

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

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS
PRECAUTORIAS**



PEDRO DE LEÓN SANTIAGO

GUATEMALA, JULIO DE 2007.

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

**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS
PRECAUTORIAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

PEDRO DE LEÓN SANTIAGO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo
Vocal: Licda. Yohana Carolina Granados Villatoro
Secretario: Lic. Elder Ulises Gómez

Segunda fase:

Presidente: Lic. Fernando Girón Casiano
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo

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

BUFETE JURÍDICO DEL ABOGADO Y NOTARIO
VÍCTOR RAÚL ROCA CHAVARRÍA
4ª. CALLE 4-108 "A" DE LA ZONA 3 DE CHIMALTENANGO,
TEL: 7839-9606. CEL: 5215-4148

Chimaltenango, 12 de abril de 2007.

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Licenciado Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Su despacho

Señor Decano:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución emitida por ese Decanato, he asistido con carácter de Asesor el trabajo de tesis del Bachiller PEDRO DE LEÓN SANTIAGO, intitulado:

"ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS"

Al finalizar la elaboración del mismo, respetuosamente le informo:

1°. Que dicho trabajo se realizó bajo mi ASESORÍA y durante su elaboración le hice al autor PEDRO DE LEÓN SANTIAGO recomendaciones dentro de las cuales el de modificar el tema de tesis, el cual quedó de la manera antes mencionada; y sugerencias respecto a la bibliografía que debió ser consultada en la materia, así como sobre el cumplimiento de requisitos, que exige el reglamento respectivo, para la elaboración de tesis.

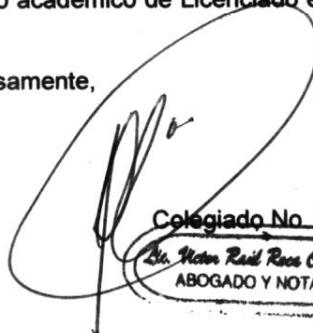
2°. Como asesor, instruí al autor PEDRO DE LEÓN SANTIAGO para profundizar sobre el tema propuesto, lo cual efectivamente realizó.

3°. Como resultado de ese estudio y la asesoría le fueron planteadas algunas dudas al autor del trabajo, Bachiller PEDRO DE LEÓN SANTIAGO, quien las despejó en forma académica y acertada.

4°. No cabe la menor duda, que el tema seleccionado por el autor reviste vital importancia y en consecuencia, constituye un gran aporte académico no sólo para nuestra conspicua Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, sino para el sistema de justicia, cuya apreciación y ponencia que puede hacerse del mismo a instancia de ese Despacho resultaría oportuno y admisible, puesto que el espíritu y finalidad en toda elaboración de tesis, se refleja precisamente en hacer valer los aportes insertos en las investigaciones.

En consecuencia, por las razones consideradas, la seriedad con que fue elaborado el trabajo de tesis y por las valiosas conclusiones y recomendaciones que aporta el autor, estimo que el trabajo en cuestión llena 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, por lo que me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación, y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogado y Notario.

Respetuosamente,


Colegiado No. 3863.
Vic. Víctor Raúl Roca Chavarría
ABOGADO Y NOTARIO



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



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, diecinueve de abril de dos mil
siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) MARWIN EDUARDO HERRERA
SOLARES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante
PEDRO DE LEÓN SANTIAGO, Intitulado: **"ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS
PRECAUTORIAS"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la
investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen
correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo
para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y
del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTIÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/silh

Guatemala, 08 de mayo de 2007



Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Licenciado.

En cumplimiento a la providencia dictada por la dependencia a su digno cargo de fecha diecinueve de abril de dos mil siete, procedí a **REVISAR** el trabajo de tesis presentado por el Bachiller Pedro de León Santiago, intitulado **“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS”**.

Al respecto he de manifestarle que el referido trabajo llena todos 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, constituyendo a la vez un trabajo de suma importancia en nuestra administración de justicia y por consiguiente una investigación de relevancia, en tal sentido se hicieron las observaciones y recomendaciones pertinentes al caso respetando siempre el criterio e ideas propias del autor Pedro de León Santiago.

El trabajo en mención cumple con los requisitos requeridos razón por la cual **OPINO** que debe ser sometido a su discusión por las valiosas conclusiones y recomendaciones a que arriba el autor Pedro de León Santiago y finalmente a su aprobación en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted, presentándole mis más altas consideraciones y respeto.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Marco Tulio Castillo Lutín
Cic. Marco Tulio Castillo Lutín
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado No. 4768.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, catorce de junio del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante PEDRO DE LEÓN SANTIAGO, Intitulado "ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/vsh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuerza divina, sin la cual nunca hubiera logrado este triunfo, por su ayuda y su gran misericordia que ha tenido conmigo.
- A MIS PADRES:** Rafael de León Ceto y Jacinta Santiago de León por su ayuda, apoyo y tantas cosas que no se pueden expresar con palabras, infinitas gracias.
- A MIS HERMANOS:** Con amor fraternal y que comprendan que poniendo todo en las manos de Dios, todo es posible.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** A ustedes mi respeto y amistad.
- A MI MADRINA:** Licenciada Rossanna Maribel Mena Guzmán, muchas gracias por todo su apoyo, aprecio y cariño demostrados.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Por compartir gratos y difíciles momentos inolvidables de la vida.
- DEDICATORIA ESPECIAL A:** Jenny Lisseth Coc Santizo, porque es la inspiración y mi gran motivación en mis metas, objetivos y sueños que se hacen realidad.
- A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:** Por ser la otra parte de mi vida.

A MIS MAESTROS:

Principalmente a: Ricardo Alvarado, Edgar Castillo, Omar Barrios, Rafael Godínez, Vicente Roca, Carlos Mancio, Rony López y Giovanni Orellana, por haberme enseñado más que el derecho, una filosofía de vida.

A MI ASESOR Y REVISOR DE TESIS: Licenciado Víctor Raúl Roca Chavarría y licenciado Marwin Eduardo Herrera Solares, por su colaboración, orientación, paciencia y apoyo para lograr este triunfo.

A LA CONSPICUA:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El proceso jurisdiccional	1
1.1. Conceptos doctrinales del proceso jurisdiccional.	1
1.2. Teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional.....	2
1.3. Fines del proceso jurisdiccional.....	7
1.4. Definición del proceso jurisdiccional	7
1.5. Sujetos del proceso jurisdiccional.....	8
1.6. Fases del proceso jurisdiccional	8
1.7. De las instancias del proceso jurisdiccional.....	10
1.8. Clasificación de los procesos jurisdiccionales	11
1.9. Principios que informan el proceso jurisdiccional	16
1.10. Procedimiento.....	18

CAPÍTULO II

2. El proceso cautelar	21
2.1. Denominación.....	21
2.2. Concepto	22
2.3. Características.....	23
2.4. Naturaleza jurídica.....	25

	Pág.
2.5. Clasificación	27
2.6. Fines.....	31
2.7. Medidas cautelares.....	32

CAPÍTULO III

3. Las providencias precautorias o cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil	33
3.1. Seguridad de las personas	33
3.2. Arraigo	34
3.3. Anotación de demanda.....	34
3.4. Embargo	35
3.5. Secuestro	35
3.6. Intervención	35
3.7. Providencias de urgencia	36
3.8. Enfoque doctrinario de las providencias precautorias o cautelares que regula el Código Procesal Civil y Mercantil	36
3.9. Trámite de las providencias precautorias según el Código Procesal Civil y Mercantil	56

CAPÍTULO IV

4. Principios procesales.....	57
4.1. Principio dispositivo.....	59
4.2. Principio de concentración.....	60
4.3. Principio de celeridad.....	61

	Pág.
4.4. Principio de inmediación	62
4.5. Principio de preclusión.....	62
4.6. Principio de eventualidad.....	64
4.7. Principio de adquisición procesal.....	65
4.8. Principio de igualdad	65
4.9. Principio de economía procesal	69
4.10. Principio de publicidad.....	70
4.11. Principio de probidad	70
4.12. Principio de escritura y de oralidad.....	71
4.13. Principio de legalidad.....	72
4.14. Principio de convalidación	72
4.15. Principio de congruencia.....	73

CAPÍTULO V

5. Análisis de la aplicación del principio de igualdad en la tramitación de las providencias precautorias.....	75
5.1. Breve antecedente histórico del principio de igualdad.....	75
5.2. Antecedentes constitucionales del principio de igualdad.....	76
5.3. Normas jurídicas que fundamentan el principio de igualdad	78
5.4. Naturaleza jurídica del principio de igualdad	79
5.5. Opinión de la Corte de Constitucionalidad en relación al principio de igualdad	83
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

Una de las funciones primordiales del derecho es la prevención y composición pacífica de las controversias individuales y colectivas que pueden surgir entre quienes integran la comunidad social. Dicha función de prevención la acomete ya el ordenamiento jurídico material al reglamentar y disciplinar la actividad de las personas, al delimitar mediante relaciones jurídicas, los derechos y obligaciones, los vínculos y facultades de los sujetos del derecho y, dentro de ella, habría que resaltar toda la actividad precontenciosa que realizan los notarios, a través de la redacción de contratos y de documentos, tendientes a impedir que surja conflicto más adelante.

Pero, lo cierto es que, sean cuales fueren las causas, las tensiones individuales o sociales llegan en ocasiones, a agudizarse hasta el punto de convertirse en irreconciliables. Lo que en primer momento consistía en una divergencia de opiniones contrapuestas, puede degenerar en un litigio, o en un conflicto abierto entre la sociedad y algún particular.

Para solucionar los conflictos, para restaurar, en definitiva, la paz social, surgió el proceso en la historia de las instituciones, ligado a la atribución al Estado del monopolio de la justicia.

La función del proceso es la satisfacción de las pretensiones y resistencias que en él se deducen. Pero para que la pretensión y su resistencia puedan recibir satisfacción, se hace preciso una actuación formal del juez y de las partes, regida por principios procesales.

Uno de esos principios procesales es el que analizamos en esta monografía. Nos referimos al principio de igualdad formulado en el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República de Guatemala. Averiguar si se viola, o no, dicho principio al decretarse las providencias precautorias sin oír a la parte contra quien se pidan y, que por el contrario, éstas se revocan al pedirlo el demandado, previo incidente, si una vez

ejecutadas el que la pidió no entabla su demanda dentro de los 15 días; ésta será una de las preocupaciones de esta investigación.

Ahora bien, se ha optado por realizar la exposición partiendo desde los elementos que consideramos fundamentales (el proceso), con ánimo de introducir al lector en la problemática total. Ello tendrá que obligar a mantener una línea esquemática que, sin duda, quebraría en el caso de un excesivo detenimiento en alguno de sus aspectos, que por sí solos bien merecerían un estudio de mayor profundidad. Pese a tal limitación, el tema sigue constituyendo un gran desafío.

El principio de igualdad todavía no ha sido suficientemente tratado por la doctrina guatemalteca. Ello se debe, como es obvio, a que sólo a partir del momento en que los textos legales se incorporan al ordenamiento jurídico y la doctrina, empieza a extraer sus consecuencias, sólo entonces el estudio cobra vitalidad.

Para advertir lo que el principio de igualdad significa, habrá que recurrir ante todo, a la doctrina y a la jurisprudencia guatemalteca; y en concreto, a la jurisprudencia surgida en torno a la aplicación del principio por la Corte de Constitucionalidad. En consecuencia, en esta investigación aplicaremos las técnicas bibliográficas y documentales; los métodos jurídico, analítico, inductivo y sintético; y basándonos en las teorías relativas a las providencias cautelares.

Para una mejor comprensión, el trabajo desarrollado se estableció en capítulos. En el primero, se realiza un estudio del proceso jurisdiccional; el segundo está destinado al estudio del proceso cautelar; el tercero aborda todo lo referente a las providencias precautorias o cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil; el cuarto capítulo, instruye lo concerniente a los principios procesales; y, el quinto observa lo relacionado al análisis de la aplicación del principio de igualdad en la tramitación de las providencias precautorias.

Para concluir, se presentan las conclusiones del trabajo realizado y se proponen las recomendaciones que se consideran pertinentes.

CAPÍTULO I

1. El proceso jurisdiccional

1.1. Conceptos doctrinales del proceso jurisdiccional

Los conceptos aportados por la doctrina respecto al proceso son múltiples y nunca pretenderíamos la exhaustividad, por lo que no deja de haber cierto subjetivismo en la selección de algunas de las nociones a examinar. Normalmente, los autores toman aquellos conceptos que tienen a la mano y nosotros haremos otro tanto.

El ilustre procesalista guatemalteco, hoy considerado uno de los autores clásicos del derecho procesal civil guatemalteco, Aguirre Godoy acerca de la designación de proceso determina: “la designación de proceso es relativamente moderna, ya que antiguamente se usaba la denominación *juicio*, que proviene de *iudicare*, que quiere decir declaración del derecho. Sin embargo, esta última denominación, es sustituida actualmente por la de proceso, que es mucho más amplia. Denota actividad (de proceder que significa actuar), y en esa virtud comprende todos los actos realizados por las partes, sea cual sea su origen; y además, comprende también las actividades de mera ejecución, que quedaban excluidas con el término juicio, que forzosamente implica una controversia de partes”.¹

De gran interés nos parece la reflexión transcrita pues, ella más adelante nos ayudará a formularnos con claridad y exactitud una buena definición o lo que debemos entender por proceso.

Un concepto que se ha tornado tradicional sobre el proceso es el del jurista español Guasp y que en opinión personal de Aguirre Godoy le parece de los mejores, es el siguiente: “El proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado

¹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo I. Pág. 238.

instituidos especialmente para ello".²

Coincidimos con el anterior pensamiento ya que, es un hecho admitido por todos los estudiosos del derecho y, en general por la doctrina, de que el proceso es la integración de una serie de actos jurídicos cuya finalidad fundamental es la de proteger un derecho.

Para los autores Montero Aroca y Chacón Corado es como: "un instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen con su función...y, también a que el proceso es el medio por el que los particulares pueden ver satisfecho el derecho a la tutela judicial que se les reconoce constitucionalmente".³

Por lo tanto, el proceso comprende una serie encadenado de actos jurídicos realizados por una parte, por aquellos que tienen un interés en disputa; y por la otra, por los que en su oficio han de preparar una fórmula de valor jurídico de tipo vinculante que, atendiendo a los principios de igualdad, equidad y justicia, solucione el conflicto, entendiéndose por esta fórmula no otra cosa, sino la sentencia.

1.2. Teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional

El estudio de la naturaleza jurídica del proceso es uno de los temas que mayores discusiones han suscitado entre los estudiosos de la disciplina, donde han tomado parte los mejores tratadistas de la materia procesal, entre ellos autores de la talla de Alsina, Bülow, Guasp, Goldschmidt, Alcalá-Zamora y Castillo, etc.

Pero, como siempre no pretendemos llegar a la exhaustividad, ya que la naturaleza jurídica del proceso no ha sido la misma a lo largo de todas las sociedades y tiempos.

² **Ibid.** Pág. 244.

³ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Volumen I. Págs. 123 a 125.

El proceso al comienzo fue de carácter rutinario, estando subordinado al derecho material, siendo formal y accesorio; pero en el pasado siglo, se inicia una corriente que reivindica al derecho procesal como una ciencia autónoma y es entonces cuando se buscan conceptos que aclarando su finalidad, permitan defender su independencia ante el derecho material, y surge así el estudio de su naturaleza jurídica a través de diversas teorías, que han tenido mayor o menor acogida: a) teoría del contrato; b) teoría del cuasicontrato; c) teoría de la relación jurídica; d) teoría de la situación jurídica; y e) teoría de la institución jurídica.

Para mejor comprensión del estudio es bueno hacer una breve síntesis de las teorías en referencia.

a) Teoría del contrato

Esta teoría considera al proceso como un contrato, ya que, según sus exponentes, la existencia de derechos y obligaciones de carácter procesal tienen su génesis en un convenio entre las partes que se comprometen a estar y pasar por el resultado de la decisión. Así pues, el proceso engendra una serie de poderes y deberes en virtud del consentimiento de las partes que figuran en él.

Esta tesis fue perfectamente defendible en el viejo derecho romano, donde la relación jurídica material era novada por el proceso. Su posición en la actualidad es insostenible, porque se le estaría construyendo sobre una base de principios de derecho privado incorporados a una institución de derecho público; pero, si bien es cierto que las partes en algunos casos acuden al proceso en virtud de mutuo acuerdo, en otras ocasiones puede haber negativa, la que no obsta para su debido desenvolvimiento, y en fin, la ejecución del resultado no descansa en la voluntad de las partes, sino en la fuerza coactiva que al mismo dispone el ordenamiento jurídico; Por otra parte, los derechos y obligaciones que surgen del proceso no reconocen como fuente de existencia el consentimiento acorde a los particulares que en él intervienen.

b) Teoría del cuasicontrato

Otros más modernos, mantienen la teoría del cuasicontrato que tiene su fundamento en la existencia de un presunto consentimiento o en la voluntad unilateral de alguna de las partes; viene a ser como la anterior, lógica consecuencia de la concepción privatista del proceso, que la consideraba como introducida por el mismo derecho subjetivo; la crítica más acertada que puede hacerse es la de que los vínculos formativos del proceso descansan en la sumisión de los ciudadanos al Estado y no en la voluntad de los interesados.

Esta teoría representa en cierto modo un intento para conservar el proceso entre las figuras del derecho privado, y ha tenido entre viejos tratadistas mucho auge, y aún algunos hoy la sostienen al afirmar que con el hecho de la litis-contestatio (contestación de la demanda) se forma el cuasicontrato de la litis.

c) Teoría de la relación jurídica

Esta teoría considera el proceso como una relación jurídica, o sea el conjunto de los nexos jurídicos que respecto a la demanda, se constituye entre el juez y las partes.

No es fácil después de esta primera idea, señalar las pautas ulteriores tocantes a la fijación de cuáles son los derechos y deberes jurídicos que la integran. Siendo tres los sujetos fundamentales de todo proceso: Juez y dos partes litigantes, a veces hasta tres, como en el caso de la tercería, los derechos y deberes configurativos a la relación jurídica procesal podrían considerarse bajo estos aspectos como deberes y derechos del juez frente a las partes y de las partes frente al juez, por un lado, y de las partes entre si por el otro.

El autor Hugo Alsina -citado por Aguirre Godoy-, defensor de esta teoría de relación jurídica, afirma: "El deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda la relación procesal, es la obligación que tiene el Juez de proveer a las demandas de las partes, aun en caso de silencio u obscuridad de la ley, obligación que forma parte

de su oficio y que está garantizada por las penalidades en que incurre por su incumplimiento. A las partes corresponde la exposición y prueba de los hechos, en la forma y dentro de los plazos y condiciones que la ley determina. El contenido de la relación procesal, que viene así a comprender el conjunto de derechos y obligaciones que tienen el Juez y las partes, esta condicionado por las formas establecidas por la ley para la tramitación de los juicios. Ella determina bajo qué condiciones está el demandado obligado a contestar la demanda, el actor a justificar sus pretensiones y el Juez a dictar sentencia”.⁴ (sic.)

Por eso en su opinión dice el citado autor: “no puede negarse la existencia de una relación jurídica en el proceso, con derechos y obligaciones entre el órgano jurisdiccional y las partes, como una consecuencia de aceptar que la acción es un derecho que el actor tiene contra el Estado para la tutela de su pretensión jurídica frente al demandado”.⁵

d) Teoría de la situación jurídica

La teoría anterior de la relación jurídica, como bien lo hace ver el destacado procesalista español Vicente Gimeno Sedra es criticada por James Goldschmidt al negar el carácter de verdaderos derechos y deberes jurídicos a los distintos vínculos que median entre los sujetos procesales. El juez, según el mencionado tratadista: “tiene obligación de conocer y decidir sobre la demanda, pero esta obligación es de carácter público, no estrictamente procesal. El demandado no tiene obligación procesal alguna sino cargas; su incomparecencia no lleva consigo sanción alguna sino el perjuicio que supone su declaración en rebeldía”.⁶

Al considerar inaceptable la tesis de la relación jurídica procesal, considera el proceso como: “una situación jurídica, que deviene en un complejo de expectativas, cargas y posibilidades de obrar, no deberes y derechos en que el proceso se resuelve,

⁴ **Ob. Cit.** Pág. 247.

⁵ **Ibid.** Pág. 247.

⁶ Gimeno Sedra, Vicente et. al. **Derecho procesal.** Tomo I. Vol. I. Pág. 182.

lo que no es otra cosa sino consecuencia de la concepción dinámica del derecho”.⁷

e) Teoría de la institución jurídica

La concepción del proceso como una institución jurídica, parte del error de negar la existencia de verdaderos derechos y deberes procesales, ya que las cargas y atribuciones de las partes, más que figuras autónomas son aspectos especiales de las dos figuras fundamentales: el derecho y la obligación.

Pero, aun reconociendo en el proceso la existencia de verdaderos derechos y obligaciones, el proceso no sólo es una relación jurídica, sino múltiples relaciones jurídicas, mejor dicho, se compone de ellas.

Para el procesalista español Jaime Guasp -citado por Aguirre Godoy-: “en el proceso existen verdaderos derechos y deberes jurídicos, y por lo tanto hay un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes proviene la dicha actividad. La institución se compone de dos elementos: el objetivo que está situado por encima de esas voluntades y el conjunto de las dichas voluntades que se adhieren a la idea para lograr su realización”.⁸

Expuestas en síntesis, las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso, la opinión generalizada entre casi todos los actuales doctrinarios, es la de que el proceso, es una relación jurídica de carácter dinámica porque la actividad condiciona su propia naturaleza; de derecho público, que le presta la decisiva intervención del órgano jurisdiccional, cuando se pide la actividad del organismo judicial para la debida administración de justicia; de carácter autónomo, porque es completamente independiente su actividad del derecho material debatida en el proceso; y de carácter complejo por la multiplicidad de actos procesales que en él se desenvuelven por los sujetos procesales y por los vínculos que surgen a través de los deberes y obligaciones

⁷ **Ibid.** Pág. 183.

⁸ **Ob. Cit.** Pág. 250 y 251.

de tipo procesal.

1.3. Fines del proceso jurisdiccional

La profesora Castillo de Juárez indica que: “La finalidad primordial del proceso es establecer lo que es justo, no en sentido abstracto, sino concreto; se trata de fijar las reglas axiológicas inmutables y válidas en todo tiempo y lugar, y para todas las personas... el fin del proceso es establecer qué es lo justo en el caso concreto, mediante modalidades particulares en el tiempo y en el lugar específico. El proceso, persigue la justicia contenida en la ley aunque, en algunas ocasiones, no se alcance y se proporcione un valor jerárquico inferior como es la seguridad o la paz, fundamentos de toda organización jurídicamente organizada con efectos y causas sociales y políticas”.⁹

Muy apropiado nos parece la opinión de la relevante profesora pues en efecto, la finalidad principal del proceso es que se haga justicia a favor de quien tenga la razón total o parcial. Estamos de acuerdo con ella.

1.4. Definición del proceso jurisdiccional

Luego de haber hecho una transcripción, por supuesto no exhaustivo, de criterios doctrinales sobre la designación del proceso, su concepto, las teorías que explican su naturaleza jurídica, el fin que persigue respectivamente, consideramos que estamos en aptitud de formularnos con claridad y exactitud una definición.

Por tanto, entendemos por proceso el conjunto de derechos, obligaciones, posibilidades y cargas, que asisten a los sujetos procesales, como consecuencia del ejercicio de la acción y cuya realización, ante los tribunales de justicia, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, desde las que, en un estado de contradicción, examinan las partes sus expectativas de una sentencia favorable y, con

⁹ Ruiz Castillo de Juárez, Crista. **Teoría general del proceso**. Pág. 176.

ella, la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias.

1.5. Sujetos del proceso jurisdiccional

Brevemente, son las personas jurídicas individuales o colectivas que se constituyen en el proceso para pretender en él la solución de un conflicto de intereses y que en posiciones antagónicas procuran que se les resuelva favorablemente sus respectivas reclamaciones, deducidas ante el órgano jurisdiccional.

En materia civil son sujetos del proceso el actor, el demandado y el tercero. El primero, es la persona que interpone la pretensión ante el órgano jurisdiccional, el segundo es la persona frente a la que se interpone la pretensión y el último es la persona que interviene en el proceso, o es llamado para intervenir en él por el órgano jurisdiccional.

Para ser sujeto del proceso es requisito necesario gozar de capacidad o en su defecto la representación legal respectiva.

Para concluir con este apartado referente a los sujetos del proceso, es menester dejar asentado que: “en el proceso intervienen otras personas ajenas a la calidad de partes, como el juez que está por encima de ellas, los expertos, testigos, abogados, etc”.¹⁰(sic.) Las partes del proceso son sujetos del proceso, pero no todos los sujetos del proceso son partes. El juez, los abogados, peritos y testigos son sujetos del proceso pero no son una de las partes. Parte es el sujeto en el proceso, respecto del cual se habrá de ejecutar la función jurisdiccional para resolver sobre sus derechos en el problema principal jurídico controvertido, planteado ante el juzgador.

1.6. Fases del proceso jurisdiccional

Dentro del proceso hay una variedad de actos jurídicos, de hechos jurídicos y de

¹⁰ Aguirre Godoy. **Ob. Cit.** Pág. 367.

actos materiales. Un acto jurídico podría ser una resolución judicial, ya que la misma produce efectos jurídicos directos e inmediatos entre el órgano jurisdiccional que la dicta y las partes a quienes va dirigido, a partir de su notificación. Un hecho jurídico es aquel acontecimiento de los cuales pueden o no producir efectos, pero en el caso de producirse efectos es la voluntad expresa del órgano jurisdiccional, por ejemplo el extravío de un expediente y la reposición de actuaciones (Artículo 161 de la Ley del Organismo Judicial) y un acto material sería colocar el expediente en el archivo correspondiente para su fácil localización.

Esa multiplicidad de actos jurídicos, de hechos jurídicos y de actos materiales, según el estado de evolución del expediente que corresponda al proceso de que se trate, pueden clasificarse en varias fases, siendo las más importantes:

➤ Fase de iniciación

Que esta representado por la demanda que contiene la pretensión del actor, por medio de la cual se materializa el arranque de la mayoría de los procesos y por la contestación de la misma por parte del demandado. En esta fase las partes invocan, respectivamente, ante el juez, los hechos y las normas jurídicas que les favorecen. Asimismo en nuestro medio en esta fase es donde se ofrecen las pruebas en los que se apoyará la pretensión.

➤ Fase de desarrollo

En esta fase es donde las partes tienen la carga de la prueba, porque ambas deben de convencer al juez de la verdad de sus afirmaciones o negaciones. Es decir, que el actor debe probar los hechos que constituyen su pretensión y el demandado si contradice la pretensión del actor, también debe probar los hechos que extinguen o las circunstancias que impiden esa pretensión; y en este caso, el juez, se limita a rechazar o admitir la prueba y valorarla de conformidad con las reglas de la sana crítica, como lo regula los Artículos 126 y 127 del Código Procesal Civil y Mercantil.

➤ Fase de alegatos

En esta fase cada una de las partes alude a los hechos, al derecho y a las pruebas, con argumentos jurídicos tendientes a concluir la procedencia y fundamento de sus respectivos puntos de vista y con el objeto de hacerle ver al juez la verdad o falsedad de la pretensión.

➤ Fase de conclusión

En esta fase es donde el juez ejerce la esencia de su función jurisdiccional, decidiendo sobre la controversia planteada a través de la sentencia y establecer con ella lo que es justo.

1.7. De las instancias del proceso jurisdiccional

El Diccionario de la Real Academia Española, tomando esta voz en su aceptación jurídica, la define como cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia.

El profesor Aguirre Godoy afirma que su esencia consiste en: “instar el curso del procedimiento...es la energía dinámica en virtud de la cual se recaban las resoluciones judiciales”.¹¹ Y la profesora Castillo de Juárez afirma que su finalidad es: “afinar las decisiones tomadas por los tribunales de justicia”.¹²

Estimamos que, la definición proporcionada por el referido diccionario, así como las afirmaciones hechas por los citados profesionales nos ilustran lo suficiente para intentar una explicación breve.

Las instancias del proceso, corresponden a cada una de las etapas o grados del

¹¹ **Ibid.** Pág. 371.

¹² **Ob. Cit.** Pág. 64.

proceso. Normalmente y en el medio guatemalteco, en la tramitación de un proceso se pueden dar dos instancias: una primera, que va desde su iniciación hasta la primera sentencia que lo resuelve, y una segunda, desde la interposición del recurso generalmente el de apelación hasta la sentencia que en ella se pronuncie. En esas dos instancias se debaten tanto circunstancias de hecho y cuanto de derecho. Aun cuando la sentencia dictada en apelación sea susceptible de otro recurso por ejemplo el de casación, esta última etapa ya no es constitutiva de una instancia. De ahí que los jueces que intervienen en la primera instancia del proceso, suelen llamarlos de primera instancia. No es posible una tercera instancia. La petición de abrir una tercera instancia por medio del proceso de amparo, se desestima por inconstitucional. La Corte de Constitucionalidad no está facultada para conocer de procesos judiciales terminados.

Instancia significa también el requerimiento que los litigantes dirigen a los jueces, dentro del proceso, para que adopten una determinada medida, y en este sentido se habla de las que pueden o tienen que ser tomadas a instancia de parte.

1.8. Clasificación de los procesos jurisdiccionales

Previo a referirnos a las clases de procesos que existen, primero debemos entender que clasificar es ordenar las cosas o las personas bajo diversas perspectivas. Por tanto, nos interesa hacer referencia al criterio bajo el cual podría ordenarse el proceso.

Muy completa es la clasificación de los procesos que sugiere la licenciada Ruiz Castillo de Juárez, quien en forma ordena enumera los siguientes criterios:

- “Por el orden al que pertenece:
 - ✓ Civil;
 - ✓ Penal;
 - ✓ Laboral;

- ✓ Administrativo;
- ✓ Constitucional;
- ✓ Tributario;
- ✓ Económico-coactivo;
- ✓ Canónico;
- ✓ Militar, etcétera;

- Por la calidad de la contienda:
 - ✓ Contencioso, y;
 - ✓ Voluntario;

- Por su afección patrimonial:
 - ✓ Universal, y;
 - ✓ Singular;

- Por su subordinación:
 - ✓ Principal o de fondo, e;
 - ✓ Incidental o accesorio;

- Por su función:
 - ✓ De conocimiento;
 - ✓ De ejecución;
 - ✓ De Cautela;

- Por su declaración:
 - ✓ Declarativo;
 - ✓ Constitutivo;
 - ✓ Condenatorio;

- Por la forma del procedimiento:

- ✓ Ordinario o común;
- ✓ Especial o sumario".¹³(sic.)

Consideramos que la clasificación que antecede es muy completa, aceptable y de digno estudio, sin embargo, por la naturaleza del presente trabajo nos limitaremos a comentar particularmente sobre las siguientes:

- Por el orden al que pertenece

Desde el punto de vista de la materia jurídica a la que pertenezcan los derechos que se controvierten, o sea, desde el punto de vista de la rama del derecho en que se consideran los derechos subjetivos en controversia, los procesos, dentro del medio guatemalteco, pueden ser: penales, civiles, laborales, administrativos, constitucionales, económico-coactivo, etc.

- Por la calidad de la contienda

Contencioso y voluntario. Esta clasificación tiene su fundamento en la división de la jurisdicción. Se puede decir que se da el último, cuando no se plantea al Juez la solución de algún litigio o conflicto de voluntades, ni la declaración de un derecho o relación jurídica frente a un demandado, sino nada más que la declaración judicial sólo sea para el interés del solicitante y sin que exista parte contraria.

- Por su subordinación

En lo que atañe a la subordinación, los procesos principales, son aquellos que tienen como finalidad resolver el conflicto principal o de fondo y generalmente finalizan en forma normal a través de la sentencia, y los incidentales, son aquellos que surgen del principal, es decir, dependen de un proceso principal y por medio de ellos se resuelven aquellos asuntos que no tienen trámite específico (Artículo 135 de la Ley del Organismo Judicial).

¹³ **Ibid.** Págs. 177 a 180.

➤ Por su afección patrimonial

A los procesos singulares y universales se refiere el libro tercero del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que suele clasificar los procesos de ejecución en singulares y colectivos. La diferencia entre el proceso singular y el proceso universal radica en que el primero afecta únicamente parte del patrimonio de una persona y el segundo afecta la totalidad del patrimonio de la persona.

En ese orden de ideas, podemos decir que los ejemplos más claros para los procesos singulares son las ejecuciones singulares (vía de apremio, juicio ejecutivo, ejecuciones especiales y ejecución de sentencia nacionales y extranjeras) y para los procesos universales las ejecuciones colectivas (concurso voluntario de acreedores, concurso necesario de acreedores, y quiebra).

➤ Por su función

Por la función o la finalidad que se persigue los procesos son:

❖ De conocimiento

Conocido también como declarativo o de cognición, el mismo se encuentra regulado en el libro segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, y que tiene como objeto la declaración de un derecho controvertido que puede ser dependiendo de la pretensión que se ejerza:

✓ Constitutivo

Cuando lo que se pretende es obtener la constitución o creación, modificación o extinción de una situación jurídica existente, creando una nueva, llamándose a la pretensión que le da origen, pretensión constitutiva y en consecuencia la sentencia correspondiente, por ejemplo el divorcio que solo puede ser declarado

en virtud de la existencia de un matrimonio válido.

✓ Declarativo

Aquí la petición de la parte se dirige a obtener la constatación o fijación de una situación jurídica existente y la sentencia que dicta el órgano jurisdiccional, agota su fuerza con la declaración, no necesitándose su ejecución posterior ya que el actor quedará satisfecho con la simple declaración judicial, por ejemplo la acción publiciana o reivindicatoria de propiedad regulado en el Artículo 469 del Código Civil, que pretende dejar establecida el dominio sobre un bien, es decir la sentencia se limita a declarar el derecho de propiedad.

✓ De condena

Cuando lo que se pretende ante el órgano jurisdiccional es que se determine o se declare una prestación en la persona del sujeto pasivo, pero que no se satisface sólo con esa simple sentencia de declaración, sino que es precisa una actuación posterior que puede realizar voluntariamente el condenado o de lo contrario se le ejecutará forzosamente. De tal manera que la sentencia de condena produce un doble efecto a decir que es un título ejecutivo y, además, contiene una declaración irrevocable es decir cosa juzgada. Es importante resaltar, que en el caso de las sentencias, las que son ejecutables son las de condena; ya que las declarativas y las constitutivas, no son ejecutables. Los clásicos ejemplos de esta clase de proceso de conocimiento son el pago de daños y perjuicios y la fijación de pensión alimenticia.

❖ Cautelares

Es aquel donde no se trata de la declaración de un derecho o de una responsabilidad, o de la constitución de una relación jurídica, sino el de obtener una medida preventiva o cautelar para asegurar en lo futuro el ejercicio de un derecho o el

cumplimiento de una obligación; en algunos casos equivale a las providencias precautelativas o de aseguramiento, pudiendo ser conservativo o innovativo, según que tenga por objeto impedir que se modifique la situación existente; o por el contrario, producir en forma provisional un cambio en ella. A esta clase de proceso nos referimos más adelante, por considerarla de suma importancia no sólo en el ámbito doctrinario sino por ser parte del presente trabajo.

❖ De ejecución

En principio se puede considerar a esta clase de proceso como aquel en el que se materializa por el tribunal una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título; título que puede surgir de una sentencia, de un acto voluntario o del resultado de una prueba anticipada. En otras palabras, es en esta clase de proceso es donde el juez puede hacer cumplir una sentencia, pues ese es su objetivo.

1.9. Principios que informan el proceso jurisdiccional

Los principios que informan el proceso son innumerables, pero los más comunes y aplicables en nuestro medio son:

➤ Libertad de acceso a los tribunales

Este principio establece que toda persona, sea individual o jurídica, que tenga interés en hacer valer sus derechos gozan de libre acceso a los tribunales y demás oficinas públicas; siempre y cuando que tales derechos se ejerciten según los procedimientos y requisitos establecidos en las leyes, y además de buena fe como lo regula el Artículo 17 de la Ley del Organismo Judicial.

El fundamento legal de este principio lo encontramos regulado en el Artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “Toda persona

tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley...” y en el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial.

➤ Imparcialidad del juzgador

Este principio establece que el juez en un proceso debe ser imparcial y que su conducta debe excluir toda apariencia de que es susceptible de actuar con base en influencias de otras personas, grupos o partidos, o de ser influido por el clamor público, por consideraciones de popularidad o notoriedad, o por motivaciones impropias. Ha de tener siempre presente que su único empeño debe ser el de impartir justicia de conformidad con el derecho aplicable, con absoluta ecuanimidad, sin procurarle el reconocimiento o crítica que pueda darse a su labor.

En ese sentido este principio exige al juez impartir justicia libremente, únicamente estar sujeto a la ley y a los principios que la nutre, alejado de toda motivación afectiva que influya en su decisión.

Podríamos citar como fundamento legal de este principio el Artículo 30 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala que establece: “La imparcialidad y ecuanimidad son los deberes más importantes del juzgador. Situado entre las partes en litigio, el juez representa la autoridad capaz de decidir la contienda y de impartir justicia libremente, sólo con sujeción a la Ley y a los principios que la informan, alejando de toda pasión que pueda manchar una resolución justa. Ni la envidia, el odio, el soborno, la amistad u otro sentimiento semejante, deben enturbiar su decisión”.

➤ Contradicción y bilateralidad

Este principio instituye que en el proceso, debe darse oportunidad a las partes para intervenir atacando o defendiendo, probando o desaprobando, los hechos que

motivan la controversia. Se refiere concretamente a la igualdad de las partes en los actos procesales como lo establece el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

➤ Oficiosidad y disponibilidad

Fundamenta que el proceso, puede ser iniciado e impulsado de oficio ya sea por el juez o por las partes, según la forma en que se haya ejercido el derecho de acción regulado en el Artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

➤ Eficacia

Indica que el proceso debe ser eficiente para que las partes alcancen la finalidad que persiguen, de tal manera que los jueces no pueden suspender ni retardar la administración de justicia, porque de lo contrario no se lograría el bien común que es uno de los fines del Estado.

➤ Veracidad

Este principio indica que el proceso debe basarse en hechos y pruebas verdaderas para que el juez pueda fallar justamente y de acuerdo a lo que obra en el proceso.

1.10. Procedimiento

Antes de concluir el presente capítulo consideramos necesario aclarar que en ocasiones, se ha utilizado el vocablo proceso como sinónimo de procedimiento. No existe sinonimia entre ambas expresiones puesto que procedimiento es el modo como se va desarrollándose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser en el medio guatemalteco ordinaria, sumaria, oral, de una o dos instancias, y así sucesivamente. En otras palabras, el procedimiento es el

desarrollo real de un caso en que se ha planteado una determinada controversia. El proceso es la serie de etapas cronológicamente ordenadas y concatenadas, reguladas por la ley cuyo objetivo es que se diga el derecho a favor de quien tenga la razón total o parcial.

Acerca de la necesidad de distinguir entre proceso y procedimiento nos ilustra el destacado procesalista guatemalteco Orellana Donis quien indica: “Es tan común confundir Proceso con Procedimiento, pero son dos cosas distintas. El proceso es el todo, es la serie de etapas ordenadas hasta llegar al fin, y Procedimiento: es la forma en que se desarrolla el Proceso”.¹⁴(sic.)

Por tanto, proceso y procedimiento son conceptos distintos. Consideramos que las vicisitudes de la vida real harán que, dentro de los cauces legales que previenen el proceso, cada procedimiento presentará aspectos de gran singularidad, al grado de que, todo procedimiento, en el caso concreto, será diferente a cualquier otro. No hay procedimientos iguales aunque estén regidos por los lineamientos legales que corresponden a un determinado proceso.

¹⁴ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. Pág. 82.

CAPÍTULO II

2. El proceso cautelar

En el capítulo anterior, al estudiar las clases de procesos, diferenciamos entre los de conocimiento o de cognición, los de ejecución y los de aseguramiento o cautelar, y advertimos que este tercero tiene como objeto obtener una medida preventiva o cautelar para asegurar en lo futuro el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación.

Pero, antes de adentrarnos en su estudio, conviene que nos detengamos en su denominación.

2.1. Denominación

En la doctrina no existe uniformidad de como denominarle a esta clase de proceso, algunos autores le llaman: diligencias cautelares, providencias precautorias, providencias cautelares, providencias urgentes, providencias preparatorias, medidas de seguridad, medidas de garantía, medidas cautelares, medidas consecutivas, etc.

Nos indica Orellana Donis: “Es importante resaltar que el proceso cautelar y las medidas cautelares se les conocen con otros nombres, como por ejemplo: Medidas Precautorias, Medidas de Urgencia, Providencias Cautelares, entre otros”.¹⁵

Los autores Saenz Jiménez y López de Gamboa, les denomina medidas de cautela, y al respecto indican: “Los procesos cautelares y las medidas cautelares tienen como elemento común o de afinidad su finalidad asegurativa y preventiva del resultado de un determinado pronunciamiento del órgano jurisdiccional, y se diferencia entre sí en que mientras las medidas o constituyen un mero procedimiento ligado a un proceso principal, o una simple fase de un proceso, teniendo en ambos supuestos carácter accesorio; en tanto que el proceso cautelar tiene carácter autónomo aunque de dudosa consistencia. Por eso, a pesar de lo ya dicho, desde ahora vamos a negar

¹⁵ **Ibid.** Pág. 183.

sistemáticamente la existencia de los llamados procesos cautelares como entidades autónomas e independientes, para sostener en principio no hay tales procesos, sino la simple adopción de medidas auxiliares, complementarios, paralelos o conexos con el principal cuando se plantean incidentes contradictorios para discutir su procedencia, pues cuando así no ocurre, no podremos decir nunca con razón que estamos ante un verdadero proceso, sino simplemente ante la adopción de unas medidas de cautela, bien anteriores, simultáneamente e incluso posteriores a la promoción del litigio”.¹⁶

El tratadista Manuel de la Plaza citado por Aguirre Godoy, le denomina procesos cautelares, e indica que estos existen sin perder el carácter previo y cautelar de las medidas, ya 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, y es por ello que al lado del proceso jurisdiccional de cognición o el 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”.¹⁷

Otros autores optan por denominarle medidas precautorias o asegurativas o bien optan por denominarle proceso cautelar, pero se afirma que esta última carece de autonomía, ya que siempre supone de un proceso principal, en donde las providencias cautelares producen sus efectos. En el presente trabajo les denominaremos providencias precautorias o providencias cautelares, por considerar los términos más adecuados a sus fines, alcances y en concordancia con el Código Procesal Civil, Decreto Ley 107.

2.2. Concepto

Tradicionalmente se ha indicado que proceso cautelar es aquel que: “sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso”¹⁸.

¹⁶ Saenz Jiménez, Jesús y López de Gamboa, Fernández. **Compendio de derecho procesal civil y penal**. Tomo III. Pág. 107.

¹⁷ **Ob. Cit.** Pág. 260 y 261.

¹⁸ Carnelutti, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Vol. I. Pág. 86. nº 44.

Los autores Montero Aroca y Chacón Corado, indican que el proceso cautelar es: “aquel proceso que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de su resultado”.¹⁹

“El proceso cautelar es: un proceso accesorio que busca la seguridad de la persona, evita que una persona salga del país sujetándolo a un futuro proceso, y garantiza el cumplimiento de una obligación”²⁰.

Para el tratadista José Chiovenda citado por Podetti, son medidas de seguridad o de cautela: “porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira”.²¹

Conceptualizamos a las providencias precautorias o providencias cautelares, como el conjunto de actos jurisdiccionales que se desarrollan antes de la demanda o en el curso del proceso principal, con el objeto de garantizar el resultado de la sentencia definitiva.

En otras palabras, las providencias precautorias o providencias cautelares son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso o se pierda o diluya por el paso inevitable del tiempo al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso.

2.3. Características

“El primer elemento que caracteriza el proceso cautelar es su *provisoriedad*, o sea la limitación de la duración de sus efectos. Esos efectos se producen en el lapso comprendido entre la emisión de la providencia cautelar y la producción de la providencia jurisdiccional definitiva.

¹⁹ **Ob. Cit.** Pág. 154.

²⁰ Orellana Donis. **Ob. Cit.** Pág. 183.

²¹ Podetti, J. Ramiro. **Derecho procesal civil, comercial y laboral.** Tomo IV. Pág. 22.

El otro elemento característico está determinado por el *periculum in mora*, o sea la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva”.²²

De tal manera que, en aquellos casos en que se presente la necesidad de prevenir un daño que se teme, el cual por la inminencia del peligro puede convertirse en daño efectivo si no se dicta la providencia cautelar. Encontramos los elementos propicios para aproximarnos a la idea del *periculum in mora*, ya que además de estos dos elementos (prevención y urgencia) se requiere la necesidad de que para obviar oportunamente el peligro del daño que amenaza el derecho, la protección ordinaria se manifiesta como demasiado lenta, de tal manera que, en espera de que se madure a través del proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o agrave durante aquella espera.

En opinión del procesalista Podetti, las características del proceso cautelar son: “la accesoriedad; la instrumentalidad; la provisoriedad; y la mutabilidad.”²³

Para una mejor comprensión enseguida haremos una breve síntesis

➤ La accesoriedad

En principio las providencias precautorias o providencias cautelares, no tienen un fin en sí mismo. Si fueron ordenadas y hecho efectivas antes del proceso principal y si se trata de obligaciones exigibles, la demanda debe plantearse dentro del plazo de quince días a contar desde su traba, caso contrario se revocará al pedirlo el demandado, previo incidente (Artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil).

➤ La instrumentalidad

Surgen por cuanto se otorgan en consideración al derecho que ha de establecerse o actuarse mediante las formas reguladas que aseguran la defensa en

²² Aguirre Godoy. **Ob. Cit.** Pág. 284 y 285.

²³ **Ob. Cit.** Pág. 22.

juicio, es decir, en un proceso donde se actuará ese derecho, o para asegurar la posibilidad misma o la integridad de ese proceso.

➤ De provisoriedad

Se presume que la finalidad protectora de personas, bienes, situaciones o pruebas, indican su posible mutabilidad y la conveniencia de que sean flexibles.

➤ La mutabilidad

Se refiere a que son mutables en doble sentido: En cuanto pueden ser sustituidas a pedido del demandado y en cuanto deben ajustarse al fin de la cautela, adaptándose lo más ceñidamente posible, a las necesidades del caso. La medida solicitada puede ser sustituida por el juez o limitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intenta proteger y para evitar perjuicios o vejámenes innecesarios al demandado.

Antes de concluir con este apartado queremos además indicar lo siguiente: El carácter accesorio de las providencias precautorias o providencias cautelares, les da la calificación de instrumentales, pues facilitan o aseguran el futuro del proceso y sus efectos; y se da en ellas el carácter de provisionalidad, debido a que carecen de vida propia y desconectada del proceso, pues por el contrario, están firmemente ligados al proceso principal que puede ser de cognición o ejecución. Destaca el carácter provisorio de las providencias precautorias, por no ser permanentes, pues la razón de ser de las mismas y la procedencia de adoptarlas, cede y desaparece si en el curso del proceso principal, para cuyo servicio nacen, llega a demostrarse que el derecho no existía, era inactual o se había extinguido.

2.4. Naturaleza jurídica

Montero Aroca y Chacón Corado, en su obra nos explican la naturaleza jurídica del proceso, pero lo más relevante es extraer la esencia de lo que debemos entender

por naturaleza jurídica de cualquier institución. Señalan que: “cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) para encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: Se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.

Cuando los procesalistas discuten en torno a la naturaleza jurídica del proceso están haciendo exactamente esto: Buscar la categoría jurídica general (el género) en que encuadrarlo, y lo deben hacer con la finalidad de que, ante la laguna legal queden determinadas las normas supletorias. Cualquier teoría que se proponga debe partir del intento de lograr una solución útil, de modo que la explicación que no pretenda precisar la normativa aplicable supletoriamente debe ser rechazada sin más”.²⁴

“Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o resoluciones cautelares”.²⁵

El tratadista Prieto Castro, considera que la naturaleza jurídica se define en cuanto: “constituyen mera tutela jurídica de los derechos declarados o adquiridos, y asevera que las medidas cautelares constituyen una forma de tutela jurídica con propia sustantividad, y su objeto es uno de los más importantes entre todo lo que se asigna a la institución del proceso”.²⁶

Manuel de la Plaza citado por los autores Saenz Jiménez y López de Gamboa, afirma que: “las medidas cautelares constituyen una modificación precaria de la situación jurídica del titular respecto de determinados bienes que forman parte de su patrimonio designando la posición en que se encuentra con respecto al derecho

²⁴ **Ob. Cit.** Pág. 118.

²⁵ Podetti, J. Ramiro. **Ob. Cit.** Pág. 11.

²⁶ Prieto Castro, Leonardo. **Derecho procesal civil.** Tomo II, Pág. 368.

material que hace valer la parte actora ya que toda cosa y toda persona se encuentran sujetas a una relación jurídica, según el amparo o trasgresión de las normas aplicadas a cada caso concreto”.²⁷

En resumen, diremos que la naturaleza jurídica de una institución jurídica; comprende, el lugar de donde nace, su ubicación en las distintas disciplinas, propiedades y características de la misma. Por lo que consideramos, que la naturaleza jurídica de las providencias precautorias o providencias cautelares, son peticiones que resuelve el órgano jurisdiccional en forma incidental, por medio del cual se modifica la situación jurídica de un bien o de una persona, para garantizar el resultado de la sentencia, tutelando con ello al derecho y las pretensiones del actor.

2.5. Clasificación

En la doctrina no hay una posición unánime, respecto a la clasificación de las providencias precautorias o providencias cautelares; por lo que en este trabajo veremos las propuestas más importantes, dando inicio con la de Pierro Calamandrei, que las clasifica en cuatro grupos:

a) “Providencias instructorias anticipadas

Estas toman en cuenta un proceso futuro de cognición, y por ello, tratan de conservar ciertos resultados probatorios, que serán utilizados en aquel proceso en el momento oportuno, incluyendo la conservación de la hipótesis, de conservación o aseguración de la prueba.

b) Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada

Dentro de estas medidas destaca la figura del secuestro.

²⁷ **Ob. Cit.** Pág. 141.

- c) Providencias mediante las cuales se decide internamente una relación controvertida

En estas medidas se encuentran la de obra nueva y de daño temido, alimentos, providencias de urgencia o temporales.

- d) Providencias que imponen por parte del juez una caución

Son las que debe prestar el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial".²⁸

El tratadista Podetti, indica que: "es mejor clasificar las Providencias Cautelares de la siguiente manera:

- a) Por la forma:

- 1. De decretarlas por el juez

En este supuesto puede otorgarse a petición de parte o de oficio; por regla general, las medidas cautelares se dictan a instancia de los interesados, ya que, fundándose la instancia en la cual se les postula, en una de las facultades que integran la acción, tendiente a asegurar la eficacia de las actuaciones futuras de un derecho subjetivo, caen dentro de la regla general de que a los sujetos del interés corresponde la iniciativa, pero en ciertas hipótesis pueden ser acordadas de oficio, como en el caso de los incapaces.

- 2. De la sustanciación

Con autonomía procesal o sin ella; es decir, las medidas cautelares pueden ser ordenadas dentro del proceso principal, en el cual se actuará el derecho que se intenta cautelar o mediante un trámite autónomo. Tienen propiamente autonomía procesal aquellas medidas cautelares que se solicitan antes de

²⁸ Calamandrei, Pierro. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.** Pág. 53.

iniciarse el proceso principal, sin embargo, algunas medidas cautelares pueden solicitarse estando el proceso principal en trámite.

3. De la finalidad perseguida

Es la que tiene en vista la finalidad de la medida, su objeto inmediato. Porque dentro del concepto genérico de cautela, se observan diversos fines, más o menos concretos y particulares o de mayor o menor generalidad; directa o indirectamente vinculados aun interés patrimonial (aseguramiento de bienes o de pruebas) o a un interés de protección a la persona humana (guarda de personas).

b) Sobre la base del objeto

1. Medidas para asegurar bienes

1.1. Para asegurar la ejecución forzosa

Dentro de éstas se encuentra el embargo preventivo o no; la intervención cuando se otorga para la percepción de rentas embargadas; la administración, cuando se emplea por vía sustantiva de la venta, es decir, en forma análoga a la intervención en la especie; la inhibición, que procura impedir que el deudor transfiera o grave bienes inmuebles o derechos reales sobre ellos, siendo por lo tanto un anticipo del embargo, secuestro o inhibición dictados en cursos (civiles y comerciales) y que pretenden hacer efectiva la ejecución forzada.

1.2. Para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas

Esta clase de medidas cautelares se destinan a mantener los bienes o las cosas en statu quo, a conservarlas, sin otro propósito inmediato, aún cuando, en el fondo, puedan servir a la ejecución forzosa de los bienes así inmovilizados (obligaciones dar, de hacer o de no hacer) o a su entrega en especie a quien solicitó la medida, con la prohibición de innovar y de

contratar, la anotación de la litis, la intervención meramente de vigilancia, la administración de bienes sociales y de bienes accesorios, la herencia presuntamente vacante, la suspensión de obra nueva, las medidas de urgencia sobre los bienes en los procesos sobre cuestiones de familia, estado de las personas y a ellos acumulados.

2. Medidas para asegurar elementos de prueba

Se les conocen también como de instrucción preventiva anticipada, son las de prueba que se autorizan como previas al proceso.

3. Medidas para asegurar personas

3.1. Guarda provisional de personas

Surge cuando se trata de proteger a incapaces o presuntos incapaces. Así en el caso de menores abandonados o cuyos padres o tutores son denunciados por malos tratos o en caso de disenso o presuntos incapaces cuya peligrosidad para sí mismo y los demás, haga necesaria su reclusión.

3.2. Satisfacción de sus necesidades urgentes

Comprende los frecuentes procesos de alimentos provisorios de cónyuges en trance de divorcio y de otros parientes”.²⁹

El autor De la Plaza, clasifica a las medidas cautelares, de una forma simple y comprensible, como veremos a continuación:

a) “El proceso cautelar conservativo

Tiene como objetivo mantener un estado de hecho, o bien movilizar las facultades de disposición de un bien; en ambos casos con el propósito de asegurar

²⁹ Ob. Cit. Pág. 34 y 35.

los resultados de un proceso ulterior de cognición o de ejecución, ejemplo: interdicto de obra nueva y peligrosa, secuestro y anotación de demanda.

b) El proceso cautelar innovativo

Estos aseguran el resultado de un proceso ulterior, creando nuevas situaciones de hecho que facilitan ese resultado, ejemplo: seguridad de personas, embargo preventivo, alimentos provisionales”.³⁰

2.6. Fines

La finalidad de los procesos cautelares o medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso principal frustre el derecho del peticionario; se asegura así el eventual cumplimiento de la sentencia, disipando los temores fundados de quien la pide.

Algunos autores consideran que son dos los principales fines de los procesos cautelares o medidas cautelares:

- a) Mantener un estado de hecho o de derecho.
- b) Prevenir las repercusiones de la demora en el pronunciamiento de la resolución.

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que las providencias precautorias o providencias cautelares, persiguen entre otros, los siguientes fines:

- Garantizar el resultado de un proceso.
- Tutelar previamente un derecho declarado en un proceso de conocimiento.
- Garantizar el cumplimiento de una obligación.

³⁰ De la Plaza, Manuel. **Derecho procesal civil español**. Volumen II. Pág. 35.

Es relevante indicar lo expuesto por Carnelutti, que nos ilustra en cuanto a la finalidad de las providencias cautelares; estableciendo que: "...los procesos cautelares no conducen ni a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa, a la primera porque su finalidad no es darle o negarle la razón a una de las partes y la segunda, porque su finalidad no es remediar la lesión de una pretensión; considerando que la finalidad es crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo".³¹

En consecuencia, indicamos que las providencias cautelares conllevan un contenido meramente preventivo, no juzga ni prejuzga sobre el derecho del peticionario; tienen como fin mantener una situación jurídica o asegurar una expectativa o derecho futuro.

2.7. Medidas cautelares

Para concluir el presente capítulo consideramos necesario indicar que, puede hablarse indistintamente de medidas cautelares o procesos cautelares, ya que tanto una voz como la otra denotan la idea de prevención; significan prevenir un daño para guardarse de él y evitarlo. El que la plantea intenta precaverse ante la posibilidad de que la sentencia a dictarse en un futuro sea de imposible cumplimiento.

Consideramos de gran acierto el criterio aportado por el ya conocido procesalista guatemalteco, Eddy Giovanni Orellana Donis, al referirse a las medidas cautelares. Él indica: "Las Medidas Cautelares son lo mismo que el Proceso Cautelar, ya que ellas también hablan de las Medidas de Seguridad... La diferencia entre Proceso Cautelar y Medida Cautelar, consiste en el momento procesal en que se plantean".³²(sic.)

³¹ Carnelutti, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Pág. 387.

³² **Ob. Cit.** Pág. 183.

CAPÍTULO III

3. Las providencias precautorias o cautelares en el Código Procesal Civil y Mercantil

El licenciado Gordillo Galindo, al respecto escribe: “El Decreto Ley 107 en su libro quinto y bajo el título de providencias cautelares, regula por un lado la Seguridad de Personas y por el otro las Medidas de Garantía, las primeras como su nombre lo indica pretende garantizar la seguridad de las personas y las segundas en términos generales la pretensión es mantener una situación que garantice los resultados de un proceso principal posterior”.³³(sic.)

En efecto, el Código Procesal Civil y Mercantil denomina “Providencias Cautelares” al Título donde trata el tema (Libro Quinto, “Alternativas comunes a todos los procesos”; Título I, “Providencias Cautelares”), luego designa la seguridad de las personas, al Capítulo I; Las Medidas de Garantía, al Capítulo II, como veremos a continuación:

Capítulo I

3.1. Seguridad de las personas

Esta providencia tiene su fundamento en el Artículo 516 del mencionado cuerpo legal, y es utilizada para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, los jueces de primera instancia decretarán, de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley. Los jueces menores pueden proceder en casos de urgencia, dando cuenta inmediatamente al juez de primera instancia que corresponda con las diligencias que hubiere practicado.

Para llevar a cabo esta medida, el juez se trasladará a donde se encuentra la persona que deba ser protegida, para que ratifique su solicitud, si fuera el caso, y hará

³³ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 44.

la designación de la casa o establecimiento a que deba ser trasladada. Seguidamente hará efectivo el traslado a la casa o establecimiento designado, entregará mediante acta los bienes de uso personal, fijará la pensión alimenticia que deba ser pagada, si procediere, tomará las demás medidas necesarias para la seguridad de la persona protegida y le entregará orden para que las autoridades le presten la protección del caso. Si se tratare de un menor o incapacitado, la orden se entregará a quien se encomiende la guarda de su persona.

Capítulo II

3.2. Arraigo

Esta medida cautelar tiene su base legal en el Artículo 523, del citado cuerpo legal, dicha institución persigue que el demandado no se ausente del lugar en que deba seguir el proceso, o bien, evitar su ocultamiento.

Establece la ley, que cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguir el proceso. El arraigo de los que estén bajo la patria potestad, tutela o guarda, o al cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretará sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez; y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz.

El Decreto 15-71 del Congreso de la República de Guatemala, conjunto de normas jurídicas que regula todo lo relacionado con la efectividad de esta medida, fija la duración conveniente de la misma y evita cualquier equivocación que pueda dar lugar.

3.3. Anotación de demanda

Esta medida la ubicamos en el Artículo 526, del mismo cuerpo legal, es utilizada, cuando se discute la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda, de acuerdo a lo dispuesto al Código Civil.

Igualmente, podrá pedirse la anotación de la demanda sobre bienes muebles cuando existan organizados los registros respectivos.

Efectuada la anotación, no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre los mencionados bienes.

3.4. Embargo

Esta providencia cautelar tiene fundamento en el Artículo 527, del Código en mención; el mismo establece que podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia, los establecidos para el proceso de ejecución.

3.5. Secuestro

La base legal de esta providencia cautelar lo encontramos en el Artículo 528, del mismo cuerpo legal, y consiste en el desapoderamiento de la cosa en manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma.

En igual forma se procederá cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones, o que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos.

3.6. Intervención

Esta medida cautelar, la ubicamos en el Artículo 529, del Código en referencia; el mismo preceptúa que cuando las medidas de garantía recaigan sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, podrá decretarse la intervención de los negocios.

Asimismo, podrá decretarse la intervención, en los casos de condominio o sociedad, a los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente por un condueño en perjuicio de los demás.

El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación.

3.7. Providencias de urgencia

Esta providencia cautelar, la ubicamos en el Artículo 530, del Código mencionado, y este establece que, fuera de los casos mencionados y en otras disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil, sobre las medidas cautelares, esta providencia tutela cualquier persona que tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

3.8. Enfoque doctrinario de las providencias precautorias o cautelares que regula el Código Procesal Civil y Mercantil

Consideramos oportuno y necesario enfocar doctrinariamente lo referente a las providencias cautelares, que contempla la legislación procesal civil y mercantil guatemalteca; que merecen profundidad en su análisis por ser las contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, para determinar su verdadero sentido o sea su verdadera razón de ser; ya que anteriormente fueron enfocadas de manera concisa.

3.8.1. Seguridad de las personas

En cuanto a esta medida, los autores Montero Aroca y Chacón Corado, en su obra establecen que en esta clase de providencias cautelares, llamadas así por

nuestra legislación: “deben distinguirse tres supuestos, uno de verdadera providencia cautelar y dos que no tienen esta condición.

a) Seguridad de las personas en sentido estricto

Lo que tradicionalmente se llamó depósito de personas (denominación que era vejatoria, pues parecía considerar a las personas cosas muebles que puedan depositarse), se regula ahora en los artículos 516 a 519 del Código Procesal Civil y Mercantil, disponiendo:

1º.) Para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de los malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, los Jueces de Primera Instancia (y por razones de urgencia los Jueces de Paz, pero dando inmediata cuenta al de primera instancia que corresponda con remisión de las diligencias) decretarán, de oficio o a instancia de parte, según las circunstancias de cada caso, su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley.

Como puede observarse la medida para la seguridad de las personas:

- 1) Puede adoptarse de oficio por el juez o a instancia de parte, pero al no decirse quien es parte, la solicitud puede provenir de cualquier persona, sin que exija una legitimación determinada.
- 2) La solicitud de la parte puede hacerse por escrito o verbalmente, aunque de esta última deberá levantarse acta.
- 3) No se dice tampoco qué persona puede ser la asegurada, lo que significa que puede serlo cualquiera, mayor o menor de edad, hombre o mujer.
- 4) Lo que se persigue con la medida es, primero, protegerla de malos tratos o de actos reprobables, pero, después, que puedan expresar libremente su voluntad, y esa expresión libre puede llevarlas a incoar un proceso contra quien les ha inflingido los malos tratos o los actos reprobables.

2º.) La medida se practica trasladándose el juez al lugar donde se encuentra la persona que deba ser protegida, para que ratifique su solicitud si la hizo ella misma, y designado la casa o establecimiento a que deba ser trasladada.

3º.) Hecho efectivo el traslado a la casa o establecimiento designado, el juez procederá a:

- 1) Entregar mediante acta los bienes de uso personal (lo que supone que antes ha exigido que los entreguen en el lugar donde se encontraba la persona asegurada).
- 2) Fijar la pensión alimenticia que debe ser pagada (en el caso que procediere, y señalando quién debe pagarla).
- 3) Tomar las demás medidas necesarias para la seguridad de la persona protegida.
- 4) Entregar orden para que las autoridades le presten la protección del caso.
- 5) Tratándose de un menor o incapacitado, la orden anterior se entregará a quien se le encomiende la guarda de su persona.

4º.) Si hubiere oposición de parte legítima a cualquiera de las medidas acordadas por el juez, ésta se tramitará en cuerda separada por el procedimiento de los incidentes y, contra el auto cabe recurso de apelación, sin que se interrumpan las medidas.

5º.) La persona protegida, al estar en libertad de expresar su voluntad, puede proceder a iniciar el proceso que considere oportuno y contra quien estime conveniente, poniéndose así de manifiesto que esta oportunidad de la medida sí puede tener condición de cautelar...

b) Menores o incapaces abandonados

No tiene en cambio la naturaleza de medida cautelar la protección de menores o incapaces a que se refiere el artículo 520. En éste se dispone que siempre que por cualquier medio llegue a conocimiento del juez que un menor de edad o incapacitado, ha quedado abandonado por muerte de la persona a cuyo cargo estuviere o por cualquier otra circunstancia, dictará, con intervención de la Procuraduría General de la Nación (Decreto 25-97 del Congreso), las medidas conducentes al amparo, guarda y representación del menor o incapacitado.

Estas medidas no pueden considerarse cautelares porque no están al servicio de un proceso principal que deba iniciarse, pues mediante las mismas se trata sólo de proteger a un menor o incapacitado.

c) Restitución al hogar de menores o incapacitados

Lo mismo puede decirse de la medida prevista en el artículo 521. A solicitud de los padres, tutores, guardadores o encargados, el juez dictará las medidas que estime oportunas a efecto de que el menor o incapacitado, que haya abandonado el hogar, sea restituido al lado de las personas a cuyo cuidado o guarda estaba.

La mera restitución al hogar no tiene carácter cautelar, pero sí puede tenerlo algo que puede ser complementario de esa restitución, pues el artículo 522 añade que el juez hará comparecer al menor o incapacitado a su presencia, levantará acta haciendo constar todos los hechos relacionados con la causa del abandono y dictará las disposiciones que crea necesarias e iniciará, en su caso, los procedimientos que corresponda. Estas diligencias se harán saber al protutor, si lo tuviere el menor o incapacitado, a fin de que practique en su defensa las gestiones que correspondan.

Lo que esta norma está diciendo es que el juez, oído el menor o incapacitado y atendida la causa de abandono del hogar puede:

- 1) Instar el procedimiento de jurisdicción voluntaria que sea oportuno (que no es un verdadero proceso).
- 2) Hacer saber las circunstancias al protutor para que éste inste, en representación del menor o incapacitado, el proceso que sea conveniente.

Debe tenerse en cuenta que el principio dispositivo impide que el juez incoe de oficio verdaderos procesos, pero que ese principio no afecta a los actos de jurisdicción voluntaria.

De la regulación legal y de lo explicado se desprende que esta medida de seguridad de personas fue incluida en el Código para que fuera aplicada, inicialmente, por los jueces comunes y, posteriormente, por los de familia, cuando fueron creados los tribunales de esta materia. Sobre el particular dispone el artículo 12 del decreto Ley número 206, Ley de Tribunales de Familia, que éstos tienen facultades discrecionales, debiendo procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida y, para el efecto, dictarán las medidas que consideren pertinentes... De acuerdo con el espíritu de esta ley, cuando el juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a instancia de parte toda clase de medidas precautorias, las que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía.

Por la especial naturaleza del derecho de familia, el legislador dejó de lado uno de los fundamentos de las medidas precautorias, que es la prestación de caución o garantía e, incluso, en determinadas circunstancias el *fumus boni iuris*.³⁴(sic.)

3.8.2. Arraigo

Para Ossorio, arraigo: “es la acción y efecto de arraigar o arraigarse, en la acepción forense de afianzar la responsabilidad a las resultas del juicio. Dícese así

³⁴ Ob. Cit. Págs. 162 a 165.

porque esta fianza suele hacerse con bienes raíces; pero también se puede hacer por medio de depósito en metálico o presentando fiador abonado.

En algunas legislaciones, como en la argentina, el arraigo constituye una de las excepciones previas que pueden ser opuestas a la demanda, cuando el demandante no tuviere domicilio o bienes inmuebles en la república”.³⁵

Montero Aroca y Chacón Corado, analizan esta providencia cautelar con amplitud; exponiendo que: “Si el arraigo tiene como finalidad asegurar que el demandado, bien no se ausente del lugar donde deba seguirse el proceso, bien no se oculte, pudiera pensarse, de entrada, que el mismo, al implicar una restricción a la libertad de movimiento de las personas, es contrario a esa libertad y, por tanto, inconstitucional. En este sentido debe recordarse que el artículo 26 de la Constitución reconoce:

- 1) A toda persona el derecho a “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia”, y
- 2) A los guatemaltecos el derecho a obtener pasaporte u otros documentos de identificación.

Desde estos derechos el cuestionamiento de la constitucionalidad del arraigo no puede quedar resuelto sólo porque el mismo artículo 26 diga que esos derechos puedan ser limitados por la ley. En buena doctrina la limitación de los derechos humanos exige que la ley se base en razones objetivas y proporcionadas, y es discutible que la finalidad de asegurar un proceso civil sea una razón proporcionada. La proporción puede estimarse existente si ese proceso civil atiende a alimentos, pero es muy dudoso que la proporción exista en general”.³⁶(sic.)

³⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 99.

³⁶ **Ob. Cit.** Pág. 166.

Clases de arraigo

La doctrina considera a la medida cautelar del arraigo que puede ser de dos clases: Una en forma de fianza y la otra como caución procesal y que son consideradas como medidas precautorias y como excepción o defensas dilatorias.

Efectos del arraigo

“Al decretar el arraigo el juez prevendrá al demandado que no se ausente del lugar en que se sigue o haya de seguirse el proceso. Este es el efecto principal, pero el mismo puede dejarse sin lugar en caso se nombre apoderado que haya aceptado expresamente el mandato y con facultades suficientes para la prosecución y fenecimiento del proceso.

El arraigo se deja sin efecto, pues, simplemente designado apoderado (y sin entrar en la solvencia de éste). Esta norma proviene del Decreto Ley número 309, que modificó la redacción del artículo 524 del Código Procesal Civil y Mercantil. También con carácter general debe decirse que si el mandatario constituido se ausente de la República o se imposibilitare para comparecer a juicio, el juez, sin formar artículo, nombrará un defensor judicial del demandado. El mandatario y el defensor tendrán, en todo caso, por ministerio de la ley, todas las facultades necesarias para llevar a término el proceso de que se trate.

El mismo artículo 524 (siempre en la redacción del Decreto ley número 309) atiende a tres supuestos especiales:

1) Procesos sobre alimentos

El nombramiento de apoderado no es suficiente para levantar el arraigo, siendo preciso, además, que el demandado cancele o deposite el monto de los alimentos atrasados que sean exigibles legalmente y garantice el cumplimiento de la obligación por el tiempo que el juez determine, según las circunstancias.

2) Deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compra de mercadería al crédito.

Además del nombramiento de mandatario, se exige que el demandado preste garantía por el monto de la demanda.

3) Cheque sin fondos.

También habrá de prestar garantía el demandado que hubiere librado un cheque sin tener fondos disponibles o que dispusiere de ellos antes de que transcurra el plazo para que el cheque librado sea presentado al cobro.

En estos tres supuestos apersonado el mandatario, prestada la garantía y cumplido, en su caso, lo relativo a alimentos atrasados el juez levantará el arraigo sin más trámite”.³⁷(sic.)

Del estudio realizado podemos sintetizar que los principales efectos de la medida cautelar del arraigo son:

- El impedimento o ausencia del país del arraigado.
- Garantizar por medio de hipoteca, prenda o fianza, el nombramiento de apoderado, cuya función es no solo defender al demandado si no responder efectivamente de las resultas del juicio.

Fines del arraigo

“El artículo 523 (del Código Procesal Civil y Mercantil) dispone que cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse el proceso. A ello debe añadirse que, según el artículo 1º. Del Decreto 15-71 del Congreso, el arraigo puede tener una duración de un año

³⁷ **Ibid.** Pág. 168 y 169.

(aunque caben prórrogas, cada una por otro año). Esa finalidad explica que el artículo 3 del Decreto 15-71 dispone que:

1. No puede decretarse el arraigo en los juicios de ínfima cuantía (salvo el asunto de alimentos y presentes).
2. Tampoco cuando exista embargo sobre bienes o garantía suficiente que corresponda de las obligaciones reclamadas (salvo en aquellos casos en que sea indispensable la presencia en el país de la persona obligada, si bien bajo la responsabilidad del juez).
3. En estos dos casos si el obligado se ausenta del país sin constituir en juicio representante legal, el tribunal le nombrará de plano defensor judicial, quien por ministerio de la ley tendrá todas las facultades necesarias para la prosecución y fenecimiento del juicio de que se trate.

En el primer supuesto porque es evidente no existe proporcionalidad y en segundo por que el embargo garantiza el cumplimiento de las obligaciones del demandado, no cabe el arraigo”.³⁸(sic.)

Doctrinariamente se puede concluir, que el fin primordial del arraigo como medida cautelar, es evitar que el demandado se ausente del lugar donde se ventila el juicio y así evada su responsabilidad por el juicio que se entable en su contra, (o sea garantizar su presencia)

Quebrantamiento del arraigo

“El arraigado que quebrante el arraigo o que no comparezca en el proceso por sí o por representante, además de la pena que merezca por su inobediencia (que debe ser el delito de desobediencia del artículo 414 del Código Penal):

- 1) Será remitido a su costa al lugar de donde ausentó indebidamente, se entiende si es habido.

³⁸ **Ibid.** Pág. 166 y 167.

2) Y si no es encontrado se le nombrará defensor en la forma antes dicha, para el proceso en que se hubiere decretado el arraigo y para los demás asuntos relacionados con el litigio.³⁹(sic.)

3.8.3. Anotación de la demanda

“El artículo 526, párrafo primero, (del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107) dice que cuando se discute la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda, se entiende en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. El efecto de esta anotación, añade el párrafo 3º., es que no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre el bien mencionado.

El Código Civil distingue entre inscripción (art. 1125) y anotación (art. 1149) y en este último dispone que podrán obtener anotación de sus respectivos derechos: “1º.- El que demandare en juicio la propiedad, constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles u otros derechos reales sujetos a inscripción, o la cancelación o modificación de ésta”. Debe tenerse en cuenta, además que:

- 1) La anotación que proceda de providencias judiciales no se suspenderá por apelación u oposición de parte (art. 1151 del Código Civil).
- 2) Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquél a cuyo favor se haya hecho la anotación (art. 1163 del Código Civil).

Esta última disposición debe ponerse en relación con el artículo 112, inciso 1º., letra e), del Código Procesal Civil y Mercantil, según el cual la notificación de la demanda hace anulables la enajenación y gravámenes constituidos sobre la cosa objeto del proceso, con posterioridad al emplazamiento, si bien tratándose de bienes inmuebles este efecto sólo se producirá si se hubiese anotado la demanda en el Registro de la Propiedad.

³⁹ **Ibid.** Pág. 169.

La anotación de la demanda es también posible cuando se trata de bienes muebles, cuando existan organizados los registros respectivos, dice el artículo 526, párrafo 2º., del Código Procesal Civil y Mercantil, que se remite a los artículos 1185 (registro de bienes muebles identificables) y 1214 (modificado por el artículo 96 del Decreto número 218) del Código Civil. Es obvio que la medida cautelar de anotación de demanda tiene su verdadero sentido útil cuando se trata de bienes inmuebles”.⁴⁰(sic.)

3.8.4. Embargo

En el diccionario de la Real Academia Española, encontramos que embargo, es la retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad competente y embargar, es retener un bien en virtud de mandamiento judicial y sujetarlo a las resultas de un procedimiento o juicio.

“Esta voz tiene jurídicamente dos sentidos:

En el Derecho Político y en el Internacional, se llama embargo de buques, a la medida que adopta un Estado, por causas de hostilidad, guerra o represalias, secuestrando las naves ancladas en sus puertos y pertenecientes a otro Estado, impidiéndoles de ese modo la salida.

En el derecho Procesal, significa: medida cautelar adoptada por la autoridad judicial para asegurar el resultado de un proceso y que recae sobre determinados bienes cuya disponibilidad se impide.

El embargo, en su acepción procesal, se llama preventivo, cuando tiene por finalidad asegurar los bienes durante la tramitación del juicio; y ejecutivo, cuando su objeto es dar efectividad a la sentencia ya pronunciada”.⁴¹(sic.)

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 170 y 171.

⁴¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 380.

Algunos autores consideran al embargo, como un acto de naturaleza ejecutiva, pero con efectos conservativos. Exponiendo que se entiende por efecto conservativo, la limitación que el responsable tiene sobre los bienes en su patrimonio, para que en el momento necesario se pueda dirigir en contra de ellos la actividad ejecutiva, eficaz y posible, dicho efecto va unido con la disponibilidad o indisponibilidad de los bienes por parte del dueño, ya que la retención de los mismos en patrimonio limita la transmisión de los mismos a terceras personas.

Considerando que asegurar dichos bienes, es de mucha importancia cuando proceda el embargo, pues así se evita que el ejecutado deje de cumplir con su obligación y se declare insolvente, burlando así la sanción a que esta sujeto, aunque el efecto se da en su etapa final, cuando se depositan los bienes o se anotan preventivamente en el Registro de la Propiedad, la traba de los mismos.

Al respecto el procesalista español Montero Aroca y el guatemalteco Chacón Corado, establecen que: “cuando la pretensión que se va a ejercitar en el posterior proceso, la que se ejercita al mismo tiempo en la demanda o la que ya se ha ejercitado se refiere a una obligación dineraria, la medida adecuada es el embargo llamado preventivo o precautorio, para diferenciarlo del embargo ejecutivo que es el que se adopta en el proceso de ejecución.

A este embargo preventivo se refiere el artículo 527, cuando dispone que podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas. En vista de que entre uno y otro embargo no existen diferencias en la forma de practicarlo, la norma se remite a los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución”.⁴²(sic.)

Clases de embargo

La doctrina ha considerado para su estudio al embargo en dos clases:

⁴² Ob. Cit. Pág. 174 y 175.

➤ Embargo preventivo

En esta clase de embargo el escritor Guasp, expone que: “este implica una anticipación o adelantamiento de futuras actuaciones ejecutivas procesales, tendientes a limitar las facultades de disposición del dueño de una cosa a fin de conseguir que la sentencia judicial favorable sea viable y adquiera efectividad en la vida material”.⁴³

Para el autor De la Plaza -citado por Aguirre Godoy-, este tipo de embargo, tiene como finalidad: “la de limitar, en mayor o menor grado las facultades de disposición del titular, de la totalidad o parte de un patrimonio o simplemente, la de determinados bienes, con el designio de que no se frustre el resultado de un proceso de cognición o de ejecución”.⁴⁴

➤ Embargo ejecutivo

Es la retención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo; a fin de que con ellos o con el producto de la venta de los mismos, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con ejecución aparejada.

Efectos del embargo

La doctrina, considera que el efecto fundamental del embargo, es la función que realiza, afecta a los bienes sobre que recae el proceso de ejecución actual o futuro, o que sirve y los afecta mediante una sujeción directa o general que liga o traba el bien cualquiera que sea su titular o poseedor a las resultas de aquella ejecución.

⁴³ Guasp, Jaime. **Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil**. Tomo II. Pág. 65.

⁴⁴ **Ob. Cit.** Pág. 296 y 297.

Fines del embargo

Al analizarse la doctrina en cuanto al fin de la medida cautelar del embargo, se puede concluir de la siguiente forma:

Si el embargo es “preventivo”, su fin es limitar el derecho del titular en cuanto a su patrimonio o determinados bienes con la única finalidad de garantizar el resultado del proceso.

Si el embargo es “ejecutivo”, su indiscutible finalidad es que en sentencia se haga efectiva la condena, evitando la insolvencia del deudor.

Objeto del embargo

El objeto del embargo resulta de suma importancia para el derecho, por cuanto la responsabilidad de una persona deducida a lo largo de un debido proceso, debe de ser imperdonable. Por ello, consideramos que la responsabilidad del ejecutado debe extenderse a todos sus bienes, para responder por sus obligaciones. Es decir, embargar todos los bienes que integran el patrimonio del demandado; para cubrir lo adeudado, más costas procesales, honorarios profesionales e intereses.

3.8.5. Secuestro

El vocablo secuestro, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: Depósito judicial por embargo de bienes, o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigios.

En el diccionario jurídico de Ossorio, este vocablo significa: “Depósito de cosa litigiosa. Embargo judicial de bienes.”⁴⁵

Del estudio realizado en esta obra, encontramos distintos tipos de secuestro, pero dentro de los más importantes destacan:

⁴⁵ **Ob. Cit.** Pág. 903 y 904.

➤ “El secuestro convencional

Es el que voluntariamente hacen las partes, depositando en un tercero la cosa litigiosa, hasta que se decida a quien pertenece. -Este tipo de secuestro- puede ser gratuito u oneroso con respecto al secuestratario. Se encontraba ya regulado en las partidas; pero en el derecho moderno, son muchas las legislaciones que no se ocupan de él, sin duda por entender que la misma finalidad se puede obtener con el contrato de depósito.

➤ El secuestro judicial

Depósito que se hace de una cosa litigiosa en un tercero, hasta que se decida a quien pertenece. Según Couture, se trata de una medida cautelar consistente en la aprehensión judicial y depósito de la cosa litigiosa o de bienes del que se presume sea deudor, para asegurar la eficacia del embargo y el eventual resultado del juicio. Como es lógico el secuestro no puede recaer sobre bienes inmuebles, ni resulta necesario, ya que para el aseguramiento de los mismos, a las resultas del juicio, existen otros medios de igual o mayor eficacia. En las normas procesales procede el secuestro de los bienes muebles o semovientes, objetos del juicio, cuando el embargo no asegure por sí solo el derecho invocado por el solicitante y siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar; así como cuando, con igual condición, sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva. Incumbe al juez la designación del depositario”.⁴⁶

“Si la anotación de la demanda tiene más sentido cuando se trata de bienes inmuebles, para los bienes muebles la medida oportuna es el secuestro, que es la procedente cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones, o que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos (artículo 528, párrafo 2º., del Código Procesal Civil y Mercantil). El secuestro se cumple mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 903 y 904.

deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución, legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma (artículo 528, párrafo 1º.).

Lo anterior, es la regulación general, otra especial se encuentra en el artículo 101, entre las diligencias de preparación del juicio (Capítulo VII). A pesar de que dicho artículo 101 se coloca en la sección de las “pruebas anticipadas”, en el mismo se regula la exhibición de bienes muebles y semovientes, disponiendo que si el obligado no cumple con exhibirlos, en el plazo que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismos, nombrando depositario.

En el artículo 528 no se dice de modo expreso, pero el secuestro como medida cautelar, al recaer sobre bienes muebles de los que el demandado pierde la posesión, supone la privación de las facultades de disponer de esos bienes”.⁴⁷(sic.)

3.8.6. Intervención

Según el Diccionario de la Real Academia Española, este vocablo se deriva del latín *interventio* y significa: Acción y efecto de intervenir.

“Intervenir es la acción y efecto de intervenir, de tomar parte de un asunto; de interponer uno su autoridad; de dirigir una o varias potencias, en el orden internacional, los asuntos interiores de otra. Basta esa enunciación para comprender los alcances jurídicos, tanto en lo que se refiere al Derecho Público como al Derecho Privado y sobre los cuales se concreta en las voces inmediatas”.⁴⁸(sic.)

Montero Aroca y Chacón Corado, inician el estudio de esta medida cautelar, indicando que: “aunque el artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil, es muy impreciso en su generalidad, -creen que la interpretación del mismo-, atendiendo especialmente que se tomó del proyecto de Couture para el Uruguay, debe concluir que la intervención está prevista para dos hipótesis:

⁴⁷ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 171.

⁴⁸ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 532.

a) Insuficiencia de la anotación preventiva de la demanda

En ocasiones la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad no es medida suficiente, y no lo es cuando el verdadero valor del bien sobre el que recae la pretensión no consiste tanto en el bien mismo, cuanto en su productividad. Se trata en estos casos de que la pretensión atiende a que lo que pretende es la propiedad misma de establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola y entonces es evidente que la anotación de la demanda no asegura que el bien seguirá siendo productivo, esto es, que el bien se seguirá administrando de modo que, al final del proceso principal, mantendrá su valor.

En ese orden de cosas cuando la demanda se refiere a un condominio o sociedad, si se pretende evitar que los frutos del bien, durante la tramitación del proceso, sean aprovechados indebidamente por un condueño, o que la sociedad sea administrada en perjuicio de los demás socios, también es manifiesto que la anotación de la demanda es insuficiente.

Aparece así la medida cautelar de la intervención. Por medio de ella el juez procede a nombrar interventor, fijando sus facultades, que se limitarán a lo indispensable para asegurar el pretendido derecho del demandante, permitiendo en todo lo posible la continuación de la explotación.

b) Garantía sobre estos bienes

Supuesto distinto es el de la adopción de una medida de garantía que recaiga sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, pues entonces de lo que se trata es de que el embargo no es suficiente para garantizar que se seguirá manteniendo el valor del bien, con el producto de la venta del cual percibir su crédito el demandante. En estas circunstancias se acude también a la intervención.

En los dos casos debe tenerse en cuenta que en el artículo 37 del Código Procesal Civil y Mercantil, al regularse la figura de los interventores, no se ha procedido a distinguir claramente entre:

1) Interventor en sentido estricto: -Que- es aquel que se limita a controlar o fiscalizar la administración que del establecimiento industrial o comercial, o de la finca urbana o agrícola, continúa llevando el demandado (aunque lo referente a establecimientos comerciales se rige ahora por el Código de Comercio, como veremos).

Al mismo se refiere el párrafo 2º., del artículo 37 cuando dice que el juez puede decidir que la persona que haya tenido la administración conserve su cargo, parcial o totalmente, bajo la fiscalización del interventor.

2) Administrador: -Que es el que- que sustituye las facultades del anterior administrador, de modo que se encarga de dirigir las operaciones del establecimiento industrial, o de la finca urbana o rústica.

Es el previsto en el párrafo 1º., del artículo 37, pues en el mismo se dice que este interventor dirigirá las operaciones, autorizará los gastos ordinarios del negocio, llevará cuenta comprobada de la administración y depositará el valor de los productos en establecimientos de crédito. En este caso el administrador realiza una actividad controladora completa.

c) La intervención mercantil

El Código de Comercio creó la medida híbrida que denomina embargo con carácter de intervención, la cual puede decretarse en los casos en que la controversia se produzca entre comerciantes, a quienes únicamente se les pueden intervenir los negocios a través de la intervención de la empresa de naturaleza mercantil. Así, dice el Artículo 661 que la orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil sólo

podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante, podrá embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no perjudique la marcha normal de la empresa mercantil.

La intervención como tal, como hemos apuntado se encuentra regulada con mayor amplitud en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el capítulo referente a los auxiliares del juez (artículo 37 a 43), que no es aplicable a la índole mercantil, por exclusión que hace el Código de Comercio en el artículo VI de sus Disposiciones derogatorias y modificatorias, al indicar que, el embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el artículo 661 de este Código, por lo que en estos casos no tendrá aplicación el artículo 37 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Sin embargo, en la práctica esta no fue una feliz idea, no sólo al haber mezclado dos medidas cautelares diferentes, sino porque los demandantes la utilizan como medio de presión para obtener el pago de lo adeudado por parte del demandado, quien al ver obstaculizado el curso normal de sus negocios, y con una persona extraña a su empresa, opta por buscar formas de arreglo o, en su caso, que es muy común, a poner dificultades al interventor en el desempeño de su función, y quien al final de cuentas no sabe cuales son sus atribuciones, al no haberlas asignado el legislador en el Código de Comercio, dada la defectuosa redacción del precepto”.⁴⁹(sic.)

3.8.7. Providencias de urgencia

De esta medida cautelar refiriéndose al Artículo 530, indican que: “a pesar de su inadecuada rúbrica, asume en el derecho guatemalteco la que se ha denominado

⁴⁹ **Ob. Cit.** Págs. 172 a 174.

potestad cautelar genérica o general, por cuanto en él se establece una norma prácticamente en blanco en doble sentido:

1º.) Se refiere a todos los supuestos en que el actor tenga el fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle el derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable.

Se está dejando aquí en blanco el supuesto de hecho, por cuanto lo que se dice es simplemente que:

1) Se trata de los casos no regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones del Código sobre medidas cautelares.

2) No se dice cuál es el derecho ejercitado por el actor en la demanda.

3) Se hace alusión general al fundado motivo para temer, pero no se especifica cuál puede ser el riesgo que hace nacer ese temor, aparte de la mera duración del proceso.

4) Respecto del perjuicio se dice sólo que ha de ser inminente e irreparable (y hay que entender de modo específico, pues la reparación dineraria siempre es posible).

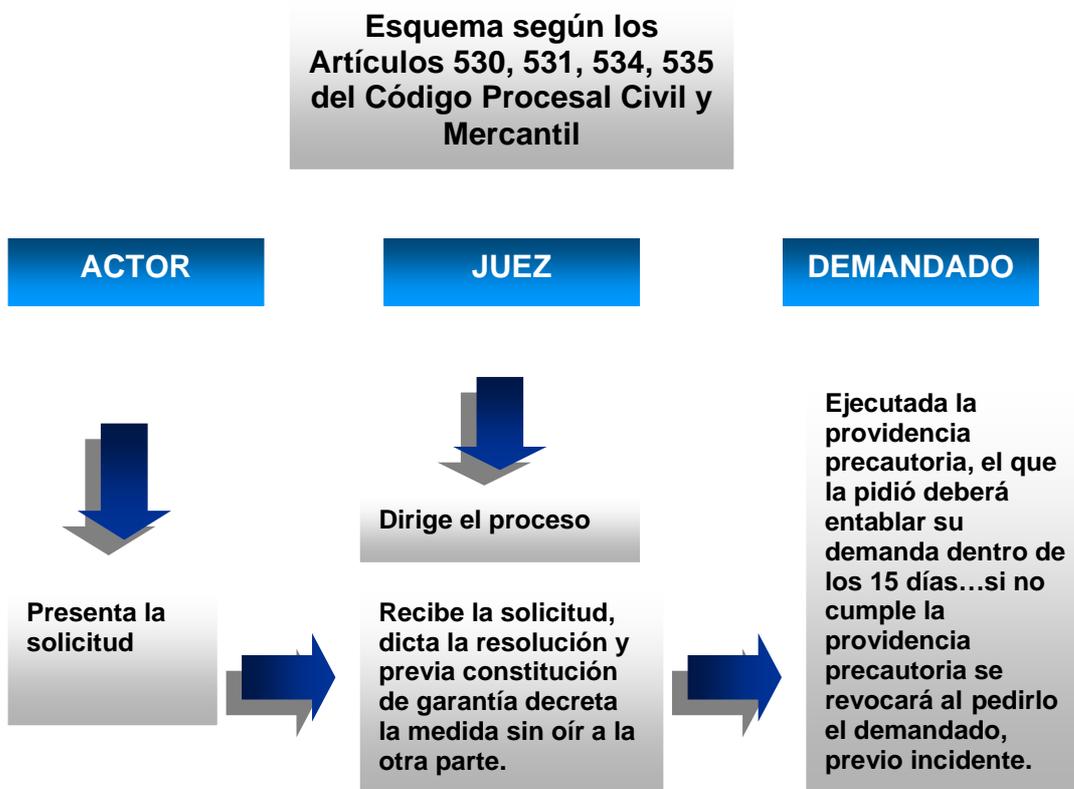
2º.) Permite al juez adoptar las medidas que, según las circunstancias, le parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Con esta norma se deja también en blanco la consecuencia jurídica, pues el artículo no dice qué medidas puede decretar el juez, sino que se le hace sólo una indicación tan general que todo queda confiado a su buen juicio.

La referencia a “fuera de los casos regulados en los artículos anteriores” supone que los supuestos no deben ser ni los procesos en que se reclaman bienes muebles o

inmuebles, ni aquellos en que se interponen pretensiones relativas a obligaciones dinerarias. Quedan así los procesos en los que se ejercitan pretensiones en las que se pide que se condene al demandado a obligaciones de hacer y de no hacer, principalmente, obligaciones que podrían verse privadas de efectividad si no se adopta una medida cautelar”.⁵⁰(sic.)

3.9.Trámite de las providencias precautorias según el Código Procesal Civil y Mercantil



Fuente: del sustentante.

⁵⁰ **Ibid.** Pág. 175 y 176.

CAPÍTULO IV

4. Principios procesales

En el capítulo I, específicamente en el último apartado indicamos que proceso y procedimiento son conceptos distintos.

Si el proceso y procedimiento son, pues conceptos distintos, hemos de diferenciar nosotros los principios del proceso y del procedimiento. En tanto que los primeros determinan el comportamiento de los sujetos procesales, las facultades que ostentan dentro del proceso sobre su objeto, sobre la introducción del material de hecho en el mismo y su apreciación, los principios del procedimiento aluden a la forma de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales entre sí y con la sociedad, a los diferentes tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y al orden o sucesión temporal de los actos procesales.

La explicación anterior exige partir de un concepto de tales principios procesales.

De manera sencilla, el procesalista argentino Podetti, conceptúa de la siguiente manera a los principios procesales: “son los directivos o líneas matrices, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso”.⁵¹

Es un concepto que, a pesar de su brevedad resulta acertado, dado que efectivamente, los principios procesales son las directrices o lineamientos de carácter general que orientan la realización adecuada de los actos dentro del proceso.

A su vez, Orellana Donis, llama a los principios procesales: “principios informativos del proceso, -e indica que- son los que estudian todas aquéllas directrices o bases fundamentales sin las cuales no será posible el desarrollo del proceso. Se trata

⁵¹ Podetti, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil**. Pág. 103.

de reglas universalmente aceptadas como rectoras del proceso, y cuya total o parcial vigencia, imprime a todo procedimiento determinada modalidad”.⁵²

En resumen: “cuando se fija la atención en los llamados principios procesales se está buscando la orientación de una normatividad”.⁵³

Se considera que el enunciado de los principios procesales no es de cuño moderno ya que, desde el derecho romano, se ha hecho una enumeración ejemplificativa de ellos. A este respecto, Aguirre Godoy en su obra menciona varios de ellos, y como bien lo dice: “son los más comúnmente citados por los autores:

- A) Impulso procesal
- B) Principio dispositivo
- C) Principio de igualdad
- D) Principio de adquisición procesal
- E) Principio de intermediación
- F) Principio de concentración
- G) Principio de eventualidad
- H) Principio de economía
- I) Principio de probidad
- J) Principio de publicidad
- K) Principio de oralidad
- L) Principio de preclusión”.⁵⁴(sic.)

Coincidentemente con la enumeración antes vertida, el actual Procurador General de la Nación licenciado Mario Estuardo Gordillo Galindo, argumenta que: “la enumeración de los principios procesales, no es cerrada, puesto que no en todos los tipos de procesos aplican los principios básicos, pero, que entre los más importantes están:

a) PRINCIPIO DISPOSITIVO

⁵² **Ob. Cit.** Pág. 168.

⁵³ Briseño Sierra, Humberto. **Estudios de derecho procesal.** Pág.08.

⁵⁴ **Ob. Cit.** Págs. 261 a 277.

- b) PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN
- c) PRINCIPIO DE CELERIDAD
- d) PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN
- e) PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN
- f) PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD
- g) PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL
- h) PRINCIPIO DE IGUALDAD
- i) PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL
- j) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD
- k) PRINCIPIO DE PROBIDAD
- l) PRINCIPIO DE ESCRITURA
- m) PRINCIPIO DE ORALIDAD
- n) PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- o) PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN
- p) PRINCIPIO DE CONGRUENCIA”.⁵⁵(sic.)

Consideramos conveniente que, después de haber proporcionado el concepto y hecho una enumeración meramente ejemplificativa de los mencionados principios, vayamos a su análisis particular. En tal sentido, seguiremos a diversos autores que aluden a los principios procesales. Procuraremos no incurrir en repetición aunque algunos autores tienen algunas variaciones en cuanto al enunciado de los principios y su explicación particular. La intención es comentar los principios más difundidos.

4.1. Principio dispositivo

Nos ilustra la licenciada Ruiz Castillo de Juárez, sobre este principio al manifestar que: “Por medio del principio dispositivo se asigna a las partes la iniciativa del proceso; estas lo inician libremente y lo impulsan en todos sus actos... son las partes quienes hacen realidad los actos procesales y el procedimiento”.⁵⁶

⁵⁵ Ob. Cit. Págs. 7 a 13.

⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 209 y 210.

En efecto, la iniciativa en la marcha procesal desde que el proceso principia, hasta que termina, le corresponde a las partes y no al juzgador.

El principio dispositivo que es el que predomina en el proceso civil guatemalteco, no es absoluto, sino que tiene varias excepciones.

Entre ellas, podríamos citar el Artículo 196 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107, al estipular que el juez, de oficio señalará día y hora para la vista dentro del término señalado en la Ley del Organismo Judicial, oportunidad en la podrán alegar de palabra o por escrito los abogados de las partes y éstas si así lo quisieren.

Otro ejemplo típico de excepción al principio dispositivo lo tenemos en que el juez puede decretar auto para mejor fallar. A tal respecto, determina el Artículo 197 del mismo cuerpo legal:

Los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer:

- Que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
- Que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.
- Traer a la vista cualquier actuación que tenga relación con el proceso.

4.2. Principio de concentración

Brevemente, indica Aguirre Godoy que, según este principio: “se pretende acelerar el proceso, mediante la acumulación de la prueba (por ejemplo: recepción de la misma en una solo audiencia). Se le permite al juez eliminar aquellas que por su

naturaleza son inútiles o inconducentes, siendo solamente una dilación para los trámites del proceso”.⁵⁷

Lo que significa que, este principio se fundamenta en aquellas normas que exigen y facultan a los jueces con respecto a los medios de prueba, de eliminar todos aquellos que por su naturaleza sean notoriamente dilatorios y propuestos con el objeto de entorpecer el curso normal del proceso, evitando con ello que el proceso se paralice o se dilate.

4.3. Principio de celeridad

El actual Procurador General de la Nación de la República de Guatemala, ya citado, asevera que por este principio se: “pretende un proceso rápido y se fundamenta en aquellas normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan los trámites innecesarios”.⁵⁸

Algunos autores denominan a este principio con el nombre de principio de rapidez, y consiste en que todos los actos procesales y todas las diligencias deben practicarse en el tiempo más rápido posible y para ello necesita que las normas procesales deben estar desprovistas de formalismos.

A este principio se refiere el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107, que regula el carácter perentorio e improrrogable de los plazos en que las partes deben realizar los actos procesales que correspondan y que además obliga a los jueces a dictar las resoluciones correspondientes, luego de haberse vencido dichos plazos y sin necesidad de gestión alguna.

⁵⁷ **Ob. Cit.** Pág. 269.

⁵⁸ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Ob. Cit.** Pág. 8.

4.4. Principio de inmediación

“La Judicación y la Inmediación van íntimamente ligadas en un proceso, ya que derivado de esos dos principios procesales se dará la relación procesal Juez y Partes. La inmediación es la relación procesal que se da entre el juez y las partes”.⁵⁹(sic.)

Conforme a este principio la comunicación del juez con las partes y, en general, con todo el material del proceso, sea directa obligatoriamente. Es decir, el juez debe estar en contacto personal con las partes: recibe las pruebas, oye sus alegatos, las interroga, etc.

Este principio, gobierna plenamente en el proceso penal, no así en el proceso civil ya que en su tramitación predomina lo escrito, es formalista y con buena dosis de prueba tasada.

Concluimos el estudio de este principio, indicando que es uno de los más importantes para la fiscalización de las pruebas aportadas por las partes, y supone la presencia directa y en forma personal del juez con los sujetos procesales; con el objeto de tener a la vista y observar con celo y convicción los medios probatorios que las partes aporten en el trámite del proceso, así como dirigir el procedimiento a seguir en la obtención de los distintos elementos de convicción, para que con certeza en el momento de fallar haga aplicación atinada de la tutelaridad de los derechos de las partes.

4.5. Principio de preclusión

Ruiz Castillo de Juárez, define este principio: “como un estado del proceso que, al darse la clausura de un plazo o acto procesal, no puede retornarse al anterior. Esto es, el proceso se cumple por etapas que van produciéndose una tras otra y, al abrirse la

⁵⁹ Orellana Donis, Eddy Giovanni. **Ob. Cit.** Págs. 173 a 175.

siguiente, hace que la anterior quede cerrada y todas las demás que han sido recurridas”.⁶⁰

La misma autora nos indica: “la preclusión se ocasiona por motivos como:

- a) No observar el orden de aprovechamiento de la oportunidad que señala la ley en los plazos fijados; y,
- b) Ejercer validamente la facultad y el ejercicio de esta por una parte y no por la otra”.⁶¹

Sobre el particular, Gordillo Galindo establece los siguientes casos en los que puede operar este principio:

- “En los casos de prorroga de la competencia, cuando se contesta la demanda sin interponer incompetencia (artículo 4º. del Código Procesal Civil y Mercantil), lo que precluye es la posibilidad de interponer la excepción con posterioridad;
- La imposibilidad de admitir, con posterioridad, documentos que no se acompañen con la demanda, salvo impedimento justificado (artículo 108 del Código Procesal Civil y Mercantil);
- La imposibilidad de ampliar o modificar la demanda después de haber sido contestada (artículo 110 del Código Procesal Civil y Mercantil);
- La interposición de las excepciones previas de carácter preclusivo, que únicamente pueden interponerse dentro de los seis días del emplazamiento en el proceso ordinario (artículo 120 del Código Procesal Civil y Mercantil) y dentro de los dos días en el juicio sumario (artículo 232 del mismo cuerpo legal);

⁶⁰ **Ob. Cit.** Pág. 214.

⁶¹ **Ibid.** Pág. 214.

- La interposición de todas las excepciones (previas -preclusivas- y perentorias) al contestar la demanda en el juicio oral (artículo 205 del Código Procesal Civil y Mercantil); y
- La interposición de excepciones en el escrito de oposición en el juicio ejecutivo (artículo 331 del Código Procesal Civil y Mercantil)".⁶²(sic.)

De lo anterior, podemos concluir entonces que el principio de preclusión opera plenamente o tiene amplia aceptación en el derecho procesal civil y siendo que el proceso es dinámico, a las partes se les conceden derechos procesales que deben hacer valer dentro de la etapa correspondiente. Si no los hacen valer oportunamente, la posibilidad correspondiente se cierra y el proceso sigue adelante. En otras palabras, concluida una etapa procesal, ya no es posible regresar o retroceder y debe entenderse en este caso que el derecho de cualquiera de las partes que no lo hizo valer en su momento procesal se ha perdido y que, en tiempo pudo haberse ejercitado.

4.6. Principio de eventualidad

Este principio, unido con el de preclusión, están íntimamente relacionados con el de concentración procesal y son, combinados entres sí, los medios que posibilitan en gran parte la celeridad de la justicia.

Aguirre Godoy, cita al procesalista Hugo Alsina, quien indica que este principio: "consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa, como medida de prevención -ad eventum- para el caso de que el primeramente interpuesto sea desestimado; también tiene por objeto favorecer la celeridad en los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad de los juicios".⁶³

En efecto, por este principio, las partes deben de ofrecer y proponer todos sus medios de prueba en el momento procesal oportuno, deben de hacer valer en su demanda todos los fundamentos de hecho de la acción que ejercitan, oponer el

⁶² Ob. Cit. Pág. 9.

⁶³ Ob. Cit. Pág. 269.

demandado todas las excepciones que tenga, acompañar a la demanda y contestación los documentos que funden su derecho; porque el no hacerlo da lugar a la consecuencia de la preclusión como vimos en el anterior inciso.

4.7. Principio de adquisición procesal

El principio, previsto por Aguirre Godoy, lo explicaremos brevemente con nuestras propias palabras: Con forme a este principio, las pruebas producidas por uno de los litigantes, no lo benefician únicamente a él, sino que pueden en algunas ocasiones favorecer a su contraparte o a todos los demás litigantes. En otras palabras, la prueba que aporte una de las partes al proceso puede, en determinado momento, ser tomada y apreciada en beneficio de la otra.

En las doctrinas modernas admiten el principio de adquisición de la prueba, es decir, que la prueba al ser incorporada al proceso se despersonaliza del litigante que la haya aportado.

Podemos afirmar que este principio está regido por el Artículo 177 del Código Procesal Civil y Mercantil, en la parte en la que establece expresamente: “El documento que una parte presente como prueba, siempre probará en su contra”. También encontramos desarrollado este principio de adquisición procesal en el Artículo 139 del mismo cuerpo legal, al establecer: “Las aserciones contenidas en un interrogatorio que se refieran a hechos personales del interrogante, se tendrán como confesión de éste”.

4.8. Principio de igualdad

Orellana Donis, al referirse al mismo precisa que este principio: “garantiza que las partes en el proceso, en igualdad de condiciones, dispongan de los medios para la defensa de sus respectivas posiciones, implica este principio que las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas a defender sus posturas”.⁶⁴

⁶⁴ **Ob. Cit.** Pág. 165.

Emite criterio el maestro Palleres, en el sentido de que: “las partes deben tener en el proceso un mismo trato, se les deben dar las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y ejercitar sus defensas, siempre dentro de la inevitable desigualdad que produce la condición de actor y demandado”.⁶⁵

De los dos conceptos que anteceden, derivamos que, el principio de igualdad hace necesario que las partes en un proceso tengan las mismas posibilidades y cargas de ataque y de defensa, de alegación, prueba e impugnación.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el ordenamiento material, la aplicación del principio de igualdad en el proceso debe serlo tan sólo en el sentido formal, toda vez que, en el ámbito del mismo, no pueden ser reconocidas situaciones de desigualdad, que pudieran alcanzar alguna justificación objetiva o razonable que pudiera permitir una aplicación desigual de la norma procesal.

El principio de igualdad ha de ser, pues, mecánica e indiscriminadamente aplicado en todas y cada una de las fases e instancias del proceso.

Aguirre Godoy, asevera que este principio: “es una garantía procesal por excelencia y unas veces se le llama también principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia. -Continúa manifestando e indica que- tradicionalmente la administración de justicia se ha representado como una matrona que tiene los ojos vendados y con una balanza en la mano, que indiscutiblemente se inclinará para el lado de la verdad, sin dejarse influir por ninguna circunstancia, sin atender al poder, influencia o posición social que los litigantes pueden tener ante ella. Pero que el derecho cobra su máxima importancia con las sentencias que son la expresión plenaria del derecho, pues no tendría valor alguno el hecho de que las leyes y reglamentos tuvieran instituido el principio de igualdad en todas sus manifestaciones, al momento de aplicarse la administración de justicia, se hiciera caso omiso del mismo”.⁶⁶

⁶⁵ Palleres, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Pág. 594.

⁶⁶ **Ob. Cit.** Págs. 266 a 268.

El principio de igualdad ha tenido una base constitucional puesto que todos los hombres son iguales en derecho ante la ley y nace del postulado que establece que nadie puede ser condenado sin antes haber sido citado, oído y vencido en juicio. Al afirmarse que también se le llama principio de contradicción lo cual se traduce en el derecho de las partes de oponerse a la ejecución de los actos que puedan perjudicarlo y que hayan sido realizados dentro del proceso.

En la Constitución de la República del año 1965, el principio de igualdad se encontraba regulado en los Artículos 3 y 53, como veremos a continuación:

“Artículo 3: En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El Estado garantiza como derechos inherentes a la persona humana: la vida, la integridad corporal, la dignidad, la seguridad personal y la de sus bienes. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad y decoro. Se prohíbe cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, nacimiento, posición económica o social u opiniones políticas.

Artículo 53: Es inviolable la defensa de la persona y sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o tribunales especiales. Nadie puede ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en el proceso legal seguido ante tribunales o autoridades competentes y preestablecidos, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimientos que reúna los mismos requisitos.”

Se estima que este último Artículo consagró la garantía constitucional del debido proceso.

El autor Eduardo J. Couture –citado por Aguirre Godoy-, argumenta que el principio de igualdad: “se resume en la fórmula *audiatur altera pars* (oírse a la otra parte) que se traduce en la oportunidad dada a un litigante para hacer valer sus razones, ya sea verbalmente o por escrito. Las aplicaciones de este principio se manifiestan en que la demanda debe ser comunicada al adversario a través de un

emplazamiento válido, en relación al cual el demandado debe tener un plazo razonable para comparecer y poder defenderse. Las pruebas deben estar sujetas a la fiscalización de la otra parte, teniendo ambas partes iguales oportunidades de alegación o impugnación. No se trata necesariamente de una igualdad aritmética sino de una razonable oportunidad de posibilidades de solicitar y defenderse. Por otra parte, cabe aclarar que el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino de que se conceda a un litigante lo que se niega al otro. Una resolución declarada inapelable para las dos partes o el diligenciamiento de un medio de prueba denegado a ambas partes, no constituye violaciones legales del principio constitucional de igualdad ante la ley. El quebrantamiento existiría cuando al actor se le permitiera alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa”.⁶⁷

En materia civil el principio de igualdad tiene gran importancia, ya que la defensa del patrimonio es tan necesaria como la propia integridad, pues la sentencia proferida en un proceso solamente afecta a las personas que formaron parte del mismo y debe citarse por consiguiente al demandado para que concurra a defender sus intereses, pues sería absurdo imponer una sentencia a quien no ha sido parte en el proceso, por no habersele comunicado debidamente por los medios legales. Su inobservancia constantemente ha dado lugar a que prosperen los procesos de amparo, de acuerdo a los casos de procedencia que regula la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

El análisis precedente, por supuesto no exhaustivo, de criterios doctrinales diversos, ha orientado nuestro pensamiento a la determinación de lo que realmente debemos entender por principio de igualdad.

Por tanto, entendemos que la igualdad frente la ley es el principio más general del cual es una especie la igualdad frente a la ley procesal. La desigualdad procesal rompería el principio de imparcialidad que es básico en la administración de justicia.

⁶⁷ **Ibid.** Págs. 266 a 268.

4.9. Principio de economía procesal

Este principio ha de menester que el proceso se desarrolle, al decir de Gordillo Galindo: “con el mayor ahorro de tiempo, de energías y de costo, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.⁶⁸

La profesora Castillo de Juárez, asevera que por este principio se: “...tiende a evitar la pérdida innecesaria de tiempo o recursos en el proceso... el principio busca la economía de los gastos que han de irrogar las partes en pago de honorarios, documentación, etc. y, por lo mismo, al señalarse plazos en que deben realizarse los actos procesales, le imprimen una marcha adecuada a las circunstancias”.⁶⁹

Como disposiciones que plasman la existencia, en el derecho vigente guatemalteco, este principio, podríamos citar las siguientes:

En la parte final del Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial se dispone: “La justicia es gratuita e igual para todos, salvo lo relacionado con las costas judiciales, según la materia en litigio”.

Otro ejemplo de disposición realizadora del principio de economía procesal, lo tenemos en el Artículo 64 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107, que regula el carácter perentorio e improrrogable de los plazos en que las partes deben realizar los actos procesales que correspondan y que además obliga a los jueces a dictar las resoluciones correspondientes, luego de haberse vencido dichos plazos y sin necesidad de gestión alguna.

Un ejemplo más lo tenemos en el Artículo 538 del mismo ordenamiento procesal, en cuyo texto se expresa los casos en que procede la acumulación de procesos, la cual tiene como efecto que los procesos acumulados se sigan en un solo proceso y se decidan por una misma sentencia.

⁶⁸ Ob. Cit. Pág. 11.

⁶⁹ Ob. Cit. Pág. 213 y 214.

4.10. Principio de publicidad

Nos ilustra Orellana Donis, sobre este principio al manifestar que: “las actuaciones judiciales son de carácter público; se realizan así para que la sociedad pueda fiscalizar la justicia o si se quiere con la asistencia, participación y conocimiento del público. La publicidad del proceso tiene dimensión constitucional por ser este un derecho fundamental. Las excepciones al principio de publicidad en el proceso son por motivos de moralidad, decoro o el pudor de alguna de las partes o que afecten el orden público o de seguridad estatal”.⁷⁰

En efecto, y aun cuando sean varios y distintos los conceptos doctrinales del referido principio, conjuntando todas ellas se puede extraer la conclusión de que, aunque excepcionalmente determinadas fases del procedimiento pudieran permanecer secretas, para una buena administración de justicia, la publicidad en el proceso ha de serlo, tanto frente a las partes (publicidad relativa), como frente a la sociedad o terceros (publicidad absoluta). Nuestro ordenamiento jurídico autoriza la posibilidad de la participación inmediata del público en el desarrollo del juicio para que por sus propios medios puedan fiscalizar la administración de justicia. En nuestro proceso civil, el principio de publicidad se encuentra regulado en el Artículo 63 de la Ley del Organismo Judicial.

4.11. Principio de probidad

Los juzgadores no son instrumentos para la obtención de objetivos de mala fe. Expone Palleres que: “...según este principio, el proceso es una institución de buena fe que no ha de ser utilizada por las partes con fines de mala fe o fraudulentos. El juez está obligado a dictar la medidas necesarias para evitar que los litigantes conviertan el proceso en un instrumento al servicio de intenciones contrarias al funcionamiento expedito de la justicia”.⁷¹

⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 166.

⁷¹ Ob. Cit. Pág. 597.

En consecuencia, toda malicia que una parte pueda ejercer contra su adversario en el desarrollo del proceso, constituye a su vez una actitud fraudulenta en contra de la propia administración de justicia, lo cual es necesario prevenir y sobre todo sancionar, ya que constituyen actos contrarios a la honradez y lealtad regulados como postulados en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Es de hacer constar que en algunos procesos jurisdiccionales han actuado abogados maliciosos, quienes emplean una serie de maniobras sorpresivas, retardatorias o fraudulentas, para vencer a su contrario, con falsedades o por agotamiento económico.

Afortunadamente, este principio opera plenamente en nuestro sistema procesal, ya que existen normas jurídicas que tienden a evitar sorpresas perjudiciales a los litigantes, aquellas que exigen la individualización de las pruebas para poder ser objetadas por la contraparte y las que establecen sanciones para castigar a quienes interponen excepciones, incidentes o recursos frívolos o manifiestamente improcedentes. Por ejemplo lo regulado en el Artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial que establece la obligación de indemnizar en el caso de que exista exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades. Otro ejemplo más lo tenemos en el Artículo 203, del mismo cuerpo legal que establece que por la interposición de recursos frívolos o impertinentes que evidentemente tiendan a entorpecer los procedimientos, y por la presentación de escritos injuriosos o con evidente malicia, será sancionado el abogado, las dos primeras veces con multa de doscientos a mil quetzales, y la tercera, con separación de la dirección y procuración del asunto sin perjuicio de otras sanciones que pudiera imponer el Colegio de Abogados y Notarios, en aras de la adecuada disciplina y prestigio del gremio.

4.12. Principio de escritura y de oralidad

En la doctrina moderna se fluctúa entre las ventajas y los inconvenientes recíprocos de la escritura y de la oralidad.

Según el criterio de la maestra Ruiz Castillo de Juárez, el principio de oralidad: "...consiste en que el proceso se lleva a cabo por medio del sistema de audiencias, durante las cuales las partes participan efectivamente y se reciben las pruebas ofrecidas o aportadas, discutiéndose el conflicto de intereses. Todas las otras fases del proceso, como la demanda, la contestación de la demanda, el ofrecimiento de pruebas, la sentencia, la apelación y otros actos procesales, se generan por escrito".⁷²

Aun más, dice la citada autora guatemalteca que en el sistema oral, lo actuado queda constante en actas levantadas por el órgano jurisdiccional.

De manera que el principio de escritura y el de oralidad, en realidad no son absolutos porque en el proceso escrito hay comparecencias en las que se da cuenta con declaraciones de partes y de los terceros que intervienen en el proceso y porque de lo oral se conservan actas levantadas.

4.13. Principio de legalidad

Como bien lo indica el profesor Orellana Donis: "este principio es mucho más fácil de entender, ya que todo acto o resolución debe estar fundamentado en Ley".⁷³

Nos parece adecuado el criterio anterior pues en efecto, según este principio, los actos procesales son válidos cuando se fundan en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que en ella se prescribe.

4.14. Principio de convalidación

Sobre este principio, asienta el tratadista guatemalteco Gordillo Galindo que: "...si el acto procesal nulo no es impugnado, queda revalidado por el consentimiento tácito o expreso de la parte que sufrió lesión por la nulidad".⁷⁴

⁷² **Ob. Cit.** Pág. 211.

⁷³ **Ob. Cit.** Pág. 169 y 170.

⁷⁴ **Ob. Cit.** Pág. 13.

Estamos de acuerdo con lo anotado por el citado autor ya que el mismo tiene fundamento legal (Artículo 614 del Código Procesal Civil y Mercantil) y porque convalidar es confirmar o revalidar y con eficacia jurídica un acto antes anulable.

Ya concretamente, se tiene el derecho a la impugnación mediante el recurso o mediante el incidente de nulidad; no se ejerce ese derecho y ello trae como consecuencia su pérdida, lo que da lugar a que se convalide lo que pudo combatirse mediante el recurso o mediante la nulidad, esto es el principio de convalidación que a nuestra consideración, está vinculado con la preclusión.

4.15. Principio de congruencia

Conforme a este principio han de resolverse todos y cada uno de los puntos cuestionados en el litigio correspondiente al proceso que se resuelve. Ha de resolverse sobre todo lo pedido, no ha de concederse más de lo solicitado. Ha de examinarse todo el elemento de prueba llevado a juicio.

El principio de congruencia impera con toda rigurosidad en el proceso civil, al grado que en nuestra legislación procesal la incongruencia en las sentencias (fallos omisos, ultra petitos o incongruentes en sentido estricto) constituyen motivos de casación al tenor del Artículo 622 numeral 6º. del Código Procesal Civil y Mercantil.

En ese orden de ideas, y como bien lo indica el tratadista Gimeno Sedra: “el principio de congruencia no ciñe su ámbito de aplicación exclusivamente a la fase declarativa, sino que también es reclamable a la de impugnación”.⁷⁵

Como fundamento de este principio tenemos: El Artículo 26 del Código Procesal Civil y Mercantil, el que indica, que el juez deberá dictar su fallo congruente con la demanda y no podrá resolver de oficio sobre excepciones que sólo puedan ser propuestas por las partes.

⁷⁵ **Ob. Cit.** Pág. 305.

Finalizamos el estudio del principio de congruencia, indicando que éste, implica que en su tarea de motivación de las decisiones, el juez no debe limitarse a invocar la legislación aplicable, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos. Antes bien, deberá responder a los argumentos y peticiones de las partes, de manera que la decisión aparezca ante ellas como razonable y adecuadamente fundamentada.

CAPÍTULO V

5. Análisis de la aplicación del principio de igualdad en la tramitación de las providencias precautorias

En el desarrollo de este trabajo hemos hecho ilustrativamente un esquema del trámite de las providencias precautorias con fundamento en lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, y por medio de él, podemos darnos cuenta que las mismas se dictan sin oír a la parte contra quien se pidan y una vez ejecutadas, el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de los quince días, si no cumple las mismas se revocarán al pedirlo el demandado, previo incidente; asimismo, al referirnos a los principios procesales indicamos que el principio de igualdad hace necesario que las partes en un proceso tengan las mismas posibilidades y cargas de ataque y de defensa, de alegación, prueba e impugnación.

En ese orden de ideas, en este capítulo procedemos a analizar la aplicación del principio de igualdad en la tramitación de las providencias precautorias para establecer si se viola o no dicho principio al decretarse las mismas sin oír a la parte contra quien se pidan.

Pero, antes de adentrarnos al análisis respectivo objeto de nuestra asignatura, conviene que nos refiramos a los antecedentes históricos del mencionado principio, sus antecedentes constitucionales, las normas jurídicas que lo fundamentan y su naturaleza jurídica respectivamente. Asimismo, consideramos indispensable conocer la opinión de la Corte de Constitucionalidad en relación a dicho principio.

5.1. Breve antecedente histórico del principio de igualdad

El principio de igualdad ha experimentado a lo largo de la historia una importante mutación desde los tiempos en que hizo su aparición en los textos legales hasta nuestros días. Sabido es que la idea de la igualdad de todos ante la ley era una de las

que impulsaron la Revolución Francesa, en uno de cuyos textos legales más importantes, la Declaración de Derechos, se proclamó que “los hombres nacen libres e iguales en derechos” que “las distinciones sólo pueden estar fundadas en la utilidad común”.

A pesar de ello, por todos es conocido que hasta la fecha persisten las desigualdades que constituyen una violación esencial a los preceptos de justicia social que forman parte de la plataforma de valores que sustenta especialmente el Estado de Guatemala y que se recogen en la Constitución Política.

Es bueno, sin embargo, no sólo recordar por recordar, sino hacerlo para caminar hacia la verdad y en ese sentido, no podemos negar la existencia de una lucha constante para que se cumpla con dicho principio de alguna forma.

5.2. Antecedentes constitucionales del principio de igualdad

El principio de igualdad ha sido recogido en la totalidad de los textos constitucionales guatemaltecos. No por ello, sin embargo, puede decirse que su fuerza haya sido mayor que la de cualquier otro principio general del derecho.

El primer avance de la historia del constitucionalismo guatemalteco que ha de merecer nuestra atención (como antecedente) es la Constitución de Bayona, y la Constitución de Cádiz.

5.2.1. Constitución de Bayona (1808)

A pesar de que su carácter de texto constitucional sea más que dudoso. Numerosos son los preceptos contenidos en esa Constitución que tendían a realizar la igualdad. Así por ejemplo, la igualdad del sistema de contribuciones (Arts. 117 y 118).

Esta Constitución como bien lo indican los autores Pereira Orozco y Ernesto Richter: “no tuvo vigencia, pero su importancia resulta de la influencia que sus disposiciones ejercieron al inspirar las constituciones de los nacientes Estados americanos emergidos de la independencia política de la Corona Española”.⁷⁶

5.2.2. Constitución de Cádiz (1812)

Esta Constitución también proclamó la igualdad jurídica, aunque un tanto solapadamente (su Art. 248 decía: “En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un fuero para toda clase de personas”). Sin embargo, la extensión de su Articulado (348 Artículos) y las vicisitudes por las que pasó, acarrearón importantes consecuencias, que sin duda incidieron en la forma en que sus preceptos fueron aplicados.

Su vigencia dicen los autores Pereira Orozco y Ernesto Richter: “es de varios años sirviendo de soporte a los nuevos Estados en lo que estos redactaban sus propias constituciones.”⁷⁷

En consecuencia, dicha Constitución sirvió de base, al igual que la de Bayona, para el derecho constitucional guatemalteco, y por consiguiente, para la elaboración de la Constitución Federal de 1824 y la estatal de 1825.

5.2.3. Primera Constitución del Estado de Guatemala (1825)

Bajo el epígrafe de libertad, igualdad, seguridad y propiedad la primera Constitución del Estado de Guatemala que fue aprobada el 11 de octubre de 1825, proclamó el principio de igualdad. Dicha Constitución en su Artículo 20 establece: “Los derechos del hombre en sociedad son, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad”; y, desde entonces el principio de igualdad en las

⁷⁶ Pereira-Orozco, Alberto y Ernesto Richter, Marcelino Pablo. **Derecho constitucional**. Pág. 74.

⁷⁷ **Ibid.** Pág. 76.

Constituciones guatemaltecas subsiguientes se fue desarrollando hasta nuestros días.

5.3. Normas jurídicas que fundamentan el principio de igualdad

“Uno de los principios fundamentales que informa al Derecho guatemalteco, es la supremacía constitucional, que implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución -Política de la República-”.⁷⁸(sic.)

En ese orden, mencionaremos las normas jurídicas más importantes que fundamentan el principio de igualdad.

a) Constitución Política de la República de Guatemala

“Artículo 4º. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

b) Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

c) Declaración Universal de Derechos Humanos

“Artículo 1º. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

⁷⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta No. 31**, expediente No. 330-92, sentencia: 01-02-94. Pág. 07.

“Artículo 7º. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículo 14. Igualdad ante los tribunales. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”.

e) Ley del Organismo Judicial

“Artículo 57. Justicia. La justicia es gratuita e igual para todos...”.

5.4. Naturaleza jurídica del principio de igualdad

Cuando se pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, se está buscando la categoría jurídica general (el género) para encuadrar la especie que se está estudiando.

En ese orden de ideas, consideramos que para determinar cuál es la naturaleza jurídica del principio de igualdad es indispensable reconocerlo como derecho y como principio. A nuestro juicio, el Artículo 4º. de la Constitución Política configura claramente el juicio de igualdad como un derecho subjetivo, puesto que de lo contrario, entre otras cosas, su infracción no podría fundamentar la interposición de una acción de amparo, cuya finalidad es, no se olvide, servir de garantía frente a la violación de los derechos fundamentales. Pero no por ello el principio de igualdad ha dejado de ser un principio

inspirador del ordenamiento jurídico guatemalteco o mejor dicho, orientador de la actividad de los poderes públicos especialmente el judicial.

➤ El principio de igualdad como derecho subjetivo

Como derecho que es, se hace preciso corroborar si participa de las características propias de los demás derechos fundamentales.

A este respecto, como bien lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad: “nuestra Constitución agrupa los derechos humanos dentro del Título II de la misma”⁷⁹ y claramente distingue en su Capítulo I los Derechos Individuales.

“Los derechos humanos individuales son los que están unidos a todos los seres humanos y no se separan, son los derechos fundamentales del hombre como una conquista al poder público, o sea aquellos a los que el pueblo tiene derecho ante cualquier gobierno del mundo por el solo hecho de haber nacido como seres humanos (hombre o mujeres). Son aquellos derechos que el hombre y la mujer tienen y que ningún gobierno justo puede dejar de respetar. Son los que han nacido del propio derecho natural y de la inteligencia del ser humano.”⁸⁰

En los derechos humanos individuales reconocidos en el capítulo I título II de la norma citada está lo formulado en el Artículo 4º. (Libertad e Igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.), que vincula a todos los poderes públicos especialmente el judicial.

Este precepto constitucional es de aplicación inmediata y no requiere su desarrollo en leyes para poder ser invocado, por consiguiente, es plenamente aplicable al principio de igualdad.

⁷⁹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta No. 08**, expediente No. 87-88, sentencia: 26-05-88. Pág. 184.

⁸⁰ De León Carpio, Ramiro. **Catecismo constitucional**. Pág. 47.

La igualdad reconocida en el Artículo 4º. de la Constitución Política no constituye un derecho autónomo existente, por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de acción de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general.

Junto a ese carácter dependiente del derecho a la igualdad, hay que destacar también su carácter formal ya que tal y como está redactado el Artículo 4º. (“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”), no cabe otra posibilidad. Así, mediante la sola invocación de este Artículo, los tribunales de justicia no pueden colocar a quien se encuentra en una situación de hecho desventajosa respecto de otro en la misma situación que éste ocupa. No estamos en presencia de un derecho material, sino ante un derecho formal, en el sentido de que es la norma la que se emplea como parámetro para determinar si ha habido o no infracción del Artículo 4º., y en tanto puede incurrir en violación de dicho Artículo quien goza de una situación de hecho favorable como quien sufre otra desfavorable.

➤ El principio de igualdad como principio:

Como bien decíamos, al mismo tiempo que un derecho, la igualdad es también un principio y vinculante, para los poderes públicos especialmente el judicial.

En ese sentido, el principio que analizaremos prohíbe las distinciones no justificadas, en todos los casos en que las leyes establezcan distinciones, el principio de igualdad entrará en juego exigiendo una justificación suficiente para cada distinción, y correspondiendo, en último extremo, a la Corte de Constitucionalidad determinar si lo está o no (no puede extrañar, por tanto, el altísimo número de sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad en

materia de igualdad, máxime que tiene entre sus atribuciones la de conocer la acción de amparo)

Sin embargo, casi todo el enorme potencial que el principio de igualdad lleva consigo sería papel mojado si la Constitución Política de la República se hubiera limitado a configurarlo como un principio (aun cuando fuere vinculante). Para muy poco serviría, ciertamente, si el ciudadano no pudiera invocarlo frontal y directamente ante los tribunales de justicia, si no pudiera fundamentar una demanda por su infracción. Y, eso es lo que sucedería si no fuere más que un principio.

Para dar remedio a tal situación, los constituyentes, que seguramente no ignoraban este dato, articularon técnicamente el principio como un derecho subjetivo (Art. 4º. de la Constitución Política), quedando así el ciudadano vestido de la legitimación necesaria para acudir ante los tribunales ante una infracción del principio de igualdad.

Recapitulemos lo ya expuesto, para determinar cuál es la naturaleza jurídica del principio de igualdad o mejor dicho, de la cláusula del Artículo 4º., es necesario relacionarla con el resto del articulado de la Constitución Política. De esa relación se desprende:

- ✓ Que los constituyentes articularon técnicamente el principio de igualdad como derecho subjetivo; y,
- ✓ Que no por ello el principio de igualdad ha dejado de ser un principio.

Como derecho, sus caracteres más sobresalientes son:

- ✓ Su inmediata vinculatoriedad;
- ✓ Su dependencia de otro derecho subjetivo; y

- ✓ Su formalidad, en los términos que se han expuesto.

5.5. Opinión de la Corte de Constitucionalidad en relación al principio de igualdad

En este apartado, cabe resaltar que la Corte de Constitucionalidad desde el principio de sus funciones ha cumplido con el deber que le prescribe el Artículo 163, inciso g), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Compilar la doctrina y principios constitucionales que vaya asentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad...).

Veamos ahora el modo cómo la Corte de Constitucionalidad ha interpretado la cláusula del Artículo 4º. de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La primera sentencia relevante dictada por el alto Tribunal de jurisdicción privativa en la que se resuelve una cuestión en la que se alega la infracción del Artículo 4º. de la Constitución Política de la República, es la del seis de julio de 1988. Esta sentencia, entre otras cosas, declara: “Es evidente que este principio, se refiere específicamente, a que todos los seres humanos tienen igualdad de oportunidades y de derechos...Esta Corte estima que la igualdad consagrada en el Art. 4º. de nuestra Constitución, hace una referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio, el hecho de que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra”.⁸¹ Más clara es la sentencia de fecha dieciséis de junio de 1992, que entre otras cosas, declara: “Esta Corte estima que el principio de igualdad, plasmado en el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente

⁸¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta No. 09**, expediente No. 120-88, sentencia: 06-07-88. Pág. 51.

efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias”.⁸²(sic.)

No menos importante es la Opinión Consultiva emitida por el mismo Tribunal permanente de jurisdicción privativa en resolución de fecha cuatro de noviembre de 1998, en la que claramente indica: “La igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, sino se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esta perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad”.⁸³(sic.)

La Corte de Constitucionalidad ha procurado evitar la elaboración de una doctrina rígida en torno al principio de igualdad, cuya aplicación condujera a resolver automáticamente los casos suscitados, como si de operaciones matemáticas se tratase. Por el contrario, la Corte de Constitucionalidad se ha esforzado por hacer una valoración en cada caso de los intereses constitucionales encontrados y primar unos sobre otros, sin que el modo de resolver las viejas cuestiones predetermine la solución de las nuevas.

Pasemos ahora al estudio que da origen al presente trabajo, en que ha de apreciarse si se viola o no el principio de igualdad al decretarse las providencias precautorias sin oír a la parte contra quien se pidan; y, que por el contrario, éstas se revocan al pedirlo el demandado, previo incidente, si una vez ejecutadas el que la pidió no entabla su demanda dentro de los quince días.

⁸² Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta No. 24**, expediente No. 141-92, sentencia: 16-06-92. Pág. 14.

⁸³ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Gaceta No. 59**, expediente No. 482-98, resolución: 04-11-98. Pág. 698.

Desde que apareció publicada la primera Gaceta de la Corte de Constitucionalidad tuvimos ya una herramienta apreciable para examinar cómo, en la práctica o en el estudio, habríamos de entender el principio de igualdad plasmado en el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República. Pero, como bien lo advirtió en su discurso en el acto de transmisión de la Presidencia el primer Presidente de la Corte de Constitucionalidad licenciado Edmundo Quiñones Solórzano: “se decidió no hacer un resumen en cada sentencia de la doctrina que de la misma se extraía, por estimar que esta tarea debe dejarse al estudioso y al litigante, con el objeto que procuren su invocación según sea el caso, a efecto de no incurrir en el llamado “cansancio jurisprudencial” que resulta de la repetición o mecanización del concepto, cuando éste debe renovarse cada vez con el estudio adecuado de los hechos, puesto que, como ocurre frecuentemente, según lo experimentan los Magistrados y Jueces, difícilmente hay dos casos exactamente iguales, por lo que debemos motivar el análisis y la investigación de la jurisprudencia aplicable”.⁸⁴(sic.)

Una de las consecuencias que se desprende de la indagación histórica sintetizada en este apartado y principalmente de la naturaleza jurídica del principio de igualdad así como de la opinión de la Corte de Constitucionalidad sobre la cláusula del Artículo 4º. de la Constitución Política de la República es que se da por obvio que el derecho o principio de igualdad ante la ley establece que todos los Organismos del Estado deben reconocer a los habitantes o seres humanos dentro de su territorio o jurisdicción, igualdad de oportunidades ante la ley.

Pero, como bien indicábamos la igualdad reconocida en el Artículo 4º. de la Constitución Política no constituye un derecho autónomo existente, por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas; que hay que destacar el carácter formal del mencionado artículo, ya que tal y como está redactado (“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”), no cabe otra posibilidad y que su sola invocación, los tribunales de justicia no pueden colocar a quien se encuentra en una situación de hecho desventajosa

⁸⁴ Corte de Constitucionalidad. **Repertorio de jurisprudencia constitucional: 1,986-1991**. Pág. ix.

respecto de otro en la misma situación que éste ocupa. No estamos en presencia de un derecho material, sino ante un derecho formal.

En tal sentido, el principio constitucional de igualdad no pretende que todos los seres humanos sean iguales entre sí, lo cual es imposible e inconcebible, al contrario, pretende la desigualdad de trato para resolver con justicia situaciones desiguales.

Advertimos, que lo que se ha descrito nos sustenta a afirmar que no se viola el principio de igualdad regulado en el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República al tramitarse las providencias precautorias. Pues, si bien es cierto que el contenido de los Artículos 534 (Las providencias precautorias se dictarán sin oír a la parte contra quien se pidan...) y 535 (Ejecutada la providencia precautoria, el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de los quince días siguientes... Si el actor no cumple con lo dispuesto en el párrafo anterior, la providencia precautoria se revocará al pedirlo el demandado, previo incidente) del Código Procesal Civil y Mercantil no satisfacen plenamente el principio de igualdad que estipula el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República, también lo es que, dichas disposiciones establecen los mecanismo de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso, o se pierda, o diluya por el paso inevitable del tiempo al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso.

No puede darse el tema por terminado sin indicar que la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; también se viola si situaciones desiguales reciben un trato normativamente igual, o lo que es lo mismo, el principio de igualdad exige también que situaciones desiguales se traten desigualmente.

CONCLUSIONES

1. El principio constitucional de igualdad no pretende que todos los seres humanos sean iguales entre sí, lo cual es imposible e inconcebible; al contrario, pretende la desigualdad de trato para resolver con justicia situaciones desiguales.
2. No se viola el principio de igualdad regulado en el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República al tramitarse las providencias precautorias. Pues, si bien es cierto que el contenido de los Artículos 534 y 535 del Código Procesal Civil y Mercantil no satisfacen plenamente el principio de igualdad que estipula el Artículo 4º. de la Constitución Política de la República, también lo es que, dichas disposiciones establecen los mecanismo de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por iniciarse), con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso o se pierda, o diluya por el paso inevitable del tiempo al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso.
3. La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación puede apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.
4. La igualdad es también violada si, situaciones desiguales reciben un trato normativamente igual, o lo que es lo mismo, el principio de igualdad exige también que situaciones desiguales se traten desigualmente.

RECOMENDACIONES

1. Los Magistrados o Jueces, en el ejercicio de sus funciones, deben dar cumplimiento riguroso al contenido del Artículo 534 del Código Procesal Civil y Mercantil, para evitar que el derecho controvertido sea iluso o se pierda o diluya por el paso inevitable del tiempo al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso.
2. En su tarea de motivación de las decisiones, los Magistrados o Jueces no deben limitarse a invocar el contenido del Artículo 534 del Código Procesal Civil y Mercantil, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de las providencias precautorias. Antes bien, deberán responder a los argumentos y peticiones de la parte que solicita dichas providencias precautorias, de manera que la decisión aparezca razonable y adecuadamente fundamentada.
3. La Corte de Constitucionalidad ha de mantener el esfuerzo de evitar la elaboración de una doctrina rígida en torno al principio de igualdad, ya que difícilmente existan dos casos exactamente iguales.
4. Los administradores de justicia deben velar por la aplicación de nuestra Constitución Política, para que con ello se cumpla el principio de igualdad.
5. En los centros educativos del país se debe enseñar nuestra Constitución Política para que se pueda promocionar las garantías constitucionales en todos los niveles de nuestra sociedad y así lograr el cumplimiento del principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Reimpresión de la ed. de 1973, 1t.; Guatemala: Ed. Vile, 2004.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. **Estudios de derecho procesal**. 1ª. ed., 1vol.; México: Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980.
- CALAMANDREI, Pierro. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**, traducida al español por Santiago Sentís Melendo. 1ª. ed., 3vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América, 1945.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**, traducida al español por Santiago Sentís Melendo. 5ª. ed., 1vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América, 1973.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, traducida al español por Santiago Sentís Melendo. 2ª. ed., 1vol.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Hispanoamericana, 1944.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. **Repertorio de jurisprudencia constitucional 1986-1991 doctrinas y principios constitucionales**. Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana de Guatemala, 1992.
- DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. 7ª. ed.; Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1995.
- DE LA PLAZA, Manuel. **Derecho procesal civil español**. 3ª. ed., 3vol.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- GIMENO SEDRA, Vicente et. al. **Derecho procesal**, parte general y proceso civil (1). 1t., 1vol.; Valencia, España: Ed. Tirant lo blanch, 1988.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**, aspectos generales de los procesos de conocimiento. Guatemala: (s.e.), 2000.
- GUASP, Jaime. **Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil**. 3ª. ed., 2t.; Madrid, España: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1951.
- MONTERO AROCA, Juan y CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, el juicio ordinario. 1ª. ed., 1vol.; Guatemala: Ed. Helvetia, 1999.
- ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Teoría general del proceso**. 1ª. ed.; Guatemala: Ed. Orellana, Alonso & Asociados, (s.f.).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 23ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. HELIASTA S.R.L, 1996.

PALLERES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil.** 8ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1975

PEREIRA OROZCO, Alberto y ERNESTO RICHTER, Marcelino Pablo. **Derecho constitucional.** 2ª. ed.; Guatemala: Ed. De Pereira, 2005.

PODETTI, J. Ramiro. **Derecho procesal civil, comercial y laboral,** tratado de las medidas cautelares. 4t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S. A., 1956.

PODETTI, J. Ramiro. **Teoría y técnica del proceso civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S. A., 1963.

PRIETO CASTRO, Leonardo. **Derecho procesal civil.** 2ª. ed., 1vol.; Madrid, España: Ed. Tecnos, 1968.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** 21ª. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S. A., 1997.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Teoría general del proceso.** 8ª. ed., revisada y ampliada; Guatemala: (s.e.), 2000.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964 y sus reformas.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964 y sus reformas.

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