

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EXISTENTES EN EL DERECHO
CIVIL GUATEMALTECO.

TESIS DE GRADO

MERY REBECA LEÓN

CARNET 15866-10

QUETZALTENANGO, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EXISTENTES EN EL DERECHO
CIVIL GUATEMALTECO.

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
MERY REBECA LEÓN

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. ALFONSO BERNAL EUGENIO EHLERT PIEDRASANTA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. EDUARDO ANTONIO JOSÉ SOTOMORA FUENTES

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTORA ACADÉMICA: MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN

SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Alfonso Bernal Eugenio Ehlert Piedrasanta
Abogado y Notario
Colegiado 8310

Quetzaltenango, 05 de abril de 2016

Mgtr. Brenda Dery Muñoz
Coordinación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Campus Quetzaltenango

Respetable Mgtr. Muñoz:

Cordialmente me dirijo a usted para informarle como corresponde, sobre el trabajo de tesis denominado **"Estudio Constitucional de las medidas cautelares existentes en el derecho civil guatemalteco"** de la alumna **MERY REBECA LEÓN** con carné número 1586610.

La alumna realizó la investigación con apego a las directrices establecidas en el instructivo de tesis respectivo y cumplió las indicaciones y sugerencias que se le fueron realizando.

La investigación de la alumna Mery Rebeca León es a mi criterio, una novedad, ya que poco se ha investigado sobre el tema, su importancia y sobre todo, la comparación que con la legislación de España con la legislación nacional y la entrevista dirigida a juzgadores de primera instancia del ramo civil de esta ciudad, que reflejan el criterio judicial actual. Su aporte y sus conclusiones sin duda serán de mucha ayuda para ulteriores investigaciones sobre el tema, y posiblemente inspirar un debate legislativo.

Es de resaltar el interés de la alumna durante todo el proceso de investigación, sus conclusiones, ejemplos y aportes personales fueron siempre precisos y puntuales, con apego a los criterios actuales en materia administrativa y constitucional.

En virtud de lo anterior, emito dictamen favorable por lo que se aprueba la tesis del alumno en mención.

Sin otro particular, me suscribo.

Atentamente,


Licenciado
Alfonso Bernal Eugenio Ehlert Piedrasanta
Abogado y Notario

12 Avenida O-64 zona 1

Quetzaltenango

Telefax: 77615935

Correo electrónico alfonsoehkert@yahoo.com

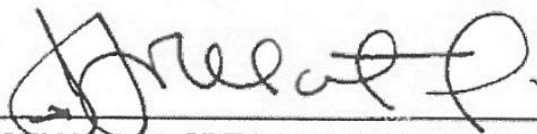
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante MERY REBECA LEÓN, Carnet 15866-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07377-2016 de fecha 30 de mayo de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EXISTENTES EN EL
DERECHO CIVIL GUATEMALTECO.

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 20 días del mes de noviembre del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Dedicatoria:

- A Dios:** Dueño de la sabiduría, el conocimiento y la inteligencia. Quien ha sido mi ayuda en este largo camino y mi sustento en mis momentos de aflicción. Que esta carrera sea oh señor; para tu gloria y honra.
- A mi Padre:** Baltazar Chivalán, por tus consejos, amor y paciencia, gracias por creer en mí y darme el mejor regalo. Hoy puedes ver reflejado en mí el fruto de tu esfuerzo.
- A mi Madre:** Rebeca León, por tus oraciones, consejos y gran apoyo a lo largo de mi vida, sobre todo por tu amor incondicional. Madre, este triunfo también es tuyo.
- A mis Hermanos:** Nicolás Omar, Nicole Caridad y Remy Agustín por su afecto, cariño y compañía. Que este triunfo sea de motivación para ustedes.
- A mis Tíos:** Onofre Tzunux e Hirlanda Caridad por ser personas de gran ejemplo para mi vida y por sus muestras de cariño.
- A mis Abuelos:** Nicolás León Tum (+) y María Chivalán por la sabiduría de sus consejos y muestras de amor.
- A mis Catedráticos:** Por transmitirme sus valiosos conocimientos.
- En Especial:** A mi querida tía Hirlanda Caridad León Chivalán, mujer de admiración, ejemplo de vida, gracias por ser como una madre para mí.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
1. Medidas cautelares en el derecho civil guatemalteco.....	2
1.1 Medida cautelar.....	2
1.2 Concepto de medida cautelar.....	3
1.3 Naturaleza jurídica.....	3
1.4 Fundamentos.....	4
1.5 Características.....	6
1.6 Breve historia de las medidas cautelares en Guatemala.....	9
1.6.1 Código de Procedimiento Civil (1877).....	9
1.6.2 Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil (1934).....	9
1.6.3 Código Procesal Civil y Mercantil (1964).....	10
1.7 Clasificación de las medidas cautelares en la doctrina.....	11
1.7.1 Clasificación de Calamandrei.....	11
1.7.2 Clasificación de Carnelutti.....	13
1.8 Clasificación de las medidas cautelares en la legislación guatemalteca	14
1.8.1 Medidas de seguridad de las personas.....	16
1.8.2 Arraigo.....	19
1.8.3 Anotación de la demanda.....	22
1.8.4 Embargo.....	25
1.8.5 Secuestro.....	26
1.8.6 Intervención.....	27
1.8.7 Providencias de urgencia.....	30
1.9 Aplicación de las medidas cautelares.....	33
1.9.1 Momento de la solicitud.....	33
1.9.2 Requisitos para interponer una medida cautelar.....	34
1.9.3 Forma de fijar las medidas cautelares.....	35
1.9.4 Extinción de las medidas cautelares.....	35

CAPÍTULO II.....	38
2. Procedimiento de las medidas cautelares en el derecho civil español...	38
2.1 Similitudes y diferencias de las medidas cautelares en la legislación de Guatemala y España.....	38
2.2 Principio de Audiencia en la legislación de España.....	38
2.2.1 Interpretación constitucional del principio de audiencia en la legislación de España.....	40
2.2.2 Regulación del principio de audiencia en la Constitución de España.....	41
2.2.3 Contenido esencial del principio de audiencia.....	42
2.3 Características de las medidas cautelares en el derecho español.....	44
2.4 Requisitos de las medidas cautelares en el derecho español.....	45
2.5 Clases de medidas cautelares en el derecho español.....	46
2.6 Solicitud de las medidas cautelares y tribunal competente en España...	48
2.6.1 Contenido de la solicitud.....	49
2.7 Momento procesal para la solicitud de las medidas cautelares en el derecho civil español.....	49
2.8 Audiencia al demandado y vista para la audiencia de las partes en la legislación de España.....	50
2.8.1 Vista.....	51
2.8.2 Auto de solicitud de medidas cautelares.....	52
2.8.3 Ejecución de la medida cautelar.....	53
2.9 Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado en el derecho español.....	53
2.10 Modificación, caución sustitutoria y alzamiento de las medidas cautelares en el derecho español.....	56
2.10.1 Modificación de las medidas cautelares.....	56
2.10.2 Sustitución de las medidas cautelares por caución.....	56
2.10.3 Alzamiento de las medidas cautelares en el derecho español.....	58
CAPÍTULO III.....	60
3. Debido proceso constitucional.....	60

3.1	Constitución Política de la República de Guatemala.....	60
3.2	Principios constitucionales.....	60
3.2.1	Principio de supremacía constitucional.....	61
3.2.2	Principio de control.....	62
3.2.3	Principio de limitación.....	63
3.2.4	Principio de razonabilidad.....	63
3.2.5	Principio de funcionalidad.....	64
3.2.6	Principio de estabilidad.....	64
3.3	Derechos fundamentales.....	64
3.3.1	Concepción de los derechos fundamentales.....	64
3.3.2	Naturaleza jurídica de los derechos fundamentales.....	65
3.3.3	Definición de derecho fundamental.....	65
3.3.4	Desarrollo generacional de los derechos fundamentales.....	66
3.4	Derecho de defensa.....	67
3.4.1	Derecho de defensa interpretado por la Corte de Constitucionalidad.....	68
3.5	Debido proceso.....	70
3.5.1	Derecho constitucional sobre el proceso.....	71
3.5.2	El garantismo procesal.....	73
3.5.3	Interpretación del debido proceso por la Corte de Constitucionalidad....	74
3.6	Principios procesales.....	75
3.6.1	Principio de contradicción.....	75
3.6.2	Principio de igualdad de las partes.....	75
3.6.3	Principio de preclusión.....	76
3.6.4	Principio de eventualidad.....	76
3.6.5	Principio de economía procesal.....	76
3.6.6	Principio de lealtad y probidad.....	77
3.6.7	Principio de oralidad y de escritura.....	77
CAPÍTULO IV.....		78
4.	Presentación, discusión y análisis de resultados.....	78

4.1	Aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil guatemalteco y la vulneración al derecho de defensa y el principio de supremacía constitucional.....	78
4.2	Entrevista dirigida a Jueces de Primera Instancia del Ramo Civil de Quetzaltenango.....	81
	CONCLUSIONES.....	84
	RECOMENDACIONES.....	85
	REFERENCIAS.....	86

Resumen

Las medidas cautelares contempladas en el libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, son: arraigo, embargo, secuestro, intervención, medidas de seguridad, providencias de urgencias y anotación de la demanda, tienen como principal característica, que son otorgadas inaudita parte o sin oír a la parte contra quien se solicita la medida cautelar y surtirán todos sus efectos al momento de ser decretadas, disposición que contradice el derecho de defensa regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde claramente se establece en su artículo 12 que la defensa de la persona y sus derechos son inviolables y nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal, ante un juez competente.

Dado que las medidas cautelares afectan la situación jurídica de una de las partes procesales, en principio se debe respetar el derecho de defensa, otorgándole una audiencia para poder responder a la pretensión de la otra parte, que busca afectarle en un derecho propio con la medida cautelar.

A lo largo de la presente investigación se estableció comparativamente que en la legislación de España, el tema de las medidas cautelares se regula de una manera amplia, debido a que en dicha legislación se incorpora un procedimiento propio de las medidas cautelares y además se garantiza el derecho de defensa en todo momento, ya que como regla general, se le confiere audiencia previa al sujeto procesal afectado, situación que no contempla nuestra legislación.

Al finalizar la presente investigación se recomienda, en el tema de medidas cautelares, adoptar lo que la Constitución establece, además de incorporar a la legislación vigente, un procedimiento para la aplicación de dichas medidas cautelares.

INTRODUCCIÓN

El presente tema jurídico doctrinario que lleva por nombre “Estudio constitucional de las medidas cautelares existentes en el derecho civil guatemalteco”, tiene por finalidad determinar si la aplicación inaudita parte de las providencias precautorias, como lo denomina actualmente el Código Procesal Civil y Mercantil vulneran el derecho de defensa de la parte procesal afectada y transgreden el principio de supremacía constitucional, al ser decretadas sin oír a la parte procesal afectada.

La presente investigación tiene por objeto, además de determinar si se vulnera un derecho constitucional como lo es el derecho de defensa, establecer si la medida cautelar tiene como fin asegurar las resultas de un proceso futuro porque son decretadas de forma anticipada sin oír a la parte procesal que las sufre, es necesario aclarar la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y analizar los parámetros que los jueces utilizan para decretar las mismas. Se debe estudiar la forma de aplicación de las medidas cautelares a nivel internacional y hacer un estudio comparado con la legislación de España.

En cuanto a los alcances de la presente investigación, es necesario determinar cómo se aplican las medidas cautelares en la práctica civil guatemalteca y ver la posibilidad de acercarse al proceso cautelar desde los principios constitucionales; además de observar los principios del debido proceso, satisfacer de esa manera y darle prioridad a los que la Constitución establece.

El desarrollo del siguiente trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos, conformados de la siguiente manera: el primer capítulo desarrolla lo referente al tema de medidas cautelares en el derecho civil guatemalteco; el segundo capítulo contiene un estudio comparado del procedimiento de las medidas cautelares en la legislación de España y la legislación de Guatemala; el tercer capítulo desarrolla lo referente al debido proceso y los principios constitucionales; y por último, en el capítulo cuarto se presenta la discusión y análisis del investigador, e interpretación de los resultados.

CAPÍTULO I

1. MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO

1.1 Medida Cautelar

Las medidas cautelares aparecen como una alternativa común a todos los procesos, regulados en el libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley número 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

“También son denominadas como diligencias cautelares, providencias precautorias, providencias cautelares, medidas de garantía, procesos de aseguramiento, y es a través del cual las personas pueden prevenir los riesgos que pueden lesionar su integridad física o su patrimonio.”¹

“Es claro que impedir un cambio probable, eliminar un cambio ya ocurrido, o anticipar un cambio, no se puede más que mediante un mandato del juez quien inhibe que algo se haga bien, ordena que se deshaga algo ya hecho, o bien ordena hacer algo aun no hecho. La finalidad de tal mandato es la de disponer las cosas del modo más idóneo para alcanzar el fin del proceso, se comprende la razón de que tome el nombre de providencia cautelar: Cautela, de cavere, que significa precisamente diligencia, previsión o precaución.”²

La legislación guatemalteca en materia civil, regula las medidas cautelares con el nombre de providencias cautelares, medidas que el Código Procesal Civil y Mercantil regula en dos capítulos; el primero denominado seguridad de las personas, y el segundo denominado medidas de garantía. Cada una de las medidas cautelares establecidas en el libro quinto, título primero del Código Procesal Civil y Mercantil

¹ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. *Derecho procesal civil guatemalteco*. Guatemala, praxis, 2000. Pág. 42.

² Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Volumen 2, México, Editorial Mexicana, 1997. Pág. 229.

cuentan con sus propias características, pero siempre se interponen con un mismo fin, el cual consiste en garantizar el resultado del proceso.

1.2 Concepto de medida cautelar

Guasp nombrado por Montero Aroca y Chacón Corado, lo define como: “aquel proceso que tiene por objeto facilitar otro proceso principal para garantizar la eficacia de su resultado”³

Guillermo Cabanellas lo define como: “las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero si la adopción de medidas judiciales tendientes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido”.⁴

Las medidas cautelares son aquellas alternativas que se usan para garantizar un derecho que pueda verse afectado en un proceso, planteadas por una persona denominada actor o demandante, antes de presentada la demanda o bien al momento de interponer la demanda, ante un tribunal competente en el cual el juez determinará si la medida cautelar, es procedente o no.

1.3 Naturaleza Jurídica

“El proceso cautelar es un tertium genus entre el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, no pudiendo ya ser considerado como un incidente dentro de otro proceso.”⁵

“Es contencioso, como el proceso de cognición y el de ejecución, debido a que su presupuesto es la litis; es diverso de los otros dos, porque su fin no es la composición de la litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de

³ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*, Guatemala, magna terra editores, 2002, segunda edición, Pág. 154

⁴ Medidas cautelares. Diccionario jurídico elemental. Cabanellas de Torres, Guillermo. Buenos Aires, editorial heliasta s.r.l, 2008. Pág. 241.

⁵ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 159.

certeza de una relación jurídica. Un paso más notable, se ha dado en el momento en que se descubre que el proceso cautelar no existe por sí mismo, sino en relación al proceso de cognición o de ejecución y se le ha reconocido de esta manera, un carácter instrumental. Mientras el proceso de cognición o de ejecución sirven para la tutela del derecho, el proceso cautelar, en cambio, sirve para la tutela del proceso; por tanto, su eficacia sobre la litis es mediata a través de otro proceso.”⁶

Las medidas cautelares son accesorias ya que carecen de autonomía, debido a que dependen siempre de un proceso principal para que puedan existir, surtir efectos y cumplir sus fines, es por ello que las providencias cautelares no pueden llegar a considerarse autónomas, ya que de esta manera se perdería el sentido de asegurar el futuro resultado de un proceso principal, que el solicitante de la medida está obligado a seguir. Las medidas cautelares o providencias cautelares, como el Código Procesal Civil y Mercantil las denomina, son un instrumento, debido a que dependen siempre de un proceso de conocimiento o ejecución.

1.4 Fundamentos

“Las medidas cautelares se plantean para el aseguramiento de un derecho en un proceso futuro y al suponer una injerencia en el señorío jurídico del demandado, precisan de la concurrencia de algunos fundamentos.”⁷

a) Peligro en el retardo (*periculum in mora*)

“Lo que Calamandrei califica como la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. De manera que en aquellos casos en que se presente la necesidad de prevenir un daño que se teme, el cual por la eminencia del peligro puede convertirse en daño efectivo si no se dicta la providencia cautelar.”⁸

⁶ Carnelutti, Francesco. *Op. Cit.*, Pág. 230

⁷ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 155.

⁸ Aguirre Godoy, Mario. *Derecho procesal civil*. Guatemala, centro editorial vile, 2007. Pág. 285

Este fundamento se refiere a que con la aplicación de una medida cautelar se logra prevenir un daño que se pueda ocasionar a futuro, causado por la duración del proceso principal o bien de cualquier peligro de variada diversidad, la cual al interponer medidas cautelares, es la única forma de evitar cualquier tipo de peligro que vulnere el derecho reclamado dentro del proceso principal.

b) Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

“El decretar las medidas cautelares no puede hacerse depender de la certeza sobre la existencia del derecho subjetivo alegado por el actor en el proceso principal; pues el proceso principal, al que sirve el cautelar, carecería de razón de ser. El decretar las medidas no puede hacerse ante la mera solicitud del actor que inicia un proceso principal; es necesario que el derecho alegado por éste ofrezca indicios de probabilidad, de que el actor ha iniciado el proceso con seriedad y que exista al menos una apariencia de buen derecho.”⁹

El fundamento de apariencia de buen derecho, tiene como finalidad lograr que una medida cautelar solicitada por la parte interesada sea procedente, demostrándole al juez la existencia de un derecho vulnerado y principalmente que este derecho se ve en riesgo, es decir, que debe existir la certeza del peligro alegado; esto para evitar que se interponga alguna medida cautelar con el fin de causar un mal al demandado o, para entorpecer el proceso principal, asegurándose el juez por medio de garantía, que el solicitante plantee con seriedad y apariencia de buen derecho, las medidas cautelares establecidas en la legislación guatemalteca.

“Este fundamento se queda en la incertidumbre, debido a que no se sabe si en realidad las medidas cautelares planteadas por la parte que las solicita, tienen apariencia de buen derecho, esto solo se logra probar en la resolución final, de un proceso principal. Es por ello que en la práctica se solicita fundamento en prueba, en

⁹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 156

la mayoría de casos documental, esto con el fin de tener bases para que el juzgador pueda decretarlas.”¹⁰

c) Prestación de caución

“La adopción de las medidas cautelares, queda condicionada a que el solicitante de las mismas, preste caución para asegurar la eventual indemnización de los daños y perjuicios causados al demandado, ante la posibilidad de que al final del proceso principal, la pretensión del actor sea desestimada.”¹¹

Dicha disposición se refiere al fundamento de prestación de caución o garantía, que tiene como finalidad asegurar y proteger al demandado en los casos en que se le perjudique algún derecho; si la medida cautelar solicitada fuere desestimada, revocada e innecesaria en el transcurso del proceso, al final del proceso o bien, si el actor no entablare su demanda en el tiempo que la ley establece.

En el artículo 531 del Código Procesal Civil y Mercantil se establece que de toda providencia precautoria es responsable el que la pide, así también establece que son de su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen al demandado, además el solicitante deberá prestar garantía suficiente para que se ejecute la medida precautoria.

1.5 Características

Son características esenciales del proceso cautelar las siguientes:

a) Instrumentalidad

“El proceso cautelar no es un proceso independiente que tienda por si solo a dar satisfacción a la pretensión ejercitada en el proceso principal, sino que es un instrumento del instrumento que es, a su vez, el proceso de conocimiento o ejecución.”¹²

¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 156.

¹² *Ibíd.*, Pág. 157.

La característica de instrumentalidad de las medidas cautelares afirma que las medidas precautorias son accesorias, debido a que siempre van a ir acompañadas de un proceso principal, ya sea de cognición o ejecución, que deba instruirse en contra de una persona, de lo contrario, estas no podrían existir por si solas y no tendría ningún sentido aplicarlas para proteger un derecho alegado posteriormente.

b) Provisionalidad

“Las medidas adoptadas en el proceso cautelar no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecerán al momento en que el proceso principal se haya alcanzado, o una situación que haga ya inútil el aseguramiento.”¹³

La característica de provisionalidad de las medidas cautelares, asegura que las medidas adoptadas en un proceso no tienen como finalidad convertirse en definitivas y principales, es decir, que deben depender siempre del tiempo en que dure el proceso de cognición o ejecución. Las medidas cautelares desaparecen en el transcurso del proceso principal; ya sea por alcanzarse el derecho reclamado, por considerarse innecesarias o sean desestimadas por el juez que conozca el asunto.

c) Temporalidad

“Todas las medidas adoptadas en un proceso cautelar tienen una duración temporal limitada. No puede determinarse a priori su duración, pues depende de lo que dure el proceso principal, pero se sabe con seguridad que estas deberán desaparecer. Por su propia naturaleza las medidas cautelares nacen para extinguirse al momento de desaparecer las razones que la motivaron.”¹⁴

La temporalidad de las medidas cautelares es una característica en la cual se establece que las medidas precautorias son usadas por un lapso meramente corto de tiempo, y tienen un límite; ya sea porque durante el transcurso del proceso principal se alcance la pretensión del solicitante; o bien sea una medida innecesaria y

¹³ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 157

¹⁴ *Ibíd.*, Pág. 158.

esta sea revocada por no ser procedente. Las medidas precautorias son inciertas debido a que dependen de la duración del proceso de cognición o ejecución, pero con certeza estas desvanecen y desaparecen con el tiempo.

d) Variabilidad

“Las medidas de aseguramiento adoptadas en un proceso cautelar son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio de rebus sic stantibus (permaneciendo así las cosas), cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron.”¹⁵

Las medidas cautelares pueden ser versátiles debido a que dependen de la situación y desarrollo del proceso principal de conocimiento o ejecución, dentro del cual se haga necesario sustituir una medida, adoptar otra, o bien revocar la medida que no sea procedente; también en aquellos casos en que la medida cautelar haya cumplido con su finalidad en el proceso y ya no sea de utilidad, de esta manera, el juez ordenará levantar de inmediato la medida cautelar.

e) Rapidez en el procedimiento

“Si el proceso cautelar tienen su razón de ser en la duración del proceso de conocimiento o declaración, no puede concederse o denegarse las medidas por medio de un procedimiento complejo y largo, pues entonces su realización no tendría sentido.”¹⁶

A lo que esta característica se refiere, es que la forma para decretar medidas cautelares debe ser de manera breve, para así cumplir con su finalidad de aseguramiento en el proceso principal que se debe de seguir. No se puede retardar el proceso de aplicación de una medida cautelar, ni hacer de este un procedimiento largo.

¹⁵ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 158.

¹⁶ *Loc. Cit.*

Cabe mencionar que el CPCYM no regula un procedimiento específico para la aplicación de las medidas cautelares, únicamente se requiere de una garantía que deberá proporcionar el solicitante de la medida precautoria, para que el juez decreta la medida solicitada.

1.6 Breve historia de las medidas cautelares en Guatemala

1.6.1 Código de Procedimiento Civil (1877)

“En la República de Guatemala la labor de codificación se llevó a cabo en el siglo pasado, en el año de 1877. En esa oportunidad se emitió el Código de Procedimiento Civil, decreto número 176, de fecha ocho de marzo de mil ochocientos setenta y siete, y la Ley de Enjuiciamiento Mercantil el veinte de julio de ese mismo año.

En el Código de Procedimiento Civil, se incluyó un párrafo en el libro primero, título IX, dedicado especialmente a las providencias precautorias, entre las cuales se mencionaba específicamente el arraigo, el embargo preventivo y la intervención de bienes, esto regulado en el artículo doscientos setenta y cuatro de dicho cuerpo legal. Estos códigos estuvieron en vigor hasta la promulgación del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil”¹⁷

1.6.2 Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil (1934)

“El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil decreto legislativo número 2009, el cual fue sancionado por la asamblea legislativa el veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y cuatro. En el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, se incluyó un capítulo en el libro primero, título IV, al cual también se le denominó providencias precautorias, conservando el arraigo, el embargo y la intervención de los bienes, esto tipificado en el artículo ciento noventa y tres de dicho código.

¹⁷ Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 288.

En otras partes del código se encontraban otras providencias, que podían ser calificadas como precautorias, y que no eran mencionadas en el capítulo que trataba de las mismas.”¹⁸

El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil establecía generalmente, que las providencias precautorias podían otorgarse, a solicitud de parte, en los siguientes casos:

1°. Si hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba establecerse o se haya entablado una demanda;

2° Si existen motivos para presumir que se ocultan o dilapidan los bienes sobre los que debe ejercitarse una acción real; o se causen deterioros, daños o perjuicios por negligencia o por culpa, en los bienes sobre los que deba recaer la acción; y

3° En los casos en que la acción es personal, si el deudor intenta, en perjuicio del acreedor, ocultar, gravar o enajenar sus bienes o los dilapide.

En los tres casos anteriormente mencionados, el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil establecía que, en el primero de los casos procedía el arraigo, y en los últimos dos casos procedía el embargo precautorio o la intervención, dicha disposición se encontraba regulada en los artículos ciento ochenta y nueve, y ciento noventa y tres, de dicho cuerpo legal.

1.6.3 Código Procesal Civil y Mercantil (1964)

El actual CPCYM guatemalteco entro en vigencia el día primero de julio de 1964. En su libro quinto referente a las alternativas comunes a todos los procesos, se establece un apartado en el título I, denominado providencias cautelares, en este título se formaron dos capítulos; el primero denominado seguridad de las personas, y el segundo medidas de garantía.

¹⁸ Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 288.

“En el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, se cambió la orientación en cuanto al extremo de la comprobación de la necesidad de la medida. La comprobación rigurosa que se exigía tanto del derecho en que se funda el solicitante como de la necesidad de la medida, había producido en la practica la demora en el otorgamiento de tal medida, de manera que cuando esta llegaba, ya no era oportuna ni necesaria.”

19

El CPCYM en el artículo 531 establece en el último párrafo que quien solicite una medida precautoria está obligado:

1°A determinar con claridad y precisión lo que va exigir del demandado;
2°A fijar la cuantía de la acción, si fuere el caso; y,
3°A indicar el título de ella.

“Las medidas cautelares establecidas en el actual código, representan un paso muy avanzado, debido a la regulación que se le dio, en un título especial, y además la inclusión que le da el legislador al regular las providencias de urgencia.”²⁰

1.7 Clasificación de las medidas cautelares en la doctrina

1.7.1 Clasificación según Calamandrei

El autor Calamandrei, citado por Mario Aguirre Godoy, hace una clasificación de las medidas cautelares, la cual las divide en cuatro grupos que a continuación se mencionan:

a) Providencias introductorias anticipadas:

“Son aquellas que pretenden preparar prueba para un futuro proceso de conocimiento o de ejecución, a través del cual se practican y conservan ciertos medios de prueba que serán utilizados en el proceso futuro.”²¹

¹⁹ Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 290.

²⁰ *Loc. Cit.*

²¹ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág.43.

Esta clasificación no se encuentra establecida en el apartado de providencias cautelares del CPCYM guatemalteco, sin embargo el legislador las incluyó en la sección segunda, del libro segundo, con la denominación de pruebas anticipadas y estas son utilizadas para proteger y conservar un medio de prueba que en un futuro proceso será de importancia.

“Son providencias que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, y por ello, tratan de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, que serán utilizadas en aquel proceso, en el momento oportuno. Incluyéndose aquí todas las hipótesis de conservación o aseguración de la prueba.”²²

b) Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada:

“Estas providencias tienen como fin asegurar el futuro proceso de ejecución.”²³

Son aquellas medidas establecidas específicamente para el aseguramiento de un derecho reclamado en un proceso de ejecución.

c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida:

“Mediante estas providencias provisionalmente se decide una discusión, como ejemplos encontramos, los alimentos provisionales, suspensión de la obra, y el derribo de la obra.”²⁴

Esta clasificación se refiere específicamente a que las medidas cautelares son utilizadas en los casos donde exista una controversia, y el fin de las medidas cautelares sea el de solventar el asunto momentáneamente, mientras se continúa un proceso y así lograr una solución definitiva.

²² Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 286.

²³ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 43.

²⁴ *Loc. Cit.*

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

“Se refiere a las típicas providencias cautelares y cuyo requisito previo es la constitución de garantía.”²⁵

En esta clasificación se observa la importancia de que la parte interesada que solicite una medida cautelar, debe prestar una garantía, esto con el fin de asegurar también a la parte contra quien se solicite la medida cautelar.

En la clasificación que hace el autor Calamandrei se puede establecer, que las providencias cautelares contenidas en el CPCYM guatemalteco, son una mezcla de la clasificación anteriormente mencionada; de las providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada; de las providencias en las cuales se decide interinamente una relación controvertida y el las providencias que imponen una caución; debido a que las medidas cautelares reguladas en el código están dirigidas a asegurar el futuro de los procesos de cognición o en su caso de ejecución, además de resolver transitoriamente una relación controvertida, las medidas se adoptan en el momento que el interesado fije garantía suficiente a consideración del juez, para poder darle el trámite correspondiente.

“En opinión de varios autores, no todas las providencias incluidas por Calamandrei, en su clasificación de cuatro grupos, tienen el carácter de cautelar, lo cual indica que si desde el punto de vista doctrinario es difícil lograr una clasificación adecuada, en el ámbito legislativo también lo es, en que hay que concretar en normas, principios que todavía están sujetos a discusión”²⁶

1.7.2 Clasificación según Carnelutti

El autor De la plaza, citado por Mario Aguirre Godoy, acepta los dos tipos de procesos cautelares, que son mencionados por Carnelutti:

²⁵ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 43.

²⁶ Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, pág. 287.

a.) El proceso cautelar conservativo:

“Tiene como objetivo primordial mantener un estado de hecho o de derecho, o bien inmovilizar las facultades de poder disponer de un bien; en los dos casos con el propósito de asegurar los resultados de un proceso futuro de conocimiento o de ejecución. Como ejemplos se pueden mencionar, los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa, también en el secuestro y en la anotación de la demanda.”²⁷

b.) El proceso cautelar innovativo:

“Este proceso tiene como fin asegurar el resultado de un proceso ulterior, creando nuevas situaciones de hecho que logren facilitar el resultado. Ejemplos de ello lo encontramos en el depósito de persona, en los alimentos provisionales, en las situaciones derivadas de la ausencia y en el embargo preventivo.”²⁸

Las dos clasificaciones de las medidas cautelares anteriormente mencionadas, hechas por el autor Carnelutti, afirman que las providencias cautelares en general tienen como propósito principal asegurar el resultado posterior de un proceso, ya sea de cognición o ejecución, pero el autor en su clasificación lo que hace es una distinción de las situaciones que producen las distintas medidas cautelares; en el caso del proceso cautelar conservativo, como su nombre lo indica, únicamente se conserva o mantiene un estado de hecho o de derecho, a diferencia del proceso cautelar innovativo, en donde se crea un nuevo estado de hecho o de derecho.

1.8 Clasificación de las medidas cautelares en la legislación Guatemalteca

La clasificación de las providencias cautelares se encuentran establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil de la siguiente manera:

a) Medidas para garantizar la seguridad de las personas: Se encuentra regulado en los artículos del 516 al 522 del CPCYM.

²⁷ Aguirre Godoy, Mario. *Op. Cit.*, Pág. 287

²⁸ *Ibíd.*, Pág. 287 y 288.

- b) Medidas para asegurar la presencia del demandado: En esta clasificación se encuentra el “arraigo”, regulado en los artículos del 523 al 525 del CPCYM, y regulado también por el decreto número 15-71 del Congreso de la Republica.
- c) Medidas para garantizar la esencia de los bienes: En esta clasificación se encuentra “la anotación de la demanda”, regulado en el artículo 526 y el “secuestro” regulado en el artículo 528, ambos artículos del CPCYM.
- d) Medidas para garantizar la productividad de los bienes: En esta clasificación se encuentra “la intervención”, regulada en el artículo 529 del CPCYM y por el artículo 661 del Código de Comercio.
- e) Medidas para garantizar el pago de créditos dinerarios: En esta clasificación se encuentra el “embargo”, regulado en el artículo 527 del CPCYM.
- f) Medidas indeterminadas: En esta clasificación se encuentran las “providencias de urgencia” reguladas en el artículo 530 del CPCYM.

El legislador establece en el CPCYM siete tipos de medidas cautelares las cuales son: Medidas de seguridad de las personas, arraigo, anotación de la demanda, embargo, secuestro, intervención y las providencias de urgencia. Medidas que poseen cada una su propia característica, pero cuentan con un mismo fin, que es el de asegurar un derecho en un proceso futuro.

Asimismo, se puede establecer dos clasificaciones dentro de las cuales se encuentran las medidas cautelares reguladas en el CPCYM:

- 1) Las personales: Son aquellas medidas de garantía que recaen propiamente sobre la persona, y el cual modifica un estado de derecho del mismo. En esta clasificación aparecen las medidas para garantizar la seguridad de las personas y el arraigo, la primera tiene como finalidad esencial evitar malos tratos a la

persona, y la segunda asegurar la presencia de la persona demandada en el lugar donde se lleve a cabo el proceso.

- 2) Reales o patrimoniales: Son aquellas medidas que recaen sobre el patrimonio de una persona, esto con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación. En esta clasificación se encuentra, la anotación de la demanda, el embargo, secuestro, intervención y las providencias de urgencia.

1.8.1 Medidas de seguridad de las personas

“Esta providencia cautelar protege a las personas de los malos tratos o actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, la característica propia de esta medida cautelar, es que puede decretarse de oficio o a petición de parte y no requiere la constitución de garantía alguna. La protección de la persona se obtiene mediante el traslado de esta, a un lugar en donde libremente pueda manifestar su voluntad y poder gozar de sus derechos. También procede esta medida cautelar con el objeto de restituir al menor que ha abandonado el hogar, con las personas que tengan su guarda o cuidado.”²⁹

Las medidas de seguridad de las personas son aquellas medidas cautelares encargadas de garantizar el bienestar de una persona individual, que sufre de algún tipo de vejamen, por medio del cual se asegura su traslado a otro sitio en donde pueda libremente gozar de los derechos que la ley le otorga; estas medidas son decretadas por los jueces de primera instancia y en caso de urgencia por jueces menores, además pueden ser otorgadas a través de solicitud de parte o de oficio. De la misma manera proceden las medidas de seguridad en los casos donde un menor o incapaz sea abandonado por cualquier circunstancia; también proceden las medidas de seguridad al momento en que se deba restituir a un menor o incapaz a su hogar.

²⁹ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 44

Supuestos de la medida de seguridad:

La legislación guatemalteca regula tres supuestos o casos en el cual proceden las medidas de seguridad, pero existe controversia debido a que dos de los casos no cumplen con la finalidad preventiva, característica fundamental de las medidas cautelares, debido a que no se promueve un proceso posterior y las medidas de seguridad en estos dos casos no son de carácter accesorias, de esta manera no podrían existir por si solas, sin embargo el legislador decidió incluirlas en el apartado de medidas de seguridad.

a.) Seguridad de las personas en sentido estricto:

En el primer supuesto establece el artículo 516 del CPCYM que para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de los malos tratos o actos reprobados por la ley, será trasladada a un lugar seguro, en donde pueda manifestar su voluntad y gozar de los derechos que le otorga la ley.

En este caso es evidente que la medida cautelar de seguridad de las personas, cumple su fin en el momento que la persona que sufre de algún tipo de vejamen, o sea limitado en el ejercicio de algún derecho que le corresponde, pueda libremente manifestar su voluntad y así poder iniciar posteriormente un proceso pertinente.

b.) Menores o incapaces abandonados:

El artículo 520 del CPCYM, dispone que en el momento que llegue a conocimiento de un juez, que un menor de edad o incapacitado, ha quedado abandonado por muerte de la persona a cuyo cargo estuviere o por cualquier otra circunstancia, dictara con intervención de la Procuraduría General de la Nación, las medidas conducentes al amparo, guarda y representación del menor o incapacitado.

“No tiene naturaleza cautelar la protección de menores o incapaces abandonados, estas medidas no pueden considerarse cautelares debido a que no están al servicio

de un proceso principal que se deba iniciar, puesto que mediante esta disposición lo que se trata es únicamente de proteger a un menor o incapacitado.”³⁰

Con este supuesto se pierde la finalidad de la medida cautelar, que es el de asegurar un derecho en un proceso futuro, debido a que no existe un proceso principal, y por parte del solicitante tampoco hay intención de promover un proceso a futuro, esto pues imposibilita la existencia de una medida cautelar, ya que la característica fundamental de las providencias precautorias, es que, este es un proceso accesorio, que depende de un proceso principal, y en este supuesto no hay intención del solicitante de promover un proceso principal. Es por ello que este mandato legal no debería de incluirse en el apartado de medidas de seguridad, puesto que no tiene la finalidad cautelar.

c.) Restitución al hogar de menores o incapacitados:

El artículo 521 del CPCYM, dispone que a solicitud de los padres, tutores, guardadores o encargados, el juez dictara las medidas que estime oportunas a efecto de que el menor o incapacitado que haya abandonado el hogar, sea restituido al lado de las personas a cuyo cuidado o guarda estaba.

“La mera restitución del menor o incapacitado al hogar no tiene el carácter de cautelar, pues lo que se busca es simplemente eso, y no se tramita un proceso posterior, por lo que el carácter de cautelar no tendría ningún sentido.”³¹

Solo tendrá carácter de cautelar al momento de que se inste a un proceso posterior, y se establezca que esta medida tiene el fin de protección de un derecho en un proceso principal que ha de establecerse en un futuro. En este tercer supuesto el solicitante al obtener inmediatamente la restitución del menor o incapaz, en ningún momento acudirá al órgano jurisdiccional a promover un proceso, cabe mencionar

³⁰ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 164.

³¹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 164.

que este supuesto no debería de incluirse en el apartado de medidas de seguridad ya que tampoco cuenta con la finalidad de las medidas cautelares.

El artículo 522 del CPCYM añade, que el juez hará comparecer al menor o incapacitado a su presencia y levantara el acta respectiva en donde hará constar todos los hechos relacionados con la causa del abandono y dictara las disposiciones necesarias e iniciara, en su caso los procedimientos que corresponda.

“El juez, oído al menor o incapacitado y atendida la causa de abandono del hogar puede, instar al procedimiento de jurisdicción voluntaria que sea oportuno; o hacer saber las circunstancias al protutor para que este inste, en representación del menor o incapacitado, el proceso que sea conveniente. Debe tenerse en cuenta que el principio dispositivo impide que el juez inicie de oficio verdaderos procesos, pero ese principio no afecta los actos de jurisdicción voluntaria.”³²

1.8.2 Arraigo

“Medida cautelar que procede con el objeto de evitar, que la persona contra la que haya de iniciarse o se haya iniciado una acción se ausente u oculte sin dejar apoderado con facultades suficientes para la promoción y fenecimiento del proceso que contra él se promueve y de prestar garantía en los casos en que la ley así lo establece.”³³

“El arraigo tiene como finalidad asegurar que el demandado, no se ausente u oculte del lugar donde deba seguirse el proceso”.³⁴

El arraigo es aquella medida cautelar que tiene como finalidad esencial garantizar la presencia de la persona demandada o a quien se pretenda demandar en el lugar donde debe seguirse el proceso; además, la persona arraigada deberá prestar garantía en los casos señalados por la ley.

³² *Ibíd.*, Pág. 164 y 165.

³³ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 44 y 45

³⁴ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. cit.*, Pág. 166.

Procedencia del arraigo

El arraigo procede según lo establecido en el artículo 523 del CPCYM, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, pudiendo el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse el proceso.

El artículo 1° del decreto número 15-71 del Congreso de la República, establece que el arraigo tendrá duración de un año, a partir de la anotación en la Dirección General de Migración, el cual puede tener prorrogas, cada una de un año.

El artículo 2° del decreto número 15-71 del Congreso de la República, establece que en las comunicaciones a las autoridades de Migración, deberá expresarse: los nombres y apellidos completos del arraigado, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, domicilio, número de documento personal de identificación o de pasaporte, u otros datos personales que identifiquen a la persona arraigada.

El artículo 4° del decreto número 15-71 señala, que el arraigo deberá ser notificado al interesado inmediatamente de registrado en la Dirección General de Migración.

Casos en los que no procede el arraigo

El artículo 3° del Decreto número 15-71 del Congreso de la República señala los casos en los cuales no podrá decretarse el arraigo:

- a) No puede decretarse el arraigo en los juicios de ínfima cuantía, salvo en los casos de alimentos presentes.
- b) Tampoco podrá decretarse el arraigo si existe embargo sobre bienes o garantías suficientes que responda de las obligaciones reclamadas, salvo en aquellos casos en que sea indispensable la presencia en el país de la persona obligada.

En los dos casos anteriormente mencionados, al obligado que se ausenta del país sin constituir en juicio representante legal, el tribunal le nombrará defensor judicial,

quien por ministerio de la ley tendrá todas las facultades necesarias para la prosecución y fenecimiento del juicio de que se trate.

El artículo 117 del CPCYM establece, que no procede el arraigo: 1°. Si el demandante prueba que en el país de su nacionalidad no se exige esta garantía a los guatemaltecos; y, 2°. Si el demandado fuere también extranjero o transeúnte.

Efectos del Arraigo

El efecto principal lo establece el artículo 524 del CPCYM, donde se indica que al decretar el arraigo el juez prevendrá al demandado que no se ausente del lugar en que se sigue o haya de seguirse el proceso.

Sin embargo esto puede dejarse sin efecto en el caso que señala la ley, al nombrarse mandatario y que este acepte expresamente el mandato, además de prestar garantía si fuere el caso, el arraigo en este caso se deja sin efecto y se levantara sin más trámite.

También se menciona que si el mandatario constituido se ausentare de la República, o se imposibilitare para comparecer en juicio, el juez nombrara un defensor judicial del demandado y que tanto el mandatario constituido como el defensor judicial, tendrán por ministerio de ley, todas las facultades necesarias para llevar a término el proceso de que se trate.

El Código Procesal Civil y Mercantil menciona tres supuestos en los cuales el arraigado debe prestar garantía:

- a) En los procesos sobre alimentos: Sera obligatorio que el demandado cancele o deposite el monto de los alimentos atrasados que le sean exigibles legalmente y garantice el cumplimiento de la obligación por el tiempo que el juez establezca.
- b) En los procesos por deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compras de mercaderías al crédito: En este caso se exige al demandado que preste garantía por el monto de la demanda.

- c) Cheque sin fondos: Si el título en que se funda el demandante, es un cheque que no ha sido pagado, por falta de fondos o por haber dispuesto de ellos antes de haber transcurrido el plazo de cobro, el arraigado deberá prestar garantía por el monto de la acción.

En el momento en que el demandado cumpla con los requisitos, de prestar garantía si fuere el caso y nombrar mandatario, podrá solicitarle al juez levantar el arraigo que se haya interpuesto sobre su persona.

Quebrantamiento del arraigo

El artículo 525 del CPCYM dispone que si el arraigado no cumple con la decisión del juez y quebrante así el arraigo o no comparezca en el proceso él, o su representante o mandatario se tomarán las siguientes medidas:

- a) Pena que merezca por su inobediencia: En este caso se refiere al delito de desobediencia regulado en el artículo 414 del Código Penal.
- b) Será remitido a su costa al lugar de donde se ausentó indebidamente: En el caso de que el arraigado sea localizado.
- c) Se le nombrará defensor judicial: En el caso de que el arraigado no sea localizado.

1.8.3 Anotación de la demanda

“Es una medida cautelar de carácter conservativa y pretende que cualquier enajenación o gravamen posterior a la anotación que se efectuó sobre un bien mueble o inmueble registrable, no perjudique el derecho del solicitante. Es necesario resaltar que esta medida solo procede en aquellas acciones en las cuales el objeto del proceso es el bien objeto de la medida. En consecuencia esta medida cautelar no procede cuando el bien únicamente garantiza el cumplimiento de otra obligación, caso en el cual la medida que procede es el embargo.”³⁵

³⁵ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 45

La anotación de la demanda es una providencia cautelar, utilizada en aquellos casos donde exista controversia sobre algún derecho real, ya sea que se trate sobre bienes inmuebles o una controversia que exista sobre bienes muebles. Esta medida tiene como efecto paralizar cualquier mala intención de modificación que el demandado pretenda hacer sobre algún derecho real, que se encuentre en controversia y proteger así el interesado las resultas del derecho reclamado en un proceso presente o futuro.

El artículo 526 del CPCYM señala que, si se discute la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil. Igualmente podrá pedirse la anotación de la demanda sobre bienes muebles si existen organizados los registros respectivos. Y en el último párrafo señala que efectuada la anotación, no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre los mencionados bienes.

Anotación de la demanda sobre bienes inmuebles

En los casos donde se discuta algún derecho real sobre inmuebles, se debe actuar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. La medida cautelar de anotación de la demanda, autorizada por juez competente, deberá llevarse a cabo en el Registro de la Propiedad; el Código Civil decreto ley número 106, regula en el libro cuarto, lo referente al Registro de la Propiedad, y en el capítulo III, regula lo referente a las anotaciones y sus efectos.

El artículo 1124 del Código Civil establece que el Registro de la Propiedad es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables. Además establece que son públicos sus documentos, libros y actuaciones.

El Registro de la Propiedad es una institución que juega un papel muy importante con respecto a la anotación de la demanda, primero; porque es a través del cual se llevan a cabo los registros correspondientes de los bienes que posee una persona, sean bienes muebles o inmuebles; y segundo, es importante debido a que en esta institución es donde corresponde hacer la anotación, sobre un bien que se encuentre en discusión, y que el interesado pretende garantizar en un proceso futuro o presente.

El artículo 1149 del Código Civil establece que podrán obtener anotación de sus respectivos derechos: 1°. El que demandare en juicio la propiedad, constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles u otros derechos reales sujetos a inscripción, o la cancelación o modificación de ésta;... 6°. El que en cualquier otro caso tuviere derecho a pedir anotación preventiva, conforme lo dispuesto en el Código Civil o en otra ley.

Se debe tomar en consideración que los derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquel a cuyo favor se haya hecho la anotación, esto regulado en el artículo 1163 del Código Civil.

Anotación de la demanda sobre bienes muebles

La anotación de la demanda, procede también en los casos que se refieran a bienes muebles, en este supuesto siempre que existan organizados los registros respectivos, la anotación de la demanda sobre bienes muebles se encuentra regulada en el Código Civil.

El artículo 1185 del Código Civil establece que en el Registro de la Propiedad se llevarán por separado los registros siguientes: de prenda agraria, de testamento y donaciones por causa de muerte, de propiedad horizontal, de fábricas inmovilizadas, de buques y aeronaves, canales, muelles, ferrocarriles y otras obras públicas de índole semejante, de minas e hidrocarburos, de muebles identificables y otros que establezcan leyes especiales.

El artículo 1214 del Código Civil, reformado por el artículo 96 del decreto ley 218, indica que la inscripción de un bien mueble identificable se hará en libro especial a la presentación de la escritura o documento legalizado o copia legalizada de los mismos en que conste la transferencia de dominio y con los requisitos que establezca el reglamento del Registro.

Existe entonces en el Registro de la Propiedad un libro especial donde se registran por separados los bienes muebles identificables, en este caso se puede también llevar a cabo la anotación de la demanda sobre bienes muebles registrables, en los libros especiales.

“Es obvio que la medida cautelar de anotación de la demanda tiene su verdadero sentido útil cuando se trata de bienes inmuebles.”³⁶

1.8.4 Embargo

“Esta medida pretende limitar el poder de disposición del bien embargado, a diferencia de la anotación de la demanda, procede sobre cualquier clase de bienes registrables o no y el objeto es que el valor de los mismos alcancen a cubrir el monto de la obligación”.³⁷

El embargo es una medida cautelar que se utiliza para costear el monto de una deuda reclamada en un proceso, o bien para costear el monto de intereses o costas adeudadas, a través de los bienes que posee el demandado y que alcancen a cubrir la cantidad reclamada por el interesado. El embargo tiene como efecto principal la prohibición de enajenar la cosa embargada.

Por su parte Guillermo Cabanellas señala: “El embargo es una medida procesal precautoria de carácter patrimonial que, a instancia de acreedor o actor, puede

³⁶ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 171.

³⁷ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 45.

decretar un juez o tribunal sobre los bienes del deudor o demandado, para asegurar el cumplimiento de la obligación exigida y las resultas generales del juicio”.³⁸

“Cuando la pretensión que se va a ejercer en un proceso posterior, la que se ejerce al mismo tiempo en la demanda o la que ya se ha ejercitado, se refiere a una obligación dineraria, la medida adecuada es el embargo llamado preventivo o precautorio, para diferenciarlo del embargo ejecutivo, que es el que se adopta en el proceso de ejecución.”³⁹

El artículo 527 del CPCYM establece: podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución.

El artículo 301 del CPCYM, regula que el acreedor tiene derecho a elegir los bienes en el cual deba realizarse el embargo, correspondientes a aquellos bienes que cubran la suma de lo reclamado o adeudado, sumándole un diez por ciento para la liquidación de costas.

1.8.5 Secuestro

“Por medio de esta medida cautelar, se pretende desapoderar de manos del deudor el bien que se debe, para ser entregado a un depositario. Esta medida procede únicamente cuando el bien es el objeto de la pretensión y por ende el demandado se encuentra en la obligación de entregarlo y no cuando el bien es embargado y garantiza el cumplimiento de una obligación que no es la entrega del bien mismo”.⁴⁰

“Según Couture, se trata de una medida cautelar consistente en la aprehensión judicial y depósito de la cosa litigiosa o de bienes del que se presume sea deudor, para asegurar la eficacia del embargo y el eventual resultado del juicio”.⁴¹

³⁸ Embargo. Diccionario jurídico elemental. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Op. Cit.*, Pág. 141.

³⁹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 174.

⁴⁰ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 46.

⁴¹ Secuestro. Diccionario jurídico elemental. Cabanellas de Torres, Guillermo. *Op. Cit.*, Pág. 342.

El secuestro es aquella medida precautoria utilizada para poder despojar al deudor de un bien reclamado por parte del interesado. Al decretarse el secuestro de la cosa reclamada, este pasará a ser depositado a un particular o institución reconocida. El fin esencial de esta medida cautelar es el desapoderamiento de un bien reclamado por el solicitante.

Señala el artículo 528 del CPCYM que el secuestro se cumplirá mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma. El segundo párrafo añade que en la misma forma se procederá si la demanda se refiere a la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones, o que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos.

“La medida cautelar referente a anotación de la demanda tiene más sentido si trata de bienes inmuebles, pero para los bienes muebles la medida oportuna es el secuestro. El secuestro como medida cautelar, al recaer sobre bienes muebles de los que el demandado pierde la posesión, supone la privación de la facultad de disponer de esos bienes.”⁴²

1.8.6 Intervención

“Esta medida pretende limitar el poder de disposición sobre el producto o frutos que produce los establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, a través de un depositario llamado interventor, que tiene la facultad de dirigir las operaciones del establecimiento.”⁴³

La intervención es aquella medida cautelar que se utiliza en casos en los cuales se trate de fincas rusticas y urbanas, establecimientos o propiedades de naturaleza

⁴² Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 171.

⁴³ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 46.

comercial, industrial o agrícola, esto con el fin de asegurar el derecho del acreedor, a través de una persona a la que se denominara interventor.

Supuestos de la Intervención

El artículo 529 del CPCYM señala que la medida cautelar de intervención está prevista para los siguientes casos:

- a) En los casos en que exista insuficiencia en la anotación preventiva de la demanda:

“En algunos momentos la anotación de la demanda en el Registro de la Propiedad no es medida suficiente, y tampoco lo es cuando el verdadero valor del bien sobre el que recae la pretensión, no consiste tanto en el bien mismo, sino cuando se trata en su productividad, es decir, en lo que pueda generar en si el bien. Es evidente que la anotación de la demanda no asegura que el bien anotado, seguirá siendo productivo, esto es, que el bien se seguirá administrando de modo que, al final de un proceso, mantendrá su valor.”⁴⁴

Al momento de hacer la anotación de la demanda de un bien, simplemente la finalidad de tal acción es cuidar el valor del bien, pero si el bien anotado se trata de un establecimiento comercial, industrial o agrícola, es evidente que además del valor del bien, puedan existir frutos o productos que generen un valor, sin embargo la medida cautelar de anotación de la demanda no es suficiente para cuidar el valor que generan estos productos.

Es por ello que el legislador creo la figura denominada intervención, precisamente para asegurar más que el valor del bien, los frutos o productos que genera el bien a través de una tercera persona denominada interventor.

- b) En los casos de garantía sobre los bienes que generen un valor determinado, y que el embargo no sea medida suficiente para garantizarlos:

⁴⁴ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 172.

“El embargo no es suficiente para garantizar que se seguirá manteniendo el valor del bien, con el producto de la venta del cual debe percibir su crédito el solicitante, en este caso es por ello que se acude a la intervención”.⁴⁵

En este supuesto se establece que la intervención es aquella medida cautelar que sirve para garantizar el valor de los productos o es su caso frutos que genere el establecimiento o propiedad que haya sido objeto de una medida preventiva, y que la medida cautelar referente al embargo no cumple con la finalidad de garantizar el valor que generen los productos de los bienes inmuebles.

Figura de la intervención

En la medida cautelar referente a la intervención, existe una figura denominada interventor, quien es la persona que tiene la potestad de asegurar el derecho del demandante y velar porque la explotación de los productos o frutos que genere el bien continúe de una manera adecuada.

El artículo 37 del CPCYM establece lo referente a la figura de la intervención: El depositario de fincas rústicas o urbanas de establecimientos industriales o comerciales, o de propiedades agrícolas, tendrá el carácter de interventor y no podrá interrumpir las operaciones de la empresa respectiva, tendrá la facultad de dirigir dichas operaciones, autorizará los gastos ordinarios del negocio, depositará el valor de los productos en un establecimiento de crédito y llevará cuenta comprobada de la administración. Podrá también nombrar o remover al personal, con autorización del juez. Según los casos, el juez decidirá si las personas que han tenido la administración conservan su cargo, parcial o totalmente, bajo la sola fiscalización del interventor. El tercer párrafo del artículo 529 del CPCYM establece que el auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor.

Se debe mencionar que en los asuntos que se refieran a establecimientos comerciales, actualmente se debe regir por el Código de Comercio, esto debido a la

⁴⁵ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 172 y 173.

exclusión que hace el Código de Comercio en el artículo VI de sus disposiciones derogatorias y modificatorias, al indicar que el embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el artículo 661 del Código de Comercio, por lo que el artículo 37 del CPCYM no tendrá aplicación en estos casos.

Intervención Mercantil

Establece el artículo 661 del Código de Comercio que la orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil solo podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remate a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante, podrá embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no perjudique la marcha normal de la empresa mercantil.

“El Código de Comercio creó la medida híbrida que denomina embargo con carácter de intervención, la cual se decreta en los casos en que la controversia se produzca entre comerciantes, a quienes únicamente se les puede intervenir los negocios a través de la intervención de la empresa de naturaleza mercantil.”⁴⁶

1.8.7 Providencias de urgencia

“Bajo este título, el ordenamiento civil adjetivo vigente autoriza al juez decretar aquellas medidas de garantía que según las circunstancias sean las más idóneas para resguardar el derecho del solicitante y que no son las medidas enumeradas por el Código Procesal Civil y Mercantil, estas providencias de urgencia permiten que el juez pueda decretar cualquier medida de garantía, distintas a las señaladas en el ordenamiento”.⁴⁷

⁴⁶ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 173 y 174.

⁴⁷ Gordillo Galindo, Mario Eduardo. *Op. Cit.*, Pág. 46.

Las providencias de urgencia son aquellas medidas precautorias utilizadas para resguardar un derecho que pueda ser afectado durante el transcurso de un proceso, derecho que no protege ninguna de las demás medidas cautelares que se encuentran enumeradas en el apartado de providencias cautelares del Código Procesal Civil y Mercantil, pero que cuentan con la misma finalidad; primero, porque son decretadas para asegurar un derecho que puede verse afectado en un proceso; y porque a través de ello se asegura los efectos de la decisión sobre el fondo de un proceso. Las providencias de urgencia pueden solicitarse por escrito a solicitud de parte, y según sea el caso, decretar la medida si a criterio del juez es conveniente y oportuna.

Regulado en el artículo 530 del CPCYM en la cual se establece: Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones del código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en el código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Supuestos de las providencias de urgencia

Es posible considerar el artículo 530 del CPCYM como una norma en la cual el legislador regula las providencias de urgencia como una norma en blanco y con un doble supuesto:

a) El primer supuesto establece:

“Deja en blanco el supuesto de hecho, ya que no se dice cuál es el derecho ejercitado por el actor en la demanda; se hace alusión general al fundado motivo para temer, pero no se especifica cual puede ser el riesgo que hace nacer ese temor; y respecto del perjuicio se menciona que solo debe ser inminente e irreparable.”⁴⁸

⁴⁸ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 175

Las providencias de urgencia son utilizadas en todos los supuestos en que el solicitante tenga el motivo suficiente para creer que durante el tiempo en que necesite hacer valer un derecho, a través de algún proceso, ese derecho se encuentre amenazado y en riesgo, por tal razón es posible que el juez decreta alguna providencia de urgencia. El artículo referente a las providencias de urgencia es impreciso, ya que no hace mención de los casos en los cuales el juez pueda decretar una providencia de urgencia, de esa forma el legislador deja la norma indefinida y en blanco, debido a que le da a las partes la potestad de elegir y decretar la medida que se estime conveniente.

b) El segundo supuesto refiere:

El artículo que establece sobre las providencias de urgencia le da la facultad al juez de adoptar las medidas de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo. Sin embargo el efecto jurídico queda ambiguo, ya que el artículo no menciona las medidas que puede decretar el juez, sino solo hace una indicación de que la medida sea la más idónea, y deja a determinación del juez la medida cautelar correcta que deba utilizarse en un caso específico.

“Los supuestos de las providencias de urgencia no deben ser procesos en los que se reclaman bienes muebles e inmuebles, ni en las cuestiones relativas a obligaciones dinerarias, sino más bien deben usarse las providencias de urgencia, en los casos en que se pretenda del demandado, obligaciones de hacer y no hacer, aquellas que podrían verse privadas de seguridad si no se adopta una medida precautoria.”⁴⁹

Es decir que las providencias de urgencia no son aquellas medidas enumeradas en el CPCYM, más bien deben ser aquellas, que por la necesidad del asunto deban adoptarse para proteger un derecho alegado en un juicio que deba seguirse en ese momento o a futuro, el autor Chacón Corado menciona las obligaciones de hacer y

⁴⁹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 175 y 176.

no hacer, el ejemplo más idóneo en este caso, debido a que ninguna de las medidas reguladas por el código protegen este tipo de obligaciones.

1.9 Aplicación de las medidas cautelares

Hay que distinguir dos momentos importantes para la aplicación de las medidas cautelares; el primero se da a la hora de solicitar por parte del actor una medida cautelar; el segundo momento y quizá el más importante es la aplicación por parte del juez de la medida cautelar.

Cada una de las medidas cautelares enumeradas en el CPCYM guatemalteco, cuentan con sus propias características, formas y distintos derechos que cada una de las medidas protegen, también se regula la forma en que se solicita las medidas precautorias, sin embargo el código no establece un procedimiento o trámite para la aplicación de las medidas cautelares en general.

1.9.1 Momento de la solicitud

Las medidas cautelares reguladas en la legislación guatemalteca pueden ser solicitadas en dos momentos:

a) Antes de la presentación de la demanda

Es el momento en que el solicitante de una medida cautelar pide ante un órgano jurisdiccional competente la medida preventiva antes de presentar su demanda.

Estipula para estos casos el artículo 535 del CPCYM que ejecutada la medida cautelar, deberá el solicitante entablar su demanda dentro del plazo de 15 días, si el proceso continúa en el lugar donde se interpuso la medida, sin embargo podrá el juez ampliar el término por razón de la distancia si el proceso debe de seguirse en otro lugar. Transcurrido el plazo sin que el solicitante plantee su demanda, la providencia precautoria se revocará al pedirlo el demandado.

b) Al momento de la presentación de la demanda

Es el momento procesal en que la medida cautelar no se solicita anticipadamente, sino junto con la demanda, al mismo tiempo en que el actor interponga su demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

Establece el artículo 532 del CPCYM que en los casos de arraigo, anotación de la demanda e intervención judicial, no será necesario constituir garantía, si se solicita junto a la demanda. Tampoco será necesario en la demanda donde se pida embargo o secuestro de bienes, si la ley autoriza específicamente esta medida con relación al bien discutido, y si la demanda se funda en prueba documental que, a juicio del juez, autorice decretar la medida cautelar.

1.9.2 Requisitos para interponer una medida cautelar

Estos requisitos son indispensables y se encuentran establecidos en el artículo 531 del CPCYM donde se regula que para el efecto de la fijación de la garantía, el que solicite una medida cautelar tiene obligación: A determinar con claridad y precisión lo que va exigir del demandado; A fijar la cuantía de la acción, si fuese el caso; y, A indicar el título en que se fije la acción.

a) Garantía:

La garantía es un requisito importante para la solicitud de una medida cautelar, tiene por objeto el pago de costas, daños y perjuicios que pueda causar el actor al demandado, si la medida cautelar no fuere procedente y pueda de esa forma perjudicar al demandado, por esta razón es de suma importancia e indispensable que el solicitante de una medida precautoria otorgue garantía suficiente para los casos señalados en la ley.

El segundo párrafo del artículo 531 del CPCYM indica que la garantía la fijara el actor de la siguiente forma: Si la acción que va intentarse fuera por valor determinado, no bajará del diez por ciento ni excederá del veinte por ciento del valor; y si la acción

que se ejercita fuera por cantidad indeterminada, el juez fijara el monto de la garantía, según la importancia del litigio.

b) Solicitud:

El artículo 531 del CPCYM regula que en virtud de la garantía y para su fijación, el que solicite una medida cautelar tiene obligación: A determinar con claridad y precisión lo que va exigir del demandado.

c) Cuantía

Es importante al momento de otorgar la medida cautelar solicitada, para que el juez fije la garantía se necesita de ciertos parámetros, ya que la reclamación del solicitante pueda ser de valor determinado o indeterminado.

d) Título

Es importante que el actor indique el título en que fundamente su acción, en casos en el que exista una deuda a reclamar, esto con el fin de garantizar la obligación que se pretende hacer valer.

1.9.3 Forma de fijar las medidas cautelares

El artículo 534 del CPCYM indica que las medidas cautelares serán decretadas como regla general sin oír a la parte contra quien se interponga alguna de las medidas cautelares y surtirán todos sus efectos.

Sin embargo el CPCYM se queda corto al no establecer un procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares.

1.9.4 Extinción de las medidas cautelares

Todas las medidas cautelares se adoptan por un tiempo indefinido, ya que dependen del transcurso del proceso principal, y no tienen pretensión de convertirse en definitivas.

- a) Si se otorga por parte del juez una medida cautelar antes de presentada la demanda y el solicitante no interpone en el plazo legal de quince días su demanda, la medida cautelar será revocada a solicitud del demandado.
- b) Las medidas cautelares serán levantadas si la providencia es revocada.
- c) También se procederá al levantamiento de todas las medidas cautelares si la pretensión solicitada en el proceso principal es desestimada, declarándose improcedente la demanda y absolviendo al demandado en el proceso.

En los tres casos anteriormente mencionados el solicitante de la medida cautelar queda obligado al pago de las costas, daños y perjuicios. “Para las costas debe estarse a la liquidación que ha de practicarse en el incidente; para los daños y perjuicios el demandado podrá iniciar el juicio ordinario que corresponda a la cuantía.”⁵⁰

d) Contragarantía:

La contragarantía es el derecho que tiene el demandado, para solicitar que se levante una medida cautelar interpuesta en su contra, para ello fijara garantía suficiente a juicio del juez, con el objeto de cubrir la demanda, intereses y costas que resulten del proceso principal.

Son tres formas en la cual el demandado puede constituir contragarantía:

- 1° Hipoteca
- 2° Prenda
- 3° Fianza

El artículo 533 del CPCYM estipula que el trámite de la petición se hará en forma de incidente, y una vez que a juicio del juez la contragarantía sea suficiente, se le dará trámite y de inmediato se levantará la medida cautelar solicitada.

⁵⁰ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. *Op. Cit.*, Pág. 182.

Existe una excepción con respecto a la contragarantía la cual consiste en que si la medida cautelar se trate de arraigo se procederá a lo dispuesto en el artículo 524 del CPCYM. En el caso de la medida cautelar referente al embargo, regula el artículo 300 párrafo segundo del CPCYM, que puede el deudor hacer levantar el embargo si consigna dentro del proceso de ejecución, la cantidad que se reclama, más un diez por ciento para liquidación de costas.

CAPÍTULO II

2. PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

2.1 Similitudes y diferencias de las medidas cautelares en la legislación de Guatemala y España

En el ordenamiento jurídico del derecho civil español, se encuentra la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, donde se regula lo referente al tema de medidas cautelares, contenida en el libro III denominada de ejecución forzosa y medidas cautelares, título VI de las medidas cautelares, específicamente regulado en los artículos 721 al 747 de dicho cuerpo legal. En la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece un apartado completo al tema de medidas cautelares y se señala de forma específica el procedimiento para la adopción y aplicación de las medidas cautelares enumeradas en ella.

Lo que destaca en la ley de Enjuiciamiento Civil de España, además de regular un procedimiento propio para las medidas cautelares, se otorga una audiencia previa al demandado como regla general, antes de fijar la medida cautelar que se solicita en su contra, para que pueda la parte afectada, en dicha audiencia, alegar y probar sus argumentos. Mientras que la legislación guatemalteca, al regular el tema de providencias cautelares como lo establece propiamente el Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley número 107, no se señala un procedimiento para la aplicación de las medidas cautelares, además de que éstas son decretadas sin oír a la parte contra quien se solicite la medida cautelar, es decir, sin audiencia previa.

2.2 Principio de audiencia en la legislación de España

“En el marco de un Estado Constitucional se plantea una reformulación del principio de audiencia, que incentive una mejor relación de los sujetos del proceso, permitiendo entre ellos un dialogo efectivo tanto en todas las etapas del proceso. Por ello, no se le debe concebir como una simple herramienta formal como era conocida

tradicionalmente: bilateralidad de instancia, sino por el contrario como una oportunidad de influir en todo el desarrollo del proceso y la formación de decisiones racionales.”⁵¹

En el derecho civil español se toma muy en cuenta el tema de las garantías y principios constitucionales, entre los cuales se encuentra el principio de audiencia, este principio cuenta con un papel importante en el proceso español en general, ya que el principio de audiencia es considerado como la oportunidad procesal para que las partes se manifiesten en la audiencia respectiva y logren probar hechos que consideren oportunos, además para que las partes puedan de esa manera influenciar en la decisión que debe tomar el juzgador al final del proceso.

Los profesores Italianos Trocker y Comoglio conciben al principio de audiencia como: “una garantía de influencia tanto en el desarrollo como en el resultado del proceso.”

⁵²

La garantía de influencia consiste en la oportunidad que tienen las partes procesales, sean actor o demandado, de poder intervenir en el desarrollo de todas las etapas procesales, y poder de esa forma opinar, alegar y probar hechos que consideren necesarios, además de contribuir en la formación de la decisión que el juzgador deba tomar en el resultado final del asunto.

Fazzalari considera: “que el principio de audiencia asegura las simétricas posiciones subjetivas y asegura a los participantes del proceso, la posibilidad de dialogar y de ejecutar una serie de controles, de reacciones y de opciones dentro de su estructura.” ⁵³

⁵¹ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El principio de Audiencia: evolución e influencia en el proceso civil.* España, J. M. Bosch editor, 2014. Pág. 105.

⁵² *Ibíd.*, Pág. 106

⁵³ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 106

El objeto del principio de audiencia es la participación que se le da a las partes para poder estar presentes en la audiencia procesal respectiva, de ese modo probar y responder a las alegaciones hechas en su contra, así también poder hacer uso de los medios de impugnación que establece la normativa y que le favorezcan.

2.2.1 Interpretación Constitucional del principio de audiencia en la legislación de España

“El hecho de concebir al proceso desde el paradigma del Estado Constitucional demanda que los principios procesales y en general el proceso civil deba ser analizado bajo una visión constitucional; es decir, se debe encontrar su sentido constitucional”⁵⁴

Estado Constitucional de derecho, es donde se respeta la vigencia efectiva de las leyes superiores en un país, y como consecuencia el gobierno de turno debe de respetar de manera correcta la ley suprema como lo es la Constitución, de un modo equitativo e igual para todos los habitantes de un país; por lo cual el proceso en general deberá desarrollarse atendiendo a un debido proceso constitucional.

“La interpretación constitucional del principio de audiencia pone de relieve su papel central que desempeña en el proceso, constituyéndose en su rasgo característico y distintivo, que importa necesariamente la participación no solo del actor sino de todos los sujetos destinatarios de sus efectos durante cada fase del procedimiento permitiendo la emisión de decisiones judiciales bien formadas. Se trata de la redefinición de este principio en donde su concepción formal evoluciona a su concepto sustancial; en virtud del cual se le reconoce a las partes la posibilidad de influenciar sobre la formación del convencimiento del juez, pues los efectos de su pronunciamiento judicial producen potencialmente en la esfera personal y patrimonial de los destinatarios. En buena cuenta se trata de una democratización del ejercicio del poder en la aplicación de la tutela jurisdiccional; motivo por el cual este principio

⁵⁴ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 103.

es considerado también como un instrumento que permite medir el grado de democracia de un Estado.”⁵⁵

El principio de audiencia es muy especial en la legislación de España y lo debería de ser en todas las legislaciones, debido a que se trata de un principio que le da el derecho a ambas partes de poder manifestarse, alegar y probar hechos que pueda beneficiar a cada una de ellas dentro de un proceso. De esta manera el principio de audiencia es un principio constitucional, el cual el derecho español, respeta y utiliza frecuentemente en su legislación, como por ejemplo en el procedimiento de las medidas cautelares, debido a que le confiere una audiencia a las partes antes de decretar una medida cautelar que pueda afectar a una de las partes.

2.2.2 Regulación del principio de audiencia en la Constitución de España

“En relación al sistema constitucional español, debido a que no existe un enunciado normativo que regule en forma expresa el principio procesal en cuestión, un gran sector de la doctrina y jurisprudencia entiende que su ordenación constitucional se encuentra ubicada específicamente en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, publicada en el boletín oficial del Estado el 29 de diciembre de 1978.”⁵⁶

Establece el artículo 24 de la Constitución Española:

1°. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión.

2°. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

⁵⁵ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 107 y 108.

⁵⁶ *Ibíd.*, Pág. 121

El artículo 24 de la Constitución de España es fundamental debido a que hace referencia al derecho de defensa que cualquier persona posee, el derecho a un juez ordinario, asistencia de letrado, al derecho de obtener información en el proceso y en especial porque es en ese artículo donde se encuentra el principio de audiencia, muy respetado en el derecho español en los procesos en general.

2.2.3 Contenido esencial del principio de audiencia

El principio de audiencia tiene un contenido que posee una serie de características fundamentales, que hacen de este principio único y realmente necesario su uso en cualquier estado del proceso, como en el derecho procesal civil referente al tema de medidas cautelares.

De Falco citado por Alfaro Valverde, sostiene: “que su contenido consiste en primer lugar en que a las partes se les otorgue la oportunidad de expresarse en cuanto a la materia del proceso, para poder tomar influencia sobre el proceso, y que, por su parte, el tribunal tome como fundamento para sus decisiones solo estas cuestiones de hecho, sobre las cuales las partes se pudieron manifestar.”⁵⁷

Son tres los elementos que comprenden el contenido esencial del principio de audiencia:

a) Derecho a recibir adecuada y tempestiva información:

Este primer elemento es esencial e importante, ya que es a través del principio de audiencia en el cual se le informa al demandado de la existencia de un proceso en su contra, y por el hecho de ser notificado sobre algún proceso que se ventile en su contra, podrá tomar decisiones y actuar de manera pronta en su defensa.

“Se trata de aquel derecho básico para una cabal interpretación y aplicación del principio de audiencia; presente inclusive desde su concepción inicial o primigenia, formulada como la primera fase del binomio: derecho de información- reacción.”⁵⁸

⁵⁷ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 110.

⁵⁸ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 110.

b) Derecho a defenderse activamente:

“Como consecuencia del anterior elemento esencial del principio de audiencia se encuentra, en segundo lugar el derecho a defenderse activamente. De esta manera, el paso del derecho anterior, de tener conocimiento de la información al ejercicio de influencia sobre la resolución que vaya a dictarse, implica que este principio tenga como contenido mínimo la posibilidad de formular alegaciones de hecho y de derechos acompañadas de las correspondientes peticiones. La doctrina mayoritaria entiende que este derecho se manifiesta en la medida que el legislador diseñe la estructura de todo procedimiento judicial, de tal manera que proporcione o reconozca a las partes la oportunidad de ser mutuamente oídas.”⁵⁹

Este elemento se refiere entonces a la oportunidad procesal que tiene el demandado para manifestarse en el proceso, de esta manera poder probar y alegar hechos que a su derecho corresponda. El legislador otorga la oportunidad procesal en que el actor o demandado puedan manifestarse de acuerdo a como se encuentren reguladas las fases del procedimiento, como ejemplo, se encuentra el procedimiento de las medidas cautelares donde el legislador español le da la oportunidad a las partes de ser oídas, previo a fijar una medida cautelar con el fin de que actor y demandado, puedan defenderse, probar y convencer al juez de la necesidad o no, de la medida cautelar.

c) Derecho de influencia:

El tercer y último elemento del principio de audiencia es el derecho de influencia, que como su nombre lo indica, trata esencialmente de influir en la decisión final que el juez tome al momento de terminar con todas las etapas del proceso, después de escuchar las alegaciones y presunciones de ambas partes, dándoles el derecho de ser oídos y manifestarse dentro del proceso, y lograr de esa manera tener en consideración los medios probatorios que cada una de las partes aporten al proceso. Así pues el principio de audiencia juega un papel importante en el proceso debido a

⁵⁹ *Ibíd.*, Pág. 112 y 113.

que se respeta el derecho de cada una de las partes sea actor o demandado, e influye en la decisión final que deba tomar el juez.

“Se trata del derecho atribuible a los destinatarios del principio de audiencia por el que se pretende que el juez tome en consideración todas sus defensas, alegaciones y sus pruebas en el momento de la emisión de la decisión; es decir, la capacidad de influenciar en la formación de decisiones judiciales emitidas en todas las fases del procedimiento y en particular en la decisión final.”⁶⁰

2.3 Características de las medidas cautelares en el derecho español

El artículo 726 de la ley de Enjuiciamiento civil español establece una serie de características que deben de tomarse en cuenta al momento de acordar o fijar una medida cautelar:

1°. Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2°. No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

3°. Con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso.

Esta serie de características reguladas en la ley de enjuiciamiento civil español son aquellas inherentes a las medidas cautelares, pues forman parte de ellas exclusivamente, al referirse este artículo, a lo que la doctrina denomina

⁶⁰Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 118

instrumentalidad, temporalidad, accesoriedad y provisionalidad de las medidas cautelares.

2.4 Requisitos de las medidas cautelares en el derecho español

El artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece una serie de requisitos que deberán tomarse en cuenta para fijar una medida cautelar:

1°. Solo podrá acordarse medidas cautelares si el que las solicita justifica, que, al no adoptarse las medidas solicitadas, ocurran situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

2°. El solicitante de las medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud, los datos, argumentos y justificaciones documentales, que conduzcan a fundar por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional, e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. El actor podrá ofrecer otros medios de prueba, si no tuviere justificación documental.

3°. Salvo que expresamente se disponga de otra forma, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

Son tres requisitos fundamentales que el juez debe tomar en cuenta antes de acordar o fijar una medida cautelar solicitada. Estos requisitos son los que en doctrina reciben el nombre de peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y caución.

Mientras que en la legislación guatemalteca establece el CPCYM, que el solicitante de una medida cautelar deberá prestar garantía suficiente, esta garantía no bajara del diez por ciento ni excederá del veinte por ciento en los casos en que la acción

fuere por valor determinado; si la acción fuere por valor indeterminado, el juez fijara el monto de la garantía. Además el interesado de la medida cautelar tiene la obligación de determinar claramente lo que va exigir del demandado.

En cuanto a los medios de prueba que deberán presentarse junto a la solicitud de una medida cautelar, el CPCYM únicamente establece que se deberá indicar el título en que se funda, más no se menciona otros medios de prueba que puedan aportarse junto a la solicitud de una medida cautelar.

2.5 Clases de medidas cautelares en el derecho español

El artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula las clases de medidas cautelares existentes en el derecho Español:

1°. El embargo preventivo de bienes: Para asegurar la ejecución de sentencia de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos. También será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2° La intervención o administración judiciales de bienes productivos: En los casos en que se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o si la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

3° El depósito de cosa mueble: Si la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4° La formación de inventarios de bienes: en las condiciones que el Tribunal disponga.

5° La anotación preventiva de demanda: Si se refiere a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6° Otras anotaciones registrales: En casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7° La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse a llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8° La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición y cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9° El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10° La suspensión de acuerdos sociales impugnados, si el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11° Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

La legislación de España regula muy ampliamente los tipos de medidas cautelares que pueden adoptarse en un proceso, tiene en su regulación once clases de medidas

cautelares, a diferencia de la legislación guatemalteca que regula únicamente siete clases de providencias cautelares.

2.6 Solicitud de las medidas cautelares y tribunal competente en España

El artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español establece que las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas a instancia de parte y será responsable todo actor, principal o reconvencional. En ningún caso las medidas cautelares podrán ser solicitadas de oficio por el Tribunal, sin perjuicio de lo que se disponga para los procesos especiales.

La legislación guatemalteca en el CPCYM únicamente establece que es responsable el que pide o solicita una medida cautelar, sin embargo no regula específicamente quien puede ser el que solicite una medida cautelar.

El artículo 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español regula, que el tribunal competente para conocer sobre las medidas cautelares será el que conozca el asunto en primera instancia, pero si el proceso aún no se inicia será el que sea competente para conocer de la demanda principal. En el caso que las medidas cautelares se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos.

En cuanto al tribunal o juzgado competente para conocer sobre las medidas cautelares solicitadas, la legislación guatemalteca en el CPCYM, refiere únicamente que, si la providencia cautelar es solicitada antes de presentar la demanda, el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de los quince días, si el proceso debe seguirse en el lugar en que se haya dictado la medida; en el caso en que la medida cautelar se dicte por quien no sea el juez que deba conocer el asunto, se remitirán a este las actuaciones.

2.6.1 Contenido de la solicitud

El artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español establece los requisitos que deberá contener la solicitud de la medida cautelar:

- a.) La solicitud de las medidas cautelares se formulara con claridad y precisión, y se justificará cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción.
- b.) Se acompañaran a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.
- c.) En el escrito de petición habrá de ofrecerse la prestación de caución, y se indicará de qué tipo se ofrece constituir la y con justificación del importe que se propone.

En Guatemala, el CPCYM establece en el artículo 531 último párrafo el contenido de la solicitud de una medida cautelar, e indica que el solicitante de una medida cautelar está obligado:

- a) A determinar con claridad y precisión lo que va exigir del demandado.
- b) A fijar la cuantía de la acción.
- c) A indicar el título en que se funda el actor.

2.7 Momento procesal para la solicitud de las medidas cautelares en el derecho civil español

El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece tres momentos oportunos para solicitar medidas cautelares:

- a.) Junto con la demanda principal:

Establece la Ley de Enjuiciamiento Civil que es la forma de solicitar medidas cautelares, de ordinario, es decir que en principio deberá ser la forma más usual de solicitar una medida cautelar, junto con la presentación de la demanda.

b.) Antes de la demanda:

En este momento procesal, el que pide una medida cautelar deberá alegar y acreditar razones de urgencia o necesidad. En este caso las medidas que se hubieren fijado quedarán sin efecto si la demanda no se presenta ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud en los veinte días siguientes a su adopción. El secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

c.) Con posterioridad a la presentación de la demanda o pendiente de recurso: Solo podrá solicitarse la adopción de medidas cautelares, si la petición se basa en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

En el caso de Guatemala el CPCYM establece claramente dos momentos procesales en los cuales podrá solicitarse una medida cautelar:

a.) Antes de la presentación de la demanda:

Momento procesal en el cual el que solicite una medida cautelar lo hará antes de presentar su demanda, y deberá en el plazo de quince días promover su demanda.

b.) También podrá solicitarse la medida cautelar junto con la demanda:

Momento procesal en el cual se solicita una medida cautelar junto con la demanda, el cual es la forma más usual de solicitar medidas cautelares en la legislación guatemalteca.

2.8 Audiencia al demandado y vista para la audiencia de las partes en la legislación de España

El artículo 733 numeral primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indica que como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.

“Con esta regulación, al menos formalmente, el legislador español viene respetando el principio de audiencia garantizando también la proscripción de indefensión en todos los niveles de tutela jurisdiccional, como es el caso de la tutela cautelar.”⁶¹

En la legislación de España se regula el tema de medidas cautelares de forma muy amplia, además se le brinda al demandado la oportunidad procesal de ser oído en una audiencia previa, y luego el juez toma la decisión de decretar una medida cautelar solicitada en su contra, de esta forma lo que la legislación pretende es el respeto al derecho de defensa de la parte contra quien se solicite una providencia cautelar y no se vea vulnerado así el demandado en su esfera jurídica.

La audiencia previa que se le confiere a las partes en el procedimiento de las medidas cautelares en el derecho español, realmente es de utilidad para que ambas partes prueben ante el tribunal, en el caso del actor la necesidad de adoptar una medida cautelar; y en el caso del demandado probar sus extremos para que no se dicte la medida cautelar o la posibilidad de prestar una contragarantía.

A diferencia de la legislación española el CPCYM, claramente establece en el artículo 534, que las medidas cautelares serán decretadas sin oír a la parte contra quien se interponga una medida cautelar, y surtirán todos sus efectos. De esta manera no se le da oportunidad al demandado de manifestarse antes de decretar una medida cautelar en su contra.

2.8.1 Vista

La vista es el momento procesal oportuno en el que el juez le da la oportunidad a las partes para manifestarse y probar con sus respectivos medios de prueba la necesidad de adoptar o no, una providencia cautelar.

La finalidad de la vista es el respeto al precepto constitucional del principio de audiencia regulado en el artículo 24 de la Constitución española, dándole oportunidad a ambas partes a ser oídas en el momento procesal oportuno.

⁶¹ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 118

El artículo 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español, establece que recibida la solicitud, el secretario judicial, mediante diligencia, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación al demandado, convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes, sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes en los casos que así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También se podrá pedir en los casos que sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiere practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días. Asimismo, se podrán formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución, y quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en reemplazo de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria.

Contra las resoluciones del tribunal sobre el desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta, no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia, en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares.

2.8.2 Auto sobre solicitud de medidas cautelares

Establece el artículo 735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español que terminada la vista, el tribunal en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares:

- a) Auto que acuerda medidas cautelares: Si el tribunal estima que concurren todos los requisitos establecidos y considera acreditado a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, tomará en cuenta la apariencia

de buen derecho, accederá a la solicitud de medidas, y fijará con toda precisión la medida o medidas cautelares que se acuerdan precisará el régimen a que han de estar sometidas, y determinará en su caso, la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse caución por el solicitante. Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

- b) Auto que deniega medidas cautelares: El artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español establece que contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar solo cabe recurso de apelación, al que se le dará una tramitación preferente. Aún denegada la petición de medida cautelar, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

En la legislación guatemalteca el CPCYM con respecto a la decisión que el juez debe tomar sobre una medida cautelar solicitada, no se señala el plazo que el juez debe tomar en cuenta para decidir sobre la solicitud, y fijar o no la medida cautelar.

2.8.3 Ejecución de la medida cautelar

Uno de los momentos más importantes en el procedimiento de las medidas cautelares, se da al momento en el que el juez decide fijar y mandar a ejecutar una medida cautelar solicitada por el interesado.

Establece el artículo 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España que acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento y se utilizará para ello los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias.

2.9 Oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado en el derecho español

El artículo 733 numeral segundo de la ley de Enjuiciamiento Civil español establece que el solicitante que requiera de una medida cautelar y acredite que concurren

razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, podrá solicitar la providencia cautelar sin audiencia previa al demandado.

El tribunal en tal caso podrá acordarla sin más trámite mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto a la oposición a las medidas cautelares adoptadas sin audiencia del demandado.

“No obstante, para no vulnerar el principio de audiencia, ya que no podrá utilizarse recurso alguno, es que el legislador ha previsto la figura de la oposición, elaborado intencionalmente para, en cierta forma, equilibrar el hecho de concederse una medida cautelar sin escuchar a la parte contraria.”⁶²

El legislador español ha previsto la figura de la oposición para que no se vulnere el derecho de defensa y el principio de audiencia, al decretarse una medida cautelar sin escuchar al demandado. Y es que, si bien es cierto, se protege la tutela jurisdiccional, pero también con la figura de la oposición, se respeta el precepto constitucional ubicado en el artículo 24 de la Constitución de España.

Señala el artículo 739 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español, que en los casos en que una medida cautelar se hubiere dictado sin previa audiencia al demandado, podrá el demandado en este caso:

a.) Formular oposición:

En el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerde la medida cautelar. El que formule oposición a la medida cautelar podrá tener como causas de aquella, cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia,

⁶² Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 188.

requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna.

b.) También podrá ofrecer caución sustitutoria:

La caución sustitutoria la podrá solicitar el demandado en remplazo de la medida cautelar fijada en su contra.

El artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

1°. Que del escrito de la oposición se dará traslado por el secretario judicial al solicitante, el secretario judicial mediante diligencia, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación al demandado, convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes. En la vista, actor y demandado podrán exponer a lo que convenga a su derecho.

2°. Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto sobre la oposición, la cual será apelable sin efectos suspensivos:

a.) Si se mantiene las medidas cautelares acordadas: Se condenará al opositor a las costas de la oposición.

b.) Alzamiento de las medidas cautelares: Se condenará al actor a las costas, y al pago de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

El artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que una vez firme el auto que estime la oposición, se procede a petición del demandado a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, hubiere producido la medida cautelar revocada; y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante de la medida, y si no lo pagare, se procede de inmediato a su exacción forzosa.

“El sistema procesal español, en cuanto a la regulación de la tutela cautelar, ha sido completamente cuidadoso y receloso en ponderar razonablemente la finalidad de la tutela cautelar (efectividad de la tutela jurisdiccional) y el respeto por el principio de

audiencia en su concepción constitucional; es decir, se verifica la influencia del contexto de la tutela cautelar, la que incluye la realización de una audiencia; (como regla) y eventualmente la interposición de la oposición en caso que no se considere convocar a una audiencia (como excepción).”⁶³

La figura de la oposición en la legislación española fue creada con el fin de no vulnerar en ningún momento el derecho de defensa con que cuenta el demandado, concediéndole en esta figura una audiencia, para que pueda manifestarse y alegar sus posiciones, de esta manera el juzgador considere sobre la necesidad o no de la medida cautelar fijada en su contra.

2.10 Modificación, caución sustitutoria y alzamiento de las medidas cautelares en el derecho español

2.10.1 Modificación de las medidas cautelares

El artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que las medidas cautelares podrán ser modificadas al momento de alegar y probar, hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

2.10.2 Sustitución de las medidas cautelares por caución

Al hablar de caución sustitutoria de las medidas cautelares el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el demandado podrá pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte.

Para decidir sobre la petición de aceptación de caución sustitutoria, el tribunal, examinará el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza, contenido de la pretensión de condena y la apariencia jurídica favorable que pueda

⁶³ Alfaro Valverde, Luis Genaro. *Op. Cit.*, Pág. 189

presentar la posición del demandado, también tendrá en cuenta el tribunal si la medida cautelar habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante.

El artículo 747 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que la solicitud de caución sustitutoria se podrá solicitar en dos momentos:

- a) En la vista para la audiencia de las partes.
- b) Si la medida cautelar ya se hubiese adoptado, en el trámite de oposición o mediante escrito motivado, al que podrá acompañar los documentos que estime convenientes sobre su solvencia, las consecuencias de la adopción de la medida y la más precisa valoración de la mora procesal. Previo traslado del escrito al solicitante de la medida cautelar, por cinco días el secretario judicial convocara a las partes a una vista sobre la solicitud de caución sustitutoria. Celebrada la vista, resolverá el Tribunal mediante auto lo que estime procedente, en el plazo de otros cinco días. Contra el auto que resuelva aceptar o rechazar caución sustitutoria no cabrá recurso alguno.

En la legislación guatemalteca el artículo 533 del CPCYM regula lo referente a la contragarantía, que se aplicara a solicitud del demandado en los casos en que proceda una medida cautelar interpuesta en su contra. En el derecho civil guatemalteco la contragarantía es la similitud a lo que el derecho español denomina caución sustitutoria de las medidas cautelares.

La contragarantía es el derecho que tiene el demandado, para pedir que se levante una medida cautelar interpuesta en su contra. Para ello el demandado deberá fijar garantía suficiente a juicio del juez, que podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza, esto con el objeto de cubrir la demanda, intereses y costas que resulten al final del proceso.

La solicitud de la contragarantía en la legislación guatemalteca se tramitará en forma de incidente, regulado en la Ley del Organismo Judicial.

2.10.3 Alzamiento de las medidas cautelares en el derecho español

Al hablar de alzamiento de medidas cautelares los artículos 744 y 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen dos circunstancias en que puede darse el alzamiento:

a) Alzamiento de las medidas cautelares tras sentencia no firme:

Absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el secretario judicial ordenará el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, si el recurrente no solicitase su mantenimiento o la adopción de una medida cautelar distinta en el momento de interponer recurso contra la sentencia, resolverá lo procedente sobre la solicitud, y atenderá a la subsistencia de los presupuestos y circunstancias que justificasen el mantenimiento de dichas medidas cautelares. Si la estimación de la demanda fuere parcial, el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto, sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas cautelares acordadas.

b) Alzamiento de las medidas cautelares tras sentencia absolutoria firme:

Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio por el secretario judicial todas las medidas cautelares adoptadas y se procederá a la exacción de daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado.

En el derecho civil guatemalteco, el alzamiento de las medidas cautelares se hará únicamente a solicitud de parte, es decir, que se levantarán las medidas cautelares si lo solicita la persona afectada, en los casos siguientes:

a) Si el solicitante de una medida cautelar no presenta su demanda en el plazo fijado, la medida cautelar será revocada a solicitud del demandado.

b) También podrá revocarse una medida cautelar si el demandado presta contragarantía que a juicio del juez sea suficiente, para que la medida cautelar sea levantada.

A diferencia de la legislación de España, la medida cautelar será levantada de oficio, esto con el fin de no dañar la esfera jurídica del demandado.

CAPÍTULO III

3. DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

3.1 Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala es la norma primordial del Estado, en ella se establece un conjunto de derechos fundamentales inherentes a toda persona, la organización del Estado y las garantías constitucionales, susceptible de mejorarse a través de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, y tiene como finalidad la realización del bien común, busca regular una mejor forma de convivencia de los habitantes de la nación otorgándoles derechos y obligaciones, establece además un Estado de derecho republicano, democrático y representativo.

“La Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico de un Estado; como tal, establece la estructura orgánica básica de este y reconoce y garantiza los derechos y libertades inherentes a la persona.”⁶⁴

3.2 Principios Constitucionales

Los principios son una serie de características o valores importantes que contiene cualquier norma jurídica, encargadas de guiar y establecer reglas necesarias e importantes para mantener el valor de los preceptos jurídicos.

Los principios constitucionales son entonces, la guía fundamental de la norma constitucional, por medio de los cuales se guarda el respeto y valor a la ley constitucional.

“Un principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del derecho y que en un

⁶⁴ Corte de Constitucionalidad. *Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2011: Instituto de justicia Constitucional*. Guatemala, instituto de justicia Constitucional, 2011. Pág. 337

momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado. Quisbert mencionado por Pereira Orozco y E. Richter, se pregunta ¿Para qué sirven los principios constitucionales? Y su respuesta es: para garantizar la vigencia, estabilidad y el respeto a la Constitución.”⁶⁵

3.2.1 Principio de supremacía constitucional

El primer principio llamado supremacía constitucional se refiere primordialmente a que la Constitución de un determinado país es la ley superior y fundamental, base de las demás normas de tal manera se debe respetar cada uno de los preceptos establecidos en ella sin que otra norma vulnere su contenido.

“¿Qué posición debe tener la Constitución en el contexto del ordenamiento jurídico de un país? Indudablemente ocupa la cabeza o el primer lugar de acuerdo con el principio de la jerarquía de las leyes y a esta situación se le llama supremacía porque la Constitución es el fundamento positivo donde se asienta el orden jurídico del Estado; es la fuente o principio del orden estatal entero.”⁶⁶

“La Constitución, como norma fundamental que es, está dotada de supremacía, ubicándose en la cúspide del ordenamiento jurídico nacional, de forma que ninguna otra norma o disposición puede contradecirla, modificarla o limitar en cualquier sentido sus preceptos. Esa supremacía de la Constitución deviene tanto de su especial contenido: el reconocimiento de los derechos fundamentales y la organización básica del Estado.”⁶⁷

En la Constitución Política de la República de Guatemala el principio de supremacía constitucional se encuentra ubicado en los siguientes artículos:

Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana.

⁶⁵ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *La Constitución-su concepto y aspectos generales relacionados al tema*. Guatemala, ediciones de Pereira, 2012. Pág. 51 y 52.

⁶⁶ Prado, Gerardo. *Derecho Constitucional*. Guatemala, renacer ediciones, 2012. Pág. 23.

⁶⁷ Corte de Constitucionalidad. *Op. Cit.*, Pág. 337 y 338.

Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular.

Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuya, restrinja o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

Artículo 175. Jerarquía Constitucional.

Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia.

Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

La Constitución es clara y específica al establecer a través de los artículos anteriormente citados, que no se podrá de ninguna manera contradecir lo preceptuado en ella, debiéndose respetar cada una de sus disposiciones y ninguna ley podrá vulnerar lo establecido en la Constitución. Claro está, no es posible vulnerar una norma constitucional ya que es la base de las normas, de ella depende la protección de todos aquellos derechos fundamentales inherentes a la persona.

3.2.2 Principio de control

El principio de control se refiere a los medios necesarios incorporados a la misma Constitución, que restringen la posibilidad de vulnerar la norma constitucional y el abuso de poder que los organismos del Estado puedan ejercer contra el orden constitucional, tiene como finalidad primordial el orden constitucional a través del principio de supremacía constitucional.

“El principio de control consiste en dotar al ordenamiento jurídico constitucional de los mecanismos y procedimientos para someter los actos de Gobierno, y a la legislación misma, a la supremacía constitucional. Con el fin de mantener el equilibrio entre los órganos del Estado y para evitar el abuso o exceso en el ejercicio de las funciones que a cada uno les ha encomendado la Constitución, esta ha previsto controles que van a lo interno de cada organismo y otros que se efectúan entre los mismos.”⁶⁸

3.2.3 Principio de limitación

El principio de limitación se refiere a los límites o ámbitos en el cual debe actuar cada organismo del Estado, con el fin de evitar que se den abusos de poder, el Estado será el único encargado de velar que se respeten cada uno de los límites establecidos en las leyes, con el fin de resguardar el bien común y el interés general. “El principio de limitación es aquel según el cual los derechos constitucionales, en razón de no tener carácter absoluto, encuentran límite en las leyes que reglamentan su ejercicio, en atención a las razones de bien público y de interés general que justifican su reglamentación. La restricción condicionante de los derechos constitucionales da lugar al desenvolvimiento del poder de policía del Estado, dirigido a proteger el bien común.”⁶⁹

3.2.4 Principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad se refiere a la aplicación razonable de las normas; hace énfasis en la forma de utilizar por parte del Estado el principio de limitación, así evitar el abuso excesivo de los derechos que algunas leyes pueden tener, el Estado debe entonces velar que sea de una forma razonable.

“Este principio establece la forma de restringir el modo de utilizar, por parte del Estado, el principio de limitación. Las leyes pueden restringir el ejercicio abusivo de los derechos, pero ello debe ser hecho en forma razonable.”⁷⁰

⁶⁸ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Op.Cit.*, Pág. 56 y 57.

⁶⁹ *Ibíd.*, Pág. 58

⁷⁰ *Ibíd.*, Pág. 59

3.2.5 Principio de funcionalidad

El principio de funcionalidad se refiere a la división de poderes que hay en un Estado y a sus propias funciones reguladas en la misma Constitución, esto con el objeto de evitar la concentración de poderes y la existencia de un equilibrio de cada función encomendada a los organismos del Estado.

“Este principio constitucional opera como un factor equilibrante de las funciones de gobierno, mediante la división de los poderes públicos. La Constitución es, a tal efecto, un instrumento de distribución de las funciones supremas del Estado.”⁷¹

3.2.6 Principio de estabilidad

El principio de estabilidad es el que se encarga de mantener la Constitución en el tiempo, atiende a la permanencia y duración de la Constitución en un Estado.

3.3 Derechos fundamentales

3.3.1 Concepción de los derechos fundamentales

“La clásica concepción de los derechos fundamentales brota con los ideales de las revoluciones liberales del siglo XVIII, y es en ese siglo que surgen las primeras declaraciones de derechos con verdadero sentido democrático. Concretamente la declaración de Independencia de las trece colonias inglesas de Norteamérica el 4 de julio de 1776 y la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789, después de la Revolución, además del Bill of Rights inglés de 13 de febrero de 1689. Es innegable que estos derechos son un producto de tales revoluciones burguesas que configuraron el moderno Estado constitucional del cual proceden.”⁷²

⁷¹ Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. *Op. Cit.*, Pág. 61

⁷² Chacón Lemus, Mauro Salvador. *Breves notas sobre derechos fundamentales*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2008. Pág. 1

3.3.2 Naturaleza jurídica de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales poseen dos aspectos en relación a su naturaleza jurídica:

a) Naturaleza Subjetiva:

Se considera que los derechos fundamentales pertenecen a su titular, quien es cualquier persona por el solo hecho de serlo y como consecuencia el Estado debe de reconocerlos, a través de su ordenamiento jurídico, en la Constitución.

“Los derechos fundamentales garantizan un status jurídico particular a su titular, lo cual le permite desplegar las facultades inherentes a ese derecho.”⁷³

b) Naturaleza Objetiva:

Establece que los derechos fundamentales provienen del ordenamiento jurídico, es decir que el mismo Estado otorga los derechos fundamentales a través de su regulación a los habitantes de un País.

En cuanto a la naturaleza objetiva, el autor Chacón Lemus: “considera a los derechos fundamentales como fundamento del orden jurídico y de la participación ciudadana, pues ellos constituyen el fundamento jurídico de la democracia moderna como forma de gobierno, y como elementos básicos para la comprensión de todo ordenamiento jurídico, cuyo respeto y cumplimiento debe ser ineludible”⁷⁴

3.3.3 Definición de derecho fundamental

Los derechos fundamentales son el conjunto de preceptos legales incluidos en la Constitución que pertenecen a cualquier persona, encargadas de otorgar y proteger los derechos que le corresponden al pueblo, contenidas en la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala.

⁷³ Chacón Lemus, Mauro Salvador. *Op. Cit.*, pág. 4

⁷⁴ *Loc. Cit.*

“Derechos inalienables de la persona humana positivizados en un texto constitucional, es decir, reconocidos por el poder constituyente y que limitan el poder estatal, pues se basa en el respeto a las libertades individuales.

La expresión derechos fundamentales, actualmente, está relacionada con los derechos humanos consagrados en el derecho positivo, mientras que la fórmula: derechos humanos es la que se adopta en el plano internacional.”⁷⁵

3.3.4 Desarrollo generacional de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales contienen un conjunto de derechos humanos que se clasifican en tres generaciones:

a) De primera generación:

Los derechos de primera generación contienen esencialmente los derechos civiles y políticos. Estos derechos los consagra la Constitución para toda persona individual o jurídica, sin exclusión alguna.

“Los derechos civiles corresponden a la persona humana como tal, se conceden a todos los individuos, sin distinción de raza, edad, sexo, idioma, religión, opinión, política, origen nacional, posición económica o cualquier otra condición, por el solo hecho de pertenecer al género humano. Los derechos políticos, en cambio, pertenecen a personas en cuantos miembros activos del Estado, esto es, en cuanto a ciudadanos.”⁷⁶

b) De segunda generación:

Los derechos de segunda generación contienen derechos económicos y sociales. Son los derechos exigibles al Estado el cual debe dar fiel cumplimiento ya que la prioridad del Estado es la protección de los grupos vulnerables dentro de la sociedad.

⁷⁵ Chacón Lemus, Mauro Salvador. *Op. Cit.*, Pág. 1

⁷⁶ *Ibíd.*, Pág. 4 y 5.

“Los derechos de segunda generación son llamados también derechos sociales, sirven para defender a los grupos desafortunados mediante el establecimiento de barreras verticales que impidieran o atenuaran la operación de las personas o corporaciones económicas fuertes, sobre económicamente débiles. Los derechos sociales consisten en prestaciones y servicios a cargo del Estado, en favor de los sectores postergados de la población, ya que cuentan con un carácter esencialmente asistencial.”⁷⁷

c) De tercera generación:

Los derechos de tercera generación son los derechos de solidaridad encargados básicamente de la protección del medio ambiente y la libertad de los pueblos.

“Son llamados derechos de solidaridad, constituyen una categoría de derechos humanos que han sido positivizados en distintos cuerpos normativos, los cuales surgen como consecuencia de la aparición de una serie de necesidades del ser humano que requieren protección.”⁷⁸

3.4 Derecho de defensa

El derecho de defensa es el derecho que le otorga la Constitución a toda persona sea individual o jurídica, con la finalidad de intervenir en un proceso que se ventile en su contra, de esa manera poder defenderse y probar con sus respectivos medios de prueba, sus alegaciones ante un tribunal de justicia competente, sea actor o demandado, ambas partes tienen la oportunidad de ser escuchadas por el juez competente.

La Constitución Política de la República de Guatemala regula el derecho de defensa de la siguiente manera:

Artículo 12 CPRG: La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y

⁷⁷ Chacón Lemus, Mauro Salvador. *Op. Cit.*, Pág. 5 y 6.

⁷⁸ *Ibíd.*, Pág. 7

vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

3.4.1 Derecho de defensa interpretado por la Corte de Constitucionalidad

En cuanto al derecho de defensa, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado de la siguiente manera:

La Corte establece que el debido proceso es una garantía propiamente de la Constitución, que contiene principios y garantías, uno de ellos lo es el derecho de defensa también denominada por la propia Corte como derecho de contradicción, y es que debe incorporarse en cualquier proceso judicial para que ambas partes procesales puedan utilizar sus medios probatorios y de esa forma poder ser valorados por el juez que conozca del asunto con el objeto de lograr fundar su decisión de forma imparcial.

“La garantía constitucional del debido proceso, en todo proceso judicial, es entendida como una garantía que sostiene los principios de igualdad y bilateralidad procesal y contradicción. Preconiza el efectivo ejercicio del derecho a la audiencia debida, con el objeto de brindar la igualdad procesal a quienes como partes, intervienen en un proceso judicial. Lo anterior también posibilita el goce de otros derechos y garantías(...) entre los que están: derecho de contradicción (defensa), de producir medios probatorios para que estos sean válidamente apreciados por el juzgador, y de obtener respecto de las pretensiones deducidas en el juicio una decisión judicial fundada, emanada por un tribunal imparcial, independiente y preestablecido. Para posibilitar todo lo anterior, debe estar establecido en una ley un conjunto de garantías, requisitos y procedimientos que tanto el juez como las partes deben observar, con el objeto de que el acto judicial decisorio que se emita en el proceso

sea constitucional y legalmente valido. Gaceta 94. Expediente 3183-2009. Fecha de sentencia: 10/11/2009.”⁷⁹

La Corte de Constitucionalidad es clara al indicar que el derecho de defensa debe incorporarse a cualquier proceso con la finalidad de que ambas partes procesales, sea actor o demandado propongan argumentos, medios de prueba o si fuera el caso los recursos que sean pertinentes; en cuanto al órgano jurisdiccional que no haga uso de dicho derecho constitucional incurre en violación a la CPRG.

“El derecho de defensa, en términos generales, garantiza que quienes intervienen en la sustanciación de un procedimiento, sea administrativo o jurisdiccional, tendrán la oportunidad de exponer sus argumentos y proponer sus respectivos medios de prueba, de rebatir los argumentos y controlar la prueba de la parte contraria y de promover los medios de impugnación en la forma prevista legalmente. De esta cuenta, cualquier acto de autoridad que, en contravención a la normativa aplicable y sin atender a las circunstancias concretas del procedimiento de que se trate, impida hacer uso de tales mecanismos, reviste violación a aquel derecho constitucionalmente reconocido. Gaceta 94. Expediente: 3045-2009, sentencia de 15/10/2009”⁸⁰

“En cuanto al debido proceso, esta Corte ha considerado que tal garantía se refiere, concretamente, a la posibilidad efectiva que cada persona tiene de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de la posibilidad de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos de usar medios de impugnación contra

⁷⁹ Corte de Constitucionalidad. *Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia, Corte de Constitucionalidad 2013-2014*. Guatemala, editorial serví prensa, 2014. Pág. 35 y 36.

⁸⁰ Corte de Constitucionalidad. *Op. Cit.*, Pág. 36

resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de dicho derecho (...) Gaceta 92. Expediente 3383-2008. Fecha de sentencia: 15/06/2009.”⁸¹

“Reconoce la citada norma constitucional el derecho de defensa y el principio jurídico del debido proceso, que aseguran la posibilidad efectiva de audiencia para quien sea afectado por un acto o resolución de autoridad. A través de la audiencia la autoridad judicial o administrativa oye a las partes y recibe las pruebas que aporten con el objeto de hacer valer sus derechos. Si se priva a una persona de su derecho de audiencia habrá una violación al principio constitucional citado. Gaceta 78. Expediente 1005-2005. Fecha de sentencia: 17/10/2005.”⁸²

“(…) la defensa de la persona es inviolable y que sus derechos de defensa y al debido proceso se viabilizan con la posibilidad efectiva de acudir al órgano jurisdiccional competente para hacer valer sus medios de defensa (...) Gaceta 57. Expediente 1048-99. Fecha de sentencia: 02/08/2000”⁸³

Se puede concluir que la Corte de Constitucionalidad establece que el derecho de defensa es parte del debido proceso, sea judicial o administrativo, el órgano jurisdiccional debe velar por que dicho derecho constitucional sea utilizado en todos los procesos, con la finalidad de escuchar a las partes en sus alegaciones e impugnaciones y poder de esa manera crear en la convicción del juez un resultado que sea de forma imparcial para ambas partes, y que al no utilizar el derecho de audiencia se incurre en violación a la norma constitucional.

3.5 Debido proceso

Alvarado Velloso citado por Álvarez Mancilla, lo define como: “debido proceso, es solo aquel que se adecua plenamente con el simple concepto de proceso, que se puede instrumentar a partir de la aceptación del sistema dispositivo o acusatorio, con los principios esenciales que ha de tener en cuenta como puntos de partida, para

⁸¹ *Ibíd.*, Pág. 41.

⁸² Corte de Constitucionalidad. *Op. Cit.*, Pág. 44

⁸³ *Ibíd.*, Pág. 47

lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal. En otras palabras, el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.”⁸⁴

Se concluye entonces que el debido proceso es el medio por el cual el Estado debe garantizar a las partes el respeto de los derechos fundamentales que la Constitución consagra como ley suprema del país, corresponde entonces hacer el uso correcto de los principios fundamentales del debido proceso, a través de las distintas etapas del proceso establecidas en la ley.

3.5.1 Derecho constitucional sobre el proceso

“Durante mucho tiempo hubo una disociación entre el estudio de las normas constitucionales y el estudio de las normas procesales; los estudios de derecho constitucional y de derecho procesal se hacían en forma completamente separada, como si ninguna de esas dos ramas de la ciencia jurídica tuviese relación con la otra; como si las normas procesales no tuvieran su fundamento en las normas constitucionales y como si estas no requiriesen de las normas procesales para lograr su aplicación en caso de controversia.

Fue Eduardo J. Couture en su ensayo sobre las garantías constitucionales del proceso civil, uno de los primeros autores, que puso de manifiesto esta gran disociación y se propuso mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución. En su trabajo, el procesalista Uruguayo apuntaba, con acierto, algunos aspectos generales en los que las orientaciones políticas de las constituciones – particularmente las de Latinoamérica- no eran seguidas puntualmente por sus leyes reglamentarias, procesales u orgánicas.

⁸⁴ Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. *Introducción al estudio de la teoría general del proceso*. Guatemala, centro editorial vile. Pág. 191

En sus conclusiones apuntaba Couture que, desde la perspectiva constitucional, el derecho procesal civil, que por tanto tiempo fue considerado el simple menester de la rutina forense es, en sí, el instrumento más directo de la realización de la justicia.”⁸⁵

Las leyes procesales en general deben de aplicarse y tener su fundamento en las normas constitucionales, ya que es la base de la normativa jurídica en general. Se debe entonces guardar respeto y fiel cumplimiento en especial al debido proceso constitucional, pues es a través de las normas procesales que se da la aplicación de los principios constitucionales, siendo la herramienta más idónea en que se da la debida realización de los principios constitucionales.

“En nuestro medio a nivel constitucional, la primera referencia corresponde a la Ley Constitutiva decretada por la Asamblea Nacional Constituyente del 11 de diciembre de 1879, que en su artículo 36 indicaba: Es inviolable en juicio la defensa de la persona y de los derechos, y ninguno podrá ser juzgado por tribunales especiales. Sin embargo es en la Constitución Política del 15 de septiembre de 1965, cuando se habla de Proceso legal... en el que se observan las formalidades y garantías esenciales del mismo. En la constitución vigente, se incorpora en el artículo 12 el concepto en parecidos términos, siguiendo la tónica de la constitución de 1879.”⁸⁶

El artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala es muy especial debido a que es a través de ese precepto constitucional, en el cual el legislador decidió incorporar lo referente al debido proceso o como literalmente lo menciona el artículo: proceso legal.

Todas las normas procesales deben basarse en los derechos que la Constitución consagra, de esa manera respetar el principio de supremacía constitucional y establecer medidas que garanticen el debido proceso, así darle prioridad a la Constitución que es la norma consagrada por la Asamblea Nacional Constituyente para garantizar el respeto, la libertad e igualdad de los individuos en la sociedad.

⁸⁵ Ovalle Favela, José. *Teoría general del proceso*. México, Oxford, 2012, sexta edición. Pág. 86 y 87.

⁸⁶ Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. *Op. Cit.*, Pág. 191

3.5.2 El garantismo procesal

Luigi Ferrajoli citado por Álvarez Mancilla, afirma: “Una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas- es decir de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo, por lo que habrá de distinguir siempre entre un modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.”⁸⁷

Significa que todas las leyes ordinarias en general deben tener como base fundamental los principios consagrados en la Constitución, ya que es el proceso el medio adecuado donde el Estado debe garantizar a las partes el respeto a los derechos que la propia Constitución otorga a toda persona, así entonces poder ejercer de esa manera un debido proceso constitucional.

La Constitución Política regula lo referente a las garantías del proceso en el artículo 12, de manera muy puntual establece: La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Algunas normas guatemaltecas son muy claras y precisas al mencionar su ajuste al orden constitucional como lo es el Código Procesal Penal en su normativa al garantizar varias normas constitucionales, también la Ley del Organismo Judicial en su artículo 9 menciona y establece lo referente a la supremacía constitucional. No obstante el Código Procesal Civil no hace muy clara su adecuación al orden constitucional, ya que no contiene normas que expresen a grandes rasgos principios constitucionales, pero por jerarquía normativa es subalterno a la Constitución.

⁸⁷ *Ibíd.*, Pág. 192 y 193

3.5.3 Interpretación del debido proceso por la Corte de Constitucionalidad

Con respecto al debido proceso la Corte de Constitucionalidad se manifiesta de la siguiente manera:

Para la realización correcta de todas las etapas procesales se deberán de observar los principios del debido proceso regulados en la Constitución como el derecho de defensa, de ofrecer pruebas, la oportunidad de las partes procesales para alegar a lo que su derecho corresponde, a un juez y tribunal competente y a procedimientos que estén establecidos legalmente, desde el inicio del proceso, en todo el transcurso del proceso y hasta el momento respectivo de dictar sentencia. En caso contrario la Corte de Constitucionalidad establece que se estará ante una violación a una norma constitucional en el cual se infrinja el debido proceso.

“...Tal garantía... se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso... (Gaceta No. 54, expediente 105- 99, página No. 49, sentencia 16-12-99); y que ... la garantía del debido proceso no solo se cumple cuando en un proceso se desarrollan los requisitos procedimentales que prevé la ley y se de oportunidad de defensa a ambas partes de esa relación procesal, sino que también implica que toda cuestión litigiosa debe dirimirse conforme disposiciones normativas aplicables al caso concreto con estricto apego a lo que dispone el artículo 204 de la Constitución y que se viola el debido proceso si a pesar de haberse observado meticulosamente el procedimiento en la sentencia se infringen principios que le son propios a esta garantía constitucional... (Gaceta No. 61, expediente No. 712-01, sentencia 19-09-01)”⁸⁸

⁸⁸ Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. *Op. Cit.*, Pág. 195 y 196.

3.6 Principios Procesales

Los principios procesales son aquellos medios que la doctrina y la legislación establecen, destinados a guiar el desarrollo del proceso y que han de seguirse con la finalidad primordial de la tutela del debido proceso y la protección de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza a las partes en un proceso.

Ramiro Podetti citado por Arellano García, señala: “los principios procesales son los directivos o líneas matrices, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso”⁸⁹

“Los principios procesales son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores y que orientan el desarrollo de la actividad procesal.”⁹⁰

3.6.1 Principio de contradicción

Principio del proceso el cual corresponde a escuchar a las partes de igual manera dándole oportunidad dentro del desarrollo del proceso a ambas partes para que formulen sus alegatos y sus medios de defensa ante el juzgador.

“Este principio fundamental del proceso, que se expresa en la fórmula *audiatur et altera pars* (óigase a la otra parte), impone al juzgador el deber de resolver sobre las promociones que le formule cualquiera de las partes, oyendo previamente las razones de la contraparte o, al menos, dándole la oportunidad para que las exprese.”

⁹¹

3.6.2 Principio de igualdad de las partes

El principio de igualdad de las partes se refiere a que las partes de un proceso sea actor o demandado deben tener los mismos derechos en todas las etapas del

⁸⁹ Arellano García, Carlos. *Teoría general del proceso*. México, editorial Porrúa, 2009, 17ª edición. Pág. 30.

⁹⁰ Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, Pág. 199

⁹¹ *Ibíd.*, Pág. 200

proceso, sin distinción alguna de los derechos que le corresponden, de probar y alegar ante un juez competente lo que a su derecho corresponda.

Regulado en la CPRG de la siguiente manera:

Artículo 4. Libertad e igualdad.

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y a mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades...

3.6.3 Principio de preclusión

Este principio procesal establece que las partes deben de cumplir con los plazos señalados por la ley, de lo contrario y como consecuencia se imposibilita realizar con posterioridad los actos procesales que debieron efectuarse durante el plazo establecido legalmente.

3.6.4 Principio de eventualidad

Las acciones deberán ser presentadas por las partes procesales, al mismo tiempo, al momento en que el tribunal así lo establezca con ocasión de eventualidad.

“El principio de eventualidad o de acumulación eventual impone a las partes el deber de presentar en forma simultánea y no sucesiva todas las acciones y excepciones, las alegaciones y pruebas que correspondan a un acto o una etapa procesal, independientemente de que sean o no compatibles.”⁹²

3.6.5 Principio de economía procesal

Es facultad del Estado por medio del Organismo Judicial juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, a través del cual se busca en las actuaciones el mejor resultado posible de cada etapa procesal, debiéndose tener en consideración los recursos y el tiempo.

⁹² Ovalle Favela, José. *Op. Cit.*, Pág. 202 y 203.

3.6.6 Principio de lealtad y probidad

Las partes procesales deberán en todos los actos del proceso actuar apegados a derecho y a la ética, con la finalidad que el desarrollo del proceso se haga de la mejor manera posible. De tal forma la Ley del Organismo judicial lo regula en su artículo 17 y establece: Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

3.6.7 Principio de oralidad y de escritura

El principio de oralidad y de escritura se refiere básicamente a como se dan las actuaciones en el proceso, referente al uso de la escritura y oralidad. En materia procesal civil las actuaciones se dan en igual forma ya que la escritura es usual así como lo es la oralidad en las audiencias.

CAPÍTULO IV

4. PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 Aplicación de las medidas cautelares en el proceso civil guatemalteco y la vulneración al derecho de defensa y el principio de supremacía constitucional.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece que al momento de solicitar una medida cautelar o providencia cautelar, como regla general, se dictará o se rechazará sin oír a la parte contra quien se solicite la medida cautelar; son dos las formas en que se puede solicitar una medida cautelar, antes de la demanda y junto a la demanda, esta última es la forma más usual en la práctica guatemalteca, sin embargo en ambos casos, el juez dicta la providencia cautelar sin oír a la otra parte (inaudita altera pars) contra quien se solicita la medida y quien es el afectado directo por la medida cautelar.

La legislación guatemalteca establece la regla inaudita altera pars basándose en el peligro de la mora procesal y en la mala fe del sujeto procesal contra quien se solicita la medida cautelar; si bien es cierto el fin de las medidas cautelares es el de garantizar un resultado futuro y evitar que se vulnere un derecho que pueda verse afectado al dictar sentencia, entonces el legislador al intentar proteger el desarrollo del proceso, se vió en la necesidad de pasar en alto una norma fundamental y principal como lo es la Constitución, y limitar de esa forma el derecho de defensa de una de las partes procesales, al decretar una medida cautelar sin escuchar a la parte procesal afectada.

¿Dónde queda entonces la norma constitucional como ley suprema? ¿La aplicación de las medidas cautelares vulneran el derecho de defensa y el principio de supremacía constitucional? Desde el punto de vista de la parte procesal afectada se restringe el derecho de defensa, porque al momento de enterarse de la aplicación de la medida cautelar en su contra, es hasta el momento en que sea notificado.

La disposición de que las providencias precautorias se dictarán sin oír a la parte contra quien se pidan, establecida en el CPCYM, puede ser considerada inconstitucional ya que da lugar a la vulneración del principio de supremacía constitucional, debido a que una norma ordinaria como lo es el CPCYM contradice a la Constitución en lo preceptuado en su artículo 12, referente al derecho de defensa, derecho que le es restringido a la parte procesal contra quien se dicta la medida precautoria; es evidente que el uso del derecho de defensa no se limita, puesto que al notificar a la parte afectada puede manifestarse al respecto, sin embargo se posterga a tal medida, que el derecho de defensa, que es una garantía constitucional, es disminuido y vulnerado por el órgano jurisdiccional, quien es el que tiene el deber de velar por que se cumplan los derechos que la Constitución consagra como ley fundamental del país.

De esta manera, la Constitución es clara al establecer que toda persona tiene derecho de defenderse en un juicio y que nadie puede ser privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal, ante juez competente.

Toda persona que se vea vulnerada en su esfera jurídica como lo es la parte procesal afectada por la medida cautelar, tiene derecho a defenderse ante el juez que dicte en su contra una medida cautelar.

Es necesario entonces que en cualquier etapa del proceso como lo es el proceso cautelar, se respeten las garantías que la Constitución otorga a toda persona, sin distinción alguna, para evitar vulnerar los principios que la Constitución como norma superior del país establece, dándole el valor que se merece; se debe intentar buscar nuevos métodos para interponer una providencia cautelar con la finalidad de proteger así el debido proceso, sin verse en la necesidad de vulnerar el derecho de defensa y el principio de supremacía constitucional.

Cabe mencionar, que la legislación guatemalteca, no establece ni siquiera un procedimiento propio de como tramitar las medidas cautelares, mucho menos los parámetros que el juez debe tomar en cuenta para fijar una medida cautelar.

Sin embargo podrían tramitarse las medidas cautelares como un incidente, tal como la Ley del Organismo Judicial lo establece: que para las cuestiones que no tengan señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente, de ésta manera se le confiera audiencia previa al demandado y poder ser escuchado por el juez antes de tomar la decisión de fijar o no una medida cautelar, esto con la finalidad de evitar vulnerar lo establecido en la Constitución o postergar el derecho de defensa del mismo.

Es necesario en la actualidad hacer una reforma al tema de medidas cautelares debido a que el Código Procesal Civil y Mercantil es anterior a la Constitución, motivo por el cual se debe adecuar un procedimiento específico para las medidas cautelares, también se debe establecer un procedimiento si la medida cautelar se solicita antes de la demanda ya que el CPCYM no lo regula, y además buscar la posibilidad de otorgar una audiencia previa al demandado para proteger de esa manera el debido proceso y respetar así el derecho de defensa que la Constitución como norma superior establece para todos.

Si bien es cierto el proceso cautelar no es un proceso principal, sino como la doctrina lo establece, es un proceso accesorio porque depende de otro principal, pero en la práctica de las medidas precautorias se modifica y de cierta forma afecta a la esfera jurídica de una de las partes procesales; se debe entonces, respetar el derecho de defensa que la persona afectada posee consagrada en la Constitución. Dado que durante varios años el tema de las providencias cautelares se ha tramitado sin audiencia previa al demandado, en la actualidad es necesario adaptar el proceso de las medidas cautelares a lo que la Constitución establece.

4.2 Entrevista dirigida a Jueces de Primera Instancia del Ramo Civil de Quetzaltenango.

En base a la entrevista realizada a los Jueces del Juzgado primero y segundo de Primera instancia del ramo Civil de la Ciudad de Quetzaltenango, se establecen las siguientes conclusiones:

Primera Pregunta: ¿Cuáles son los parámetros que se toman en cuenta para poder decretar una medida cautelar?

Se concluye a criterio de los jueces, que es necesario llenar los requisitos de ley, específicamente lo que el CPCYM establece, y el juzgador dentro de su sana crítica establece si la medida cautelar es factible o no.

Se es del criterio que si la medida cautelar es necesaria, el juzgador lo deduce a través de los argumentos de la parte procesal que solicita la medida precautoria, o de lo que se pretende reparar, además el juzgador debe observar la gravedad o seriedad del caso planteado para poder otorgar las medidas cautelares.

Segunda pregunta: ¿Cuáles son los medios de oposición de la parte contra quien se solicita la medida cautelar?

Se concluye entonces que en la práctica los medios de oposición de la parte procesal afectada se dan después de ser notificado o al momento de enterarse de lo que le afecta; la parte procesal contra quien se solicita la medida se apersona al juzgado que dictó la medida cautelar y si lo desea recurre a la figura de la contragarantía, que es el método de defensa de la parte a quien afecta la medida cautelar.

En otros casos se puede oponer a la demanda si se contesta en sentido negativo o si la parte afectada interpone alguna excepción previa, siendo estas las formas de defensa de la parte afectada por alguna medida cautelar.

Tercera pregunta: ¿Las medidas cautelares vulneran el derecho de defensa al ser decretadas sin oír a la parte contra quien se interponen?

Respecto a la pregunta anterior existen dos posturas:

1. Se considera que no, porque se estaría desnaturalizando el fin de las medidas cautelares y de esa forma se le da opción a la otra parte a huir de ellas, se debe tener en cuenta que las medidas cautelares son una garantía para el demandante exclusivamente. Por eso es que el legislador previó las medidas cautelares sin audiencia previa, para evitar que el demandado pueda tomar acciones que perjudique el proceso y de esa manera se vea vedado el mismo.

El derecho de defensa se protege desde el momento en que se notifica al demandado, queda garantizado también al momento en que la parte afectada pueda impugnar la resolución. Es hasta este momento procesal en donde se inicia el proceso principal en el cual se le da audiencia a la parte procesal afectada.

2. Si las medidas cautelares se otorgan antes de la demanda, la legislación de Guatemala no regula un procedimiento, y en este caso sí se estaría ante una violación al derecho de defensa, en cierta forma al no oír a la parte contra quien se otorga la medida cautelar, siempre que se solicite antes de la demanda.

Sin embargo si la medida cautelar se solicita junto a la demanda, no se viola el derecho de defensa de la parte procesal demandada, como ejemplo si se demanda una ejecución en la vía de apremio y al mismo tiempo se pide una medida cautelar de anotación de la demanda, en tal caso se otorga la medida cautelar y se le da audiencia a la parte ejecutada.

Por lo tanto se llega a la conclusión que la medida cautelar vulnera el derecho de defensa si es solicitada y decretada antes de la demanda, en virtud de que no existe un procedimiento propio para la solicitud de la misma y se vulnera el derecho de la parte afectada ya que ni siquiera se ha instado a un proceso principal, hasta que el demandante en el plazo que señala la ley interpone su demanda. Si la medida cautelar se solicita al momento de interponer la demanda en este caso no se vulnera

el derecho de defensa (se posterga) ya que se inicia de una vez con el proceso principal y la parte procesal afectada es enterada a través de la notificación.

Cuarta Pregunta: ¿Es posible incorporar al procedimiento de las medidas cautelares una audiencia previa?

Con respecto a la pregunta anterior existen dos posturas:

1. Para algunos casos se considera necesario otorgar una audiencia previa, escuchar a la parte procesal afectada antes de ser ejecutada la medida cautelar, sin embargo existen casos en donde es mejor otorgar la medida cautelar sin audiencia previa al demandado, por la mala fe o el peligro procesal.
2. No es posible otorgar una audiencia previa al procedimiento de las medidas cautelares porque de esa forma se iniciaría un litigio, el proceso se extiende y sería mucho más largo, además se perdería la naturaleza de las medidas cautelares.

Se concluye a criterio de los jueces, que en algunos casos es posible considerar otorgar una audiencia previa y escuchar al afectado de la medida cautelar, sin embargo existen casos en que no es posible otorgar una audiencia previa debido a que pueda verse afectado el proceso principal y de cierta forma se estaría iniciando un litigio.

CONCLUSIONES

1. Las medidas cautelares son aquellas que se utilizan para garantizar un derecho que pueda ser afectado en un proceso principal.
2. En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares, se dice que no es considerado un verdadero proceso, ya que es accesorio y depende de un proceso principal.
3. El derecho de defensa es un derecho fundamental instituido en la Constitución, con la finalidad de que las partes procesales intervengan en todo el desarrollo del proceso, para poder manifestarse y alegar a lo que su derecho corresponde.
4. El debido proceso es el medio por el cual se le garantiza a las partes procesales el respeto a sus derechos constitucionales.
5. La aplicación de las medidas cautelares en el derecho civil español como regla general, son decretadas previa audiencia de la parte procesal que las sufre, y como excepción se puede solicitar sin audiencia previa, si concurren motivos de urgencia, en este caso el legislador previó la figura de la oposición, para que el afectado de la medida cautelar se pronuncie en una audiencia respectiva.
6. Las leyes procesales en general deben de aplicarse y tener su fundamento en las normas constitucionales, ya que es la base de la normativa jurídica en general.
7. Es necesario que mientras se lleven a cabo procesos de conocimiento o procesos de ejecución, no se deberían adoptar medidas que afecten la situación jurídica de alguna parte procesal, hasta que el juzgador tenga la certeza sobre los derechos alegados de las partes al finalizar el proceso principal, por medio de la debida sentencia.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario en la actualidad hacer una modificación en cuanto al tema de providencias cautelares, debido a que el Código Procesal Civil y Mercantil es anterior a la Constitución vigente, se debe establecer un procedimiento para las mismas y buscar la posibilidad de incorporar una audiencia previa antes de acordar una medida cautelar.
2. Una opción que se propone a raíz del presente estudio sería que las medidas cautelares se puedan tramitar como un incidente, para que se le confiera audiencia al demandado o afectado, para evitar vulnerar o postergar el derecho de defensa del mismo y evitar que el trámite de las mismas se realice inaudita parte, con la finalidad de respetar el debido proceso constitucional.
3. Debe existir en la legislación una disposición que impida expresamente otorgar y ejecutar alguna de las medidas cautelares contenidas en la ley.
4. Se deben fijar los parámetros de una forma más amplia, que el juez debe tomar en cuenta para adoptar o rechazar una medida cautelar.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Bibliográficas

1. Arellano García, Carlos. Teoría general del proceso. México, editorial Porrúa, 2009, 17ª edición.
2. Aguirre Godoy, Mario. Derecho procesal civil. Guatemala, centro editorial vile, 2007.
3. Álvarez Mancilla, Erick Alfonso. Introducción al estudio de la teoría general del proceso. Guatemala, centro editorial vile.
4. Alfaro Valverde, Luis Genaro. El principio de Audiencia: evolución e influencia en el proceso civil. España, J. M. Bosch editor, 2014.
5. Corte de Constitucionalidad. Opus Magna Constitucional Guatemalteco 2011: Instituto de justicia Constitucional. Guatemala, instituto de justicia Constitucional, 2011.
6. Corte de Constitucionalidad. Constitución Política de la República de Guatemala con notas de Jurisprudencia, Corte de Constitucionalidad 2013-2014. Guatemala, editorial serví prensa, 2014.
7. Carnelutti, Francesco. Derecho procesal civil y penal. Volumen 2, México, Editorial Mexicana, 1997
8. Chacón Lemus, Mauro Salvador. Breves notas sobre derechos fundamentales. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2008.
9. Diccionario jurídico elemental. Cabanellas de Torres, Guillermo. Buenos Aires, editorial heliasta s.r.l, 2008.
10. Gordillo Galindo, Mario Estuardo. Derecho procesal civil guatemalteco. Guatemala, praxis, 2000.
11. Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. Manual de derecho procesal civil guatemalteco, Guatemala, magna terra editores, 2002, segunda edición.
12. Ovalle Favela, José. Teoría general del proceso. México, Oxford, 2012, sexta edición.

13. Pereira Orozco, Alberto y Marcelo Pablo E. Richter. La Constitución-su concepto y aspectos generales relacionados al tema. Guatemala, ediciones de Pereira, 2012.
14. Prado, Gerardo. Derecho Constitucional. Guatemala, renacer ediciones, 2012.

Normativas

1. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.
2. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, Código de Comercio, 1970.
3. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, Ley del Organismo Judicial, 1989.
4. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 15-71, –Arraigo-, 1971.
5. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley número 106, Código Civil, 1964.
6. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil, 1964.
7. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.