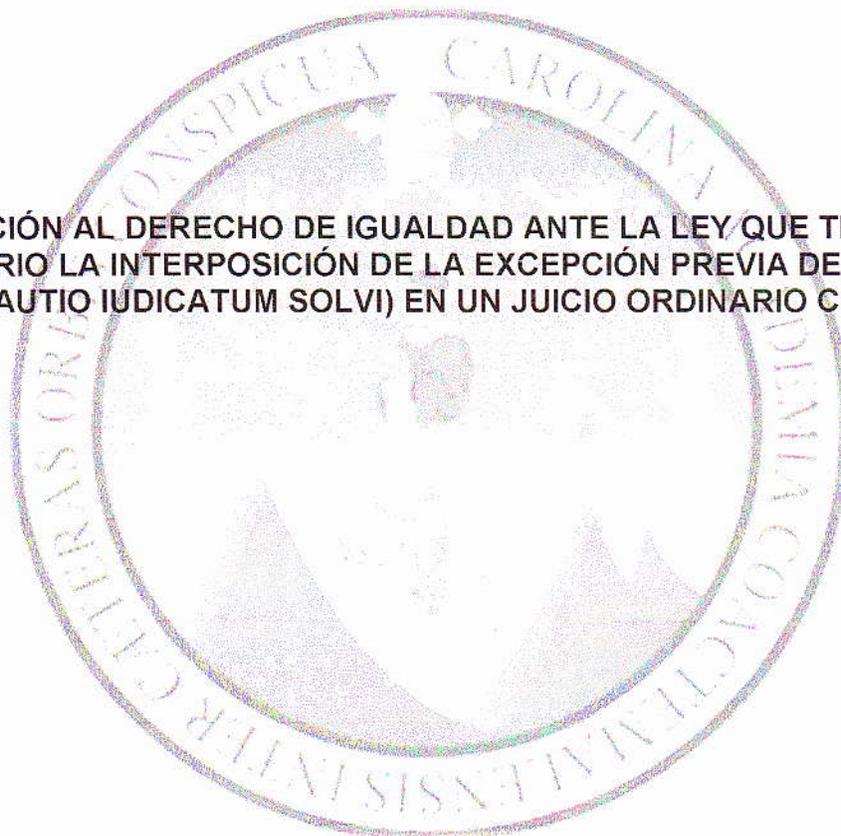


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY QUE TIENE COMO
COROLARIO LA INTERPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE ARRAIGO
(CAUTIO IUDICATUM SOLVI) EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL



OLIVER ALEXANDER GÓMEZ CARDONA

GUATEMALA, MAYO 2013

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

**LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY QUE TIENE COMO
COROLARIO LA INTERPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE ARRAIGO
(CAUTIO IUDICATUM SOLVI) EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OLIVER ALEXANDER GÓMEZ CARDONA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, mayo 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

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



Licenciada
Yessenia Marycruz Gutiérrez Sontay
Abogada y Notaria
Colegiada No. 7719
3ª. Ave. 00-15 Zona 1, Ciudad de Huehuetenango
Edificio El Progreso, Segundo Nivel, Oficina No. 35
TEL: 77691483

HUEHUETENANGO, 18 DE FEBRERO DE 2010.

Licenciado
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado Castillo Lutín

De conformidad con la resolución emitida, he sido designada como Asesora de Tesis, del estudiante OLIVER ALEXANDER GOMEZ CARDONA, titulado LA VIOLACION AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY QUE TIENE COMO COROLARIO LA INTERPOSICION DE LA EXCEPCION PREVIA DE ARRAIGO (CAUTIO IUDICATUM SOLVI) EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL.

Estimo que el aporte que hace el autor es valioso para los estudiantes y profesionales, pues hace un análisis concreto de la interposición de las Excepciones Previas reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil y las consecuencias que conlleva la violación al Derecho de Igualdad dentro de las mismas, por otro lado el trabajo llena los requisitos exigidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que apruebo la misma, previa revisión y discusión en el examen publico, y esto porque:

- a) En cuanto al contenido científico se parte del principio que ciencia es el conjunto de conocimientos sobre algo, dependiendo la rama, por lo que la presente tesis aporta un cumulo de conocimientos acerca de lo que en realidad es la excepción previa de arraigo y la mayor parte de figuras jurídicas concomitantes con la misma, ya que fue realizada con una técnica sencilla pero que refleja en sumo grado el contenido del tema de investigación.
- b) En relación a los métodos utilizados en la lectura de la misma se infiere que se utilizaron métodos de investigación como el lógico, deductivo, inductivo, analítico, sintético y en mínimo grado el histórico, utilizando para ello técnicas de investigación prácticas como la observación individual y estructurada manejándose para ello fichas y cuadros que reflejan la hipótesis planteada.
- c) La redacción se realizó tomando en cuenta las reglas sobre la ortografía, gramática, etc., empero, como es previsible, se cometieron algunas faltas en la redacción de este trabajo de investigación que fueron subsanadas y que en si no alteraron el sentido hacia el cual esta orientada esta investigación.



Licenciada

Yessenia Marycruz Gutiérrez Sontay

Abogada y Notaria

Colegiada No. 7719

3^{er}. Ave. DD-15 Zona 1. Ciudad de Huehuetenango
Edificio El Progreso, Segundo Nivel, Oficina No. 35
TEL: 7769483

- d) En esta investigación no se realizaron cuadros estadísticos, pero se adjuntaron anexos que reflejan la nula interposición de esta excepción previa de arraigo.
- e) Esta investigación jurídica vino a engrosar el caudal de conocimientos teóricos que existen en relación a esta figura jurídica y estableció su inaplicabilidad en nuestro tiempo debido a que viola uno de los principios base para la construcción de un Estado de Derecho.
- f) Las conclusiones se realizaron al tenor del trabajo de investigación ya que reflejan las iniquidades jurídicas que existen al plantear la excepción previa de arraigo, así como las recomendaciones se realizaron de manera de influir en las instituciones y personas para que revisen la actual legislación en esa materia.
- g) En cuanto a la bibliografía se pudo constatar que se utilizaron textos, en su mayoría, de autores nacionales y que tratan temas relativos a la norma jurídica que contiene excepción previa de arraigo y la violación de un principio que además de ser constitucional es un derecho humano.

Atentamente,

Licda. Yessenia Marycruz Gutiérrez Sontay
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiado No. 7719

LICENCIADA
Yessenia Marycruz Gutiérrez Sontay
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO ROBERTO VILLATORO DOMÍNGUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante OLIVER ALEXANDER GÓMEZ CARDONA, Intitulado: "LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY QUE TIENE COMO COROLARIO LA INTERPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE ARRAIGO (CAUTIO IUDICATUM SOLVI) EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.





Licenciado
Mario Roberto Villatoro Domínguez
Abogado y Notario
Bufete Profesional
6ta. Calle "A" 9-53 zona 1, Huehuetenango
Teléfonos: 77646852 y 57258366

Huehuetenango, noviembre 9 de 2011.

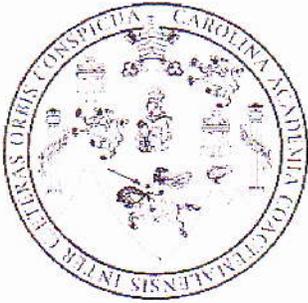
Licenciado
Marco Tullio castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la providencia de merito respetuosamente me dirijo a usted con el objetivo de rendirle informe sobre la labor desarrollada como revisor de tesis del Bachiller Oliver Alexander Gómez Cardona, de su trabajo de investigación intitulado "La Violación al Derecho de Igualdad ante la Ley que tiene como corolario la Interposición de la Excepción Previa de Arraigo (cautio iudicatum solvi) en un Juicio Ordinario Civil".

Me permito rendir el dictamen favorable correspondiente en el sentido que el trabajo de tesis cumple con los requisitos establecidos y normas contenidas en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, porque:

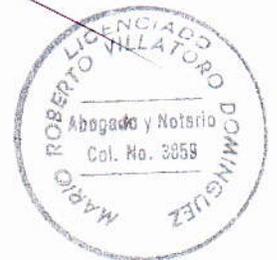
- a) El trabajo de investigación constituye un cumulo de conocimientos científicos sintetizados sobre el tema de la excepción previa de arraigo y la violación al derecho de igualdad ante la ley que conlleva consigo la interposición de aquella y se hizo técnicamente lo cual ayuda a la comprensión del lector*
- b) Es de hacer notar la crítica y aportación del conocimiento a través de la heurística, siendo regla general del contenido teórico del trabajo de tesis, se recomendó desarrollar la temática contenida, clasificando el orden e importancia de las materias y área del derecho relacionadas al tema principal, además se utilizaron técnicas de investigación para recopilar toda aquella información útil para el trabajo de investigación a través de fichas bibliográficas.*
- c) La redacción se realizó siguiendo un orden jerárquico para que el lector en principio conozca lo que es una excepción, lo que es una medida cautelar de arraigo, para posteriormente distinguir entre la excepción previa de arraigo y una medida cautelar de arraigo, para luego establecer que dicha excepción vulnera el principio de igualdad ante la ley.*
- d) No se presento ningún cuadro estadístico.*



Licenciado
Mario Roberto Villatoro Domínguez
Abogado y Notario
Bufete Profesional
6ta. Calle "A" 9-53 zona 1, Huehuetenango
Teléfonos: 77646852 y 57258366

- e) El trabajo de investigación representa una contribución científica a la amalgama doctrinal para los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala puesto que encontrarán temas relacionados a dicha institución jurídica, así como la premisa que los principios, en este caso el de igualdad ante la ley, debe primar en todo ámbito.
- f) Las conclusiones a que se llegó en el trabajo de investigación constituyen una base para que se analice dicha norma y se trate de abordar el tema de su eliminación de la legislación nacional, y en cuanto a las recomendaciones no iban dirigidas a todas las instituciones que tienen competencia para lograr la eliminación de esa norma jurídica, empero, se hizo la observación de incluir a la corte de constitucionalidad en cuanto a la interposición de inconstitucionalidades tanto de carácter concreta como general.
- g) En cuanto a la bibliografía se puede indicar que es bastante amplia y acorde con el tema investigado.

Mario Roberto Villatoro Domínguez
Abogado y Notario
Colegiado Activo no. 3,859
Revisor



c.c. Archivo



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

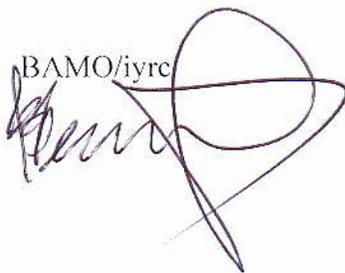
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



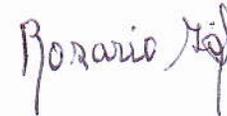
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, 09 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante OLIVER ALEXANDER GÓMEZ CARDONA titulado LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY QUE TIENE COMO COROLARIO LA INTERPOSICIÓN DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DE ARRAIGO (CAUTIO IUDICATUM SOLVI) EN UN JUICIO ORDINARIO CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyrc



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO




DEDICATORIA

- A mi madre
Hilda Araceli Cardona, persona que más amo en el mundo y muestra de que el amor existe, única persona para la que existo.
- A mi abuela
María Luisa Cardona, quien con su longevidad me ha demostrado que al tener valores morales y principios sólidos cualquier obra es sagrada.
- A mi hermano
Edgar Roberto Cardona, quien ha estado al lado de mi familia y de mi persona apoyándonos de forma incondicional, sin esperar nada a cambio.
- A mi hija
Briseida Alexandra Gómez Conde, motivo por el cual luchar incesantemente y cuyo nacimiento fue la mayor de las bendiciones que me pudo dar la vida siendo ella una muestra de amor.
- A mi asesora
Licda. Yessenia Marycruz Gutiérrez Sontay, la que a través de su apoyo y su profesionalismo me ha enseñado que se puede ser mejor cada día, siendo ella una muestra del ángel amigo.
- A mi revisor
Lic. Mario Roberto Villatoro Domínguez, el que a través de una vida de éxitos en el ejercicio de su profesión ha logrado servir de guía.
- A mi Universidad
San Carlos de Guatemala, que me proporciono el conocimiento y me dota de humildad para ser una persona de provecho y de orgullo para esta patria hermosa que me vio nacer.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Excepción.....	1
1.1 Consideraciones generales.....	1
1.2 Definición.....	4
1.3 Excepción frente a la acción, demanda y pretensión.....	6
1.3.1 Acción.....	7
1.3.2 Demanda.....	9
1.3.3 Pretensión.....	10
1.4 Naturaleza jurídica.....	12
1.5 Características.....	13
1.6 Clasificación de las excepciones.....	14
1.6.1 Excepciones previas.....	16
1.6.2 Excepciones perentorias.....	17
1.6.3 Excepciones mixtas.....	18
1.7 Regulación legal.....	19

CAPÍTULO II

2. Providencia cautelar de arraigo.....	23
2.1 Consideraciones generales.....	23
2.1.1 Breve reseña histórica de las providencias cautelares.....	23
2.1.2 Denominaciones de las providencias cautelares.....	23
2.1.3 Proceso al que pertenecen las providencias cautelares.....	24
2.1.4 Definición de providencia cautelar.....	25
2.1.5 Naturaleza jurídica de las providencias cautelares.....	26

2.1.6 Finalidad del proceso cautelar	26
2.1.6.1 Finalidad conservativa	27
2.1.6.2 Mantenimiento del estatus quo	27
2.1.6.3 Finalidad anticipativa	27
2.1.7 Características de las providencias cautelares.....	28
2.1.8 Clasificación de las providencias cautelares.....	30
2.2 Definición	32
2.3 Naturaleza jurídica.....	33
2.4 Oportunidad procesal para plantearla.....	33
2.5 Regulación legal	34

CAPÍTULO III

3. Excepción previa de arraigo	37
3.1 Consideraciones generales	37
3.1.1 Cautio	37
3.1.2 Iudicatum	38
3.1.3 Solvi.....	38
3.2 Concepto	38
3.3 Definición.....	40
3.4 Naturaleza jurídica.....	41
3.5 Características.....	41
3.6 Sanciones legales, costas, daños y perjuicios.....	42
3.6.1 Sanciones legales.....	42
3.6.2 Costas procesales	43
3.6.2.1 Costas procesales	44
3.6.2.2 Costas personales	44
3.6.3 Daños y perjuicios	44
3.6.3.1 Daño	45
3.6.3.2 Perjuicio	46

3.7 Diferencia entre la providencia cautelar de arraigo y la excepción previa de arraigo.....	47
3.8 Cautio rato et grato.....	48
3.9 Regulación legal.....	49

CAPÍTULO IV

4. Constitucionalismo.....	51
4.1 Breve reseña histórica y algunas consideraciones.....	51
4.1.1 Edad Antigua.....	51
4.1.2 Edad Media.....	51
4.1.3 Edad Moderna.....	51
4.2 Definición.....	56
4.3 Conceptos relacionados con el derecho constitucional.....	56
4.4 La constitución frente al derecho internacional.....	57
4.5 Derecho constitucional.....	59
4.6 Constitución.....	60
4.7 Partes de la constitución.....	61
4.7.1 Dogmática.....	61
4.7.2 Orgánica.....	61
4.7.3 Práctica.....	62
4.8 Clases de constitución.....	62
4.8.1 En cuanto al contenido.....	62
4.8.1.1 Constitución formal.....	62
4.8.1.2 Constitución material.....	62
4.8.2 En cuanto a la posibilidad de reforma.....	63
4.8.2.1 Constituciones rígidas.....	63
4.8.2.2 Constituciones flexibles.....	63
4.8.2.3 Constituciones mixtas.....	63
4.9 Principales constituciones que han regido Guatemala.....	64

CAPÍTULO V

5.	Derechos humanos o garantías individuales	67
5.1	Consideraciones generales	67
5.2	Diversas denominaciones.....	68
5.3	Corrientes doctrinarias sobre su naturaleza jurídica.....	71
5.4	Características.....	73
5.5	Definición.....	74
5.6	Clasificación.....	75
5.6.1	Derechos humanos de primera generación.....	75
5.6.2	Derechos humanos de segunda generación	76
5.6.3	Derechos humanos de tercera generación.....	77
5.7	Derechos humanos individuales o garantías individuales	77
5.7.1	Derechos humanos individuales	77
5.7.2	Garantías individuales	78
5.8	Sujetos de las garantías individuales.....	79
5.8.1	Sujeto activo	79
5.8.2	Sujeto pasivo	80
5.9	Regulación legal	80

CAPÍTULO VI

6.	Igualdad ante la ley.....	83
6.1	Consideraciones generales	83
6.2	Definición.....	84
6.3	Naturaleza jurídica.....	86
6.4	Clasificación de la igualdad	87
6.4.1	Igualdad formal	87
6.4.2	Igualdad material	88



Pág.

6.5 Regulación legal	88
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
ANEXOS	95
BIBLIOGRAFÍA	101



INTRODUCCIÓN

El afán de realizar la investigación jurídica nace debido a que es imperativo eliminar las normas jurídicas que son inaplicables en el tiempo actual por existir un constante avance de las ciencias jurídicas, y por consiguiente, en el ordenamiento jurídico, ya que estos tienden a regular mayores privilegios, así como derechos de las personas por el hecho de serlo sin distinción alguna, teniendo esto como corolario que la norma jurídica que contenga disminución o violación de derechos y que de una u otra forma obstaculizan la correcta aplicación de la ley sean analizadas para que posteriormente sean eliminadas, por lo que el tema a tratar consiste en que la excepción previa de arraigo, que se encuentra enmarcado en el Artículo 117 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, que indica que todo demandante extranjero debe prestar caución económica para garantizar las sanciones legales, costas, daños y perjuicios antes de darle trámite a su demanda, violando de esta manera el principio de igualdad ante la ley del que es titular toda persona. Se hace necesaria la presentación de una iniciativa de ley para la derogación del mencionado Artículo, ya que se considera que existe un problema en la legislación procesal civil guatemalteca al mantener una norma jurídica que viola la igualdad ante la ley de la que es titular toda la persona, sin distinción alguna, transgrediendo el principio que se encuentra enmarcado en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Artículo 4 de la Constitución Política de la Republica, que indica que en Guatemala todos los seres humanos sin distinción alguna son iguales en dignidad y derechos.

La presente investigación consta de VI Capítulos, los cuales están de la manera siguiente: El primero hace referencia a lo que es la institución jurídica de la excepción, su relación con la acción, demanda y pretensión, así como características y la respectiva clasificación; el segundo regula lo referente a la providencia cautelar de arraigo, diversas denominaciones de las providencias cautelares, definición de providencia cautelar, clasificación, finalidades del proceso cautelar, definición de la providencia cautelar de arraigo, naturaleza jurídica y oportunidad para plantear la providencia de arraigo; el tercero establece la excepción previa de arraigo, etimología



y significado de los vocablos que la integran, definición, diferencia entre providencia cautelar de arraigo y excepción previa de arraigo; el cuatro describe lo que es el constitucionalismo, una breve reseña histórica, definición, lo relativo a la constitución, clases de constitución; el quinto contiene lo relativo a las garantías individuales y la diferencia con los derechos individuales, diversas denominaciones, características, definición de derechos humanos, clasificación, sujetos a quien van dirigidas las garantías individuales; y el sexto trata del derecho a la igualdad ante la ley, algunas consideraciones generales, definición, naturaleza jurídica, clasificación de la igualdad en formal y material.

Se utilizó en este trabajo de investigación el método inductivo ya que se parte de lo que es una excepción hasta llegar al concepto de igualdad ante la ley, así también dentro de cada capítulo se parte de lo particular a lo general; también se usó el método analítico, y necesariamente el sintético, ya que se investigaron aquellas instituciones jurídicas que tienen relación directa con la excepción previa de arraigo, se analizaron una por una y todas en conjunto para determinar lo que aglutina dicha institución jurídica. En cuanto a las técnicas de investigación se realizaron fichas bibliográficas teniendo en ellas resúmenes de los distintos temas así como datos del texto consultado.



CAPÍTULO I

1. Excepción

1.1 Consideraciones generales

En el mundo jurídico una de las instituciones jurídicas procesales que ha sido objeto de estudio es la excepción la cual tiene una serie de definiciones pero que a un tiempo poseen el mismo substratum y que resulta imprescindible para la aplicabilidad de varios principios generales de la ciencia del derecho y en lo que atañe a los relativos al derecho procesal civil encontrándose dentro de ellos el de defensa, a través del cual se establece que una persona debe ser privada de derechos, limitada en bienes o condenado hasta que haya sido vencido en un proceso legal ante tribunal competente y preestablecido, aplicando el ordenamiento jurídico vigente, agotando todas las instancias del proceso y haciendo uso de recursos y garantías constitucionales; debido proceso, indicando que no se puede condenar a una persona si antes no existe una sentencia proclamada dentro de un proceso en el cual se han observado todas y cada una de las etapas procesales contenidas en el derecho adjetivo y que deben realizarse en un orden coherente, lógico y legal; contradicción, exponiendo que en todo proceso deben existir dos partes en contradicción u oposición.

En cuanto a la etimología de la palabra excepción existen varios criterios pero es prudente indicar los que han tenido mas aceptación en el mundo doctrinario, el autor Cabanellas, citando a Caravantes, expone que "la palabra excepción proviene de excipiendo o excapiendo, que en latín significa destruir o desmembrar; porque la excepción le hace perder a la acción toda su eficacia o parte de ella".¹ Aunque también establece que "para otros, excepción constituye contracción de ex y actio, como contraria y opuesta a la acción, cual negación de ella".² La mayoría de tratadistas está de acuerdo con la primera etimología debido a que la acción en ocasiones persiste, se

¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo III, pág. 268.

² *Ibid.*



depura o se anula y no como indica la segunda cita textual en cuanto que necesariamente significa oposición a la acción.

En relación al nacimiento de las excepciones se hace referencia histórica al derecho romano ya que éste es el origen de casi la totalidad de ordenamientos jurídicos, y es en ese sentido que en uno de sus estadios el procedimiento que se utilizó para normar el juicio era incipiente no primando la igualdad entre personas propias del imperio y personas que no pertenecían al mismo, consecuencia de toda la parafernalia y el egocentrismo por ser la potencia que regía el mundo conocido hasta ese entonces, existiendo por consiguiente, como es sabido, una división del derecho, uno para los ciudadanos romanos y otra para los extranjeros, es decir un *Ius civile* y el *Ius gentium* sucediendo todo esto en la llamada época clásica del derecho romano del siglo I antes de Cristo hasta el siglo III después de Cristo durante el reinado de Augusto, específicamente con la creación de la ley *Iulia iudiciaria* en el año 17 antes de Cristo ya que al introducir dicha ley el procedimiento judicial se convierte en escrito creándose para ello el procedimiento formulario, siendo así que el derecho romano tuvo 3 sistemas de procedimiento que evolucionaron tanto históricamente como en su normativa, a saber, el sistema de acciones, el formulario y el extraordinario.

Es dentro del procedimiento formulario donde el juicio se realiza en base a documentos, es decir, un texto llamado *formula* la cual contenía 4 partes, la *demonstratio* que consiste en una exposición de los hechos, la *intentio* contenida por la pretensión del demandante, la *condematio* confiriéndole al juez la facultad de absolver o condenar al demandado, y la *adiudicatio* facultando al juez a adjudicar total o parcialmente el objeto del litigio; por lo que a través de esta fórmula el demandante planteaba al Juez su pretensión teniendo esta como contraparte la impugnación que el demandado realizaba, en otras palabras, existe un procedimiento escrito y esto lo explica en su obra Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González, "independientemente de las partes señaladas, toda formula puede contener una serie de objeciones o aclaraciones que permitan al magistrado adapta los términos de aquella a las exigencias del actor y del demandado. Entre ellas se distinguen, las



excepciones y las praescriptiones. Por regla general, las excepciones, se colocaban a continuación de la intentio, como una condición negativa; es decir, una condición impuesta al Juez; en otras palabras, el juez solo podría condenar al demandado si la intentio es justificada y por consiguiente la excepción no estaba justificada o no estaba fundamentada, es decir, si el demandado prueba su excepción, debe ser forzosamente absuelto o, cuando menos, obtener una disminución de la condena”.³ En esta forma de procedimiento para dirimir litigios aparece la excepción como actualmente se conoce teniendo como efectos que si es probada se absuelve o se otorga parcialmente lo pretendido.

En igual sentido expone Eduardo Pallares, al indicar que “la excepción nació en el proceso formulario del Derecho Romano. Desempeño en este una gran función que consistió en atemperar los rigores y las injusticias del derecho civil, protegiendo a los demandados contra las exigencias de sus acreedores, en muchos casos contrarios a la equidad, buena fe y a los principios de lo que ahora llamamos derecho natural. Gracias a ella, los pretores realizaban una labor de humanización de la legislación romana, que se hizo patente en el llamado Edicto Perpetuo. La excepción consistió en una cláusula que se insertaba en la fórmula que el magistrado concedía al actor. Mediante ella se autorizaba a los jueces o a los árbitros para absolver al demandado si este lograba probar alguna circunstancia de hecho, por la cual sería injusto condenarlo”.⁴ En esta breve sinopsis de la historia del nacimiento de la excepción se puede observar que la ciencia del derecho es dinámica y evoluciona ya que se crea una institución jurídica como es la excepción que vino a constituir una cláusula para defensa del demandado puesto que a través de ésta no se le deja a merced del demandante o arbitrio del juez la restricción o limitación de los derechos del demandado así como la solicitud de pretensiones o reparaciones desproporcionadas. Dentro de las definiciones más conocidas de lo que es una excepción desde el punto de vista del derecho civil está la de Gordillo Galindo e indica que “Es la denominación dada a ciertos tipos específicos de defensas procesales, dilatorias, perentorias o

³ Morineau Iduarte, Martha y Román Iglesias Gonzales, **Derecho romano**, pág. 93-95.

⁴ Pallares, Eduardo, **Derecho procesal civil**, pág. 292.



mixtas, mediante las cuales el demandado puede reclamar del juez la liberación de la carga de contestar la demanda o la absolución de la misma”.⁵ Se establece que las excepciones son de carácter adjetivas y tienden a absolver total o parcialmente al demandado. También algunos establecen que excepción es toda defensa que el demandado opone a la pretensión del actor, sea que niegue los hechos en que funde su demanda, sea que se desconozca el derecho que de ellos pretende derivarse, sea que se aleguen otros hechos para desvirtuar sus efectos o que se limite a impugnar la regularidad del procedimiento, es decir que la palabra excepción se opone a la acción. A primera vista podría decirse que se excepciona por defectos de fondo y de forma con la salvedad de que si se excepciona por defectos de forma puede depurarse o corregirse dichos defectos y volver a instaurar la demanda. Asimismo se tiene la definición de Ossorio estableciendo que la excepción “en sentido lato equivale a la oposición del demandado frente a la demanda. Es la contrapartida de la acción. En sentido restringido constituye la oposición que, sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente según se trate de una excepción dilatoria o perentoria”.⁶ Conceptualiza el efecto que tienen las excepciones previas y perentorias en cuanto a motivos de forma o de fondo, esto es, deteniendo la prosecución del juicio previo cumplimiento de formalismos o porque el demandado se opone a la pretensión como tal incluyendo dentro de este rubro las excepciones privilegiadas.

1.2 Definición

Al existir una serie de definiciones en el mundo de la doctrina jurídica en cuanto a lo que es una excepción, así como las mencionadas anteriormente, se puede decir que la definición más precisa y que posee todos aquellos elementos característicos que explican en su totalidad la institución jurídica es la de Eduardo Couture quien establece en un sentido amplio que “la excepción es el poder jurídico del que se haya investido el

⁵ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. *Derecho procesal civil guatemalteco*, pág. 63.

⁶ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 405.



demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él. Es la denominación dada a ciertos tipos específicos de defensa procesales, no sustanciales, dilatorias, perentorias o mixtas, mediante las cuales el demandado puede reclamar del juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestarla. La acción, como derecho de atacar, tiene una especie de réplica en el derecho del demandado a defenderse. Toda demanda es una forma de ataque, la excepción es la defensa contra ese ataque, por parte del demandado”.⁷ Es un derecho del que es titular el demandado a través del cual ejerce su defensa y actúa ante los órganos jurisdiccionales en igualdad de condiciones al demandante liberándose de la carga de contestar la demanda mientras no se subsanen errores de carácter formal.

Vale aclarar que tanto el autor citado anteriormente así como Gordillo Galindo hacen mención de que la excepción es un tipo de defensa procesal no sustancial y esto porque en el ordenamiento jurídico se hace distinción entre el derecho reclamado o derecho sustancial, derecho que necesita tutela jurídica y por el cual se promovió la acción, y el derecho a defenderse dentro del proceso o derecho de defensa procesal siendo en este sentido muy categórico Couture, quien establece que “se percibe con cierta claridad, que la excepción, en sentido amplio, en sí misma, no es tanto el derecho sustantivo de las defensas como el derecho procesal a defenderse. En verdad no habría porque llamar procesal al derecho de defenderse y material o sustancial al derecho defendido. En cierto modo, el derecho de defenderse es un derecho sustantivo; y en muchos aspectos lo es más que el derecho debatido en juicio. Tanto el actor, mediante la acción, como el demandado, mediante la excepción, tienen un derecho al proceso; y es a éste al que, en ambos casos, nos deseamos referir”.⁸ Es un tecnicismo jurídico y cuestión de dogmática jurídica distinguir entre defensa material y adjetiva puesto que existiendo el interés de defender un derecho necesariamente se realiza la búsqueda de los medios procesales pertinentes para ejercer la defensa dentro de las etapas del juicio concatenándose con los conceptos de derecho sustantivo y derecho procesal.

⁷ Couture, Eduardo, **Fundamentos del derecho procesal civil**, pág. 89-90.

⁸ *Ibid.* pág. 96.



1.3 Excepción frente a la acción, demanda y pretensión

Como se deduce de la definición de lo que es una excepción se establece que esta institución jurídica va íntimamente ligada a la acción, demanda y por consiguiente a la pretensión, planteándolo en sus respectivas definiciones los autores mencionados anteriormente encontrándose a la excepción como contraparte de la acción e indican que la acción, como derecho de atacar, tiene una especie de réplica en el derecho del demandado a defenderse oponiéndose la excepción a la acción, frente al ataque la defensa, que toda demanda es una forma de ataque en donde la excepción es la defensa contra ese ataque por parte del demandado y es en ese sentido que en el mundo de la doctrina se han propuesto varias teorías en las cuales la acción es sinónimo de derecho, pretensión y de la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción.

Y es en esa sinonimia que Aguirre Godoy establece la acción "como sinónimo de derecho, de aquí la frecuente interposición de la excepción calificada como falta de acción, que en resumidas cuentas no significa otra cosa que la ausencia de derecho en aquel que quiere hacerlo valer; como sinónimo de pretensión, o sea que la acción es la pretensión de que se es titular de un derecho legítimo o válido, que se quiere hacer efectivo mediante la interposición de una demanda; como sinónimo de la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, en este caso se trata de un poder jurídico, distinto del derecho o de la pretensión o de la demanda, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus respectivos órganos jurisdiccionales".⁹ Puesto que si no hubiera derecho que defender o solicitar no existiría la pretensión no ejerciéndose la acción y por consiguiente no se interpondría la demanda pero cada concepto es unívoco, es decir que cada concepto es parte integrante del acto que realiza la persona ante los tribunales de justicia. En ese orden de ideas es que continuación se aborda cada una de las instituciones jurídicas mencionadas en el presente subtítulo con el objetivo de deslindarlas, comprender de mejor manera su diferencia y relación puesto

⁹ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesal civil**, tomo I, pág. 42.



que en la definición dada anteriormente se hace referencia a la excepción tomándose conjuntamente con la acción la que va ligada a la demanda y por consiguiente a la pretensión.

1.3.1 Acción

La palabra acción deviene del latín agere que significa hacer u obrar. La acción se encuentra representada en el derecho romano, según Cabanellas, bajo la máxima "nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debetur iudicio persequendi, que significa la acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe".¹⁰ En el ordenamiento jurídico y doctrina se establece que se acude a los tribunales de justicia a exigir tutela jurídica de diversa índole y no solo a solicitar lo que a uno se le debe, es decir que la tutela jurídica abarca protección futura en contra de la posible lesión de la integridad personal, bienes tanto materiales como espirituales, y derechos teniendo lugar cuando se solicitan medidas de precaución previendo un posible resultado considerado como desfavorable, siendo lógico que se reivindique o restituya a su estado anterior si ya se sufrió la lesión.

La acción se encuentra fundamentada legalmente en el párrafo primero del Artículo 28 de la vigente Constitución de la República de Guatemala, creada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual establece que "los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que ésta obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley". Por lo que se puede decir que la acción es la facultad que tiene toda persona ya sea individual o colectiva para solicitar y reclamar una pretensión frente a los órganos encargados de administrar justicia así como ante aquellos órganos e instituciones que pertenecen al organismo ejecutivo en su función administrativa previo cumplimiento de requisitos e inclusive ante el organismo legislativo al presentar una iniciativa de ley por parte del conglomerado.

¹⁰ Cabanellas, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 71.



En el mundo de la doctrina jurídica existe una definición que es aceptada por la mayoría de estudiosos del derecho y es la proporcionada por Aguirre Godoy cuando expone “actualmente puede decirse que el concepto de la acción como derecho público subjetivo que tiende a provocar la función jurisdiccional del Estado a efecto de tutelar o proteger una pretensión jurídica”.¹¹ Consecuencia del Estado de Derecho y por consiguiente el dotar, por parte del Estado, de instrumentos jurídicos convertidos en normas jurídicas que imponen el irrestricto respeto a la ley por parte de los ciudadanos y funcionarios a través del cual se debe acudir a un órgano jurisdiccional para solventar alguna litis no dejándolo al arbitrio de los particulares.

En igual sentido y de una manera amplia se pronuncia Gordillo Galindo al establecer que “la inexistencia de una solución pacífica, de manera extraprocesal de los conflictos surgidos entre particulares y la prohibición de ejercer la autodefensa, obliga al Estado como tal, a asumir la tutela de los derechos lesionados de sus ciudadanos, a través de la jurisdicción, reconociéndole a los gobernados la facultad de requerir su intervención lo que constituye la acción, siendo esta en consecuencia la facultad o derecho subjetivo que tiene toda persona de recurrir ante el órgano jurisdiccional a reclamar la justicia y obtener la tutela jurídica”.¹² Ambos autores coinciden en que la acción es un derecho subjetivo puesto que todas las personas poseemos la facultad de recurrir a los órganos jurisdiccionales creados por el Estado para protegerse jurídicamente o solicitar justicia, es decir satisfacer una pretensión. En lo relativo a la acción ésta se integra por varios elementos que son necesarios para tomarla como tal siendo estos, según Aguirre Godoy, “el derecho (ya que forzosamente tiene que pronunciarse sobre la presencia o ausencia del derecho, porque consecuentemente tiene que declarar la eficacia o ineficacia de la acción, pero el objeto de esta, la resolución judicial, ya está lograda), el interés (se dice que no hay acción sin interés, el interés es la medida de las acciones y se entiende que nadie tiene derecho a promover cuestiones puramente especulativas, ni de ocupar el tiempo de los tribunales en asuntos superfluos, y además, se sostiene que este interés debe

¹¹ Aguirre Godoy, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 55.

¹² Gordillo Galindo, *Op. Cit.*, pág. 22.



ser inmediato, existente y actual), la calidad (o sea la circunstancia de ser titular legítimo de una pretensión) y capacidad (no es más que una condición requerida en el sujeto para el ejercicio de la acción, ya que si falta la capacidad no se puede constituir la relación procesal)".¹³ Se establece que la acción es la facultad o poder que tiene toda persona ya sea individual o jurídica de recurrir ante los tribunales de justicia competentes, excepto en la rama penal como es bien sabido debido a que existen gran cantidad de delitos que necesariamente deben de ser perseguibles de oficio por el órgano destinado para el efecto, y al establecer que es una facultad se infiere que puede o no ser ejercida por la persona o su representante que reclama la tutela jurídica por lo que sí es ejercitada debe observar los elementos descritos anteriormente para que sea tomada como tal independientemente si se obtiene una resolución judicial favorable o desfavorable.

1.3.2 Demanda

Cuando se dice que la acción es el derecho que tienen las personas de recurrir ante los órganos jurisdiccionales para satisfacer una pretensión se deduce que la acción debe manifestarse a través de un instrumento que dé inicio al proceso siendo éste la demanda independientemente de que ésta se presente en un juicio oral o escrito de tal modo que demandar en latín significa confiar, encomendar, refiriéndose a encomendar la pretensión en este caso a los órganos encargados de administrar justicia por lo que la demanda necesariamente tiene que existir para el inicio de un proceso civil. En cuanto a las definiciones se encuentran varias, indicando una de ellas que por demanda se entiende toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener satisfacción de un interés o lo que en el lenguaje coloquial representa ese concepto, es decir demandar, pedir algo. Otra definición más completa es la que da Ossorio y dice en su obra que demanda es el "escrito que inicia el juicio y tiene por objeto determinar las pretensiones del actor mediante el relato de los hechos que dan lugar a la acción,

¹³ Aguirre Godoy, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 70.



invocación del derecho que la fundamenta y petición clara de lo que se reclama”.¹⁴ Aquí vale citar que en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107, dado durante el gobierno del General Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en el año 1,963 y que entro en vigencia en 1,964, específicamente en el Artículo 61 expone de manera detallada los requisitos que debe contener el escrito inicial aunado a lo establecido en los Artículos 63 que indica el número de copias del escrito que se deben de presentar, 79 señalando lo relativo al lugar para recibir notificaciones, y 106 estableciendo el contenido de la demanda del mismo cuerpo legal de tal modo que en la práctica si un escrito de demanda no cumple con dichos requisitos es rechazada de plano. En el cuerpo legal anteriormente citado, específicamente en el Artículo 52 en su primer párrafo, nos enmarca 2 supuestos en los cuales si es obligatorio demandar indicando que “nadie puede ser obligado a demandar sino en los casos de jactancia y cuando se tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otra persona”. Por lo general se establece que interponer una demanda es facultad única y exclusiva de la persona que se cree con derecho a la tutela jurídica por parte de los tribunales de justicia.

1.3.3 Pretensión

Deviene del latín praetensio-ōnis que significa el derecho, bien o mal, fundado que cree tener una persona sobre algo. Existen varios tipos de pretensiones de acuerdo al proceso que se integra, existiendo: a) pretensiones constitutivas, las que se plantea para que el juez en sentencia constituya o extinga una situación jurídica; b) pretensiones declarativas, que declaran a favor de una de las partes la existencia de un derecho o situación jurídica; c) pretensiones de condena, que condena a una de las partes al cumplimiento de una obligación. Al existir un derecho de acción y siendo la demanda el instrumento a través de la cual se inicia un proceso ante los tribunales jurisdiccionales resulta por lógico que la demanda debe llevar un contenido

¹⁴ Ossorio, *Ob. Cit.*; pág. 300.



que indique y aclare el motivo por el cual se solicita la intervención de dichos tribunales siendo éste contenido la pretensión independientemente si esta es real o falsa, si está encuadrada legalmente o es ilegal, lo cual se dirimirá dentro del proceso respectivo a través de una sentencia, es decir que el objeto de la acción procesal consiste en pedir algo al órgano jurisdiccional.

Como se indicó anteriormente la acción no puede ser sinónimo de pretensión y sí el origen de aquella por lo que son 2 instituciones jurídicas distintas observándose esto claramente en las definiciones que existen acerca de lo que es la pretensión encontrándose dentro de éstas la que proporciona Couture al exponer que “la pretensión es la afirmación de un derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto, la aspiración concreta de que éste se haga efectiva. En otras palabras, la auto atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocando pide concretamente se haga efectivo a su respecto la tutela jurídica”.¹⁵ En la vida práctica al interponer una demanda se observa que el interponente hace valer su derecho a la tutela jurídica pero más aún le interesa el reivindicar el menoscabo que sufrió, porque si lo pudiera hacer sin la intervención de los órganos jurisdiccionales lo haría por propia cuenta. Aquí se puede hacer una equiparación entre la definición dada anteriormente y lo que en igual sentido se pronuncia en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 en el Artículo 51 indicando en su primer párrafo “la personas que pretenda hacer efectivo un derecho, o que se declare que le asiste puedes pedirlo ante los jueces en forma prescrita por este Código”, es decir cumpliendo con los requisitos.

En resumen se puede indicar que la acción no puede ser sinónimo de derecho ya que se tiene el derecho de ejercer la acción, llenando los requisitos para ejecutarla, independientemente de que el derecho reclamado sea real o supuesto y por consiguiente falso, no se puede tomar como sinónimo de demanda ya que esta es el instrumento a través de la cual se ejerce la pretensión, tampoco puede tomarse como

¹⁵ Couture, *Op. Cit.*, pág. 72.



sinónimo de pretensión ya que como quedo establecido ésta es el motivo por el cual se ejerció la acción y sí como poder jurídico o derecho subjetivo a través del cual se acude a los tribunales de justicia a obtener tutela jurídica propia o coadyuvar con una iniciada siendo así que la excepción viene a ser la acción del demandado porque con la interposición de ésta se está apersonando al proceso y requiriendo a los órganos jurisdiccionales que diluciden acerca de la controversia suscitada por considerar que con la pretensión solicitada por el demandante le está ocasionando un detrimento personal o pecuniario.

En base a los argumentos esgrimidos anteriormente en cuanto a que la excepción se opone a la acción, en que la excepción es la contraparte de la acción, se establece que la excepción no se opone a la acción ya que la acción procesal se hizo efectiva y por lo tanto entraron en movimiento los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia independientemente de que tanto los presupuestos procesales, requisitos procesales de la demanda y el fondo del asunto, que es la pretensión constituida por el derecho subjetivo argumentado por el actor, produzcan frutos o sean atacados por las diversas excepciones que puedan plantearse. Al interponer una excepción y al hacer la respectiva conjugación verbal ésta se toma como excepcionar que no quiere decir otra cosa que “alegar u oponer excepciones ante una acción o reconvencción”.¹⁶ Por regla general se interpone una excepción en contra del demandante pero si existe una reconvencción el demandado también será objeto del planteamiento de una excepción de tal modo que la excepción es la contraposición de la acción y de la reconvencción.

1.4 Naturaleza jurídica

En relación a la naturaleza jurídica de la excepción se ha referido de una manera explayada Couture al decir que “también se habla de la excepción como un poder jurídico concreto, vale decir, como un atributo del demandado a quien el actor conduce

¹⁶ Cabanellas, **Ob. Cit.**, tomo III, pág. 272.



sin motivo hasta el tribunal, y que pretenda que la pretensión del demandante sea desechada. Se habla entonces de un contra derecho: el contra derecho del demandado en oposición al derecho que pretende el actor. El demandado, se sostiene, no tiene ningún derecho contra el actor. Solo tiene derecho a su libertad, a que la sentencia rechace la demanda devolviéndole la libertad de que disfrutaba antes del proceso. El demandado, para esta concepción, no espera tanto a que se reconozca su derecho propio, como excluir al derecho ajeno. Su pretensión más que nada, es afirmación de la libertad jurídica¹⁷. Lo que indica la prolija exposición anterior es que la excepción es el derecho o poder jurídico del demandado traducido éste en conservar la libertad jurídica que poseía antes de ser demandado, traducida dicha libertad en que antes de la demanda el demandado no estaba sujeto a ningún juicio, que es equiparable al derecho reclamado por el demandante y que en un momento dado también puede ser objeto de una excepción.

1.5 Características

Según la doctrina posee 3 características, que según Eduardo Pallares son: "a) No pueden ser consideradas de oficio por el juez, sino que es necesario que las haga valer el demandado para que formen parte de la litis. b) Constituyen un derecho de impugnación de la demanda mediante el cual el demandado destruye o nulifica la acción. Por encontrarse tal derecho en patrimonio del demandado como un bien jurídico del cual puede disponer o ejercitar libremente, se infiere que el juez no este facultado para considerarlo como cuestión litigiosa de manera oficiosa, si el interesado no lo hace valer. c) Presupone al hacerse valer la existencia de la acción ejercitada en el juicio a la que impugnan y pretenden nulificar o destruir. Los autores clásicos sostuvieron que toda la excepción implica el reconocimiento tácito o expreso del derecho que hace valer en el juicio el demandante, en el sentido de que admiten su existencia pasada o presente, según los casos, pero lo impugnan para intentar su

¹⁷ Couture, *Ob. Cit.*, pág. 94.



destrucción”.¹⁸ Lo que queda establecido es que todas las excepciones reguladas en el medio son oponibles por el sujeto demandado independientemente de la obligación que tiene el juez, a quien se sometió el litigio, de conocer las cuestiones relativas a la competencia pudiendo a través de la interposición de excepciones destruir la acción o fondo del asunto litigioso bien porque la pretensión sea inexacta o no exista.

1.6 Clasificación de las excepciones

Doctrinalmente se encuentran un cúmulo de clasificaciones de las excepciones atendiendo aun sin número de autores versados sobre el tema siendo así que Cabanellas las clasifica en “generales, comprensivas de todo medio que el demandado emplee para apoyar la desestimación de la demanda, sea de fondo o de forma, incluso el defecto legal al proponerla; impeditivas, que excluyen los efectos jurídicos de la acción, sin basarse exclusivamente en hechos; las de mero derecho, que se limitan a alegar alguno de índole impeditiva o extintiva, para anular la acción, sin excluirla”.¹⁹ Como se puede advertir la clasificación anterior fue realizada de una forma general atendiendo únicamente a la acción, forma y fondo sin adentrarse en las instituciones jurídicas de su contenido y que las caracterizan, empero existe la clasificación de Chacón Corado y Montero Aroca, indicando que “puede primero referirse al proceso mismo, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos procesales, puede, después o al mismo tiempo, según los diferentes ordenamientos procesales, referirse al fondo del asunto, alegando en torno al derecho subjetivo argumentado por el actor”.²⁰ Clasificación que bien podría hacerse en excepciones de forma y fondo. Otros que clasifican las excepciones en 2 grupos siendo el primero “excepciones procesales, cuando el demandado se opone alegando excepciones procesales lo que hace es aducir la falta de presupuestos y/o requisitos procesales. Sin entrar ahora en cómo podrá hacerlo procedimentalmente es preciso que nos detengamos ahora para examinar que puede alegarse al respecto: a) Presupuestos

¹⁸ Pallares, *Ob. Cit.*, pág. 297.

¹⁹ Cabanellas, *Ob. Cit.*, tomo III, pág. 268.

²⁰ Montero Aroca, Juan y Chacón Corado, Mauro, *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*, tomo I, pág. 317.



procesales, en primer lugar esta excepción puede referirse a la falta de presupuestos procesales. Estos presupuestos son las condiciones que atienden a la existencia de la sentencia sobre el fondo del asunto; el juzgador solo podrá resolver el fondo del litigio planteado en la pretensión, cuando concurren los elementos que determinan la correcta construcción de la relación jurídica, ello significa que los presupuestos procesales se refieren al proceso en conjunto, no a un acto concreto del mismo. b) Requisitos procesales de la demanda, desde esa misma posición el demandado también puede excepcionar la falta de requisitos de un acto procesal, el básico, el de la demanda; estos requisitos se refieren al contenido, no a la forma. Es preciso distinguir entre la admisibilidad de la demanda y la estimación de la pretensión, y advertir que la falta de requisitos alegables para el demandado como excepción procesal se refiere al primer supuesto, no al segundo. El demandado puede alegar que la demanda no contiene una petición que es precisa, o que es oscura, o que contiene petición contradictoria, pero no podrá excepcionar procesalmente que faltan hechos constitutivos, pues esto es tema de fondo”.²¹ Al analizar la exposición anterior, se infiere que las excepciones procesales únicamente se refieren a la forma, calidad, legitimidad, capacidad, competencia que van íntimamente ligadas a la presentación de la demanda y consecuentemente a la aceptación de la misma, no aludiendo por lo tanto a la o las pretensiones formuladas en la demanda que es lo que se conoce como el fondo del asunto o litigio.

Y es en esa vertiente que los autores mencionados anteriormente señalan que las excepciones procesales son “Incompetencia, litispendencia, demanda defectuosa, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería y la de cosa juzgada”.²² Al hacer una pequeña exégesis sobre el concepto de las excepciones procesales mencionadas anteriormente se establece que la excepción de cosa juzgada ataca el fondo del asunto por lo que no encuadraría dentro de dichas excepciones.

²¹ *Ibid.*, pág. 318-319.
²² *Ibid.*, pág. 325.

El segundo grupo, según Chacón Corado y Montero Aroca, es el de “excepciones materiales, si las excepciones procesales se refieren a la válida constitución de la relación jurídica procesal, las materiales se refieren al fondo. En este aspecto material el demandado aspira a que la pretensión sea desestimada. Las verdaderas excepciones materiales son hechos nuevos, distintos a los alegados por el actor y supuestos facticos de las normas también diferentes. Las excepciones materiales se mantienen dentro de la misma relación deducida por el demandante y además suscitan un objeto procesal nuevo con base en ella, el demandado se limita a pedir su absolución, no pidiendo nada positivo frente al actor”.²³ Cuando se refieren a hechos nuevos o distintos se deduce que estos hechos tienden a destruir los planteados por el demandante que dan lugar a la pretensión y la anulan, es decir que le hacen ver al juzgador que existen hechos a favor del demandado que lo absuelven de la pretensión. Y es así que en base al concepto dado anteriormente se establece que las excepciones materiales son las de “falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviera sujeta la obligación o el derecho que se hagan valer, caducidad, prescripción y transacción”.²⁴ Lo que en la clasificación legal equivale a las excepciones calificadas como privilegiadas y que por lo tanto pueden interponerse en cualquier estado del proceso destruyendo por completo la pretensión. Doctrinalmente, pero encuadrada legalmente, existe la clasificación tripartita que se enseña en las cátedras de la Alma Mater y de validez académica, además que explica de una manera sencilla la división hecha por los legisladores clasificándolas en excepciones previas, perentorias y mixtas

1.6.1 Excepciones previas

En cuanto a ésta clase de excepciones Gordillo Galindo indica que “excepciones previas, llamadas en la doctrina dilatorias, término que no comparto, pues si bien a través de ellas se extiende o retarda el acto de la contestación lo cierto es que la finalidad es depurar el proceso frente a la falta de presupuestos procesales, por ellas el

²³ *Ibid.*, pág. 321.

²⁴ *Ibid.*, pág. 325.

demandado hace ver al juez la inexistencia de los requisitos que impiden conocer el fondo de la pretensión. Es importante señalar que no se denominan previas porque se interponen antes de la contestación de la demanda, sino son previas porque deben de resolverse antes que la pretensión principal”.²⁵ En este punto hay que hacer un breve paréntesis puesto que el autor citado anteriormente refiere que son previas no porque se plantean antes de la contestación de la demanda sino porque se resuelven antes de la pretensión punto en el que difieren los autores Chacón Corado y Mauro Aroca puesto que ellos indican que “el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 parte de la consideración de que existen algunas excepciones que pueden y deben resolverse sin necesidad de que el proceso se desarrolle completamente, sin necesidad de tener que realizar la contestación de la demanda, sin llegar a realizar toda la prueba y sin que se dicte sentencia, esta conclusión se basa en la existencia de una serie de motivos de oposición del demandado que deben resolverse de modo previo y por los incidentes”.²⁶ Sin embargo, es irrelevante si son previas porque se resuelven antes del asunto principal o porque se interponen antes de la contestación la cuestión estriba en que a través de ellas se depura el proceso. Y las excepciones previas que aparecen en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 son las de incompetencia, litispendencia, demanda defectuosa, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, cosa juzgada, falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer, caducidad, prescripción, transacción y la excepción previa de arraigo. Como se puede observar, con relación a la excepción de arraigo la establecen como *sui generis*, es decir como una excepción que tiene características propias, por lo que se estudiara aparte en este trabajo de investigación aunque per se constituye el punto central de la misma.

1.6.2 Excepciones perentorias

Gordillo Galindo establece que “son las que tienen como finalidad extinguir o terminar

²⁵ Gordillo Galindo, *Ob. Cit.*, pág. 63-64.

²⁶ Montero Aroca y Chacón Corado, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 325.



con la pretensión del actor”.²⁷ Ahondando más en lo relativo a las excepciones perentorias la mayoría de tratadistas indican que la palabra perentoria deviene del latín *perimere* que significa aniquilar, destruir, utilizándose cuando se habla de excepciones perentorias o bien del latín *peremptorius* que es sinónimo de concluyente, urgente, determinante o apremiante, así también se utiliza cuando se habla de términos perentorios haciendo alusión a que la temporalidad es limitada teniendo mayor resonancia en lo relativo al principio de preclusión que más se usa en el ámbito procesal civil y mercantil.

Chacón Corado y Mauro Aroca, establecen en cuanto a las excepciones perentorias “si las anteriores son las que pueden oponerse de modo previo a la contestación de la demanda, estas otras son las que pueden oponerse con la contestación de la demanda siempre tienen la naturaleza de materiales. Las excepciones no solo por tanto números *clausus* como sucede con las previas, y en lugar de una lista lo que se hace es clasificar los hechos atendiendo a su efecto sobre la relación jurídica material afirmada por el actor, que es lo que hicimos antes al hablar de hechos impositivos, extintivos y excluyentes. Con todas estas excepciones, y los hechos en que basa, lo que pretende el demandado con su alegación es que se dicte sentencia absolutoria, en la que se desestime la pretensión ejercida por el actor”.²⁸ Lo anterior únicamente es doctrinario ya que el vigente Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 no lo indica explícitamente únicamente se limita a indicar que al contestar la demanda se interpondrán las excepciones perentorias que se tuvieren, además hay que advertir que estas excepciones perentorias nunca se tramitan en incidentes, a diferencia de las excepciones previas, y deben interponerse al contestarse la demanda resolviéndose en sentencia.

1.6.3 Excepciones mixtas

Chacón Corado y Mauro Aroca, en cuanto a estas excepciones infieren “son una

²⁷ Gordillo Galindo, *Ob. Cit.*, pág. 64.

²⁸ Montero Aroca y Chacón Corado, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 327.

categoría intermedia entre las previas y las perentorias, un tertium genus dice la doctrina, aunque entre ellas se puede producir la mezcla entre las excepciones procesales y materiales. Si las previas han de oponerse antes de contestar a la demanda, y si las excepciones perentorias han de oponerse en la contestación de la demanda, las excepciones mixtas pueden oponerse en cualquier estado del pleito”.²⁹ Al analizar este tipo de excepción se puede establecer que estas son reguladas por la doctrina como privilegiadas puesto que se pueden oponer en cualquier estado del proceso cuando surjan, y entre estas se tiene, según establecen los autores mencionados anteriormente, “procesales: litispendencia, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, cosa juzgada; y materiales: transacción, caducidad y prescripción”.³⁰ Clasificación que hace el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, aunque no explícitamente sino que realizando una interpretación.

1.7 Regulación legal

Como es sabido la vigente Constitución Política de la República de Guatemala contiene principios jurídicos que deben ser desarrollados por toda norma de carácter ordinario entendiéndose que estas no deben vulnerar lo indicado en aquella y es así que en principio se puede decir que el derecho a interponer excepciones y por consiguiente excepcionar se encuentra fundamentado legalmente en la Constitución de la República de Guatemala en el Artículo 12 que establece “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie puede ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y venido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. Esto en virtud, en materia civil, que al interponer una demanda en contra de una persona capaz esta empieza a ejercitar su derecho de defensa al interponer excepciones, ya sean previas, perentorias o mixtas, con lo cual atacará la forma o fondo de la demanda en el entendido de que a través de la interposición de estas excepciones se está escuchando, por así decirlo,

²⁹ *Ibid.*, pág. 328.

³⁰ *Ibid.*,



los argumentos para que no sea restringido en sus derechos como persona o derecho sobre bienes.

Como quedo acotado en el párrafo anterior las normas ordinarias deben desarrollar los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y es así que en el ordenamiento jurídico ordinario guatemalteco el fundamento de las excepciones se encuentra consagrado en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107, específicamente en sus Artículos 116 y 117 en cuanto a excepciones previas, 118 relativo a las excepciones perentorias, y últimos numerales del 116 en relación a las excepciones mixtas.

Al hacer una interpretación de las excepciones previas se observa que el Artículo 116 establece “El demandado puede plantear las siguientes excepciones: 1º. Incompetencia. 2º. Litispendencia. 3º. Demanda Defectuosa. 4º. Falta de capacidad legal. 5º. Falta de personalidad. 6. Falta de personería, falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer, caducidad prescripción, cosa juzgada y transacción”. Dejando en un Artículo apartado la última de las excepciones previas debido a que se quería resaltar y que se tomara con mayor relevancia debido a que la política internacional de los Estados era beligerante ya que existía una serie de sistemas jurídico-políticos que pretendían imponerse sobre otros e influenciarlos para cambiarlos en su forma y sistema de gobierno aunado a que no existía un marco de derecho de confluencia internacional, siendo así que el Artículo 117 del Código antes mencionado establece: “Si el demandante fue extranjero o transeúnte, será también excepción previa la de garantizar las sanciones legales, costas daños y perjuicios. No procede esta excepción: 1) Si el demandante prueba que en el país de su nacionalidad no se exige esta garantía a los guatemaltecos. 2) Si el demandan fuere también extranjero o transeúnte”.³¹ Dentro de los casos en que no se aplica, específicamente en el numeral 1, se puede observar que existieron Estados compatibles con la estructura jurídica

³¹ *Ibid.*, pág. 36-37.



política del Estado de Guatemala y que observaban similar política internacional. Este capítulo demuestra que la excepción es una institución jurídica procesal a través de la cual se ejercita la garantía de defensa, puesto que si el demandante ejercita su acción el demandado ejercita su acción pero de defensa y sin la cual se le vulnerarían o limitarían derechos o bienes, siendo así que un buen manejo tanto sustancial como adjetivo redundaría en una buena defensa.





CAPÍTULO II

2. Providencia cautelar de arraigo

2.1 Consideraciones generales

Antes de entrar a considerar a la providencia cautelar de arraigo es menester dar una breve sinopsis de lo que es una providencia cautelar o como la llaman muchos doctrinarios una medida cautelar tanto en su historiografía, diversas denominaciones, clase de proceso al que pertenece, definición, finalidad, características, clasificación, regulación legal, etc., cuestiones que analizaremos someramente a fin de conocer de mejor manera en que consiste dicha institución jurídica.

2.1.1 Breve reseña histórica de las providencias cautelares

En el Derecho Romano existía una institución jurídica similar a la medida cautelar siendo pignoris capio la cual consistía en un procedimiento en que el acreedor tomaba los bienes del deudor para coaccionarlo al pago de lo debido, aquí se limitó grandemente el poder que poseía el acreedor puesto que anterior a la pignoris capio se daba una forma de confiscación de bienes totalmente desproporcionada; al igual que las excepciones las medidas cautelares tomaron positividad cuando surgió el procedimiento formulario o escrito en donde se redactaba un documento en presencia tanto del acreedor y el deudor presentando sus pretensiones y sus defensas, documento que servía para que el juez tomara decisión de lo que se le presentó en prenda si no se hacía efectiva la obligación declarada.

2.1.2 Denominaciones de las providencias cautelares

Como toda institución jurídica a las providencias cautelares se les ha denominado de forma diversa siendo una de ellas la que nos indica Roland Arazi al establecer que a las medidas cautelares "podríamos denominarlas pretensión cautelar o conservativa



(sobre la petición de la parte que la solicita), proceso o procedimiento cautelar (si asentamos la atención en la forma de sustanciarla) o sentencias cautelares (en consideración de la resolución que se dicta)".³² Al observar la denominación dadas anteriormente se puede inferir que si se les denomina de una u otra forma daría pie a considerar conceptualmente a las medidas cautelares en un ámbito muy restringido relegándolas únicamente a la solicitud, procedimiento o resolución sino que el concepto entraña las 3 instituciones unidas, por eso habría que buscar una definición mas completa. En cuanto al vocablo cautelar dice el autor anteriormente citado que "la voz cautelar significa prevenir, precaver, y da idea del carácter provisorio de la medida".³³ Aludiendo a prevenir un mal o daño ya sea personal o patrimonial si no se interpone.

En cuanto a la etimología de cautelar deviene del latín cavere que significa diligencia, precaución o previsión, empero Novellino indica que respecto a lo anterior "la doctrina ha estudiado este instituto desde un triple punto de vista, a saber: 1) como acción, 2) como proceso, 3) como sentencia o providencia; todo lo cual da lugar a que se hable indistintamente de acción cautelar, procedimiento cautelar y sentencia o providencia cautelar".³⁴ Esta última denominación es la que más ha aceptado la doctrina y es por la que se conoce a ese instituto jurídico procesal civil aunque existe una serie de denominaciones similares dentro de las cuales se pueden mencionar diligencias cautelares, providencias precautorias, providencias cautelares, medidas de garantía, procesos de aseguramiento, medidas cautelares, dando cada una de ellas la conceptualización elemental de lo que se aglutina en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 bajo el nombre de Providencias Cautelares.

2.1.3 Proceso al que pertenecen las providencias cautelares

Partiendo de que en el proceso civil existen varias clasificaciones de procesos esta

³² Arazí, Roland, **Derecho procesal civil y comercial**, pág. 557-558.

³³ *Ibid.*

³⁴ Novellino, Norberto, **Embargo y desembargo y demás medidas cautelares**, pág. 84.



una que los clasifica en procesos de conocimiento o de cognición que pretenden declarar un derecho, ordinario civil, sumario civil, oral civil, arbitral, procesos ejecutivos o de ejecución, que pretenden dar cumplimiento a lo declarado en un proceso de conocimiento, es decir ejecutar las sentencias que se dictan en los procesos de conocimiento en sí la satisfacción de una pretensión incumplida, ejecutivo, llamado ejecutivo común, ejecutivo en vía de apremio, obligación de dar, hacer, obligación de escriturar, y no hacer, y procesos cautelares, cuyo fin es obtener una medida cautelar o preventiva para asegurar en lo futuro el ejercicio de un derecho o cumplimiento de una obligación, teniendo la singularidad que se puede plantear en un proceso de conocimiento o de ejecución, de tal modo que este proceso cautelar puede plantearse juntamente con el escrito de demanda o previamente con el fin de que el tribunal tenga conocimiento a priori de que existirá un litigio dictando para ello las medidas necesarias.

2.1.4 Definición de providencia cautelar

Existe una serie de definiciones de lo que es una medida cautelar y se dice "Por medida provisional o cautelar se entiende el otorgamiento temporal de la tutela judicial en una causa principal pendiente o inminente relacionada con el derecho cuya tutela se pretende. El otorgamiento temporal de la tutela judicial tiene por objeto asegurar la satisfacción futura del derecho cuyo reconocimiento judicial se insta. Las medidas son las siguientes: caución, anotación registral preventiva de hipoteca, embargo preventivo, secuestro judicial, adjudicación temporal de pretensiones, resolución provisional, precintado, alzamiento de precintos, formación de inventarios y consignación de activos".³⁵ En sí buscar la protección judicial mientras se soluciona el asunto principal en definitiva previendo cualquier lesión al bien o interés defendido o pretendido.

Entre otras definiciones tan diversas que existen mas alguna podría contener la

³⁵ Unión Europea. **Europa**, extraído el 15 de julio de 2009.

esencia de lo que es una medida cautelar siendo la que más se acerca la que indica “las medidas cautelares se pueden solicitar antes o después de planteada la demanda. Tienen por objeto asegurar los bienes o mantener las situaciones de hecho existentes al tiempo de interposición de la demanda y preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en definitiva. El fundamento de toda medida cautelar es mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusoria la sentencia”.³⁶ Lo importante de la definición expuesta anteriormente radica en que enmarca lo principal de todo concepto de medida cautelar y es que se puede interponer antes o al plantear la demanda, mantiene situaciones de hecho y preserva o garantiza el cumplimiento de la sentencia además de que las partes entran al proceso en igualdad de condiciones.

2.1.5 Naturaleza jurídica de las providencias cautelares

En relación con la naturaleza jurídica de la providencia cautelar se establece que se realiza durante la tramitación del proceso principal, es decir que se solicita y se ejecuta antes de la terminación, dejándole la potestad al juez de admitirla o denegarla, por ende las medidas cautelares son medidas instrumentales de un proceso principal.

2.1.6 Finalidad del proceso cautelar

Aguirre Godoy indica que “el proceso preventivo o cautelar (o de aseguramiento), llena un cometido singular dentro de la función de prevención de consecuencias prejudiciales, que posiblemente surgirán en un futuro inmediato de no ponerse en juego una medida cautelar. Se afirma que este carece de autonomía, puesto que siempre supone un proceso principal”.³⁷ En otras palabras pero dándoles la misma finalidad u objeto hace mención Rafael de Pina, al exponer que “las acciones cautelares tienen por objeto conseguir una resolución judicial de carácter provisional que garantice la

³⁶ Administrador. **Derechopedia**, extraído el 17 de julio de 2009.

³⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, tomo I, pág. 284.



efectividad del derecho sustancial”.³⁸ Es decir que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una pretensión que se espera se dicte al final del proceso principal que sin su solicitud podría darse el incumplimiento de lo declarado por el órgano jurisdiccional teniendo siempre la característica sea la medida cautelar que sea de que es accesoria al proceso principal por lo que carece de autonomía como proceso y por consiguiente la medida decretada por el tribunal no será permanente si únicamente se interpone la misma y si es decretada necesariamente se debe de interponer el proceso principal dentro de quince días posteriores de lo contrario el interponente del proceso cautelar será responsable de daños y perjuicios. La finalidad indicada anteriormente es desde un punto de vista lato y que caracteriza a dicho proceso como tal aunque en el sentido estricto posee una clasificación de finalidades siendo éstas:

2.1.6.1 Finalidad conservativa

Es el contenido tradicional de las providencias cautelares y es conservar, asegurar o garantizar el cumplimiento de la pretensión que se espera en la sentencia del proceso principal.

2.1.6.2 Mantenimiento del estatus quo

Esta finalidad consiste en evitar que una de las partes unilateralmente varíe las condiciones de hecho existentes y en un futuro se sustraiga de la obligación impuesta por el órgano jurisdiccional respectivo, es decir que de no hacerlas valer la pretensión se vea afectada y no se cumpla.

2.1.6.3 Finalidad anticipativa

Constituyen una decisión anticipada y provisoria de la sanción principal concedida en vista del peligro en el retardo porque si los efectos de las medidas cautelares

³⁸ De Pina, Rafael, *Diccionario de derecho*, pág. 23.



traspasan el límite del aseguramiento, se estaría autorizando una ejecución sin título, lo cual sería contraproducente con la naturaleza jurídica de las providencias y aún mas se estaría limitando en sus derechos o en su patrimonio de la persona en contra de la cual se solicitan dichas medidas, por lo que necesariamente se debe de esperar la resolución del conflicto.

2.1.7 Características de las providencias cautelares

En la doctrina se precisa hablar tanto de fundamentos y caracteres que conllevan las medidas cautelares describiendo Chacón Corado y Mauro Aroca en cuanto a los fundamentos así: “La adopción de las medidas cautelares, al suponer una imponentia en el señorío jurídico del demandado, precisan de la concurrencia de al menos los siguientes fundamentos: a) Peligro en el retardo: (*periculum in mora*) El peligro en el retardo que puede justificar la adopción de medidas cautelares, no ese peligro de daño genérico, al cual se atiende mediante los otros procesos, sino el peligro específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional propia del proceso de conocimiento, considerada en sí misma como posible causa de un ulterior daño. Mientras que el daño ya causado encuentra su remedio en los procesos de conocimiento y de ejecución, el proceso cautelar trata de evitar que ese daño sea grave como consecuencia de la duración de aquellos. 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, ello sería absurdo por imposible, pues el proceso principal, al que sirve el cautelar, carecería entonces de razón de ser. Desde el principio contrario el decretar las medidas no puede hacerse ante la mera solicitud del actor que ha iniciado un proceso principal; es necesario que el derecho alegado por este ofrezca indicios de probabilidad de que el actor ha iniciado el proceso con seriedad y que exista por lo menos una *aparición de buen derecho*. c) *Prestación de caución*: Normalmente la adopción de una medida cautelar 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, el de conocimiento o declaración, la pretensión del actor sea desestimada”.³⁹ Cuando se habla de fundamentos se hace referencia a la base sobre la que se asientan las medidas cautelares y que necesariamente deben de concurrir para que una medida cautelar sea aceptada por el órgano jurisdiccional aunque en el último inciso se hace referencia a la prestación de caución suficiente en caso de que la pretensión del proceso principal sea desestimada teniendo una excepción a la regla en la medida cautelar solicitada en el proceso oral de alimentos ya que establece el Artículo 214 del vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 “el demandante podrá pedir toda clase de medidas precautorias, las que se ordenaran sin más trámite y sin la necesidad de prestar garantía”, constituyendo esto, una excepción al principio de que al solicitar una medida precautoria se debe constituir garantía.

Además de los fundamentos mencionados anteriormente suelen tomarse como caracteres específicos a criterio de Chacón Corado y Mauro Aroca los siguientes “a) Instrumentalidad: El proceso cautelar no es un proceso independiente que tiende por si solo a dar satisfacción a la pretensión ejercitada en el proceso principal, sino que es un instrumento que es, a su vez, el proceso de conocimiento o declarativo. b) Provisoriedad: Las medidas adoptadas en el proceso cautelar no aspiran a convertirse en definitivas, sino que desaparecen cuando en el proceso principal se haya alcanzado una situación que haga ya inútil el aseguramiento o bien porque la pretensión ha sido desestimada, bien porque la sentencia principal ha sido ya cumplida, bien porque se han realizado acatos del proceso de ejecución que priva de razón de ser a las cautelares. c) Temporalidad: Es que todas las medidas adoptadas en un proceso cautelar tienen una duración temporal limitada. No puede decretarse permanentemente en su duración, pues depende de lo que dure el proceso principal, pero si se sabe con seguridad que habrán de desaparecer. Por su propia naturaleza las medidas cautelares nacen para extinguirse cuando desaparezcan las razones que las motivaron. d) Variabilidad: las medidas de aseguramiento adoptadas en un

³⁹ Montero Aroca y Chacón Corado, **Ob. Cit.**, tomo I, pág. 155-156.



proceso cautelar son variables, es decir pueden ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio rebús sic standibus (permaneciendo así las cosas), cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptan, con lo que la variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativamente (para suprimirlas). e) Rapidez en el proceso: lo anterior se refiere al proceso, pero a su vez determina el carácter vigente y breve del procedimiento. Si el proceso cautelar tiene su razón de ser en la curación del proceso de conocimiento o declaración, no pueden concederse o descargarse las medidas por medio de un procedimiento, complejo y largo, pues entonces su realización no tendría sentido”.⁴⁰ Esto porque se garantiza el resultado del proceso principal, son temporales, tanto en su procedimiento como en sus efectos pueden ser modificadas así como suprimidas y por último su eliminación se realiza en un procedimiento ágil tal como se realizó su decretamiento.

2.1.8 Clasificación de las providencias cautelares

En latu sensu a las medidas cautelares se les clasifica en 4 grupos que según Aguirre Godoy son: “a) Providencias Instructorias, anticipadas, que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, y por ello trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, que serán utilizadas en aquel proceso en el momento oportuno. Aquí se incluyen todas las hipótesis de conservación o aseguración de la prueba; b) Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro; c) Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, entre las cuales se incluye las denominadas de obra nueva y de daño temido, alimentos, providencias de urgencia o temporales; y d) Providencias que imponen por parte del juez una caución, la cual debe presentar el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial”.⁴¹ Esta clasificación responde a la urgencia que existe para conservar pruebas que en un momento dado puedan servir

⁴⁰ Montero Aroca y Chacón Corado, **Ob. Cit.**, tomo I pág. 157-158.

⁴¹ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.**, tomo I, pág. 286-287.



dentro del proceso y teniendo temor de que cuando este se constituya aquellas ya no existan, responden también al caso en que se espere una sentencia y su correspondiente ejecución para limitar la disposición de un bien, en cuanto a su desplazamiento ya sea a través de su donación, compra, etc., así también cuando exista el temor de un daño en el patrimonio y cuando se haga necesario establecer una caución como requisito para decretar alguna medida.

Existe la clasificación de las medidas cautelares en strictu sensu a nivel internacional y que se imparten a nivel académico dividiéndose estas en medidas cautelares a través de las cuales privan de libertad al individuo en contra quien se decretan y medidas cautelares a través de las cuales se limita la disposición de bienes de propiedad del individuo en contra quien se decretan denominándose las primeras medidas cautelares personales y las segundas medidas cautelares reales. Con respecto a la clasificación dada anteriormente se puede indicar que en la legislación guatemalteca las medidas cautelares personales son el arraigo, seguridad de personas, suspensión de la vida en común y determinación de que el cónyuge se hará cargo de los hijos, encontrándose entre las medidas cautelares reales o patrimoniales el embargo, la anotación de demanda, secuestro e intervención, alimentos provisionales, suspensión de obra nueva y derribo de obra peligrosa.

Someramente se puede decir que la medida cautelar de arraigo persigue que el demandado no se ausente del lugar en que debe seguirse el proceso o bien evitar su ocultamiento por lo que se le limita la libre locomoción, aunque es una garantía constitucional se puede suspender debido a que se decreta dentro de un proceso legítimo; la seguridad de personas protege a personas de malos tratos trasladando al afectado a un lugar seguro para que esta pueda manifestar libremente su voluntad o bien a un menor de edad que ha abandonado su hogar, en este caso según la doctrina no es necesario ofrecer garantía; también se tiene la suspensión de la vida en común cuando existan malos tratos entre cónyuges o convivientes de hecho y someter a alguno de estos la custodia de los menores de edad si es que existen; en relación al embargo se realiza sustrayendo bienes de una persona y ponerlos en depósito de otra



para evitar su disponibilidad ya sea bien mueble o inmueble con la característica que el bien embargado no sea objeto de la litis; también se tiene la anotación de demanda que persigue evitar o no perjudicar al demandante cualquier enajenación o gravamen posterior sobre cualquier bien mueble o inmueble registrable, con la diferencia que aquí el bien es objeto del litigio y se solicita cuando se haya entablado un proceso que declare, constituya, modifique o extinga un derecho real sobre el mismo; así mismo se regula la intervención que va encaminada a limitar el uso o aprovechamiento de los frutos o ganancias que tenga un negocio comercial lícito en este supuesto se nombra a un interventor o administrador con el objeto que siga funcionando y no perjudicar dicho negocio; con relación al secuestro este es el desapoderamiento de la cosa que se debe de la posesión del deudor para ser entregada en depósito a un tercero; con respecto a la medida sobre alimentos provisionales, esta se hace única y exclusivamente en los procesos que versan sobre alimentos de conformidad con el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 y consiste en que los alimentos se den provisionalmente mientras se fija la cantidad que debe proporcionarse; asimismo se tiene la suspensión o derribo de la obra las cuales se solicitan en un juicio de interdictos por la cual el juez decreta que se suspenda o destruya alguna obra que pueda causar daños si se continúa con su construcción; y por último la suspensión de la vida en común, la cual se realiza en juicio de divorcio o separación determinando provisionalmente quien de los cónyuges o convivientes custodiaran a los menores de edad.

2.2 Definición

Como se advierte a simple vista y elucubrando una definición tomando cada uno de los conceptos que abarca el título providencia cautelar de arraigo ésta se definiría como un proceso accesorio al principal el cual tiene como objetivo asegurar la presencia del demandado al proceso o bien prevenir que este se sustraiga a la justicia. Una de las definiciones que parece más propicia dentro del cúmulo que existe, para indicar lo que es la medida cautelar de arraigo es la que establece el Lic. Orellana Donis, al establecer que "Es aquella medida que se decreta cuando hubiere temor de que se

ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Podrá pedirse por el interesado que se le arraigue al demandado en el lugar en que deba de seguirse el proceso”.⁴² Otra definición que se puede citar indica que “Se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte”.⁴³ O sea que el arraigo como medida precautoria, según el par de definiciones enmarcadas anteriormente, limita la libertad de locomoción del sujeto y lo sujeta al lugar del proceso que se entabla o se entablará en su contra porque puede ocultarse para evitar dicha litis. Etimológicamente la palabra arraigar es un sustantivo formado del verbo arraigar procedente del latín vulgar *arradicare*, por *ad radicare*, echar raíces, compuesto de *ad* y *radico*, *are*, denominativo de *radix*, *icis*, raíz.

2.3 Naturaleza jurídica

El arraigo civil según doctrina está previsto como una medida precautoria dictada por el juzgador a petición de parte cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda con el objeto de impedir que abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte, medida que incluso puede solicitarse contra los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos.

2.4 Oportunidad procesal para plantearla

Como medida precautoria puede plantearse bien sea antes de interponer,

⁴² Orellana Donis, Giovanni, **Derecho procesal civil I**, tomo I, pág. 128.

⁴³ Dr. Walter Alfredo Raña Arana. **Alipso.com**, extraído el 2 de agosto de 2009.



simultáneamente con él o ya una vez iniciado el proceso siendo así que en el ordenamiento jurídico se regulan las 3 formas de interposición observando siempre que cuando se plantea el arraigo antes de interponer la demanda o al mismo tiempo se debe prestar garantía a juicio del juez y esta providencia para que sea efectiva también existe un plazo para presentar el escrito de demanda so pena de revocar la medida precautoria.

2.5 Regulación legal

La providencia o medida cautelar de arraigo se encuentra regulada legalmente en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 en el Artículo 523 al 525 en donde se establece que se aplicara en contra de una persona que se fuere ausentar u ocultar teniendo como efecto que se previene al demandado que no se ausente del lugar en donde en un futuro se siga el proceso o en donde se siga el proceso si ya se inició el mismo constituyendo garantía el demandante que la solicite excluyéndose de esta garantía al demandante en el juicio sobre alimentos obligándose al demandado que cancele los alimentos atrasados y garantice el cumplimiento de los futuros hasta donde fije el juez por lo que cumplido lo anterior se levantará el arraigo que pese sobre él. Cuando es decretada la medida precautoria de arraigo el juez inmediatamente lo notificara de oficio a las autoridades migratorias y a la policía nacional civil de modo que si el sujeto quebranta el arraigo será sancionado por desobediencia según el Artículo 414 del vigente Código Penal Decreto 17-73 por lo que será remitido al lugar en donde se le arraigo siempre a su costa. Además de la regulación mencionada anteriormente se encuentra El Arraigo Decreto 15-71 del Congreso de la República de Guatemala que desarrolla en específico la medida cautelar de arraigo.

Se estableció que las medidas precautorias se interponen en un proceso accesorio al principal por medio del cual se trata de evitar la disposición o afectación que puedan sufrir los bienes que en el futuro serán objeto de litis, limita la libertad de locomoción de una persona a la que se debe seguirse un juicio en un lugar determinado o bien



dictar medidas para proteger a personas que se encuentren en situaciones de peligro siendo así que estas medidas son instrumentos importantísimos dentro de toda litis protegiendo a las personas en su integridad, derechos y bienes.



CAPÍTULO III

3. Excepción previa de arraigo

3.1 Consideraciones generales

En toda la Doctrina Jurídica se encuentran instituciones jurídicas conceptualizadas a través de nombres en latín de tal modo que esta excepción de arraigo se regula con el nombre de *cautio iudicatum solvi*, sin embargo, es menester realizar un paréntesis para determinar la etimología de dichos conceptos. En principio y como ha quedado establecido anteriormente la mayoría de instituciones jurídicas devienen del derecho romano e inclusive se puede encontrar actualmente epígrafes de varias normas jurídicas del ordenamiento jurídico guatemalteco en latín, por lo que en el alfabeto no existía la letra j surgiendo la transformación de i a j cuando tipógrafos holandeses imprimían textos y fue introducida al castellano ya que en la edad media la mayoría de literatos escribían la letra i curvándola un poco, además en el idioma italiano las letras del abecedario son 21 empleando las letras K, J, W, X e Y únicamente en palabras de origen extranjero o variantes gráficas de escritura por lo que es correcto escribir *iudicatum* en lugar de *judicatum*, similarmente la palabra *iure* que muchos la transcriben como *jure* es errónea.

Al hacer una breve traducción de los vocablos *cautio iudicatum solvi* se establece que significa caución de estar a derecho, teniendo traducción cada voz como:

3.1.1 Cautio

Caución o sea, precaución, garantía, prevención o cautela, en si una seguridad de que se cumplirá con lo pactado o más bien con lo resuelto por el tribunal, ya sea en relación a una persona o aun tercero; en el derecho romano era la garantía o el compromiso constituido mediante estipulación con otra persona, en si fianza.



3.1.2 Iudicatum

Que significa cosa juzgada, juzgado y utilizándose cuando existe una sentencia de condena indistintamente de la rama que sea tomándose dentro del vocablo completo como sometido a.

3.1.3 Solvi

Del latín solvit pagado que consistía en una institución jurídica utilizado en las relaciones consulares para expresar con la firma y el sello del cónsul que se había abonado los derechos por un acto o contrato en que se hubiera intervenido.

En el ordenamiento jurídico a esta excepción se le conoce con una diversidad de nombres entre estos, fianza de estar a derecho, fianza de arraigo, caución de arraigo, arraigo en juicio, consistiendo la misma en la seguridad que ha de prestar el demandante extranjero de responder de las resultas del juicio y esto en garantía a favor del demandado en el caso que no proceda la pretensión. Como ha quedado establecido hasta ahora en los capítulos anteriores se puede indicar que excepción es una defensa que posee el demandado para oponerse a la pretensión del demandante o bien indicar que la litis planteada adolece de un requisito esencial para la constitución de la relación procesal, también se abordó y se analizó en qué consistía una medida cautelar específicamente la de arraigo como medio para impedir que una persona se ausente de determinado lugar en el que se le sigue o ha de seguirse el proceso teniendo este carácter preventivo o precautorio y esto porque en la actividad académica así como la que se realiza ante los órganos jurisdiccionales suele confundirse la medida precautoria de arraigo y la excepción previa de arraigo motivo por el cual se analizaron las 2 figuras desarrolladas en los capítulos precedentes.

3.2 Concepto

En relación a la excepción previa de arraigo se puede indicar que esta consiste en que



el demandado puede oponer una excepción de este tipo cuando el demandante sea extranjero obligando al demandante a garantizar las sanciones legales, costas, daños y perjuicios, necesario esto para continuar con el proceso. Al discurrir sobre la clasificación de las excepciones en previas, perentorias y mixtas en el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 se establece esta excepción previa de arraigo en un Artículo en específico, esto por 2 razones; la primera, únicamente se plantea cuando el demandante es extranjero debido a que cuando se legisló dicha figura jurídica existía un sentimiento de beligerancia entre Estados de diversa ideología aunado a que el derecho internacional no se había desarrollado en la forma que actualmente existe y por consiguiente no habían tratados a nivel regional o internacional comunes a todos los Estados del orbe; y la segunda, por la que establece Chacón Corado y Montero Aroca, al decir que “dada su especificidad no puede clasificarse dentro de ninguno de los grupos dichos, pues no afecta propiamente el proceso, ni puede decirse que afecte a la relación jurídica material”.⁴⁴ De lo que se infiere que el proceso ha quedado instaurado existiendo un nexo entre las partes y la relación sustantiva, relación entre derecho reclamado y derecho debido, son equivalentes o existen. La propia norma jurídica que regula la excepción previa de arraigo establece varias situaciones en las cuales no se podrá interponer dicha excepción siendo estas que el demandado sea también extranjero o transeúnte y que el demandante pruebe que en su país de origen no se exija esta garantía a los guatemaltecos.

En cuanto a esta figura jurídica se indica en la doctrina que es inaplicable en el tiempo ya que se legisló porque en la práctica muchas veces un demandante extranjero planteaba una demanda sin fundamento, se ausentaba del territorio dejando al demandado con un daño no solo patrimonial sino con un daño moral y público, y aunado a esto, la imposibilidad de que el Estado pudiera solicitarle a otro Estado de donde era nacional el extranjero la posibilidad de retrotraerlo a los órganos jurisdiccionales de Guatemala.

⁴⁴ Montero Aroca y Chacón Corado, *Ob. Cit.*, tomo I, pág. 326.



Conjuntamente a lo enmarcado anteriormente en la actualidad es incompatible e inaplicable tanto con el orden jurídico nacional como con el internacional debido a la reciprocidad jurídica y con las normas sobre derechos humanos que actualmente rigen y se aceptan a nivel internacional.

Dentro de las normas más importantes que vulnera esta excepción previa de arraigo a nivel de la vigente Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran: el principio de igualdad establecido en el Artículo 4 y el 29 que tiene como epígrafe libre acceso a tribunales y dependencias del Estado, que establece que toda persona tiene el derecho de acudir ante los tribunales de justicia para ejercitar sus acciones y hacer valer sus derechos aunado a esto en diversos tratados se observa el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros en relación con la justicia no haciendo por ende distinción entre los mismos.

3.3 Definición

En ese orden de ideas y como quedo establecido anteriormente a este tipo de excepción previa de arraigo también se le conoce con la locución *cautio iudicatum solvi* teniendo como definición inmediata según Ossorio que es una "locución latina que en el derecho internacional, se llama así a la fianza que debe constituir el demandante extranjero, con el objeto de garantizar al demandado nacional, si la acción se rechaza, el pago de los gastos, daños y perjuicios que deriven del litigio".⁴⁵ Otra definición regula que la excepción previa de arraigo es una "institución del derecho internacional privado que consiste en el ofrecimiento de bienes que debe efectuar el actor extranjero con el objeto de garantizar al demandado nacional el cumplimiento de las obligaciones inherentes al proceso".⁴⁶ Y esto debido a que la persona extranjera pueda utilizar su calidad de extranjero e irse del país en donde se sigue el proceso sin más limitación que su voluntad. Pero ambas definiciones tienen como *quid* garantizar que el proceso instaurado en contra del nacional de un Estado sea válido, real y que no sufra daño

⁴⁵ Ossorio, *Ob. Cit.*, pág. 172.

⁴⁶ *Derecho argentino*, extraído el 15 de agosto de 2009.



moral o patrimonial de manera arbitrario y en caso de que la demanda no prospere dicha garantía se haga valida.

3.4 Naturaleza jurídica

En la doctrina la excepción previa de arraigo y su respectiva naturaleza jurídica de la misma se estudia y desarrolla conjuntamente con el arraigo como medida cautelar y se indica que “En el derecho moderno, el arraigo fue también una excepción que el demandado podía oponer cuando el actor era extranjero o transeúnte; consistía en obligar a este último a garantizar las resultas del juicio”.⁴⁷ De tal forma que actualmente al demandante extranjero no se le limita en su locomoción sino en su patrimonio que es lo que más le beneficia al demandado nacional desde un punto de vista pragmático ya que le resulta más conveniente que garantice con bienes si la demanda resulta infructuosa que no con la locomoción del demandante extranjero.

3.5 Características

Al analizar lo expuesto anteriormente se puede inferir que la excepción previa de arraigo aparte de poseer las características propias de toda excepción las cuales se analizaron y se expusieron en el primer capítulo de este trabajo de investigación posee características propias, las cuales se resumen así:

- a) Se utiliza y sirve para garantizar la continuidad de un proceso judicial específicamente el de naturaleza civil cuando el demandante es extranjero o transeúnte.

- b) Logra el objetivo de la protección del demandado en sí puesto que garantiza los daños, perjuicios y costas procesales que pudiera producir el proceso promovido en su contra en el que la pretensión formulada por un demandante extranjero no produjera

⁴⁷ Dr. Walter Alfredo Raña Arana. Alipso.com, extraído el 15 de agosto de 2009.



resultados.

c) Que por ser excepción previa únicamente el demandado nacional puede interponerla antes de la contestación de la demanda.

d) La garantía puede consistir en fiador, prenda o hipoteca.

3.6 Sanciones legales, costas, daños y perjuicios

Aparte de que esta excepción previa de arraigo indica que si el demandante es extranjero o transeúnte debe éste garantizar las sanciones legales, daños y perjuicios antes de que siga el trámite del proceso aunque como ha quedado establecido en la mayoría de legislaciones esta institución jurídica ya no es utilizada no solo debido a cuerpos legales internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio de la Haya sobre Procedimientos Civiles del 1,954 y regionalmente, al que se ha adherido Guatemala, el Código de Derecho Internacional Privado sino porque la mayoría de doctrinas jurídicas y ordenamientos legales abogan por la igualdad ante la ley siendo así que el objeto de esta excepción es el garantizar sanciones legales, daños y perjuicios pudiendo el demandado protegerse en caso de la no existencia en el ordenamiento jurídico de dicha excepción planteando, ya sea conjuntamente o separadamente, una providencia cautelar de arraigo o bien solicitar en sus peticiones que en caso de no proceder la demanda que se le resarza daños, perjuicios y costas procesales en su caso.

3.6.1 Sanciones legales

Las sanciones legales poseen un significado y un contenido diverso de acuerdo a la rama y clase de derecho del que se trate siendo así que se tiene una sanción legal de carácter tributaria y una sanción legal de tipo penal aunado a esto se establece que la sanción se utiliza como sinónimo de pena, castigo, retribución, etc., empero en el medio si se habla de castigo se referirá a la materia penal, si se hace referencia en



materia civil se habla de condena, siendo en ese orden de ideas que ésta investigación se circunscribirá a indicar que desde el punto de vista técnico y atendiendo a la jurisdicción civil se encontraran éstas sanciones reguladas como presupuesto básico que debe garantizar el demandante extranjero cuando se le opone una excepción previa de arraigo y exiguamente se establece que sanción legal es en “El Derecho Civil, por regla general, tiende, por medio de sus sanciones, a volver las cosas al estado anterior al hecho dañoso, que ocasionó al demandante un perjuicio patrimonial y a diferencia del Derecho Penal, su función no es el castigo del culpable, sino la reparación del daño”.⁴⁸ Es en ese sentido que se tiene que las sanciones legales están contenidas tanto por lo que resuelve el tribunal con relación a la actitud que debe llevar a cabo el vencido dentro del proceso así como volver las cosas a su estado anterior, esto es si existe daño o perjuicio repararlos a través de la indemnización conceptos que se atenderán a continuación.

3.6.2 Costas procesales

Como bien es sabido el sujeto que es vencido en un proceso ante los órganos jurisdiccionales debe de hacer frente y cancelar todos aquellos gastos que realice la parte vencedora e indicando la doctrina que “Se da el nombre de costas a los gastos legales que hacen las partes y deben satisfacer en ocasión de un procedimiento judicial. No revisten el carácter de una pena, sino de una indemnización debida al vencedor por los gastos que le ocasiona su contrincante al obligarlo a litigar. Son en principio de origen procesal. Las costas no sólo comprenden los llamados gastos procesales, o sea, los aranceles y derechos judiciales, sino también los honorarios de abogados y emolumentos al personal auxiliar”.⁴⁹ Sin duda alguna la definición anterior llena los requisitos esenciales de lo que se lee en la ley respecto a las costas procesales teniendo como vital importancia que la parte que sale vencida en un litigio debe de cubrir los gastos que realiza no solo él sino la otra parte. La causa de las costas procesales tiene su razón de ser en 2 proposiciones doctrinarias básicas y es

⁴⁸ Hilda Fingeremann. **Derecho en la guía 2000**, extraído el 17 de agosto de 2009.

⁴⁹ **Enciclopedia Jurídica Opus**, volumen III, pág. 630.



que aquellas existen por lo oneroso que resultaría al Estado suplir todos los gastos ocasionados dentro del proceso además que si el Estado supliera todos los gastos en que se incurre dentro de un proceso daría margen a que se iniciaran procesos de una manera desmedida debido a que los sujetos procesales o las partes no tendrían que hacer ningún gasto para iniciar y proseguir con un proceso.

En relación a la naturaleza jurídica de las costas procesales se trae a colación si pertenecen al derecho privado o al procesal y para esto hay que observar que si estas costas devienen de una conducta del litigante por plantear un litigio que no procedió se atenderá que pertenecen al ámbito personal privado o bien si son consideradas como un efecto del proceso éstas costas serán de naturaleza procesal teniendo más eco esta última posición debido a que sin proceso serian inexistentes dichas costas aunque parte de la doctrina indica que se debe de hablar de varios tipos de costas a saber:

3.6.2.1 Costas procesales

Consistentes en todos los gastos hechos en la formación del proceso o expediente como por ejemplo, los timbres fiscales, notariales, pago de copias de documentos que se encuentren en oficinas públicas y su respectiva certificación, etc.

3.6.2.2 Costas personales

Son los honorarios que se pagan a los abogados, peritos y demás profesionales que hayan intervenido en el proceso e incluso se establece la indemnización que se les paga a los testigos traduciéndose ésta en gastos de traslado, día en que no trabajan por acudir a la audiencia de declaración de testigos, etc.

3.6.3 Daños y perjuicios

En lo relativo a daños y perjuicios éstos pueden ser estudiados desde varios puntos de vista constituyendo estas 2 figuras jurídicas una consecuencia que conlleva la

realización de una acción u omisión por lo que en ese orden de ideas será de vital importancia circunscribirlas al ámbito civil.

3.6.3.1 Daño

En la conceptualización del daño no existe mayor divergencia de criterios por lo que “en Derecho civil, la palabra daño significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses”.⁵⁰ Definición que abarca lo que se debe entender por daño en sentido estricto refiriéndose al menoscabo que sufre una persona en sus derechos subjetivos y en sentido amplio aludiendo al detrimento que sufre una persona en sus bienes o patrimonio aunque también existe el criterio de que el estado psíquico se ve afectado o dañado.

En atención a lo indicado anteriormente se establece también que el daño es lo que en doctrina se le conoce como daño emergente puesto que surge un menoscabo en el patrimonio de la persona a la que se le vulneraron sus derechos personales o reales existiendo una concepción bipartita al establecer que un daño moral personal pueda ser cuantificado o no, sin embargo, este daño moral personal si es fácil cuantificarlo en cuanto al descrédito que emerge cuando una empresa o persona es objeto de un litigio.

El daño moral puede concebirse como “una modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer, o sentir, o en la aptitud de actuar, que se traduce en un modo de estar de la persona, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y perjudicial para su existencia”.⁵¹ Un sufrimiento que afecta la psiquis de la persona que da lugar a una inestabilidad mental que tendrá consecuencias en la forma de comportarse ante una situación similar aunado a esto se tiene aquel menoscabo o descrédito en las relaciones sociales que acarrea el ser

⁵⁰ Barros, Enrique. [Wikipedia](#), extraído el 23 de agosto de 2009.

⁵¹ Encomó, Ricardo. [Monografias.com](#), extraído el 25 de agosto de 2009.

objeto de una demanda.

3.6.3.2 Perjuicio

En cuanto al perjuicio este se dice que es toda disminución o pérdida de las ganancias lícitas que han dejado de percibirse con ocasión del daño que ha sufrido el individuo desde la perspectiva personal o patrimonial.

Es así que “El perjuicio es la disminución patrimonial del acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, sea que se trate de una pérdida real o efectiva, o simplemente de una ventaja”.⁵² Esta definición está dada desde el punto de vista contractual ateniendo al derecho de obligaciones, empero en la legislación de Guatemala, específicamente en el vigente Código Civil de Guatemala Decreto Ley 106, se establece que son las ganancias lícitas que deja de percibir debiendo ser consecuencia inmediata y directa de la contravención ya que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Al perjuicio en la doctrina se le identifica con el lucro cesante y esto porque “el lucro cesante es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar y que se habría ganado de no haber sucedido un daño”.⁵³ Bajo esa perspectiva se establece que al darse o al ocurrir los daños y perjuicios éstos necesariamente deben ser no solo cuantificados objetivamente sino también deben ser reivindicados per se y para esto se hace presente la figura jurídica de la indemnización. La indemnización se establece indistintamente “como medio para aliviar o resarcirse uno mismo de los daños y perjuicios que le ha ocasionado un tercero, por tanto, su cuantía debe estar acorde con la cuantificación objetiva de tales daños y perjuicios. Una indemnización, por su propia concepción teórica, no debe suponer un lucro para quien la recibe, sino una compensación por el perjuicio

⁵² Wikipedia, extraído el 27 de agosto de 2009.

⁵³ Wikipedia, extraído el 3 de septiembre de 2009.



causado”.⁵⁴ En la mayoría de las situaciones el pago de daños y perjuicios va ligado a la situación económica de quien debe hacerlos efectivos debido a que se les exonera a las personas de escasos recursos económicos por lo menos en lo relativo a la materia civil.

Y es así que “la indemnización de daños y perjuicios consiste entonces en la evaluación en dinero de la totalidad del daño resarcible, que el responsable debe satisfacer a favor del damnificado. Con esa indemnización queda remediado el desequilibrio de orden jurídico provocado por el incumplimiento de la obligación, y restablecido el acreedor a la situación patrimonial que debió tener de no haber obstado a ello el hecho imputado al responsable”.⁵⁵ Cabe destacar que el daño se indemniza y se hace efectivo a través de la reparación, restitución del bien dañado o perdido definitivamente bien entregando cierta cantidad de dinero atendiendo al estado del bien dañado.

Y en ese orden de ideas el perjuicio se indemniza y se hace efectivo atendiendo a las ganancias o frutos que se dejaron de percibir como consecuencia del daño personal o patrimonial que se produjo. Como se estableció el concepto de daño moral en principio es invaluable debido a que no se puede cuantificar el detrimento que sufre la persona en su psiquis puesto que solo él tiene conciencia de la aflicción del proceso interpuesto en su contra, sin embargo, si el descrédito lo recibió directamente sobre sus negocios éste si es de más fácil cuantificación.

3.7 Diferencia entre la providencia cautelar de arraigo y la excepción previa de arraigo

Como se puede advertir después de todo lo desarrollado anteriormente se establece que existe una clara diferencia entre esas 2 instituciones jurídicas y dentro de ellas se

⁵⁴ Lozano Aragüés, Ricardo. *Indemnizaciones.es*, extraído el 5 de septiembre de 2009.

⁵⁵ *Estudio jurídico santica*, extraído el 8 de septiembre de 2009.



mencionan que el arraigo como medida cautelar tiene una función de aseguramiento o efecto precautorio por medio de la cual el demandante asegura los resultados del juicio, en tanto que el arraigo como excepción previa es la que opone el demandado cuando se interpone una demanda en su contra siempre que el demandante sea extranjero para que éste garantice las sanciones, costas, danos y perjuicios en caso de no proceda la demanda; por lo que una es medida cautelar y la otra excepción previa.

3.8 Cautio rato et grato

Esta es una caución similar a la anterior que se regulaba en varios ordenamientos jurídicos e indicaba que para darle seguimiento al litigio y no paralizarlo se debía constituir un cuasi mandato, similar al mandato especial con representación actual, consistiendo ésta en una “fianza que da una persona que pretende actuar en juicio a favor de otra, impedida o ausente, que no la ha otorgado su representación, asegurando que los actos que realice serán ratificados por ella”.⁵⁶ Otra definición indica que ésta es una “Institución del derecho romano que consistía en la asunción de la responsabilidad inherente al litigio por parte del representante de una de las partes frente a la otra. Ello se debía a los deficientes principios que regulaban la representación procesal, de manera tal que la parte representada en un litigio se hallaba facultada a su vez para participar en otro que tuviera el mismo objeto desentendiéndose de la representación de que fuera objeto en el primero. La cautio de rato et grato solucionaba parcialmente dicha dificultad haciendo responsable al representante a título personal de las obligaciones inherentes al proceso, quien se hallaba facultado para prestar o no la caución, solo que en éste último caso era rechazado como parte en el litigio”.⁵⁷ La diferencia radica en que ésta es una especie de mandato particular en donde una persona sin ser notario o funcionario público representa a otra persona garantizando los resultados de su actuar a título personal y si no las garantizaba se rechazaba siendo similar a lo que se conoce como carta poder en la cual figura solo la firma de los comparecientes.

⁵⁶ De Pina, *Ob. Cit.*, pág. 149.

⁵⁷ *Derecho argentino*, extraído el 17 de septiembre de 2009.



3.9 Regulación legal

Esta excepción previa de arraigo se encuentra establecida específicamente en el Artículo 117 del vigente Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala Decreto Ley 107 estableciendo que si el demandante es extranjero y el demandado guatemalteco éste puede interponer ésta excepción para que antes de continuar el proceso al que se encuentra sometido aquél garantice las sanciones legales, costas, daños y perjuicios en caso de que no prospere la demanda así como la pretensión del demandante, sin embargo, esta excepción tiene casos específicos en los cuales no se interpone aunque el demandante sea extranjero o transeúnte y es cuando éste sea de un país en el cual a un guatemalteco en caso de ser el demandante en el extranjero no se le solicite, asimismo el otro caso se da cuando en los tribunales de justicia guatemaltecos las 2 partes del proceso sean extranjeros. El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante en su Artículo 383 establece que no se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio refiriéndose así a la excepción previa de arraigo acaeciendo esto porque se estableció que dicha norma era discriminatoria, no acorde al avance y reconocimiento de los derechos inherentes a toda persona aunado a que esa norma es un resabio de legislaciones arcaicas, demostrándose lo anterior en los órganos jurisdiccionales de materia civil aquí en Guatemala, específicamente en Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo de Huehuetenango, Juzgado Primero de Primera Instancia Civil de la ciudad de Guatemala, Juzgado Primero de Primera Instancia Civil y Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, ambos de la ciudad de Quetzaltenango, no se ha tramitado ninguna excepción previa de arraigo en el ámbito de sus respectivas competencias y a través de lo cual se pretende demostrar que en este tiempo deviene inaplicable para lo cual se establece en los Anexos certificaciones emanadas por dichos juzgados en los cuales consta la negativa de trámite.

Este capítulo es de suma importancia en este trabajo de investigación puesto que se estableció que la excepción previa de arraigo es interpuesta por el demandado cuando



el demandante es extranjero y por consiguiente se vulnera su derecho de litigar en igualdad de condiciones jurídicas, esto es, igualdad ante la ley puesto que se solicita una caución por no ser nacional a pesar de que dicha igualdad está establecida dentro de las normas de mayor jerarquía como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, de tal modo que si cada Estado impartiera o no justicia atendiendo a la nacionalidad de la persona litigante esto se equipararía a impartir justicia atendiendo a la raza lo cual en la actualidad se considera discriminatoria y una práctica reprobable a nivel mundial, aunque los propugnadores eugenésicos de dichas teorías hayan tenido la razón. De ahí se deduce que al no existir dicha norma jurídica que ampare a los demandados ante la interposición de una demanda caprichosa en su contra éstos se protegerían con interponer una medida precautoria, específicamente la de arraigo, así el demandante lo pensaría 2 veces porque en alto grado de apreciación valdría más su libertad que entregar cierta cantidad pecuniaria.



CAPÍTULO IV

4 Constitucionalismo

4.1 Breve reseña histórica y algunas consideraciones

4.1.1 Edad Antigua

Ésta edad abarca desde mediados del I milenio antes de Cristo hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en el siglo V, específicamente en lo que hoy es Grecia, ya que llegó a contar con 155 Constituciones las cuales se basaban en la costumbre, es decir que se consideraban valores superiores que eran practicables y por consiguiente eran obligatorias.

4.1.2 Edad Media

Comprende de la caída del Imperio Romano en el siglo V hasta el descubrimiento de América en el siglo XV, aquí se pueden encontrar 2 periodos influidos por un par de tendencias, la primera Cristiana que podría denominarse como teocrática que consistía en un movimiento religioso en donde estaban unidos el Estado y la Iglesia surgiendo la figura del teólogo más importante de esta época siendo Santo Tomás de Aquino quien argumentaba la existencia de una única Constitución como ley suprema de un Estado; y la segunda Feudal que consistió en aquel sistema político económico en donde se tomaba como ley suprema o Constitución aquellos convenios celebrados entre el Monarca y los Señores Feudales a quienes les entregaban un territorio para que recaudaran tributo ejerciendo de esa manera justicia.

4.1.3 Edad Moderna

Abarca desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, aunque como todo periodo histórico no se realiza una irrupción instantánea de una época en otra de tal modo que para



muchos estudiosos la edad moderna empieza de forma paulatina en el siglo XIII por lo que el Constitucionalismo surge cuando se promulga la Constitución Inglesa o Carta Magna, como también se le conoce, surgiendo la misma en la corte y respectivo reinado de Juan Sin Tierra puesto que el financiaba sus guerras imponiendo tributos desmedidos, realizaba una recaudación por la fuerza, además de que confiscaba propiedades dando pie a que los integrantes de la nobleza, quienes poseían más capacidad económica, salieran más afectados dando lugar a que éstos se unieran obligándolo a respetar sus derechos, propiedades y privilegios que poseían antes, por lo que se suscribió la Carta Magna Inglesa en el año 1,215 teniendo ésta como característica que limitaba las actuaciones y edictos del rey circunscribiéndolos a normas legales y no a su arbitrio.

Dentro de los aportes más importantes del Constitucionalismo en la edad moderna se encuentran que se suaviza el sistema de multas, protege la libertad individual, se establece que nadie puede ser lesionado en sus bienes o su persona sino por beneficio de la generalidad, teniendo además que estar en la ley, los comerciantes podían circular con sus mercancías dentro del reino, se creó un consejo de reino en donde el rey no podía decretar impuestos sin el consentimiento de aquel consejo, etc. Aquí se hace mención que la vigente Constitución Política de la República de Guatemala contiene el principio observado en la edad moderna en cuanto a que se pueden lesionar bienes de las personas siempre y cuando sea para beneficio colectivo específicamente en el Artículo 40 en donde se establece la expropiación indicando que ésta solo puede realizarse por interés público, beneficio social o utilidad colectiva. Además de lo anterior se puede mencionar que en el Constitucionalismo, especialmente el de Inglaterra, siguieron introduciendo normas supremas del Estado y que fueron evolucionando en su devenir histórico porque constantemente se emitieron normas que hasta el día de hoy se conservan en su matriz, creándose estas en el año 1,628 en adelante, regulando cuestiones como que el parlamento se constituía como un órgano legislativo por lo que el rey no legislaba, se creó un Gobierno en el que existía el rey y el parlamento, la propia constitución se estableció como un órgano legal supremo, se legisla acerca de la libertad de palabra, hoy libre emisión del



pensamiento, se legisla el habeas corpus, hágase presente el cuerpo, utilizándose cuando se ha violado un derecho creándose la Declaración de Derechos Ingleses en el año de 1,689, casi un siglo antes de la revolución francesa y de la respectiva Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableciendo aquella que el rey no podía suspender o abrogar leyes sin el consentimiento del parlamento lo cual se consideraba como ilegal.

Otra Constitución que a la postre vino a constituir las bases fundamentales del Constitucionalismo actual fue la promulgada durante la Revolución Francesa, específicamente el 26 de agosto del año de 1,789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, revolución que derroco a la Monarquía francesa de Luis XVI y el establecimiento de la I República en donde dicha Declaración promulgaba principios fundamentales como la libertad, igualdad y fraternidad, proviniendo reformas sociales, jurídicas y políticas que actualmente rigen, como por ejemplo, la eliminación de la servidumbre, los derechos feudales, las propiedades pertenecientes a la Monarquía y de los Señores Feudales se les fueron separadas, fue establecido el pago de impuestos en condiciones de igualdad, es decir que se produjo una redistribución de la riqueza y de la propiedad, con lo que aumento de forma magnánima las personas propietarias de tierras, se introdujo la igualdad ante la ley, la no prisión por deudas, libertad de culto y la libertad de expresión, derecho de habeas corpus, el procedimiento judicial establecía la existencia de un tribunal de jueces, se respetaba la presunción de inocencia del acusado y establecía la asistencia de un profesional para la defensa de las persona en los juicios; principios que se pueden encontrar actualmente en el Artículo 4, 8, 12, 14, 17, 35, 36 y 263 de la vigente Constitución Política de la República de Guatemala en lo que respecta a la igualdad ante la ley, que pueda proveerse de un defensor, el establecimiento del juzgamiento ante un tribunal legal y competente, la no prisión por deudas, la libertad de expresión, la libertad de religión y la exhibición personal.

A nivel mundial, por lo menos en los Estados que poseen una Constitución apegada a un Estado de Derecho, existen una serie de principios innegables que sustentan a una

sociedad en la satisfacción de su bienestar circunscribiendo el concepto de principios a los valores máximos, base o razón fundamental sobre la cual se desarrollan los ordenamientos jurídicos, teniéndose como principios del Constitucionalismo:

a) Una Constitución escrita que regule las relaciones entre gobernantes y gobernados tomando como base el bien común.

b) Parlamentarismo, siendo éste el sistema político en que el poder legislativo está confiado al Parlamento, ya sea este unicameral o bicameral, ante el cual es responsable el Gobierno encontrándose el Congreso de la República de Guatemala como poder Legislativo.

c) Presidencialismo, refiriéndose a una forma de gobierno en que la jefatura del Estado y del Gobierno recaen en una sola persona desarrollando como jefe de Estado actividades políticas y como jefe del Gobierno actividades de índole administrativa representando en Guatemala la unidad nacional.

d) Una Democracia, que constituye un gobierno en que el pueblo ejerce la soberanía quien la delega a través del voto universal y secreto a personas denominadas funcionarios públicos para que éstas la ejerzan en nombre de aquellos. En Guatemala se da una forma de Democracia directa e indirecta, directa porque se elige a funcionarios públicos para que ejerzan representación e indirecta porque se eligen funcionarios y se les da la facultad a estos para que elijan a otros funcionarios que en si viene a constituir una democracia representativa.

e) Republicanismo, se refiere éste a la forma de gobierno en donde la jefatura del se atribuye a un conjunto de personas por designación electiva y temporal que va íntimamente ligado a un sistema democrático.

f) Liberalismo, siendo éste moderno pero teniendo como base lo esgrimido por John Locke quien indicaba que la soberanía no residía en el Estado sino en el pueblo



propugnando porque el gobierno debe tener un sistema de control y equilibrio, lo que hoy conocemos como frenos y contrapesos del Estado, necesitándose para esto una división de poderes siendo un Legislativo, un Judicial y un Ejecutivo, teniendo también como punto principal un Estado seglar que consistía en una separación absoluta entre el Estado y la Iglesia.

g) Representatividad, refiriéndose ésta a que la mayoría de autoridades adquieren la representación por elección popular y esta viene a tomar parte de la voluntad de la población ejerciendo representación en el Estado de Guatemala el Presidente de la República, Vicepresidente, miembros del Congreso de la República, Gobierno Municipal, etc., lo que es consecuencia de la democracia directa y más extensamente como democracia indirecta.

h) Una soberanía nacional, manifestándose éste en el poder que tiene el Estado dentro de su territorio para aplicar las leyes del país a toda persona individual que se encuentre en su territorio comprendiendo éste suelo, subsuelo, espacio aéreo, naves o aeronaves, etc.

i) Derechos Individuales, lo primordial y más importante del Constitucionalismo, constituyendo éstas las garantías que toda Constitución tiene utilizándose para proteger los derechos de todas las personas para hacerlas valer en contra de las arbitrariedades del Estado.

De conformidad con la serie de principios enmarcados anteriormente se puede inferir que a pesar de las grandes convulsiones sociales que acaecieron durante el siglo XX, como fueron las 2 primeras guerras mundiales así como la hostilidad que existió entre bloques democrático y socialistas, éstos principios salieron airoso aplicándose en la actualidad en casi la totalidad de las naciones del mundo libre y democrático aunque los detractores de la democracia hayan opinado acerca de lo peligroso de ésta fusión que existe entre la democracia y el capitalismo no dejando por un lado lo que sucedió en Guatemala en cuanto al conflicto armado interno y los distintos golpes de Estado



que llevaron a gobiernos dictatoriales que trataron de amainar los principios mencionados anteriormente.

4.2 Definición

El Constitucionalismo como movimiento nacido a finales del siglo XVIII conlleva una definición compleja por lo que se puede decir que es y “consiste en el ordenamiento de una sociedad política mediante una constitución escrita cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario. Con relación a la sociedad y sus componentes, que desde el punto de vista político constituyen el pueblo gobernado, no hay problema teórico ni práctico de Derecho Constitucional que requiera especial dilucidación. En cambio siempre será necesario fijar con exactitud el carácter jerárquico de la constitución con relación a todas las manifestaciones del poder público ya sean normas legislativas o decisiones judiciales o actos ejecutivos”.⁵⁸ La definición transcrita anteriormente enmarca modernamente lo que es el Constitucionalismo indicando sin rodeos que éste se refleja y tiene lugar en toda sociedad ordenada u organizada políticamente bajo una Constitución a la cual como se verá adelante están sujetos todas las instituciones del Estado, sus actos y resoluciones entrando en acción también la Corte de Constitucionalidad que es aquella institución del Estado encargada del control jurídico en materia de defensa del orden constitucional llevando como estandarte los principios del Constitucionalismo.

4.3 Conceptos relacionados con el derecho constitucional

Se hace referencia a una naturaleza jurídica del Derecho Constitucional cuando se analiza su ubicación dentro de las distintas ramas del Derecho estableciéndose así que pertenece al derecho público ya que se crea una relación directa entre los gobernados y el Estado, que dichas normas jurídicas no pueden ser creadas por los

⁵⁸ Shvoong.com, extraído el 30 de septiembre de 2009.



governados inclusive si existe un derecho consuetudinario sino que estas son creadas a través de una Asamblea Nacional Constituyente, se dice además que el objetivo del derecho constitucional es organizar políticamente al Estado en 3 organismos independientes, los cuales tienen como fin la realización del bien común, también se establece que la fuente del Derecho Constitucional es la Constitución o Carta Magna siendo por consiguiente la ley de mayor jerarquía que regula las relaciones entre gobernantes y gobernados, establece parámetros para cuando se quieran celebrar tratados internacionales y en cuanto a su contenido someramente diremos que son los derechos humanos, derechos parlamentarios y el derecho electoral.

4.4 La Constitución frente al derecho internacional

A lo largo del estudio del Derecho se ha establecido que éste está integrado por un conjunto de normas jurídicas las cuales se encuentran organizadas jerárquicamente de acuerdo a la importancia que cada una tiene en relación con otra, importancia que estriba en lo que regula, es decir, de conformidad con su contenido formal, establecimiento de principios, derechos y relaciones jurídicas, siendo así que Hans Kelsen elaboro una teoría basada en la importancia de las normas jurídicas representada por la pirámide de Kelsen e indicando que las normas que se ubican en el vértice de la pirámide son las de máxima jerarquía o importancia, siendo estas las normas constitucionales, establecidas y reguladas, claro está, en la Constitución proporcionando los derechos principales de la persona considerada individualmente y socialmente, principios rectores de la organización del Estado, relación entre gobernantes y gobernados, además que son creadas por un órgano facultado para ello siendo la Asamblea Nacional Constituyente, asimismo se presentan leyes de carácter constitucional también creadas por dicha Asamblea encontrándose como por ejemplo: la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley de Orden Público, etc.; seguidamente aparecen las normas ordinarias las cuales son creadas por el organismo técnicamente facultado que está regulado por la Constitución y que proporcionan competencia, aunque excepcionalmente pueden ser creadas por un gobierno de facto, como lo fue el vigente Código Procesal Civil y Mercantil de



Guatemala Decreto Ley 107; también dentro de la mencionada pirámide se encuentran las normas de carácter reglamentarias que son creadas por medio de Acuerdo Gubernativo emitido por el Presidente de la República de Guatemala en Consejo de Ministros estableciendo procedimientos o mecanismos para implementar las leyes ordinarias; y por último se tienen las normas individualizadas que surgen de acuerdos entre las personas ya sean individuales o jurídicas teniendo la fuerza de ley entre las partes individualmente consideradas; de tal modo se observa la mencionada jerarquía normativa en todo el ordenamiento jurídico guatemalteco existiendo la Corte de Constitucionalidad como un tribunal con jurisdicción privativa que tiene como función la defensa del Orden Constitucional y que las normas ordinarias, reglamentarias e individualizadas no transgredan o violen la Carta Magna.

En ese orden de ideas se tiene que en la actualidad existe una facilidad de comunicación entre diversos países y por consiguiente se da un cúmulo de relaciones internacionales ya que ningún Estado puede darse el lujo de mantenerse aislado de los demás a nivel mundial pero sobre todo a nivel regional puesto que se necesita de esas relaciones en el ámbito económico, comercial, político y sobre todo relaciones de tipo jurídico, de tal modo que se establece que para formar parte de ese conglomerado de Estados deben observar políticas de Estado y de Gobierno tendientes a garantizarle a los habitantes de los mismos todos aquellos aspectos que revisten importancia para la satisfacción de sus necesidades y en sí la realización del bien común gozando así de beneficios supra que por si solos no disfrutarían. De tal modo que en Estados, como el de Guatemala, para formar parte de la comunidad internacional toda política debe estar orientada tácitamente al respeto de los derechos humanos observados a nivel internacional y que sin su observancia no formaría parte de ese conglomerado de Estados concatenándose en esa vertiente que el Estado de Guatemala ha suscrito y ratificado una serie de convenios internacionales relativos al reconocimiento, regulación y respeto a los derechos humanos como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, entre otros, de tal manera que ha sido objeto de un



estudio profundo que norma es superior si el tratado internacional sobre derechos humanos o la Constitución de un Estado existiendo por lo tanto varias corrientes doctrinarias para darle solución a este problema enunciándose así la teoría de la Subordinación en la que se establece que el tratado internacional es superior al derecho interno incluyéndose dentro de este derecho interno a la vigente Constitución de la República de Guatemala puesto que esta ley es superior dentro del Estado y establece principios fundamentales seguida por normas de carácter ordinario, reglamentarias e individualizadas debiendo estas desarrollar dichos principios. Asimismo establece la teoría de la Supra ordenación que la vigente Constitución de la República de Guatemala siempre tiene carácter superior al tratado internacional ya que si este la contradice, la tergiversa o simplemente no es acorde a lo que la Constitución regula dicho tratado no se aplica.

La tesis más aceptada establece que si bien la Constitución Política de la República de Guatemala indica que en materia de derechos humanos los tratados tienen preeminencia sobre el derecho interno no significa que estos estén sobre la Constitución puesto que cuando el Estado de Guatemala suscribe uno de esos tratados éste debe ser ratificado por el Organismo Legislativo para lo cual se necesita el dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad convirtiéndose aquel tratado en ley interna cuando dicho organismo emite un Decreto transformándolo en legislación del Estado de Guatemala, siendo así que no está sobre o a nivel de la Constitución Política de la República.

4.5 Derecho constitucional

El Constitucionalismo por lógica tiene su expresión en la Constitución Política de un determinado Estado y necesariamente todas aquellas normas jurídicas de carácter constitucional han de ser reguladas por una disciplina jurídica siendo ésta el Derecho Constitucional definiéndose este como "una rama del Derecho público cuyo campo de estudio incluye el análisis de las leyes fundamentales que definen un Estado. De esta manera, es materia de estudio todo lo relativo a la forma de Estado, forma de gobierno,



derechos fundamentales y la regulación de los poderes públicos, incluyendo tanto las relaciones entre poderes públicos, como las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos”.⁵⁹ En síntesis, el anterior párrafo establece que es una ciencia que estudia aquel conjunto de normas jurídicas de mayor jerarquía de un Estado, que establecen principios fundamentales bajo los cuales se debe erigir un Estado de Derecho y sus respectivas leyes, así como todos aquellos funcionarios públicos. Por lo que toda Constitución no debe de ser inmutable y debe de ir evolucionando de acuerdo al perfeccionamiento de la razón de la colectividad y necesidades que ésta presente.

4.6 Constitución

Someramente se puede indicar que la Constitución es la ley suprema de un Estado, que contiene los principios fundamentales y derechos de las personas, así como organiza políticamente y jurídicamente al Estado estructurando a los Organismos del Estado y las instituciones del Derecho Público a través de las cuales se cumple con el fin del Estado que es el bien común. A la Constitución Política de un Estado también se le conoce como Ley suprema del Estado, Carta Magna o Gran Carta y se le denomina de ésta manera puesto que al aparecer la primera Constitución en el reinado de Juan Sin Tierra se le denominó Magna Carta Libertatum.

Según López Aguilar define a la Constitución como “la ley principal que establece garantías básicas para los gobernados, organiza la estructura de gobierno, fijando las atribuciones de los gobernantes y alguna forma de control sobre sus actos, a través de los recursos. Como ley superior en la jerarquía normativa, todo el resto del ordenamiento jurídico tiene que partir de sus principios generales, considerándose inconstitucional cualquier norma jurídica inferior que contraríe sus principios”.⁶⁰ Es decir, aquel conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos de las personas, el actuar de los gobernantes y los gobernados, organiza jurídica y políticamente al Estado creando instituciones fundamentales para que cumplan su único fin y que es la

⁵⁹ Wikipedia, extraído el 7 de octubre de 2009.

⁶⁰ López Aguilar, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 107.



realización del bien común de todo el conglomerado social que engloba el Estado como tal.

4.7 Partes de la constitución

Como todo cuerpo legal la Constitución se encuentra dividida en partes para su estudio tanto doctrinal como para su análisis, aplicación y defensa por parte de la institución del Estado encargado para ello, y estas son:

4.7.1 Dogmática

Entendiéndose por dogmático aquel conjunto proposiciones que se tienen como principios innegables e imprescindibles de una ciencia o conjunto de conocimientos relativos, en este caso, a la ciencia jurídica y que tomados desde la perspectiva de la Constitución son principios y derechos fundamentales de las personas que se encuentran regulados en la vigente Constitución Política de la República de Guatemala en el título I, teniendo como epígrafe la persona humana, fines y deberes del Estado, y en el título II, cuyo epígrafe es derechos humanos regulando todo lo relativo a los derechos humanos individuales y sociales.

4.7.2 Orgánica

Regulando la organización política y jurídica del Estado a saber, como lo establece De León Carpio, “es la que establece como se organiza Guatemala, la forma de organización del poder, es decir las estructuras jurídico-políticas del Estado y las limitaciones del poder público frente a la persona, o sea a la población. Esta parte orgánica está contenida en los títulos III, IV y V de la Constitución guatemalteca, de los Artículos 140 al 262”.⁶¹ Como quedo establecido anteriormente, organiza a todo el Estado a través de la creación del Organismo Ejecutivo, Judicial y Legislativo alrededor

⁶¹ De León Carpio, Ramiro, *Catecismo constitucional*, Pág. 37.



del cual giran otras instituciones las cuales tienen la finalidad de la realización del bien común otorgándoles atribuciones individuales e independientes y que sirven para erigir un Estado como modernamente se concibe tratando de que dichas instituciones ejerzan sus funciones en coordinación.

4.7.3 Práctica

Esta parte también es llamada pragmática o procesal y “es la que establece las garantías y los mecanismos para hacer valer los derecho establecidos en la Constitución y para defender el orden constitucional. Esta parte práctica está contenida en el título VI y VII de la Constitución guatemalteca, de los Artículos 263 al 281”.⁶² Se encuentran lo relativo al Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad y las disposiciones transitorias.

4.8 Clases de constitución

Se hace una clasificación para que los gobernantes y los gobernados puedan establecer si existirán o no cambios en las respectivas constituciones.

4.8.1 En cuanto al contenido

4.8.1.1 Constitución formal

Es el código político en que el pueblo por medio de sus representantes fija por escrito los principios fundamentales y las libertades políticas del Estado.

4.8.1.2 Constitución material

Es el pacto social por medio del cual los habitantes de un Estado

⁶² Ibid.



acuerdan establecer las normas fundamentales que van a regir la convivencia social del Estado.

4.8.2 En cuanto a la posibilidad de reforma

4.8.2.1 Constituciones rígidas

Que son aquellas Constituciones que para ser reformadas se necesita convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

4.8.2.2 Constituciones flexibles

Indicándose que son aquellas Constituciones que se pueden reformar por el mismo procedimiento de una ley ordinaria previa consulta al órgano que posee jurisdicción privativa en materia constitucional que en Guatemala es la Corte de Constitucionalidad.

4.8.2.3 Constituciones mixtas

Que son las Constituciones que se pueden reformar por los 2 procedimientos, es decir, por una Asamblea Nacional Constituyente o por una ley ordinaria.

Con relación a la vigente Constitución Política de la República de Guatemala, se infiere que es de carácter mixta ya que la misma establece en el Artículo 278 que para reformar los Artículos del Capítulo I del Título II se convoque a una Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, establece en el Artículo 280 que para cualquier otra reforma constitucional será necesario que el Congreso de la República de Guatemala la apruebe con el voto favorable de las 2 terceras partes del total de diputados la cual debe ser ratificada por consulta popular y si es ratificada la misma entrará en vigencia 60 días después deduciéndose de lo anterior que la Constitución de Guatemala es de carácter mixta.



Además de lo transcrito anteriormente se encuentran varios Artículos que constituyen lo que en doctrina se conoce como parte pétrea de la Constitución encontrándose regulada en el Artículo 281 que adula a los Artículos que son irreformables o que no pueden ser reformados tanto por una Asamblea Nacional Constituyente ni por una ley ordinaria promulgada por el Congreso de la República de Guatemala encontrándose los Artículos irreformables el 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, sin embargo, hay que hacer hincapié que si se lograra reformar este Artículo 281 estos Artículos irreformables se pudieran modificar constituyendo un grave error de la Asamblea Nacional Constituyente que no protegió el Artículo mismo, aunque sería imposible ya que se atentara contra el espíritu intrínseco de la Constitución de Guatemala.

4.9 Principales constituciones que han regido Guatemala

A nivel guatemalteco desde la época independiente existieron un sinnúmero de Constituciones siendo las más importantes: La Constitución del 22 de noviembre de 1,824, periodo federal, que regula como principios el sistema semiparlamentario, bicameralismo, poderes restringidos del ejecutivo, régimen republicano, federal y representativo, separación de poderes, se da la soberanía popular cuando se da la elección de todos los poderes del Estado, garantías individuales, derechos del Estado, liberalismo económico, etc. Se encuentra también La Constitución del 11 de octubre de 1,825, que establece el sistema de separación de poderes y un bicameralismo parlamentario, establece que ninguna autoridad del Estado es superior a la ley, ningún magistrado ejerce funciones permanentes, etc. La Constitución del 5 de diciembre de 1,839 regula como punto principal la igualdad y justicia, el principio de legalidad y del debido proceso, en la denominada Ley de Garantías, etc. El 4 de abril de 1,855 se establecía una nueva regulación constitucional, creando la Presidencia de la República, el Consejo del Estado, Cámara de Representantes y el Orden Judicial, todos como órganos de Estado. En el periodo liberal se promulgo una Constitución que regula y reduce el periodo presidencial a 4 años, sin embargo, en 1,887 se reformo y se amplió el periodo presidencial a 6 años para beneficio del presidente que legisló. La reforma de 1,903 suprimió la prohibición de la no reelección del presidente sin



embargo, la reforma de 1,921 redujo nuevamente el periodo presidencial a 4 años y la prohibición de la reelección, además aparece por primera vez el Ministerio Público y la Contraloría General de Cuentas, etc. La Constitución de 1,927 es reformada con el objetivo de dejar al General Jorge Ubico otros 6 años en el poder, asimismo se realiza otra reforma en 1,941 con el mismo fin que la anterior. La Constitución promulgada en 1,945 posee avances importantes como principio de alternabilidad, derechos humanos, cuasi parlamentarismo, institucionalización del Ejército, autonomía de la Universidad de San Carlos, autonomía de la Contraloría General de Cuentas, etc. Asimismo la Constitución de 1,965 instauro instituciones importantes como el Consejo Electoral, concede facilidades para el establecimiento de universidades privadas, se creó la Corte de Constitucionalidad, la Ley de Orden Público, la Ley de Amparo, Habeas Corpus y Constitucionalidad y la Ley de Emisión del Pensamiento, etc., Y la última Constitución de Guatemala data de 1,985 que es la que actualmente rige al Estado de Guatemala y que entro en vigencia en 1,986 en donde se establece que el sistema de gobierno es definido como republicano, democrático y representativo, que posee una reforma realizada en el año de 1,993 a través de un referéndum, etc.

El Constitucionalismo como parte principal en el estudio del Derecho y de la actividad legislativa de un Estado hace hincapié en que toda persona, institución y ordenamiento jurídico debe estar sometido a un conjunto de normas superiores creadas en pro del conglomerado social reflejadas en una Constitución que ordene jurídicamente así como políticamente a una sociedad plasmando explícitamente derechos individuales inherentes a las personas, derechos sociales que sirven para que la persona se desarrolle como miembro de una sociedad para que sea cada vez más civilizada y armónica, creando instituciones y organismos que tiendan a que el Estado se desarrolle como tal realizando el fin primordial por el cual fue creado, amén que estas instituciones protejan a las personas entre si y frente al mismo Estado.





CAPÍTULO V

5 Derechos humanos o garantías individuales

5.1 Consideraciones generales

A lo largo de todo el devenir histórico se ha dado un sin número de cambios tanto a nivel económico, político y social contextualizándose todos esos factores entre sí infiriéndose en ese orden de ideas que la conceptualización, definición y aplicación de los derechos de las personas también han ido evolucionando de acuerdo a la época en que se vive de tal modo que lo que se entendía hace 100 años por derechos humanos no tienen el mismo significado hoy en día ya que éste surge con la Revolución Francesa en donde se elaboró un concepto de derechos humanos en el sentido que debía existir una igualdad entre los hombres que deben someter su voluntad individual a la voluntad de la sociedad para alcanzar el bienestar de todos. La igualdad tiene su punto álgido en la Declaración del Hombre y del Ciudadano promulgada en 1,789 que además establecía que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos indicando que ningún individuo u órgano, especialmente el Estado, puede ejercer autoridad que no emane de la voluntad general.

En ese orden de ideas se tiene que debido a la conflagración que inicio en 1,914 y concluyo en 1,918 a nivel de las potencias vencedoras y ganadoras con efecto hacia las economías dependientes se creó una situación a nivel mundial en que millones de hombres murieron, quedaron heridos y mutilados, así como también hubo un elevado número de huérfanos, viudas, ancianos sin alguien que les proporcionara protección, alimento, vestido, etc., grades extensiones de terreno quedaron devastadas, redes ferroviarias interrumpidas, puentes destruidos, zonas residenciales y habitables destruidas, por lo que todo esto hizo ver la necesidad de regular la conducta de las naciones para que en un futuro no se dieran todo ese número de circunstancias graves dando lugar a la creación de la Sociedad de Naciones en 1,919 que vino a constituir una organización en el que los intereses comunes de la humanidad pedían ser



observados sin límites de carácter nacional y racial. Sin embargo, dicha Sociedad de Naciones no pudo prevenir los males que aquejaban al orbe, ni satisfacer las exigencias de la población, no pudiendo evitar la segunda guerra mundial de 1,939 a 1,945, creándose como consecuencia la Organización de Naciones Unidas emitiendo ésta en 1,948 una Declaración Universal de Derechos Humanos que estatuye todos aquellos derechos inalienables e inherentes que poseen todas las personas y que ha regido la vida de todos los Estados en donde por lo menos ha primado el Estado de Derecho y de la cual se han desprendido posteriormente y creado una serie de declaraciones que conllevan todos esos principios elementales sobre derechos humanos tales como: libertad, igualdad, derecho a la vida, recurso efectivo ante tribunales, presunción de inocencia, legalidad, locomoción, derecho a la propiedad, educación, derecho al trabajo, etc.

5.2 Diversas denominaciones

Existen varias denominaciones conceptuales sobre los derechos humanos atendiendo a distintas concepciones filosóficas, entendiéndose por estas las formas en que consideran a los derechos humanos atendiendo a la manera en que ven al mundo y la relación del hombre con el mismo, siendo así que se les ha denominado como Derechos Naturales, según Martínez Gálvez, porque “en los primeros estadios de la humanidad se consideró que el hombre le asistían derechos por el hecho de ser hombre, son llamados derechos naturales, ya decía Cicerón que todo derecho está constituido por causa del hombre; con esta expresión de derechos naturales se daba a entender que tales derechos tenían una existencia previa al Estado y que por tanto a este solo le corresponden reconocerlo. Por consiguiente cuando se hace referencia a los derechos naturales se daba a entender que piensa en un derecho no basado en la voluntad humana, sino un algo trascendente o inmanente, según la concepción filosófica que se tenga”.⁶³ Al establecer que son trascendente se hace referencia a algo que existe y que gobierna el universo, por demás está decir que se hace

⁶³ Martínez Gálvez, Arturo, *Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos*, pág. 51



referencia tácitamente a un ser supremo, que siendo la cultura occidental se hace alusión a Dios Jehová porque supuestamente de él emana una sabiduría omnipotente, mientras que al referirse a inmanente se infiere que es algo inherente al hombre algo que forma parte de su esencia. También se les ha denominado Derechos Innatos estableciendo que “son los derechos con los que nace el hombre, los que no le pueden ser sustraídos por el Estado, sin incurrir en una clara violación a ese orden natural”.⁶⁴ Aquí se puede ver que la característica ideológica de esta definición se desprende de la Escuela Iusnaturalista corriente de pensamiento que se abordara en lo referente a la naturaleza de los derechos humanos en este mismo capítulo. Cuando se discute la validez de esta teoría encuentra oposición cuando argumentan que existen derechos innatos y que en la actualidad se encuentran bien taxtados pero esto no siempre es así puesto que si fueran innatos se hubieran observado en cada etapa histórica de la humanidad y la razón universal hubiese regido por lo menos desde que empezaron a surgir legislaciones sino por el contrario se tomaban distintas concepciones de derechos humanos de acuerdo al momento histórico en que se vivía ejemplo claro, la inquisición y en la actualidad todos aquellos instrumentos jurídicos emitidos por los distintos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica en los cuales se crean normas irracionales contra inmigrantes.

Se establece también que son derechos fundamentales porque “para otros los derechos o son más que los derechos fundamentales, esto es, aquellos derechos que no son secundarios ni tampoco derivados. El término fundamental se acerca más a un concepto de positivación de los derechos que necesariamente deben formar parte de un ordenamiento jurídico positivo. Los derechos fundamentales hacen hincapié en aquellas cualidades o valores esenciales del hombre que, por tanto, merecen protección jurídica, sirven de fundamento a los restantes y afectan a las dimensiones básicas y entrañables del ser humano”.⁶⁵ En relación a la denominación dada anteriormente se establece que son fundamentales y por consiguiente no secundarios o derivados teniendo dicho análisis un grado alto de realidad ya que estos derechos se

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 5.

⁶⁵ *Ibid.*, pág. 6.



encuentran establecidos en la vigente Constitución Política de la República de Guatemala en su parte dogmática, específicamente en el título segundo, siendo previsible a todas luces que contiene principios que son fundamentales en el Estado de Guatemala debiendo ser desarrolladas por todas las normas de carácter ordinaria, reglamentaria e individualizadas y de ahí que también se tiene que hablar necesariamente de positividad de las normas jurídicas que contiene dichos derechos fundamentales.

Algunos los definen desde un punto de vista tautológico, refiriéndose a que la definición gira alrededor del hombre mismo, diciendo que los derechos humanos son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre. La característica de la anterior denominación, según varios autores que sobre el tema elaboran doctrina, radica en que denominaciones como ésta no develan el verdadero sentido de lo que son los derechos humanos cayendo en redundancias o repetición superflua de poco o casi ningún valor exegético o conceptual.

Otra definición dada es desde el punto de vista teológica es la que establece "En este sentido los Derechos Humanos serian aquellos que tienen como finalidad la realización de algún valor, que con su respeto se obtiene la paz o la justicia social".⁶⁶ Esta vertiente de pensamiento presupone la realización de valores supra terrenales que tácitamente coadyuvan con ciertos grupos de poder que han estado en todos los estadios de la evolución social aunque disfrazan sus intereses auxiliándose de la paz o la justicia que en ínfima parte la realizan y viene a constituir un paliativo que en último caso no resuelve el problema en su totalidad o por lo menos sentar las bases para la solución de problemas principalmente de índole delincidencial, económico, etc. También existen definiciones de naturaleza neutral, encontrando la que proporciona Escurdia Lavigne, indicando que son "aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humano y que por tanto toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana debe

⁶⁶ Martínez Gálvez, **Ob. Cit.**, pág. 18.



garantizar a sus miembros”.⁶⁷ Esta definición parte que el hombre por ser hombre tiene derechos que deben reconocérselos y que la sociedad organizada a través del Estado debe de garantizárselos.

Estos derechos humanos también se han regulado bajo distintos títulos como por ejemplo derechos fundamentales, *iura in persona ipsa*, derechos en la propia persona, derechos de la individualidad, derechos originarios, derechos esenciales de la persona, derechos personalísimos, derechos inherentes, derechos esenciales, principios supremos, etc.

5.3 Corrientes doctrinarias sobre su naturaleza jurídica

Aún en la actualidad existe divergencia al establecer si los derechos humanos son inherentes a todas las personas, si existen antes de la norma jurídica que los crea o si por el contrario necesitan estar establecidos en la norma jurídica para que la sociedad en su totalidad y el Estado los reconozca y proteja, siendo así que al igual que todas las instituciones del Derecho, los derechos humanos tienen una naturaleza y es en función de ella que existen 2 corrientes principales que tratan de dilucidar acerca de la misma siendo estas la *Iusnaturalista* o Derecho Natural y la Positivista, desarrollando estas corrientes doctrinarias Gerardo Prado, al indicar que “En relación a su naturaleza los Derechos Humanos se establecen en función de dos corrientes: a) La escuela del derecho natural o *Iusnaturalismo*, la cual sostiene que son aquellas garantías que requiere el individuo para desarrollarse en vida social como persona por ser dotado de racionalidad y de sentido. b) La escuela del derecho positivo: por el contrario, dice que los Derechos Humanos son producto de la actividad normativa de los órganos del Estado y no pueden ser reclamados antes de la existencia de ese reconocimiento, lo cual significa que todo depende de la letra misma de la ley o de las fuentes auxiliares del derecho como la jurisprudencia, que resulta de la aplicación del ordenamiento jurídico. Por lo anterior se concluye que, para el *Iusnaturalismo*, los

⁶⁷ Escudría Lavigne, José A. *Curso de derecho natural*, pág. 18.



derechos humanos son valores, mientras que para el positivismo jurídico son normas o principios legales”.⁶⁸ De lo anterior se infiere que una teoría ecléctica sería la mejor manera de abordar la naturaleza de los derechos humanos ya que en la época moderna en que se vive se puede observar a todas luces que como persona se tiene ese derecho inherente el cual es regulado y plasmado por el ordenamiento jurídico vigente no solo a nivel nacional sino también internacional siendo así que se puede observar en la actualidad en la vigente Constitución Política de la República de Guatemala que contiene y regula los principios así como los derechos más elementales de la persona humana estableciendo además en garantía de dichos derechos en su Artículo 44 que aparte de los derechos que regula dicha Constitución esta no excluye otros derechos inherentes a la persona humana es decir, que aparte de los establecidos, corriente positiva, quedan incluidos otros que son conexos a la persona, corriente iusnaturalista.

Al hacer un análisis de porque la existencia de esas 2 corrientes doctrinarias se deduce que su la misma obedece y se debe a que en su momento o no estaban regulados por el ordenamiento jurídico, por ende no eran reconocidos ni respetados por el poder público necesitándose de principios y estudios que influyeran en su positivismo garantizándole a las personas el goce supremo de su vida en todas sus manifestaciones; y por otro lado la necesidad de su positivismo puesto que si no estaban plasmados en un ordenamiento jurídico de ahí su no reconocimiento y protección por parte del Estado cabe resaltar además que actualmente en Guatemala se observa un subdesarrollo que no deja aplicar los derechos humanos como se encuentran plasmados.

Es así que estos derechos son el límite que encuentra el Estado para su no extralimitación de su poder y/o arbitrio es decir, una garantía que poseen los ciudadanos y en un momento dado los funcionarios de que el Estado no abuse de su poder, ya lo dice Martínez Gálvez, “el Estado no es un ente que lo pueda hacer todo,

⁶⁸ Gerardo, Prado, **Derecho constitucional**, pág. 82.



como quiera y cuando quiera, sino es un ente que necesariamente tiene que estar regido y limitado por el derecho. Este límite lo encuentra en las normas fundamentales que reconocen la dignidad de la persona humana y la libertad, así como también en la justicia social. Más allá de estos presupuestos condicionales, el Estado se torna en un Estado arbitrario”.⁶⁹ De ahí que todas las personas poseen derechos inherentes e innatos, reconocidos y regulados por el ordenamiento jurídico, encontrándose por consiguiente sometidos a la corriente iusnaturalista y positivista, amen que son derechos que gozan inclusive las personas jurídicas.

5.4 Características

Se puede iniciar indicando que a pesar e independientemente de que existen las mencionadas corrientes doctrinarias respecto de la naturaleza jurídica de los derechos humanos estos poseen características a través de los cuales los titulares de los mismos los ejercitan acompañándolos por consiguiente en todo momento y en todo lugar, independientemente del país, ley o sistema de gobierno que exista siendo estas características:

- a) **Universalidad:** Esta característica hace referencia a que todas las personas en el mundo sin ninguna distinción son titulares desde que nacen hasta que mueren de todos los derechos humanos.
- b) **Inalienabilidad:** Hace referencia a que los derechos humanos no pueden ser transferidos por propia voluntad del titular o Estado, enajenarse, cederse, venderse ni renunciarlos puesto que son inherentes a la personalidad humana.
- c) **Imprescriptibles:** Lo que significa que los derechos humanos tienen un carácter permanente por lo que no pueden desaparecer o dejar de ser reconocidos por el transcurso del tiempo y que la persona los posee toda su vida, he inclusive

⁶⁹ Martínez Gálvez, **Ob. Cit.**, pág. 501.



si este falleciere los herederos pueden pedir su reivindicación.

d) Incondicionalidad: Es decir que los derechos humanos no están sujetos a ninguna condición, requisito o procedimiento para que el titular del mismo los posea o ejercite y que le sean reconocidos.

e) Interdependencia: Lo cual significa que todos los derechos humanos deben de ser articulados y no es posible la existencia de uno sin la existencia de otro ya que la persona esta investido y es titular de derechos siendo imposible concebir a las personas o a determinadas personas con unos derechos y con otros no.

f) Progresividad: Lo cual indica que los derechos humanos y por lo tanto su regulación en las legislaciones poseen una tendencia hacia el avance y de ninguna manera a la regresión, ni mucho menos a su cancelación de tal modo que se encuentran protegidos permanentemente.

g) Limita al poder: No solo al estar los derechos humanos regulados en la Ley Suprema del Estado sino porque son derechos humanos en sí mismos fijando límites al poder del Estado puesto que éste, ninguna autoridad o particular pueden transgredirlos o menoscabarlos.

5.5 Definición

En cuanto a la definición de los derechos humanos se infiere por lógica que han sido regulados por la doctrina a nivel mundial y que por consiguiente existirán un sinnúmero de definiciones dentro de las cuales todas poseen los elementos característicos y lo que ontológicamente se entiende por ellos aunado a que cada persona tiene en su ser una idea inmanente de que son dichos derechos orbitando estas concepciones alrededor de ideologías occidentales, sin embargo, a groso modo se puede indicar que "los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del



individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado”.⁷⁰ En ese orden de ideas el concepto anteriormente impone la cuestión de que estos derechos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado para que el ser humano sea capaz de desenvolverse en cada una de sus manifestaciones para su desarrollo integral y así obtener el bien común tratando de que la igualdad material sea plausible.

5.6 Clasificación

Como quedo establecido anteriormente los derechos humanos como tales se iniciaron a regular a partir de la Revolución Francesa con la creación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano siendo en éste sentido que se realiza la siguiente clasificación siendo la más importante y que estudiada a nivel académico tomándose como punto fundamental en el control Estatal que ejerce el Procurador de Derechos Humanos a nivel del Derecho Administrativo, siendo esta clasificación la que divide a los derechos humanos en:

5.6.1 Derechos humanos de primera generación

En cuanto a regulación normativa son los más antiquísimos e importantes deviniendo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano integrándose por los Derechos Civiles y Políticos del Hombre e impone el deber irresoluto al Estado a respetarlos y reconocerlos, también son los derechos que primeramente fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos internos e internacionales teniendo estos derechos de primera generación como característica principal que algunos de los mismos solo pueden limitarse temporalmente mediante causa justificada y prevista únicamente por la propia Constitución encontrándose estos regulados en la Ley Suprema del Estado que aquí en Guatemala es la vigente Constitución Política de la

⁷⁰ El rincón del vago, extraído el 9 de noviembre de 2009.



República encuadrados bajo el epígrafe Derechos Humanos Individuales. Dentro de estos derechos podemos mencionar el derecho a la vida, libertad, justicia, seguridad paz, igualdad formal o ante la ley, el no sometimiento a esclavitud ni a servidumbre, derecho de defensa, presunción de inocencia, detención legal, centros de detención legal, irretroactividad de la ley, principio de legalidad, inviolabilidad de la vivienda y correspondencia, libertad de locomoción, derecho de petición, libertad de acceso a tribunales y dependencias estatales, libertad de asociación, reunión y manifestación, libertad de religión, asilo, petición, libre expresión, derecho a la propiedad privada, teniendo todos estos derechos como característica específica que la persona humana los posee independientemente de su color, raza, religión, nacionalidad, idioma, posición política y situación económica.

5.6.2 Derechos humanos de segunda generación

Estos derechos se conceptualizan de acuerdo al epígrafe que posee en la vigente Carta Magna de Guatemala correspondiendo a los Derechos Humanos Sociales de ahí que estos son de tipo colectivo surgiendo como tales durante la revolución industrial a principios del siglo XIX llevando como fin el mejoramiento de las condiciones de vida de la colectividad siempre teniendo como punto vital la realización del bien común integrando en conjunto lo que se conoce como derechos económicos, sociales y culturales de donde se desprende que estos aspectos van íntimamente relacionados con la posibilidad que el Estado tenga para satisfacer esos intereses de modo que la igualdad de todo grupo humano alrededor del mundo se hace una cuestión imposible, encontrándose dentro de estos derechos sociales el derecho a una familia, educación, salud, trabajo, cultura, vivienda, derecho a la indemnización, a la seguridad social, a conservar el idioma, etc., los cuales el Estado debe de garantizarlos en todo momento para el desarrollo integro de la sociedad y a la persona, aunque puede decirse que en países del primer mundo los principios fundamentales del hombre son llevados hasta el extremo como por ejemplo proporcionar por parte del Estado sustancias a los drogadictos para mantener el valor supremo de la vida. Haciendo un breve paréntesis se puede deducir que en algunos países, como el de Guatemala, estos derechos de



segunda generación no se realizan de forma íntegra debido al nivel de subdesarrollo que se vive y por consiguiente la pobreza extrema.

5.6.3 Derechos humanos de tercera generación

También se le llaman derechos de la solidaridad o de los pueblos puesto que se necesita la colaboración de todas las naciones para ayudarse entre éstas traduciéndose estos derechos en paz, medio ambiente así como desarrollo y más específicamente en coexistencia pacífica, autodeterminación, a la cooperación regional e internacional, a la solución de problemas alimenticios, a la justicia social internacional, etc. Como se infiere de la anterior clasificación se establece que a pesar de que existen 3 clases de derechos humanos, todos y cada uno de ellos se complementan entre sí no pudiéndose aplicar uno sin la interferencia de los demás, lo que es de vital importancia subrayar. En Guatemala y su correspondiente ordenamiento jurídico los principios y derechos fundamentales de las personas se encuentran en la vigente Constitución Política de la República clasificados en Derechos Humanos Individuales y Sociales que corresponden doctrinalmente a la parte Dogmática de cualquier constitución moderna y cuyos derechos se encuentran enmarcados en las 3 generaciones de derechos humanos descritas anteriormente.

5.7 Derechos humanos individuales o garantías individuales

A los derechos humanos individuales también se les ha denominado principios y también se habla de garantías individuales pero los jurisconsultos hacen acotaciones conceptuales en relación a dichos conceptos y limitan el contenido de los mismos diferenciándolos de modo que a continuación se definirán dichas conceptualizaciones para el final concluir si son o no aplicables a un mismo concepto, y es así que se tiene:

5.7.1 Derechos humanos individuales

A los derechos humanos y por extensión a los derechos humanos individuales se les



considera como aquellas prerrogativas que posee la persona desde el punto de vista individual que vienen siendo como un exigencia ideal o filosófica, un imperativo ético y todo aquello que es esencial para que un ser humano viva con la dignidad que le corresponde como tal teniendo estos la característica que competen al hombre en su calidad de tal sin relación a su modo de ser en sociedad. Son derechos que le corresponden simplemente como hombre recibéndolos de la naturaleza con independencia de la ley vigente en el lugar de su nacimiento y por consiguiente le acompañan a donde sea.

5.7.2 Garantías individuales

En lo relativo al concepto de Garantías Individuales se define que son, según Izquierdo Muciño "las que protegen al individuo en sus derechos, ya que este puede hacer todo excepto lo que la ley prohíbe; en cambio, las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite. El fin de las garantías individuales, en consecuencia, es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere al individuo, que es lo que se denomina individualismo".⁷¹ Es así que el vocablo garantía "equivale a afianzamiento o aseguramiento, protección o respaldo. Jurídicamente, el concepto y el vocablo garantía tuvieron su origen en el derecho privado".⁷² De modo que los derechos al ser prerrogativas inherentes a las personas se requieren una garantía para estar asegurados en el ordenamiento positivo.

En ese orden de ideas e interpretando los 2 conceptos analizados anteriormente se llega a la conclusión de que la persona por el solo hecho de ser persona posee prerrogativas inherentes a su calidad de tal independientemente del Estado y ley vigente en el cual se encuentre, sin embargo, es necesario garantizar ese derecho convirtiéndose esos derechos humanos individuales en garantías humanas individuales o simplemente garantías individuales, siendo así que Izquierdo Muciño establece "se habla de derechos naturales, inherentes al ser humano, anteriores y

⁷¹ Izquierdo Muciño, Marta Elba, **Garantías individuales**, pág. 14.

⁷² **Ibid.** pág. 3.



superiores al Estado. Este solo puede reconocerlos; no obstante, tales derechos requieren un aseguramiento o una garantía en el ordenamiento positivo, sobre todo en la Constitución, para su cabal cumplimiento y respeto”.⁷³ De lo que se infiere que los derechos humanos individuales son un imperativo filosófico y ético, empero una vez aseguradas a través de una Constitución se convierten en garantías individuales y como se indica tendrán que ser respetados erga omnes y el Estado tendrá que crear instituciones y normas jurídicas que los protejan.

5.8 Sujetos de las garantías individuales

Como en toda relación jurídica en cualquiera de la ramas del derecho y en especial en el ámbito y toda cuestión en donde se de una relación entre el ciudadano común y el Estado necesariamente deben de existir 2 partes, es decir, la persona que tienen garantías individuales y el ente encargado de afianzarlas por lo que se dice que hay 2 tipos de sujetos:

5.8.1 Sujeto activo

A este sujeto también se le denomina gobernado y está constituido por las personas que son titulares de las garantías e inclusive se podría enmarcar a las personas colectivas como titulares de derechos humanos, verbigracia, la reunión de varias personas que desean crear una sociedad ejercitando así su derecho al trabajo, indicando Izquierdo Muciño en relación a este sujeto que “se entiende como toda persona capaz de desempeñar cualquier tipo de actividad y contraer obligaciones en sus relaciones con los demás, lo que da lugar a las relaciones de coordinación, incluidas las organizaciones del Estado, siempre que actúe como particular, sin sus atributos de unilateralidad, imperatividad, coercibilidad”.⁷⁴ De modo que el sujeto activo de las Garantías Individuales pueden ser las personas físicas, morales de derecho privado y de derecho público, ya sean nacionales o extranjeras, es decir, el titular de

⁷³ *Ibid.* pág. 2
⁷⁴ *Ibid.* pág. 5



las garantías individuales.

5.8.2 Sujeto pasivo

En cuanto al sujeto pasivo de las Garantías Individuales éste está integrado por el Estado con todas sus atribuciones, organismos descentralizados, autónomos, refiriéndose además a los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, indicando para ello Izquierdo Muciño que “el Estado, como persona moral de derecho público, está representado por las autoridades que a su vez están dotadas del ejercicio del poder en su respectiva esfera de competencia jurídica”.⁷⁵ Atendiendo a ese tenor se tiene simple y llanamente que el sujeto activo de la relación jurídica que se da en las Garantías Individuales está constituido por la persona y el sujeto pasivo es el Estado. De tal manera que se debe de hablar de Garantías Individuales y no de Derechos Individuales, aunque desde un punto de vista técnico, empero es plausible denominarlas de ambas maneras.

5.9 Regulación legal

De acuerdo a los conceptos manejados anteriormente se establece que los derechos humanos se encuentran regulados como tales primeramente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Código de Derecho Internacional Privado, vigente Constitución Política de la República en el Título II que posee como epígrafe Derechos Humanos siendo los anteriores instrumentos jurídicos los que revisten mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

En síntesis los derechos humano son el principal atributo que posee el ser humano los cuales están integrados por un cumulo de derechos que hacen que la persona se

⁷⁵ *Ibíd.* pág. 7.



desarrolle íntegramente estando establecidos en la Ley Suprema del Estado así como regulados a nivel internacional se convirtiéndose en un imperativo en cuanto a su respeto, observancia y desarrollo, de ahí la necesidad de perfeccionarlos y sobretodo de restaurarlos en caso de vulneración aunque cabe hacer la salvedad que a nivel social existen personas que poseen distintos criterios de lo que son los derechos humanos inclusive su no contemplación dentro de la mente de algunos sujetos por lo que sería necesario que el Estado combata ese flagelo utilizando el mismo criterio de estos transgresores.





CAPÍTULO VI

6 Igualdad ante la ley

6.1 Consideraciones generales

En primer término se indica que la Garantía de Igualdad conlleva un contenido macro y muy amplio en relación a la esfera del actuar humano en donde se haga necesaria ya sea en el aspecto económico, educacional, social, familiar y especialmente jurídico, de ahí que en el ámbito jurídico se habla de igualdad ante la ley o como se le conoce a este tipo de igualdad, igualdad formal, entrañando que todas las personas sin ninguna distinción de índole racial, origen étnico, nacionalidad, posición económica, creencia religiosa, tendencia política, tendencia sexual, sexo, etc., gozan de la misma protección de la ley y así como un sinfín de oportunidades que proporciona en cuanto a mecanismos que puede dar para hacer valer tanto este derecho de igualdad ante la ley, sino también para hacer valer los demás derechos, en sí, obtener justicia sin discriminación alguna, es decir, que todas las personas gozan de los mismos derechos y libertades jurídicas sin distinción de ninguna especie, por lo menos en donde tiene lugar un Estado de Derecho.

En cuanto a esta igualdad formal Martínez Gálvez transcribe "estamos en presencia de una igualdad formal, en que los desiguales son iguales. Es decir que la igualdad va más en el sentido de una no discriminación y de una protección de la ley. La igualdad más que un derecho es una condición del mismo hombre, en que todos gozan de los mismos derechos y libertades jurídicas sin distinción de ninguna especie, pero cuando esta se produzca tiene igual protección ante la ley, no importando su posición social, condición económica, sexo, credo, opinión política o cualquier otra circunstancia".⁷⁶ Concepto que establece que toda persona es igual en derechos, protección de los mismos, así como su reivindicación en caso de ser vulnerados siendo esto a nivel

⁷⁶ Martínez Gálvez, *Ob. Cit.*, pág. 318-319.



jurídico aunque en la realidad social existe carencia de legislación que regule y proteja a personas con distinta orientación sexual, grupo étnico, ideología, religión, aunado al prejuicio de juzgadores, fuerzas de seguridad y ente investigador. Asimismo la garantía de igualdad ante la ley es un concepto amplio en cuanto a la frase: ante la ley que vendría a significar que se debe ser igual en todo ámbito donde la ley se aplique, es decir, que el organismo legislativo al crear normas jurídicas debe de proyectarlas a nivel general independientemente a las leyes especiales o excepcionales que puedan ser necesarias, que debe el Organismo Ejecutivo ejercer su función basado en las leyes y requisitos que las mismas exigen en relación con los particulares sin distinción inclusive a nivel de relaciones intraorgánicas, y por último, pero no menos importantes, la igualdad ante la ley que debe observarse y prevalecer en la función principal de ejercer justicia que posee el Organismo Judicial, todo esto siempre en función o basado en lo que para ello establecen los Derecho Humanos.

Primeramente se establece que los principios jurídicos que orientan a la ciencia del derecho son comunes a todas las ramas del derecho en la mayoría de los casos, lo único es que cada uno de esos principios tienen mayor aplicación o prevalecen más en una rama del derecho, de tal modo que si se circunscribe al área civil se establece que uno de los principios que informan el derecho civil está contenido por el de igualdad ante la ley que se traduce en que las partes deben tener en el proceso el mismo trato y oportunidades ya que el que solicita la tutela jurisdiccional, independientemente si es parte actora o demandado, deben de poseer en el proceso de iguales medios de defensa para sustentar pretensiones o defensas no solicitando una garantía para que pueda administrársele justicia unilateralmente.

6.2 Definición

Cuando se intenta dar una definición de igualdad ante la ley existe un cúmulo de las mismas y dentro de estas se establece que "La Igualdad ante la Ley es principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de unas cualidades esenciales -comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad

en sí misma, con independencia de factores accidentales como aquellos que a título de ejemplo enuncia el Artículo transcrito, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea ella negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Este, en el Estado de Derecho, es un conjunto armónico puesto en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana”.⁷⁷ Dejando de un lado el concepto técnico de garantía de igualdad ante la ley claramente se observa que el concepto anterior proclama que la igualdad es una condición humana, asimismo pregona que no debe existir solo igualdad a nivel formal, sino también real quedando establecido anteriormente que esta igualdad real no se ha logrado producir y por lo que respecta al futuro proyectándonos desde la actualidad éste no se va a poder realizar.

En cuanto a la posibilidad de la realización de la igualdad en la sociedad esto sería plausible únicamente en el plano de la igualdad formal traducido en el no otorgamiento de privilegios o distinciones arbitrarias en contra de determinadas personas que atentan en contra de la dignidad humana y respeto que posee el ser humano, haciéndolo ver ya los filósofos estoicos al decir que el ser humano es ciudadano del mundo sin ningún tipo de límite territorial en función de determinado Estado considerándose el hombre como apátrida y únicamente como ser humano en contraposición a la categoría nacional que se les impone no permitiendo la fraternización del individuo y es en este punto que hay que establecer que para la aplicación de la justicia el Estado no debe hacerlo de acuerdo a su capricho o en situaciones de hecho que en un momento dado pueda encontrarse la política

⁷⁷ Gerencie.com, extraído el 5 de diciembre de 2009.



internacional, en el caso de Guatemala, por alcanzar beneficios económicos que no los obtiene la población sino más bien los empresarios, funcionarios públicos; por tanto basado en la definición dada anteriormente el Estado de Guatemala al haber legislado la excepción previa de arraigo y al mantenerla está siendo inicuo contra personas no nacionales que solicitan la tutela jurídica siendo el Estado obligado a reformar normas jurídicas discriminatorias.

Ya lo indica Ignacio Burgoa con respecto a la Igualdad de la Ley “jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentran en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho Estado. En otras palabras, la igualdad desde el punto de vista jurídico, se manifiesta en la posibilidad y capacidad de que varias personas, numéricamente determinadas, adquieran los derechos y contraigan las obligaciones derivadas de una cierta y determinada situación en que se encuentran”.⁷⁸ Es decir que ante la ley todos poseen derechos y obligaciones, no solo de carácter general sino dependiendo de la situación en la que se encuentren así serán los derechos a ejercer y las obligaciones a cumplir, pero siempre observando la igualdad, salvo determinadas limitaciones excepcionales a ciertas normas jurídicas que impone la misma ley.

6.3 Naturaleza jurídica

En base a lo expuesto en el capítulo anterior se concluye que el Derecho Individual de igualdad ante la ley es en principio un Derecho Humano de primera generación de modo que aunque toda persona tiene derecho a una nacionalidad y hacerla valer ésta no debe ser limitante para ejercer su derecho de que le administren justicia, asimismo este derecho impone el deber al Estado de respetarlo teniendo como característica fundamental que no se puede limitar en ningún momento pero en realidad como se

⁷⁸ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, pág. 275.



pudo concluir es una Garantía Individual porque se encuentra garantizada en la Constitución Política de la República.

6.4 Clasificación de la igualdad

6.4.1 Igualdad formal

Como quedo establecido anteriormente la igualdad formal consiste en que toda persona posee ante la ley para ejercitar sus derechos sin discriminación o distinción alguna y que la ley jamás debe de otorgarle a solo un grupo o a determinadas personas ciertos privilegios basadas en su condición de nacional o extranjero, raza, posición económica, tendencia política, sexo, grupo étnico, etc., de tal modo que ante la ley todos somos iguales siendo así que la igualdad formal presupone obligación de respetar el principio de legalidad por parte de tribunales, en que emitan resoluciones con criterio imparcial sin arbitrariedad y por último la obligación de basar todo acto o resolución al cumulo de principios que informan al Derecho y sobre todo respetando los derechos humanos en que se basa todo Estado de Derecho.

En esos parámetros se establece que la igualdad al ser un Derecho Humano de primera generación, y por ende, uno de los principales sin el cual la persona no podría desenvolverse de acuerdo a su naturaleza apareciendo en la Constitución como igualdad que sin ahondar no es más que la igualdad pero ante la ley, aunque el espíritu de la misma es que exista igualdad en todo aspecto de la vida, y es en ese sentido que se pronuncia Martínez Gálvez indicando que "más el principio básico de igualdad como está regulado en los textos constitucionales que tiene su raíz en la Declaración Francesa es un principio meramente formal, esto es, igualdad ante la ley. Su sentido es el derecho de realizar justicia en el aspecto formal. Su alcance es el de asegurar que todos los ciudadanos la misma protección por medio de la ley, sin llegar a una nivelación real y efectiva de sus condiciones económicas, sociales y culturales; así aceptando el hecho real y concreto de que todos los hombres tienen distintas aptitudes o capacidades, afirma, ejemplo que todos tienen el derecho de ser



propietarios (y como tal el de ser protegidos por la ley) pero no hace a todos propietarios, ni les concede igual cantidad de riqueza".⁷⁹ Al analizar ese concepto anterior se establece que es posible la no igualdad material o real, sin embargo, la igualdad formal debe de existir a todo trance sin hacer miramientos a nivel de la condición económica, de capacidades intrínsecas o hasta de ideales que podrían ostentar las personas.

6.4.2 Igualdad material

La igualdad material, o igualdad real como también suele llamarse, se entiende y se reduce a la igualdad de oportunidades, satisfacción de necesidades básicas de las personas en general sin distinción alguna que vendría siendo el objetivo, la piedra filosofal de la humanidad en general, elixir mágico a través del cual se acabaría toda discordia en el orbe, así como a nivel particular, la anhelada satisfacción personal obteniendo rubros y pretensiones normales como salud, estabilidad laboral, condición económica satisfactoria, educación, etc., resaltándose aquí que el Estado da las bases para que la persona pueda desenvolverse por sí misma y de acuerdo a sus capacidades con tal de que obtenga un nivel de vida en el cual pueda tener acceso a los rubros mencionados anteriormente.

6.5 Regulación legal

El principio de igualdad ante la ley se regula en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo 7 al indicar que todos son iguales ante la ley sin distinción, así como derecho a igual protección de la ley. También se encuentra regulada en la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 24 que establece que todas las personas son iguales ante la ley y por consiguiente tienen igual protección de la misma.

⁷⁹ Martínez Gálvez, Ob. Cit., 497.



Asimismo en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se regula específicamente en su Artículo 5 que todos los Estados partes, ratificado por Guatemala el 18 enero 1,983, garantizarán a toda persona la igualdad ante la ley sin distinción de raza, origen nacional o étnico, particularmente en lo que respecta a la igualdad de tratamiento ante los tribunales de justicia.

También la regula el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos creado por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas en su Artículo 14 indicando que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, pero en particular en el Artículo 26 que literalmente dice "Todas las personas son iguales ante la leyes y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá todas discriminaciones y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social".

Intrínsecamente el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante creado en la Convención de Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos establece como un paradigma para que las legislaciones de todos los Estados suscribientes, así como los adheridos al mismo, desarrollen ese concepto de igualdad siendo por ello que es importante mencionar el Artículo 383 de dicho cuerpo legal en el cual se establece "No se hará distinción entre nacionales y extranjeros en los Estados contratantes en cuanto a la prestación de la fianza para comparecer en juicio". Y es en ese sentido que en ese cuerpo legal ya se divisaba la inaplicabilidad de la fianza para comparecer a juicio, excepción previa de arraigo en la legislación guatemalteca, y aunado a esto la igualdad entre personas no importando su nacionalidad.

Y por último, pero no menos importante, la igualdad está regulada en el Artículo 4 de la



vigente Constitución Política de la República de Guatemala estableciendo que en Guatemala todas las personas son iguales en dignidad y derechos, y cuando establece todas se refiere a nacionales como a extranjeros, salvo determinados requisitos que debe cumplir el no nacional para determinadas actividades mercantiles que realice en éste Estado. Asimismo, es importante acotar que la misma se regula en el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial que establece que la justicia es gratuita e igual para todos.

Se estableció que la igualdad ante la ley es un derecho fundamental de la persona y le es inherente, que cuestiones como la nacionalidad no debe ser obstáculo para su ejercicio, le es primordial para su desarrollo en una sociedad políticamente constituida, debe de ser respetada por el Estado así como por las demás personas, alude a que la desigualdad es una condición que existe y se verifica en todos los aspectos de la vida diaria de la persona, empero, la igualdad formal, en este caso la igualdad jurídica o ante la ley debe de ser la regla observada en toda relación jurídica entre hombre-Estado y hombre-hombre.

CONCLUSIONES

1. En la práctica que se da en algunos órganos jurisdiccionales se suele confundir la providencia cautelar de arraigo con la excepción previa de arraigo y tal como se estableció en el cuerpo de esta investigación jurídica ambas figuras legales son radicalmente distintas.
2. Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Guatemala y la propia Constitución Política de la República de Guatemala, contienen garantías individuales que deben de ser desarrolladas por todo el ordenamiento jurídico guatemalteco no haciéndolo así la norma jurídica de excepción previa de arraigo.
3. La norma jurídica que contiene la excepción previa de arraigo en el ordenamiento jurídico civil guatemalteco, transgrede flagrantemente el principio de igualdad ante la ley al exigir una caución económica a la persona no nacional, con el objeto de proseguir con el juicio civil instaurado únicamente porque es extranjero.
4. Los juzgadores en materia civil al emitir resolución sobre esta excepción no aplican los principios generales del derecho, especialmente de igualdad ante la ley, y tampoco hacen énfasis al espíritu de las normas jurídicas de mayor jerarquía, ni a los derechos que le son inherentes a las personas por el solo hecho de serlos.
5. Los legisladores como funcionarios públicos encargados de emitir, reformar y abrogar leyes realizan esa función de forma parcial debido a que no hacen un análisis de las leyes vigentes en el territorio nacional guatemalteco, ni se procede a la depuración de normas jurídicas no acordes a la realidad nacional, avances en la consolidación del Estado de Derecho, doctrina moderna, legislación comparada y derechos humanos.



RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que se capacite a los funcionarios públicos encargados de administrar justicia en materia civil con el objetivo que sepan distinguir las figuras jurídicas de arraigo como providencia cautelar civil y la excepción previa de arraigo.
2. Los órganos jurisdiccionales, específicamente los del ramo civil, a la hora de presentarse un caso en el que el demandante sea extranjero deben tomar en cuenta los convenios, tratados o pactos que ha suscrito el Estado de Guatemala en materia de derechos humanos.
3. Se debe solicitar daños y perjuicios, costas procesales y arraigo en contra del demandante extranjero, ya sea por el demandado o de oficio por el juez, con el objeto de apercibirlo a que plantee una demanda real, acorde a derecho y no se sustraiga al cumplimiento de responsabilidades si procediere, sustituyendo la aplicación de la norma jurídica de excepción previa de arraigo.
4. Es menester que los jueces al momento de emitir una resolución sobre la excepción previa de arraigo, observen el principio de igualdad ante la ley e indicarle a las partes, buscar los medios legales para garantizar que no se haya planteado una demanda caprichosa.
5. Las instituciones que poseen iniciativa de ley, presenten un anteproyecto para solicitar la derogación de la norma jurídica que contiene la excepción previa de arraigo o en su caso, se plantee por quien corresponde una inconstitucionalidad de carácter concreto o general con el objeto de establecer la violación al principio de igualdad ante la ley y su inaplicabilidad.





ANEXOS



ANEXO I



OFICIO No. _____
REFERENCIA No. _____



Guatemala, 19 de enero de 2011.

Br. Oliver Alexander Gómez Cardona
Estudiante de la Universidad de
San Carlos de Guatemala.
Presente.

Por este medio me dirijo a usted con el objeto de dar respuesta a su misiva, remitida a esta judicatura a efecto se le informara *"Sobre el número de litigios que se han tramitado de carácter civil ordinario en donde se haya interpuesto la excepción previa de arraigo o si por el contrario no ha existido ningún litigio... en el periodo comprendido entre enero a septiembre del año 2010"*.

A tal respecto, me permito indicarle que durante el periodo de enero a septiembre de dos mil diez, no se presentó ninguna Excepción Previa de Arraigo, dentro de los procesos ordinarios tramitados en esta judicatura.

Sin otro particular me suscribo de usted, esperando que la información proporcionada le sirva de apoyo en su trabajo de tesis.

Atentamente,

LICDA. LUCRECIA GAMBOA DE VALVERT
JUEZ 1º DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL DE GUATEMALA.



ANEXO II



GUATEMALA, C.A.

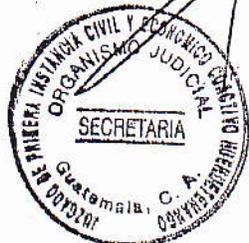
OFICIO No. _____
REFERENCIA No. _____

A QUIEN INTERESE

Por este medio hago constar que a petición del estudiante OLIVER ALEXANDER GOMEZ CARDONA, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, se procedió a revisar por la persona encargada para el efecto, los libros y expedientes tramitados en este Juzgado durante el período de ENERO A SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ, habiéndose determinado que durante ese tiempo no se ha recepcionado ni tramitado ninguna excepción de ARRAIGO, por lo que no se le puede dar información positiva al caso solicitado.

Y para los usos legales que al interesado convengan, extiende, sello y firmo la presente en una hoja de papel membretado del Organismo Judicial. Huehuetenango, veintiocho de octubre de dos mil diez.

MARIO HECTOR LOPEZ CALMO
SECRETARIO



LIC.: MIGUEL ANGEL COYO CHAN
JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA
CIVIL Y ECONÓMICO COACTIVO
HUEHUETENANGO





ANEXO III



LA INFRASCRIPTA SECRETARIA DEL JUZGADO SEGUNDO DE PRIMERA INSTANCIA DEL RAMO CIVIL DEL MUNICIPIO Y DEPARTAMENTO DE QUETZALTENANGO.-----

HACE CONSTAR:

Que en este Juzgado dentro del período comprendido entre enero a septiembre del año dos mil diez, en los juicios de carácter ordinario no se encuentran registros en donde se haya interpuesto la excepción previa de arraigo en el periodo mencionado.

Y, para los usos que a la interesada convengan, extendiendo, firmo y sello la presente en esta única hoja de papel bond . En la ciudad de Quetzaltenango, el día veinte de Enero del año dos mil once

LIGIA GRICELDA GARCIA CASTILLO.

SECRETARIA.

Vo. Bo.

LIC. MIGUEL ANGEL DEL VALLE RALDA.

JUEZ.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil** 2t.; S/ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Unión Tipográfica, 1982. 42, 55, 70, 286 y 287 págs., tomo I.
- ALIPSO.COM. **El arraigo como instrumento jurídico**, 2 de agosto de 2009 y 15 de agosto de 2009.
- ARAZI, Roland. **Derecho procesal civil y comercial**. 2ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995. 557 y 558 págs.
- BURGOA, Ignacio. **Las garantías individuales**. 22ed., México D.F., México: Ed. Porrúa, 1989. 275 pág.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 6t.; 14ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996. 71 pág., tomo I; 268 y 272 págs., tomo III.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal**. 3ed.; México D.F., México: Ed. Nacional, 1984. 72, 89, 90, 94 y 96 págs.
- DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. 7ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1995. 37 pág.
- DERECHO EN LA GUÍA 2000. **Sanciones civiles**, 17 de agosto de 2009.
- DERECHOPEDIA, **Medidas cautelares**, 17 de julio de 2009.
- DERECHO ARGENTINO. **Diccionario jurídico**, 15 de agosto y 17 de septiembre de 2009.



DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. 22ed.; México D.F., México: Ed. Porrúa, 1996. 23 y 149 págs.

EL RINCON DEL VAGO. **Los derechos humanos**, 9 de noviembre de 2009.

Enciclopedia jurídica opus. S/ed.; 8vols.; Caracas, Venezuela: Ed. Ediciones Libra, 1994. 630 pág., volumen III.

EUROPA. **Medidas provisionales y medidas cautelares**, 15 de julio de 2009.

ESCURDIA LAVIGNE, José A. **Curso de derecho natural**. S/ed.; Madrid, España: Ed. Reus, 1987. 18 pág.

ESTUDIO JURICO SANTUCCI. **Daños y perjuicios**, 8 de septiembre de 2009.

GERARDO, Prado. **Derecho constitucional**. 4ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Praxis, 2005. 82 pág.

GERENCIE.COM. **El principio de igualdad**, extraído el 5 de diciembre de 2009.

GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. S/ed.; Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Impresos praxis, S/f. 22, 63 y 64 págs.

INDEMNIZACION.ES. **Como se calcula la indemnización**, 5 de septiembre de 2009.

IZQUIERDO MUCIÑO, Marta Elba. **Garantías individuales**. S/ed.; México DF, México: Ed. Oxford, 2001. 2-5, 7 y 14 págs.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. S/ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: S/Ed., 1995. 107, pág.



MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos**. S/ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 1990. 5, 6, 18, 51, 318, 319, 497 y 501 págs.

MONOGRAFIAS.COM. **Daños morales**. 25 de agosto de 2009.

MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. 2ed.; 2t.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Magna Terra, 1999. 36, 37, 155-158, 317-319, 321 y 325-328 págs., tomo I.

MORINEAU IDUARTE, Martha y Román Iglesias González. **Derecho romano**. S/ed.; México D.F., México: Ed. Harla, 1987. 93–95 págs.

NOVELLINO, Norberto. **Embargo y desembargo y demás medidas cautelares**. S/ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelardo Perrot, 1984. 84 pág.

ORELLANA DONIS, Giovanni. **Derecho procesal civil I**. 2t.; S/ed.; ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Vásquez, 2002. 128 pág.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20ed.; Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Heliasta, 1992. 172, 300 y 405 págs.

PALLARES, EDUARDO. **Derecho procesal civil**. 13ed.; México D.F., México: Ed. Porrúa, 1989. 292 y 297 págs.

SHVOONG.COM. **Teoría del estado: Constitucionalismo**, 30 de septiembre de 2009.

WIKIPEDIA. **Daño**, 23 de agosto de 2009.

WIKIPEDIA. **Derecho constitucional**, 7 de octubre de 2009.



WIKIPEDIA. **Indemnización de perjuicios**, 27 de agosto de 2009.

WIKIPEDIA. **Lucro cesante**, 3 de septiembre de 2009.

Legislación

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

Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de Naciones Unidas. Adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Organización de Naciones Unidas. Ratificada por Guatemala el 18 de enero de 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de Naciones Unidas. Ratificado el 5 de mayo de 1992.

Código de Derecho Internacional Privado. Organización de Estados Americanos. Ratificada por Guatemala el 10 de abril de 1929.

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto 2-89, 1989.