecho penal y derecho civil, el segundo los aspectos doctrinales y legales de la simulación; el tercero el ámbito

de competencia del Estado, el derecho a la libertad de declaración de voluntad y el poder sancionador. Finalmente el cuarto, la simulación en la adquisición de bienes entre particulares y su procedimiento civil y penal.

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y su relación con el derecho civil y procesal civil y mercantil

1.1. Aspectos generales

El derecho penal, es la rama del derecho en general, que está destinada a calificar o encuadrar las conductas humanas, que resulten perjudiciales para la misma sociedad o lesionen algún interés personal o colectivo, de modo de considerarlas como ilícitas, por encontrarse fuera de las legalmente permitidas, y que nombramos como delitos o faltas. Imponiéndoles a dichas conductas determinadas sanciones, castigos, o sufrimientos, a lo que técnicamente nombramos: penas.

“Ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto. Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa"). Los delitos pueden calificarse como acciones u

omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro”¹.

Con los términos de derecho penal, no sólo debemos entender a la legislación penal, sino también a la Ciencia jurídica que la interpreta. Ciertamente en la práctica, se presenta el uso indiscriminado de los términos derecho penal, para nombrar a ambas, tanto la legislación como la ciencia penal.

Por otro lado, hoy día existen dos puntos de vista desde los cuales podemos entender al derecho penal: Primero un punto de vista subjetivo llamado *jus puniendi* y otro, un punto de vista objetivo, el *jus poenale*. Pero ambos en sentido amplio de las palabras derecho penal, puesto que en un ámbito más restringido de cognición, es decir en *strictu sensu*, ora como legislación, ora como ciencia, como se mencionó.

Resulta pues una discusión importante en el derecho penal, al punto que como señala la mayoría de tratados o manuales de derecho penal del mundo, en especial peruanos, argentinos, colombianos es la pena la que caracteriza fundamentalmente el nombre que recibe esta rama del derecho: "penal", así los españoles como Bustos que afirma: "ya hemos visto que al definir el derecho penal una de sus características esenciales es el establecimiento de penas y que ya en la evolución de su denominación, la pena ha surgido como el rasgo definitorio a la hora de su nombre". Sin embargo en Guatemala afirman De Mata Vela y De León Velasco en su Manual de derecho penal guatemalteco, algo que interesa citar

¹ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta© 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

textualmente: "Las denominaciones de abolengo que más acogida ha tenido para identificar a nuestra disciplina son las de: derecho penal y derecho criminal, la primera hace alusión a la pena (derecho penal), y a pesar de ser la más usada y por lo mismo la más conocida en nuestro medio de cultura jurídica, consideramos que cada día ser la menos indicada si tomamos en cuenta que la disciplina actualmente ya no tiene como único fin castigar, sino reeducar; regenerar o rehabilitar al delincuente".

En definitiva, analizar la naturaleza del delito, abalanza el sentimiento de aplicar justicia y contradecir así la impunidad. En sociedades como la nuestra, es importantísimo el someter a análisis y discusiones, las magnitudes de los delitos que se cometen. Sin embargo no podemos aislar el concepto de la pena. Porque su dimensión exacta no solo esta ligada al delito sino también a la conducta social que desarrolla una colectividad histórica y estructuralmente.

Por mucho tiempo la idea de pena fue relacionada con ideas morales o hasta religiosas que lo único que produjeron se resume en hasta una contradicción y polémica entre tratadistas y legislaciones sobre la verdadera naturaleza de la pena, y por tanto sobre la del derecho penal subjetivo. Dicha discrepancia ha generado el origen de distintas "escuelas" motivadas por el ensayo de su propia respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la pena. Entre estas escuelas se han presentado adicionalmente varias tendencias, corrientes o propuestas, que algunos tratadistas como Muñoz Conde les llama: "teorías", aunque de tal concepto solo tengan el nombre, puesto que son más una forma de concebir el poder punitivo del Estado.

Por lo que Bustos Ramírez les llama simplemente: "criterios". Mientras que Julio y Jorge Armaza Galdos exponen que es a Zacharia a quien se debe la conocida clasificación de teorías absolutas y relativas y agregan que, Antón Bauer añadió posteriormente, las mixtas. Sin embargo que Bentham, antes había distinguido las teorías relativas preventivo especiales y generales.

1.2. Conceptos y definiciones

Resulta relevante citar textualmente a los autores en mención debido a que de esta forma se ilustra de paso la concepción de jurista guatemaltecos con respecto al derecho penal en su conjunto, por algo Eugenio Raúl Zaffaroni señala que: "toda concepción de la pena es, necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función".

"Es el conjunto de normas jurídicas que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece."²

En Guatemala, De León Velasco y De Mata Vela, lo definen como:

El derecho penal sustantivo o material es la parte del derecho compuesto por un conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos las penas y/o las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen.

Es de naturaleza jurídica pública. Porque corresponde al Estado (y sólo a éste), como ente soberano, la aplicación de penas a los delitos o crímenes

²Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal español**, Pág. 6.

cometidos por cualquiera de sus ciudadanos habitantes. El carácter público del derecho penal es incuestionable para la doctrina contemporánea.

Podemos entender que el contenido del derecho penal se refiere a un conjunto de normas creadas por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad. Contrario a la ciencia del derecho penal, que se refiere a principios, doctrinas y escuelas, relativas al delito, a la pena, a las medidas de seguridad y al delincuente.

Este contenido tradicionalmente se ha entendido dividido en dos partes: general y especial. Sin embargo, actualmente en un sentido más amplio y extensivo, el contenido ha venido a quedar de la siguiente manera: (1) Derecho penal sustantivo o material; (2) Derecho procesal penal o adjetivo; y, (3) Derecho penal ejecutivo o penitenciario.

1.3. El derecho penal y su relación con el derecho civil

Ambos tienden a regular las relaciones de los hombres en la vida social y a proteger sus intereses estableciendo sanciones para asegurar su respeto, en el derecho civil son de carácter reparatorio o aspiran adstruir el estado jurídico creado o a anular los actos antijurídicos y a reparar los daños causados, la sanción penal en cambio es retributiva atendiendo a la gravedad de daño causado y la peligrosidad social del sujeto activo.

El derecho penal como cualquier institución en un Estado de derecho, debe tener su fundamento en la Constitución, que señala generalmente las bases y establece las garantías a que debe sujetarse el derecho penal.

1.4. El derecho penal y su relación con el derecho procesal civil y mercantil

Con el propósito de establecer la diferencia entre los dos tipos de responsabilidades aludidas se transcriben a continuación, las diferencias principales entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal son las siguientes:

- En el derecho civil no hay pena o sanción represiva, sino únicamente la reparación del daño, que comprende el restablecimiento de la situación anterior a aquél, o la indemnización por daños y perjuicios. En cambio, en el derecho penal, no sólo hay obligación de reparar el daño, sino que el delincuente debe sufrir la pena, que es la principal consecuencia del delito.
- En el derecho civil, para que exista responsabilidad no se requiere dolo o culpa, y ni siquiera debe haber en todos los casos la violación de una norma legal, puesto que se admite la responsabilidad objetiva, en la que los hechos en sí mismos son

lícitos. Por el contrario, en el derecho penal sólo se establece la responsabilidad cuando se ha violado la norma y existe dolo o culpa, es decir, intención delictuosa, o bien imprudencia, negligencia o descuido del sujeto activo del delito.

- En la responsabilidad penal el daño que el derecho toma en cuenta como principal es el causado a la sociedad, por el ataque a bienes jurídicos que se estiman fundamentales para la convivencia social, y considera en segundo término el daño sufrido por la víctima. En la responsabilidad civil, el daño lo resiente directamente el individuo, y sólo en forma indirecta la sociedad, por ser aquél, parte de la colectividad.
- La responsabilidad en el campo penal es siempre y exclusivamente personal, en tanto que la responsabilidad civil puede recaer sobre terceros no imputables, como ascendientes, tutores, patronos, representantes, etcétera. Esta ha sido considerada por algunos autores la diferencia esencial o más saliente, entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

CAPÍTULO II

2. Aspectos doctrinales y legales de la simulación

2.1. Concepto

En todo contrato, incluso en los solemnes o reales, el consentimiento vaya solo o acompañado de otro elemento, debe siempre existir y reunir ciertas cualidades de inteligencia y de libertad, en caso contrario se les considera viciado. Si el consentimiento está absolutamente destruido por una causa cualquiera, el contrato no tiene existencia; nada se ha hecho, tan solo queda en vana apariencia, un mero hecho: el acto jurídico es inexistente. Si el consentimiento se ha dado realmente, pero bajo la influencia de una causa que lo priva de su libertad, está viciado; el acto jurídico existe; pero es anulable.

Los vicios que pueden tornar anulable un negocio jurídico son los siguientes: el error, el dolo, la simulación y la violencia.

2.2. La simulación

Este es el tema más importante de la presente investigación por lo cual se empieza con una definición y la concepción general.

“La simulación es un negocio simulado, es el que tiene una apariencia contraria a la realidad”.³

Se encuentra regulado en el Código Civil guatemalteco en su Artículo 1284, que preceptúa: “La simulación tiene lugar: 1º. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas; y 3º. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas”.

La simulación genera nulidad, sin embargo, esta puede ser radical o anulable.

Con respecto a la relación del trabajo es preciso establecer dos cosas importantes y relevancia jurídico laboral. Dichos dos aspectos son los siguientes: en primer termino la importancia que tiene el hecho de la relación de trabajo y segundo la importancia que a su vez tiene la simulación de los contratos de trabajo que hace surgir una relación laboral viciada (para utilizar un término de la materia civil, la cual se aplica al derecho del trabajo de forma supletoria).

Para el primero de los aspectos, se cita a uno de los grandes autores del derecho laboral, el tratadista Mario De La Cueva quien en su obra El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo señala:

La lucha que desató la idea nueva en el año de 1938 giró en torno a dos cuestiones fundamentales: consistía la primera en la decisión respecto de sí,

³ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, Pag. 67.

atenta la naturaleza del trabajo humano, podía quedar sometida su prestación a la idea del contrato; la segunda se refería a si en la vida de las relaciones de trabajo de los países capitalistas tiene que existir un acuerdo previo de voluntades, sin el cual, la prestación de trabajo no podía cobrar existencia jurídica. La separación de estas dos cuestiones es un efecto obligado de la circunstancia de que el acuerdo de voluntades constitutivo de un contrato nace y queda regido por un conjunto de principios y normas que recibe el nombre de derecho de las obligaciones y de los contratos, lo que quiere decir que un elemento es el acuerdo de voluntades, un hecho que corresponde al mundo físico, y otra cuestión distinta es la suma de principios y normas destinada a determinar las condiciones que ha de satisfacer el acuerdo de voluntades para que se produzcan los efectos que autorizan aquellos principios y normas.

La primera de las cuestiones derivaba de la confrontación entre la idea de la dignidad del trabajo humano y el principio que ya conocemos del derecho civil de que únicamente las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contratación. Muchas veces nos hemos referido a la idea del trabajo no-mercancía, y nada tenemos que agregar. Solamente aquellos que o no se han dado cuenta de la oposición o desconocen la historia de las declaraciones de derechos sociales, entre ellas el capítulo normas sociales de la Carta de la O. E. A. de 1948, o añoran la subordinación del derecho del trabajo al civil,

pueden sostener la compatibilidad entre el trabajo del hombre y el derecho de las obligaciones y de los contratos; y nada se gana con la afirmación de que la relación de trabajo no es un contrato de arrendamiento de servicios o de compraventa, algo así como un contrato sui generis, que es tanto como no decir nada, porque el problema no consiste en decidir si la relación de trabajo se parece a un contrato más que a otro, sino en resolver si puede ser contrato semejante al régimen del derecho de las obligaciones y de los contratos.

La ley nueva resolvió la disputa en su Artículo tercero y en el precepto que excluyó al derecho común de las fuentes supletorias del derecho del trabajo. Delante de esta última solución, habría sido una aberración aceptar la idea de la relación de trabajo como un contrato sujeto a las normas del derecho privado. Alguna vez nos preguntamos si sería aceptable la idea de un contrato regido por normas que no guardan relación alguna con el derecho civil y mercantil, pero nos convencimos de que era un imposible, porque estaría en una contradicción insalvable con la idea del derecho del trabajo, que no protege los acuerdos de voluntades sino el trabajo mismo, pues su misión, según expusimos en otro capítulo (Hacia una nueva idea del derecho del trabajo), no es regular un intercambio de prestaciones, sino y una vez más repetimos fórmulas conocidas, asegurar la salud y la vida del hombre y proporcionar al trabajador una existencia decorosa.

De los renglones anteriores se desprende que la relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios y contratos-ley y de sus normas supletorias.

De esta que es más una descripción del fenómeno que una definición, se deducen algunas consecuencias a) El hecho constitutivo de la relación es la prestación de un trabajo subordinado; b) La prestación de trabajo, por el hecho de su iniciación, se desprende del acto o causa que le dio origen y provoca, por sí misma, la realización de los efectos que derivan de las normas de trabajo, esto es, deviene una fuerza productora de beneficios para el trabajador; c) La prestación del trabajo determina inevitablemente la aplicación del derecho del trabajo, porque se trata de un estatuto imperativo cuya vigencia y efectividad no dependen de la voluntad del trabajador y del patrono, sino, exclusivamente, de la prestación del trabajo; d) La prestación del trabajo crea una situación jurídica objetiva que no existe con anterioridad, a la que se da el nombre de relación de trabajo: en el contrato, el nacimiento de los derechos y obligaciones de cada una de las partes depende del acuerdo de voluntades, mientras que en la relación de trabajo, iniciada la

actividad del trabajador, se aplica automática e imperativamente el derecho objetivo. Claro está, y volveremos al tema, que la prestación del trabajo proviene inmediatamente de un acto de voluntad del trabajador, pero los efectos que se producen provienen, fundamentalmente, de la ley y de los contratos colectivos, pues, conteniendo estos ordenamientos beneficios mínimos, siempre es posible que se establezcan prestaciones más elevadas. Así lo apuntó Georges Scelle cuando dijo que el ingreso del trabajador a la empresa, su enrolamiento en el orden jurídico objetivo de la misma, era un acto condicional.

Pocas cosas tan difíciles para las disciplinas jurídicas como una definición. La comisión era partidaria del pensamiento nuevo, pero frente a la dificultad del problema, creyó preferible no hacer referencia a las cuestiones teóricas y doctrinales; de ahí la sencillez de la definición del Artículo 20: "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal, subordinado a una persona". Precepto del que se desprende la nota esencial de la nueva idea: donde hay una prestación de trabajo subordinado, ahí hay una relación de trabajo a la que se aplicará el estatuto laboral.

El segundo aspecto, como se dijo en el segundo capítulo para que el contrato individual de trabajo exista, basta que se inicie la relación de trabajo, que

es el hecho mismo de la prestación del servicio, lo que determina la inmediata aplicación de la legislación laboral. Además de que en el contrato individual de trabajo, como relación jurídica, encontramos, aunque con algunas características especiales los elementos comunes a todos los contratos de: La capacidad; el consentimiento; el objeto.

Por lo que se cree que si el contrato de trabajo se da existe la relación laboral y por lo mismo se convierte en un acuerdo de voluntades entre las partes. Ese acuerdo de voluntades que a su vez es la relación de trabajo, y que constituye un contrato laboral. Ahora bien, si el contrato (es verbal o escrito, puesto que ya se creó la relación de trabajo), involucra vicios del consentimiento (que como quedó escrito en párrafo anterior es uno de los elementos esenciales de todo contrato), entonces dicha relación o contrato puede estar viciado de simulación. Como se dijo la simulación es un negocio simulado, es el que tiene una apariencia contraria a la realidad. Por qué en una sociedad puede presentarse la intención de simular una relación laboral. Las causas de la simulación no se encuentra en la conducta moral de los seres humanos, cuando entre ellos media un interés o una ganancia económica, se trata de causas eminentemente económicas. El empleador en muchas ocasiones sufre disminución en su patrimonio lo que lo obliga a entablar una relación que él cree franca con el trabajador y le propone un pago mensual y un trabajo con horario pero sin prestaciones. Lo que en nuestro medio constituye una violación a las normas de trabajo, pero el trabajador acepta de conformidad con la poca oferta laboral que hay. Razón por la cual ya se

presentó una simulación en el contrato de trabajo y tal situación y relación laboral no puede ser legal ni mucho menos franca por dichos motivos.

Por otro lado, se puede presentar la oferta de trabajo de cumplir con las prestaciones laborales pero de indemnizar a cada cierto tiempo, lo que constituye un perjuicio en contra del trabajador y sus prestaciones. En tal sentido muchos empleadores en Guatemala, continúan funcionando de la manera descrita, por ejemplo todos aquellos lugares de trabajo, en los cuales excusados en el argumento de que funcionan con un cierto presupuesto y financiamiento, y que al final del cual no tendrán con que seguir la relación de trabajo, sin embargo en dichos contratos lo que nunca se dice es que son de plazo indefinido y al finiquitar al trabajador cada fin de año, como es común en estos lugares, se les perjudica en una merma que el trabajador únicamente puede llegar a percibir en el conjunto de su tiempo laborado, es decir en todo el tiempo que duró la relación laboral.

En otras palabras, la indemnización que se le cancela al trabajador cada fin de año, numéricamente es obvio que resulta distinta (por ser más) a la que se pagaría al final de toda la relación laboral.

2.3. Los vicios del consentimiento y la simulación

En su sentido más genérico o general, el error consiste en el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho, de la regla jurídica que los disciplina.

El error, según se desprende de la anterior definición, puede ser de derecho o de hecho, y este último admite varias subdivisiones, según el elemento del Negocio Jurídico sobre el que recae: Error sobre la índole del negocio que se realiza (error innegotio), sobre la existencia o cualidades sustanciales de la cosa (error in substancia), sobre cualidades secundarias (error in qualitate), sobre la persona (error in persona), sobre los motivos etc.”.⁴

- Dolo

Se llama así a todo engaño cometido en la celebración de los actos jurídicos.

Hechos constitutivos del dolo. El dolo supone el empleo de maniobras, es decir, de artificios, de astucias hábiles o graves, pero que son siempre actos combinados con engaño. Sin embargo, todos los civilistas admiten que una simple mentira, es decir el engaño puramente verbal, sin ninguna maniobra que lo acompañe, basta para constituir un dolo. Debe decidirse igualmente que la simple reticencia es un dolo cuando se hace fraudulentamente para engañar a alguien; pero solamente hay reticencia en los casos en que la ley impone a una persona la obligación de hablar; fuera de estos casos, el silencio es permitido calificarse de reticencia.

⁴ Castán Tobeñas, Jose. **Ob. Cit.** Pág. 728

Distinción entre el dolo y el fraude. El dolo se comete en vista de un acto jurídico que todavía no se ha realizado; por tanto, es anterior, aunque sólo sea por un instante al acto que vicia. Una vez terminado este acto, ya no puede tratarse de dolo propiamente dicho sino sólo de fraude contra un derecho adquirido (normalmente fraude contra un acreedor). El dolo cometido por el deudor en caso de incumplimiento de la obligación, emplea un lenguaje inexacto: ya es demasiado tarde entonces para cometer un dolo; sólo puede tratarse de fraude. La anulación de los contratos por medio de una acción o de una excepción fundada en el dolo, no es sino una aplicación particular de la regla, *fracs omnia corrumpit*, que tiene un alcance mucho más amplio, pues se aplica a todo acto jurídico, sea o no un contrato.

- Violencia

Consiste en inspirar a una persona el temor de un mal considerable para ella o para uno de sus parientes. La violencia, y más bien, el temor que engendra. Es un vicio del consentimiento que conoce la acción de nulidad.

- Lesión

¿Es la lesión un vicio del consentimiento? La lesión proviene de la desigualdad de prestaciones en el contrato.

CAPÍTULO III

3. El ámbito de competencia del Estado, el derecho a la libertad en la declaración de la voluntad y el poder sancionador

3.1. El Estado y el principio de seguridad y certeza jurídica en los ciudadanos en el ámbito civil y mercantil

Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

El Estado se organiza entonces, para ofrecer a sus habitantes la justicia y la seguridad que garantiza por medio de su sistema penal. Aunque entendida la justicia no como uno de los fines primordiales de los hombres, sino como la simple aplicación de las leyes. (sentido amplio, y común que se le da a la palabra justicia)⁵.

A partir de esta organización, el Estado guatemalteco, funda su actuar en los principios (dogmáticos) constitucionales.

La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado. En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la

⁵ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 23.

época del "terror penal", consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites. El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al derecho –en esto consiste el "Estado de derecho"–, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena a donde no era necesaria.

La progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de "Estado social y democrático de derecho". Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978. El derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto derecho penal de un Estado democrático de derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el derecho penal.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección

que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de derecho penal autoritario.

En la Lección siguiente examinaremos los límites mencionados. Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

La función del derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino

también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en éstas habrá de reflejarse la función del derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la teoría del delito, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal del Estado social y democrático de derecho.

Según Émile Durkheim, aunque la delincuencia parece ser un fenómeno inherente a cualquier sociedad humana, el valor que se le atribuye depende de la naturaleza y de la forma de organización de la sociedad en cuestión.

En un principio, la infracción fue valorada en función de criterios religiosos o mágicos, y la transgresión de lo prohibido producía, por lo general, la exclusión de la sociedad, ya fuera por muerte o por alejamiento, para el violador de la norma. Más tarde, la dominación ejercida por las grandes religiones monoteístas (véase

Monoteísmo) en sus respectivos ámbitos derivó en materia de derecho y un acto se consideraba infracción cuando violaba una prohibición expresa de los textos sagrados o de su interpretación.

La progresiva separación entre lo religioso y lo temporal, iniciada en la edad media, no consiguió sin embargo hacer desaparecer el carácter religioso de la infracción. Esta visión justificó, por ejemplo, el reconocimiento en diferentes épocas de la historia de la responsabilidad penal de los niños e incluso de los animales. En el siglo XVII, en la mayor parte de los países europeos, el derecho penal se basaba en el principio de la responsabilidad individual, favoreciendo la aplicación de penas intimidantes de gran severidad, como la rueda, el látigo o las galeras.

En el Siglo de las Luces se produjo una ruptura con lo anterior a través de la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundar una “legalidad de delitos y de penas” según fue formulada por el italiano Cesare Beccaria en su obra Ensayo sobre los delitos y las penas, publicada en 1764. Esta búsqueda se inscribía en el marco de una nueva definición más general del hombre como ser social, con derechos y obligaciones, que evolucionaba en una sociedad donde, sin tener que buscar su legitimidad en la religión, podía cuestionarse la naturaleza de las infracciones y las escalas de sanciones aplicables a todas las personas, cualquiera que fuera la calidad del

delincuente. Este principio fue retomado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en cuyo Artículo 7 puede leerse: “La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicable”.

En el transcurso del siglo XIX se hizo hincapié en la vertiente social de la acción criminal y se estudió el libre albedrío del delincuente, observando que resultaba posible modificar su conducta a través de su educación y de las condiciones de vida. Estos trabajos abrieron el camino a los estudios sobre la readaptación de las penas y la reinserción del delincuente. Por su parte, la abolición de la pena capital en numerosos países supuso el abandono del valor ‘mágico’ del castigo y, aunque la toma de conciencia del delincuente sigue siendo uno de los objetivos del encarcelamiento, éste tiene como primera finalidad la de ser eficaz en lo social.

3.2. El principio de libertad de contratación y de declaración libre del consentimiento

El negocio jurídico es una institución de derecho civil, con muchos años de evolución. Con el interés de evidenciar los cambios que la tecnología efectúa en éste y con la intención de establecer los criterios más recientes, al tiempo en que

se redacta la presente investigación, se cita a Diez-Picazo, quien en su obra, Fundamentos del derecho civil patrimonial, establecía la siguiente definición:

“El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica.”⁶

El Código Civil guatemalteco no establece ningún tipo de definición de negocio jurídico, sin embargo en su Artículo 1252, el cuerpo de leyes mencionado pareciera utilizar los términos manifestación de voluntad, como un sinónimo de éste. Si se entiende de esa forma, ciertamente es una expresión de lo que el autor o autores quieren, aunque para su debida comprensión y relacionando estos conceptos de la norma indicada, es preciso agregar la creación de una situación jurídica o en mejor forma, la reglamentación de una relación determinada.

Por su parte Betti señala por negocio jurídico, la definición siguiente:

“Declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos”.⁷

El Dr. Vladimir Aguilar Guerra, establece su propia definición en los términos siguientes:

“El negocio jurídico es, pues, un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico.”⁸

La definición del Dr. Aguilar resulta un poco más extensa que las otras, y por tanto incluyente de mayor número de elementos. Señala entre otros, la

⁶ Diez-Picazo, citado por Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. pág. 29.

⁷ Betti citado por Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** pág. 27.

⁸ **Ibid.** pág. 30.

voluntad, la exteriorización de la misma y las consecuencias queridas por el agente.

Por la forma en que se redacta el presente capítulo y con la intención de dar más relieve a la institución central del mismo, el negocio jurídico se ha empezado estudiando previamente por su definición, no obstante, como se indica a continuación, la relación entre acto y negocio jurídico queda expresada en la primera línea de la definición del Dr. Aguilar Guerra.

Efectivamente, el negocio jurídico es un acto jurídico especial, puesto que tiende a un fin, que es consecuencia de la declaración de voluntad.

A pesar de que la forma del contrato varíe conforme evolucionan los medios de comunicación, existen palabras en la definición del mismo que deben permanecer para explicar su esencia de forma más exacta. Por ello, por contrato se entiende un acuerdo, entre dos o más personas, mismo que genera una relación jurídica destinada a provocar consecuencias jurídicas para las partes, convirtiéndose en ley para estas y que el resto del conglomerado social debe respetar.

Según la ley guatemalteca, es decir, el Código Civil, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. Todo lo cual se encuentra en el Artículo 1518 del cuerpo de leyes mencionado.

3.3. El poder del Estado

El *ius puniendi* o punto de vista subjetivo consiste en la "facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (fundamento filosófico del derecho penal)". Mientras que el *ius poenale*, o punto de vista objetivo: "Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad". La facultad del Estado de "penar", está limitada por el principio de legalidad, (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Y por la exclusión por analogía.⁹ Es decir, que el Estado no puede imponer su voluntad de manera arbitraria, sino debe atenerse a los límites que la legislación vigente le permite, esto se da gracias al principio de legalidad.

Se consideran las principales discusiones dentro del derecho penal, la pena y el delito. Entre ambas esta última a tenido suficiente discusión en el presente siglo y comienza a ceder espacio a la de la pena. Tal como lo señalan Julio y Jorge Armaza Galdos, tratadistas peruanos al afirmar que: "apaciguado el debate que en las últimas dos décadas se libró en esta parte del continente en torno a las teorías causal y final, el interés por la pena permanece intacto...".

La potestad que tiene el Estado de penalizar es por tanto, un tema nada agotado y sobre todo en Guatemala donde no solo no abundan los trabajos sobre derecho penal, sino que son escasos los referidos al tema de la pena. Señala Bacigalupo que: "el enfrentamiento radical de estos puntos de vista (sobre la pena), dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada "lucha de escuelas",

⁹De Mata Vela y De León Velasco. **Ob. Cit.** pág. 5

que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal".

Esa facultad que tiene el Estado para sancionar; para imponer penas, e incluso la pena capital, ha sido objeto de múltiples discusiones, en las diferentes etapas por las que el derecho penal sustantivo a atravesado. ¿Qué penas se aplican?; ¿De qué forma se aplica una pena?; ¿Se aplica una pena en forma exclusiva o bien se hace a la par de un medida de seguridad o en vez de esta última?; ¿Qué se penaliza y qué no?; ¿En qué grado debe penalizarse?. Resultan éstas, ser algunas de las principales cuestiones a resolver cuando se enfrentan los principios de la pena.

Kelsen, afirma que la regla jurídica se distingue justamente por "la sanción", que en el caso de la regla jurídico penal, es la pena. Sin embargo, contrario a esa afirmación, para Binding: "para que exista el imperativo no es necesaria la sanción".

Aunque los juristas no otorgan una naturaleza a la sanción, es lógica la aseveración de que la misma es potestad del Estado, y que se impone a través de los tribunales. Por el sistema penal existente en Guatemala, podemos decir que todos estos temas, (la sanción, la pena etc.), no pueden ser facultad ni potestad de los particulares. Según Bustos Ramírez "El Estado solo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo".

"Uno de los elementos básicos de la sanción, y para hacer posible su aplicación, es la llamada coacción". Este carácter coercitivo que debe tener la sanción, es el esencial, para poder cumplir el fin, para el que está destinada. Por lo

tanto se afirma que coacción es el cumplimiento forzado del deber o de la sanción impuesta.

Las sanciones suelen clasificarse atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada y la norma infringida agrupándose en tres formas: De cumplimiento forzoso, si su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida; de indemnización, si tiene como fin obtener del sancionado una prestación económica equivalente al deber jurídico primario. Una sanción también puede ser simplemente un castigo, si su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes, sino "reprender" al sujeto.

Sin embargo, la norma jurídico penal como quedó descrito al hablar del criterio de Bindig, no necesariamente debe ser sancionatoria, y además la misma sanción no debe ser exclusivamente un castigo, sino puede incorporarse a la misma (es decir a la función de la pena), el carácter rehabilitador de la misma.

En otras palabras no necesariamente tiene que ser la consecuencia de la infracción a la ley penal una forma de castigo, sino puede además rehabilitar a ese individuo que ha infringido una norma jurídico-penal.

La pena debe ser capaz de incorporar de nuevo al sujeto a la sociedad, puesto que su pena se cumple y el mismo debe volver al mismo grupo humano del que salió, previo a cumplir su condena. A parte según la mayoría de tratadistas españoles, también debe ser capaz la pena, de expresar claramente y con voz

diáfana sobre el resto del conglomerado social un amedrantamiento, para que el resto no infrinja la ley.

CAPÍTULO IV

4. La simulación en la adquisición de bienes entre particulares y su procedimiento civil y penal

4.1. Procedimiento civil

Couture lo define como: “El derecho procesal civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil”¹⁰.

Para algunos autores existe un concepto más riguroso del Derecho procesal civil como: “Conjunto de normas que regulan la resolución jurisdiccional de las controversias jurídicas”¹¹. Otros que lo definen como: “El conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del poder judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del Juez y las partes en la substanciación del proceso”¹².

Es preciso establecer además que en un primer momento existía un solo proceso, en el cual se conocía de todas las pretensiones, es decir, aún fueran estas de materia penal, puesto que dicho derecho no había ganado independencia. Se dice que es preciso señalarlo, puesto que en este sentido se tienen dos elementos a estudiar. Por un lado el hecho de dilucidar si el tribunal

¹⁰ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 3.

¹¹ Morón Palomino, Manuel. **Sobre el concepto del derecho procesal**. Pág. 124.

¹² Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**. Pág. 19.

tiende a actuar el derecho penal o el derecho civil (o cualquier otra rama del derecho objetivo), de conformidad con el proceso. Lo cual nos lleva al criterio base que distingue entre necesidad y oportunidad, y que cada uno de los procesos tiene sus propias características.

Por otro lado, y como consecuencia de dicha situación, a pesar de que también ha sido creado el Centro Administrativo de Gestión Penal, los servicios que brinda éste, no se podrían unificar con el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia, aparte de la notoria distinción que existe en razón de la materia, por los principios mencionados y básicamente por las características de cada proceso.

De las diversas acepciones de proceso civil no se debe olvidar que la razón de ser del proceso es precisamente resolver una litis, o sea un conflicto del orden civil (en este caso) y responder a una reclamación mediante la ejecución de un proceso. “El objeto del proceso es, naturalmente, la reclamación o queja que se trata de satisfacer, es decir, la pretensión procesal”¹³.

4.1.1. Importancia del inicio del proceso

La forma típica de iniciar un proceso civil es mediante una demanda, esto debido a que comúnmente el proceso se inicia por el conocimiento de personas distintas al órgano jurisdiccional y en este orden de ideas se concluye que no es función de dicho órgano conocer de procesos sino únicamente resolverlos. La

¹³ Guasp, Jaime **Derecho procesal civil**. Pág. 17.

demanda es por ende una parte vital del comienzo del proceso, para el autor Jaime Guasp la demanda es: “El acto típico y ordinario de iniciación procesal”¹⁴.

4.1.2. Clases de proceso

Debido a la variedad de pretensiones que accionan los particulares, consecuentemente a los diferentes hechos o asuntos surgidos entre ellos, es decir las diferentes formas que adquiere la “litis”, así también surgen diferentes formas de atender los asuntos. Es decir diferentes clases de procesos.

El proceso civil es el proceso que mayor formas disímiles adquiere y mayor clasificaciones adopta. Contrariamente a lo que pasa en la sede penal, en cuanto a que formas del proceso existen menos y comúnmente son derivaciones de éste.

El proceso civil se clasifica en cuatro formas de las cuales se encuentran aún ramificaciones. Estas cuatro formas son: Procesos de conocimiento; procesos ejecutivos; procesos cautelares y proceso arbitral.

Con el objeto de establecer una mayor claridad entre las formas que adquieren los procesos y los requerimientos de la distribución del trabajo, servicio que presta el centro que se analiza en el presente trabajo, se procede a continuación a explicar cada una de estas clasificaciones en forma ordenada.

¹⁴ **Ibid.**

4.1.2.1. De conocimiento

Los procesos de conocimiento son aquellos que surgen de la controversia entre particulares y que necesariamente las partes deben comprobar los hechos que sostienen.

Al decir del insigne maestro de Derecho procesal civil, el doctor Mario Aguirre Godoy, en su obra Derecho procesal civil, señala que: “En los procesos de conocimiento se afirma la existencia, la modificación o la extinción de ciertos hechos, cuya alegación fundamenta la posición de tales sujetos procesales mantienen en el desarrollo de la controversia. Pero no es suficiente únicamente alegarlos, sino que es menester probarlos”.¹⁵

Por su parte los licenciados Montero y Chacón señalan: “Hay que insistir en que los procesos de conocimiento, que también se llaman de declaración, son aquellos por medio de los cuales los tribunales juzgan, es decir, declaran el derecho en el caso concreto, y lo hacen cuando ante los mismos se interpone una pretensión declarativa pura, una pretensión de condena o una pretensión constitutiva. Estas pretensiones no dan lugar a tres clases de proceso, sino que cualquiera de ellas se conoce o ventila por el proceso de conocimiento o declaración”.¹⁶

Las opciones que surgen a los procesos de conocimiento son los ejecutivos y los cautelares, que se explican más adelante.

¹⁵ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 563.

¹⁶ Montero y Chacón, **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 253.

Como especie de los procesos de conocimiento, surge el proceso ordinario, en el que no hay (como su mismo nombre lo indica), limitación a objeto alguno¹⁷.

4.1.2.2. Ejecutivos

El proceso de ejecución comprende para nuestra ley, (Código Procesal Civil y Mercantil), a) proceso de dación, cuando lo que pretende el proceso es dar. b) de transformación: si la conducta que se pretende es un hacer distinto a dar.

Los procesos de ejecución son aquellos en los cuales el tribunal o juzgado obliga a la realización de la conducta que se estableció previamente en un documento, que se tiene como justo título o como título ejecutivo propiamente dicho.

Por tal motivo se señala, que la función del órgano jurisdiccional, de obligar al sujeto a observar determinada conducta, puede ir en dos sentidos: La de dar algo o la de hacer algo.

En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil se ocupa de dichos procesos en su Libro Tercero.

4.1.2.3. Procesos cautelares

La idea del juicio cautelar es garantizar un derecho, tutelar un derecho, proteger un derecho con el objeto de hacer prevalecer el derecho del litigante que en efecto le asiste un derecho.

¹⁷ Tal como lo regula el Artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Esto lo señala de mejor forma Manuel de la Plaza, citado por el tratadista guatemalteco, doctor Mario Aguirre Godoy: "...ocurre que por ser el proceso un acto complejo que ni siempre puede iniciarse en momento propio ni nunca se desarrolla, por perfecto que el sistema sea, sino a través de un lapso más o menos largo de tiempo se impone frecuentemente la necesidad de asegurar, inicialmente una posición con notoria ventaja para el litigante, o de evitar, previniendo sus consecuencias, los daños positivos que por no haberlas previsto pudieran causarse, mediante la adopción de una serie de variadas medidas... Por ello, al lado del proceso jurisdiccional de cognición y del de ejecución, se atribuye al proceso la misión de cumplir un fin más (el de prevención o aseguramiento de los derechos) y entonces se habla de un proceso preventivo o cautelar..."¹⁸.

4.2. Procedimiento penal

Un proceso es algo que se desarrolla o evoluciona en el tiempo. Puede estar constituido por una serie de hechos o por un conjunto de actos, lo que diferenciamos por la no intervención de la mano del hombre en el caso de los primeros y por la participación directa de éste en el caso de los segundos..

Un proceso por tanto es el desarrollo de ciertos pasos para alcanzar un fin. Aplicado éste concepto al proceso legal se establece que éste último esta formado

¹⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Págs. 260-261.

por una serie de actos, actuaciones o diligencias procesales que conllevan a la obtención de una resolución o sentencia.

En el caso del proceso penal nos referimos a la consecución de procedimientos legales que llevan a la resolución, en sentencia, de la culpabilidad de un acusado. Sin perjuicio de que, desde luego, en el caso de tratar de establecer previamente si existe o no un delito o el indicio de que un sujeto es responsable de haberlo cometido, (como lo son las averiguaciones o investigaciones previas), también son actos que debiesen conducir a una resolución.

Eugenio Florián expresa que: "La función penal se desenvuelve en el sentido de determinar la existencia de un delito, formulando la inculpación frente a un sujeto y declarar más tarde la aplicación de la ley penal en el caso concreto".¹⁹

El derecho procesal penal es el conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda su sustanciación.²⁰ Desde luego el proceso penal es un instrumento del sistema penal, ideado para resolver un conflicto de intereses, que surge no entre partes, sino entre la misma colectividad, dado que ésta tiene interés en que se castigue a los culpables e interés en evitar la condena de los inocentes.

La política criminal existe, auxiliándose para el cumplimiento de sus fines y objetivos, del proceso penal, pero de conformidad con el Estado imperante, la época y eventos que condicionan a la misma, así también será el sistema o régimen procesal subsistente. Sin embargo, y en abono de nuestro sistema actual, se puede decir que si es un progreso sustantivo el que se alcanza al dejar atrás el vetusto

¹⁹Florián, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. Pág. 13.

²⁰De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 10.

sistema inquisitivo. Y he allí el primero de los sistemas que estudiamos.

El proceso penal ha evolucionado a muy grandes pasos, en comparación al desarrollo en general de la sociedad. El proceso penal ha tratado de estar a la par de las exigencias de sus tiempos, pero aparecen etapas verdaderamente sombrías y oscuras en la historia de la humanidad, verbigracia el oscurantismo y el período de la inquisición.

El proceso penal, es un instrumento jurídico adjetivo indispensable, que conjuntamente con el derecho penal, son corresponsables de la política criminal en general, y de lo que ha dado en llamarse el sistema penal o sistema de justicia penal. Son de éste último, ejes estructuradores como lo señala el licenciado Alberto Binder²¹.

Tanto en la doctrina como en la legislación moderna, proceso no es lo mismo que procedimiento. Aunque ambos son objeto de regulación del derecho procesal penal, se entiende por procedimiento: el orden que se debe observar en la tramitación total o parcial, o sea, el camino que se debe seguir por imperio de la ley aunque también se considera como tal, el método que observa la autoridad policial en la investigación preliminar o el Ministerio Público en la directa.²²

En el presente capítulo, abordamos las ideas más generales de procesal penal.

Es importante, tomar como base, para el presente análisis, y para toda la investigación de la presente tesis, el método de análisis que del proceso penal, se

²¹Binder, Alberto. **El derecho procesal penal**. Pág. 37.

²²**ibid.**

realiza en los cursos universitarios de derecho procesal penal. Por lo que resulta necesario definir lo debemos entender por: 1. Proceso, 2. Procedimiento, y 3. En general por proceso penal.

Es "un conjunto de actos que se realizan bajo la dirección de un tribunal"²³.

Y en forma estricta, proceso penal es: "una construcción esencial predispuesta para administrar justicia en cuanto surja la sospecha de que se ha infringido la ley penal..."²⁴.

4.2.1. Principios del proceso penal

Se tomarán en cuenta para exponer los principales principios que informan al proceso penal guatemalteco.

- El principio acusatorio

El principio básico de un sistema procesal penal acusatorio es que no se puede realizar la apertura a juicio sin que exista una acusación. Sin embargo, esta acusación debe ser debidamente fundamentada y consistente, lo cual supone la investigación preliminar de un delito para reunir datos y elementos de prueba que permitan plantear una pretensión fundada.²⁵

En la investigación de la verdad el Ministerio Público deberá practicar todas las diligencias pertinentes útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal. Asimismo, deberá establecer

²³Vélez Mariconde, Alfredo. **Derecho procesal penal**. Pág. 113.

²⁴**Ibid.**

²⁵Figueroa Sarti, Raúl. **Código Procesal Penal, concordado y anotado**. Pág. 61.

quienes son los partícipes, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad. Verificará también el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil.

El Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría, previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo (Ver Artículo 309 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.

Moisés Rosales citando a Alberto Herrarte señala:

“El procesalista guatemalteco Alberto Herrarte, afirma que para hablar de un verdadero proceso penal es necesario que la acusación sea planteada por una persona u órgano distinto del jurisdiccional, a efecto de que, con la participación de un defensor, el juez administre justicia con el máximo de imparcialidad, para poder examinar las contrapuestas posiciones de las partes”.²⁶

Por otro lado el citado autor Bovino afirma que:

“Con la caída histórica del sistema inquisitivo –sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio-, se mantuvo el principio material de la persecución penal pública de los delitos, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació el principio acusatorio que hoy denominamos formal y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El

²⁶ Rosales Barrientos, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala, técnicas para el debate**. Pág. 13.

principio, redefinido en términos estrictamente formales, fue una de las conquistas de la Ilustración y aún hoy estructura el procedimiento penal... En ese sentido se dice que el principio se estableció para garantizar el derecho de defensa”.²⁷

- Principio *Non bis in ídem* o de única persecución

El Código Procesal Penal contiene un principio más, denominado de única persecución, *non bis in ídem*, que establece la prohibición de juzgar dos veces por el mismo hecho. En otras palabras, no se puede admitir que una persona sea perseguida, acusada y procesada más de una vez, cuando previamente ya se le ha juzgado anteriormente por el mismo hecho que se le juzgó la vez anterior.

Por otro lado esto evita al sistema de justicia repetir y emplearse dos veces en cuanto a recursos, si estos son empleados para una causa ya juzgada. Además incluye la posibilidad de que nadie pueda ser penado dos veces por el mismo hecho. En tal virtud, salvo que favorezca al condenado no puede admitirse la revisión de una sentencia firme ni una nueva acción penal.

- Principio de Juicio Previo

Se encuentra regulado en los Artículos 2, 3 y 4 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de donde lo que significa que para que pueda juzgarse a cualquier persona debe existir un procedimiento establecido previamente con anterioridad, además de garantizar que las formas del proceso no pueden variar.

²⁷ Bovino, Alberto. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Págs. 50 y 51

A éste principio, la ley regula en el Artículo segundo del Código Procesal Penal como: "No hay proceso sin ley", es decir *nullum proceso sin lege*: no podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos y omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Los tribunales y los sujetos procesales no podrán variar las formas del proceso, ni la de sus diligencias o incidencias. Además nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones del Código Procesal penal y a las normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado acusado.

- Principio del debido proceso

El proceso penal es también, un instrumento al servicio de los derechos de las personas, por lo cual era urgente y necesario en este país adecuarlo a los postulados y propósitos de un movimiento democratizador. El contexto en el que aparecen los principios *nullum poena sine lege* y *nullum proceso sine lege*, es ahora distinto porque permite el real ejercicio de los derechos del imputado y el control social sobre esos principios, porque el derecho penal material debe realizarse a través de un juicio público. En este sentido juzgar y penar solo son posibles si se observan las condiciones y las garantías, de que el hecho que motivó el proceso esté tipificado previamente en ley, como delito o como falta y que el proceso se instruya en las formas y procedimientos preestablecidos y con

observancia de las garantías de defensa. Que el juicio se siga ante tribunal competente a cargo de jueces independientes e imparciales, por lo tanto que el procesado sea tratado como inocente hasta que una sentencia firme así declare lo contrario, y el juez elija una pena justa, asimismo de que el juez tome en cuenta el principio de *non bis in idem* y el principio de *favor rei*.

Eugenio Florian anota: "El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en la forma procesal y ante órganos jurisdiccionales establecidos en la ley".²⁸ Podemos entonces decir que, en nuestro medio, los que imparten justicia deben respetar los principios constitucionales y los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

- Principio de celeridad

El tiempo que tarda normalmente un proceso penal en Guatemala, es constantemente objeto de crítica, sobre todo por parte de los interesados y usuarios. Ese hecho desprestigia a la administración de justicia.

²⁸ Florián, Eugenio. Citado por Trejo Duque, Julio Anibal. **Aproximación al derecho penal**. pág. 131.

Debemos tomar en cuenta los acuerdos internacionales ratificados por Guatemala y la Constitución Política de la República, que señalan que las acciones procesales deben practicarse inmediatamente, pero que significa inmediatamente, puede ser; hacer algo antes que otra cosa, luego, al instante, enseguida, y así debe actuarse en materia penal y como lo mencione anteriormente no sólo en materia penal, porque la tardanza se da en todas las ramas del derecho.

Cuando una persona es detenida debe ser presentada a la autoridad competente dentro de las 6 horas siguientes a su detención, por lo que dicha autoridad dentro del plazo de 24 horas procederá a recibir su primera declaración y resolver su situación jurídica, ya sea motivando prisión ó decretándole una medida substitutiva, así como lo determina el Artículo 6º de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Artículo 323 del Decreto 51-92 del Congreso de la República Código Procesal Penal, señala que el Ministerio Público deberá dar término al procedimiento preparatorio lo antes posible, procediendo con celeridad que el caso requiera.

Los Artículos 151, 152 del Código Procesal Penal, en forma determinante nos indican que los plazos son improrrogables y a su vencimiento caduca la facultad respectiva.

Los plazos que sólo establecen tiempo a los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento, serán observados rigurosamente por ellos; su

inobservancia implicará la violación al debido proceso y la sanción disciplinaria procederá de oficio, previa audiencia del interesado, salvo lo dispuesto por la ley del Organismo Judicial en sus Artículos 141, 142, y 143, también el Artículo 160 del Código Procesal Penal, establece que las resoluciones se darán a conocer a los interesados a más tardar el día siguiente de dictadas, salvo que la ley o el tribunal dispusiere un plazo menor. Esto también da pena decirlo, pero es un principio procesal inoperante en nuestra legislación.

- Principio de contradicción

Este principio procesal, así como el principio de inmediación que garantiza a su vez la contradicción responde, a una concepción política en el ámbito de la cual, los valores de la individualidad humana encuentran mayor reconocimiento y tutela, porque la libre y abierta contradicción entre la acusación y la defensa resulta en abono de la imparcialidad y permite al imputado hacer valer sus derechos en libertad y ser presunto inocente hasta la pronunciación de la sentencia debidamente ejecutoriada.

Lo contradictorio empieza después de agotada la fase de investigación e intermedia, que precisamente se orientan a determinar si procede o no la apertura del juicio, por tal razón las dos primeras etapas procesales no generan material actual para fundamentar la decisión del tribunal. La sentencia depende de los hechos que hayan sido probados, y la valoración que los jueces del tribunal hagan sobre el hecho y lo dicho en su presencia durante el debate, en virtud de este

principio de contradicción, el proceso se convierte en contienda entre las partes. En este caso debe tomarse en cuenta los Artículos 375, 376, 377, 378 y 383 del Código Procesal Penal.

- Principio de oralidad

Se encuentra regulado en el Artículo 362 del Código Procesal Penal, el que establece que el debate será oral.

Alberto Binder Barriza expone: “La oralidad significa “fundamentalmente un medio de comunicación, la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez, como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba”.

La oralidad se refiere fundamentalmente al debate, en el cual, los medios de prueba son declaraciones orales por excelencia, y los documentos que se presentan deben de leerse completos o parcialmente en casos especiales y permite controlar la actividad judicial al conocer de manera directa los aspectos y motivos que fundamentan y determinan las decisiones judiciales.

La oralidad permite más celeridad a la fase más importante del proceso penal, o sea el debate. Este principio tiene como excepción el procedimiento de anticipo de prueba, en virtud de la cual el tribunal podrá ordenar de oficio o a petición de parte una investigación extraordinaria a fin de recabar dichos medios que por algún motivo no se puedan presentar o prestar en el debate.

El tratadista José Cafferata, quien resalta su importancia exponiendo los motivos para ello y al respecto dice. " Cabe decir, a modo de conclusión, que la oralidad, además de ser el mejor medio para instrumentar los importantes caracteres del moderno proceso penal, tiene otra ventaja no tan publicitada; es la mejor garantía de que esos caracteres tengan no sólo existencia legal, sino también vigencia real en el juicio".²⁹

- Principio de concentración

La concentración en el proceso penal se da cuando este se desarrolla en una sola audiencia, o en dos o varias audiencias próximas. En virtud de este principio procesal, el debate se realizará de manera continúa y secuencial en una sola audiencia o en una serie de audiencias consecutivas que no podrán interrumpirse sino excepcionalmente con base a lo que estipula el Artículo 360 y 361 del Código Procesal Penal.

Para que las declaraciones de las partes, deposiciones testimoniales, argumentaciones y réplicas de acusación y defensa no sean descontextualizadas y facilitar su comprensión y percepción por el tribunal, todos esos actos han de realizarse en una misma audiencia, son marcos de interrupción y suspensión limitados, lo que permite al juzgador una visión concentrada capaz de proporcionar elementos para razonar y fundar su decisión. Normalmente este principio se respeta.

²⁹ Cafferata Nores, José. **La prueba en el proceso penal**. Pág. 34.

- Principio de inmediación

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 354 del Código Procesal Penal, que establece el debate se realizará con la presencia sin interrupción de los jueces llamados a dictar sentencia, el Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de las demás partes o sus mandatarios. El tratadista Florian expresa sobre este aspecto: “El principio de inmediación, si el juez ha de dictar una sentencia que este conforme con lo que resulta del proceso, es necesario que conozca directamente los materiales del mismo. Pero el principio de inmediación requiere prácticamente un corolario de identidad física del juez, el juez que dicta la sentencia debe ser el mismo que ha asistido al debate”.³⁰

- Principio de congruencia

Este principio se refiere concretamente a la relación que debe prevalecer entre el fallo dictado por el tribunal de sentencia y la acusación que da origen al juicio. Como es evidente, cualquier sentencia condenatoria debe basar sus considerandos y parte resolutive en una calificación jurídica principal que es a su vez consecuencia de los hechos justiciables que alega el Ministerio Público en su alegato de acusación. De tal manera que el Tribunal pueda juzgar con base en dichas circunstancias. La delimitación del hecho que será objeto del juicio, pues cumple una función garantizadora porque evita acusaciones sorprendidas y permite una defensa adecuada. Este principio se denomina “principio de congruencia entre la

³⁰Florián, Eugenio. Citado por Trejo Duque, Julio Aníbal. **Ob. Cit.** Pág. 131.

acusación y la sentencia, aunque su contenido específico puede ser descrito como el carácter intangible del objeto del juicio. (Existe una excepción o, si se quiere, un límite a este principio: la ampliación de la acusación durante el juicio)".³¹

³¹ Binder Barzizza, Alberto. **Ob. Cit.** Pág 39.

CONCLUSIONES

1. El derecho penal como cualquier institución en un Estado de derecho, debe tener su fundamento en la Constitución, que señala generalmente las bases y establece las garantías a que debe sujetarse el derecho penal.
2. El Estado de Guatemala garantiza la libertad de contratación, garantizando además que la misma sea en forma respetuosa del derecho.
3. La simulación es un negocio simulado, es el que tiene una apariencia contraria a la realidad. Se encuentra regulado en el Código Civil guatemalteco en su Artículo 1284.

RECOMENDACIONES

1. Deben regularse los casos en que la simulación en los contratos se transforma en violatoria de bienes tutelados por el Estado, y por tanto jurisdicción y fuero penal.
2. Deben establecerse casos específicos para los casos de simulación, en los cuales dicha conducta se convierte en ilícito penal.
3. Es necesaria la reforma de la normativa del Código Civil que regula lo relacionado con el tema de la simulación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Guatemala: 4ta ed.; Serviprensa, 2004.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**, T. I Ed. Vile.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**, Buenos Aires: 2ª ed.; T. I, Ediar Soc. Anón. Editores, 1956.
- Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta**. Estados Unidos: 1993-2002 Microsoft Corporation. 2005.
- BINDER, Alberto. **El derecho procesal penal**, Departamento de Capacitación del Ministerio Público de Guatemala, 1996 pág. 37
- BOVINO, Alberto. **El juicio oral en el proceso penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Centro Editorial Vile, 1999.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal**, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.
- CASTÁN TOBEÑAS, Jose. **Derecho civil y foral**, Guatemala: Ed. Harla, 1964.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: 3ª ed.; Ed. Depalma. 1962.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal español**, España: Ed. Bosche, 1947.
- DE MATA VELA, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1996.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**, España: Ed. Ariel, 1982.
- FIGUEROA SARTI, Raúl. **Código Procesal Penal**, Concordado y Anotado. pág. LXI.
- FLORIÁN, Eugenio. **Elementos del derecho procesal penal**. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1988 pág. 13.
- GUASP, Jaime **Derecho procesal civil**. Instituto de estudios políticos de Madrid, México: 3ª ed.; 1977.

MONTERO Y CHACÓN, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Vile, 2000.

MORÓN PALOMINO, Manuel. **Sobre el concepto del derecho procesal**, México: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Seg. Época, No. 3, 1962.

ROSALES BARRIENTOS, Moisés Efraín. **El juicio oral en Guatemala**, Técnicas para el Debate, Impresos GM, Primera ed., Guatemala, 2000.

TREJO DUQUE, Julio Aníbal. **Aproximación al derecho penal**. 2ª ed.; Guatemala, Septiembre de 1988.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho procesal penal**, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina, 1991.

Legislación:

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

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

Código Civil, Decreto Ley 106, Organismo Ejecutivo, 1964.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, Organismo Ejecutivo, 1964.