



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

**COSA JUZGADA FRAUDULENTA. LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA
FIRME EN MATERIA CIVIL EN GUATEMALA**

TESIS DE POSGRADO / TRABAJO FIN DE MÁSTER

JORGE ESTUARDO CEBALLOS MORALES

CARNET 1325879

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015

CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/*EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA*
FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO
“SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”
PRIMERA FASE FORMATIVA DEL DOCTORADO EN DERECHO

**COSA JUZGADA FRAUDULENTA. LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA
FIRME EN MATERIA CIVIL EN GUATEMALA**

TESIS DE POSGRADO / TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

TRABAJO PRESENTADO POR
JORGE ESTUARDO CEBALLOS MORALES

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
EN DERECHO “SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO”

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015
CAMPUS CENTRAL
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR:	P. EDUARDO VALDÉS BARRÍA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA:	DRA. LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN:	DR. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO:	LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL:	LICDA. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

DECANO:	DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA:	MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO:	MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO /
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

RECTOR:	SR. IÑAKI GOIRIZELAIA
SECRETARIO GENERAL:	SR. JOSÉ LUIS MARTÍN GONZÁLEZ
VICERRECTOR DEL CAMPUS DE ÁLAVA:	SR. JAVIER GARAIZAR CANDINA
VICERRECTOR DEL CAMPUS DE BIZKAIA:	SR. CARMELO GARITAONANDIA GARNACHO
VICERRECTORA DEL CAMPUS DE GIPUZKOA:	SRA. ANA ARRIETA AYESTARAN
VICERRECTOR DE EUSKERA:	SR. JON ZARATE SESMA
VICERRECTORA DE ESTUDIOS DE GRADO E INNOVACIÓN:	SRA. AMAYA ZARRAGA CASTRO
VICERRECTORA DE ESTUDIOS DE POSGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES:	SRA. NEKANE BALLUERKA LASA
VICERRECTORA DE PROYECCIÓN Y TRANSFERENCIA:	SRA. AMAIA MASEDA GARCÍA
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN:	SR. FERNANDO PLAZAOLA MUGURUZA
VICERRECTORA DE ESTUDIANTES, EMPLEO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL:	SRA. MAITE ZELAIA GARAGARZA
VICERRECTOR DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR:	SR. XABIER ETXANIZ ERLE
GERENTE:	SRA. MIREN LOREA BILBAO ARTETXE

**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

DECANA:	SRA. JUANA GOIZUETA VERTIZ (CALIDAD E INNOVACIÓN Y PROFESORADO)
VICEDECANA I DE ORDENACIÓN ACADÉMICA Y PROFESORADO:	SRA. ANA PÉREZ MACHIO
VICEDECANO COORDINADOR DE SECCIÓN Y RESPONSABLE DE EUSKERA Y PLURILINGÜISMO:	SR. IXUSKO ORDEÑANA GUEZURAGA
VICEDECANA DE POSTGRADO:	SRA. MAITE URIARTE RICOTE
VICEDECANA DE CALIDAD E INNOVACIÓN:	SRA. ANA ROSA GONZÁLEZ MURUA
VICEDECANO DE RELACIONES EXTERNAS Y ALUMNADO:	SR. JUAN MANUEL VELÁZQUEZ GARDETA

SECRETARIO ACADÉMICO Y
RESPONSABLE DE PRÁCTICAS:

SR. MIKEL KARRERA EGIALDE

**DOCTORADO EN DERECHO DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR:

DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA:

DRA. JUANA GOIZUETA VÉRTIZ

RESPONSABLE:

DR. FRANCISCO JAVIER
CABALLERO HARRIET

RESPONSABLE:

DR. LARRY ANDRADE-ABULARACH

COMISIÓN ACADÉMICA

PRESIDENTE:

DR. FRANCISCO JAVIER
CABALLERO HARRIET

VOCAL:

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA
GANUZAS

VOCAL:

DR. IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA

NOMBRE DEL ASESOR/DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADUACIÓN

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN DE DEFENSA PÚBLICA

DR. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS

DR. ESTEBAN ANCHUSTEGUI IGARTUA

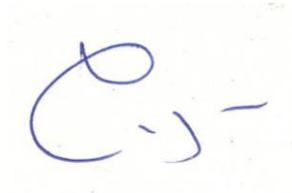
DR. LARRY AMÍLCAR ANDRADE-ABULARACH

CARTA DEL ASESOR / DIRECTOR

Visto bueno del/de la Directora/a de la tesina para su defensa:

El Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, Director del trabajo fin de máster presentado por el estudiante del Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, **D. Jorge Estuardo Ceballos Morales**, titulado **“Cosa juzgada fraudulenta. La impugnación de la sentencia firme en materia civil en Guatemala”**, considera que la tesina presentada cumple con los requisitos formales, metodológicos y de contenido exigido, por lo que da el visto bueno para su defensa ante la Comisión Académica.

En Donostia-San Sebastián, a 28 de agosto de 2014.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'F. Ezquiaga', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'F' and a smaller 'Ezquiaga' following.

Fdo.: Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

No. 071-2014

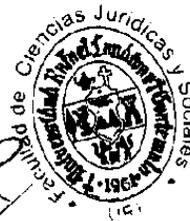
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante JORGE ESTUARDO CEBALLOS MORALES, Carnet 13258-79 en la carrera MÁSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO", del Campus Central, que consta en el Acta No. 07656-2014 de fecha 23 de septiembre de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

**COSA JUZGADA FRAUDULENTA
LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA FIRME EN MATERIA CIVIL EN GUATEMALA**

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO "SOCIEDAD DEMOCRÁTICA, ESTADO Y DERECHO".

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de junio del año 2015.




MGTR. ALAN ALFREDO GÓNZALEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala



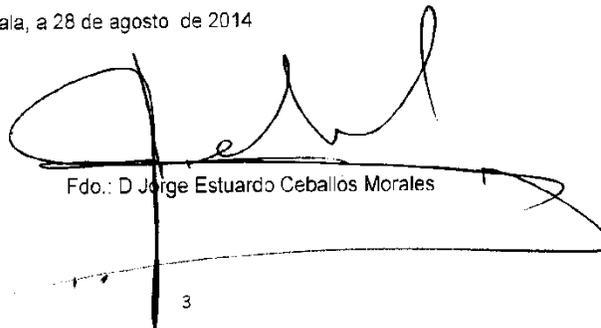
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea

Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Declaración de originalidad:

El Maestrando **Jorge Estuardo Ceballos Morales**, por medio de la presente, DECLARO:
Que el Trabajo titulado: "**Cosa juzgada fraudulenta. La impugnación de la sentencia firme en materia civil en Guatemala**", que presento para la obtención del título de Máster en "Sociedad democrática, Estado y Derecho" impartido por la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, es original y que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están debidamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal y en los casos que así lo requieran, cuento con las debidas autorizaciones de quienes poseen los derechos patrimoniales. Declaro igualmente que los materiales están libres de derecho de autor y me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual, exonerando de responsabilidad a la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea y a la Universidad Rafael Landívar.

En la ciudad de Guatemala, a 28 de agosto de 2014



Fdo.: D Jorge Estuardo Ceballos Morales

Agradecimientos

Agradezco a Dios, fuente de sabiduría y vida, quien a través de las tres divinas personas, Padre, Hijo y Espíritu Santo, me han permitido entender que la vida es simple, humilde y plena; y a la Virgen María por su intercesión.

Agradezco a mi esposa, Eugenia Rodas de Ceballos, a mis hijos María del Pilar, José Pablo y Jorge Andrés, por permitir tomar horas de nuestro tiempo para dedicarlas a esta noble tarea de investigar en la ciencia del derecho.

Agradezco a mi madre, Yolanda Morales Taracena de Ceballos, por su apoyo y oraciones, para obtener la luz de la sabiduría divina.

Agradezco a mis hermanos, Luis Miguel, José Rodolfo, Lorena, Marcela y, en especial a mis hermanas que ya gozan en la presencia del Señor, María Mercedes y Ana Lucía.

A mi equipo del Bufete, Evelyn, Inett, Gaby, Gerson, y todos aquellos que colaboran en el mismo, por su incondicional esfuerzo y lucha.

A todos los tíos Morales Taracena, quienes han sido ejemplo para que continuar en la escalada del conocimiento.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, casa de estudios que durante 36 años me ha permitido intentar entender la maravillosa ciencia del derecho.

A todo el Programa del Doctorado, especialmente a Dr. Larry Amílcar Andrade Abularach, Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Dr. Francisco Javier Caballero Harriet, por permitir que ensanchemos nuestro conocimiento en la ciencia del derecho.

Dedicatoria

Dedico este esfuerzo a:

Mi esposa, Eugenia Rodas del Cid de Ceballos, mis hijos María del Pilar, José Pablo y Jorge Andrés, para que les sirva, como una mínima partícula, el esfuerzo emprendido y que puedan, en sus respectivas aptitudes, continuar en el estudio de la vida y de la ciencia que profesan.

Mi Madre Yolanda Morales Taracena de Ceballos, para que la agregue a sus agradecimientos al Creador.

A mis ahijados, María José Ramírez, Gabriela Luna, Lupita Morales, Rodrigo Cuestas, Niko y Fabricio, con mucho cariño.

Mis colegas y amigos, Mario Fuentes Destarac, Francisco Bonifaz Rodríguez, Scarlett Fernández Gordillo, Adrián Sagastume, Goyo Aguilar y Stuardo Ralón, con quienes me ha unido, más que una carrera jurídica, un afectuoso lazo de amistad y cariño, para que juntos continuemos en esa lucha tenaz por implantar el derecho y la justicia.

A mi Patria, Guatemala, por quien prometo seguir esforzándome para poner unos granitos de arena en la ciencia del derecho.

A mis amigos, Mauricio Gularte, Carlos Falla, Víctor Paniagua, Jorge Trujillo, Juan Luis García, Kamal Dary, Oscar Márquez, Estuardo Valladares, Jorge Barillas, Ricardo Bonilla y Mario Aguilar, con quienes hemos compartido muchos momentos, con aprecio y cariño.

A mis amigos sacerdotes, Jorge Quiñonez, Sergio Godoy, Edwin Muñoz y Gabino Pineda, quienes me han apoyado y orientado en el camino de mi vida.

A la Asociación del Niño por el Niño -Anini-, fuente de servicio y amor.

A la memoria de Ricardo Morales Taracena y Marco Antonio Rodas Ovalle, quienes con su ejemplo de vida y profesionalismo, me enseñaron que es posible avanzar.

A todos aquellos, otrora estudiantes de derecho, permitieron que mi vida fuera forjando su cauce en esta entrañable y bella ciencia del derecho.

RESUMEN DEL TRABAJO

La presente investigación se orienta a determinar que la sentencia que se dicte en procesos de materia civil y que contiene vicio de cosa juzgada fraudulenta, obtenida por actos de mala fe, dentro de ellos, el fraude procesal, la simulación, el dolo, que se traducen en un abuso de derecho, y que tuvieron incidencia en la forma en que se resolvió fraudulentamente, puede ser impugnada y obtenerse la declaratoria de nulidad. Aunque en la estructura procesal civil en Guatemala, no está regulada típicamente la figura de la impugnación de la sentencia firme cuando contiene cosa juzgada fraudulenta, sostengo que existen mecanismos procesales ordinarios y constitucionales para impugnarla, dentro de ellos: el recurso de apelación *-teniendo como argumento su nulidad*; la enmienda del procedimiento como facultad de los tribunales de justicia que tienda a anulación, la acción autónoma de nulidad promovida en juicio ordinario; y, como herramienta constitucional, la acción de amparo directo mediante la cual el tribunal constitucional puede declarar la suspensión de sus efectos en forma definitiva (que tendría el mismo efecto nulificador), y ordenar se dicte nueva sentencia, o bien su suspensión temporal y dejar un plazo para su correspondiente impugnación en juicio ordinario por parte del interesado, tal y como sucede en los procesos de amparo contra el Registro de la Propiedad para el caso de las estafas registrales. Sugiero algunas modificaciones por adición a normas de carácter procesal.

ABSTRACT

The present investigation aims to determinate that judgment in civil matters that contain vice in fraudulent *res judicata* caused by acts in bad faith such as procedural fraud, simulation, malice or fraud; lead to an abuse of rights and have an important incidence in the way the procedure was resolved. Such judgments and sentences might be contest and challenge to obtain the declaration of nullity of the process. Although in our civil procedural structure in Guatemala is not typically establish and regulated the figure of challenging the final judgment when it contains fraudulent *res judicata*; I argue that there are ordinary and constitutional procedural mechanisms in our legislation to challenge this type of judgment. Within them, we find the appeal, having as an argument its nullity; the amendment procedure as a power of the judges and courts and the autonomous action of nullity promoted in regular trial. As a constitutional mechanism, we can also find the writ of “amparo”, the remedy for the protection of constitutional rights. By using this constitutional defense, the court might declare to suspend the effects of the fraudulent judgment, having the same effects as the impacts of nullifying, and consequently order the respective court to give a new judgment or temporary suspension. By temporary suspension, the court leaves a term for its respective future challenge in ordinary trail, just as in the processes of “amparo” against the Registry of Property in registry frauds cases. I suggest several modifications by adding to procedural rules within our legislation in order to deal with the problem in question.

“Cosa juzgada fraudulenta. La impugnación de la sentencia firme en materia civil en Guatemala”

ÍNDICE

Introducción		20
Capítulo I	La buena fe en el proceso civil	
1. El proceso		22
1.1	Concepto	22
1.2	La sentencia	22
1.3	Impugnación (recursos)	24
2. La buena fe en el proceso civil		26
2.1	Cuestiones preliminares	26
2.2	La realidad del proceso civil en Guatemala	27
2.3	La función del proceso.	29
2.4	Los deberes de lealtad, probidad Y buena fe en el proceso civil	30
2.5	La buena fe en la estructura procesal	30
Capítulo II	El abuso del derecho	
1. El abuso del derecho		37
2. El abuso procesal		37
3. Declaratoria de mala fe		40
4. Otras consideraciones sobre el abuso		42
5. La moralidad en el proceso		43
6. El porqué del abuso		47
7. Actuación <i>ex officio</i>		50
8. Nuestra tendencia		53
9. Efectos del abuso		56
9.1	Cuestión preliminar	56
9.2	Quienes pueden cometer abuso	57
9.3	Efectos del acto abusivo. Nulidad del acto	58
9.4	Que es el acto abusivo: un fraude procesal,	

	una simulación, dolo procesal...	59
9.5	Teoría de los actos propios	62
	9.5.1 El estoppel	65
	9.5.2 El “ <i>Verwirkung</i> ”.	67
Capítulo III	Cosa Juzgada	
	1. Concepto	68
	2. Clasificación de la cosa juzgada	70
	2.1 Cosa juzgada formal	70
	2.2 Cosa juzgada material	74
	3. Límites de la cosa juzgada	79
	4. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada	79
	5. Fundamento de la cosa juzgada	81
Capítulo IV	La impugnación de la cosa juzgada fraudulenta	
	1. Cuestiones preliminares.	84
	2. El entuerto	85
	3. Naturaleza de la acción de impugnación.	87
	3.1 Actuación de oficio.	87
	3.2 Clase de acción	90
	3.2.1 Similitud con el derecho privado	90
	3.2.2 Tipo de Acción	91
	4. Antecedentes históricos.	91
	5. Derecho comparado	95
	6. La discusión axiológica: Seguridad jurídica vrs. Justicia.	99
	7. Revisión de la cosa juzgada. El problema medular.	104
	7.1 Recurso de revisión	105

7.2	Pretensión autónoma	107
8.	Fundamento de la acción	113
8.1	Nulidad de los actos	114
8.2	Algunas causales de fundamento de la acción	116
8.3	Juez competente para conocer la acción	117
8.3.1	Causa de excusa o recusación	118
8.4	Tribunal Superior	119
8.5	Vía procesal	120
8.6	Aspecto constitucional	121
8.7	Requisitos de admisibilidad	122
8.7.1	Sentencia	122
8.7.2	Que adolezca de vicios esenciales, es decir sustanciales	123
8.7.3	Presupuestos de nulidades	123
8.7.4	Causalidad adecuada.	123

Capítulo V

Acción de Amparo contra sentencia fraudulenta

1.	Generalidades sobre el amparo.	126
1.1	Fundamento del amparo.	126
1.2	Concepto	126
1.3	Procedencia del amparo	127
1.3.1	Sujeto pasivo	128
1.3.2	Sujeto activo	128
1.4	Acto reclamado	129
1.5	Principios	129

1.5.1	La instancia o iniciativa de parte	129
1.5.2	Existencia de agravio	130
1.5.3	Definitividad	130
1.5.4	Principios de contradicción e igualdad en el amparo	130
1.6	Es un recurso o un proceso	131
1.7	Objeto de la acción de Amparo	131
1.8	Forma de terminación del amparo	132
1.9	Plazo para pedir amparo	133
1.10	Límites del conocimiento en amparo	133
2.	Procedencia de acción de amparo contra la sentencia que contiene cosa juzgada fraudulenta	135
2.1	Presupuesto de procedencia	135
2.2	Derechos violados en la cosa juzgada fraudulenta	136
2.3	Normativa de análisis obligatorio en el amparo	136
2.4	Participación en el amparo	138
2.5	Efectos de la sentencia	138
3.	Síntesis de nuestra propuesta	139
3.1	Apelación	139
3.1.1.1	Límites del recurso	140
3.1.1.1	Recurso de apelación	140
3.1.1.2	Recurso de casación	141
3.2	Acción de Amparo directo	142
3.2.1	Supuestos de procedencia	142
3.2.2	Efecto del otorgamiento de amparo	143

3.3	Acción autónoma de nulidad	144
3.4	Enmienda del procedimiento	146
	CONCLUSIONES	147
	BIBLIOGRAFÍA	150

INTRODUCCIÓN

El obrar bien, el actuar bien, es una característica del diario vivir. De hecho son más las cosas buenas que suceden en la vida que las negativas. El proceso es una de las herramientas que ha dispuesto el legislador civil para la resolución de un conflicto en partes en las que se puede ver involucrado el Estado cuando actúa en igualdad de circunstancia con un particular.

Como primer punto de análisis de esta investigación tenemos la buena fe en el proceso, las diferentes connotaciones de la buena fe, cual es nuestra realidad en el proceso, la función del proceso, los deberes de lealtad y probidad en el proceso.

Luego poniendo una antinomia de lo anterior, trataremos los modos de dolo, fraude y simulación procesal, dentro de los que se destaca con mayor insistencia el abuso de derecho. Lo que nuestra legislación contempla como abuso y lo que la doctrina nacional y extranjera señala al respecto. También se puntualiza mucho sobre el tema del abuso procesal, la mala fe procesal, la moralidad en el proceso, el porqué del abuso, los efectos del abuso, quienes pueden cometer abuso en el proceso, la declaratoria oficiosa si hay abuso, la nulidad del acto abusivo, las figuras del abuso en la nulidad de actos propios.

En otro apartado tratamos una de las figuras más importantes en materia procesal: la seguridad jurídica que representa un pilar en todo Estado; sin seguridad jurídica no hay paz, y sin paz no hay justicia. La seguridad jurídica como pilar en nuestra Constitución, tiene como referente a la sentencia; en ella descansa todo el engranaje procesal, es su fin último. Cuando hay sentencia se tiene resuelto un conflicto, se ha dado certeza, se ha eliminado la angustia del litigio y por ende ha generado seguridad jurídica. Esa seguridad jurídica en materia procesal se denomina “cosa juzgada”, y la misma es la que pone el sello definitivo a la actividad jurisdiccional. En este apartado tratamos todo lo relativo

a la cosa juzgada, especialmente en sus dos modalidades clásicas, la formal y la material, sus límites y fundamentos.

Sin embargo, cuando mediante mecanismos fraudulentos dentro del proceso, se obtiene una sentencia, ésta se ve contaminada y adquiere la característica de fraudulenta o *írrita* como le llama la doctrina y ese sello de cosa juzgada no puede dar certeza jurídica ya que se convierte en injusta. Es por ello que, el centro de nuestra investigación es desarrollar la procedencia, su naturaleza y formas de impugnación de la sentencia que contiene cosa juzgada fraudulenta. Se analizan las razones del fraude o, como le llama la doctrina, el entuerto. Se pondera la valoración entre la justicia y seguridad jurídica al momento de desarrollar la cosa juzgada y los efectos de su impugnación.

Por último señalamos en síntesis los mecanismos que a nuestro juicio permiten la impugnación de la sentencia dentro de los que señalamos el recurso de apelación, la acción de amparo directa, la acción autónoma de nulidad y la enmienda del procedimiento.

CAPITULO I

La buena fe en el proceso civil

1. El proceso

1.1 Concepto.

Para ubicar el proceso, rápidamente señalaremos su naturaleza jurídica. El proceso nació como una necesidad de que El Estado por medio de uno de sus órganos, el Organismo Judicial, resuelva los respectivos conflictos que se presentan entre las personas.

A decir de Couture, el proceso resulta ser, un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica.¹

El proceso conlleva dos finalidades que se encuentran implícitas, es decir una finalidad particular o satisfacción de un interés individual por la vulneración de un derecho; y una finalidad pública que contiene todo proceso de cualquier naturaleza, la paz social.

Couture señala además que el proceso procura, además de la paz social, acceso efectivo a los valores jurídicos como la justicia, la seguridad jurídica, el orden; la paz injusta no es un fin del derecho, como tampoco lo es la justicia sin seguridad, ni lo es un orden sin libertad.²

1.2 La sentencia.

¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición*. Edición Póstuma, s.l.,s.a., p 9

² *Ibíd.*, p.436.

La sentencia constituye la forma normal de terminación de un proceso; reviste capital importancia en todo sistema de derecho, por medio de la cual, el Juzgador hace suya esa facultad que la Constitución señala al indicar que: corresponde al Organismo Judicial la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.³

En todo caso, en aplicación al principio constitucional de tutela judicial eficaz o efectiva⁴, la sentencia viene a constituir el fin último del proceso, mediante la cual, el juzgador, una vez desarrollado el proceso en todas sus etapas: demanda, contestación y prueba (ofrecimiento, proposición y diligenciamiento), trae a la vista esos instrumentos de comprobación propuestos por las partes, realiza un acto cognitivo (racional), y de acuerdo a los sistemas de valoración aplicables (prueba tasada o sana crítica), y haciendo el encuadre de las disposiciones normativas propuestas por las partes y analizadas por el propio Juez, realiza una interpretación, aplicación y encuadre de las disposiciones normativas, para aplicarla y crear la norma jurídica, emitiendo su fallo o decisión al caso concreto, en sentido condenatorio, absolutorio o de anulación, según el caso.

Es cierto como dice Couture que “La sentencia podrá ser justa o injusta, porque los hombres necesariamente se equivocan. No se ha inventado todavía una máquina de hacer sentencias...”.⁵ Sin embargo por ello nacen dentro de las instituciones procesales, mecanismos para resguardar dicho principio, siendo uno de ellos la impugnación de la sentencia firme cuando es fraudulenta y por lo tanto injusta.

De conformidad con nuestra legislación en materia privada (civil, mercantil, marcario, etcétera), el tipo de sentencia que puede emitir un Juzgador es: declarativa, constitutiva o de condena. La finalidad de esta investigación es

³ Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

⁴ COUTURE, E., ob.cit, p.285.

⁵ Ídem.

determinar si dentro de un proceso en el que se utilizaron maniobras fraudulentas, se actuó de mala fe, con dolo procesal, es decir se faltó a la verdad, y si ello fue determinante para dictar una sentencia que tiene ese carácter de fraudulenta, es susceptible de anulación mediante la correspondiente impugnación aunque se encuentre firme.

1.3 Impugnación (recursos).

La impugnación de una sentencia reviste capital importancia previendo por supuesto las garantías del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, mediante las cuales, el inconforme-agraviado con el respectivo fallo, puede recurrir al superior jerárquico, incoando su revisión y solicitando en un fallo de segundo grado ante el Ad-quem, la revocatoria o modificación, según el caso. Este es el conocido recurso de apelación o alzada.

Nuestra legislación en materia civil contempla lo que conocemos como sentencias anulatorias⁶, cuando se han violado normas o disposiciones legales; sin embargo ni los litigantes ni los juzgadores, echan mano de dicha herramienta y no la utilizan en la práctica. Me parece que este es un mecanismo de impugnación idóneo para obtener la anulación correspondiente y que, en no pocos casos, depuraría el proceso; para el caso de anulación de sentencia írrita, éste podría ser un mecanismo idóneo. El fundamento legal que viabiliza este procedimiento está contenido en el artículo 617 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Por último en materia civil, contra la sentencia de segunda instancia que termine un proceso de mayor cuantía, cabe el recurso extraordinario de casación por motivos de forma o fondo.⁷

⁶ Ver artículo 617, párrafo segundo CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Decreto Ley 107, 1963.

⁷ Ver artículo 622, del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, 1963.

El efecto de la procedencia del recurso de casación de forma, es la anulación del acto que la origina; y el efecto de la casación de fondo, obliga a que el tribunal falle sobre el fondo del asunto. Nos interesa recalcar este último supuesto ya que en él se configura la cosa juzgada material que, como veremos, es a la sentencia a que nos referiremos en esta investigación cuando hablemos de su posibilidad de impugnación por tratarse de una cosa juzgada fraudulenta o irrita.

De suerte que el proceso es el mecanismo *ad hoc* que el legislador ha regulado a fin de que en una sociedad se diriman los conflictos a través de una sentencia llevada conforme los procedimientos de buena fe; lo contrario, como lo veremos, debe ser castigado con la anulación de la respectiva sentencia, por estar dictada fraudulentamente.

2. La buena fe en el proceso civil

2.1 Cuestiones preliminares.

Resulta importante señalar que en todo proceso de cualquier naturaleza: civil, penal, administrativo, constitucional, entre otros, los intervinientes: Juzgador, Ministerio Público, querellante, querellado, auxiliares, actor, demandado y terceros, abogados, deben comportarse de acuerdo a las reglas de la ética y buena fe.

Al final, la clave para determinar que se actúa de buena fe es proceder con la verdad; y, entonces la pregunta resulta válida: ¿Qué es la verdad en el proceso? Considero que la tendencia moderna en el proceso en general, aún el civil, determina que lo que se busca no solo es la verdad formal, sino que se busca la verdad material, es decir tal y como sucedieron los hechos que son objeto de litis en el proceso. En ello la Corte de Constitucionalidad en nuestro país, ha abierto el camino y no han sido pocos los fallos en los que, de acuerdo al principio *pro-actione*, obliga a los juzgadores de la justicia ordinaria a resolver de acuerdo a parámetros de verdad material.⁸

Por lo tanto, hoy por hoy podemos resaltar que los juzgadores deben buscar en última instancia la verdad material. A pesar que el proceso civil, formalista por excelencia, impone la carga de la prueba a las partes a fin de comprobar sus respectivas afirmaciones, también lo es que el legislador, felizmente, tuvo a bien disponer⁹ un mecanismo al Juzgador a fin de que, previo a dictar su fallo dicte un *auto para mejor fallar o proveer*, y pueda traer a la vista cualquier documento para esclarecer el derecho de los litigantes, practicar reconocimiento judicial o cualquier actuación o avalúo que tenga relación con el proceso. Esto denota, sin más, que el juzgador, dada su función de “administrar justicia debida y eficazmente”, pueda sobreponerse a las pruebas incorporadas al

⁸ Sentencia de fecha 4 de marzo del 2014, Expediente 3630-2013, Corte de Constitucionalidad.

⁹ Ver artículo 197 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

proceso por las partes o terceros y apreciar otros elementos que le pueden llevar a determinar la verdad y poder dictar un mejor fallo. Esto se adosa perfectamente con la garantía de tutela judicial efectiva.¹⁰

Quiere decir que, dados los instrumentos con que cuenta el juzgador civil en Guatemala, tiene muchas herramientas para poder llegar a la verdad y cumplir con su función de administrar justicia.

2.2 La realidad del proceso civil en Guatemala.

La experiencia y práctica profesional nos han enseñado que existen muchos factores que influyen en la “buena marcha” de los procesos civiles en Guatemala; dada las implicaciones de la globalización que vinieron a subrayar nuevas tendencias comerciales y con ello que la dinámica del comercio ha sido mucho más agresiva, nos encontramos ante instrumentos legales que no responden a la realidad; además la conflictividad en el país se ha generalizado en muchos campos y, el civil y comercial, no han sido la excepción.

Nuestra legislación procesal en materia civil y mercantil data de hace más de cincuenta años (1963) y el mismo entendemos que ha tenido tan solo cinco reformas marco: cuestión de competencia, bienes embargables y el proceso arbitral. Al analizar esta peculiaridad, se podría señalar que hemos tenido un Código muy bueno y por ello el legislador de ese entonces, logró prever todos los supuestos que podrían darse por lo menos durante medio siglo de vigencia; además, como se resalta para muchas leyes ordinarias, el Código Procesal Civil y Mercantil sirve de aplicación supletoria para muchos casos, tales como el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho constitucional, entre otros.

Sin embargo, las personas se quejan de que la justicia en nuestro país es muy lenta y no dejan de tener razón; personalmente he intervenido en varios casos que nos han llevado muchos años antes de llegar a la sentencia y su

¹⁰ Ver artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala dada por la Asamblea Nacional Constituyente.

ejecución. Considero que la lentitud obedece no tanto al sistema de nuestro Código, sino que a la organización del sistema de justicia en materia civil. Tengo entendido que se está trabajando en un “Proyecto de Código General”, sin embargo yo pondría a los estudiosos a analizar lo anterior que ya que no necesariamente se requiere una reforma sustancial del Código sino que el sistema sea más ordenado y bien distribuido; ello sin perjuicio de que, a mi modo de ver, si deben hacerse cambios en cuanto al sistema de oralidad del proceso civil, ampliando la materia y haciendo más eficiente y ágil su desarrollo.

De suerte que la realidad de nuestro país respecto a la justicia ordinaria civil tiene sus falencias; de ello, en alguna medida se han aprovechado, para bien, los sistemas alternativos de resolución de conflictos: conciliación, mediación y arbitraje, que han logrado entronizarse en este campo; ello se hizo patente y se dio a conocer en el último Congreso de Arbitraje de la Cámara de Comercio en Guatemala celebrado en Antigua Guatemala.

Sin embargo haciendo un análisis a nivel interno (micro) del proceso civil, nos encontramos con situaciones en que, no pocas veces, se cometen abusos procesales y se actúa de mala fe llegando al extremo de obtener sentencias con tonalidad “irrita” o fraudulenta, derivada de mecanismos espurios utilizados por litigantes maliciosos inspirados por abogados que riñen con los más elementales principios de verdad y buena fe.

Ello despertó en mí tratar de investigar más sobre el tema y poder trasladarlo en estas líneas de análisis e investigación. Como veremos en Guatemala, a diferencia de otros países de Sur América y España, no tenemos regulada *per se*, la institución de la “Impugnación de la sentencia fraudulenta” y su respectivo mecanismo; si tenemos regulado la nulidad de los actos y el fraude de ley ¹¹ y esa ha sido una de las bases legales en la que nos hemos amparado algunos litigantes para poner en discusión esta institución. En nuestro país, por el

¹¹ Ver artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial.

momento, al menos en la justicia civil ordinaria y constitucional, no tenemos un caso en el que un Juzgador ordinario o constitucional se hubiere pronunciado respecto a la “cosa juzgada fraudulenta o írrita”.

2.3 La función del proceso.

Buena fe según el diccionario de la lengua española es: rectitud, honradez, convicción en que se halla una persona que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo; con verdad y sinceridad. ¹²

Ciuro Caldani¹³, señala que entre las principales cuestiones de buena fe que ha de encarar el derecho se encuentran: a) la protección de la buena fe; b) el deber de buena fe; y c) la presunción de buena fe. El derecho significa no sólo dirigir sino enderezar la vida y la buena fe es una expresión del “recto vivir”. La buena fe, señala este autor, se le relaciona más con la ubicación social que han de tener los actos y entonces se la refiere a la exclusión del fraude a la ley o a los terceros.

Quienes deseen que se desarrolle la buena fe deben obrar para que la gente se persuada de que es no solo debido sino conveniente que ocurra.

En ese sentido, resulta pertinente señalar lo que nuestra legislación aborda respecto a la buena fe y al abuso de derecho y señala que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe; y el 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, obliga al titular a indemnizarlos. ¹⁴

La connotación normativa señala cuando a alguien se la ha causado un perjuicio; este es un tema de suyo importante ya que para que podamos eruir

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, a-g Madrid. 1992. p 956.

¹³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 6.

¹⁴ Artículos 17 y 18 de la LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL, Congreso de la República 1989.

todo el entramado de mala fe que se aplica a los actos procesales, debe existir un perjuicio específico; no hay mala fe por sí misma, al menos en derecho, debe culminar en la afectación de una persona en su moral, en su persona o en su patrimonio.

2.4 Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil.

Lino Enrique Palacio ¹⁵ señala que el valor jurídico de cooperación es el que le da fundamento al deber de lealtad, probidad y buena fe en el proceso. La vigencia de la regla moral de buena fe, requiere el predominio del juego limpio (*fair play*), de modo que no condena la habilidad o la astucia, pero repudia la maniobra artera o cualquier artificio que impida al adversario el legítimo ejercicio de sus facultades procesales.

Por su parte Carlos Colombo¹⁶ señala que el dolo del litigante temerario se concreta en la conciencia de la falta de razón y no es necesario que se evidencie el espíritu vejatorio.

2.5 La buena fe en la estructura procesal.

Omar Luis Díaz Solimine ¹⁷ señala que es deber del Estado generar la normativa necesaria tendiente a preservar durante el desarrollo del proceso un mecanismo que tenga por finalidad dar a luz la verdad material.

Comparto parcialmente dicha afirmación en cuanto a que, todo proceso debería tener por objeto encontrar la verdad material; sin embargo, como sabemos

¹⁵ PALACIO, Lino Enrique, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 813.

¹⁶ COLOMBO, Carlos, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 828

¹⁷ DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 857.

el proceso civil que es la materia de nuestra investigación, el juzgador busca la verdad pero mediante los mecanismos formales, es decir busca la verdad formal.

Por otro lado, señala Díaz Solimine que una de las más comunes formas de violación a la buena fe es el abuso de derecho; con ello estoy de acuerdo y, como veremos en la presente investigación y lo que sucede a diario en el litigio civil, penal, constitucional, existe la maniobra del abuso del derecho.

Por lo importante de su enunciado, copio lo que Díaz Solimine indica¹⁸ :“(…) *las diversidad de hipótesis de mala fe procesal (mentira, falsedad, dolo unilateral o bilateral, fraude, simulación), permiten captar un carácter común: que una parte, o las dos, tiende, mediante engaño, a conseguir en el proceso (o una fase o en la decisión final), un cierto efecto jurídico, sin que existan los presupuestos (de hecho o de derecho) a los cuales lo vincula la ley. La mala fe procesal, en sus variadas configuraciones, va siempre dirigida a conseguir en el proceso un efecto jurídico que sin el engaño no podría conseguirse...*”

Es por ello que al decir de Gozaíni¹⁹ , el principio de buena fe permite la revisión del proceso fraudulento y que posibilita revocar, yo llamaría anular, la cosa juzgada írrita.

Couture citado por Gozaíni²⁰ , al hablar de la responsabilidad en la mala fe, señala cuatro grados: la responsabilidad procesal (condena al pago de gastos del juicio); responsabilidad civil; responsabilidad penal al litigante malicioso, y la responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio.

¹⁸ DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 863.

¹⁹ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición, p. 895.

²⁰ *Ibidem.*, p. 902.

En el caso del proceso en Guatemala, a mi juicio se aplican los cuatro grados de responsabilidad. En materia de responsabilidad procesal, los Códigos Procesales contienen la condena en costas; responsabilidad civil, que se configura en la condena a daños y perjuicios derivados de la actuación de mala fe ya que el artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial dispone que, el abuso de derecho que cause daño obliga al titular a indemnizarlo; la responsabilidad penal, en la que se puede dar en dos vías, una hacia la parte, que sería un caso especial de estafa; y para el juzgador para el caso de prevaricato; y responsabilidad profesional, para los abogados que intervinieron y, quienes conforme el Código de Ética, pueden ser sancionados.

Finalmente, Gozáini ²¹señala que una de las facetas del abuso es, la elección del proceso como medio para actuar dicha actitud (de mala fe), de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción, constituyendo un abuso con el proceso.

El engaño y la falsedad son los mecanismos espurios utilizados por el litigante de mala fe para obtener la decisión final (sentencia) que a mi juicio contienen, por ese engaño, cosa juzgada fraudulenta.

La buena fe o *bona fides*, resulta exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho; la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho²².

No hay que perder de vista, como lo señala Gozáini, que el proceso, antes de que sea un método de debate, constituye una *garantía fundamental del hombre*, que determina las condiciones del debido proceso, un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del derecho²³.

²¹ GOZÁINI, O., ob.cit., p.911.

²² Ibídem., pág. 891.

²³ Ibídem., pág. 892.

Esto lo recoge perfectamente nuestra Constitución Política al señalar la garantía del debido proceso y la garantía de la tutela judicial eficaz.²⁴

El proceso es el mecanismo que el Estado ha puesto a disposición de todos los ciudadanos y pobladores del país, nacionales o extranjeros, para que diriman sus respectivas controversias, renunciando, como lo señala Francisco Ramos Méndez, a la autodefensa o autotutela²⁵.

Cuando señalamos la función del proceso, no podemos abstraernos a la parte íntima del mismo y que se traduce a la “moralidad”, es decir el obrar bien dentro del mismo. Como todo en la vida, el proceso no se puede abstraer de esa característica interna, es decir, obrar bien, querer hacer el bien; la naturaleza de las cosas y de las personas, imponen la obligación de obrar en conciencia. Aunque no estamos frente a un tema metafísico, empero resulta de suyo importante señalar que, en la medida en que tengamos claro que en el diario vivir de las personas, siempre debe prevalecer el actuar bien, en el contexto de esta investigación resulta de mucha trascendencia que dentro del proceso, todas las partes, el Juez y sus auxiliares, se comporten moralmente, es decir, cumpliendo con sus funciones y abocándose a lo que la ley, la costumbre y la equidad, respectivamente, imponen.

Al respecto Gozaíni²⁶ resalta que, en lo sustancial el primer aspecto se releva como buena fe subjetiva, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno tutelado por el derecho.

Este mismo autor al señalar en su obra El principio de buena fe en el proceso civil, destaca los grados o lecturas de la buena fe. Señala que la buena fe refleja lealtad, honestidad y fidelidad; supone confianza como criterio de

²⁴ Ver artículos 12 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

²⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco citado por Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, ob.cit.,, pág. 892.

²⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ob.cit.,, pág. 893.

reciprocidad; aquí enmarca la doctrina de los actos propios y el abuso de derecho que se acomodan tanto para los negocios como para el debate procesal. Otros grados son la credulidad, la errónea creencia o convicción respecto a una situación de hecho ligada al derecho.

Resulta importante señalar también a este autor quien destaca que en sus orígenes, la buena fe debía asegurarse con “el juramento de calumnia”, que significaba prometer lealtad y actuación honesta, sin ánimo de injuriar ni provocar daño al contrario. Este tema, que me parece excelente, será una propuesta de modificación por adición que nos permitimos proponer.

En Guatemala el litigio de mala fe cada vez adquiere mayor auge; sostengo que una forma de evitar dicho ejercicio, es que los litigantes y sus respectivos abogados, suscriban ante el Juzgador acompañándolo en su primera gestión, una declaración jurada en la que expresamente expresen que durante toda la tramitación del proceso y sus respectivas incidencias ordinarias y constitucionales, hasta su efectiva ejecución, actuarán de buen fe y, que en caso contrario para el caso de los abogados, aceptan que el propio juzgador, además de separarlos de la dirección y procuración del proceso, se les imponga una sanción pecuniaria no menor al diez por ciento del valor del litigio que, en caso de ser un asunto de valor indeterminado, no bajará de la cantidad de ciento veinte mil quetzales (Q.120,000.00), que deberá hacer efectivos dentro de tercero día, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que su separación conlleve. En este caso, el cliente a quien asesoraba solicitará, por una sola vez, la reconsideración al Juzgador de la sanción, a fin de que el abogado continúe en el desempeño de su profesión en el caso; en este caso tanto el abogado como el cliente serán solidariamente responsables del pago de la multa respectiva. Este tipo de propuesta me parece que puede servir de disuasivo para el litigante de mala fe.

Dentro del proceso se dan supuestos en los que el Juez incurre en violación a normas o a procedimientos; si se determina que no existió mala fe, el Juzgador,

al menos en Guatemala, tiene la facultad discrecional de enmendar el proceso conforme la Ley del Organismo Judicial²⁷ y corregir el yerro. En el caso de actuaciones de mala fe por parte de el litigante y su abogado (recordemos que el abogado es responsable del fondo y de la forma de las gestiones que promueva), se puede abrir un incidente señalando los actos de mala fe procesal, a fin de que, de una vez el proceso se depure de dicha actuación y se pueda llegar a la declaratoria de nulidad del acto y de separación del abogado conforme lo señalado en el documento de “Declaración jurada de litigio de buena fe”, que debe suscribir al promover la primera gestión.

En este contexto y hablando sobre la deslealtad, Silveira²⁸, señala que la deslealtad se apareja con la mentira procesal; como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, entre otros).

Siguiendo esta línea, el maestro Couture, citado por Gozaíni ²⁹, señala que se han distinguido cuatro grados de responsabilidad cuando se falta a la lealtad; a saber: la responsabilidad procesal propiamente dicha que es la condena al pago de los gastos o costas del juicio; la responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo; responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza el orden penal (no es el caso de Guatemala por el principio de tipicidad y de legalidad); y la responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio, lo que en Guatemala no se da ya que los profesionales del derecho están sujetos a la revisión de su actuar por medio del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados; al respecto cabe señalar que la legitimidad de dicho tribunal, está siendo cuestionada, hoy por hoy, en un debate constitucional formulado a la Corte de Constitucionalidad, ya que se señala que

²⁷ Ver artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

²⁸ SILVEIRA, citado por Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, ob.cit.,, pág. 902.

²⁹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, ob.cit.,, pág. 902.

dicho tribunal tiene una función que compete única y exclusivamente a los Tribunales del orden común.

De suerte que la buena fe en el proceso debe ser el punto de partida y de finalización en el actuar de los litigantes. Aunque esa es una finalidad positiva, en nuestra realidad procesal civil no sucede así. Se pierde el sentido que debe prevalecer en todo proceso, la moralidad procesal.

CAPITULO II

EL ABUSO DEL DERECHO

1. El abuso del derecho

Hemos visto que para que se desarrolle el proceso en debida forma se debe actuar de buena fe, es decir con verdad y que, de alguna manera la corriente en materia procesal se está orientando a perseguir la verdad material, lo que incluye el proceso civil. Sin embargo, la realidad en nuestro país señala que en no pocos casos el proceso se desarrolla de mala fe, se cometen abusos procesales; nuestra legislación en materia procesal sanciona la actitud desleal.

El abuso en el ejercicio de los derechos, ha sido un mecanismo utilizado en muchos procesos como un común denominador. En ese sentido nos permitimos abordar dicho tema a fin de contextualizarlo en el objeto de la investigación ya que por medio de él se puede lograr influir en la sentencia y convertirla en fraudulenta.

2. El abuso procesal.

En materia de abuso, nuestro legislador hizo la connotación del abuso de derecho. En materia procesal debe ser esta la normativa en la que se fundamente la reclamación del abuso.³⁰

Josserand, citado por Gozáini³¹, señala que cada derecho tiene su razón de ser y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente.

³⁰ Ver artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

Alguna connotación sobre el abuso procesal señala Gozaíni, cuando indica que el proceso tiene una característica social en la que, sin tolerar acciones conscientes y voluntarias que persigan la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas estos son inútiles. Es necesario encontrar la intención maliciosa y la producción del daño

En su obra, “La conducta en el proceso”³², Gozaíni señala que la responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que en consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación a una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, pueda acarrear una responsabilidad.

Gelsi Bidart, citado por Gozaíni³³, señala que el abuso de por sí, significa elevarse a un propósito desmedido, exceso este que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas para definir el instituto.

Por su lado Mariela Álvarez, citada por Gozaíni³⁴, señala que hay abuso del proceso, cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia e indebida poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable).

De lo anterior el propio Gozaíni señala que el abuso presenta dos facetas:
a) la actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva

³¹ GOZAÍNÍ, O., ob.cit.,, pág. 909.

³² Ídem.

³³ Ibídem., pág. 910.

³⁴ Ídem.

(*animus nocendi*), Esta es una manifestación de abuso en el proceso; y b) la elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción. Constituyendo así un abuso del proceso.

Los señalamientos y connotaciones de los autores citados nos sirven de referencia en muchos casos en los que en el ejercicio profesional nos hemos encontrado en el litigio civil y que son los mecanismos que utilizan los litigantes maliciosos que, en caso se llegue a sentencia y ésta sea producto de ese abuso, la misma se torna y enviste de fraudulenta que puede ser atacada mediante la impugnación para obtener su nulidad.

El abuso está regulado en nuestra ley marco procesal en el artículo 18 de la Ley del Organismo Judicial.

Díaz Solemine³⁵ señala este que, como existía en la antigua Roma, en donde Gayo proclamó que no debemos hacer un mal uso de nuestro derecho bajo la expresión: *male enim nostro jure uti non debemus*. Señalaba con acierto que: no todo lo lícito es honesto.

Markovith, citado por Díaz Solemine³⁶ al conceptualizar el abuso de derecho, señaló que abusivo es aquel ejercicio contrario a los principios fundamentales del derecho que, a la vez genera un perjuicio para otro; lo que compartimos ya que no puede haber abuso de derecho sino existe un perjuicio para alguna persona que, en el caso del proceso, es el litigante afectado por ese mal ejercicio.

Se considera también que el abuso puede darse por acción y por omisión y la comete aquel que se resiste indebidamente a una pretensión legítima o deduce

³⁵ DIAZ SOLIMINE, Omar, ob.cit., p. 864.

³⁶ *Ibidem.*, p. 865.

excepciones sin exteriorizar el menos propósito de probarlas, o incidentes que tengan por único fin la obstrucción sistemática del curso del proceso.³⁷

Resulta ilustrativa la cita que hace Omar Díaz Solimine³⁸ cuando se refiere al abuso del derecho y señala que, dentro de las premisas que tienen los operadores de justicia, está el hecho que los juzgadores y tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Esta connotación resulta relevante precisamente en nuestro sistema de justicia actualmente, refiriéndome a las actuaciones procesales que se desarrollan en el proceso de genocidio en Guatemala. Claramente puede verse que, la defensa del sindicato, por medio de mecanismos procesales (recusación), ha interferido para que el proceso se desarrolle. Efectivamente, como puede advertirse del propio proceso y que es un hecho notorio ya que fue ampliamente difundido por los medios de prensa en el país, el abogado a sabiendas de que tenía enemistad con dos de los juzgadores, toma la defensa del asunto y promueve, por esa razón (enemistad), una causal de recusación para que sean los juzgadores los que se excusen de conocer del proceso cuando, al tenor de lo establecido en el artículo 201, inciso a), de la Ley del Organismo Judicial, él como abogado, es quien tiene la obligación de no tomar el caso y no intervenir el mismo.

3. Declaratoria de mala fe

Otro elemento de suma importancia es la determinación si puede declararse, aún de oficio, el acto de mala fe y el abuso de derecho.

Sobre esta parte ahondaremos en el capítulo relativo al objeto de esta investigación. En todo caso resulta pertinente señalar que tenemos un

³⁷ DIAZ SOLIMINE, Omar, ob.cit., p. 867.

³⁸ *Ibíd.* p. 868.

antecedente legislativo analógico respecto a la declaratoria de nulidad y que, dicho sea de paso, no es utilizado en la práctica. Dicho antecedente estipula que *la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta y puede ser alegada por los que tengan interés o por el Ministerio Público.* ³⁹

Considero que un Juez, en aras del buen desenvolvimiento del proceso, puede, dada su función jurisdiccional y de acuerdo al principio de que el juez sabe el derecho (*principio iura novit curia*), decidir sobre la actuación maliciosa del litigante de mala fe y anular sus actos.

La pregunta a formularse es la determinación de si los actos ejecutados de mala fe, en abuso de derecho, son nulos. Personalmente sostengo que sí tal y como se enfoca en el capítulo referente a la impugnación de sentencia firme; ese debe ser el tratamiento que nuestros juzgadores apliquen es decir que, todo acto de mala fe y en abuso de derecho, debe ser declarado nulo. Dicha afirmación tiene su base legal en la Ley del Organismo Judicial ⁴⁰ , la que configura la nulidad de actos nulos y los actos en fraude de ley.

Díaz Solemine⁴¹ señala que, esta cuestión está estrechamente vinculada con la prevención y sanción del abuso procesal; lo que ha sido objeto de análisis en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan del 13 al 16 de junio del 2001. Señala que el principio *iura novit curia* habilita a los juzgadores a adoptar medidas necesarias tendientes a mantener equilibrio entre las partes.

Si el juzgador no asume su rol en el proceso, de prevenir el abuso de derecho y la mala fe, ello puede incidir en que se deteriore la calidad del servicio a la justicia y la credibilidad a partir de la imprevisibilidad. La justicia que llega tarde

³⁹ Ver artículo 1302 Del Código Civil, Decreto Ley 106. 1963

⁴⁰ Ver artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 dada por el Congreso de la República de Guatemala.

⁴¹ DIAZ SOLIMINE, Omar, ob.cit., p. 884.

no es justicia, sencillamente porque en tal caso queda muy poco interés jurídico por proteger.⁴²

4. Otras consideraciones sobre el abuso.

En nuestra legislación, cuando se regula este enunciado del abuso del derecho, lo que se tiende es a moralizar y humanizar el derecho al sentar el postulado jurídico de que “nuestros derechos subjetivos no son absolutos sino relativos...”⁴³.

La *legalidad* ---apunta Geny--- es solo una porción de la totalidad del Derecho, y la nueva concepción relativista se caracteriza por su marcada humanidad y moralidad. Irá más allá de lo estrictamente legal hasta alcanzar principios y estándares jurídicos que integran el Derecho en su plenitud.

Al decir de Mendoza citado por Díaz Solemine, la humanización del derecho fue un logro del pretor romano;⁴⁴

Los presupuestos del ejercicio abusivo del derecho son citados por este mismo autor quien señala que son los siguientes: 1)El ejercicio de un derecho dentro de los límites objetivos fijados por la ley; 2) El daño ocasionado a otro o la inminencia del daño; y 3) La desviación del ejercicio del derecho de su función social, su carácter anti funcional o antijurídico, por contrariar los fines el espíritu contemplados para el amparo del ejercicio del derecho por el ordenamiento jurídico

Señala que, aunque el proceso tenga la finalidad de producir una norma individual para el caso concreto, no puede negarse que la promoción de una

⁴² DIAZ SOLIMINE, Omar, ob.cit., p. 885.

⁴³ Ibídem., p. 864.

⁴⁴ Ibídem., p. 865.

demanda puede realizarse con la finalidad de dañar, vejar, extorsionar, intimidar o lucrar para alcanzar algún otro fin ilícito o inmoral.

Así se ha calificado la demanda cuando además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es ella arbitraria por tratarse de hechos inventados – jurídicamente absurdos.

5. Moralidad en el proceso.

Cuando en las clases de pre grado, específicamente en la clase de Introducción al Derecho, se nos recalca que el derecho regula lo que sucede en el entorno (actos exteriores) es decir no le interesa lo interno, el pensar de las personas, sino que lo que interesa son los efectos que producen los actos externos, bien sea que tengan la connotación intencional o voluntaria, bien sea que se derive de un acto no querido pero que no se puso la debida diligencia (negligencia), etcétera.

Cuando abordamos el tema de la buena fe en el proceso, no podemos dejar de enfatizar en la parte “moral” del proceso; al decir de Salvatore Satta citado por Gozaíni ⁴⁵ , quien sostiene que la ciencia jurídica es una ciencia moral que, más que cualquier otra ciencia, exige empeño moral en quien lo profesa.

Comparto la apreciación señalada por Satta ya que nuestras normas jurídicas, de costumbre o los llamados precedentes de jurisprudencia, tienen inmersa la moralidad, es decir el arte del buen actuar o actuar bien, conforme a la ley y a la justicia, lo contrario es actuar en ilicitud, contra derecho es decir, en forma injusta y amoral.

En el contexto de nuestra investigación, quien acude al proceso, quiere que, bajo la autoridad de que está investido el Juez, este, conocedor del derecho (*principio iura novi curia*), debe proveerle a través del respectivo razonamiento y análisis de valoración, que puede o no tener la razón legal y con ello consumir la

⁴⁵ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y Malicia en el proceso* Rubinal-Culzoni, Argentina, 2012, p. 25.

garantía de la tutela judicial eficaz. Todos los que intervienen en el proceso, partes, abogados, auxiliares, esperamos que dentro del proceso, se desarrolle la máxima que todos buscamos, la justicia; y este valor fundamental, debe ir cargado de actos procesales acordes a la buena fe y a la moral del proceso que, al decir de Gozáini, constituye el parentesco que existe entre la moral y el derecho⁴⁶.

El proceso desde su inicio, fue concebido como el mecanismo y herramienta *ad hoc* para llegar a la solución de un conflicto, bien sea por medios alternos de solución o bien, a través de la sentencia. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que se ha abusado de las “técnicas” para actuar en el proceso, al extremo de que, en una audiencia ya no es tan importante lo que diga el declarante, el confesor, el testigo, el experto, etcétera, sino que, dada la ardua habilidad de los letrados-abogados, la discusión se centra en aspectos meramente técnicos sin que se aproveche la coyuntura de mucha valía, al tener a las partes, testigos o expertos, en el estrado, perdiéndose valioso tiempo que cuesta mucho al Estado en sostener el aparato judicial.

Mucho de esto lo señalan los tratadistas y no fue, al decir de Gozáini, hasta que llegó la regla moral, mediante la cual nadie podía litigar desconociendo deberes de lealtad, probidad y buena fe; de allí, cita este autor, el nacimiento del principio de moralidad como una necesidad del sistema.⁴⁷

La pregunta válida respecto al proceso es si nos encontramos frente a la discusión de la buena fe o más bien, la discusión es la mala fe procesal por medio de la cual obran partes, abogados y hasta jueces; creo que es una cuestión paralela, es decir, cuando definimos la buena fe sabemos que lo contrario es la mala fe; al decir de Ciuro Caldani, *para comprender la buena fe puede ser*

⁴⁶ GOZÁINI, Osvaldo, ob.cit, p.26

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 11.

relevante referirse también a la noción inversa de la mala fe; lo que expresamos respecto de la buena fe contribuye a la comprensión de la mala fe. ⁴⁸

Obrar en buena fe en el proceso constituye una carga, una obligación... ¿qué es? en materia *positiva*, claramente se señala que los derechos se han de ejercitar de buena fe y que la mala fe y el abuso del derecho que cause daños a las personas, obliga a ser indemnizado. Al decir de Ciuro Caldani, *la buena fe beneficia moral y jurídicamente a quienes la practican, pero en otros aspectos la grava y beneficia a quienes lo reciben. La presunción de buena fe beneficia al sujeto que la recibe y grava a quien debe presumirla.* ⁴⁹

Esta es una herramienta muy importante que pueden utilizar las partes afectadas o agraviadas y el propio juzgador. Es más, dado el “bum” constitucional que ha determinado el actuar en el proceso en Guatemala desde hace ya casi los cuatro lustros como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, son innumerables los casos en los que se somete a debate constitucional los agravios que causen los jueces en sus respectivas resoluciones, los cuales, en materia civil, devienen en un gran porcentaje del actuar de mala fe de una de las partes ya que, dada la característica dispositiva en el proceso civil, el Juez civil normalmente resuelve a petición de parte. Esto lo resalto ya que, el origen y génesis de muchos actos de autoridad en materia civil que son objeto de amparo y que, tanto los tribunales de primera instancia como la Corte de Constitucionalidad conociendo en segunda, los han dejado sin efecto, son producto del actuar de mala fe de una de las partes del proceso. La propia ley constitucional citada, permite a los interesados que han sido afectados por ese actuar procesal indebido que, a más de solicitar la condena en costas, puedan solicitar la condena en daños y perjuicios, tal y como lo regulan los artículos 18 de la Ley del Organismo Judicial y el artículo 46 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

⁴⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ob.cit, p. 10.

⁴⁹ Ídem.

Al decir de Pound, todo derecho se apoya, en alguna medida imprescindible, en cierta fe, como lo indica la necesidad de fe pública y lograr documentos fide-dignos, es decir dignos de fe.⁵⁰

Ciro Caldani señala que, el derecho significa no solo dirigir sino enderezar la vida y la buena fe es una expresión del recto vivir. La buena fe es un espacio de contacto entre el derecho y la moral, e incluso entre el Derecho y la Religión y el Derecho y la Antropología Filosófica; los sistemas morales y religiosos son grandes entramados de la referencia de la buena fe.⁵¹

En los casos que se hemos visto en el ejercicio de la profesión, claramente se puede determinar que el principio de moralidad en el proceso, fue violentado ya que el litigante, auxiliado por el letrado respectivo, ha utilizado de mala fe el proceso y ha generado lo que centra nuestra investigación, es decir la cosa juzgada fraudulenta. Al decir de Kisch, citado por Palacio,⁵² quien entiende que el deber de veracidad reviste carácter moral; la vigencia de la regla moral requiere el predominio del juego limpio (fair play), de modo que no condena la habilidad o la astucia, pero repudia la maniobra artera. En uno de esos casos, la promoción de un segundo proceso sobre el mismo hecho y las mismas partes, no es una habilidad procesal, sino que es un mecanismo espurio que denigra el principio de buena fe y de moralidad procesal. De allí, como señala Colombo, esto es una utilización abusiva del proceso; o bien es una consecuencia de la finalidad espuria perseguida.

La buena fe, además de lo señalado en el tema de la moralidad, tiene un aspecto horizontal, es decir de solidaridad; efectivamente, el proceso además de constituir una herramienta de solicitud de una controversia, sirve para que se

⁵⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ob.cit., p. 5.

⁵¹ Ibídem., págs. 6-8.

⁵² PALACIO, Lino Enrique, ob. cit, p. 818.

cumpla con otra finalidad que es la paz social y la convivencia solidaria y pacífica. El artículo 4 de la Constitución Política de Guatemala señala que los seres humanos nos debemos conducta fraternal. Ello es congruente con lo que Díaz Solemine señala en cuanto a que el ordenamiento jurídico exige el comportamiento de buena fe, no sólo en limitar una conducta deshonesta, de engaño o fraude, sino que también tiene una exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia.

Gozáini señala que en el proceso civil, la conducta leal, honesta y fiel se colige como un principio abierto que reposa en un contenido deontológico, es decir de ética en el comportamiento profesional y como una reglan que gobierna la conducta de las partes.⁵³

6. El porqué del abuso.

Dentro de la temática del daño que produce el ejercicio abusivo del derecho, Josserand citado por Díaz Solemine, señala que la intención de dañar –*animus nocendi*-, o vejar –*animus vexandi*- no siempre es necesaria para que se configure el acto abusivo, bastando la imprudencia, temeridad y torpeza. Consideramos atinado este enfoque y tiene mucha similitud con lo que nuestra legislación en materia de daños regula; efectivamente conforme el artículo 1645 del Código Civil, toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo.

Parafraseando a Gozáini, el abuso presenta dos facetas: la actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*); y la elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se desvía el fin primordial de la jurisdicción, es decir es una responsabilidad objetiva.

⁵⁴.

⁵³ GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 895.

⁵⁴ GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 160.

Quiere decir que, el ejercicio abusivo del derecho en materia procesal, puede darse dentro del proceso, ejecutando actos procesales impropios, o bien puede usarse el proceso como medio para el efecto. En la materia de nuestro estudio (la cosa juzgada írrita), en cuanto al uso del proceso lo entendemos así: podemos tener un proceso con actos que revisten pulcritud por medio de los cuales el Juzgador no comete ningún tipo de yerro en sus actos y resoluciones, llegando inclusive a consentirse por las propias partes del proceso, empero su finalidad es aviesa, fraudulenta. Esto consiste en lo que le he llamado el “lavado procesal” mediante el cual con la utilización del proceso se llega a obtener una sentencia que, por la mala fe y en el ejercicio abusivo de los derechos de petición, libre acceso a los tribunales, el abusivo obtiene una sentencia que tiene carácter de írrita ya que es injusta. El proceso por lo tanto sirve de instrumento o puente del fraude y por ello la doctrina es conteste al señalar que, su efecto es la anulación obligándose a revisar para algunos y a impugnar para otros, materia que tratamos en el enfoque directo de la investigación.

Como veremos en el efecto de la consecuencia de anulación, una vez decretada la anulación de la sentencia írrita, debe castigarse al abusivo condenándolo, además de las costas del proceso a los daños y perjuicios que ello derivó. En esto la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad nos brinda un precedente regulatorio, poco usado en la práctica forense, en el artículo 59, lo cual puede declararlo el Juez en la misma sentencia de amparo o en acto posterior.

El proceso puede servir de mecanismo espurio para la obtención por parte del abusivo, de un lucro indebido.⁵⁵

Ahora bien, cuando el Juez tiene a la vista en forma preliminar (en la demanda), un acto que a todas luces contiene un acto abusivo del derecho, en la

⁵⁵ DIAZ SOLEMINE, Omar Luis, ob. cit, p 868

que conforme la legislación procesal civil y mercantil⁵⁶, la demanda debe contener los requisitos para su admisión, dicha legislación, en apariencia, no contempla el rechazo liminar, cuando el Juez constata que el acto que se ejerce, tiene connotaciones de ser abusivo y de mala fe. Considero que, en aplicación analógica, permitida por nuestra ley⁵⁷, debemos aplicar lo que regulan los artículos 4 de la Ley del Organismo Judicial y el 1302 del Código Civil que, aunque se enmarca dentro de lo que son los negocios jurídicos, resulta de herramienta peculiar que los juzgadores podrían utilizar a fin de que se evite el ejercicio del proceso malicioso y se rechace la demanda promovida por el abusivo.

En este sentido la legislación Argentina es mucho más puntual, cuando señala en la Ley Orgánica 6/1985 del 1º. de julio del Poder Judicial, Artículo 11, numeral 2, que: *“...Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal...”*

Esta feliz regulación en Argentina, dada el arraigado positivismo de nuestros jueces en materia civil en Guatemala, debería regularse ya que, muchas veces se declaran atados de mano para ejecutar lo que la norma señala, y con ello dejan correr un proceso que, a todas luces, contiene ejercicio de derechos con la connotación de ser abusivos y por ende contra derecho. Claro está, no podemos generalizar y estamos claros que hay Juzgadores, de los cuales me constan por mi ejercicio profesional, que yendo más allá de la norma escrita (muerta), bajo interpretación lógica y de acuerdo a la finalidad última del proceso y de la jurisdicción, se lanzan a dictar resoluciones que, aunque no tengan una norma de aplicación exacta, con la facultad de ejercer la garantía de una tutela judicial eficaz, resuelven lo que corresponde a derecho y aplican, como lo ha hecho no pocas veces la Corte de Constitucionalidad, el principio de *“pro actione”*, que enrola a la justicia procesal. Debemos pues dejar al Juzgador el beneficio de la

⁵⁶ Ver artículos 61, 62, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

⁵⁷ Ver artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

duda ya que, tiene las herramientas suficientes para que, bajo un análisis de calificación y concienzudo de la demanda que se le presenta, pueda rechazarla cuando tenga las connotaciones de fraude a que nos hemos referido. En todo caso, esto también debe aplicar, para el caso de la contestación de la demanda y la reconvencción (contrademanda), que puede formular el demandado, quien, para evitar la demanda, puede ejercitar también, lamentablemente, su derecho de petición bajo esquemas de fraude o de abuso de derecho.

Aunado a lo anterior, cabe preguntarse si el Juez tiene facultad de actuar de oficio en estos casos. Considero que sí y lo razono. El artículo 66, literal a) de la Ley del Organismo Judicial, dispone que los Jueces tienen facultad de compeler a las partes para que estén a derecho; una forma de estar a derecho es no ejercitar actos en abuso de sus derechos. En el literal c), (de mucho uso en los procesos), el Juzgador puede rechazar las excepciones o incidentes por improcedentes; dentro de este marco cabría el abuso de derecho ya que su uso es, a texto de la norma del artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, nulo y, por lo tanto, improcedente.

7. Actuación *ex officio*.

La actuación oficiosa del Juzgador en nuestra legislación procesal, está delimitada. Son pocos los casos que la ley regula. No obstante ello y por la propia finalidad que tiene el proceso, considero que el Juez, al constatar el ejercicio abusivo de los derechos, puede anularlos. Encuentro en este momento como asidero procesal, el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, de mucha utilización para el presente trabajo de investigación. Además, en aplicación analógica, también considero que es aplicable, guardando las respectivas distancias, el artículo 1302 del Código Civil que por su constante cita en esta investigación me permito transcribir, a saber: “...*La nulidad puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta. Puede también ser alegada por los que tengan interés o por el Ministerio Público...*” Considero que esta es una herramienta muy importante que es poco utilizada en nuestro foro, ya que en ella

le concede al Juzgador, por su propia investidura jurisdiccional, de actuar de oficio y declarar su nulidad. En este contexto no puedo dejar de mencionar un caso concreto en el que se le solicitó al Juzgador la aplicación de esta norma da la “evidencia y lo manifiesto de la nulidad”, siendo su respuesta que en esto no existen precedentes a lo que se le hizo ver que, precisamente, él puede generar el primer precedente.

Para los efectos de esta investigación, el Juez al detectar los supuestos de nulidad manifiesta, puede declarar la nulidad del acto abusivo y que puede ser la propia sentencia con carácter de írrita. Para curarse en salud y no asumir un rol autónomo, puede a texto de la norma del artículo 1302 citado, dar intervención a la Procuraduría General de la Nación, y abrir el debate entre las partes e interesada mediante un incidente aplicando los artículos del 135 al 140 de la Ley del Organismo Judicial, a fin de resguardar las garantías propias de todo proceso: derecho de defensa, debido proceso y tutela judicial eficaz.

En ese sentido el más Alto Tribunal en Argentina, ha señalado como lo resalta Gozaíni ⁵⁸ que, el magistrado está facultado para declarar de oficio la existencia de la mala fe o el abuso del proceso. En algunos de los Congresos sobre temas procesales, se ha resaltado que debe haber un control preventivo en el abuso del proceso en donde se quiere dotar al juez de mayores poderes, erigiéndolo en un verdadero director del proceso en los que tengan el deber, no solo la facultad, de declarar de oficio la configuración de inconductas procesales. Debe resaltarse que esto debe ser así siempre ya que, la finalidad del proceso es encomiable y no puede prestarse a ser utilizado para fines aviesos; si es así el Juzgador debe promulgar y decretar su anulación *ex officio*. De no velar por ello parafraseando a Gozaíni, habrá un deterioro no solo a la calidad al servicio de la justicia por medio del proceso, sino también a la credibilidad a partir de la imprevisibilidad. Son muchos los casos hoy por hoy en los que ya no se quiere

⁵⁸ GOZAÍNÍ, O., ob.cit., p. 883.

acudir a la jurisdicción; quitando la parte pública (delitos), en los que las personas en Guatemala en no pocos casos hacen justicia por propia mano (autotutela o autocomposición), llegando a extremos de linchamiento, entre otros; de lo que ha traído una fuente interesante de resolución de conflictos tal el caso del arbitraje, la conciliación y la mediación, verdaderos institutos alternos de solución de controversias que en gran medida han paliado la sed de resolución de controversias.

El exceso de regulación en materia procesal, cuando se da inmersión a institutos procesales que, únicamente por lógica, pueden conocer los estudiosos en la materia, tal el caso de los médicos cuando frente a una situación de enfermedad, empiezan a discutir temas en palabras que sólo ellos entienden; lo mismo ocurre en el ámbito jurídico. Sin embargo, al decir de Gozaíni, la codificación es un ejemplo claro de la falta de actualidad de las normas en los problemas sociales. El alejamiento entre la vida del Derecho y la que cotidianamente se tiene (Derecho y Realidad), era lógico que cayera en desgracia.

Es un hecho innegable que las normas de hoy, que datan de muchos lustros o décadas, ya no se adecuan a la realidad, ya nuestro Código Procesal Civil actual ha cumplido el año recién pasado cincuenta años. Quizá queremos todavía tener presentes los alcances que la Conquista en nuestro mundo de América, generaron, por ejemplo la cultura Española y Francesa. Aunque tengo que reconocerlo, mucho del andamiaje jurídico con connotación francesa, sigue imperando en nuestros códigos y al darle el estudio y lectura debido, contienen una riqueza abundante, también debo reconocer que el mundo, la vida ha cambiado, y los protagonismos que vivimos a niveles de avanzada tecnológica y de las comunicaciones, deben hacernos reflexionar y a poner “barbas en remojo”, a fin de que actualicemos nuestra normativa codificadora a la realidad. No sé si ahora la experiencia inglesa y americana en relación a una normativa marco, pero basada en precedentes, sea el camino a seguir. Es un tema que debe profundizarse mucho para crear la confianza en el sistema de justicia, donde todos, como operadores del derecho, aportemos nuestro granito de arena.

8. Nuestra tendencia.

Conforme la equidad y la justicia, se debe tender a “resolver” un conflicto o controversia; no podemos continuar desgastándonos en procesos absurdos, en procesos que duran años y sólo mantienen un status quo en el que sólo, aparentemente, se beneficia los letrados-litigantes cobrando estratosféricas sumas de dinero. Debemos romper con esos modos de vida procesal. No es posible como lo resalta Gozaíni ⁵⁹, que los procesos tengan como finalidad un éxito o triunfalismo, en sentido estricto y ético, nuestra labor como operadores de justicia no debe ser esa; no es posible como lo resalta este insigne tratadista argentino que se posicione el “ego” en la perspectiva del éxito o el triunfalismo, en donde se eliminen los acercamientos y el único rumbo sea la sentencia judicial que al final, lo que hará, más que resolver un conflicto, será dividir los intereses, crear más polarización entre las partes; habrá, señala, un vencedor y un vencido, habrán también dos voluntades insatisfechas. Dónde entonces quedó la finalidad buena del proceso; se tirará al cesto de la basura...; debemos pues reconocer nuestras falencias en la forma de administrar el derecho, el proceso; recordemos que, aunque el Juez es el administrador de justicia, nosotros, los litigantes jugamos un papel preponderante y de mucha importancia al tener y escuchar a la parte que nos pide intervención. Debemos, como lo reconoce el Sistema de Notariado Latino, en el que el Notario no es un simple fedatario sino que, como conocedor del derecho lo aplica a los actos de fe pública; asimismo sucede con el abogado litigante, conocedor del derecho, debe aplicar, por principio ético y de responsabilidad profesional, los principios y valores axiológicos que tiendan a revertir esa oleada de incredulidad en la justicia; debemos hoy por hoy, sentarnos a dialogar en la parte académica y en el paralelo del proceso. Debemos pedir y exigir que en todos los casos, se utilice la normativa de la conciliación a que alude el artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil, a fin de que esa problemática

⁵⁹ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 169

privada (justicia conmutativa), se solucione sin necesidad de desarrollar un proceso de por sí costoso. .

Esta facultad, aunque nuestra legislación la tiene regulada en los procesos de cognición o conocimiento, es posible darle inmersión a los otros procesos, por ejemplo en los ejecutivos que, aunque parezca una locura procesal, dada su naturaleza, lo que busca el derecho no es que al deudor se le ejecute y se le prive de su patrimonio, sino que, al final de cuentas, siendo que en su mayoría las ejecuciones son de índole económico (cantidades de dinero líquidas y exigibles), se trate de lograr, a través de la conciliación, la resolución respectiva.

Aunque la finalidad de esta investigación se traduce en algo que ya ha tenido la apariencia de cosa juzgada y que por seguridad jurídica debe ejecutarse o mantenerse, y necesariamente debe converger en la declaratoria de nulidad, las partes son las mismas y luego de dicha declaratoria, se les puede motivar a que, mediante acuerdos y concesiones recíprocas (transacciones), puedan conciliar sus intereses y se llegue a establecer lo que al final se requiere en toda sociedad, la paz social abarcada al caso concreto.

Resulta inquietante la afirmación realizada por Gozáini, al señalar en su obra Temeridad y Malicia en el proceso, que la demanda judicial ha resultado ser el camino más transitado, y por supuesto el más cómodo para una sistemática en la que el Derecho tiene respuestas para todo; bien resulta la afirmación bromística: “ 2 abogados 10 opiniones...”. Señala este autor que, las pretensiones son el más claro ejemplo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el “derecho” lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos y razonables. La justicia que llega tarde..., ya no es justicia...” Se necesita dar un giro; el proceso debe ser el último camino, la última carta del juego, tratando de lograr otros caminos alternos ya que, por la propia dinámica del proceso, en donde se tiene al litigio como una “intervención quirúrgica”... debe ser la decisión final más crítica, después de intentar otros caminos o tratamientos posibles.

Recuerdo que ante un proceso que nos ha llevado más de quince años, en donde gracias a la Justicia Constitucional, se ha logrado hacer entender a la contraparte, que el camino no es el abuso de su derecho en el ejercicio del velo societario, entre otros, la cliente me decía que, lamentablemente en este caso, lo único que podía dar el acercamiento a la solución era, ello, precisamente la sentencia, y de alguna forma así ocurrió ya que, me insistía la cliente, que esto hay que hacerlo pro principio ya que estamos en un conflicto de un ente educativo en el cual convergen una serie de intereses, pero el más importante, es el interés de la educación. Con mucha sabiduría, de la cual reconozco obtuve con esa reflexión, se me pidió y exigió que no se intentara ningún tipo de medida cautelar que perturbase “la buena marca del Colegio”..., esto es una gran lección que debemos aprender los abogados litigantes en donde, muchas veces cuando incursionamos y exigimos del juez una medida cautelar innecesaria, lo que hacemos es “derramar el agua...”, la cual ya no es posible recogerla. Se da en muchos casos que, dada lo intempestivo e irreflexivo de muchos litigantes, se promueven una batería de acciones judiciales que pueden desembocar en temas muy delicados, tal es el caso cuando, sólo por presión se denuncian delitos, que sin tener la tipificación en el caso concreto, por presión lo hacen, tal el caso de los delitos de índole fiscal o aquellos que, hoy por hoy nos llevan a temas mucho más escabrosos, tal el caso del lavado de dinero en el cual, por la propia dinámica de la ley, llevan, a priori y sin mayor procedimiento (violación al debido proceso), a la extinción de dominio, cual tribunales de fuero especial que, en su momento (1982) se tuvieron en Guatemala y fueron el ejemplo claro de una barbarie jurídico procesa.

Qué debemos hacer entonces. Además de lo señalado en cuanto a las facultades del *ius imperium* de que está investido el Juez, sin duda alguna la academia y los foros a todo nivel, deben contribuir en minimizar y depurar las inconductas procesales, es decir, los actos de mala fe que ponen en entre dicho a todos aquellos letrados que, no obstante el juramento prestado al momento de su investidura en la respectiva Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, como ante

la Corte Suprema y El Colegio de Abogados, rompen todos los esquemas de probidad y licitud de los actos procesales bajo los pretextos de que “ en el proceso es posible todo lo que no está prohibido”, a lo que se les responde..., en el proceso, que es una cuestión de derecho público, no está permitido la actuación de mala fe y en abuso de los derechos y, aunque no esté típicamente regulado como en el caso Argentino, el Juez está dotado de muchas facultades para declarar de oficio esas conductas que riñen con la finalidad última del derecho.

Termino esta parte señalando que es de suma importancia resaltar el abuso del proceso ya que, en el contexto de esta investigación, la obtención de una sentencia que contiene vicio de cosa juzgada fraudulenta, se originó en el ejercicio abusivo del derecho de petición y del libre acceso a los tribunales, teniendo esa finalidad espuria de obtener una sentencia a su favor la cual, por el hecho del fraude procesal, es írrita y por lo tanto debe ser anulada, a más de condenar a los respectivos daños y perjuicios materiales y morales.

9. Efectos del abuso.

9.1 Cuestión preliminar.

Borda, citado por Gozáni ⁶⁰, señala que los efectos propios de un acto abusivo, tiene las siguientes connotaciones: 1) en primer lugar, el juez negará protección a quien pretenda ejercer abusivamente un derecho o rechazará su demanda; 2) si la conducta abusiva hace sentir sus efectos extrajudicialmente, el juez debe intimar al culpable a que cese en ella; 3) el culpable será responsable de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier acto ilícito, y se responde de los daños, incluyendo el moral.

⁶⁰ GOZÁNI, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 162

Nuevamente la doctrina acuerpa lo que hemos señalado respecto a los efectos del acto abusivo y le ciñe, con más precisión, el hecho de que, una vez declarado, se puede condenar a los daños y perjuicios de índole material y moral.

9.2 Quienes pueden cometer abuso.

Para entender este punto es importante recordar que el abuso puede ser, dentro del proceso, o por el proceso. Entendamos que, si es por el proceso, y éste sirve de herramienta para el abuso o fraude, el único que puede cometerlo es el actor, sin perjuicio de lo que hemos resaltado respecto a la contestación de la demanda o la reconvencción en la página precedente. Si es dentro del proceso, el abuso del proceso lo pueden cometer las partes, los terceros e inclusive el propio Juzgador. *Sujeto activo* será quien provoque o ejercite el acto disfuncional. Podrá ser el actor que promueve la demanda como aquel demandado que abusivamente se resiste a ella, o los terceros que debiendo actuar en el proceso por una intervención obligada se oponen sin fundamento, tal es el caso que se discute en este momento en un Juzgado del Orden Civil y Guatemala ⁶¹, , sobre la intervención de un tercero que tenía, originalmente, la calidad de Principal en un contrato de Distribución o Agencia (al amparo de la Ley de Agencia), y que subrogó y cedió todos sus derechos a otro Principal que, ahora, de mala fe, niega que exista este contrato, asemejándolo de mala fe y en ejercicio abusivo de su derecho, a un contrato de agencia, en el cual al tercero emplazado (anterior principal), se le solicita la exhibición del contrato o contratos de subrogación y cesión respectiva, so pena de, hacerlo responsable con el actual principal. *Sujeto pasivo* será quien se encuentre sometido al litigante que actúa el abuso, pudiendo ser el juez el agraviado, como en los procesos simulados o confabulados, tal el caso de aquellos procesos de divorcio por conveniencia para el caso de obtención de residencia o ciudadanía de tanto uso en muchos país en los que la inmigración ha sido fuerte.

⁶¹ Juzgado 5º., de Primera Instancia del Ramo Civil del Departamento de Guatemala, expediente Sumario 01046-2014-00381, oficial 3º.

9.3 Efecto del acto abusivo. Nulidad del acto.

Nada que riñe con el derecho puede tener efectos jurídicos positivos. Todo lo que se hace en contravención a principios y normas, debe tener como consecuencia su anulación. En ese contexto el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial en Guatemala dispone que los *actos contrarias a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*. De esa cuenta, los actos abusivos en el proceso deben de tener ese efecto y en esa línea conductora, tanto la Ley citada como el Código Procesal Civil y Mercantil son muy puntuales, al conceder al Juzgador la facultad de enmendar el proceso, dejando sin valor ni efecto legal cuando los actos riñen con garantías del proceso, anulando lo actuado (debe ponerse al margen de la actuación la razón respectiva (Artículo 67); y las partes puede solicitar la anulación de actos y resoluciones que violen la ley o el procedimiento como se resalta en los artículos 613 en adelante del Código Procesal Civil y Mercantil. En ambos casos, el efecto es la anulación del acto.

María Álvarez, citada por Gozaíni, señala que cuando se da el abuso del derecho, la sanción al acto abusivo puede ser diferente y va desde la anulación del acto, privándolo de sus efectos normales, hasta la condena en costas aún a quien, en ejercicio de un derecho legítimo (petición por ejemplo), hubiere promovido un litigio agravando innecesariamente sus consecuencias. En el contexto de la investigación, precisamente el efecto que se persigue ante la eventual cosa juzgada fraudulenta es su anulación es decir, no puede convalidarse un acto abusivo máxime cuando este va en contra de la máxima de todo proceso, es decir, la justicia y, además de injusto, ha causado daños y perjuicios.

9.4 Que es el acto abusivo: un fraude procesal, una simulación, dolo procesal...

Carnelutti citado por Gozaíni, ⁶²señala que un elemento característico del fraude procesal es el fin, que consiste en desviar el proceso de su curso o, lo que es lo mismo, de su fin natural; en el fraude se trata de evadir la ley tratando de obtener una ventaja ilegítima en el proceso.

Con anterioridad señalábamos que, el acto abusivo para que tenga esa connotación, debe tener la característica de querer causar un daño o perjuicio. Bajo esa tonalidad, todo fraude contiene, en principio, un acto de engaño con propósito de defraudar en el patrimonio. No existe el engaño por el engaño. De esa cuenta, el acto abusivo configurará en el fraude procesal, en el sentido que conlleva el llamado *animo nocendi* o sea el ánimo de dañar.

Aunque la figura de la simulación, que en nuestro sistema penal, es un caso especial de estafa conforme lo tiene regulado el Código Penal ⁶³ y lo recoge únicamente para los supuestos de contratación, consideramos que, dado el principio de legalidad, se puede enmarcar en el último supuesto del artículo comentado, que señala que: se comete estafa quien defrauda o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño; este es el caso que nos ocupa que, aunque no es utilizando en el gremio forense, resulta una figura típica del fraude procesal.

Gozaíni ⁶⁴señala que, el firmamento de las actitudes contrarias a la buena fe está el principio de moralidad; para lograr una definida aprehensión del concepto del abuso, tendrá que comprenderse desde inicio que la actitud violatoria

⁶² GOZAÍNÍ, O., ob.cit., págs. 310-312

⁶³ Ver artículo 264, numeral 12 del CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

⁶⁴ GOZAÍNÍ, O., ob.cit., págs. 173-174

a la buena fe y a los principios de lealtad y probidad, se reconocen gradaciones y tipologías que pueden partir de la culpa, pasar al dolo, la estafa, o resultar una conducta o actitud imprudente. Hay dolo procesal, cuando se tiene la intención de dañar, en donde se busca a través del proceso sorprender al adversario a quien se engaña con la finalidad precisa de causarle un perjuicio. Aquí una diferencia con el fraude procesal; este que es un fraude a la ley se quiere eludir una norma imperativa, sustrayendo de su mandato una norma correcta.

Tal es el caso en un proceso en Guatemala en que una entidad, para desembarazarse de un problema generado por un representante legal, nombrado legítimamente y actuando bajo su dirección, ejecuta contratos de donación en varias ocasiones; empero, dado que se afecta a un tercero, se promueve un proceso de anulación del contrato de donación contra su representante y contra la persona beneficiada de la donación, a fin de evitar “responsabilidades”, pero eludiendo normativa imperativa, es decir, aquella en la cual, para poder demandar a un administrador o representante, tuvo que, ab initio, que acudir a su órgano máximo y solicitar la acción de responsabilidad; así también dado que en el instrumento público no se contó con el consentimiento de la entidad en forma fidedigna, se decía que el representante no tenía facultades suficientes para la celebración del acto o contrato, y dejó pasar el término de prescripción. La entidad, por medio de otro representante legal, en abuso de su derecho de petición y el libre acceso a los tribunales de justicia, demandó una nulidad que, ella, a todas luces había consentido. Además de que, conforme la teoría de la “nulidad de los actos propios”, en la que la misma persona no puede invocar la nulidad contra actos ejecutados por el propio ente, se configuró un típico abuso de derecho ya que se tuvo como intención perjudicar al tercero quien, como consecuencia del contrato de donación, dejó de obtener el beneficio, que en otro contrato se había pactado sobre un determinado bosque de pino.

En ese sentido, la diferencia pues del dolo procesal con el fraude procesal, resulta de la intención de dañar e este. Aunque ambos se pueden configurar en

una determinada manifestación de actos, su diferenciación es por la finalidad que se persigue.

También resulta pertinente señalar, como se dijo antes que el fraude puede ser en el proceso en cualquiera de su etapa; o con el proceso y es lo que se conoce como proceso simulado.

Según lo acota Vescovi, citado por Gozáini⁶⁵, para el caso del negocio fraudulento, el derecho lo sanciona con nulidad; en el caso del fraude en o por el proceso, reviste un instituto de mayor relevancia que es la *cosa juzgada* mediante la cual, yo le agregaría, si ésta se ha obtenido por medio de actos fraudulentos, también se puede obtener su nulidad por medio de la impugnación de la sentencia que contiene cosa juzgada írrita. Por su parte la llamada “*estafa procesal*”, que es otra forma de violar el principio de buena fe en el proceso y de abuso en el mismo, lo que pretende es inducir a engaño al juez, reduciendo el proceso judicial a sus propios intereses, vulnerando la finalidad axiológica que está llamada a cumplir la jurisdicción.

Dentro uno de los casos y supuestos de estafa procesal tenemos, entre otros:

--- *La nulidad matrimonial* por medio del cual se abusan de causales que anulan el matrimonio en franca complicidad de las partes; tal el caso también de los matrimonios por conveniencia (interés de visa o residencia en un país);

--- En *materia sucesoria* en el cual se da la apertura o radicación del proceso por quien es indigno. Al respecto tenemos un caso que se está discutiendo en dos jurisdicciones, Guatemala y Alemania; en Alemania se ha pretendido por parte de quien tiene connotación de indigno, no sólo la apertura del proceso sucesorio sino la promoción de procesos varios (nulidad de matrimonio

⁶⁵ GOZÁINI, O., ob.cit., p. 334.

con cónyuge actual), con el objetivo de obtener todo el beneficio patrimonial relicto. La razón de este indigno ha sido que su padre, en vida, cambió su disposición testamentaria y únicamente le dejó un legado, con lo cual se sintió ofendido.

--- *Petición de quiebra*, por quien no resulta ser acreedor legítimo de la empresa y obtiene beneficios en embargo de bienes o inclusión en la masa de acreedores.

En cuanto al dolo procesal, su connotación se enmarca en dos actos, la intención de dañar y el efecto y acto de haber producido el daño.

A este respecto se pronuncia Carranza citado por Gozaíni⁶⁶, cuando indica que *no basta con la intención de dañar, es preciso el acto consecuente; la conducta del individuo, pues así como ella es un compuesto inescindible de alma y cuerpo, así también el dolo es un compuesto inescindible de intención y conducta.*

Debemos resaltar que una de las diferencias entre la simulación procesal y el dolo procesal, en aquél el afectado es un tercero, en el dolo es la otra parte.

9.5 La Teoría de los Actos propios.

La doctrina de los actos propios consiste en que ningún litigante puede pretender fundamentar su acción, aportando hechos y convicciones de derecho que contradigan sus acciones precedentes; es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en oposición con su conducta anterior. Al referirse al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al Juez, en razón al principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y derecho y al derecho suscitado en la instancia⁶⁷

⁶⁶ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 346.

⁶⁷ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, ob.cit., pág. 905.

Me parece que este concepto lo tenemos claramente enmarcado y regulado en nuestra legislación en materia del proceso civil cuando el legislador señala: *la nulidad no puede ser solicitada por la parte que realizó el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo afectaba. Tampoco puede ser interpuesta por la parte que la haya determinado.* ⁶⁸ . El mismo resulta de mucha utilidad y en la práctica forense en Guatemala; no son pocos los casos en los que el litigante de mala fe se vale de esta herramienta para que se declare la nulidad de actos que él mismo ha generado, o en el caso de las personas jurídicas, que lo haya generado alguno de sus directores y personeros pretendiendo desligarse de una eventual responsabilidad por daños y perjuicios.

La Corte de Constitucionalidad ha resaltado en algunos fallos que el asidero normativo jurídico en el que nadie puede ir en contra de sus propios actos, lo encuadró la Corte en el artículo 614, párrafo primero el cual establece: “...*La nulidad no puede ser solicitada por la parte que realizó el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que la afectaba. Tampoco puede ser interpuesta por la parte que la haya determinado...*”

Este precedente constitucional de gran valía, ha sido objeto de la cita a muchos casos que se han promovido en el ámbito judicial. No puede por tanto la misma parte que realizó el acto viciado de nulidad, demandar su nulidad. Resultaría un contrasentido por esencia.

Al decir de Cabrera, citado por Díaz Solemine, ⁶⁹ esta teoría tiene su origen en la regla *venire contra factum proprium nulle conceditur*, expresión latina que define sintéticamente la denominada “teoría de los actos propios” y se funda en la inadmisibilidad de una postura que contradiga una conducta anterior válidamente asumida por el litigante; todo ello con la finalidad de preservar la seguridad jurídica

⁶⁸ Artículo 614, párrafo primero del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

⁶⁹ DIAZ SOLEMINE, Omar Luis, ob. cit., p 860

En ese sentido compartimos lo señalado por Gozaíni ⁷⁰ cuando indica que la expresión “venir en contra” de sus actos supone la auto contradicción del individuo con un obrar anterior, de modo tal que dicha conducta signifique una variación importante que prive de sentido la continuidad de la relación trabada inicialmente. La ilicitud que se asigna a este comportamiento ´proviene de la afectación al principio general de buena fe, al punto que la confianza originaria se ve frustrada por una acción ulterior que contradice el espíritu de los actos celebrados.

Esta regla que se asemeja al axioma *venire contra factum proprium non valet*, contiene una incoherencia y constituye un obrar de mala fe. La doctrina señalada por Gozaíni, resalta que los actos señalados deben ser objeto de una actitud sistemática y no aislada.

El Tribunal Supremo de España resolvió que: *son requisitos de los actos propios, entre otros, que sean claros y explícitos, que hayan sido adoptados y realizados con plena libertad y que los mismos causen o puedan causar daño.* ⁷¹

Un caso práctico puede ilustrar en materia de derecho sucesorio este tema. El causante en el testamento instituye a sus respectivos herederos o legatarios, según el caso, y dispone la forma de distribución de la herencia. En este caso, el heredero, el albacea, el legatario o cualquier beneficiario de bienes relictos, debe ajustarse a las disposiciones del *de cuius*, no puede salirse de ese esquema, hacerlo es ir en contra de su voluntad. Únicamente podrá negarse a aquellos actos que riñen con la moral y las buenas costumbres y el orden público. Si un heredero o legatario, con el afán y finalidad avisa de evitar que otros se beneficien en los términos instituidos o legados, promueve en contra de la disposición testamentaria, o pretende acudir un tribunal incompetente, nacional o extranjero, comete abuso de derecho y aplica, la teoría de los actos propios, ya que, los actos

⁷⁰ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 245

⁷¹ Ibídem., p. 258.

del causante (testamento), deben tenerse como propios, valederos y fidedignos, y no contradecirse, a menos, claro está el caso de la nulidad o falsedad de la disposición testamentaria, en cuyo caso, sus actos resultan legitimados.

En este sentido se pronuncia Gozáini ⁷²al señalar que los actos del heredero debe ser consecuencia de las actitudes del causante, pues la sucesión le obliga a asumir gravámenes que tuviera el *de cuius* en vida, por lo cual aquel deberá ser coherente en el compromiso obligacional, para continuar en los hechos tal y como indica el fundamento de la sucesión universal.

Quiere decir que, cuando invocamos, dentro del contexto de anulación de los actos por ejercerse un derecho con abuso, la teoría de los actos propios, nos situamos en la figura de confianza y coherencia de los actos “anteriores”, que sobrepasan los que, ahora, se pretende invocar y que niegan la veracidad de aquellos. En ese sentido debemos entender que, una parte no puede ir contra sus propios actos, sin incurrir en falta de veracidad que, en última instancia es lo que interesa en el mundo del derecho, y el proceso es, cual herramienta de la justicia, el mecanismo de hacer valer ese aspecto de moralidad procesal.

En el derecho comparado, la Teoría de los actos propios opera de la siguiente manera. Vamos a situarnos en el derecho anglosajón y en el alemán para el efecto.

9.5.1 El *estoppel*.

El derecho anglosajón tiene la figura del *estoppel*, por medio del cual no se le puede permitir a una persona negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, ya sea por palabras o implícitamente a través de su conducta de actos pasados. Este protege la “apariencia jurídica”, ya que concreta la afirmación de que quien crea en otra persona una confianza en una determinada situación aparente e índice con ello a que se obre en un sentido. De estas figuras se

⁷² GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 262.

concretan las siguientes: *by record, by deed, bt fact in pais, by representation y by acquiescence*. El *estoppel by deed* trabaja cuando un documento contiene un negocio jurídico determinado que no puede ser desconocido por quienes lo han suscripto; el *estoppel by fact in pais*, tiene lugar cuando se reconoce que una persona, en cierto tiempo y lugar, ha efectuado actos jurídicamente eficaces para formar en los demás la convicción certeza, respecto de la autoría de dichos actos, tal el caso de las patentes de invención, entre otras; el *estoppel by representation* tiene relación con el anterior pero para los casos de mandato, gestoría o representación.⁷³

Igualmente por la importancia en el contexto de nuestra investigación, traigo a colación la cita que hace Gozaíni de Safontás, cuando, refiriéndose a la teoría de los actos propios, toma en consideración la “eficacia” de la cosa juzgada. Dice que es inadmisibles a las partes negar las declaraciones contenidas en una sentencia, porque sería ir en contra de la propia obra; quien mediante su conducta procesal contribuyó a que fuera decidido un determinado punto litigioso, no puede hacer después una declaración que contradiga el fallo, salvo el caso de que se haya obtenido *fraudulentamente*.⁷⁴

Esta afirmación de Safontás resulta de suyo incuestionable y a la que abordaremos al centrarnos en el objeto de la investigación; empero resulta preciso puntualizar que estamos de acuerdo con su apreciación ya que, ninguna de las partes puede ir contra un fallo definitivo en virtud de que tuvo las herramientas precisas dentro del proceso para impedir el resultado que le es dañino; por supuesto salvo el caso del fraude en donde, como lo señalamos en otro apartado, si el proceso, no obstante su pulcritud en los procedimientos, su finalidad es espuria y fraudulenta, en cuyo caso, procede la impugnación de la sentencia con característica de írrita, sin que con ello se afecte la teoría de los actos propios de que hablamos.

⁷³ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 286.

⁷⁴ *Ídem*.

9.5.2 El “*Verwirkung*”.

En el derecho alemán, Díez-Picazo señala que el “*Verwirkung*”, parte de la idea de que un derecho subjetivo no puede ejercitarse, cuando su titular no se ha preocupado en mucho tiempo de hacerlo valer sino que, por actos omisivos, ha dado lugar a que el adversario puede esperar que el derecho no se ejercite.⁷⁵

Esta figura tiene una connotación peculiar respecto a los institutos de preclusión y caducidad en donde, quien ha ejercido un derecho dentro de un proceso, por actos omisivos, deja de promover teniendo la ley la presunción de que ya no le interesa acceder a la jurisdicción para hacer valer su pretensión en cuyo caso, el derecho se pronuncia con este “castigo” procesal de la caducidad de la instancia en la que, conforme nuestra legislación, el efecto que se produce, a texto del artículo 593 del Código Procesal Civil y Mercantil, es que ya no se pueda replantear el asunto, a menos que se trate de derechos no prescritos.

Quiere decir que, conforme la doctrina en el derecho alemán de los actos propios, se puede considerar que esta se da no sólo en aquellos casos en que el acto es positivo (el actuar por sí mismo), sino que en los negativos o de omisión, ya que el silencio de la parte equivale a su consentimiento tal y como lo recoge nuestra legislación en materia de recursos en el artículo 614, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil.

En el ámbito procesal guatemalteco, resultan un sin número de casos en los que puede encuadrar este principio. Tal es el caso de invocar actos propios si la etapa procesal ya caducó (preclusión procesal).

⁷⁵ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. ob.cit., p. 287.

CAPITULO III

COSA JUZGADA

El abuso de derecho es pues el mecanismo que orienta al litigante de mala fe para obtener de mala fe un acto procesal y este puede ser la sentencia. Existen muchos mecanismos de abuso como lo hemos señalado en el apartado anterior. Toca ahora señalar esa institución de suma importancia en el devenir del principio de seguridad jurídica, la cosa juzgada.

Sin temor a equivocarnos, entramos a un tema que en materia jurídica, ha constituido el pilar del principio de seguridad jurídica; efectivamente la intervención jurisdiccional tiene su desenlace en la sentencia que dicta el Juez en la que, una vez seguido todo el engranaje del proceso, pone el sello de la esencia de la función jurisdiccional y que se traduce en lo que nuestra Constitución señala como la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.⁷⁶ En el artículo 203.

La institución de la cosa juzgada tiene muchas connotaciones de las cuales, para los efectos de la presente investigación, abordaremos los relativos a su conceptualización, su naturaleza jurídica, la diferencia entre la cosa juzgada formal y la material y el fundamento.

1. Concepto.

Para establecer el concepto debemos partir de los elementos de que consta: cosa y juzgada. Cosa al decir de Couture citado por Aguirre Godoy⁷⁷ “es *todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, real, abstracta o imaginaria*”; y entronizándola a nuestro estudio, con el agregado de juzgada señala dicho autor: lo que ha sido materia de un juicio.

⁷⁶ Ver artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁷⁷ AGUIRRE GODOY, Mario, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial VILE, Guatemala, 2009, p. 790.

Al decir de Pallares ⁷⁸ es la autoridad y la fuerza que la ley atribuye a la sentencia ejecutoria; Couture por su parte la define como: *la autoridad y eficacia de la sentencia judicial que no existe contra ella medios de impugnación que permitan modificarla*". ⁷⁹.

Por su parte Guasp, citado por Nájera-Farfán⁸⁰, señala que cosa juzgada es la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales; o inatacabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido.

Un dato importante respecto para entender a la cosa juzgada es, como lo señalan Aguirre Godoy y Nájera-Farfán⁸¹, no confundir la autoridad con el efecto; ya que la autoridad es un atributo inherente al fallo, es decir, señala, es el imperium. En cambio, el efecto se refiere a la medida de la eficacia del fallo, la cual se relacionada con tres aspectos: inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad en lo decidido.

Este aspecto resulta muy importante ya que, cuando nos enfoquemos y puntualicemos en el objeto de esta investigación, la cosa juzgada fraudulenta, nos referiremos a este segundo aspecto, es decir el efecto de la cosa juzgada; y no puede ser de otra manera, ya que el primero, el llamado imperium lo reviste por la calidad de la persona que la emite, un Juez.

Lo esencial para entender este concepto radica en lo que Couture señaló, es decir que cosa juzgada configura los elementos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, lo cual abordaremos y se encontrará implícito en el siguiente apartado cuando nos refiramos a la cosa juzgada formal y material.

⁷⁸ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México, 1960, tercera edición, p. 178.

⁷⁹ AGUIRRE GODOY, Mario. ob. cit., p. 790.

⁸⁰ NÁJERA-FARFAN, Mario Efraín, Derecho Procesal Civil, Volumen I, IUS Ediciones, Guatemala, 2006, 2da, Edición, p. 718.

⁸¹ AGUIRRE GODOY, Mario ob.cit.,, 790; NÁJERA-FARFAN, M., ob.cit., p. 718.

Asimismo Carnelutti citado por Pallarés ⁸² al resaltar sobre una definición de cosa juzgada se centra en señalar que la cosa juzgada es el acto y el efecto de decidir que realiza el Juez entorno al litigio; al descomponer el concepto entre acto y efecto, el segundo de los lados que de él resultan, o sea el efecto de decidir, recibe el nombre de cosa juzgada que sirve para designar tanto la decisión en conjunto, como en particular su eficacia.

Como vemos, tanto Couture como Carnelutti, coinciden en el elemento esencial de la cosa juzgada en la sentencia, es decir su efecto, y que, para que revista del elemento intrínseco de la misma, debe tener efectos y ser eficaz. De allí que la cosa juzgada lleve implícita seguridad jurídica, en virtud de que, a través del órgano jurisdiccional se logra emitir un fallo que debe ser atendido por las partes, máxima por aquella que ha sido vencida, a fin de que la cumpla, so pena de su ejecutabilidad en donde reviste el tercero de los elementos señalados por Carnelutti, la coercibilidad y de lo cual nuestros jueces gozan de dicha facultad dada por la Constitución. ⁸³

2. Clasificación de la cosa juzgada.

Nos centraremos en resaltar la clasificación clásica, es decir cosa juzgada formal y cosa juzgada material, para entender lo que cada una caracteriza y, dentro del contexto de esta investigación, a que tipo nos referimos o si es a ambas.

2.1 Cosa juzgada formal.

Para entender a la cosa juzgada formal, baste con señalar que podemos hablar del acto típico de la terminación del juicio, es decir la sentencia, o bien de un auto que, por su naturaleza también lo pone fin; son los llamados autos interlocutorios en los que el proceso identificado en un expediente, termina por

⁸² Pallarés, Eduardo., ob. cit., p. 178.

⁸³ Ver artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala

virtud de una resolución que no es la sentencia. Lo importante de resaltar en ambos casos, sentencia y auto, es que, no obstante que los mismos ya no son objeto de impugnación (apelación o casación), los mismos adquieren firmeza empero, el asunto o materia que se ha sometido a debate judicial, puede volver a plantearse en otro proceso ulterior, por razones, por ejemplo, que el derecho no ha prescrito, no ha caducado, puede ser objeto de modificación, o sujeto a revisión en otro proceso de conocimiento, etcétera. Quiere decir que lo importante para entender la cosa juzgada formal es que, efectivamente se ha dictado una sentencia y sobre la misma, una vez agotada la instancia de recurribilidad, esa sentencia con una fecha y expediente determinado, ya no puede ser objeto de más discusión dentro de ese proceso por lo que causó firmeza.

Esta clasificación de cosa juzgada formal o material, se ha mantenido en la doctrina; Carbone ⁸⁴ señalan que hablamos de cosa juzgada formal cuando la sentencia no puede ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificación en un proceso posterior.

Coincidimos lo señalado por Carbone; en este tipo de cosa juzgada formal en Guatemala se sitúan por ejemplo las sentencias dictadas en materia de alimentos, en las que la propia ley (Código Civil), permite que el interesado (alimentista o alimentado) pueda solicitar la modificación de una sentencia bien sea para que se aumente la pensión fijada en sentencia o bien se disminuya la misma fijada también en sentencia. Otro supuesto es el de los juicios posesorios o interdictales (de amparo, posesión, tenencia, obra nueva...), en los cuales si se dicta sentencia, la misma puede ser objeto de un proceso plenario de posesión en vía ordinaria tal y como lo regula el artículo 250 del Código Procesal Civil y Mercantil que señala el vencido en cualquier interdicto puede, después, hacer uso del plenario de posesión...; también tenemos el caso de los procesos de

⁸⁴ CARBONE, Carlos, Impugnación de la Sentencia firme en el Proceso Civil, Concursal, Laboral, Administrativo e Internacional. En *La Impugnación de la sentencia firme, tomo I, primera edición Rubinzal-Culzoni, coordinado por Carlos Carbone, dirigido por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, 20006, p. 37.*

ejecución singular, cuya sentencia puede ser objeto de juicio ordinario posterior conforme lo dispone el artículo 335 del Código Procesal Civil y Mercantil que señala: la sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada, y lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior. En cualquiera de estos casos señalados, si las sentencias respectivas no se cumplen, se puede acudir al procedimiento de ejecución (coercibilidad).

De suerte que, la inimpugnabilidad y la coercibilidad son los elementos característicos de la cosa juzgada formal, en tanto, como veremos, la materia puede ser objeto de modificación, es decir puede ser mutable, lo que no ocurre en la cosa juzgada material.

Al decir de Pallares⁸⁵, la cosa juzgada formal consiste en la fuerza y en la autoridad que tiene la sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronunció, pero no en juicio diverso. Comparto lo señalado por Pallarés ya que, la sentencia en este tipo de materias, constituye cosa juzgada dentro de las partes dentro del proceso identificado con un número de expediente y juzgado, empero no afecta a otro proceso ulterior que se inicie sobre la misma materia.

Por su parte Aguirre Godoy ⁸⁶ señala que la cosa juzgada se le conoce como cosa juzgada externa, se refiere a la firmeza de la resolución. Dicho autor citando a Guasp reafirma lo dicho trayendo a colación lo que en el derecho positivo español se entiende entre la cosa juzgada formal y la material, aquella causa firmeza, en cambio ésta, se constituye en autoridad.

Se considera por la doctrina nacional que la cosa juzgada formal constituye un presupuesto de la cosa juzgada material, pero no a la inversa ya que la cosa

⁸⁵ PALLARES, Eduardo ob. cit., p. 179.

⁸⁶ AGUIRRE, Mario., ob.cit., p. 790.

juzgada formal puede existir independientemente de la material, pero esta no de aquella.⁸⁷

La cosa juzgada formal se entiende en definitiva en relación a un proceso determinado, en la que intervino un juzgador, unas partes y terceros, que, por virtud de la firmeza que ha adquirido ya no puede ser impugnable y modificable dentro del mismo proceso; es decir que la misma, sentencia, vincula a quienes en ella intervinieron en el proceso.

Al decir de Couture citado por Aguirre Godoy⁸⁸, la cosa juzgada formal tiene una eficacia transitoria en la que se cumple lo decidido en sentencia en relación al proceso específico y las partes y terceros intervinientes; tal es el caso por ejemplo en el interdicto de obra peligrosa, en la que dictada la sentencia, se puede ordenar la suspensión o demolición de la obra y ordenarse su ejecución; empero, dada la procedencia del juicio plenario de posesión posterior, el asunto puede conocerse en otro juicio.

En ese sentido podría pensarse que, para evitar la coercibilidad o ejecución de la sentencia en un interdicto de esta naturaleza, el acto de la demanda nueva (que fue el vencido en el interdicto), solicite como medida de urgencia la suspensión de los efectos de la sentencia interdictal, lo que a nuestro juicio, conforme lo dispone el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil es procedente. Diferente es el caso del juicio ordinario posterior a que se alude en el juicio ejecutivo, (Arto. 335 del Código Procesal Civil y Mercantil), ya que para que proceda este juicio ordinario posterior, debió de cumplirse con la sentencia dictada; en todo caso, el interesado litigante-demandante nuevo, puede promover en contra de lo señalado en esta norma (párrafo segundo), una inconstitucionalidad en caso concreto⁸⁹.

⁸⁷ AGUIRRE, Mario., ob.cit., p.792.

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ver artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

Guasp, citado por Nájera Farfán⁹⁰, hace hincapié que cuando un resultado procesal no es directamente atacable, entonces se dice que goza de cosa juzgada formal, pues formalmente no resulta ya discutible; cuando no es atacable ni indirectamente, es cuando no cabe abrir un nuevo proceso sobre el mismo tema, entonces se dice que goza de cosa juzgada material, pues lo que se impide precisamente es la discusión de la materia ya decidida.

2.2 Cosa juzgada material.

La misma nominación de cosa juzgada material, sugiere su connotación; efectivamente, cuando se habla de cosa juzgada material, quiere decir que sobre la materia que se sometió a debate jurisdiccional, una vez se encuentre firme (de alzada y casación), ya no puede volverse a abrir la discusión ni en ese proceso, ni en un proceso ulterior.

Cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se le agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento, se dice que existe cosa juzgada sustancial, ya que entonces ninguna autoridad podrá modificar definitivamente lo resuelto. De esa cuenta, Couture ⁹¹señala que la cosa juzgada formal admite la reanudación del debate y no por ello deja de ser cosa juzgada; la segunda cierra definitivamente toda posibilidad de debate posterior.

Con la vigencia de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986), la Acción de Amparo ha tenido y ha servido de herramienta de mucho uso, es más de un uso desmedido en algunos casos; resulta que para poder accionar de amparo en materia judicial, se debe cumplir con el principio de definitividad por medio del cual el acto de autoridad (sentencia), tuvo que haber sido objeto de los recursos idóneos por parte del agraviado, es decir, apelación y, en su caso, a nuestro juicio, el de Casación (aunque en esto la

⁹⁰ NÁJERA-FARFAN, M., ob. cit., p. 718.

⁹¹ COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Editorial Póstuma, s.l., s.a.* p 383.

Corte de Constitucionalidad no ha sido uniforme en sus criterios. Quiere decir que la sentencia que debería revestir, por seguridad jurídica, de la autoridad de cosa juzgada dictada en un juicio cuya materia ya no puede ser discutida ulteriormente, si el agraviado acude amparo y éste le es otorgado, su efecto es que se suspenden sus efectos, es decir deja de tener esa calidad de autoridad de cosa juzgada; aunque ello tiene su razón de ser y la Corte de Constitucionalidad ha sentado, por medio de un sinnúmero de sentencias, el criterio de que las sentencias dictadas en materia de casación, pueden quedar sin efecto por vía de amparo, es importante acotar desde ya lo siguiente: si bien es cierto que si le es otorgado un amparo a un litigante-agraviado por una sentencia de casación, efectivamente se decreta su “suspensión”, más no su anulación (al menos así ha sido el criterio), y por lo tanto, la Corte de Constitucionalidad impone (ius imperium constitucional) a la Corte Suprema de Justicia en la Cámara que corresponda (Civil o Penal), que dicte una nueva sentencia. En todo caso, los efectos son los mismos para la justicia constitucional en el amparo ya que la suspensión conlleva que ese acto ha perdido todos sus efectos jurídicos y por ende, desde el punto de vista sustancial, ha sido anulada.

Quiere decir que, para entender eso de “suspensión” y su equivalente “anulación), debe quedar claro entonces que, esa sentencia de determinada fecha en determinado expediente, quedó sin efecto, y el mismo tribunal de casación, debe dictar uno nuevo; este nuevo fallo debería de constituirse en la “cosa juzgada material” a que hemos aludido. Esto es lo que debe ocurrir en la mayoría de los casos; sin embargo como ha sucedido en la práctica, si el tribunal obligado a dictar la “nueva sentencia”, incumple con el mandato de la sentencia de amparo, se abre un procedimiento en el que se le obliga a estar a dicha sentencia constitucional, con el agravante que puede ordenarse la destitución de los funcionarios contumaces sin perjuicio de las responsabilidades penales consiguientes; en todo caso, en este sentido se debe recurrir a la integración que permite la Ley del Organismo Judicial, para que no sean los mismos magistrados

los que conozcan de la “nueva sentencia” a dictarse y que se acoplen y cumplan con la sentencia de amparo.⁹²

Quiere decir que en Guatemala, la sentencia de casación, que opera en contra de las sentencia de segunda instancia dictadas en juicios ordinarios de mayor cuantía o en juicios sumarios mercantiles (Artículos 620 del Código Procesal Civil y Mercantil y 1039 del Código de Comercio), no pasa en autoridad de cosa juzgada en forma inmediata ya que habría que esperar si el “supuesto agraviado”, las impugna mediante la correspondiente acción de amparo (Artículo 11 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Por supuesto, una vez dictada la “nueva sentencia” que ejecuta debidamente la sentencia de amparo, ésta con la fecha determinada y expediente determinado, se convierte en la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada definitiva; en contra de esta nueva sentencia de casación ya no puede acudirse de amparo ya que, aunque genera un nuevo acto de autoridad, no podríamos mantenernos en el infinito de impugnaciones ya que ello atenta contra la certeza y seguridad jurídicas.

A este respecto la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en muchos casos, en la que en forma clara y meridiana señaló el aspecto anterior dado que el impugnante de amparo pretendía que se revisara un fallo de casación que había derivado, precisamente de otros fallos de amparo y de casación respectivamente.

Guasp citado por Aguirre Godoy⁹³ señala que la cosa juzgada material consiste en la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso,

⁹² Ver expedientes 3630-2013, Corte de Constitucionalidad; y Expediente de Amparo 281-2013, Cámara de Amparo y Antejuicio. Solicitante María Elena Sagastume Fontana viuda de Mayorga contra Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil.

⁹³ AGUIRRE GODOY, Mario ob.cit., págs. 793-794.

ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad. .

Couture citado por Aguirre Godoy⁹⁴, señala con propiedad que se da la cosa juzgada sustancial o material cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior.

Comparto lo señalado por ambos tratadistas; al analizar la cosa juzgada formal, se indicaba la característica de inimpugnabilidad de la sentencia determinada en un expediente determinado; ahora cuando nos referimos a la cosa juzgada sustancial, nos enfocamos que, además de esa característica, reviste el hecho que la materia sobre la que se ha debatido en juicio y que ha llegado a transitar la *res judicata*, no puede volverse a revisar por otro juicio posterior, precisamente, porque ya fue objeto de litis, de valoración de pruebas, de razonamiento y de decisión.

La cosa juzgada material va al corazón de lo decidido y ningún otro juzgador puede, bajo pena de nulidad y de responsabilidad, pretender conocer y resolver sobre la misma materia; es más yo agregaría a lo señalado por los tratadistas que, ni el mismo juez que la dictó, por mucha investidura judicial que tuviera, puede volver a conocerla y modificarla, queda incólume e inmutable para el propio juez y para las partes y terceros que intervinieron; queda pues institucionalizada y propensa a pasar a ser un precedente jurisprudencial, con miras a poder generar doctrina legal, tal y como lo dispone nuestra ley en materia de proceso civil y mercantil.⁹⁵

⁹⁴ AGUIRRE GODOY, Mario ob.cit., pág. 795.

⁹⁵ Ver artículos 621, párrafo primero y 635, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

La cosa juzgada material trasciende su eficacia a toda clase de juicios ⁹⁶ la cosa juzgada material señala Nájera Farfán ⁹⁷, procede cuando además de inatacable por vía de recurso (inimpugnable según Couture como veíamos), no es susceptible de modificación en posterior proceso; frente al intento de un nuevo proceso, la cosa juzgada material impondría su autoridad prohibiendo a las partes hacer valer a los Jueces juzgar por segunda vez, prohibiendo a las partes hacer valer y a los Jueces juzgar por segunda vez, lo que ya fue decidido entre las mismas personas, sobre la misma cosa y con fundamento en la misma causa; esto no es porque se impida la instauración de un nuevo proceso (derecho de petición), sino porque se opone con plena eficacia jurídica (Couture y Guasp), a que en cualquier otro proceso se decida de modo distinto o contrario a como antes fue fallado.

Una vez dictada la sentencia que contiene cosa juzgada material, la parte vencida puede, si se instaura un nuevo proceso con similitud en las partes, el objeto y la causa, interponer como previa la excepción de cosa juzgada, la que además adquiere connotación de mixta, ya que se puede hacer valer en cualquier estado del proceso. ⁹⁸ Todo lo anterior por seguridad jurídica. Además, al que promovió la nueva demanda en los términos señalados, además de condenársele en las costas, considero que puede ser objeto de daños y perjuicios por utilizar nuevamente el aparato jurisdiccional y actuar de mala fe lo que es prohibido por nuestra legislación en materia procesal.⁹⁹

⁹⁶ PALLARES, Eduardo, ob.cit., p. 179.

⁹⁷ NÁJERA-FARFÁN, M., ob.cit., p. 719.

⁹⁸ Ver artículo 116, numeral 10 y 120 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

⁹⁹ Ver artículos 4 y 18 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

3. Límites de la cosa juzgada

Se entiende que, en principio, la cosa juzgada afecta únicamente a las partes del proceso. En cuanto a los terceros, se entiende que les afecta, siempre y cuando hubieren tenido participación en el proceso; en ese sentido nuestra legislación señala que contra el tercero se puede, inclusive, ejecutar la sentencia; pero siempre y cuando hubiere sido emplazado. Ningún tercero puede ser afectado si no ha sido emplazado.¹⁰⁰

4. Naturaleza jurídica de la cosa juzgada.

Cuando abordamos el tema de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, tratamos de encontrar su razón de ser, su génesis. Al respecto no ha habido uniformidad y los tratadistas han señalado algunas que, al decir de Pallarés¹⁰¹ al momento de entablarse la litis, entre las partes se forma un cuasicontrato, en el cual se obligan a estar y pasar por la decisión que pronuncia el Juez en sentencia; otros señala el autor los que ven en la cosa juzgada una presunción *jure et de jure* (que no admite prueba en contrario), de que lo resuelto por la sentencia ejecutoria es verdad (como veremos esto de la verdad es lo que se trastoca cuando se actúa en fraude); asimismo señala los que la consideran una ficción de verdad (Savigny), la que radica en la parte dispositiva de la sentencia; Carnelutti citado por este autor señala que la esencia de la cosa juzgada consiste en ser un mandato individual y concreto diferente al que tiene la ley; otros señalan que al dictarse sentencia se adquiere, mediante la cosa juzgada, el cumplimiento al deber de administrar justicia de parte del Estado; otros que la consideran una institución en el sentido propio de la palabra por los múltiples efectos que produce y por la trascendencia social que tiene.

¹⁰⁰ Ver artículos 58 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala; y 152 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

¹⁰¹ PALLARES, Eduardo ob. cit., p. 179.

Por su parte, Couture, citado por Aguirre Godoy ¹⁰², señala que para hallar la naturaleza misma de la cosa juzgada, es de entender si ésta es el mismo derecho sustancial que existe antes del proceso, o si la cosa juzgada viene a ser otro derecho independiente al anterior, nacido en función del proceso y de la sentencia; esto es un símil a lo que la doctrina ha señalado cuando se refiere a que la sentencia crea derecho (constitutiva) o simplemente lo declara; esta es una decisión declarativa y la otra (constitutiva) viene a ser una “ley entre las partes”.

En cuanto a este aspecto, resulta apropiado resaltar lo que Guasp citado por Aguirre Godoy¹⁰³, quien concluye señalando que la cosa juzgada tiene una naturaleza neta y estrictamente jurídica; es una ordenación del ordenamiento jurídico; es una figura de derecho procesal, no material y opera no porque transforme la situación jurídica material existente antes de la decisión del proceso, sino porque al margen de tal transformación, hace surgir una especial eficacia procesal que antes no tenía.

Por su parte Laurent, citado por Pallarés¹⁰⁴, nos resalta el aspecto de que si no existiera la cosa juzgada, el mundo sería un caos de litigios; que sucedería si hubiese a la posibilidad de promover un número indefinido de juicios sobre las mismas cuestiones ya resueltas por una sentencia ejecutoria.

Considero que esto es, sin más, estar frente a una gama especializada de “soberbia” jurídica ya que, prácticamente los seres humanos nos pasaríamos litigando en toda nuestra vida y por lo tanto, en el mundo habría muchos leguleyos basados en aspectos de repente con una connotación técnica, pero se perdería la esencia del derecho, la justicia. Esto no es ni debe ser así; por ello existe la cosa juzgada para que se corte el afán de aquellos que pretendan eternizar el litigio lo que sería, por sí mismo, un actuar de mala fe y el actuar de

¹⁰² AGUIRRE GODOY, Mario, ob. cit., p. 795.

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 796.

¹⁰⁴ PALLARES, Eduardo ob. cit., p. 180.

mala fe hay que erradicarlo en esencia y que mejor que por medio de este bondadoso instituto de la cosa juzgada.

Comparto el criterio formulado por Guasp en cuanto a que la naturaleza jurídica de la cosa juzgada se explica no necesariamente desde un reconocimiento material del derecho, que de suyo lo trae la sentencia, bien sea en aspecto declarativo o constitutivo, sino que se trata de una figura de naturaleza jurídico procesal, mediante la cual mediante ella surge la “eficacia procesal”, que sin el proceso no tenía. Lo anterior sin perjuicio de aceptar también que el proceso por medio de la sentencia cumple una función social; en ello se enmarca la potestad jurisdiccional de administrar justicia para crear paz social.

5. Fundamento de la cosa juzgada.

El fundamento último de la cosa juzgada es la seguridad jurídica. Al decir de Pallarés¹⁰⁵, si no existiera la cosa juzgada, tendríamos en el mundo un caos de litigios, lo que no es posible.

El Estado de Guatemala, tiene como deber garantizar a los habitantes su seguridad¹⁰⁶. Al señalar el enfoque de este trabajo de investigación, he resaltado que, cuando se trata de ponderar entre el valor seguridad jurídica y justicia, me inclino por este último; sin embargo esta no es una posición absoluta y radical. Por supuesto que al final, como veremos en las conclusiones, mi inclinación es clara (justicia); empero en el contexto en que se mueve mi ejercicio profesional y mi vida, no es posible vivir sin seguridad jurídica; es importante e indispensable que los fallos lleguen y se acaten; es importante que los procesos concluyan y por ello la institución de la cosa juzgada, debe cerrar la puerta de lo infinito en las discusiones judiciales. Está bien que en la academia se logren hilvanar una serie de conceptualizaciones y de criterios y que ello haga que tenga la riqueza que tiene impregnada, pero eso es la academia, el universo del conocimiento. Empero

¹⁰⁵ PALLARÉS, Eduardo ob. cit., p. 180.

¹⁰⁶ Ver artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala

en la realidad, en el caso concreto, en lo judicial, es mejor vivir con una sentencia en contra que en una angustia que no de paz. Por supuesto, como lo reafirmo en el capítulo referente a la cosa juzgada írrita, cuando una sentencia es injusta, por haberse obtenido con maniobras fraudulentas, a la cosa juzgada obtenida en ese sentido, le debe caer todo el peso de la nulidad y dejarla sin efecto, y ello, también, genera seguridad jurídica. Es más considero que la seguridad jurídica debe ser un puente para la justicia.

En la parte específica de “ponderación de valores”, en el capítulo final de esta investigación, resalto la inclinación de los mismos: Justicia versus Seguridad Jurídica. Pietro Castro citado por Aguirre Godoy¹⁰⁷, resalta que el carácter de “santidad” que se da a la cosa juzgada es una de tantas instituciones formales del orden jurídico, que debe ceder ante consideraciones éticas y frente a primado de la comunidad. Schönke ¹⁰⁸se pronuncia en el mismo sentido señalando que la cosa juzgada no es el centro de gravedad del proceso civil; es una cosa de las muchas instituciones formales del orden jurídico, por lo cual todas las restantes encuentran una limitación en las buenas costumbres y en la idea de la comunidad.

Esto es, precisamente, uno de los fundamentos del presente trabajo de investigación, mediante los cuales, si se trastoca la parte moral del proceso, es decir se actúa en fraude del mismo, con dolo procesal, o simulación procesal, se debe revisar y, en su momento, revocar o anular la sentencia por contener vicio de írrita o sea fraudulenta. En el capítulo respectivo ahondo en este tema.

De suerte que la institución de la cosa juzgada es cuestión de seguridad jurídica y debe prevalecer para que en un país de logre la paz. La única excepción a la regla de la cosa juzgada sólo puede ser que, si como consecuencia de actos fraudulentos, de mala fe, con dolo procesal, se obtuvo una sentencia basada en esos actos. Es por ello que, aunque nuestra legislación no lo contemple

¹⁰⁷ AGUIRRE GODOY, Mario, ob. cit., p. 300.

¹⁰⁸ *Ídem*.

en forma explícita, sí es posible que se impugne y se anule los efectos que produce la cosa juzgada fraudulenta.

CAPITULO IV

LA IMPUGNACION DE LA COSA JUZGADA FRAUDULENTA

1. Cuestiones preliminares.

Hemos llegado al “quid” de la presente investigación. Como lo he resaltado desde la introducción y en el desarrollo de la misma, la motivación a profundizar más sobre este tema, ha derivado de un caso, en concreto, en el que a mi juicio, se ha concluido en una sentencia que tiene dicha connotación. Pende ante el máximo tribunal constitucional en Guatemala (Corte de Constitucionalidad), una resolución derivada de una acción de amparo en la que se está solicitando que se abra el debate a la impugnación de la sentencia firme. Estoy consciente de la novedad del asunto en nuestro país, aunque en otros, como España, Argentina, entre otros, ya el asunto se ha debatido a nivel judicial y en foros académicos.

Como lo hemos visto en el capítulo anterior relativo a la cosa juzgada, para poder atrevernos a poner en debate este instituto, debemos partir de dos valores que, sin duda alguna entrarán en ponderación axiológica, a saber: la seguridad jurídica y la justicia. Estoy convencido que las nuevas corrientes procesalistas se están inclinando por la justicia, quizá debido al hecho innegable que, muchos fallos bajo el pretexto de la cosa juzgada han tratado de campear en el ambiente judicial y jurídico, pero ello no le ha dado solución al caso concreto y, lejos de generar la paz social como elemento de finalidad del proceso, han generado una polarización y división más cruenta entre las partes. Eso no lo persigue el derecho; la finalidad de éste, por medio del proceso, deberá ser siempre la obtención del bien común y de la paz social. Si el proceso fuera sólo un campo de

batalla en el que, quien sea más habilidoso en el devenir de la técnica procesal obtiene resultados favorables a su cliente, pero que ello le reste a la finalidad última, es decir la justicia, sin duda alguna el sistema de justicia ha generado la peor de las crisis y debe darse un giro de 360 grados.

Empero creo que la tendencia es otra. Efectivamente hoy por hoy, la tendencia es a aplicar justicia. La tendencia es decidirse por que en los casos se haga justicia y, para los efectos de esta investigación, tendremos que orientarnos hacia la decisión de que, entre los valores de seguridad jurídica y justicia, ésta es la que debe prevalecer. De nada nos sirve, como lo han resaltado los tratadistas que he citado a lo largo de esta investigación -Peyrano, Gozaíni, entre otros-, que un caso se hubiere “resuelto”, si el mismo se ha obtenido mediante actos fraudulentos, simulados y con dolo procesal, y por ende son injustos. Por ello, no sin el apasionamiento del caso, me atrevo a sostener que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que fue obtenida mediante fraude, debe ser anulada.

2. El entuerto.

Para poder desarrollar sobre la cosa juzgada fraudulenta, no puedo dejar de mencionar lo que, autores de la talla de Peyrano, señala al hacer el análisis sobre la materia de la cosa juzgada fraudulenta, a saber: el entuerto.

El entuerto o tuerto es: *torcer, al revés de cómo se debe hacer u oblicuamente; contra razón, injustamente.*¹⁰⁹

El entuerto puede ser provocado por las partes, los terceros y por el Juez. Cuando es una de las partes, el entuerto encierra una connotación del dolo procesal unilateral; cuando es provocada por las dos partes, existe el dolo bilateral y el afectado por ese entuerto, es sin duda un tercero, tal es el caso de la demanda de ejecución en la que actor y demandado confabulan y éste deja que se embarguen sus bienes, a fin de perjudicar al tercero; también puede darse el

¹⁰⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, ob.cit., p. 2037.

entuerto por terceros en confabulación con una de las partes, tal el caso que señalábamos en otro capítulo en el que en un juicio de declaratoria de la obligaciones de contrato de distribución, el principal cambia (se vuelve tercero), y el principal actual quiere eludir sus obligaciones frente al distribuidor (que además tiene carácter exclusivo), y demandado y tercero se ponen de acuerdo en no exhibir los documentos en los que se subrogaron y cedieron derechos y obligaciones. También puede darse el caso que un auxiliar el Juzgador, experto, proponga una pericia “complaciente” como le llama Peyrano, con el afán de obtener un resultado que generará una sentencia fraudulenta.¹¹⁰

De suerte que el entuerto resulta ser aquello que, una parte, valiéndose de la herramienta del proceso, utiliza mecanismos fraudulentos para generar una sentencia con vicios de cosa juzgada fraudulenta generando una injusticia, algo sin razón. Es como lo señala Peyrano: *el mayor perjuicio y la más grande afrenta que el siempre vituperable fraude procesal puede ocasionar a la majestad de la justicia.*¹¹¹

Puede ser, como lo hemos visto en otros capítulos, que el fraude procesal se dé dentro del proceso o por el proceso es decir, utilizar mecanismos de desviación procesal pero que, gracias a las facultades de recurrencia con que cuentan las partes (medios de impugnación), o la facultad de enmienda con que cuenta el Juez, se puede depurar la maniobra fraudulenta del litigante malicioso, de allí la naturaleza jurídica de dichas herramientas de impugnación horizontal (remedios) y vertical (recursos), con que cuentan las partes para el efecto; empero ello no ha generado, como lo citan estos autores, todavía mayor atropello. Lo que sí es condenable y lo seguirá siendo en tanto en cuanto existan procedimientos judiciales y se garantice a los ciudadanos la tutela judicial eficaz, es el manipuleo

¹¹⁰ PEYRANO, Jorge, Acción de Nulidad De Sentencia “Firme”, en *La Impugnación de la sentencia firme, tomo I, primera edición Rubinzal-Culzoni, coordinado por Carlos Carbone, dirigido por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, 2006*, p. 20.

¹¹¹ *Ibidem. pág. 15.*

para obtener mediante la sentencia un fallo injusto y que con él se pretenda, bajo el ropaje de la seguridad jurídica, cosa juzgada.

El camino que la jurisdicción ha tenido no ha sido fácil; los esquemas formalistas y técnicos que han prevalecido por mucho tiempo, han denotado un raigambre en la formalidad y la seguridad jurídica versus justicia; sin embargo, y lo seguiremos sosteniendo, éste valor, de suyo muy importante en todo Estado, debe ceder ante su majestad “la justicia”, a fin de lograr una de sus finalidades, la paz social.

Como lo hemos resaltado al mencionar el abuso de derecho, dentro de los mecanismos utilizados por los litigantes maliciosos tenemos: el fraude procesal, la estafa procesal, la simulación procesal y el dolo procesal. Sin mayores contemplaciones, desde ya me inclino por señalar que, quien ha obtenido una sentencia que pretende tener la autoridad de cosa juzgada pero obtenida con fraude, no debe ser otro supuesto que el dolo procesal, en donde confluyen todos los demás, fraude, estafa o simulación. La justicia “lavada” como le llamo yo a la cosa juzgada fraudulenta, obtenida en sentencia, no puede ser producto más que de un dolo procesal que, además, como lo propongo al final, debe contener una figura penal a fin de que se erradique en su mayoría su utilización.

3. Naturaleza de la acción de impugnación.

3.1 Actuación de oficio.

Indiscutiblemente para poder obtener una declaración judicial que evite la cosa juzgada fraudulenta y por ello que se impugne la sentencia que tiene dicha connotación, debe promoverse una acción procesal. Hasta la presente fecha, son pocos los casos en los que el Juez puede actuar sin la incoación de la parte interesada; tales son los casos en materia penal, cuando están en juego cuestiones de incapaces o ausentes, o por cuestiones de orden público. Dada su naturaleza, la impugnación de la sentencia con característica de viciada por haber sido obtenida en fraude, debe estar sometida al principio dispositivo, mediante el

cual, la demanda, como elemento de iniciación por excelencia de los procesos civiles, debe ser promovida por el interesado y sin ello no puede iniciarse un proceso de impugnación.

Ahora bien, el legislador guatemalteco fue más allá de lo anterior; dispuso que si la nulidad de un negocio jurídico es manifiesta, puede declararse de oficio por el tribunal¹¹². Considero que, esto en aplicación analógica, tal y como lo permite nuestra ley marco en materia procesal¹¹³, puede trasladarse a la parte adjetiva o procesal, y obtener *ex officio* de la declaratoria de nulidad que hoy nos ocupa.

No existe, *per se*, en nuestra legislación procesal una norma que permita que el Juez pueda actuar de oficio en los casos de abuso del proceso y que configure y se concrete en una sentencia fraudulenta, salvo en los casos señalados de intereses de incapaces, menores o ausentes.

Nuestro legislador en materia procesal civil (1963), fue muy cauto dadas las corrientes de ese tiempo en esta materia. Nuestra legislación en materia del proceso civil y mercantil, contiene como supuestos de actuación de oficio del Juez, entre otros, los siguientes: en cuestiones de jurisdicción y competencia; en materia de comisiones para diligencias fuera del tribunal; en la conciliación en los procesos de conocimiento; rechazo de las demandas que no contengan los requisitos de ley; nombramiento de expertos; práctica de reconocimiento judicial como prueba; cotejo con originales en materia de prueba documental; informes ; medios científicos de prueba; señalamiento de día para la vista del proceso de conocimiento; reducción de embargo; escrituración en caso de remate, entre otros ¹¹⁴

¹¹² Ver artículo 1302 del Código Civil de Guatemala.

¹¹³ Ver artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial en Guatemala

¹¹⁴ Ver artículos 6, 83, 97, 109, 165, 172, 179, 183, 191, 196, 319 y 324 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

No obstante lo anterior, dada la naturaleza de la acción que proponemos y en atención al principio sagrado de justicia que debe prevalecer en todo proceso judicial, considero que la aplicación analógica ya resaltada, el Juzgador, cuando el asunto resulte manifiesto (notorio, evidente y por lo tanto no requiere prueba), puede declarar de oficio la nulidad de la sentencia firme que contiene cosa juzgada írrita.

La cuestión que se cierne en torno a este aspecto es de carácter garantista y por el que muchos se inclinan; efectivamente la mayoría en la doctrina se inclinan porque exista un procedimiento de anulación de la sentencia firme mediante la correspondiente acción de nulidad o de revocatoria, mediante la cual se cumplan con los principios del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial eficaz. Quiere decir, debe cumplirse con el principio de contradictorio en el proceso. Considero que hay razón en lo anterior; sin embargo, para el caso de aquellos procesos constitucionales de amparo en los que la cosa juzgada írrita resulte manifiesta, no veo porque el más alto tribunal constitucional, no puede *ex officio*, decretar su nulidad ya que la misma Ley de Amparo, a mi juicio, le da esas facultades¹¹⁵.

No son pocos los casos que la Corte de Constitucionalidad ha tenido que extender la protección constitucional aunque no haya sido pedida o alegada, tales los casos del Auto Golpe de Estado de Serrano Elías, o el caso del fraude de ley en materia electoral cuando la primera dama, pretendió participar en elecciones como Presidente, divorciándose del presidente; además, en nuestro ejercicio particular, hemos tenido casos en los que la Corte, ante los hechos evidentes, hace declaraciones de esta índole, tal es el caso de la sentencia de amparo¹¹⁶, en la que señaló bajo la expresión de “injusticia notoria”, un caso de una Sociedad de Responsabilidad Limitada y en la que, ordenó a los agraviantes a que se

¹¹⁵ Ver artículos 6 y 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

¹¹⁶ Ver expediente 1229-2008, oficial 8º de la Corte de Constitucionalidad

abstuvieran de seguir celebrando juntas de socios, so pena de anulación y de responsabilidades consiguientes.

3.2 Clase de acción.

3.2.1 Similitud con el derecho privado.

Como recordamos, cuando queremos anular un negocio jurídico por tornarse fraudulento (esta es la demarcación que nos interesa recalcar), la acción a seguirse es la Acción Pauliana o revocatoria. El Código Civil en Guatemala lo tiene contemplado y señala que todo *acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos.*¹¹⁷

Couture, citado por Peyrano¹¹⁸ y por Aguirre Godoy¹¹⁹ señala que la acción revocatoria de cosa juzgada no es otra cosa que la traducción procesal de la acción pauliana en el Derecho Privado; se interroga *¿Qué es el proceso fraudulento, sino un negocio fraudulento, realizado con instrumentos procesales?*

Quiere decir que, la acción de anulación o revocación de la cosa juzgada con connotación *írrita*, tiene como analogía los negocios fraudulentos y se utiliza el proceso o los instrumentos del proceso, para llegar a obtenerla.

Acuerpamos este concepto señalado por Couture; según hemos aprendido en las aulas universitarias y en el ejercicio profesional y así lo resalta la doctrina, la base de todo el derecho privado está en el derecho civil ya que en él encontramos reguladas y resguardadas, prácticamente todas las instituciones en materia

¹¹⁷ Ver artículo 1290 del Código Civil de Guatemala.

¹¹⁸ PEYRANO, Jorge., ob.cit., p. 17.

¹¹⁹ AGUIRRE GODOY, Mario, ob.cit., p. 823.

privada; de esa cuenta el derecho procesal, puede y debe auxiliarse del civil, de quien prácticamente tiene su génesis.

3.2.2 Tipo de Acción

No existe, como lo veremos, uniformidad respecto a la nominación de la acción contra la sentencia firme que contiene cosa juzgada fraudulenta: acción revocatoria, acción de revisión, acción de anulación entre otros.

Asimismo también se ha discutido y analizado si se puede hacer por medio de un incidente o debe ser una acción autónoma independiente. En el análisis de la propuesta que hacemos, señalamos las vías de procedencia: vía del recurso de nulidad, en un proceso de naturaleza autónoma (acción de nulidad autónoma); y la acción de Amparo directo.

4. Antecedentes históricos.

En nuestro país no existe ningún precedente respecto a este instituto; de suerte que para abordarlo es necesario recurrir a la legislación y doctrina comparadas.

La *res judicata* impide la repetición de un proceso ya resuelto, ya que ello va en desmedro de la actividad jurisdiccional por naturaleza; acota al valor normativo de la sentencia al caso concreto que se convierte en ley individual para las partes, firme y definitiva entre ellas; es una especie de derechos adquiridos que traen los pronunciamientos judiciales.¹²⁰

¹²⁰ GOZAINI, Osvaldo ob. cit., p. 323.

Otro aspecto a considerar es la regla *nos bis in idem*, mediante la cual no puede abrirse el debate de un asunto que ya fue conocido y obtuvo sentencia con autoridad de cosa juzgada. En este sentido, como lo explica Cogliolo, citado por Gozaíni ¹²¹, recuerda que en el Derecho Romano, esta regla, en la que durante el último siglo de la República, el rigor del *ius civile* exageraba el uso de las formas postergando las decisiones justas.

Aguirre Godoy es de la misma opinión, y resalta que, antiguamente se consideraba sólo es aspecto negativo de la cosa juzgada, en la que bajo el principio *non bis in ídem*, no es posible en nuevos procesos lo ya decidido.¹²²

En esa misma línea, Parry citado por Gozaíni, enfatizó que en el Derecho Romano, si la sentencia se había obtenido por medio de documentos falsos, actividades dolosas, sobornos a testigos o colusión del procurador, se autorizaba a la parte perjudicada la *exceptio doli* contra la *actio iudicati*. ¹²³

También destaca Gozaíni que, durante el Imperio apareció como vía de ataque contra los pronunciamientos firmes, la *supplicatio*, por medio de la cual se recurría al emperador solicitándole la *retractio* de las providencias injustas a través de la revisión del juicio. Esto termina de consagrarse en la llamada *restitutio*; luego en el siglo XII, se le denomina *querella nullitatis*. Este resulta ser un excelente antecedente de la acción de nulidad de la sentencia firme.¹²⁴

En el derecho italiano, Calamdreí citado por Gozaíni ¹²⁵ recalca en la misma institución de querrela de nulidad, pero hace una diferenciación de enfoque entre la apelación y la nulidad.

¹²¹ *Ibidem.*, p. 324.

¹²² AGUIRRE GODOY, Mario ob.cit., p. 794.

¹²⁵ GOZAÍNÍ, ob.cit., p. 326.

Esto lo recabó nuestro legislador nacional mediante el cual se puede promover la nulidad de las sentencias ante el tribunal de alzada.¹²⁶ Por lo importante de este antecedente legislativo, resulta imperativo señalar que, esta norma ha sido invocada innumerable de veces ante el tribunal de segunda instancia a fin de acceder y tener la puerta abierta a la discusión de nulidad de la sentencia por contener vicio de cosa juzgada fraudulenta, sin embargo el tribunal de alzada considera ni siquiera entrar a analizarlo bajo el supuesto de que con ello se crea una tercera instancia.

A mi entender los juzgadores sí cuentan con una base normativa para aplicar dentro del proceso de alzada, la declaratoria de cosa juzgada fraudulenta, lo que se tramita como cualquier procedimiento de apelación. La norma en mención dispone *la nulidad de las sentencias o autos sujetos a apelación o a recurso de casación, sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación.* No veo porqué un tribunal *ad quem* o un tribunal de *casación*, no puedan tramitar y resolver la nulidad de una sentencia que reviste de fraude; en todo caso, a fin de garantizar el contradictorio, el debido proceso y el derecho de defensa, puede abrirse incidente, a fin de dar oportunidad a las partes e interesados a pronunciarse al respecto.

El problema que veríamos en este caso del incidente es el efecto; lo que el tribunal de alzada dictaría sería un auto susceptible a recurso de apelación ante la Corte Suprema de Justicia que, a mi juicio si está facultada para conocerlo, tramitarlo y resolverlo ya que nuestra ley procesal así lo regula ¹²⁷.

A pesar de que, como lo señalaba en la práctica profesional se ha intentado acceder a este recurso de alzada y que lo conozca la Corte Suprema de Justicia, los tribunales ordinarios ni la propia Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, se han negado en tramitarlas no obstante la viabilidad señalada en el

¹²⁶ Ver artículo 617 párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil

¹²⁷ Ver artículos 613 y 615 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

artículo 615 que dice: “(...) *La nulidad se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución o infringido el procedimiento; se tramitará como incidente y el auto que lo resuelva es apelable ante la Sala respectiva, o en su caso, ante la Corte Suprema de Justicia.*

El razonamiento de rechazo ha sido que conforme la Constitución Política, en un proceso no habrá más de dos instancias.¹²⁸ A nuestro modo de ver dicho criterio es *equívoco*. Sabemos que un tribunal de alzada puede cometer yerro al emitir una resolución o en el procedimiento de segunda instancia por lo que el mecanismo de corrección –*remedio procesal*–, es la nulidad, la cual legitima al agraviado en la resolución o acto y para el efecto se abre el incidente el cual concluye con un auto el que, conforme la norma citada debe ser conocido por la Corte Suprema de Justicia la que, conforme la legislación marco en materia procesal y de competencia de dicha Corte, si tiene facultades para el efecto. No es cierto que se abra una tercera instancia ya que el procedimiento o resolución viciada de nulidad *nació o tuvo su origen* en el procedimiento de apelación, empero no se trata de la resolución objeto de apelación, sino que es una resolución nacida en la Sala. Esperemos que se corrija esta mala práctica judicial.

En todo caso, el efecto de la resolución –*auto*– que se dicte en la materia de cosa juzgada fraudulenta, dictado por una Sala de la Corte de Apelaciones tendría que tener los mismos que una sentencia dictada en un proceso de conocimiento. Este aspecto redundaría en la celeridad de los procesos, la economía procesal y la seguridad jurídica, tal y como lo estamos haciendo valer en el caso que se trae a conocimiento y que sirve de anexo.

Con la reserva de que también consideramos que es procedente la acción de nulidad (autónoma) para la impugnación de la sentencia firme, lo señalado en el párrafo precedente, es criticado por los que se inclinan porque se respeten las garantías del proceso; sin embargo, recalco, dada la finalidad de todo proceso,

¹²⁸ Ver artículo 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

sigo sosteniendo que la declaratoria puede hacerse por esta vía de conocimiento de nulidad en alzada o de oficio ya que ello redundaría en celeridad y costos en la administración de justicia, claro está, sin perjuicio de que, si no se intenta en este momento procesal oportuno, el agraviado puede acudir a la acción de nulidad de que estamos tratando.

5. Derecho comparado.

Gozaíni ¹²⁹, resalta que en el derecho comparado se pueden encontrar tres (3) modelos de oposición a la cosa juzgada fraudulenta, a saber: a) mediante recurso; b) a través de la intervención en juicio; y c) generando una nueva acción. Guasp, citado por este autor, señala que en el derecho español existe una especie de sinonimia entre el recurso o demanda (Arto. 1803); considera que es un verdadero recurso de revisión y en su declaración se llega, desde la crítica de su contenido, que se conoce como *-iudicium recindens-* por tipicidad (*numerus clausus*) de supuestos de anulación; hasta ordenar la apertura de lo que fue objeto del juicio originario, que se conoce como la *-iudicium rescissorium-*.

Estoy totalmente de acuerdo con la propuesta de Guasp. La declaratoria de anulación de la sentencia *írrita* tiene que conocer, valorar y resolver en su orden declarativo, la anulación del fallo *-iudicium recindens-*; y para que no quede ningún cabo suelto, y el caso en concreto, es decir el que se sometió a debate en el proceso original, se abra nuevamente ahora sí, bajo supuestos de buena fe procesal la *iudicium rescissorium-*. Lógicamente si el litigante malicioso quiere continuar con su pertinaz actitud fraudulenta, además de la sanción al leguleyo respectivo *-que puede llegar a la separación del proceso, sin perjuicio de otras*

¹²⁹ GOZAINI, Osvaldo ob. cit.,329.

responsabilidades de orden civil, penal o gremial-, tal como lo regula nuestra ley marco procesal.¹³⁰ Luego, como veremos, estará el debate ante qué Juez o Tribunal se promueve la acción, si esta es nueva y no emana de un acto que puede ser recurrible, tal el caso que planteamos anteriormente

Señala Gozaíni¹³¹ que en Italia encontramos el instituto de la revisión mediante recurso, el cual nos parece acertado conforme lo ya señalado; este instituto con mucha similitud a la *restitutio in integrum* del Derecho Romano, la *requeté civile* del Derecho francés, en la *proposition d'erreur* del antiguo derecho Galo. Por su parte, sigue acotando este autor, en Alemania coexisten dos modelos autónomos entre sí: una demanda de nulidad y la otra de restitución; la primera tiene su génesis en la que hemos denominado antiguamente *querella nulitatis*; la otra en la *restituito in integrum*.

Por su especial equiparación con nuestra legislación en materia de recurso de casación, resulta importante traer lo que este último autor remarca en el derecho comparado en Brasil; indica que la impugnación de la sentencia con carácter *írrito*, y que tiene su fundamento en el reglamento 737 del año 1850 en el que en el artículo 680, enuncia los supuestos de anulación, a saber: 1) dictada por Juez incompetente o en virtud de prevaricato o cohecho; 2) si se pronunció en contra de normas expresas del Derecho de Fondo; y 3) si fue proferida en virtud de documentos declarados falsos.

En nuestra legislación en materia de procesos civiles y mercantiles, nuestro código procesal los supuestos de casación de forma y fondo respectivamente¹³², y que son: la incompetencia del Juez (con la salvedad de que se hubiere hecho valer en todas las instancias en el proceso ordinario); y si hubo violación, aplicación indebida o interpretación errónea de leyes o doctrinas legales

¹³⁰ Ver artículo 203 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

¹³¹ GOZAÍNÍ, O., *ob.cit.*, p. 329.

¹³² Ver artículos 621 numeral 1 y 622 numeral 1 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

aplicables, lo que es un símil claro entre los supuestos señalados en la legislación brasileña con la guatemalteca; para el caso de la casación de forma en el tema de competencia, la resolución de casación es de anular el fallo de segunda instancia¹³³; para el caso de la casación de fondo, casa la sentencia y obliga al tribunal a pronunciarse sobre el fondo del asunto.¹³⁴

Lógicamente, como lo hemos reiterado en los capítulos precedentes, en Guatemala no existe una regulación explícita respecto a la impugnación de la sentencia con fuerza de cosa juzgada, mucho menos una enumeración *-numerus clausus-*, de los supuestos de anulación; sin embargo consideramos que, bajo el principio *iure novit curie* (el Juez conoce el derecho), ante eventuales supuestos de nulidad y trayendo a colación los enunciados sobre conocimiento de oficio en las materia de su conocimiento (analogía del artículo 1302 del Código Civil) y bajo las facultades que le otorga el artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil (que menciona a tribunales de segunda instancia y de casación), es procedente que se pueda conocer, eventualmente, el objeto de impugnación de la sentencia. Recordemos que, nuestro derecho no es eminentemente positivista, en el que lo único que vale es lo que está en la ley, además trasciende la esfera de la norma legislativa, y puede acoplarse y acogerse a otro sistema de aplicación e integración como lo permite el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, en donde se consagra la interpretación con base en la equidad y los principios generales del derecho.

En Perú, el Código Procesal en el artículo 178 sitúa la acción en vía de proceso de conocimiento de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en contra de la sentencia y agrega, además, el acuerdo homologado por el Juez que pone fin al proceso, bien sea porque se originó por dolo, fraude, colusión, o afectando el debido proceso y ejecutado por una parte, las dos o por el Juez, o por éste y aquellas. Esta es una recreación del artículo 577 del Proyecto de

¹³³ Ver artículo 631 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

¹³⁴ Ver artículo 630 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

Código de Procedimiento uruguayo de 1945 que fue obra del maestro Eduardo J. Couture.

Consideramos de mucho ingenio y novedad procesal lo que Perú regula al respecto en donde prácticamente toma la delantera en materia de regulación de la cosa juzgada írrita y agregó dentro de los supuestos objetivos de impugnación no sólo la sentencia sino también “*el acuerdo homologado*” por el Juez y que terminó el proceso.

En la legislación guatemalteca, las formas “anormales” de terminación del proceso son variadas dentro de las que se incluye la “transacción”, por medio de la cual *las partes mediante concesiones recíprocas, deciden de común acuerdo un punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que está principado*. Este instituto en Guatemala tiene naturaleza contractual y se puede otorgar en escritura pública, documento privado o la intervención judicial mediante acta.¹³⁵

Este es un gran avance en la ciencia procesal ya que no son pocos los casos en los que, en transacciones celebradas entre partes en contubernio y, a veces avaladas por la autoridad judicial, se defraudan a terceros, menores, incapaces, ausentes o al Estado.

La acción que propongo para el caso de Guatemala, dada la naturaleza de los intervinientes: menores, incapaces o ausentes, no caduca y cualquier interesado podrá pedir su anulación y, aquellos efectos que hubiere producido respecto a “terceros de buena fe”, no se afectarán siempre y cuando éstos, con carga de prueba, acrediten que tienen esa calidad “buena fe”; de lo contrario, se verán afectadas, desde raíz, sus actuaciones y, aún más, se podrá promover en su contra dada la colusión de sus actos con las partes o con el Juez; en la acción respectiva, si de la naturaleza de la acción en la que derivasen derechos de terceros, sean estos reales o personales, se les debe citar emplazándolos como

¹³⁵ Ver artículos 2151 y 2169 del Código Civil de Guatemala

terceros¹³⁶; en caso contrario la sentencia que se dicte, aún si se trata de la anulación de la cosa juzgada fraudulenta, no les afecta tal ¹³⁷ En ese sentido, el Juzgador deberá ser muy escrupuloso al calificar la demanda inicial determinando si hay terceros interesados en el proceso, obligando, inclusive a fijar un previo al actor para que cumpla proporcionando las informaciones al respecto ya que estaríamos frente a un *litisconsorcio necesario* ¹³⁸, que obliga al Juez a dar audiencia a los terceros en un término perentorio; esto es análogo a lo que la Ley de Amparo señala respecto de los terceros interesados.¹³⁹

Estas innovaciones dadas por el derecho comparado, contienen una riqueza que, dada la experiencia de esos países (Argentina, Perú, Uruguay, Brasil, Alemania, España, entre otros), nos debe ser de mucha utilidad y, el camino por ellos avanzado debe servirnos de monitor en el devenir del proceso civil en Guatemala. Tenemos que acudir a esta vasta experiencia en materia de la impugnación sobre la cosa juzgada fraudulenta y hacer acopio a lo que *Ihering* señala: “*El derecho será el eternamente mudar, así lo que existe, debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio...*” ¹⁴⁰

6. La discusión axiológica: Seguridad jurídica vrs. Justicia.

Recuerdo que en las clases de pre grado, varios de nuestros connotados catedráticos en materia de Introducción al Derecho (Gutiérrez de Colmenares), Civil (Beltranena de Padilla y Contreras Ortiz), Teoría del Proceso (Castillo Montalvo y Quiñonez Amézquita), Procesal Civil (Figueroa y Leal), Laboral (Roberto Cervantes y López Cordero), Notariado (Sagastume Vidaurre y López Mijangos), entre otros, nos situaban en la balanza y nos cuestionaban, al momento

¹³⁶ Ver artículos 57, 553 y 554 del Código Procesal Civil y Mercantil

¹³⁷ Ver artículo 152 de la Ley del Organismo Judicial

¹³⁸ Ver artículo 53 del Código Procesal Civil y Mercantil

¹³⁹ Ver artículo 34 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁴⁰ PEYRANO, Carlos ob.cit., p. 27.

de decidir en un caso concreto, cuál debería ser para nosotros en ese momento que vivíamos (1980), la ponderación entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica, y el debate se tornaba intenso y de mucha riqueza. Creo que durante el lustro que duró la enseñanza académica, siempre mantuvimos esa interrogante; la balanza se dividía: para algunos catedráticos y los que otrora éramos estudiantes, el valor que debía prevalecer era el de seguridad jurídica ya que en un país, en un Estado donde no hay seguridad y certeza jurídica, no puede haber convivencia pacífica; otros, los más, dentro de los que me incluí, nos inclinábamos por el valor justicia, no sin darle a aquél, la seguridad jurídica, su justo valor dentro del marco del derecho.

Durante mucho tiempo he tenido la corazonada jurídica que, nuestro país, nuestro sistema de justicia, en la rama en la que más ocupa mi ejercicio profesional (civil y mercantil), tendrá cambios sustanciales y que harán que, cuando se pida su intervención (aparato de justicia), se logre resolver un caso inmerso en ese valor, alejado en lo que sea posible de la excesiva técnica procesal. Esta, que yo le llamo corazonada, puede estar sonando en lo que varios colegas están desarrollando en el Proyecto de Código en materia civil y mercantil. Por supuesto, los sistemas no funcionan como máquinas; los procesos no son o, al menos eso se espera, el producto de actividades autómatas en las que aplico la ley o la norma en el tan sonado silogismo jurídico: premisa mayor, premisa menor y conclusión; el derecho lo hacemos las personas y por ello se debe dar la oportunidad del cambio que propone Ihering y en el que sea siempre el común denominador, el valor justicia orientado al fin último la paz y convivencia social.

Lo anterior lo esbozo porque, si los juristas, abogados y estudiosos de esta noble profesión, tenemos claro cuál es nuestro norte (y no puede ser otro que el de obtener justicia en cada caso en el que intervenimos), ante cualquier eventualidad que se nos presente, ante cualquier tentación de raigambre y corte formalista y tecnicista en las formas del proceso, no cedamos y nos obliguemos a ponderar por el valor justicia.

Los conceptos y apreciaciones anteriores, me sirven de punto de partida para iniciar esta parte de la investigación: ante una sentencia que contiene la autoridad de la cosa juzgada y, que ello reviste el más elemental de los principios, la seguridad jurídica, puede someterse a discusión la impugnación de la sentencia firme cuando esta ha sido producto de maniobras fraudulentas, dolosas y malintencionadas generadas por una de las partes, las dos, por el juez o por ambas, y que por lo tanto es injusta. La respuesta al unísono debe ser un sí imperativo categórico.

No podemos eludir el debate que marca, por así decirlo, el porqué y la razón de esta investigación: debe ceder la seguridad jurídica frente a la justicia cuando nos encontramos en un caso de una sentencia que contiene cosa juzgada írrita. Igualmente así lo creo.

Los valores fundamentales en que una sociedad tiene su fundamento y tiene relación con el tema que tratamos son la seguridad jurídica, la justicia y el orden público; éstos de capital importancia no pueden quedar sujetos a la decisión de las partes ni aún del propio Estado cuando actúa en iguales condiciones con cualquier persona (derecho civil), bajo pena de nulidad de los acuerdos. En ese contexto el derecho procesal resulta inmerso en estos valores y, como no podía ser de otra manera, en sus diferentes instituciones se capturan como un común denominador; de allí que cuando hablamos del proceso, necesariamente lo vinculamos a la seguridad jurídica, a la justicia y al orden público.

En el mismo sentido se pronuncian Carbone cuando señalan con mucha propiedad que estos tres valores, la justicia, el orden público y la seguridad jurídica, configuran un soporte jurídico-filosófico del Estado en su relación con los particulares y son el núcleo en el que se estructura la organización social ya que regulan el comportamiento humano y por ende son captados por el Derecho y no

pueden ser derogados por la autonomía de la voluntad, lo que repercute en el derecho procesal.¹⁴¹

Kelsen, citado por estos autores¹⁴², recalcan que el principio de ligar la sentencia en casos concretos a normas generales, expresa el principio del Estado de Derecho, que, en esencia, es principio de seguridad jurídica.

El Estado de derecho tiene por tanto su base en este principio y no se puede, bajo pena de abolición nulificadora, coartar ninguna libertad individual o social. Ejemplo de ellos tenemos la propiedad privada, en la que, el Estado la protege como un derecho inherente a la persona humana¹⁴³, sancionándose el denominado despojo judicial cuando no se han seguido las reglas del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial eficaz, sancionando la conducta judicial. Es por ello que en el Estado de Derecho, se protegen estos derechos y de ello emana la seguridad jurídica.

Por otro lado, pretender definir la justicia resulta mucha más complejo que el anterior valor (seguridad jurídica); al decir de Carbone¹⁴⁴ para tratar de entender que es la justicia, debemos ingresar al campo de la Filosofía que variará de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas de una sociedad y un tiempo determinado.

Lo que se consideraba justicia en Guatemala al tiempo de la entrada en vigor de los códigos civil y procesal civil (1963), sin duda alguna fue diferente para un Juez considera en el siglo XXI, tal el caso de los derechos de propiedad intelectual, el mismo de propiedad, el de posesión, para el caso de los juicios interdictales y los plenarios de posesión.

¹⁴¹ CARBONE, Carlos ob.cit., p. 28.

¹⁴² CARBONE, Carlos ob.cit., p. 29.

¹⁴³ Ver artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala

¹⁴⁴ CARBONE, Carlos ob.cit., p. 29.

Es lograr que el derecho material o sustantivo que legitima a una parte y del que ha sido privado sin razón y sin orden judicial, le sea restituído por vía de la intervención judicial en forma inmediata (medida cautelar o de urgencia), y en forma mediata mediante la sentencia.

Por otra parte, el orden público no es fácil definirlo y al tratar de enmarcarlo en un concepto, podemos caer en imprecisiones y omisiones. La jurisprudencia en Argentina señala al orden público como un atributo que otorga el legislador o el juez a determinadas instituciones o conductas, a las que considera como “...*condiciones fundamentales de al vida social; ...el interés general de la sociedad para la realización de un ideal de justicia...; y con ello corregir situaciones creadas, abusos de derecho o injusticias generales previstas..*”¹⁴⁵

Esta concepción es el fundamento de nuestra investigación; si la sentencia del caso concreto conlleva una antinomia del valor justicia, los otros valores, el de seguridad y el orden público, deben ceder, a fin de que se logre el objetivo y finalidad última del Estado, el bien común y la paz social.

La cosa juzgada tiene inmersos la certeza y seguridad jurídicas; siendo la finalidad de todo proceso, concluir en sentencia, para que el caso quede resuelto, debe tener investida la figura de cosa juzgada y ésta, por si misma transmite seguridad jurídica, dada la naturaleza de la función jurisdiccional. Asimismo la cosa juzgada también pretende que en el caso concreto se haga efectiva la justicia como uno de los fines del derecho.

Sin embargo, consideramos que es posible revisar la sentencia firme, cuando su fundamento no ha sido justo y se ha utilizado el fraude y por ello el fallo resulta injusto, lo que hace permisible que el valor seguridad jurídica ceda ante el valor justicia. Es importante recalcar que estos valores no se contraponen, sino se complementan. Efectivamente, toda acción procesal persigue justicia con seguridad jurídica y viceversa. Sin embargo, para los efectos de la sentencia que

¹⁴⁵ CARBONE, Carlos ob.cit., p. 30.

contenga fraude o el proceso se haya llevado mediante actos fraudulentos, resulta permisible señalar de antemano que, no obstante ya existe una sentencia y ello permite dar certeza y seguridad jurídica, esta puede ceder al determinar que se trata de un fallo injusto precisamente porque se obtuvo en fraude y por él, se pondera en primer término el valor justicia, al valor seguridad.

Carbone ¹⁴⁶, señalan que axiológicamente el acento se pone en el análisis de aquellos dos valores fundamentales de la red jurídica: la justicia y la seguridad, ya que la revisión de la sentencia (objeto de este estudio), impone la exaltación del primero sacrificando el segundo, particularmente para aquellos que consideran que en esta problemática ambos valores se ponen en pugna, que no son antagónicos, lo que hay que hacer es balancearlos para llegar a una solución armoniosa.

Compartimos lo señalado por Carbone ya que, dentro de la tonalidad de integralidad del derecho, no podemos señalar que un principio vale más o pesa más que el otro; lo que hay que señalar es que, al momento de circunscribirse al caso concreto, se debe armonizar ambos principios para que no deje de aplicarse el uno para aplicar el otro; ambos son complementos del ejercicio jurisdiccional que debe prevalecer en todo proceso.

7. Revisión de la cosa juzgada. El problema medular.

De las connotaciones señaladas en los capítulos precedentes respecto a la cosa juzgada, la seguridad jurídica, el orden público y la justicia, se pretenderá esbozar ahora, dada la realidad en la que estamos inmersos en el abuso de derecho, en el fraude procesal y con mayor énfasis en el dolo procesal, la procedencia de la revisión de la cosa juzgada mediante la impugnación de la sentencia firme.

¹⁴⁶ CARBONE, Carlos, ob.cit., p.45.

Aguirre Godoy se cuestiona: *¿La inmutabilidad de la cosa juzgada, debe mantenerse en términos absolutos o es necesario establecer ciertas excepciones, motivadas también por circunstancias extraordinarias que permitan la revisión de lo resuelto?*¹⁴⁷

La doctrina es variada para nominar la acción de impugnación de la sentencia firme con vicio de cosa juzgada *írrita*. Lo importante de resaltar es lo que señalábamos en esta investigación como la buena fe, la mala fe, el abuso de derecho, el fraude y el dolo procesal. Cuando en un proceso se utilizan estas maquinaciones fraudulentas y ello es influyente en la decisión final (sentencia), nos encontramos ante la cosa juzgada fraudulenta y por ello debe ser atacada procesalmente.

A esto, Carbone le llaman *vías para declarar la muerte del efecto de la cosa juzgada*.¹⁴⁸ Se señalan dentro de las posibles vías las siguientes:

7.1 Recurso de revisión.

El recurso de revisión en nuestra legislación guatemalteca, únicamente procede en materia penal¹⁴⁹. No existe una normativa relativa a regular la impugnación de la sentencia firme que contiene cosa juzgada fraudulenta.

Muchos sondean la probabilidad de que, dentro del mismo proceso, se pueda hacer uso de la revisión de la sentencia *írrita*. En nuestro caso, Guatemala, si el efecto es revocatorio, le es prohibido al mismo juez revocar sus propias sentencias¹⁵⁰; en cambio si es de nulidad, como ya se expresó en otro

¹⁴⁷ AGUIRRRE GODOY, Mario ob.cit., p. 822.

¹⁴⁸ CARBONE, Carlos ob.cit., p. 53.

¹⁴⁹ Ver artículos 18 y 453 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. 1992

¹⁵⁰ Ver artículo 144 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

capítulo, se sostiene que sí existe dicha facultad por la vía de apelación bajo el argumento de nulidad de la sentencia, tal y como lo prescribe el artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, sujetándose las partes al procedimiento de alzada. En todo caso, si además del argumento nulificador que se persigue, se señalan otros motivos de apelación (de acuerdo al principio de eventualidad procesal), y conforme lo regula el artículo 606 del Código Procesal Civil y Mercantil, considero que una vía adecuada para generar el debate y el contradictorio, sería la incidental. En ella, conforme lo señala el artículo 135 y 136 de la Ley del Organismo Judicial, se da intervención a las partes y a los interesados, dentro de los cuales se encuentran los terceros.

Este mecanismo incidental es el que, precisamente, se esboza en el caso que se somete a análisis en esta investigación, por lo que dada la amplitud con se esboza en dicho capítulo no merece más análisis; baste con señalar que, sostengo que, si es posible la impugnación en materia de recurso de nulidad.

Podetti, citado por Carbone ¹⁵¹ define a este recurso de revisión como el remedio procesal extraordinario encaminado a examinar de nuevo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se ha llegado a ella por medios ilícitos o irregulares, sin culpa o negligencia del vencido, precindiendo e incorporando nuevos elementos de prueba.

Como lo ilustraremos en otro apartado de este capítulo, resulta válida la pregunta de si la impugnación a que aludimos se debe enmarcar sólo en la declaratoria de nulidad de la sentencia o, más bien, debe abarcarse lo que fue objeto del juicio anterior. A mi juicio, no es posible dado que, en primer lugar se debe crear la nulidad de la sentencia para que, posteriormente se entre al debate del litigio original. Recordemos que el debate de impugnación de la sentencia con carácter de *írrita*, puede concluir en que no hay cosa juzgada fraudulenta, en cuyo

¹⁵¹ CARBONE, Carlos ob.cit., p. 54.

caso, si se abre el debate de fondo, estaríamos ante el conocimiento de dos cuestiones lo que viola la garantía de certeza y seguridad jurídicas.

El problema de denominar “recurso”, a la revisión de la sentencia firme, estriba en cuestiones técnicas ya que un recurso no tiene efecto devolutivo ni suspensivo ya que, al decir de De la Rúa, citada por Carbone ¹⁵², la sentencia definitiva mantendrá sus efectos hasta en tanto se declare su invalidez. Aunque en parte tiene razón De la Rúa, la solución a ese problema se determina con las llamadas medidas de urgencia que nuestra legislación consagra en el artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil, las cuales, por su naturaleza, deben ser aplicadas y siendo que tienen carácter innominado y son *númerus apertus*, puede solicitarse como tal, la *suspensión de los efectos de dicha sentencia* evitándose por tanto su eficacia y deteniendo su ejecutabilidad, si fuere el caso.

En la práctica tenemos un caso similar en el que la Juzgadora, ante el evento de demandarse la nulidad de un acuerdo de accionistas que es objeto de nulidad, y el que, además sirve de base en un proceso arbitral, se ordenó la suspensión del proceso y procedimiento arbitral. ¹⁵³

7.2 Pretensión autónoma.

Me inclino por señalar que la impugnación de la sentencia firme, puede hacerse por vía de recurso de nulidad en segunda instancia, por una acción o pretensión autónoma de nulidad y por la vía de la acción de amparo directa; algunos le llaman a la acción autónoma, acción de revocatoria empero, sostengo que debe ser nulidad ya que la revocatoria es la forma procesal de dejar sin efecto algo que fue objeto de un proceso limpio (fair play), de la buena fe procesal pero que, dadas las pruebas, se orienta hacia el vencedor; en cambio denominarla nulidad entiendo que se encuadra más en lo que se persigue ya que, lo que ha

¹⁵² CARBONE, Carlos ob.cit., p. 55.

¹⁵³ Expediente # 01049-2013-00887, oficial 5º. del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala.

sido producto de actos fraudulentos o dolosos, no puede surtir efectos y deben ser anulados y no revocados.

En ese sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad en la Acción de Amparo ¹⁵⁴ cuando señaló como efectos nulificantes que *las inscripciones objeto del procedimiento de impugnación administrativa, debían quedar sin efecto alguno...*; entiendo que la Corte de Constitucionalidad no quiso llamarles nulas de una vez ya que el objeto de los amparos no da cabida a resolver las cuestiones que competen a los tribunales ordinarios; en todo caso, los variados fallos de la Corte de Constitucionalidad en la parte dispositiva han sentado un criterio que me parece acertado, al decir: “...*para los efectos positivos del fallo... El tribunal recurrido deberá.....*”, en donde prácticamente se le enmarca al tribunal recurrido de amparo, cómo debe resolver de nuevo, lo que insisto me parece atinado a fin de que se cumpla con la garantía de administración de justicia *pronta y cumplida*.

Algunos autores como Frocham, Lascano y Carlos, se manifiestan contrarios a la acción autónoma, señalando que la revisión no prestigia la cosa juzgada, sino que la debilita con una amenaza de inseguridad; con esa impugnación los pleitos nunca terminarían ya que en la hipótesis de su admisión, los procesos podrían ser renovados sin cesar por medio de sucesivas acciones de nulidad; y que la cosa juzgada purga cualquier nulidad que hubiera dentro del proceso y hace ómníe infranqueable para la procedencia de dicha acción.

No estoy de acuerdo con estas apreciaciones las que considero las “clásicas de antaño” y obsoletas de acuerdo a la nueva corriente de la ciencia jurídica moderna, la que bajo la primacía de la justicia, cuando en un proceso se han utilizado maquinaciones fraudulentas y se han consumado en una sentencia, es menester invalidarlas mediante la impugnación de mentes. Lo contrario sería continuar con el esquema tradicional y clásico que, contra la sentencia ya no cabe

¹⁵⁴ Ver expediente 1229-2008, oficial 8º., de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

recurso alguno aunque la misma sea fraudulenta y por ende, injusta. Ello no debe continuar ni permitirse.

Hemos señalado en varios de los pasajes de este capítulo que a mi juicio, la impugnación de la sentencia firme, puede hacerse por vía de recurso de nulidad. Empero, si se toman en cuenta los elementos garantistas en sentido amplio, se debe entonces de hablar de una acción autónoma que se encuadre en un proceso de conocimiento con todas sus aristas; en él, un nuevo proceso, se deben poner a debate dos pretensiones: la de impugnación de la sentencia per se, y de una vez, el conocimiento del asunto que motivó la sentencia írrita. De ello trataremos adelante.

Carbone resalta que la pretensión de nulidad de una sentencia firme es la que abre una instancia principal cuya finalidad es muy distinta a la que culminó el proceso cuya sentencia se pretende revisar; tiende a cancelar la fuerza de cosa juzgada cuando ésta no refleja la voluntad del ordenamiento.¹⁵⁵

Por su parte Valcarce y Maurino, citados por Carbone esbozan que la doctrina y la jurisprudencia aceptan la existencia de una acción autónoma de nulidad porque la circunstancia de que ningún texto legal autorice expresamente la acción revocatoria no constituye impedimento para su admisibilidad.¹⁵⁶

Parry, citado por Carbone acuerpa lo anterior señalando que para reconocer su procedencia basta con acudir a la teoría que recuerda que ciertos principios generales del Derecho no necesitan formulación expresa porque son del Derecho mismo; sin ellos no habría igualdad, ni seguridad, ni justicia.¹⁵⁷

Aunando a lo que señalan los tratadistas Valcarce, Maurino y Parry, podríamos decir que, en principio no es necesario que se tenga esa regulación.

¹⁵⁵ CARBONE, Carlos *ob. cit.*, p. 60.

¹⁵⁶ *Ibidem* p. 62.

¹⁵⁷ *Ídem*.

Me explico. Como sabemos, para el caso del derecho penal, para que se le pueda imputar un ilícito a una persona, él o los hechos que se denuncian deben estar “debidamente tipificados como tales”, es decir como delitos, es lo que conocemos como el principio de legalidad o tipicidad delictiva ¹⁵⁸. Para el caso del derecho civil en acciones de índole declarativa, constitutiva o de condena que tengan que tener la característica de “cognición” o de “conocimiento”, es decir, aquellas cuyo derecho no está declarado y reconocido, no es necesario que se tipifique la acción, es decir queda como “*numerus apertus*”, tal y como lo recoge nuestra ley procesal civil y mercantil ¹⁵⁹ que señala: las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.

Esto tiene su razón de ser ya que, no es posible enumerar todos los casos en los que un litigante-demandante, deba nominar su pretensión, ya que de lo contrario se tendrían que enumerar tantos como derechos y supuestos legales contengan el Código Civil, el Código de Comercio, entre otros, lo cual es absurdo. En ese sentido se pronuncia Pérez Cajas y dice que esta acción deriva la característica de generalidad y subsidiariedad del juicio ordinario, ya que por ser el de tramitación más larga garantiza seguridad y confianza en las partes de que la litis va a ser discutida ampliamente para resolver lo que corresponda¹⁶⁰. Quiere decir que como lo señala Hitters, citado por Carbone, este tipo de proceso, el Ordinario, ofrece las garantías suficientes y asegura un debate exhaustivo. ¹⁶¹

De suerte que la acción de impugnación de la sentencia írrita, aunque no esté regulada típicamente, tiene el camino allanado por medio de esta vía, Ordinaria Civil, mediante la cual se sometería a “conocimiento” del Juzgador y en la cual se tienen que cumplir con todos los principios y garantías del proceso.

¹⁵⁸ Ver artículo 1 del Código Penal

¹⁵⁹ Ver artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil

¹⁶⁰ PÉREZ CAJAS, Julio Roberto, Código Procesal Civil y Mercantil, Anotado y Concordado, Imprenta Los Altos, Quetzaltenango, 2013, pág. 26, cita textual número 111.

¹⁶¹ CARBONE, Carlos, ob. cit., p. 64.

Porqué se le denomina acción “autónoma”. Al decir de Maurino “Se le califica como autónoma porque genera una nueva instancia distinta en principio de la que se intenta destruir”. Efectivamente, la acción que se propone tiene esa connotación y no podía ser de otra manera, ya que, si se pretendiera incluir dentro del proceso y expediente en donde se dictó la irrita, se estaría conculcando al principio de que en todo proceso sólo pueden darse dos instancias; además, como lo hemos repasado, en Guatemala sólo existe regulado el recurso de revisión en materia penal no en materia civil.

En el Congreso Nacional, San Martín de los Andes, en 1999, se ocupó este tema y se señaló en el numeral 2º.: “La inexistencia de una regulación no es obstáculo para la aplicación del instituto. En este caso corresponderá la acción de nulidad.” En Guatemala, la acción de nulidad se recoge, implícitamente en el artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, párrafo primero.

Por otro lado resulta importante resaltar si la vía ordinaria es la única para someter el debate; consideramos que no. Nuestro legislador también ha resaltado que, en caso de la materia mercantil, de debate entre comerciantes (naturales o sociedades), la vía a seguirse es la sumaria.¹⁶² Esto tiene su razón de ser ya que, además de tratarse de un proceso de conocimiento, el mismo es más abreviado, por ello se le denomina sumario, y siendo que el tráfico mercantil requiere procedimientos más expeditos, es correcto señalar que, cuando la sentencia dictada en un proceso en los que los partícipes, actor y demandado, fueron comerciantes, o aún sólo uno de ellos, pero se optó por la vía sumaria, la acción e impugnación de la sentencia dictada en ese proceso sumario (original), puede ser revisada por vía de impugnación también por la vía sumaria. Además, recordemos que, este tipo de proceso sumario goza también de la garantía de las dos instancias por apelación y la garantía de que, en caso de procedencia, pueda promoverse casación.

¹⁶² Ver artículo 1039 del Código de Comercio, Decreto 2-70 dado por el Congreso de la República de Guatemala en 1970.

De suerte que, de acuerdo a las partes en el proceso, la vía que puede utilizarse es la ordinaria y la sumaria, respectivamente; lo que sí es importante resaltar y aclarar es que, lo que si no es posible, es que se pretenda someter la nulidad de la acción de impugnación de la sentencia firme a “arbitraje”. Ello cae de su peso, por un lado porque el arbitraje es un procedimiento de sometimiento voluntario y la cuestión que se someterá será una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; por lo que no puede ser susceptible de convenio entre partes ya que es de una cuestión de orden público; la discusión será si se anula una sentencia dictada por un juez de la jurisdicción. Por ello tenemos que ser enfáticos en señalar que no es posible que la acción pueda promoverse ante un tribunal arbitral. Esto además, lo recoge la Ley de Arbitraje en la que claramente señala que no es posible someter asunto a arbitraje en los casos de que las partes no tienen la libre disposición y que esté regulada una trámite la materia respectiva ¹⁶³.

En todo caso lo que a mi juicio sí es posible que se someta a debate de impugnación es el “laudo” dictado por un tribunal arbitral que hubiere sido producto de maquinaciones fraudulentas; este, por ser un tema muy puntual no me extiendo mucho y estoy seguro que va a dar mucho de qué hablar ya que, dada la orientación que se le ha dado a esta materia en nuestro país, los laudos están sujetos a los procedimientos de revisión si las partes lo acordaron, empero, existe una clara tendencia por parte de los árbitros y los distintos centros de apoyo de arbitraje, a que los fallos o laudos que se dicten, tengan el carácter de “super cosa juzgada”, y que no pueden ser manipulados por la jurisdicción ordinaria. Personalmente he discrepado de esto pero en un sentido claro, es decir, por ejemplo tenemos claro que, cuando se han violado garantías del debido proceso arbitral, la acción de amparo es totalmente procedente; entonces porqué no va estar sujeto a debate un laudo que es producto de fraude; por supuesto que para cumplir con las garantías del proceso y además de las partes del arbitraje, deberá

¹⁶³ Ver artículo 3 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 dado por el Congreso de la República, 1995.

emplazarse como terceros a los propios árbitros sino que es que se les emplace como parte, dependiendo de dónde surgió el fraude. Lo anterior lo indico no obstante que creo en el arbitraje ya que funjo como árbitro en algunos procedimientos.

Concluimos señalando que no es necesario que esté regulada la acción e impugnación y las dos vías a optar para el efecto, pueden ser la ordinaria y la sumaria, dependiendo de la calidad que tengan las partes que intervendrán.

8. Fundamento de la acción.

Chiovenda, citado por Peyrano y Carbone ¹⁶⁴, señalan que el instituto de la revisión de sentencias era conocido en el derecho romano, desde la querella nulitatis y especialmente en la llamada insanabilis, que se hacía valer contra las nulidades no subsanables del procedimiento.

Bielsa citado por Carbone ¹⁶⁵, señala que El Estado no puede dejar que la lesión del derecho quede sin reparación, si ella se invoca, pues esa lesión altera la paz social y el orden público. La revisión de la sentencia írrita, mitiga los efectos jurídicos emergentes.

Comparto lo que señalan estos autores al indicar que, existe problema para determinar si el principio de inmutabilidad que rige en la cosa juzgada, debe mantenerse como un postulado rígido y pétreo, o si por el contrario se admite su revisión, precisamente porque se ha determinado que la misma contiene vicios que la hacen injusta y una sentencia repugnantemente injusta no merece ser mantenida (so pretexto de la seguridad jurídica), ya que es inequitativa, por lo que la retracción de la sentencia firme es procedente contra lo que podemos definir como error de hecho esencial propiamente dicho.

¹⁶⁴ CARBONE, Carlos. ob. cit., p. 44.

¹⁶⁵ *Ídem*.

8.1 La nulidad de los actos.

La nulidad de que hablamos en esta investigación puede ser es, fundamentalmente, la nulidad de y en los actos que se dan en el proceso.

Para Kisch, citado por Humberto Briseño Sierra ¹⁶⁶, cuando el acto procesal no llena los requisitos legales, aparecerá un defecto o falta de procedimiento formal.

Dentro del concepto de nulidad, se da en aquellos procesos que, bajo el ropaje de legalidad, utilizan dicho mecanismo para obtener sus respectivos intereses. De esa cuenta Pietro Castro señala que en este contexto de nulidad pueden darse tres procesos, el convencional, el aparente y el simulado, y se distinguen ya que el primero persigue un fin lícito mediante formas inadmisibles, el segundo emplea formas procesales para un fin distinto al connatural al proceso e intentándose en fraude de derechos de terceros, y el último es el usado por las partes con fines negociables sin intención fraudulenta.

Briseño señala y destaca un punto muy importante; indica que en la teoría del fraude hay un punto reconocido unánimemente por la doctrina, y es que el fraude implica la violación de la ley, realizada, no directa ni abiertamente, sino mediante el empleo de procedimientos indirectos, oblicuos, que respetando el texto literal, la eluden en su espíritu. Si el acto es fraudulento, baste interpretar el texto legal en su espíritu, y si resulta que el fin obtenido con el acto que se impugna es contrario al propósito legislativo de la disposición, el juez tiene ya elemento suficiente para declarar la nulidad.

Comparto lo señalado por Briseño; al señalar en este trabajo cual es el efecto de la declaratoria de fraude en una sentencia y por ende que la cosa juzgada es fraudulenta, la consecuencia misma declarativa que debe hacer el juzgador, es la nulidad para que, procesal y efectivamente el acto fraudulento

¹⁶⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Editorial Harla, S.A., México, 1995, segunda edición, p. 900.

(sentencia), no surta efectos. Por ello en el caso concreto puesto a discusión, se propone promover la nulidad de la resolución que quiere ejecutarla.

La base de la impugnación de la sentencia firme, tiene que estar orientada a la nulidad de los actos procesales. En ese sentido, como sabemos, los actos procesales deben revestir de ciertos elementos para que se les considere válidos; ejemplo de un requisito es la firma del Jugador y el Secretario (a) cuando se trata de un auto o una la sentencia, si se omite la firma del Juzgador, la resolución es nula.¹⁶⁷

La acción de nulidad o de revocatoria de la sentencia firme, tiene su origen en la nulidad de los actos procesales. Cuando un acto ha revestido de elementos de fraude, simulación o dolo y ello ha incidido en que la sentencia se dictase en determinado sentido, la misma debe invalidarse mediante la acción de nulidad.

La base legal que a mi juicio, ampara la acción de nulidad de la sentencia firme en Guatemala la encontramos en las siguientes normas, a saber: a) Con carácter constitucional, 12 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y 16 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y b) Con carácter ordinario, el artículo 4, párrafo primero, 17 y 18 de la Ley del Organismo Judicial; y 1290 y 1301 del Código Civil (aplicación analógica).

La jurisprudencia de la Corte Suprema en Argentina, determina como principios rectores de fundamento de la cosa juzgada fraudulenta que la cosa juzgada no es absoluta; que la firmeza de la *res judicata* de estar condicionada a la inexistencia de vicios de la voluntad tanto de las partes como del juzgador; la seguridad jurídica debe ceder a razón de la justicia (como nosotros lo sostenemos); la estafa procesal no puede ser convalidada por órganos

¹⁶⁷ Ver sentencia de fecha 3 de junio del 2014 dictada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil del Departamento de Guatemala, expediente 05-2014 01192-2014-09 y 10-2014 01009-2014-06 acumulados

jurisdiccionales; la falta de un procedimiento ritual específico no es óbice para que el Juez disponga la revisión de las sentencias firmes; y para comprobar los vicios sustanciales que autorizan la retractación de la cosa juzgada, no es el recurso extraordinario la vía idónea, sino que es necesario un proceso de conocimiento donde se puedan debatir ampliamente los elementos fácticos que dan viabilidad a la revisión, aunque nosotros sostenemos que también vía amparo directo es posible este efecto.¹⁶⁸

8.2 Algunas causales de fundamento de la acción.

La historia moderna ha demostrado que durante algunas épocas, las economías de los países en un momento se encuentran en un sentido positivo o demasiado positivo y hay bienes, riqueza, desarrollo; empero también se da el caso contrario en el que las economías presentan déficit lo que crea un oleaje a todo nivel que afecta, inclusive al sistema judicial.

En el caso de Guatemala en 1999 se dio un problema financiero y en el que muchas entidades dedicadas a captar fondos del público para inversiones, colapsaron. Asimismo, no hace ni un lustro que también en nuestro país, se empezaron a dar las quiebras de bancos y el Estado tuvo que intervenirlas, tal el caso del Banco del Café y Banco del Comercio. Estos casos causan efectos que distorsionan en un momento dado la economía.

Estos fenómenos económicos también inciden en lo judicial ya que, se genera una crisis fuerte de in pago y empiezan a desfilarse un sinnúmero de demandas de cobro y se llega, inclusive a rematar inmuebles.

En ese sentido se pronuncia Peyrano y Carbone al señalar que con el fenómeno “Rodrigazo”, se modificaron enormemente las circunstancias económicas, hubo hiperinflación, desindexación. Para estos autores, esto justifica el hecho que, las sentencias que se dicten no corresponden a la justicia ya que los

¹⁶⁸ CARBONE, Carlos, ob.cit., p. 73-74.

contratos celebrados se hicieron bajo un sistema que ahora, económicamente no es el mismo. Si esto llegare a suceder, es decir que se dicten sentencias con las variación de estos fenómenos estamos frente a sentencias fraudulentas por situaciones externas.

Nuestra ley –Código Civil, permite que, cuando las condiciones bajo las cuales fue contraída la obligación cambiaren de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio puede ser revisado mediante declaración judicial ¹⁶⁹ ; sin embargo si no se intentó esta acción de revisión contractual, y se dictó una sentencia bajo esas circunstancias cambiantes imposibles de prever y ello generó una sentencia injusta para el deudor, éste mediante el recurso, la acción autónoma o la acción de amparo que hemos señalado, puede solicitar la anulación de la sentencia ya que ella es producto de una injusticia de origen “extrínseca”.

Otros supuestos también se pueden dar en el caso de situaciones científicas; para entenderlo ponemos un ejemplo. Si una persona pretendió que se declarase su filiación con quien dice ser su padre y, por falta de pruebas contundentes, el juez resuelve absolver y declarar sin lugar la demanda; empero luego, ahora que las ciencias han tenido muchos adelantos, tal el caso de los exámenes de ADN, podría el presunto hijo, intentar la acción de revocatoria de la sentencia o nulidad de la sentencia, si prueba que mediante este medio científico, se logra demostrar que el demandado si es su padre. Este es un caso típico de efectos externos.

8.3 Juez competente para conocer la acción.

Vamos a delimitar este aspecto. Si el interesado elige la acción de amparo directa, aquí no hay elección ya que la Ley de Amparo impone la competencia para conocer sobre el fallo; en el caso estemos freten a una sentencia de

¹⁶⁹ Ver artículo 1330 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 dado por Enrique Peralta Azurdia, 1963.

casación, el tribunal competente es la Corte de Constitucionalidad la que conoce en única instancia ¹⁷⁰; si la sentencia es de segunda instancia que no admite casación, el Tribunal competente es la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio. En estos dos casos, opera el amparo inmediato.

Sin embargo, si el interesado quiere optar por la acción autónoma de nulidad, debe enderezar su acción ante Juez de Primera Instancia del Ramo Civil

Quiere decir que, por razones extrínsecas se puede solicitar la revisión de la cosa juzgada fraudulenta, tal el caso que apuntábamos.

Determinar qué juez será el competente para conocer sobre la acción de nulidad de la sentencia írrita, no ha sido fácil en la legislación comparada.

Algunos sostienen que debe ser el mismo juez que dictó la sentencia írrita bajo el supuesto de que él conoce el caso y debe ser él, por el principio procesal de *perpetuatio jurisdictione*, que conozca todo lo relativo la misma. Otros, los menos, sostienen que no, que debe ser otro juzgador aunque sea de la misma categoría (de primera instancia).

Al respecto quiero hacer las siguientes consideraciones que nos permitan tener un razonamiento y fundamentación que permitirán concluir cuál es el juzgador ad-hoc.

8.3.1 Causa de excusa o recusación.

Nuestra legislación contempla como supuestos por medio de los cuales un juzgador debe excusarse o puede ser recusado, el haber conocido en del mismo asunto o haber emitido opinión¹⁷¹

Creemos que esto puede tener un peso incuestionable para la determinación de la competencia. Por un lado debemos considerar si, el Juzgador

¹⁷⁰ Ver artículo 11 y 12 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁷¹ Ver artículo 123 de la Ley del Organismo Judicial

además de conocer sobre la nulidad objeto de estudio, conocerá sobre la cuestión originaria. Si se dan los dos supuestos, y se considera que el mismo juzgador es el que debe conocer, sin duda alguna a mi juicio aplican los supuestos de excusa o recusación ya que, dicho juzgador ya tuvo conocimiento del asunto originario y, además, externó opinión, lo que lo obliga a inhibirse de conocer.

De suerte que, si este fuera el caso, in limine, se determina la no participación del mismo juzgador a conocer del nuevo proceso.

En ese contexto entonces, únicamente podría aceptarse la participación de un juzgador de primera instancia pero que no incurra en las causales apuntadas.

En todo caso, no hay que olvidar que, en la materia de competencia es de orden público y hace nulo lo actuado por un juzgador que no sea hábil para conocer en la materia que se somete a su conocimiento.

8.4 Tribunal superior.

Lo que me permito analizar en el presente apartado puede romper paradigmas que en proceso aún se consideran insuperables. Me refiero a la posibilidad de que, dado que estaremos revisando una sentencia, o más bien pueden ser dos, según el caso de confirmación de la de primera instancia, las que se sometan a conocimiento de nulidad de la sentencia írrita. Si este es el caso, bajo el supuesto señalado anteriormente (excusa o recusación), tampoco el tribunal de segundo grado que ha conocido sobre la cuestión que se someterá a debate, puede conocer ya que se dan los mismos supuestos que los del A-quo.

En la legislación guatemalteca, al amparo de lo que establecen los artículos 613 en adelante del Código Procesal Civil y Mercantil, un tribunal de segunda instancia, al conocer de un procedimiento originario de nulidad, estará actuando como tribunal de primer grado, por lo que su resolución (auto), puede ser objeto de apelación conforme lo dispone el artículo 140 de la Ley del Organismo Judicial. Este ha sido un argumento que he sostenido durante muchos años y en distintos procesos y las Salas de Apelación han sido renuentes a aceptarlo lo cual

me parece un equívoco. Efectivamente, considero que si dentro del procedimiento de segunda instancia se genera un supuesto de nulidad, al ser promovido el recurso respectivo (por violación de ley o por vicio del procedimiento), ello abre un debate incidental que termina en auto y, como reza el artículo 140 citado, el auto es apelable y el tribunal que debe conocer en segunda instancia (de este recurso), es la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil conforme lo regula el artículo 79 inciso b) de la Ley del Organismo Judicial.

Carbone ¹⁷²señala que algunos sistemas jurídicos como el Español y el Brasileño, le dan competencia a un tribunal superior distinto al que dictó la sentencia atacada; ello basado en principios de economía procesal.

El mismo autor aboga por que sea el Juez que entienda sobre el proceso autónomo debe ser distinto al que emitió la sentencia firme que se quiere cancelar, aplicando los principios generales de competencia.

La experiencia en Argentina señala que, en un muestreo de algunos jueces de primera instancia que resolvieron pretensiones autónomas contra sus propias sentencias, confirmó que la mayoría fueron rechazadas y luego revocadas por la Cámara de Apelación, lo que les sirvió de indicio racional que sea otro al juez que conozca.

Compartimos lo que sostiene la doctrina y la legislación comparada, en el sentido que el conocimiento de dicho asunto debe ser competencia un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil pero distinto al que conoció en el primer proceso y cuya sentencia se somete a examen de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

8.5 Vía procesal.

Debemos partir del hecho que, dentro del esquema de estudio y análisis, estamos frente a un proceso de cognición o de conocimiento; nuestra legislación

¹⁷² CARBONE, Carlos, ob.cit., p. 91.

procesal contiene, como sabemos cuatro tipos de procesos de conocimiento: ordinario, sumario, oral y arbitral.

Para el caso que nos ocupa, consideramos que, atendiendo a los supuestos de conocimiento que serán objeto de debate, bien sea solo la revisión o anulación de la cosa juzgada o, además, el conocimiento del derecho que, en el primer proceso, se sometió a discusión, consideramos que, debe ser a través del proceso ordinario que se someta el debate de anulación de marras. Eso tiene su sentido ya que, de conformidad con el contexto garantista procesal del debido proceso, derecho de defensa y tutela judicial eficaz, se debe someter a un examen exhaustivo la demanda de nulidad y su correspondiente oposición, la prueba a rendirse y la nueva sentencia a dictarse y, solamente, por vía del proceso ordinario, se pueden cumplir con esos presupuestos garantistas. Todo ello sin perjuicio de lo que señalamos en relación al recurso de nulidad y la acción de amparo.

8.6 Aspecto constitucional.

Hay un tema que quisiéramos abordar en relación a la viabilidad de la revisión de la cosa juzgada y que tiene que ver con una norma constitucional.

El artículo 211, segundo párrafo de la Constitución señala que ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley.

En ese orden, se entiende que no puede conocerse por parte de otro juzgador un proceso fenecido. Esa es la regla constitucional.

Conforme la normativa procesal en Guatemala, se considera fenecido, un proceso que ha sido tramitado en sus dos instancias, en inclusive la casación y que ha sido ejecutado o cuya ejecución es imposible y el tribunal ha ordenado su archivo.

Bajo ese contexto, sostenemos que, un proceso en el que se ha dictado sentencia de primera y segunda instancia y, a la vez, ha sido sometido a revisión por la vía de la casación, no es un proceso fenecido y no le aplica el supuesto contenido en el artículo 211 constitucional ya que, además de que puede ser objeto de la acción de amparo que proponemos en otro apartado, sí puede ser objeto de revisión por la vía de acción autónoma de impugnación de la sentencia írrita ya que la obtención de dicha sentencia atenta contra el orden público jurisdiccional.

8.7 Requisitos de admisibilidad.

Recordemos que este tema es nuevo en nuestra legislación y no hemos encontrado, al menos en la jurisprudencia judicial ordinaria y constitucional, antecedentes al respecto; por lo que los aspectos que señalaremos lo haremos desde el punto de vista general y, conforme la enseñanza de la doctrina y legislación comparada; a saber:

8.7.1 Sentencia.

Resulta obvio que la sentencia que va ser objeto de examen y debate mediante la acción autónoma, debe ser la sentencia dictada en segunda instancia y que fue objeto de todos los remedios y recursos ordinarios y extraordinarios correspondientes.

El artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial señala que hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre haya identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir.

En ese contexto, son este tipo de sentencias las que serían susceptibles. Vale la pena también señalar que, no importa si la cosa juzgada es formal o material.

La doctrina señala que, debe ser la última sentencia, que el fallo haya atravesado todas las alternativas procesales y consumidas todos los recursos. La acción es residual.

8.7.2 Que adolezca de vicios esenciales, es decir sustanciales.

8.7.3 Presupuestos de nulidades. Debe acreditarse el interés actual en la declaración de nulidad, la no concurrencia en la producción del vicio y en especial la existencia y acreditación del perjuicio.

8.7.4 Causalidad adecuada. Es decir la conexión causan entre la sentencia írrita y el motivo de nulidad con el perjuicio alegado.

8.7.5 Que el afectado haya ejercitado los remedios legales que por vía indirecta eran capaces de remover el vicio esencial del que luego es quejoso.

8.7.6 Legitimación.

En el tema de la legitimación, consideramos que el asunto es simple ya que, se legitimará activamente, el litigante contra el cual se ha dictado una sentencia írrita y que le causa perjuicio; y se promueve en contra del litigante que, bajo artimañas procesales ha obtenido fraudulentamente una sentencia a su favor la cual, dada esa naturaleza, es injusta.

CAPITULO V

ACCIÓN DE AMPARO CONTRA SENTENCIA FRAUDULENTA.

Dentro de la propuesta que me permito esbozar en esta investigación para obtener la anulación de la sentencia con carácter de fraudulenta es la Acción de Amparo directo.

La justicia constitucional en nuestro país ha tenido una dinámica y desarrollo desde la entrada en vigor de nuestra Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1985), que ha logrado paliar la falta de justicia privada; efectivamente en nuestro ejercicio profesional hemos participado en casos en los cuales, no obstante la arcaica conceptualización de algunos funcionarios y de jueces, sobre la materia y oportunidad de amparo, se ha logrado incursionar en lo que se conoce como “Amparo directo”, cuando se hace evidente la injusticia en el caso concreto. Para citar algunos ejemplos señalo dos (2) casos en los cuales la Corte de Constitucionalidad, como máximo tribunal en materia constitucional, ha emitido sendas sentencias en las que ha acogido la propuesta del amparo directo.

El primer caso se encuentra en el expediente ¹⁷³la Corte con mucha propiedad señaló que ante el caso de injusticia notoria resultaba procedente otorgar la protección constitucional, dejando sin efecto la resolución administrativa dictada por el Ministerio de Economía, y para efectos positivos del fallo, ordenaba que se anotara en el Registro Mercantil, que las inscripciones objeto de litigio constitucional, quedaban sin efectos jurídicos. La contra argumentación de la autoridad recurrida, de los terceros interesados (generadores de la injusticia notoria) y del tribunal de primer grado en amparo, era que la agraviada debía agotar todo el engranaje del procedimiento contencioso-administrativo (lo que llevaría años) previo acudir a amparo; sin embargo con mucho tino la Corte resolvió que no era necesario dado el supuesto de justicia notoria del caso (se llevaban más diez años de lucha judicial en ese momento).

En el segundo caso, del mismo cliente, expediente ¹⁷⁴ el tribunal de Primera Instancia Constitucional que fue el Juzgado Décimo de Primera Instancia del Ramo Civil Constituido en Tribunal de Amparo, al promoverse acción de amparo (directo) en contra de la celebración de una Junta de Socios de una

¹⁷³ Ver sentencia de expediente 1229-2008, oficial 8º., de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁷⁴ Ver expediente Amparo 2447-2010, oficial 3º., Corte de Constitucionalidad de Guatemala

entidad de Responsabilidad Limitada, al otorgar la protección constitucional en forma definitiva en sentencia, tuvo como argumentación el hecho de que, ante el mismo tribunal pendían otros procesos en los que “era evidente y notorio” la violación a los derechos de la amparista; la Corte de Constitucionalidad al conocer por apelación, ratificó la sentencia, empero adicionó en su razonamiento que “no es desconocido para la Corte el conflicto societario de la entidad” y al resolver, además de confirmar en su totalidad la sentencia, conminó y advirtió a la sociedad que se abstuviera de permitir la participación de personas que no acreditaban su calidad de socias de la entidad, bajo pena de responsabilidad y de deducir las acciones penales correspondientes.

En ambos casos, el común denominador de las personas que causaron los agravios fue el abuso de derecho, el fraude, la colusión, el engaño y el dolo, lo que se hizo ver en todas las gestiones por parte de la agraviada.

Cito estos dos casos de referencia ya que, ante lo evidente de la “injusticia”, como le llamo la Corte de Constitucionalidad, con el agregado del abuso y fraude procesal, la Acción de Amparo cumplió con restituir los derechos de la agraviada y no se tuvo que recurrir a lo engorroso de impugnaciones ordinarias tanto en la vía administrativa como en la civil, respectivamente, acogiendo la tesis de la procedencia del amparo directo.

De lo anterior resulta procedente la siguiente interrogante: ¿La acción de amparo se considera un sustituto de la acción de nulidad de la sentencia firme.¿; ¿ Se puede accionar de amparo directo en contra la sentencia que contiene vicio de cosa juzgada fraudulenta, o en su caso, debe promoverse previamente la acción de nulidad?. Las interrogantes son complejas y me atreveré a realizar un esbozo al respecto.

1. Generalidades sobre el amparo.

- 1.1 Fundamento del amparo.

El amparo constituye una garantía de legalidad en todo sistema de Justicia; es más constituye una garantía de constitucionalidad, en la que los actos del Estado y de los particulares tienen un control de juridicidad por su medio.

Al decir de Burgoa ¹⁷⁵, el control de la Constitución y la protección del gobernado frente al poder público son los dos objetivos lógica y jurídicamente inseparables que integran la teleología esencial del juicio de amparo.

En Guatemala, la protección por medio del amparo va más allá del poder público, también incluye a entes de diversa índole, incluyendo los privados (asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes) quienes pueden ser objeto de acción de amparo.¹⁷⁶

1.2 Concepto.

El Amparo es una institución procesal que tiene por objeto proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad (*lato sensu*) que, en detrimento de sus derechos viole la Constitución. ¹⁷⁷

Al decir de Fix Zamudio, citado por Burgoa ¹⁷⁸, es un procedimiento armónico, ordenado a la composición de los conflictos suscitados entre las autoridades y las personas individuales y colectivas por violación, desconocimiento e incertidumbre de las normas fundamentales.

Nuestra legislación en materia de amparo ha ido a la vanguardia en los temas constitucionales. En ese sentido el artículo 8 de la Ley de Amparo, regula claramente el objeto del amparo al señalar que el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los

¹⁷⁵ BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo* Decimonovena edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1983, p. 148.

¹⁷⁶ Ver artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

¹⁷⁷ BURGOA, Ignacio, ob.cit., p. 176.

¹⁷⁸ BURGOA, Ignacio, ob.cit., p 179.

mismos cuando la violación hubiere ocurrido; recalca que “no hay ámbito que no sea susceptible de amparo” y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. .

Como vemos el campo de la acción de amparo es muy amplio se da en todo tipo de materias: pública o privada. Además procede no sólo contra las violaciones o restricciones a derechos de las personas, sino que procede también contra las amenazas a los derechos constitucionales de las personas, esto como un mecanismo de prevención de la violación. Por otro lado, abarca la violación a los derechos que la Constitución señala y, además, a los que establecen las leyes. Esto hace que su aplicación sea universal e integral.

Es por ello que los Tribunales constitucionales de primera instancia y la Corte de Constitucionalidad, tienen saturado el trabajo en materia de amparo ya que no hay ámbito que no sea aplicable el amparo.

1.3 Procedencia del amparo.

Cuando nos referimos a la procedencia del amparo, se deben señalar qué autoridad es sujeto pasivo del mismo, el acto reclamado, principios, las partes en el proceso de amparo.

1.3.1 Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo lo constituye la autoridad que ha causado el acto de autoridad que viola los derechos que consagra la Constitución o las leyes. Así lo regula el artículo 9 de la Ley de la materia de amparo y señala que procede contra el poder público, contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal o aquellas reconocidas por la ley, tales como partidos políticos, sindicatos, asociaciones, sociedades, cooperativas y otros semejantes

1.3.2 Sujeto activo.

Lo constituyen toda persona, natural o jurídica a la que se le ha causado un agravio por medio de un acto de autoridad. Se ha discutido si el poder público también se considera sujeto activo; personalmente sostengo que no. El poder público que es ejercido por los órganos e instituciones estatales tiene una función específica dentro de los tres grandes rubros del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y, asimismo por las entidades autónomas, semi- autónomas, las municipalidades, entre otros. En Guatemala, los casos de acciones de amparo por parte de entidades públicas se está generalizando. Desde mi punto de vista esto no es correcto dada la naturaleza de las mismas ya que ellas, *per se*, ejercen jurisdicción en sus respectivos campos y por ende, no pueden ser un sujeto que sufra un agravio. Ahora bien, en caso el Estado actúe en el ámbito privado, es decir de igual a igual con un particular, y en el contexto de su relación se generan violaciones, deberá acudir a las instancias judiciales ordinarias; empero si la violación subsiste, debe solicitar la intervención del Representante del Estado, es decir la Procuraduría General de la Nación para que accione.

Burgoa le llama “*el quejoso*”, al titular de la acción de amparo.¹⁷⁹

Conforme la misma normativa señalada en el párrafo precedente, los sujetos procesales en el amparo son: la autoridad ante quien se formula el amparo; la autoridad recurrida (pública o privada), el amparista (que puede ser actor o demandado); los terceros con interés (que puede ser el acto o demandado y los terceros que intervienen en el proceso ordinario); el Ministerio Público, entidad que representa los intereses del Estado, entre otros.

Todos ellos pueden promover dentro del amparo: apersonarse, ofrecer y proponer prueba, alegar y refutar, apelar y participar en vista pública si así lo solicita cualquiera.

1.4 Acto reclamado.

¹⁷⁹ BURGOA, Ignacio, ob.cit., p. 329.

La existencia del acto reclamado es un requisito indispensable para la procedencia del amparo. Se entiende como tal cualquier hecho voluntario o intencional, negativo o positivo, imputable a un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en situaciones jurídicas o fácticas dadas y que se impongan imperativa, unilateral o coercitivamente.¹⁸⁰

En nuestra legislación no existe una delimitación respecto del acto reclamado y señala una serie de supuestos de procedencia que, dada su redacción e interpretación, son *numerus apertus*.¹⁸¹ Esto es lógico. Tal y como lo señalamos, la acción de amparo procede contra cualquier persona jurídica pública o privada, por lo que el sin fin de actos que pueden generar son variados.

1.5 Principios

Dentro de los principios que informan el proceso de amparo tenemos:

1.5.1 La instancia o iniciativa de parte.

En materia de amparo la incoación del acto tiene que ser rogada; luego, como reza el artículo 6 de la Ley de Amparo, el Tribunal competente lo tiene que impulsar de oficio.

1.5.2 Existencia de agravio.

En materia judicial, no se puede promover por promover. En el caso del amparo es igual. Para que el aparato jurisdiccional constitucional se ponga en marcha, debe existir un agravio, es decir, la presencia del daño o perjuicio como elemento material; además este debe ser personal.¹⁸²

1.5.3 Definitividad.

BURGOA, Ignacio, ob.cit., págs., 204-206.

¹⁸¹ Ver artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala.

¹⁸² BURGOA, Ignacio ob. cit., p. 270.

Este principio lo recoge nuestra legislación en materia de amparo por medio del cual impone que para poder acceder al amparo, se deben haber agotado e interpuesto *previamente* los recursos idóneos y procedentes, ¹⁸³ aunque tiene sus excepciones¹⁸⁴

En el caso de la presente investigación, mi propuesta es que el agraviado con una sentencia que contenga cosa juzgada fraudulenta, puede acudir a *amparo directo*, una vez le hubiesen notificado la ejecutoria de la de segunda instancia o la de casación, según lo veremos. Es decir no tendría por qué esperar a que se promueva la acción autónoma de nulidad.

1.5.4 Principios de contradicción e igualdad en el amparo.

Como todo proceso de conocimiento, el proceso de Amparo no es la excepción a los principios procesales de contradicción e igualdad. El proceso de amparo tiene etapas en las que se concede audiencia a las partes e interesados, a los terceros, se reciben pruebas (aún de oficio), se puede decretar auto para mejor fallar, se da audiencias de alegatos a las partes del proceso y a los terceros (quienes desde que intervienen ya son parte), y se dicta sentencia. De suerte que el amparo, sí es un proceso que reúne todas las características del contradictorio. A todos los intervinientes se les concede audiencia, se les permite presentar prueba y alegar.¹⁸⁵

1.6 Es un recurso o un proceso.

Dentro de la concepción de recursos o medios de impugnación con que cuenta una parte (actor, demandado o tercero), tenemos los que se consideran horizontales: revocatoria, nulidad, reposición, reconsideración, y que

¹⁸³ Ver artículos 10 literal h) y 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁸⁴ Ver artículo 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁸⁵ Ver artículos del 33 al 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala.

son llamados *remedios procesales*, son mecanismos de impugnación que resuelve el mismo juzgador. En cambio los recursos en *stricto sentido*, lo constituye la apelación o alzada y los resuelve el tribunal superior.

Antes de que entrara en vigor la Ley de Amparo (1986), en nuestro país, el amparo era un recurso. Ahora, dada la innovación y vanguardia en materia constitucional, constituye una acción y genera un proceso independiente u autónomo.

La Suprema Corte en México, ha sostenido que la acción de amparo no es recurso *stricto sensu* sino un procedimiento autónomo de la secuela procesal en la cual se originó el acto reclamado.¹⁸⁶

Conforme nuestra legislación en materia constitucional de amparo, el mismo si es un proceso autónomo y el mismo cuenta con todos los elementos y características de un proceso

1.7 Objeto de la acción de Amparo.

No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procede en los casos de amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan¹⁸⁷. Esta regulación hace que el campo y materia del amparo sea muy amplia al extremo que procede contra actos de sujetos públicos y privados, es decir, como reza la propia norma, “no hay ámbito” en el que no aplique el amparo.

1.8 Forma de terminación del amparo.

Como todo proceso de conocimiento, en el proceso de amparo puede concluir normalmente con la sentencia. Asimismo, conforme la doctrina ya sentada de la Corte de Constitucionalidad puede terminar con un auto que declara la “suspensión del amparo”; aunque este supuesto no está regulado en la ley de

¹⁸⁶ BURGOA, Ignacio ob.cit., p. 183.

¹⁸⁷ Ver artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

la materia (lo que ha dado a discutirse mucho en el ámbito), este auto puede ser por no haberse agotado definitividad o por no cumplir con los acuerdos emanados por la Corte de Constitucionalidad.

La sentencia tiene una connotación especial; además de que debe reunir los requisitos que dispone la Ley del Organismo Judicial ¹⁸⁸, adicional a ello el artículo 42 de la ley de la materia, señala que el Juez o Tribunal debe examinar los hechos, analizar las pruebas (valorarlas) y actuaciones, y todo lo que formal, real y objetivamente resulte pertinente; examinará todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables, hayan sido o no alegados por las partes; aportará su propio análisis doctrinal y jurisprudencia, pronunciará sentencia, interpretando siempre en forma extensiva la Constitución con el objeto de brindar la máxima protección y hará las demás declaraciones pertinentes.

Quiere decir que la sentencia que se dicta en un proceso de amparo tiene una característica especial –*sui generis*– en la cual, como así debería ser, se rompe con los principios de congruencia, eventualidad y de carga de la prueba que se imponen en el proceso civil. Es un proceso en el que, únicamente la iniciación es rogada ¹⁸⁹ y luego todo lo demás se actúa de oficio, cuestión interesante para los efectos que he señalado en otro apartado y en los que señalo la aplicación analógica del artículo 1302 del Código Civil que permite al Juez *ex officio*, declarar la nulidad de un negocio, el cual traigo a colación para el caso de la sentencia firme, la que, como lo he resaltado, cabe declarar cuando se prueben dentro del proceso de amparo, los actos colusorios, en fraude, culpa o dolo procesal y que ellos incidieron en la forma como se resolvió en sentencia.

1.9 Plazo para pedir amparo.

El plazo para promover la acción de amparo es de treinta días siguientes al de la última notificación del acto que le perjudica y esos treinta días

¹⁸⁸ Ver artículos 147, 148 y 149 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

¹⁸⁹ Ve4r artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

corren completos y vencen a la víspera de la finalización del último día (30) es decir a las 23:59'.¹⁹⁰ Esta norma es clara; sin embargo algunas Salas de la Corte de Apelaciones han generado un criterio erróneo en el sentido que el plazo vence a los treinta días y se toma como hora de inicio la de la notificación, lo cual es erróneo conforme lo regula la ley de la materia¹⁹¹.

1.10 Límites del conocimiento en amparo.

Los tribunales de primer grado y la Corte de Constitucionalidad, han resaltado en abundancia que, la justicia constitucional no puede sustituir a la justicia ordinaria y por ello, no se puede utilizar el amparo como una “tercera instancia”, a fin de lograr que se resuelva en favor del solicitante de amparo, lo que sólo compete a los tribunales ordinarios. Este ha sido el criterio que en muchos casos se ha denegado el amparo.

Ahora bien, cuándo entonces es procedente el amparo o qué materia si puede ser susceptible.?. Los criterios sobre este tema han variado, pero se mantiene el hecho que, para la intervención y otorgamiento de amparo, se tuvieron que ver amenazados o violados o restringidos los derechos que establece la constitución y las leyes; de ahí que la materia (la muestra), aparentemente se reduce; digo aparentemente ya que, dada la función de la Corte de Constitucionalidad en la que puede no está obligada a seguir un criterio sentado en una sentencia, no son pocos los casos en los que ha resuelto, precisamente, sobre la materia del juicio ordinario, sólo que bajo el ropaje de las garantías constitucionales: por ejemplo el derecho de propiedad resguardado por la Constitución; el de libre asociación, el de libertad de comercio, entre otros. Ante la violación de cualesquiera de esos derechos, la Corte ha señalado que sí

¹⁹⁰ Ver artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

¹⁹¹ Ver artículo 45, literales a) y e) de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

procede la acción de amparo, no obstante que el interesado pudo haber acudido a un proceso en vía ordinaria ante los tribunales ordinarios.

Además de los casos-ejemplo que he esbozado en los párrafos precedentes, existen muchos en los que, no obstante que era procedente acudir a la vía ordinaria, la Corte aceptó su competencia y otorgó amparo.

Como lo señalo a continuación, la declaratoria de suspensión de los efectos de la sentencia que tiene cosa juzgada fraudulenta, si puede ventilarse por medio del amparo, y el efecto es que se deje sin efecto, se retrotraiga a las etapas en las que se causó el vicio, dejando vigente todo el tema de prueba ¹⁹², ordenando la iniciación o prosecución del proceso, dependiendo de la etapa en la que se cometieron o cometió el fraude, con la salvedad, como lo señalo a continuación, que no sea el mismo Juez el que dictó la sentencia con vicio de irrita, sino que se traslade a otro juzgador de la misma e igual categoría, ya que, como nos lo ha enseñado la práctica, una vez un Juzgador de primera instancia, o inclusive un magistrado, conocieron de un proceso y se les obliga a conocer nuevamente, en virtud de que ya externaron opinión y se hicieron un resultado del caso, no es conveniente que conozcan nuevamente, lo que le dará pureza y transparencia al nuevo procedimiento.

2. Procedencia de acción de amparo contra la sentencia que contiene cosa juzgada fraudulenta.

Bajo la premisa de que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y que en materia judicial cuando se va a impugnar la sentencia, una vez cumplido el principio de definitividad, es decir se promovió apelación y luego, casación, según el caso, sostengo que dicha sentencia i fue objeto de maniobras espurias y maquinaciones fraudulentas, entre ellas sin ser exclusivas ni excluyentes, el fraude, la culpa, el dolo procesal y abuso de derecho y que ello incidió en la sentencia, se puede promover amparo en su contra, y el efecto

¹⁹² Ver artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

sería dejar sin efecto dicha sentencia y, para los efectos positivos del amparo, se ordene que el Juzgador enmiende el procedimiento y el mismo se retrotraiga a la etapa en que se cometió el fraude procesal bajo reserva de mantener válidas las pruebas rendidas; dependiendo de qué etapa se encuentre, se deben continuar el proceso y el proceso lo remita a la Sala jurisdiccional para que ésta designe el Juzgado que debe conocer, a fin de cumplir con lo que establece la ley de la materia.¹⁹³

2.1 Presupuesto de procedencia.

El presupuesto indiscutible para la procedencia de esta acción de amparo, además de los requisitos señalados anteriormente, es que en el proceso de amparo se pruebe con los antecedentes del caso (expediente), que en abuso de derecho, en fraude o dolo procesal, se ejecutaron actos dentro del proceso, y que esos actos, que pueden ser las propias pruebas (documentos fraudulentos etcétera), incidieron en la sentencia írrita. Caso contrario, el amparo debe denegarse.

Es importante resaltar que al momento de promover el amparo se invoca como acto de autoridad, toda la sentencia en la que existe una declaración determinada; para que prospere el amparo contra la sentencia en los términos que proponemos, debemos señalar que la argumentación base es sobre los elementos fraudulentos que sirvieron de puente; en todo caso, considero que no se podrían invocar otros argumentos relativos a la sentencia, por ejemplo, errónea interpretación de ley, falta de valoración de prueba, ya que esos argumentos hacen permisible la “validez” de la sentencia y lo único que se persigue con estos otros argumentos es la revocatoria de lo resuelto; en cambio en la argumentación de la cosa juzgada fraudulenta, lo que se señala es la “invalidez” o nulidad de la sentencia.

2.2 Derechos violados en la cosa juzgada fraudulenta.

¹⁹³ Ver artículo 126 párrafo segundo de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

Sin duda alguna, los derechos que ha sido violados en la cosa juzgada fraudulenta son: el debido proceso y el derecho de defensa; el libre acceso a los tribunales y la tutela judicial eficaz ¹⁹⁴

El Tribunal de amparo, de conformidad con las facultades que le otorga la ley de la materia al momento de dictar sentencia debe examinar lo que formal, real y objetivamente resulte pertinente, examinando todos y cada uno de los fundamentos de derecho aplicables. Este es el fundamento, la puerta de entrada para el análisis de la procedencia del amparo.

2.3 Normativa de análisis obligatorio en el amparo.

Aunque el solicitante de amparo no lo invoque, el tribunal de amparo debe conocer la siguiente normativa aplicable:

2.3.1 De carácter garantista.

Los artículos 12 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y 16 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Estas normas contienen las garantías del debido proceso, el derecho de defensa y a una tutela judicial eficaz, las que, por virtud de la sentencia írrita, han sido violados en contra del agraviado.

2.3.2 De aplicación sustantiva.

El artículo 4, párrafo primero, 17 y 18 de la Ley del Organismo Judicial; y 1290 y 1302 del Código Civil (aplicación analógica).

El artículo 4, párrafo primero de la Ley del Organismo Judicial, contiene la normativa de nulidad de los actos en contra de normas prohibitivas expresas; el 17 y 18 de la misma ley, contienen la regulación de la buena fe y el abuso de

¹⁹⁴ Ver artículos 12, 29 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 4 y 16 de la Ley del Organismo Judicial

derecho, y en los que descansaría la proyección de los actos hacia la sentencia de cosa juzgada.

Y, los artículos 1290 y 1302 del Código Civil, que se aplicarían por analogía, en los que se tiene la base legal del fraude a los acreedores en negocios jurídicos (acción pauliana), y que Couture, Peyrano y Carbone, señalan al indicar que la acción autónoma de nulidad (en nuestra propuesta, también a través del amparo) le llamaron la acción revocatoria o pauliana del Derecho Común extendida al campo procesal con más amplitud ¹⁹⁵; y el 1302 que contiene la facultad del Juez de declarar la nulidad *ex officio* de los negocios jurídicos cuando resulte manifiesta, que lo traemos al campo de lo procesal y es totalmente aplicable ya que, dados los presupuestos anteriores, se confirman los actos fraudulentos que sirven en la sentencia y que deben ser anulados.

Además, como se señala por Vallejo ¹⁹⁶ la acción de nulidad es la sentencia que entrañe la violación al orden público, a la moral y a las buenas costumbres.

2.4 Participación en el amparo.

Como se ha señalado, en el amparo pueden y debe dársele audiencia a todos los que intervinieron en el proceso cuya sentencia es fraudulenta parte actora, parte demandada y terceros; de esa cuenta cada uno puede promover, probar y alegar, cumpliéndose con el contradictorio.

2.5 Efectos de la sentencia.

El efecto de la sentencia sería que se deja en suspenso y por ende sin efecto la sentencia que contiene cosa juzgada fraudulenta; se ordena al Juzgador a enmendar el procedimiento desde los actos de nulidad o fraude; se ordena que queden con valor las pruebas válidamente recibidas, si es que las hubo, que se

¹⁹⁵ CARBONE, Carlos ob. cit. p. 75.

¹⁹⁶ *Ibidem.*, p 81.

traslade a la Sala superior jurisdiccional a efecto de que designe al Juez que debe conocer y luego, se ordene la tramitación normal del proceso, con la advertencia y conminación que, en caso el agravante de los actos fraudulentos, que puede incluir al abogado auxiliante, se abstenga de ejecutar más actos en ese sentido, bajo pena de que dentro del mismo proceso de amparo se abrirá incidente para determinar los daños que se puedan estar irrogando, sin perjuicio de las responsabilidades penales, certificándose lo conducente por los delitos de violación a la constitución, estafa caso especial y desobediencia; en caso el Juez es renuente a acatar el fallo de amparo, además de lo que dispone el artículo 50, literal b), de la Ley de Amparo, separándolo del cargo y certificando lo conducente.

3. Síntesis de nuestra propuesta.

De conformidad con el análisis resaltado en este capítulo, la propuesta que formulo en relación a la forma de impugnación de la sentencia que contiene vicio de cosa juzgada fraudulenta, se puede hacer efectiva a mi modo de ver en cuatro formas; a saber: A) Recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia haciendo argumentación de nulidad¹⁹⁷; B) Acción de amparo directo en contra de la sentencia de segunda instancia o de casación, según el caso¹⁹⁸; C) Acción autónoma de nulidad; y D) Enmienda del Procedimiento.

3.1 Apelación.

¹⁹⁷ Ver artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

¹⁹⁸ Ver artículos 8 y 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

Conforme lo establece nuestra ley procesal, las sentencias de primer grado pueden ser objeto de apelación¹⁹⁹. Esto aplica para los procesos de conocimiento y el juicio ejecutivo²⁰⁰, en los que, dadas las maniobras de los litigantes de mala fe, se pueden dar actos con fraude o dolo procesal y los mismos incidieron en la sentencia.

El fundamento de nulidad lo recoge la ley procesal y señala que la nulidad de las sentencias o autos sujetos a apelación o a recurso de casación, sólo puede hacerse valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación.²⁰¹ En ese sentido resulta preciso delimitar esos límites y reglas, a saber:

3.1.1 Límites del recurso.

3.1.1.1 Recurso de apelación.

Conforme la misma ley procesal²⁰², en cuanto el límite de la apelación, se refiere a lo que fue objeto de apelación y que haya sido expresamente impugnado. En este caso, conforme el principio de eventualidad procesal, el inconforme con la sentencia debe invocar todos los supuestos de apelación señalando lo que le ha causado agravio. Para el caso que nos ocupa debe invocar, en primer lugar como agravio los supuestos de nulidad de la sentencia, es decir los actos fraudulentos y que fueron incorporados y tomados en cuenta para que la sentencia se dictase en la forma como se decretó. Luego deberá invocar los otros agravios que les podríamos llamar de fondo.

¹⁹⁹ Ver artículo 602 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²⁰⁰ Ver artículos 209, 243 y 334 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²⁰¹ Ver artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²⁰² Ver artículo 603 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

El tribunal *Ad quem* debe conocer, en primer término el supuesto de nulidad de la sentencia *írrita* y si acoge los argumentos, debe anular la sentencia de primer grado; la base legal es la señalada en el artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil.

Este supuesto no es muy utilizado por los litigantes ni es aplicado por los juzgadores; los primeros quizá por ignorancia; los segundos, bajo los principios dispositivo y de rogación, si no les es pedido, no lo resuelven. En todo caso si resulta que si el vicio de nulidad es “manifiesta”, lo que hacen es enmendar el procedimiento ²⁰³dejando sin valor ni efecto legal lo actuado desde que se incurrió en nulidad, mecanismo que a mi juicio es también acertado con el hecho adicional que todo lo relativo a prueba no se invalida. Esta evidencia sobre aspectos nulidad que aprecia el tribunal superior (*Ad quem*) tiene su soporte en el supuesto legal que señalábamos de la nulidad *ex officio* que puede dictar un juez cuando resulte manifiesta²⁰⁴ .

3.1.1.2 Recurso de casación.

El límite en el recurso de casación se circunscribe a los mismos principios procesales, dispositivo y de rogación a que aludíamos anteriormente. En todo caso, conforme la ley procesal, el solicitante de la casación debe invocar los supuestos de casación de una sola vez (de forma y fondo)²⁰⁵.

Sin embargo conforme la misma ley procesal, la anulación de la sentencia únicamente se puede dar en el caso de la casación por quebrantamiento sustancial en el procedimiento (motivos de forma)²⁰⁶; tal y como ha sido

²⁰³ Ver artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

²⁰⁴ Ver artículo 1302 del Código Civil de Guatemala

²⁰⁵ Ver artículo 624 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²⁰⁶ Ver artículo 631, párrafo primero del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

concebido en la jurisprudencia y lo especial y formalista de dicho recurso, sólo pueden invocarse los supuestos que dicha norma señala.

Entonces la interrogante a formularse es: cómo atacar una sentencia de segunda instancia que es fraudulenta si no se tiene regulado *típicamente como supuesto de casación (de forma o fondo)* su nulidad por actos fraudulentos.? A este respecto propongo la siguiente solución. Si el agraviado con una sentencia de segunda instancia que no tenga casos de procedencia de casación de forma o fondo, pero que la misma la considera fraudulenta por otros supuestos que no están regulados típicamente pero resultan manifiestos, puede acudir directamente a amparo. Además podrá, por cuestión de preclusión, puede acudir también a la casación por cualesquiera de los sub motivos (fondo y forma), dentro del término legal²⁰⁷

En todo caso, si el amparo directo le es otorgado, todo lo relativo al tema de la casación queda sin efecto²⁰⁸ . De ello me pronuncio con más amplitud en el siguiente apartado.

De suerte que, a mi juicio el litigante agraviado con una sentencia de segunda instancia que considera fraudulenta, puede por medio de la acción de amparo directo obtener su suspensión que a mi juicio equivale a anulación ya que sus efectos son similares.

3.2 Acción de Amparo directo.

3.2.1 Supuestos de procedencia.

Como lo he resaltado, la Corte de Constitucionalidad si acoge la tesis del amparo directo en los casos de *“injusticia notoria”*; yo agregaría que además, ante los supuestos de *“nulidad manifiesta”*, también hacer permisivo el amparo directo, tal es el caso de las inscripciones registrales que se

²⁰⁷ Ver artículo 626 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²⁰⁸ Ver artículo 49 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala

efectúan en el Registro General de la Propiedad y que han tenido como base de inscripción documentos falsos. A este respecto citamos una sentencia reciente dictada por la Corte de Constitucionalidad²⁰⁹. Prácticamente la justicia ordinaria en materia de derecho registral, casos del Ocurso ²¹⁰ y el Juicio Ordinario de Nulidad²¹¹, fue sustituida por la justicia constitucional ²¹²a efecto de proteger a los agraviados (propietarios), sobre estafas registrales; aunque no en todos los casos se ordena la cancelación de las inscripciones, si ordena la suspensión de las inscripciones anómalas y otorga un plazo de dos años al agraviado para acudir a la justicia ordinaria a obtener la declaratoria de nulidad respectiva. Este tema se aplica a nuestra investigación tal y como lo resalto a continuación.

El amparo directo que propongo procedería en los siguientes supuestos: a) contra las sentencias de segundo grado que no sean susceptibles de recurso de casación; a este respecto cabe la apreciación formulada anteriormente. La acción de amparo la conoce, en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio ²¹³; b) contra las sentencias de casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil; quien conoce de la acción de amparo es la Corte de Constitucionalidad en única instancia²¹⁴.

En todos los casos, tal y como se resaltó en este capítulo, el objeto de la declaratoria en sentencia, es dejar en suspenso y sin efecto, la sentencia

²⁰⁹ Ver sentencia de fecha 30 de julio de 2014, dictada por la Corte de Constitucionalidad expediente 5449-2013.

²¹⁰ Ver artículo 1164 del Código Civil de Guatemala

²¹¹ Ver artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala

²¹² Ver artículos 8 y 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

²¹³ Ver artículo 12 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala.

²¹⁴ Ver artículo 11 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala.

que contiene fraude y, para los efectos positivos, deberá ordenarse que todo se retrotraiga desde que se incurrió en fraude -siempre y cuando ello hubiere incidido sustancialmente en la sentencia-, en caso contrario, el amparo debe denegarse.

Si el fraude fue cometido en primera instancia, se debe designar a un Juez diferente siempre del rango de primera instancia; si el fraude fue cometido en segunda instancia, se debe asignar otro tribunal de la misma categoría; si el fraude se generó en la Corte Suprema de Justicia, se deberá integrar de conformidad con la ley de la materia ²¹⁵

3.2.2 Efecto del otorgamiento de amparo.

En caso se otorgue la protección constitucional (amparo), para los efectos positivos del amparo el tribunal respectivo puede: a) Si es un supuesto de nulidad (fraude o dolo procesal evidente), decretar la suspensión de la sentencia *írrita*, ordenando a quien corresponda que se anule todo lo actuado, emplazando nuevamente a las partes desde que se incurrió en nulidad; b) Si no son tan evidentes los supuestos de dolo o fraude procesal y en la sentencia hay otros supuestos en los que se basó el tribunal para dictar la sentencia en los términos respectivos, el tribunal constitucional puede decretar la suspensión temporal de la sentencia *írrita*, y fijar un plazo que no debe exceder de seis meses para que el interesado promueva la acción autónoma de nulidad. Este plazo obedece a lo que la doctrina y la regulación comparada han dispuesto al respecto.

Todo esto tiene consonancia con lo que la Corte de Constitucionalidad en reiterados fallos ha señalado en relación a la acción de amparo directa para el caso de las llamadas “estafas registrales”.

3.3 Acción autónoma de nulidad.

²¹⁵ Ver artículo 77 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

La Acción autónoma de nulidad no existe regulada típicamente en nuestro país. En todo caso, como lo resalté en este capítulo, no es necesario que esté regulada ya que aquellas contiendan que no tengan señalado un procedimiento se deben tramitar en juicio ordinario que es, por su naturaleza, el proceso marco de todos los procesos de conocimiento y en donde se resguardan todos los principios y garantías correspondientes al proceso.

No obstante lo señalado anteriormente, dada la característica formalista de nuestros juzgadores, resulta pertinente proponer una reforma por adición de la Ley del Organismo Judicial en el sentido que se incorporen como normativa, los siguientes supuestos: a) En caso no se promueva acción de amparo directo en contra de una de las sentencias señaladas en el apartado anterior, el interesado puede acudir ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil de la misma jurisdicción, para plantear la Acción de Nulidad de una sentencia dictada y que denota fraude; b) Aún que se promueva acción de amparo, empero fue denegado, dado que la sentencia de amparo no causa cosa juzgada material, se puede acudir a esta vía de la Acción de Nulidad autónoma; c) el plazo para promover la acción de nulidad autónoma debe ser de seis meses contados a partir de que la sentencia respectiva causó ejecutoria ²¹⁶; d) como medida de urgencia ²¹⁷, la suspensión de los efectos de la sentencia relacionada, a reserva de que, mediante amparo, se hubiere obtenido la suspensión de sus efectos; e) debe notificarse a todas las partes que intervinieron en el proceso de donde deviene la sentencia *írrita*; en caso una de ellas no se encuentre o no fuere habida, habrá que acudir al mecanismo contenido en la ley procesal, nombrándosele un representante judicial especial ²¹⁸.

²¹⁶ Ver artículo 153 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

²¹⁷ Ver artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

²¹⁸ Ver artículo 48 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

Para el efecto proponemos una reforma por adición a la norma que regula la cosa juzgada²¹⁹ bajo el siguiente texto:

“En caso de que la sentencia ejecutoriada se hubiere obtenido mediante mecanismos fraudulentos evidentes y notorios, lo que el Juez deberá calificar al momento de promoverse la demanda, los efectos de la cosa juzgada quedan sujetos a la acción de amparo o acción de nulidad que el interesado hubiere obtenido. El Juez competente para conocer de la acción autónoma de nulidad es un Juez de Primera Instancia, distinto a quien dictó la sentencia sujeta a debate judicial por fraude. El plazo para promover la acción respectiva dura seis meses contados a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia respectiva.”

3.4 Enmienda del procedimiento.

La enmienda del procedimiento²²⁰ es una facultad discrecional con que cuentan los juzgadores de todas las categorías, en caso se hubiese cometido error sustancial, es decir, cuando se violen garantías constitucionales, disposiciones legales o formalidades esenciales del proceso. Conforme dicha norma, dicha resolución es un auto el cual es apelable y, dada la naturaleza de la cuestión que se resuelve, desde mi punto de vista, si debe tener efectos suspensivos, por lo que sugiero que se adicione al artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial, el siguiente párrafo: *“...Si el auto objeto de apelación se refiere a la enmienda del procedimiento por haberse detectado que la sentencia de primera instancia contiene vicio de cosa juzgada fraudulenta, la apelación tendrá efectos suspensivos hasta que quede ejecutoriada la materia objeto de apelación...”*

²¹⁹ Ver artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

²²⁰ Ver artículo 67 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala

De esa cuenta, en nuestra legislación en materia procesal tenemos cuatro mecanismos o herramientas procesales para lograr que la sentencia dictada en un proceso y que contiene vicios de ser fraudulenta, pueda ser impugnada.

CONCLUSIONES.

1. El proceso sigue siendo un mecanismo idóneo jurisdiccional para dirimir conflictos entre particulares en materia privada.

2. El proceso debe revestir como característica valorativa, la buena fe en la que todos los que en él intervienen, deben situarse en un obrar de buena fe y bajo cánones morales procesales de ética, respeto, lealtad y honestidad.

3. El mecanismo para acceder a las garantías constitucionales de petición, de libre acceso a los tribunales de justicia y a una tutela judicial eficaz, es el proceso.

4. Cuando se falta a la buena fe en el proceso, mediante mecanismos en abuso del derecho de accionar, se comete dolo, fraude o simulación, la ley debe hacerse sentir mediante los mecanismos de sanción de que dispone, especialmente anulando los actos dolosos y fraudulentos e imponiendo castigos morales, gremiales y económicos.

5. “La declaratoria del ejercicio de buena fe en el litigio” es un mecanismo *ad hoc* que deben suscribir las partes al momento de presentar sus respectivas reclamaciones o pretensiones, el cual resulta ser viable y procedente, por lo que es procedente adicionarse los artículos 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil.

6. La cosa juzgada debe prevalecer siempre que una sentencia que se hubiere dictado dentro de los cánones de buena fe y conforme las formalidades y mecanismos del proceso limpio.

7. La cosa juzgada que ha sido dictada dentro de un proceso en el que el litigante de mala fe, que pueden ser ambos o el propio juez, han utilizado el fraude, el dolo o la simulación, debe ser objeto de impugnación y sancionarse con su nulidad.

8. La impugnación de la cosa juzgada fraudulenta no está regulada típicamente en Guatemala.

9. Nuestra ley procesal si contiene mecanismos para la impugnación de la sentencia con vicio de cosa juzgada fraudulenta, dentro de ellos el recurso de apelación, la acción de amparo directa y la enmienda.

10. La apelación contra la sentencia de primera instancia, es un mecanismo idóneo que lo permite el artículo 617, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil.

11. La acción de amparo directa es un mecanismo que la Corte de Constitucionalidad ha permitido en caso de injusticia notoria o nulidad evidente, tal el caso de las estafas registrales. Este por lo tanto, resulta un mecanismo idóneo para obtener la suspensión de los efectos de la sentencia que posee cosa juzgada fraudulenta.

12. La enmienda del procedimiento también constituye un mecanismo procedente para que los Juzgadores competentes puedan anular la sentencia que de primera instancia que contenga cosa juzgada fraudulenta.

13. La acción autónoma de nulidad contra la sentencia firme que contiene cosa juzgada fraudulenta, no está regulada en nuestra legislación procesal y por tanto, dado el positivismo arraigado en nuestros juzgadores, debe adicionarse el artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial.

14. Al momento de quedar ejecutoriado el fallo que contenga la anulación de la sentencia fraudulenta, el juzgador debe abrir un incidente para el reclamo de los daños y perjuicios causados conforme el procedimiento contenido en el artículo 150 de la Ley del Organismo Judicial y certificar lo conducente en al Ministerio Público contra del causante del fraude para la investigación de los posibles ilícitos en que pudo haber incurrido; asimismo certificar lo conducente al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados en contra de los abogados a cargo de la postulación del caso.

15. Debe adicionarse en las respectivas gacetas jurisprudenciales en la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil y en la Corte de Constitucionalidad, las sentencias que se dicten anulando la sentencia que contenga cosa juzgada fraudulenta.

Bibliografía

AGUIRRE GODOY, Mario, *Derecho Procesal Civil*, Editorial VILE, Tomo I, Guatemala, 2009.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Editorial Harla, S.A., México, 1995, segunda edición.

BURGOA, Ignacio, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México 1983, decimonovena edición.

CARBONE, Carlos, Impugnación de la Sentencia firme en el Proceso Civil, Concursal, Laboral, Administrativo e Internacional. En *La Impugnación de la sentencia firme, tomo I, primera edición Rubinzal-Culzoni, coordinado por Carlos Carbone, dirigido por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, 2006.*

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición

COLOMBO, Carlos, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición.

CÓRDOBA, Marcos M., *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Doctrina Nacional Tomo I, coordinado por Lidia M. Garrido y Viviana Kluger, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004.

CÓRDOBA, Marcos M., *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Doctrina Extranjera Tomo II, coordinado por Lidia M. Garrido y Viviana Kluger, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Edición Póstuma.

DIAZ, JAEN, Atilio Enrique, “LA COSA JUZGADA FRAUDULENTE ACCIONES Y EFECTOS DE LA MISMA CONTRA TERCEROS” disponible en línea en: <http://blogsdelagente.com/iure/2009/1/11/proceso-civil-cosa-jusgadas-fraudulenta/>.

DIAZ SOLIMINE, Omar Luis, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición.

FRANCO LÓPEZ, César, Landelino, *El Acto Simulatorio y el Fraude de Ley*, Editorial Estudiantil Fenix, Guatemala, 2008.

GHERSI, Carlos A., *Nulidad de los Actos Jurídicos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004, primera edición.

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y Malicia en el proceso*, Editorial Rubinal-Culzoni, Argentina, 2012.

NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Ius, Volumen I, segunda edición Guatemala, 2006.

PALACIO, Lino Enrique, *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Tomo I, dirigido por Marcos Córdoba, Fondo Editorial, Buenos Aires, 2004.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1960, tercera edición.

PEYRANO, Jorge, Acción de Nulidad De Sentencia “Firme”, en *La Impugnación de la sentencia firme, tomo I, primera edición Rubinzal-Culzoni, coordinado por Carlos Carbone, dirigido por Jorge W. Peyrano, Buenos Aires, 2006*.

PIEDRA SANTA, Irene, *En busca de la seguridad jurídica en Guatemala*, Editorial Piedra Santa, Guatemala, 2001.

VARGAS MACHUCA, Rocana Jiménez, “Algunas Reflexiones acerca del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta”, disponible en línea en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/cosa%20juzgada%20fraudulenta.htm>

Leyes

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

Código de Comercio, Decreto 2-70 dado por el Congreso de la República de Guatemala en 1970.

Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 dado por Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 dado por Enrique Peralta Azurdia.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 dado por Enrique Peralta Azurdia, comentado y concordado por PÉREZ CAJAS, Julio Roberto.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92, dado por el Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 dada por el Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala dada por la Asamblea Nacional Constituyente.

Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 dado por el Congreso de la República, 1995.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, vigésima segunda edición, disponible en línea en: <http://www.rae.es>