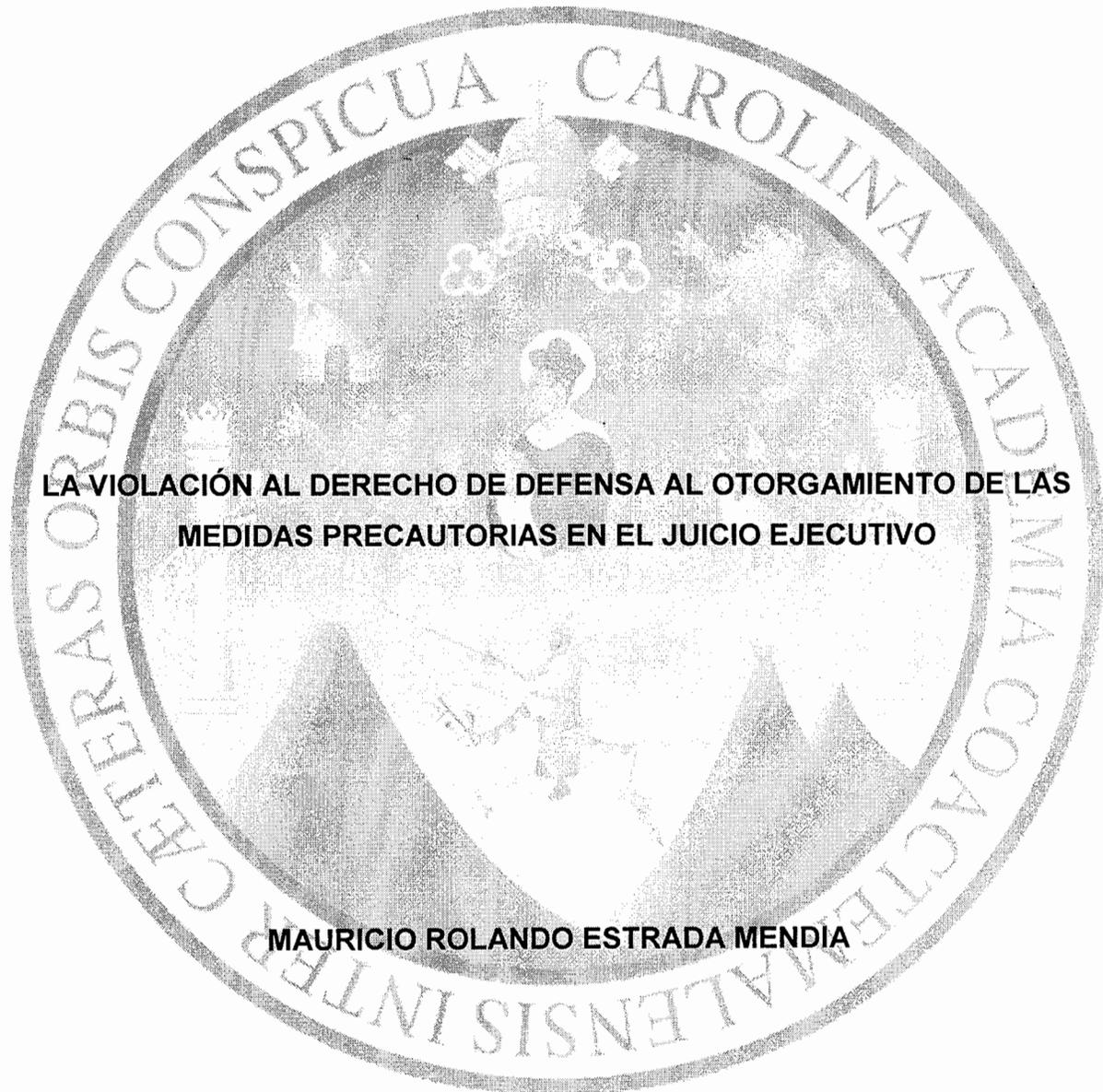


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



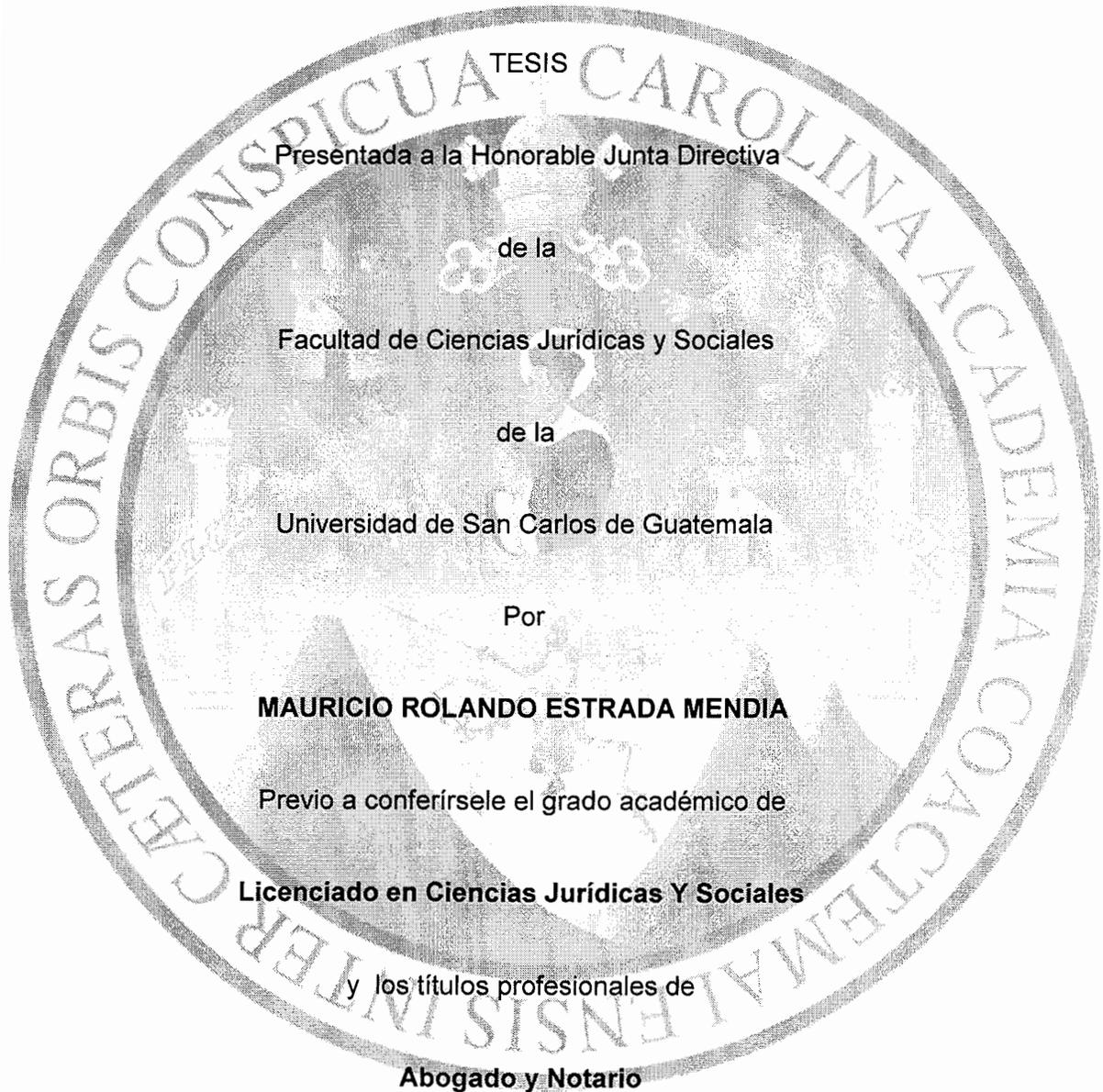
**LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA AL OTORGAMIENTO DE LAS
MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO**

MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDÍA

GUATEMALA, JULIO DE 2013

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

**LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA AL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS
PRECAUTORIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA

Previo a conferírsele el grado académico de

Licenciado en Ciencias Jurídicas Y Sociales

y los títulos profesionales de

Abogado y Notario

Guatemala, julio de 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 I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
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

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Mauricio García Rivera
Vocal: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Secretario: Lic. Gamaliel Sentes Luna

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Menfil Osberto Fuentes Pérez
Vocal: Lic. Estuardo Abel Franco Rodas
Secretaria: Licda. Rosalba Corzantes Zuñiga

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).



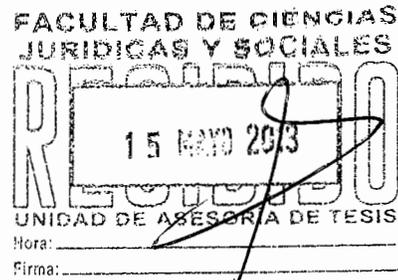
BUFETE JURIDICO
Lic. ERICK ROLANDO HUITZ ENRIQUEZ
Lic. WILLY ROLANDO HUITZ HERNANDEZ
ABOGADOS Y NOTARIOS



Guatemala, 15 de abril de 2013

**Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**

Doctor Mejía Orellana



De conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el día 07 de marzo de 2013, procedí a asesorar el trabajo de Tesis del Bachiller **MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA** el cual, luego de mi revisión, se titula:

LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA AL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO.

El trabajo de tesis del Bachiller MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA enfatiza la violación del derecho de defensa al momento de otorgar las medidas precautorias en el Juicio Ejecutivo, afectando de esta manera el derecho constitucional del ejecutado.

Al hacer referencia al trabajo realizado por el Bachiller MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA es necesario destacar que el contenido de la tesis fue realizado con dedicación, esmero, diligencia y esfuerzo. Así mismo la



BUFETE JURIDICO
Lic. ERICK ROLANDO HUITZ ENRIQUEZ
Lic. WILLY ROLANDO HUITZ HERNANDEZ
ABOGADOS Y NOTARIOS



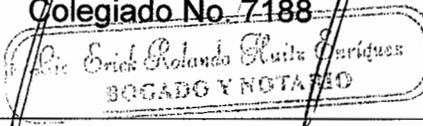
metodología empleada, las técnicas de investigación y la redacción cumplen las perspectivas del objetivo del trabajo realizado, esto aunado al análisis, las conclusiones y recomendaciones.

Además se tomaron en cuenta técnicas de investigación, se revisaron varias bibliografías, y se llevaron a cabo estudios doctrinarios aplicando el método inductivo-deductivo, todo lo cual se basó en un lenguaje jurídico adecuado.

Al emitir el **Dictamen Favorable** me satisface presentarle el siguiente trabajo de mérito que llena cada uno de los requisitos del Normativo contenido en el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo cual queda debidamente facultado para someterse al Examen General Público.

Sin otro particular me suscribo deferentemente

Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
Asesor de Tesis
Colegiado No. 7188





Guatemala, 07 de marzo de 2013.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

Licenciado
ERICK ROLANDO HUITZ ENRÍQUEZ
Ciudad de Guatemala

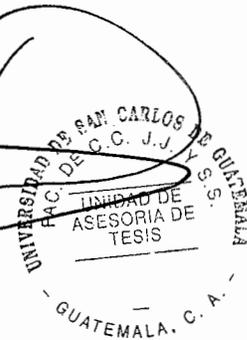
Licenciado ERICK ROLANDO HUITZ ENRÍQUEZ:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que recibí el dictamen del (de la) Consejero (a) - Docente de la Unidad de Asesoría de Tesis de esta Facultad, en el cual hace constar que el plan de investigación y el tema propuesto por el estudiante: MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA, CARNÉ No. 200716743, intitulado "LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA AL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO", reúne los requisitos contenidos en el Normativo respectivo.

Me permito hacer de su conocimiento que como asesor está facultado para realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar la investigación. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "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 fueron 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".

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis



cc.Unidad de Tesis, interesado y archivo



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
 FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de junio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MAURICIO ROLANDO ESTRADA MENDIA, titulado LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA AL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN EL JUICIO EJECUTIVO. 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/silh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la capacidad e inteligencia de poder elegir mi profesión así como ser mi soporte en los momentos difíciles en este camino.

A MIS PADRES:

Lilian Elizabeth Mendía Hernández, por ser ese ángel que me cuida desde el cielo y nunca me abandona y Carlos Augusto Estrada Galindo, por todo el apoyo y ser mi ejemplo de lucha, esfuerzo, dedicación y estudio y enseñarme a nunca darme por vencido.

A MIS HERMANOS:

Irene y Carlos por todo su amor, comprensión, apoyo, por ser mi fuerza y estar a mi lado en todo momento.

A LICDA. JUDITH SECAIDA:

Por todo el apoyo brindado durante mi carrera y orientarme siempre a tomar buenas decisiones.

A MIS AMIGOS:

Rolando, José-Emilio, Luis Carlos, José Luis, Julio, Gustavo, José Roberto, Alejandra, Inés, Karla, Sandra, Silvia, Lisbeth, Estefanía, Silvia M., Mónica, por acompañarme a lo largo de mi carrera.

A:

la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Universidad de San Carlos de Guatemala Alma Mater que me formo como profesional.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Tipos de procesos en materia civil.....	1
1.1. Definición de proceso y su clasificación legal en materia civil.....	1
1.2. Proceso de ejecución en materia civil.....	2
1.3. Naturaleza jurídica.....	4
1.3.1.La posición tradicional: el juicio ejecutivo, forma de ejecución forzada.....	5
1.3.2.La posición disidente: el juicio ejecutivo, juicio sumario de conocimiento.....	6
1.4. Procesos de ejecución singular.....	8
1.4.1. Juicio ejecutivo en la vía de apremio.....	9
1.4.2. Ejecuciones especiales.....	16
1.4.3. Ejecución de sentencia.....	19
1.4.4. Juicio ejecutivo.....	20

CAPÍTULO II

2. Providencias precautorias, proceso preventivo o cautelar.....	41
2.1. Definición y consideraciones preliminares del proceso preventivo o cautelar.....	41
2.2. Naturaleza jurídica.....	43
2.3. Características.....	44
2.4. Clasificación.....	45

	Pág.
2.5. Providencias Precautorias.....	47
2.6. Diferencias entre la medida cautelar de intervención regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y la regulada en el Código de Comercio de Guatemala, así también la regulada en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	61

CAPÍTULO III

3. Derecho de defensa.....	65
3.1. Definición y consideraciones preliminares.....	65
3.2. Naturaleza jurídica.....	72
3.3. Principios fundamentales.....	72
3.4. Características.....	73
3.5. Ámbito legal.....	74
3.6. Derecho comparado.....	76

CAPÍTULO IV

4. La violación al derecho de defensa en el otorgamiento de las medidas precautorias en el juicio ejecutivo.....	79
4.1. Consideraciones preliminares.....	79
4.2. Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.....	81
4.3. La contradicción en el juicio ejecutivo y su limitación en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	83
4.4. El prejuzgamiento judicial y el hostigamiento bancario.....	85



Pág.

4.5. La necesidad de una regulación más adecuada ante la posible violación al principio de defensa en el ordenamiento de las medidas precautorias en el juicio ejecutivo bancario.....	87
4.6. Propuesta de regulación para la adecuada aplicación de las medidas precautorias en el juicio ejecutivo bancario.....	88
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95

INTRODUCCIÓN

En el juicio ejecutivo civil y más especialmente en los juicios ejecutivos promovidos por los grupos financieros y bancos del sistema, deplorablemente se observan una serie de violaciones al debido proceso, respecto la oportunidad que tienen las partes ejecutadas de hacer valer sus derechos, especialmente su derecho constitucional de defensa.

Los principales objetivos de este trabajo son: exponer la falta de aplicación de los principios procesales del debido proceso, respecto a la falta de oportunidad de contradicción y violación al derecho de defensa en el juicio ejecutivo. Así mismo establecer un procedimiento que garantice el derecho de defensa en materia del juicio ejecutivo promovido por grupos financieros y bancos del sistema.

La hipótesis de esta investigación se fundamenta en que debe existir una mejor regulación respecto al otorgamiento de las medidas precautorias, o bien, una mejor práctica jurisdiccional ya que es necesario que previo a la entrega de las mismas, por lo menos la parte actora haga efectivo el pago del requerimiento de pago, garantizando la oportunidad que le sea notificada la primera resolución para que las partes ejecutadas hagan uso de su legítimo derecho de defensa y que dichas medidas si no se conviertan en medidas de exigencia a la parte ejecutada.



Esta investigación está contenida en cuatro capítulos: en el primero se desarrollan los tipos de procesos en materia civil, haciendo un énfasis en el proceso ejecutivo respecto a los títulos ejecutivos que sirven de base para su procedencia y el proceso legal del mismo; en el segundo se exponen aspectos doctrinarios acerca de las providencias precautorias; en el tercero se despliega una serie de consideraciones importantes acerca del derecho de defensa; el cuarto capítulo se encuentra enfocado al estudio del derecho de defensa y su importancia en cualquier proceso, así mismo se realiza la propuesta de utilizar un procedimiento que garantice la efectiva aplicación de las medidas precautorias conforme a su naturaleza jurídica.

Se realizó un bosquejo para señalar los aspectos necesarios que se deben tomar en cuenta al otorgar medidas precautorias en los juicios ejecutivos, también se buscó sustento en métodos y técnicas como: la observación, el uso de la ficha bibliográfica para establecer que existe vulneración del derecho de defensa que no permiten una solución ecuánime a las partes en los conflictos de civil en materia del juicio ejecutivo.

Este informe se elabora con el fin de que sea un aporte para el Estado de Guatemala, a través de su Organismo Judicial, para que los conflictos de carácter civil en materia de juicio ejecutivo y promovidos estos por Grupos Financieros y Bancos del sistema se resuelvan garantizando el derecho de defensa, tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala.

CAPÍTULO I

1. Tipos de procesos en materia civil

1.1. Definición de proceso y su clasificación legal en materia civil

Como primer punto se establece que un proceso es todo conjunto de etapas ordenadas, sistematizadas que tienen por objeto alcanzar un fin. En material del derecho civil, este surge cuando se da una determinada situación en conflicto, a lo que se le llama litigio, entendido como el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de una parte y la resistencia de otra.

Por esto es necesario esquematizar los distintos tipos de proceso que existen en materia civil.

En materia civil, se encuentra la siguiente clasificación legal:

- I. **Por su duración:** Ordinarios – Sumarios.
- II. **Por la forma de sustentación:** Orales – Escritos.
- III. **Por su valor:** Mayor cuantía – Menor cuantía – Ínfima cuantía.
- IV. **Por el título que sirve de base:** Ejecutivos – En la vía de apremio – Especiales.

1.2. Proceso de ejecución en materia civil

Como el que interesa en materia de esta investigación es el proceso civil de ejecución, hay que establecer qué es lo que comprende:

Los autores establecen que la forma como se regula en el Derecho Positivo el proceso de ejecución, en el sentido de que sea realmente efectivo, contribuye a que se tenga confianza en el ordenamiento jurídico. No tendría sentido que las decisiones judiciales no pudieran cumplirse de manera inmediata y que las obligaciones contractuales quedaran libradas únicamente al acatamiento voluntario.

Por lo tanto, se define el proceso de ejecución como aquel en el que va a existir una sumaria etapa de conocimiento; ello por la existencia de títulos que sirven de base para el reclamo de la pretensión. Es decir, aparentemente no hay un aspecto litigioso.

La doctrina establece que no se trata de un juicio declarativo sino de una figura de carácter mixto, en la que se encuentran reunidas una fase de cognición, es decir una cognición sumaria, en la que se encuentra un simple medio a un fin en un proceso que tiene por objeto la ejecución.

En esta fase de cognición sumaria no todas las cuestiones pertinentes pueden ser examinadas o son examinadas de un modo más rápido y superficial del que normalmente se exige.

Esto debido a que no está destinada a crear certeza en torno a la existencia o inexistencia del derecho controvertido, sino solamente un cierto grado de probabilidad, razón por la cual, cuando se alcanza la finalidad para la que ha sido creada se da una ejecución, pero quedando siempre abierta la vía para que un segundo proceso ordinario examine la cuestión nuevamente y ahora sí de fondo y definitivamente.

Un elemento esencial en este tipo de juicios es la coerción, que Couture explica como “aquello que permite algo que hasta el momento de la cosa juzgada o del título ejecutivo era jurídicamente imposible: la invasión en la esfera de lo individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los intereses de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente contra su voluntad. Ya no se está en presencia del subjectus, de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia¹”.

El título ejecutivo viene a ser la prueba plena del derecho que afirma poseer, tener el ejecutante, de modo que el conocimiento del juez se reduce en un principio a examinar este título, a examinar su apariencia, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada que indica la vía ejecutiva. Pero ello no quiere decir que de plano se pase a ejecutarle porque se da oportunidad al deudor, a contradecir ese título, a examinarlo y a excepcionarlo; es entonces cuando se da una sumaria fase cognoscitiva. El debate va a surgir frente a la oposición que deduzca el ejecutante, al título ejecutivo, y por ende a la demanda ejecutiva.

¹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Págs. 367 y 368.

En el título ejecutivo es la prueba plena y completa del derecho, de modo que la actitud del juez cuando se presenta una demanda ejecutiva, es muy distinta a cuando se presenta una demanda ordinaria. Por ejemplo en el juicio ordinario, el juez no le acuerda medidas de aseguramiento de su derecho, porque ese derecho no aparece probado con la presentación de la demanda, él únicamente ha presentado su demanda, tal vez acompañada de documentos pero no ha presentado un título ejecutivo que es lo que contiene la prueba plena del derecho. El juez es un espectador en ese debate y de acuerdo con las pruebas, va a resolverlo.

En cambio, cuando se presenta una demanda ejecutiva el juez tiene que fijarse más, porque desde luego el actor, el ejecutante, pide esa tutela privilegiada, la tutela de juicio ejecutivo. El juez debe examinar acuciosamente no solo la demanda ejecutiva, sino el título ejecutivo, porque el título ejecutivo es un título legal, es la ley la que en todas las legislaciones establece cuáles son los títulos ejecutivos, cómo deben considerarse, cómo debe estar estructurado, y si el juez después de este examen reconoce en ese título, en ese documento que presenta el ejecutante, un título ejecutivo, entonces el juez, de acuerdo con la ley, presume que este ejecutante tiene la razón, que le asiste el derecho, como acreedor que es, de cobrar, de ordenar el pago de esa deuda, de ese crédito.

1.3. Naturaleza jurídica

La legislación guatemalteca establece que la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo es de orden jurisdiccional.

El Artículo 203 de la Constitución Política de la República establece que: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”. Por lo tanto, no se duda en afirmar que la naturaleza de los juicios ejecutivos es de índole jurisdiccional y, con ello, de orden procesal. Pero es necesario establecer también si el juicio ejecutivo es un proceso de conocimiento, de ejecución forzosa o, en todo caso, de tipo mixto.

Por su parte, Chiovenda, citado por Mauro Chacón, indica que “el proceso ejecutivo en un inicio era un proceso de formas simplificadas, cuya competencia estaba designada a jueces especiales y destinada al ejercicio de la acción ejecutiva²”.

En forma resumida, se tratará de sistematizar las dos principales posiciones manejadas en la doctrina, respecto a la naturaleza del juicio ejecutivo, clasificándola en dos posiciones:

1.3.1. La posición tradicional: el juicio ejecutivo, forma de ejecución forzada

Esta había sido la posición de los primeros comentaristas del Código Procesal Civil y Mercantil. Generalmente fue afirmada en forma dogmática, ya que ni siquiera se consideró la posibilidad de una solución distinta.

² Chacón Corado, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**. Pág. 129.

El juicio ejecutivo no tenía por objeto declarar derechos dudosos o controvertidos, lo que causaba como consecuencia que en el juicio ejecutivo “se cierre la puerta todo lo posible a la oposición de la parte contraria, dirigiéndose rápidamente a dar cumplido efecto al derecho que se reclama, sin dar lugar a controversias propias de un juicio declarativo (de conocimiento)”.

El juicio ejecutivo no era sino una especie de ejecución forzada, que se realizaba en condiciones especiales. “El juicio ejecutivo era una especie dentro del campo genérico de la ejecución forzada por la cual un acreedor por cantidad de dinero líquida y exigible y con un título ejecutivo, perseguía en vía sumaria, y con audiencia del deudor, el pago de la deuda mediante el embargo y la venta de los bienes del obligado³”.

1.3.2. La posición disidente: el juicio ejecutivo, juicio sumario de conocimiento

La doctrina al respecto establece que al sistematizarla por primera vez, “la fundó en un argumento de carácter histórico, derivado de la modificación introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil –española– de 1855 sobre el Derecho preexistente, al regular, por separado, la ejecución de sentencia y el juicio ejecutivo. El juicio ejecutivo, a partir de entonces, dejó definitivamente de ser un proceso de ejecución y adquirió elementos de cognición que lo transformaron en un tipo mixto de proceso (cognición-ejecución) o en un puro proceso de cognición⁴”.

³ Zeballos. **Juicio Ejecutivo**, versión del CED, Págs. 20-21. Citado por Tarigo, Enrique E. **Ob. Cit.** Pág. 189.

⁴ Arlas, **Naturaleza del Juicio Ejecutivo**, en Rev. C.E.D., No. 88, Mont., 2960. Citado por Tarigo, Enrique E. **Ob. Cit.** Pág. 189.

Esta tesis podría muy rápidamente reseñarse, en lo que ahora interesa, en el siguiente modo: 1) El embargo que se decretaba en el juicio ejecutivo tenía naturaleza puramente cautelar y, por consiguiente, no era esencial para la prosecución del juicio; 2) el título de ejecución no preexistía al proceso, sino que se formaba dentro de él; 3) lo que se ejecutaba forzosamente no era el título ejecutivo, sino la sentencia de remate; 4) la llamada vía de apremio no era sino la etapa de ejecución de ese proceso de conocimiento que era, en definitiva, el juicio ejecutivo.

Se menciona en efecto, que “un proceso en el que existen, con carácter normal y no excepcional, alegaciones contradictorias de las partes, que son valoradas por el juez en una resolución sobre el fondo, no será un proceso de ejecución, sino un juicio declarativo (es decir, de conocimiento); opuestamente, un proceso que no admita esta clase de actividades alegatorias, o solamente las prevea como incidentes anormales que lo desvían de un verdadero cauce, será un proceso de ejecución, cualquiera sea el nombre que se le reserve en el derecho positivo⁵”.

De las dos posturas sobre la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo en Guatemala, se prefiere la tesis que concibe al juicio ejecutivo como un proceso de tipo mixto, conocimiento-ejecución, ya que si bien existe un período de conocimiento de cinco días en caso de oposición del deudor se trata de incidencias que no desvían su curso normal, así como la interposición de excepciones, como lo establece el Artículo 329 del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁵ Guasp, Jaime. **Derecho Procesal Civil**, Madrid, 1956: 83. Citado por Tarigo, Enrique E. **Ob. Cit.** Pág. 189.

La norma mencionada no las nomina toda vez que las mismas se resuelven hasta el momento de dictar sentencia, y en ningún momento se ve interrumpido el trámite indicado, como por ejemplo en el juicio ordinario (proceso de conocimiento), que cuando se interponen excepciones previas, taxativamente indica que se tramitan en la vía incidental y se deben resolver de una vez para poder continuar con el proceso establecido en el Artículo 120 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La doctrina también en el mismo sentido indica que “en algunos casos el derecho admite que los particulares convengan o estipulen algo que equivale virtualmente a una sentencia de condena. El título contractual y obligacional se asemeja entonces a la sentencia y adquiere la calidad de título privado de ejecución⁶”.

No hay que olvidar que el título con que se promueve una ejecución no opera por sí mismo, ya que resulta obligatorio a partir de la calificación que el juez hace acerca de su suficiencia y llenar los requisitos exigidos por la ley, y solo mediante esa decisión judicial se tramita un proceso de ejecución.

1.4. Procesos de ejecución singular

Además del juicio ejecutivo, se encuentran el juicio ejecutivo en la vía de apremio, ejecuciones especiales y ejecución de las sentencias.

⁶ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.** Pág. 156.

1.4.1. Juicio ejecutivo en la vía de apremio

➤ Definición y consideraciones preliminares

Este juicio, también llamado de ejecución forzada, tiene como propósito que se acuda directamente a la realización de los bienes del deudor, si la ejecución se basa en títulos que traigan aparejada la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible, y siendo estos los siguientes:

1o. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada:

En este caso se refiere a aquella sentencia firme, es decir a la que no admite recurso alguno. O también podría decirse que es aquella sentencia debidamente ejecutoriada por lo que hay cosa juzgada, siempre y cuando haya identidad de personas, cosas y acciones y no hubiere lugar a juicio ordinario posterior.

“El título de ejecución primero y fundamental es la sentencia judicial. Para que un juez actúe ejecutivamente es normalmente necesario que se haya resuelto un proceso de cognición de modo que fundamente las manifestaciones ejecutivas ulteriores. La sentencia es, pues, el título primordial de ejecución; pero, como fácilmente se comprende, no toda clase de sentencias, sino solo las sentencias de condena, puesto que las sentencias constitutivas no exigen ni permiten directamente una conducta física del juez dirigida a poner de acuerdo el mandato de las mismas con la realidad física sobre la que actúa la ejecución.

Por lo tanto, la sentencia de condena es el primero de los títulos de ejecución, en cualquiera de las especies que el derecho positivo reconoce de ellas: en particular, no solo la sentencia de condena ordinaria, sino la sentencia de condena dictada en el juicio ejecutivo, que se conoce con el nombre de sentencia de remate⁷.

2o. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación:

Es de todos conocido que la función de los árbitros termina cuando dictan el laudo. En consecuencia no tienen imperio para ejecutarlo, si no se ha interpuesto recurso de casación, o bien este ha sido desestimado, por lo cual el laudo queda firme.

Entonces al buscar la aplicación o cumplimiento de este laudo, en la práctica las partes acuden a la formalización judicial del compromiso a través de una certificación judicial del fallo o bien también es suficiente la certificación notarial del laudo dictado, haciendo constar que no hay recurso pendiente; esto, porque el Código no exige ningún tipo de documento especial.

3o. Créditos hipotecarios:

En este punto es necesario hacer mención a la hipoteca y a la subhipoteca. El Código Civil establece que la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit.** Pág. 182.

Siendo entonces un derecho real que garantiza el cumplimiento de una obligación, es lógico pensar que el proceso ejecutivo persigue satisfacer esta obligación. Pero como esta garantía esta constituida por dicho derecho real, no hay responsabilidad personal; es decir, en caso de que la hipoteca resulte insuficiente no hay posibilidad de hacer efectiva la obligación con otros bienes del deudor. Ello se encuentra así establecido en el Artículo 823 del Código Civil: “La hipoteca afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso”.

Ahora respecto a la subhipoteca, puede mencionarse que esta se da cuando un crédito garantizado con hipoteca se vuelve a hipotecar en todo o en parte, por lo que se constituye de esa manera una subhipoteca, esto llenándose las formas aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca, por lo que al incumplimiento de la obligación garantizada de esa forma, el acreedor subhipotecario tiene a su vez el derecho de hacerlo valer a través de la vía de apremio.

La legislación guatemalteca, al respecto, establece en el Artículo 853 del Código Civil, que la subhipoteca deberá notificarse al deudor para que pueda inscribirse en el Registro. Además, en el Artículo 854 del Código Civil dispone que si el crédito estuviere subhipotecado o anotado, el deudor deberá hacer el pago con intervención judicial, si no hubiere acuerdo entre los interesados. En ese caso, el juez ordenará los pagos correspondientes y la cancelación de los gravámenes o anotaciones que los garanticen.

4o. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones:

Es importante resaltar que en el Código Civil no se hace mención alguna a los bonos hipotecarios, sino únicamente de las cédulas hipotecarias como una modalidad de la hipoteca. Asimismo, el Código de Comercio de Guatemala solo alude a los bonos bancarios como títulos de crédito que se regirán por sus leyes especiales y supletoriamente por lo establecido en el Código de Comercio de Guatemala. Es por ello que en el presente caso es necesario reducir a esta clase de títulos como los siguientes: Bonos hipotecarios y prendarios emitidos por bancos, cédulas hipotecarias e hipotecas aseguradas.

5o. Créditos prendarios:

En la legislación, específicamente en el Artículo 880 del Código Civil, la prenda se considera como un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación. Esta se constituye por medio de escritura pública o documento privado y debe hacer constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, y todos los datos necesarios para hacer posible su identificación; asimismo el nombre del depositario y la especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados.

En el caso de la prenda surge algo muy especial. Al contrario de la hipoteca, esta sí autoriza a que el deudor quede obligado al pago por algún saldo insoluto.

Ello se encuentra regulado en el Artículo 881 que establece: “La prenda afecta únicamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, sin que el deudor quede obligado personalmente, salvo pacto expreso”. Asimismo, el Artículo 884 del Código Civil también establece que la aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa.

6o. Bonos de prenda:

Los bonos de prenda representan un contrato de mutuo celebrado entre el dueño de la mercancía o producto y el prestamista, con la consiguiente garantía de los artículos depositados.

Estos bonos son emitidos por los Almacenes Generales de Depósito, los cuales reciben el tratamiento de créditos prendarios y, por esa razón, son títulos ejecutables en la vía de apremio.

En este punto es importante mencionar que los Almacenes Generales de Depósito también emiten certificados de depósito, los cuales son títulos representativos de la propiedad de productos o mercancías y contienen un contrato celebrado entre los Almacenes como depositarios y los respectivos dueños como depositantes. Asimismo, la propiedad del adquirente de un Certificado de Depósito queda subordinada a los derechos prendarios del tenedor del Bono o Bonos de Prenda que se hayan emitido, así como al pago de todas las sumas que se deban a los Almacenes y los gastos comprobados que se hayan causado.

Entonces, se observa que los títulos que puede emitirse son dos: el Certificado de Depósito y el Bono de Prenda. Ambos son títulos ejecutivos, ya que la ley establece que son ejecutivos sin necesidad de protesto, requerimiento o diligencia alguna, para el solo efecto de sus tenedores legales. Pero la vía en que corresponde hacerlos valer es diferente, si se respetan las normas del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que este solo autoriza a los bonos de prenda como títulos ejecutivos para promover la vía de apremio. Los Certificados de Depósito que hacen posible el reclamo de devolución de mercadería tienen que hacerse valer por la vía de las ejecuciones especiales, puesto que se trata de una obligación de hacer.

7o. Transacción celebrada en escritura pública:

La transacción es un modo anormal de terminar el proceso, siempre y cuando esta se haya documentado en escritura pública y hubieren quedado por ejecutar obligaciones pendientes de la transacción, puede ejecutarse esta a través de la vía de apremio.

8o. Convenio celebrado en juicio:

Todos estos convenios pueden derivar de la conciliación, regulada en el Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual dispone: “Los tribunales podrán, de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del tribunal, en su caso, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario. A continuación se dictará resolución”.

Respecto al plazo, es importante mencionar que los títulos expresados anteriormente pierden su fuerza ejecutiva a los cinco años, si la obligación es simple; y a los diez años si hubiera prenda o hipoteca.

➤ **Trámite del juicio ejecutivo en la vía de apremio**

- Escrito inicial de ejecución, conforme al Artículo 61 y 106 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Juez califica el título y el escrito y, si lo considerase suficiente, despacha mandamiento de ejecución y ordena el requerimiento del obligado y el embargo de bienes. Es importante mencionar que este requerimiento no es necesario cuando se trate de obligaciones garantizadas con prenda o hipoteca.
- Admite a trámite la demanda, se notifica a las partes requiriéndose el pago y nombrándose un ministro ejecutor; ello conforme al Artículo 297 del Código Procesal Civil y Mercantil. Se le concederá audiencia al ejecutado por el plazo de tres días dentro de los cuales el ejecutado puede hacer valer las excepciones que las leyes le permiten interponer.
- Se procede al embargo del bien, según lo establecido en los Artículos 301, 303, 304, 306, 307, 308, 309 y 311 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- Tasación, ello conforme a lo establecido en el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Remate, según lo establecido en los Artículos 313 y 315 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Liquidación, regulada en el Artículo 139 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Escrituración, conforme lo regulado en el Artículo 324 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- Entrega de los bienes, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 326 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.4.2. Ejecuciones especiales

Estos tipos de ejecución se derivan del incumplimiento de cierto tipo de obligaciones y se pueden dar de cuatro formas que son: de dar, de hacer, de escriturar o de no hacer.

➤ Obligación de dar

La ley concibe la obligación de dar cosa determinada en su Artículo 336 del Código Procesal Civil y Mercantil; ella comprende su entrega y la de sus accesorios o pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio.

El deudor es responsable asimismo, de su conservación, hasta que se verifique la entrega.

En este caso se hace el requerimiento de entrega al ejecutado y si este no cumple, se podrá obtener en secuestro judicial, resolviéndose en sentencia si procede la entrega definitiva. Si la cosa cierta o determinada por alguna razón ya no existe o no pudiera secuestrarse, se embargarán bienes que cubran su valor fijado por el ejecutante y por los daños y perjuicios, pudiendo ser estimada provisionalmente por el juez la cantidad equivalente a los mismos.

Es necesario mencionar que cuando no está individualizada la cosa que debe entregarse sino solamente indicada su especie, como esta no puede perecer, el deudor no puede eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor.

Por esto, se puede concluir que en la legislación guatemalteca en unos casos se está en presencia de obligaciones que se concretan a dar cosa cierta y determinada, y en otros, debe procederse antes a su individualización por estar designada solo la especie.

➤ **Obligación de hacer**

Esta se encuentra establecida en el Artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil, y se da cuando no se cumple con hacer lo que se ha prometido llevar a cabo y el acreedor tiene el título que documenta la obligación, por lo que se puede acudir a la ejecución especial de hacer.

Al establecer si el título contiene una obligación de hacer y el actor exige la prestación del hecho por el obligado, el juez, atendidas las circunstancias señalará un término para que se cumpla la obligación; si no cumpliere, se embargarán bienes por los daños y perjuicios, fijando provisionalmente el juez el monto de ellos. El ejecutante asimismo puede optar por pedir de una vez la fijación provisional del monto de los daños y perjuicios, y el embargo consiguiente, o bien que se cumpla la obligación de hacer por un tercero, si esto fuere susceptible de realizarse, y a costa del ejecutado, en este caso el juez fijará el término.

➤ **Obligación de escriturar**

Esta es un tipo de obligación específica, ya que no es otra cosa más que documentar en escritura pública un otorgamiento o un hecho. En este caso se admite siempre el cumplimiento o la obligación específica, ya que si el obligado no otorga la escritura pública, lo hace el juez en su rebeldía.

Este tipo de obligación específica está regulada en el Artículo 338 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece: “Si la obligación consiste en el otorgamiento de escritura pública, al dictar sentencia haciendo lugar a la ejecución, el juez fijará al demandado el término de tres días para que la otorgue. En caso de rebeldía, el juez otorgará de oficio la escritura, nombrando para el efecto al notario que el interesado designe, a costa de este último”. Es importante mencionar que la sentencia que se menciona es la del juicio ejecutivo, ya que no es aplicable esta disposición cuando la sentencia se haya obtenido en otra clase de juicio.

➤ **Obligación de no hacer**

En estos casos se impone una obligación negativa, es decir una abstención y no una prestación de sentido afirmativo, es decir que en estos casos el juez verificará en caso de que se incumpla la obligación de no hacer, se deshaga lo indebidamente hecho. De esta manera el tipo de ejecución no solo comprende el supuesto del hacer físico por parte del juez, sino también el del deshacer forzoso, cuando se transforma negativamente la realidad material que se opone a la situación jurídica. Esta interpretación calza conforme a lo establecido en el Artículo 339 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual cita: "Si se quebrantare la obligación de no hacer, el juez fijará un término para que se repongan las cosas al estado anterior, si esto fuese posible. Si no se cumpliere, se embargarán bienes por los daños perjuicios...".

1.4.3. Ejecución de sentencia

En este punto la legislación regula dos tipos de ejecución de sentencias; una respecto a la ejecución de sentencias nacionales y otra respecto a la ejecución de sentencias extranjeras.

Respecto a las sentencias nacionales, estas se encuentran reguladas en los Artículos 340, 341, 342 y 343 del Código Procesal Civil y Mercantil. Dichas sentencias conforman títulos ejecutivos por excelencia, los cuales permiten acudir a la vía de apremio siempre y cuando de la sentencia se desprenda la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible, o bien cuando las obligaciones se concreten a dar, hacer, otorgar una escritura o de no hacer.

Ahora bien, respecto a las sentencias extranjeras, estas se encuentran reguladas en los Artículos 344, 345 y 346 del Código Procesal Civil y Mercantil. En este caso es necesario advertir que en materia civil se debe enfocar únicamente en las sentencias que admiten ejecución, o sean las de condena, para que hagan viable una ejecución de este tipo.

Ahora bien, desde un punto de vista del Derecho Internacional, por conveniencia internacional y por concedérseles un efecto extraterritorial si se podrían integrar este tipo de sentencias a la legislación guatemalteca, ya que por ser sentencias extranjeras se les da un cierto valor dentro de la jurisdicción del Estado guatemalteco.

1.4.4. Juicio ejecutivo

➤ Definición y consideraciones preliminares

Es aquel proceso destinado a la satisfacción de una pretensión que se encuentra respaldada, por un documento al que la ley le otorga la calidad de título ejecutivo, en el proceso de su tramitación, se comprende una pequeña fase de cognición, lo que hace surgir la duda de si se está frente a un proceso de ejecución, strictu sensu.

Cabanellas define el juicio ejecutivo de la siguiente manera: "Aquel juicio donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley da la misma fuerza que a una ejecutoria.

Se ha dicho que este procedimiento sumario (lo llama así por su rapidez) no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para la efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial⁸.

Por su parte, el doctor Aguirre Godoy, en su obra cita a Guasp, al dar el siguiente concepto de juicio ejecutivo: “Aquel proceso de cognición común, pero sumario por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de fehaciencia legalmente privilegiada⁹”.

De las definiciones citadas, se puede describir dos fuentes doctrinarias con opiniones opuestas; mientras que la primera describe al juicio ejecutivo como una especie de ejecutoria, la segunda describe un proceso abreviado de cognición. La primera corriente que indica que el proceso ejecutivo debería estar orientado a la ejecución de una obligación existente, cuyo cumplimiento no se ha logrado en la forma pactada, sin entrar en ningún momento a una etapa de cognición, toda vez que el derecho ya se encuentra declarado en el título ejecutivo que la ley privilegia con este proceso de ejecución.

Como lo indica el doctor Aguirre Godoy: “De todas maneras, ya se puntualizará que en nuestro sistema se le considera un proceso de ejecución, sin desconocer la fase declarativa que se desenvuelve hasta la culminación de la sentencia¹⁰”.

⁸ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 33.

⁹ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág. 244.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 245.

En el juicio ejecutivo se supone que esa declaración judicial de la que se pide cumplimiento, de la que se pide su ejecución (por eso se llama ejecutivo este juicio), está contenido en el título ejecutivo. Ese título ejecutivo viene a ser el presupuesto especial del juicio ejecutivo. Está considerado por la ley el título ejecutivo como que él encierra una presunción vehemente de certeza, de verdad, es decir, la declaración contenida en el título ejecutivo se presume que es cierta, que es indiscutible, por eso dice Carnelutti que en proceso de cognición este proceso versa sobre pretensiones indiscutibles. Pero esta consideración que se hace del título ejecutivo no satisface a muchos tratadistas porque ella no explica por ejemplo las ejecuciones injustas, es decir, no se puede equiparar la declaración contenida en una sentencia definitiva firme con la declaración contenida en un título ejecutivo; porque, en primer caso la sentencia judicial que se ha emitido después de haberse instruido, sustanciado el juicio con pleno conocimiento de causa, (esta declaración judicial) sí que es verdaderamente indiscutible, de tal manera que las resoluciones que se dicten en un procedimiento de ejecución de sentencia, ninguna de ellas tiene el carácter de definitiva; son resoluciones más o menos trascendentes, pero la sentencia, la resolución definitiva es la que se trata de ejecutar casualmente.

En cambio, en el juicio ejecutivo, aunque se quiera evaluar e identificar la declaración contenida en el título, la pretensión ejecutiva no es que de inmediato se ejecute esa declaración contenida en el título, sino que se dicte una sentencia definitiva, la cual estimando procedente la pretensión ejecutiva manda llevar adelante, manda seguir adelante, la ejecución. Es decir, no se encuentran, bajo este aspecto, semejanzas entre el juicio ejecutivo y el proceso de cognición.

De tal modo, no es cierto que el proceso ejecutivo esté eliminando por completo la fase de cognición, de conocimiento, de instrucción por parte del organismo jurisdiccional en el juicio ejecutivo y también es necesario que se dicte una sentencia definitiva. Con posterioridad, con esa sentencia definitiva dictada en el juicio ejecutivo es que quedarían abiertos los procedimientos de apremio, los procedimientos de ejecución de sentencia.

El juicio ejecutivo tiene asignado un procedimiento sumario, es decir, procedimiento breve, y las razones que ameritan este procedimiento sumario para el juicio ejecutivo, para las pretensiones ejecutivas no van en relación a la cuantía de la ejecución, al fondo de la ejecución, sino más bien a la calidad en que se funda el título ejecutivo. Es decir, este título ejecutivo contiene un elemento productor de certezas aparentemente considerado por lo menos en el momento en que se presenta la demanda ejecutiva. El título ejecutivo viene a ser la prueba plena del derecho que afirma poseer, tener el ejecutante.

De modo que el conocimiento del juez se reduce en un principio a examinar este título, a examinar su apariencia, a ver si está asistido de todos los requisitos de fondo y de forma para merecer la tutela privilegiada que indica la vía ejecutiva. Pero ello no quiere decir que de plano se pase a ejecutarlo porque se da oportunidad al deudor, al ejecutante en el juicio ejecutivo común, a contradecir ese título, a examinar a excepcionarle y entonces viene la fase cognoscitiva; el debate va a surgir frente a la oposición que deduzca el ejecutante, al título ejecutivo, a la demanda ejecutiva.

El porqué del conocimiento sumario breve, se debe a que del título ejecutivo la ley presume que es una arma usada adecuadamente por el acreedor, por el actor, por el ejecutante, difícilmente puede perder el pleito, su pretensión, porque el título ejecutivo provee la prueba plena y completa del derecho. De modo que la actitud del juez cuando se presenta una demanda ejecutiva, es muy distinta a cuando se presenta una demanda ordinaria, la actitud del juez es expectante, él comunica la demanda al demandado, espera las pruebas del actor y del ejecutado, y según las alegaciones y las pruebas, así se vuelve la controversia estimando la demanda o rechazándola.

Pero el actor en el juicio ordinario, el juez no le acuerda medidas de aseguramiento de su derecho, porque ese derecho no aparece probado con la presentación de la demanda; él únicamente ha presentado su demanda, tal vez acompañada de documentos pero no ha presentado un título ejecutivo que es lo que contiene la prueba plena del derecho. El juez es un espectador en ese debate y de acuerdo con las pruebas, va a resolverlo. En cambio, cuando se presenta una demanda ejecutiva el juez tiene que fijarse más, porque desde luego el actor, el ejecutante pide esa tutela privilegiada, la tutela de juicio ejecutivo.

En consecuencia, se puede decir que es un proceso de tipo mixto, conocimiento-ejecución, con la diferencia de que la prueba que se aporta es de carácter especial, ya que no da lugar al examen de todas las cuestiones posibles, sino se limita a unas cuantas.

➤ **Características**

Además de las ya mencionadas, la doctrina establece que el juicio ejecutivo tiene como características principales y secundarias:

- a) Principales: I) Se requiere una demanda y un título cierto que determine la pretensión de una cantidad de dinero líquido y exigible; II) Se satisface una obligación; III) Surge una contradicción o una Litis; IV) Las partes están situadas en una situación de desigualdad, se parte del principio de culpabilidad del deudor.

- b) Características secundarias: I) Proceso Breve, II) Admite diversas alternativas según la obligación que se persigue; III) Busca la paz, la justicia y la armonía social.

➤ **Presupuestos de la ejecución**

- **Acción Ejecutiva:** Es decir poner en movimiento al órgano jurisdiccional. Esta surge de la existencia de un derecho ya preestablecido o reconocido.

- **Título Ejecutivo:** Contiene un derecho preestablecido (Nullum titulo nullum executio).

Según el Código Procesal Civil y Mercantil, procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:

1o. Los testimonios de las escrituras públicas:

Este es un título ejecutivo de carácter notarial, y para que el juez despache la ejecución con base a un testimonio de la escritura pública, no importando que sea primera, segunda o ulterior copia y que la obligación que se reclama debe referirse a cantidad líquida y exigible. Los autores exponen que cuando se reclama una cantidad de dinero, esta debe ser cierta, líquida y de plazo vencido. En cambio el Código Procesal Civil y Mercantil únicamente hace referencia a la cantidad de dinero líquida y exigible, sobreentendiéndose el requisito de certeza; ahora bien, en cuanto a la obligación que sea de plazo vencido, se comprende dentro de la esfera de la palabra exigible.

Corresponde al demandante plantear la impugnación de estos títulos en el proceso ejecutivo. El demandante solamente debe probar la existencia de su pretensión ejecutiva.

2o. La confesión del deudor prestada judicialmente; así como la confesión ficta cuando hubiere principio de prueba por escrito:

Esta es obviamente la que se presta ante juez competente; si de ella resultare la confesión del deudor puede irse directamente al juicio ejecutivo. En este caso se debe aceptar que este supuesto de ejecución se refiere a la confesión obtenida mediante diligencia preparatoria de un juicio.

Ahora bien, la confesión ficta se da cuando el documento que existe en poder del acreedor presenta deficiencias que deban ser superadas por medio de la diligencia de posiciones.

3o. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial:

Los documentos privados para que se les reconozca fuerza ejecutiva deben reunir ciertos requisitos de autenticidad, ya que de otra manera podrían utilizarse documentos falsos. Por eso se exige que el documento privado vaya firmado por el obligado o por su representante y sea debidamente reconocido ante juez. En caso de que no fuese reconocido ante juez, posteriormente al llamado judicial, es el juez el que debe resolver el reconocimiento ficto.

4o. Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto:

El código vigente establece que son los testimonios de las actas de protocolación de protestos, pero como hay una disposición específica del último párrafo del Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, que es posterior al Código Procesal Civil y Mercantil, y por lo tanto debe entenderse como reformado.



Por lo que no se requiere la presentación del testimonio del acta de protocolación, bastando simplemente que el notario expida copia simple legalizada, ello para evitar el pago del impuesto respectivo.

La norma general se encuentra en el Artículo 630 del Código de Comercio de Guatemala, que establece: El cobro de un título de crédito dará lugar al procedimiento ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, salvo que el protesto fuere legalmente necesario.

5o. Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal:

En este caso deber tenerse cuidado de la forma notarial para su eficacia, así como que se incorpore en el acta la cantidad líquida y exigible y que esté debidamente documentada en los libros de contabilidad. Es decir que el notario debe recoger todos los elementos que hacen que cualquier documento tenga carácter de ejecutivo.

6o. Las pólizas de seguros, de ahorro y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país; y

En el presente caso es necesario hacer referencia a los que establece el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 887, respecto a los requisitos que debe tener la póliza que el asegurador tiene que entregar al asegurado, la cual prueba el contrato de seguro.

También el mismo Código establece que sobre el contenido de la póliza de fianza prueba el contrato de fianza celebrado con las compañías afianzadoras.

7o. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva:

Esta es pues una norma de carácter general de remisión que obliga a examinar, en las distintas leyes, a qué clase de documentos se les da fuerza ejecutiva.

- **Patrimonio ejecutable:** Debe existir un patrimonio con el cual el deudor responda de sus obligaciones.

Este patrimonio debe entenderse como todos sus bienes presentes y futuros. Por eso se afirma que sobre dicho patrimonio existe una especie de prenda general a favor de sus acreedores. Es aquí donde surgen los llamados derechos reales de garantía que son la prenda y la hipoteca.

➤ **Trámite del juicio ejecutivo**

El juicio ejecutivo se encuentra regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley Número 107, en los Artículos del 327 al 335. Sin embargo, como regla general supletoriamente pueden ser aplicadas las normas correspondientes a la vía de apremio.

Según la parte conducente del Artículo 328 del Código Procesal Civil y Mercantil que prescribe: “Integración del procedimiento. Además de las disposiciones especiales previstas en este título y en el siguiente se aplican las normas correspondientes a la vía de apremio...”.

- **Requisitos de la demanda**

Como todo proceso (a diferencia de la vía de apremio, que puede promoverse en el mismo expediente de la sentencia ejecutoriada), el juicio ejecutivo se inicia con una demanda, la cual debe cumplir con los requisitos contenidos en los Artículos 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regulan el contenido de toda primera solicitud, contenido de la demanda y los documentos que deben acompañar a la demanda.

Al respecto debe hacerse especial referencia a que el juicio ejecutivo no se puede iniciar con cualquier documento. Para el efecto, el Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil indica cuáles son los títulos ejecutivos.

- **Admisión de la demanda**

Regula el Artículo 329 del Código Procesal Civil y Mercantil que promovido el juicio ejecutivo, el juez calificará el título en que se funde y si lo considera suficiente y la cantidad que se reclama fuese líquida y exigible, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento de pago y el embargo de bienes.

Si este fuere procedente, y dará audiencia por cinco días al ejecutado, para que se oponga o haga valer sus excepciones.

En la norma citada, se pueden observar varios actos procesales como son:

- a) La calificación del título que fundamenta la ejecución;
- b) El mandamiento de ejecución;
- c) El requerimiento del obligado: y
- d) El embargo de bienes si fuere procedente.

Asimismo, al notificarle la demanda, en el período de emplazamiento se le concede audiencia por cinco días al ejecutado, dentro de los cuales este puede oponerse o hacer valer las excepciones que considere pertinentes.

- **Oposición, excepciones y prueba**

De conformidad con lo regulado en el Artículo 331 del Código Procesal Civil y Mercantil, que si el ejecutado se opusiere, deberá razonar su oposición y, si fuere necesario, ofrecer la prueba pertinente. Sin estos requisitos, el juez no le dará trámite a la oposición.



En este Artículo, únicamente se puede hacer el comentario en cuanto a la oposición, como se indicó anteriormente, no es obligatorio que se interpongan excepciones o medios de defensa adicionales, si se estima que con la oposición debidamente razonada puede ser suficiente para poder atacar el título ejecutivo, y aclarar que la legislación guatemalteca se refiere a la oposición o excepciones, pero en realidad no necesariamente deber ser una u otra sino puede oponerse a la ejecución y al mismo tiempo interponer las excepciones pertinentes; en este caso deberá hacerlas valer en el mismo escrito de oposición.

De la oposición y/o excepciones que formulen, el juez corre audiencia por dos días al ejecutante y con su contestación o sin ella, manda recibir las pruebas, por el término de diez días comunes a ambas partes, si lo pidiere alguna de ellas o el juez lo estimare necesario.

Se debe poner especial atención a que en el proceso ejecutivo no se puede otorgar término extraordinario de prueba, debiendo hacer valer todos los medios probatorios que se consideren pertinentes en el plazo de los diez días.

- **Sentencia**

Establece el Artículo 332 del Código Procesal Civil y Mercantil, una vez precluida la etapa procesal de la prueba indicada anteriormente, a la cual por ningún caso puede habilitarse término extraordinario, el juez inmediatamente debe dictar sentencia (es aquella forma de terminación del proceso que contiene la decisión del juez sobre la controversia), en la cual se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Cuando entre las excepciones deducidas se encuentre la de incompetencia, en primer lugar conocerá de ella, toda vez que si esta fuere acogida, el juez debe abstenerse de pronunciarse sobre lo demás, y una vez firme enviará el proceso al juez competente para que se pronuncie sobre la oposición y las restantes excepciones;

- b) Si al acogerse en Primera Instancia la excepción de incompetencia, esta fuese apelada ante el Tribunal de Segunda Instancia y dicho Tribunal la confirma, una vez comprobada su ejecutoria condenará en costas al actor, pero declarará vigente el embargo y dispondrá que los autos pasen al juez competente para la decisión del juicio, siendo válido todo lo actuado anteriormente (Artículo 333 del Código Procesal Civil);

- c) En caso de revocación de Segunda Instancia de la resolución que acoge la excepción de incompetencia, la sala que conoció devuelve el expediente al juzgado original para que se pronuncie sobre todas las excepciones y la oposición, siempre que no revoque lo decidido en materia de incompetencia;

- d) Y por último, en caso de desechar la oposición y las excepciones planteadas, declarará si ha o no lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor, incluyendo los intereses y costas procesales.

- Recursos

Artículo 334 del Código Procesal Civil y Mercantil. Según esta norma el recurso de apelación se encuentra limitado para esta clase de proceso, de modo que puede decirse que en el juicio ejecutivo la regla prevalente es la de inapelabilidad, en el sentido que solo son apelables las resoluciones que se han previsto en forma expresa:

- a) El auto que deniegue el trámite a la ejecución
- b) La sentencia; y
- c) El auto que apruebe la liquidación.

En cuanto al recurso de apelación, cabe hacer el comentario que, en la práctica judicial, a menudo se interpone contra resoluciones que no encuadran dentro de los tres supuestos mencionados. Por ejemplo, cuando se tramita una nulidad por vicio de procedimiento o por violación de ley, y una de las partes no está de acuerdo con lo resuelto por el juzgador, tomando de base el Artículo 615 del Código Procesal Civil y Mercantil, que prescribe "... el auto que lo resuelva (la nulidad), es apelable ante la sala respectiva...", lo cual en innumerables casos se remite a la Segunda Instancia, quien devuelve el proceso y no entra conocer el recurso, en base a que no se trata de ninguna de las resoluciones que indica el Artículo 334 del Código Procesal Civil y Mercantil.

De otra parte, necesario se hace indicar que por el principio de especialidad de la norma o de primacía de las disposiciones especiales, el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “Las disposiciones especiales de las leyes prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma o de otras leyes.”, razón por la cual las únicas resoluciones apelables son las que indica el Artículo 334 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La doctrina explica que “esto es así por la propia naturaleza de este juicio influido por los principios de brevedad, celeridad, certeza y principalmente, por la sentencia que se dicta no pasa en autoridad de cosa juzgada material, ya que lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior, en el cual las partes pueden discutir ampliamente sus derechos; hacer uso de un abanico de excepciones o defensas no permitidas en el juicio ejecutivo; no hay limitación de recursos, proceden los ordinarios con el extraordinario de casación¹¹”.

En el trámite de la apelación en la Segunda Instancia, según el segundo párrafo del Artículo 334 mencionado, el Tribunal Superior señalará día para la vista dentro de un término que no exceda de cinco días, pasado el cual resolverá dentro de tres días, so pena de responsabilidad personal. La resolución debe confirmar, revocar o modificar la de primera instancia y en caso de revocación o modificación el tribunal de alzada hará el pronunciamiento que corresponda. La apelación se considera solo en lo desfavorable al recurrente, que haya sido expresamente impugnado.

¹¹ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 133.

En consecuencia, el tribunal superior no puede enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto de inconformidad (reformato in pejus), salvo que la variación en la parte que comprenda el recurso, requiera por razón de congruencia, necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución impugnada. (Artículos 334 y 610 del Código Procesal Civil y Mercantil)¹².

- **Juicio ordinario posterior**

Estipula el Artículo 334 del Código Procesal Civil y Mercantil, la sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada, y lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior.

En la doctrina el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos, ya que es una forma de autoridad y una medida de eficacia. Agrega que en idioma alemán el concepto se expresa en idioma castellano, como todos los idiomas latinos, cosa juzgada es res iudicata. Sin embargo, en ninguno de estos idiomas los vocablos expresan plenamente el concepto, ya que del conjunto de normas positivas, tal concepto varía en el tiempo y en el espacio. Así, la idea romana clásica no coincide con la idea romana actual; la cosa juzgada del derecho inglés no coincide con la del derecho francés. Por ello conceptúa a la cosa juzgada como la autoridad y la eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación¹³.

¹² Ibid. Pág. 134.

¹³ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Editorial Nacional. México, D.F. 1984. Pág 472.

De esa cuenta se hace imperativo, aunque de una manera somera, citar las diferentes clases de caducidad que tradicionalmente se han venido manejando en la doctrina que pueden recaer ya sea que se refiera a la inatacabilidad de una resolución, convirtiéndola en inimpugnable, a lo que se denomina (cosa juzgada formal); o por el contrario cuando se refiere a un proceso distinto, impidiendo que el tema se someta de nuevo a discusión se habla de cosa juzgada material.

La doctrina también indica que el antecedente de las normas legales que en el Derecho moderno disponen que lo decidido en el juicio ejecutivo solo hace cosa juzgada formal y no sustancial, por lo que es permitida su revisión en juicio ordinario posterior¹⁴.

Se apunta que no obstante la abundante literatura que tiene este tema la naturaleza jurídica del juicio ordinario posterior no ha sido examinada con la objetividad necesaria. La escueta fundamentación que le atribuye se reduce a lo siguiente: “El concepto en que se apoya la idea de un juicio ordinario posterior al ejecutivo es el que la sumariedad de este priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado¹⁵”.

La explicación que dieran en su tiempo quienes precedieron se sostenía que: “Dadas las condiciones del juicio ejecutivo, las limitaciones puestas a la defensa, no sería justo ni razonable dar fuerza de cosa juzgada a las sentencias dictadas.¹⁶”.

¹⁴ Couture, Eduardo J **Ob. Cit.**

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Vásquez Acevedo. **Ob. Cit.** Pág. 110.

Y con criterio similar enseñaba que: “En lo que dice a la existencia y legitimidad del crédito, parte de la ley del supuesto de que el derecho del acreedor es indiscutible, y nada tiene que averiguar el magistrado sobre el particular antes de hacer lugar al embargo. Puede, no obstante, no ser así –el vale que se le exhibe puede, por ejemplo, estar pago o prescripto– y alegada la excepción correspondiente, se obligará al ejecutado a discutir y probar dentro de un procedimiento extraordinario de trámites abreviados y con medios de defensa muy deficientes. Se imponía, pues, la necesidad de reabrir esa discusión en otras condiciones menos desfavorables y de allí que las leyes concedan el derecho de acudir al juicio ordinario, tanto al ejecutado como al propio ejecutante, que pueden encontrarse en situación idéntica, si la sentencia de remate manda alzar el embargo o declara la nulidad de instancia¹⁷”.

Más cercano en el tiempo la doctrina sostenía que: “Es indudable que en el juicio ordinario posterior es el mismo juicio ya decidido en la vía ejecutiva. Hay identidad de partes, hay identidad de causa y hay identidad de objeto. Si no se hace lugar al remate el acreedor vuelve a reclamar su dinero, el mismo dinero, por la misma causa, en el juicio ordinario posterior”. Y agrega: “El juicio ordinario posterior se refiere a la misma contienda. Es la misma pretensión...; reclama la satisfacción de una misma pretensión por una vía diferente”. Poco más adelante, dice que: “El juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo... constituye en realidad un verdadero recurso” y en él se “...plantea una revisión de un procedimiento distinto, pero referente al mismo juicio¹⁸”.

¹⁷ De Freitas. **Ob. Cit.** Págs. 186-187.

¹⁸ Moretti, **Derecho Procesal II Curso**, Juicio Ejecutivo, Versión del CED, Págs. 353-354.

Examinando una situación distinta, se refirió igualmente al juicio ordinario posterior al ejecutivo y, luego de reseñar las opiniones anteriores sin duda compartiéndolas, apuntó por su parte: “En resumen, el juicio ordinario posterior es una revisión de lo (mismo) resuelto en el juicio ejecutivo, realizado como remedio a lo actuado (y decidido) en este, para dejarlo sin efecto. Es un proceso de conocimiento verificado con todas las garantías que confiere la ley... para establecer definitivamente el derecho del caso concreto entre las partes¹⁹”.

La doctrina uruguaya ha reiterado que “En el juicio ejecutivo, en el cual naturalmente hay una cognitio sumaria en virtud del título ejecutivo, que constituye su presupuesto esencial, también hay en general una limitación de las defensas (excepciones), y abreviación de los trámites, por lo cual el juicio ordinario posterior permite, en primer lugar, conocer aquello que naturalmente queda fuera del juicio anterior, por lo que el objeto es diferente; sin embargo, hay quienes admiten que también se revise lo que ya se ha discutido dentro del propio juicio ejecutivo con lo cual se podría revisar, asimismo, lo ya resuelto, es decir, el propio objeto ya juzgado, a la luz de nuevos trámites y una más amplia prueba²⁰”.

Por esto, se entiende que en el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco ha quedado sin fundamento, en virtud de que en la actualidad no hay ninguna clase de limitaciones para que el ejecutado pueda plantear excepciones procesales.

¹⁹ Gelsi Bidart, **Juicio Ordinario y Ejecutivo: paralelismo procesal y cosa juzgada**, en Rev. U. Der. Proc., 1978, No. 1: 93 y ss. Citado por Tarigo, Enrique E. **Ob. Cit.** Pág 286.

²⁰ Vescovi, **Derecho Procesal**, t. VI, 2da Edición actualizada, Mont., 1998. Págs. 252-254.



CAPÍTULO II

2. Providencias precautorias, proceso preventivo o cautelar

2.1. Definición y consideraciones preliminares del proceso preventivo o cautelar

Regulado en el libro quinto del Código Procesal Civil y Mercantil, del Artículo 516 al Artículo 537, relativo a las alternativas comunes a todos los procesos, también se les denominan diligencias cautelares, providencias precautorias, providencias cautelares, medidas de garantía, procesos de aseguramiento y se constituyen como aquellos a través de los cuales las personas pueden prevenir los riesgos que pueden lesionar su integridad física, su patrimonio, etc., aunque es claro mencionar que existen otros procesos cautelares en el ordenamiento adjetivo civil no regulados en este libro quinto.

Dentro de la clasificación finalista de los procesos, el proceso cautelar tiene como fin el de asegurar las resultas de un proceso futuro (en los casos de los juicios ejecutivos mediante la sentencia), su función es la prevención de consecuencias perjudiciales, que posiblemente surgirán en el futuro.

Es por ello que para el juicio ejecutivo es importante que cuando se admita a trámite una demanda se decreten las medidas precautorias, inaudita parte. En la mayoría de ocasiones se decretará el embargo de cuentas bancarias sea de ahorro o monetarias y el arraigo del ejecutado al país, ello para garantizar las resultas del juicio.

Aunque en la práctica sean métodos de coacción a las personas a que paguen las cantidades que la parte acreedora considere; es por ello que se hace necesario el estudio y el análisis del tema.

En la doctrina ha sido muy discutida la autonomía del proceso cautelar. El autor De la Plaza ha sido uno de sus más fervientes defensores y tiene para él tanta importancia que ha formulado una clasificación finalista de los proceso partiendo de la diferenciación en proceso cautelar, de cognición y de ejecución. Tal diferenciación no es unánimemente aceptada en doctrina y más bien se le formulan serias objeciones, ya que se prefiere hablar de “proveimientos” o de “medidas precautorias o asegurativas”; o bien se habla de proceso cautelar, pero se afirma que este carece de autonomía, puesto que siempre supone un proceso principal (definitivo).

Respecto a las medidas precautorias: “Las medidas precautorias pueden definirse como los medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que ha interpuesto²¹”.

Las medidas precautorias son herramientas utilizadas por tribunales durante un litigio para proteger la litis de la controversia durante el procedimiento, buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia. Utilizando la definición de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo.

²¹ Pinot, Jean-Paul. **Lo Precautorio de los Procesos**. www.unam.gob.mx, 26 de noviembre de 2012.

Si bien las medidas precautorias son un instrumento útil y frecuentemente utilizado por los tribunales, con frecuencia se observa en la práctica que su conveniencia, procedencia o lo apropiado de la medida escogida es cuestionable. La aseveración anterior es aplicable a tres destinatarios: practicantes (quienes las solicitan mal, subsolicitan o sobresolicitan).

En este punto es necesario mencionar que en la mayoría de ejecuciones de carteras bancarias, este tipo de medidas, pierden su razón de ser. Ya que estas no se solicitan para asegurar las resultas del juicio sino en cambio estas se solicitan solamente como medidas de coacción al ejecutado y perjudicarlo tanto en su récord crediticio, embargo de cuentas, salarios, arraigo en el país, entre otras formas. Es decir pierden totalmente su naturaleza jurídica este tipo de medidas.

Todo ello genera problemas. Por ejemplo, la solicitud de medidas improcedentes, su falta de solicitud en casos en que se justifican, su negación por tribunales en situaciones que las invitaban, la emisión de medidas que no se justificaban por las circunstancias, y/o la emisión de medidas exageradas.

2.2. Naturaleza jurídica

Doctrinariamente se estudia este instituto como la acción, el proceso y la resolución, sentencia o providencia. De esta manera se contempla indistintamente como acción cautelar; resolución o providencia cautelar; sentencia o proceso cautelar.

Por lo que la naturaleza jurídica de la acción es pues, esencialmente procesal. Ello con basamento constitucional en su Artículo 203 de la Constitución Política de la República, que establece: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado”. Por lo que no se duda en afirmar que la naturaleza de los providencias precautorias, proceso preventivo o cautelar es de índole jurisdiccional y con ello de orden procesal.

2.3. Características

Calamandrei, citado por Mario Aguirre Godoy establece tres características del proceso cautelar:

- a) La provisoriedad;
- b) El periculum in mora, y
- c) La subsidiariedad.

El primer elemento que caracteriza a las providencias cautelares es su provisoriedad, o sea la limitación de la duración de sus efectos. Esto es explicable porque, esos efectos se producen en el lapso comprendido entre la emisión de la providencia cautelar y la producción de la providencia jurisdiccional definitiva.

El segundo elemento característico está determinado por el *periculum in mora*, ósea la posible existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. De manera que, en aquellos casos en que se presente la necesidad de prevenir un daño que se teme, el cual por la inminencia del peligro puede convertirse en daño efectivo si no se dicta la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia para impedir con medidas provisorias que el daño temido se produzca o agrave durante aquella espera judicial. Esta característica a la que Calamandrei denomina *periculum in mora*²² (prevención y urgencia) se deriva de la necesidad de prevenir un daño futuro e incierto que puede convertirse en cierto de no dictarse la medida cautelar y que atendiendo a lo lento de la justicia civil no resultaría efectiva en un proceso de conocimiento, por lo que se hace necesario decretarse previamente y con ello impedir el daño temido.

Como tercer y último elemento se puede establecer la instrumentalidad o de subsidiariedad que liga a la providencia cautelar con la providencia definitiva, lo cual es el resultado de que las providencias cautelares no constituyen un fin en si mismas si no que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

2.4. Clasificación

A continuación se menciona la clasificación que hace Calamandrei, citado por Mario Aguirre Godoy con relación al proceso cautelar.

²² Chacón, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 155.

- Providencias introductorias anticipadas: Son aquellas que pretenden preparar prueba para un futuro proceso de conocimiento o de ejecución, a través de ellas se practican y conservan ciertos medios de prueba que serán utilizados en el proceso futuro. El Código Procesal Civil y Mercantil las denomina pruebas anticipadas y las regula en la sección segunda de su libro segundo. “Artículo 98. Posiciones. Para preparar el juicio, pueden las partes pedirse recíprocamente declaraciones juradas sobre hechos personales conducentes, lo mismo que reconocimiento de documentos privados. A esta diligencia le serán aplicables las normas relativas a la declaración de las partes y al reconocimiento de documentos. El articulante deberá indicar en términos generales, en su solicitud, el asunto sobre que versará la confesión y acompañará el interrogatorio en plica. Sin llenar este requisito no se dará curso a la solicitud. El juez calificará la procedencia de las preguntas al abrir la plica para recibir la declaración”.

- Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada: Como su nombre lo indica pretenden garantizar el futuro proceso de ejecución, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro.

- Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida: Estas providencias provisionalmente se decide una discusión, son ejemplos típicos los alimentos provisionales (Artículo 231 del Código Procesal Civil y Mercantil), las denuncias de obra nueva y de daño temido, providencias de urgencia o temporales, suspensión de la obra (Artículo 264 del Código Procesal Civil y Mercantil) providencia propia de la acción interdictal.

- Providencias que imponen por parte del juez una caución: Son las típicas providencias cautelares y cuyo requisito previo es la constitución de garantía. El Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 531 establece que de toda providencia precautoria queda responsable el que la pide, por consiguiente, son de su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen y no será ejecutada tal providencia si el interesado no presta garantía suficiente, a juicio de juez que conozca el asunto.

Otra de las clasificaciones que cita Mario Aguirre Godoy y también de significancia, es la efectuada por Carnelutti, que divide a los procesos cautelares en conservativos e innovativos. Los primeros tienen como objetivo mantener un estado de hecho o bien inmovilizar las facultades de disposición de un bien con el propósito de asegurar los resultados de un proceso ulterior (en el caso de los juicios ejecutivos que es en si lo que nos interesa en la presente investigación) y los segundos aseguran el resultado del proceso ulterior, pero creando nuevas situaciones de hecho que faciliten el resultado, ejemplos del primero son la anotación de demanda (en las ejecuciones en la vía de apremio), los interdictos de obra nueva y de obra peligros, y el secuestro; y del segundo, el embargo preventivo, el depósito de personas, alimentos provisionales y las situaciones derivadas de la ausencia.

2.5. Providencias Precautorias

El decreto ley 107 en su libro quinto y bajo el título de providencias cautelares, regula por un lado la seguridad de personas y por el otro las medidas de garantía.

Las primeras como su nombre lo indica pretende garantizar la seguridad de las personas y las segundas en términos generales la pretensión es mantener una situación que garantice las resultas de un proceso principal posterior.

- **Seguridad de las personas**

Esta providencia cautelar protege a las personas de los malos tratos o actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, como característica propia es que puede decretarse de oficio o a petición de parte y no requiere la constitución de garantía alguna.

También procede la medida con el objeto de restituir al menos que ha abandonado el hogar, con las personas que tengan su guardia y cuidado. Lo anterior se encuentra contenido de los Artículos 516 al 518 del Código Procesal Civil y Mercantil. La oposición a este tipo de medidas está contemplada en el Artículo 519 del Código Procesal Civil y Mercantil, en estos términos: “ Si hubiere oposición de parte legítima a cualquiera de las medidas acordadas por el juez, esta se tramitará en cuerda separada por el procedimiento de los incidentes. El auto que la resuelva es apelable, sin que se interrumpan dichas medidas. “ Asimismo, existen otras medidas sobre menores e incapacitados de los Artículos quinientos veinte al quinientos veintidós del Código Procesal Civil y Mercantil.

Las providencias cautelares que el Código Procesal Civil y Mercantil regula, se desarrollan a continuación.

- **Arraigo**

Definida como una medida cautelar que tiene por objeto asegurar la presencia del demandado en el país, todo el tiempo que dure el litigio. Ello regulado del Artículo 523 al Artículo 525 del Código Procesal Civil y Mercantil y Artículo 1 del Decreto 15-71. Este procede con el objeto de evitar que la persona contra la que hay de iniciarse o se haya iniciado una acción se ausente u oculte sin dejar apoderado con facultades suficientes para la promoción y fenecimiento del proceso que contra él se promueve y de prestar la garantía en los casos en que la ley así lo establece y se materializa mediante la comunicación que el juez hace a las autoridades de migración y a la policía nacional para impedir la fuga del arraigado.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Artículo 523. Arraigo. Cuando hubiere temor de que se ausente o oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar que deba seguirse el proceso.” “Artículo 1 del Decreto 15-71 del Congreso de la República de Guatemala. El arraigo a que se refiere el Artículo 523 del Código Procesal Civil y Mercantil tendrá una duración de un año, a partir de la fecha en que el mismo queda debidamente anotado en la Dirección General de Migración. Sin embargo, la parte interesada en mantener el arraigo podrá obtener la prórroga de la medida precautoria, por un año cada vez, siempre que lo solicite al juez dentro de los treinta días anteriores al vencimiento del plazo que está corriendo, y así se resuelva.

En la resolución en que se decrete el arraigo se incluirá el mandato de que al vencimiento del plazo o de su prórrogas, que estipule esta ley, tal medida deberá ser cancelada de oficio por la Dirección General de Migración”.

Además de la libre locomoción, el arraigo pretende la constitución de garantía por parte del arraigado en los siguientes casos:

En los procesos de alimentos, en los cuales será necesario que cancele o deposite el monto de los atrasados y garantice el cumplimiento de los futuros.

En los procesos por deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compras de mercaderías al crédito, el demandado deberá prestar garantía por el monto de la demanda.

En las acciones cambiarias, cuando el título sea un cheque no pagado por falta de fondos o por haber dispuesto de ellos antes de que transcurra el plazo para su cobro, el arraigado deberá prestar garantía por el monto de la acción.

Procede el levantamiento del arraigo, cuando se apersona el mandatario al proceso y el arraigado presta garantía en los casos en que procede, señalando anteriormente. Si el arraigo tiene como finalidad asegurar que el demandado no se ausente del lugar donde deba seguirse el proceso, podría pensarse que el mismo, al implicar una restricción a la libertad de movimiento de las personas, es inconstitucional.

En este sentido debe recordarse que el Artículo 26 de la constitución reconoce: “Libertad de Locomoción. Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley. No podrá expatriarse a ningún guatemalteco, ni prohibirse la entrada al territorio nacional o negársele pasaporte u otros documentos de identificación. Los guatemaltecos pueden entrar y salir del país sin llenar el requisito de visa. La ley determinará las responsabilidades en que incurran quienes infrinjan esta disposición.”

Desde estos derechos, el cuestionamiento de la constitucionalidad del arraigo no puede quedar resuelto solo porque el mismo Artículo 26 constitucional diga que esos derechos pueden ser limitados por la ley. En buena doctrina la limitación de los derechos humanos exige que la ley se base en razones objetivas y proporcionadas, y es discutible que la finalidad de asegurar un proceso civil sea una razón proporcionada. La proporción puede estimarse existente si ese proceso civil atiende a alimentos, pero es muy dudoso que la proporción exista en general. Debe añadirse que, según el Artículo 1 del decreto 15-71 del Congreso de la República de Guatemala, el arraigo puede tener una duración de un año (aunque caben prórrogas, cada una por otro año). El arraigo puede pedirse antes de la presentación de la demanda, junto con la presentación de la demanda (y es lo normal) y después de la presentación de la demanda (ver Artículo cuatro del decreto 15-71). Al decretarse el arraigo el juez prevendrá al demandado que no se ausente del lugar en que se sigue o haya de seguirse el proceso.

El arraigado que quebrante el arraigo o que no comparezca en el proceso por sí o por representante, además de la pena que merezca por su falta de obediencia que en el caso que ocurra debe ser el delito de desobediencia contenido en el Artículo 414 del Código Penal, el cual establece: “Desobediencia. Quién desobedeciere abiertamente una orden de un funcionario, autoridad o agente de autoridad, dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones, será sancionado con multa de cinco mil a cincuenta mil quetzales”.

- **Anotación de demanda y secuestro**

En el Código Procesal Civil y Mercantil se regulan dos medidas cuya finalidad es la misma: asegurar que al fin del proceso de conocimiento o declaración, si el actor obtiene una sentencia que estime su presentación, podrá procederse a entregarle el bien reclamado. Se refiere a la esencia del bien porque se ha de tratar de demandas en las que se pretenda un derecho real, cuando se trata de un bien inmueble la medida es la de anotación de la demanda y cuando se trata de un bien mueble o semoviente la medida es el secuestro.

- **Anotación de demanda**

Establece el Artículo 526 del Código Procesal Civil y Mercantil que cuando se discute la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá el actor pedir la anotación de la demanda, se entiende en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

El efecto de esta anotación, que es una medida de carácter conservativa, es que no perjudicará al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciera sobre el bien mencionado.

El Código Civil distingue entre inscripción y anotación y en este último dispone que podrán obtener anotación de sus respectivos derechos: el que demandare en juicio la propiedad, construcción, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles u otros derechos reales sujetos a inscripción, o la cancelación o modificación de esta.

Debe tenerse en cuenta, además que:

La anotación que proceda de providencias judiciales no se suspenderá por apelación u oposición de parte (Artículo 1141 del Código Civil).

Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquél a cuyo favor se haya hecho la anotación.

Esta última disposición debe ponerse en relación con el Artículo 112 inciso primero, letra e) del Código Procesal Civil y Mercantil según el cual la notificación de la demanda hace anulable la enajenación y gravámenes constituidos sobre la cosa objeto del proceso, con posterioridad al emplazamiento, si bien tratándose de bienes inmuebles este efecto solo se producirá si hubiese anotado la demanda en el registro de la propiedad.

Los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán enajenarse o gravarse, pero sin perjuicio del derecho de aquel a cuyo favor se ha hecho la anotación.” La anotación de la demanda es también posible cuando se trate de bienes muebles, cuando existan organizados los registros respectivos, establece el Artículo quinientos veintiséis, párrafo segundo del Código Procesal Civil y Mercantil, que se remite a los Artículo 1185 (registro de bienes muebles identificables) y Artículo 1214 (modificado por el Artículo 96 del decreto ley número 218) del Código Civil.

Es obvio que la medida cautelar de anotación de la demanda tiene su verdadero sentido útil cuando se trata de bienes inmuebles. “Artículo 1185. En el Registro de la Propiedad se llevarán por separado los registros siguientes: de testamentos y donaciones por causa de muerte, de propiedad horizontal, de fabricas inmovilizadas, de buques y aeronaves, canales, muelles, ferrocarriles y obras públicas de índole semejante, de minas e hidrocarburos, de muebles identificables y otros que establezcan leyes especiales”.

- **Secuestro**

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

El secuestro se cumple mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un particular o a una institución, legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma.

. A pesar de que dicha norma se coloca en la sección de las pruebas anticipadas, en el mismo se regula la exhibición de bienes muebles y semovientes, disponiendo que si el obligado no cumple con exhibirlos, en el plazo que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismos, nombrando depositario. "Artículo 101. Exhibición de bienes muebles y semovientes. Si una vez decretada la exhibición de bienes muebles o semovientes, el obligado no cumple con exhibirlos en el término que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismo nombrando depositario. Si el secuestro no pudiere hacerse efectivo por ocultación o destrucción, el juez fijará provisionalmente los daños y perjuicios, pudiendo el solicitante pedir que se le trabe embargo preventivo sobre otros bienes del requerido".

En el Artículo 528 del Código Procesal Civil y Mercantil no se establece el modo expreso, pero el secuestro como medida cautelar, al recaer sobre bienes muebles de los que el demandado pide la posesión, supone la privación de la facultad de disponer de esos bienes.

A criterio de Mario Gordillo, esta medida procede únicamente cuando el bien es el objeto de la pretensión y por ende el demandado se encuentra en obligación de entregarlo y no cuando el bien es embargado y garantiza el cumplimiento de una obligación que no es la entrega del bien mismo.

El secuestro tiene una finalidad cautelar en sus dos formas: convencional y judicial. Ambas persiguen sustraer de las facultades de disposición de una o de ambas partes determinado bien. En el primero, ello obedece a un acto de voluntad de los contendientes; en el segundo, se produce por mandato de la autoridad judicial. Generalmente el término secuestro se destina para denominar el ordenado por la autoridad judicial.

Se diferencia del embargo, según De la Plaza, porque “aquel versa sobre cosa determinada a la que se pretende tener derecho y se limita a establecer provisionalmente una situación posesoria que puede ser de interés para los finales del litigio; y, en cambio, el embargo, no recae sobre cosa a la que en especie se pretende inicialmente tener derecho, sino que constituye una garantía patrimonial, que asegura, in genere, la satisfacción de unas responsabilidades que pretendemos exigir”.

Si la cosa ya no existe, o no pudiere secuestrarse, se embargarán bienes que cubran su valor fijado por el ejecutante y por los daños y perjuicios, pudiendo ser estimada provisionalmente por el juez la cantidad equivalente a los daños y perjuicios.

- **Embargo**

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

Su finalidad es la de garantizar obligaciones dinerarias pero según De la Plaza “tiene como finalidad concreta la de limitar, en mayor o menor grado las facultades de disposición del titular de la totalidad o de parte de un patrimonio, o simplemente, la de determinados bienes, con el designio de que no se frustre el resultado de un proceso de consignación o de ejecución”.

También la particularidad de crear una nueva situación jurídica, modificando la anterior situación del afectado, respecto de determinados bienes. Del embargo que aquí se trata es del llamado embargo precautorio, toda vez que el que se lleva a cabo en los proceso de ejecución tiene carácter ejecutivo.

El Código Procesal Civil y Mercantil establece el derecho a pedir el embargo precautorio, remitiendo al proceso de ejecución lo relativo a la forma de practicar el embargo, con el objeto de no incurrir en repeticiones innecesarias. “Artículo 527. Embargo. Podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas para cuyo efecto son aplicables los Artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución”.

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

- Intervención

Con las características de un embargo, esta medida pretende limitar el poder de disposición sobre el producto o frutos que producen los establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, a través de un depositario llamado interventor, que tiene la facultad de dirigir las operaciones del establecimiento en otras palabras su objeto es garantizar la productividad de los bienes.

Aunque el Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil es muy impreciso en su generalidad, la interpretación del mismo en cuanto a la medida cautelar de intervención esta prevista para dos hipótesis, esto debido a que se tomo del proyecto de Couture para el Uruguay²³.

Las hipótesis formuladas son:

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

²³ Chacón, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 172.

En ese orden de cosas cuando la demanda se refiera a un condominio o sociedad, si se pretende evitar que los frutos del bien, durante la tramitación del proceso sean aprovechados indebidamente por un condueño, o que la sociedad sea administrada en perjuicio de los demás socios, también es manifiesto que la anotación de la demanda es insuficiente. Aparece así la medida cautelar de la intervención. Por medio de ella el juez procede a nombrar interventor fijando sus facultades, que se limitarán a lo indispensable para asegurar el pretendido derecho del demandante, permitiendo en todo lo posible la continuación de la explotación.

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

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

Interventor: Constituye aquella persona que se limita a controlar o fiscalizar la administración que del establecimiento industrial o comercial, o de la finca urbana o agrícola, continúa llevando el demandado (aunque lo referente a establecimientos comerciales se rige ahora por el Código de Comercio de Guatemala).

Al mismo se refiere el párrafo treinta y siete cuando establece que el juez puede decidir que la persona que haya tenido la administración conserve su cargo, parcial o totalmente, bajo la fiscalización del interventor.

Administrador: Sustituye las facultades del anterior administrador, de modo que se encarga de dirigir las operaciones del establecimiento industrial, o de la finca urbana o rústica. Es el previsto en el párrafo primero del Artículo 37, pues en el mismo se establece que este interventor dirigirá las operaciones, autorizará los gastos ordinarios del negocio, llevará cuenta comprobada de la administración y depositará el valor de los productores en establecimiento de crédito. En este caso el administrador realiza una actividad contralora completa.

Deben tomarse en cuenta además de las normas complementarias de la disposición general contenidas en los Artículos 34 al 43 del Código Procesal Civil y Mercantil, que regulan como ya se indico, la materia relativa a los depositarios e interventores como auxiliares del juez, así como lo relativo a los diversos aspectos que pueden presentarse en el desarrollo del depósito o de la intervención como son: venta de bienes, gravamen de bienes, cierre del negocio, renuncia de los cargos, etc.

Dentro de la medida cautelar de intervención, no es posible prever todas las situaciones que pueden presentarse en esta materia, (lo cual es el objeto de la presente investigación) ya que el juez tendrá que usar de su buen criterio, según los casos y circunstancias.

2.6. Diferencias entre la medida cautelar de intervención regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y la regulada en el Código de Comercio de Guatemala, así también la regulada en la Ley de Bancos y Grupos Financieros

Intervención mercantil de conformidad con el Código de Comercio de Guatemala de Guatemala: “Artículo 661.- Embargo. La orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil solo podrá recaer sobre esta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante, podrá embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no se perjudique la marcha normal de la empresa mercantil”.

Intervención de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil: “Artículo 529.- Intervención. Cuando las medidas de garantía recaigan sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, podrá decretarse la intervención de los negocios. Podrá decretarse asimismo la intervención, en los casos de condominio o de sociedad, a los efectos de evitar que los frutos puedan ser aprovechados indebidamente por un condueño en perjuicio de los demás. El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán a lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño, permitiendo en todo lo posible la continuidad de la explotación. Asegurado el derecho del acreedor, se decretará de inmediato el cese de la intervención”.

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

Así, establece el Artículo 661 del Código de Comercio de Guatemala, que la orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil solo podrá recaer sobre esta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos mediante el nombramiento de un interventor, la intervención como tal, se encuentra regulada con mayor amplitud en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el capítulo referente a los auxiliares del juez, que no está aplicable a la de índole mercantil, por la propia exclusión que hace el Código de Comercio de Guatemala en sus disposiciones derogatorias y modificatorias, al indicar que: "Artículo IV.- El embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el Artículo 661 de este código, por lo que en estos casos no tendrá aplicación el Artículo 37 del Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil".

Sin embargo, en la práctica esta no fue una buena decisión, no solamente por el hecho de haber mezclado dos medidas cautelares diferentes, sino porque los demandantes la utilizan como medio de presión para obtener el pago de lo adeudado por parte del demandado, quien al verse obstaculizado el curso normal de sus negocios (nótese que se desvirtúa completamente la finalidad de la medida cautelar de intervención que es garantizar la productividad de los bienes).



Con una persona extraña a su empresa, opta por buscar formas de arreglo extrajudiciales o, en su caso, que es muy común, a poner dificultades al interventor en el desempeño de su función, y quien al final de cuentas no sabe cuales son sus atribuciones, al no haberlas asignado el legislador en el Código de Comercio de Guatemala de Guatemala, dada la defectuosa redacción del precepto, la cual ocasiona graves confusiones al otorgar la medida de intervención en los juicios sumarios mercantiles ya que sobrados problemas genera ya el otorgamiento de la misma en los procesos en la vía de apremio civil.





CAPÍTULO III

3. Derecho de defensa

3.1. Definición y consideraciones preliminares

Los derechos inherentes a la persona humana, son aquellos que son propios de esta, y que tutelan valores estrictamente personales por naturaleza, por lo cual puede afirmarse que el derecho de defensa desde un punto de vista genérico, es un derecho natural, inherente a la persona, este es el derecho a repeler un ataque cuando no haya mediado provocación, ni existir motivo alguno causado por la persona acometida; es el ejercicio de una facultad en defensa de la integridad física del defensor.

El término defensa, se conoce como la acción o efecto de defender o defenderse, lo cual significa amparar, proteger, librar, salvar, sostener dictamen u opinión contra otro. Así mismo puede decirse que defender, es la acción de abogar, alegar ante un juez o tribunal. De este se infiere que el derecho de defensa resulta consustancial al concepto de proceso, ya que implica la búsqueda de la verdad material planteada, como método de encontrarla, la contradicción en el juicio entre la acusación y su antítesis, la defensa.

Este constituye una garantía constitucional donde se asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones con la seguridad de que van hacer valoradas en la sentencia conforme a derecho.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho de defensa lo se encuentra regulado en el Artículo 4, el que literalmente establece: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

Al respecto La Corte de Constitucionalidad hace mención al Derecho de Defensa en materia procesal, citando: “El derecho de defensa, en términos generales, garantiza que quienes intervienen en la sustanciación de un procedimiento, sea administrativo o jurisdiccional, tendrán la oportunidad de exponer sus argumentos y proponer sus respectivos medios de prueba, de rebatir los argumentos y controlar la prueba de la parte contraria y de promover los medios de impugnación en la forma prevista legalmente. De esa cuenta, cualquier acto de autoridad que, en contravención a la normativa aplicable y sin atender a las circunstancias concretas del procedimiento de que se trate, impida hacer uso de tales mecanismos, reviste violación a aquel derecho constitucionalmente reconocido. Criterio sostenido por esta Corte en la sentencia de quince de noviembre del año dos mil nueve, expediente tres mil cuarenta y cinco - dos mil nueve (3045-2009)²⁴”.

El Artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial establece: Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos.

²⁴ **Sentencia de la Corte de Constitucionalidad.** Gaceta No.94. Expediente: 3045-1009. Fecha de sentencia: 15/10/2009.



Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos.

Por lo cual puede afirmarse que el derecho de defensa es parte de la esencia del debido proceso, así lo han expresado expertos en la materia. Todos esos derechos pueden ser agrupados en dos, que son la esencia del debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a un juez imparcial. Todos los que acuden a los tribunales tienen derecho a un juicio justo, a una recta administración de justicia y a contar con las debidas garantías procesales.

En una relación jurídica entre particulares, gobernada evidentemente por el derecho privado pueden surgir controversias, por las cuales sea necesario dirigirse a los órganos creados para solventarlas.

Cuando no existe un acuerdo de voluntades y en consecuencia hay desavenencias entre las partes, cada una de ellas tratará de imponer sus criterios refutando los alegatos de su contrincante. Las partes deben de tratar de buscar la solución más adecuada de forma amigable, sin necesidad de llegar a un litigio.

En caso de que esto no sea posible deben acudir a los organismos encargados de dirimirlos. De lo anterior se entiende que los particulares no deben hacer justicia por sus propios medios, pues ya se ha superado la etapa de la venganza privada donde el que se consideraba lesionado se hacía justicia con sus propias manos, y por ende, el derecho de defensa pertenecía solo aquel que había sido agredido. No cabe duda que el proceso es la forma idónea para dirimir la litis por medio de un juicio, en donde las partes tengan iguales oportunidades de defenderse.

El derecho de defensa es una prerrogativa que asiste a todos los usuarios de la justicia en cualquier jurisdicción, como se dijo anteriormente es un derecho inherente al ser humano. Todas las personas sujeto de derecho tiene la facultad de acceder a los organismos creados para solucionar las desavenencias que puedan surgir en sus relaciones jurídicas con los demás. Ese acceso no debe verse limitado ni entorpecido por ninguna circunstancia. Pero como ha sido señalado, el derecho de defensa no se limita al acceso al organismo creado para solucionar esos conflictos, sino que ya dentro del mismo a las partes se les deben garantizar y respetar este derecho.

En este caso el proceso civil tiene sus propias características que lo diferencian de los demás procesos, y en consecuencia el derecho de defensa tiene un matiz algo diferente adecuándose a esas características y peculiaridades de esta área del derecho. Así por ejemplo, no se puede referir a los sujetos del derecho de defensa en el proceso civil de la misma forma en que se haría en el proceso penal.

El derecho procesal civil no es un derecho punitivo, es un derecho que busca la solución de una controversia que ha surgido entre particulares, el proceso civil, opera para combatir la litis, como el proceso penal opera para combatir el delito.

No es una relación entre Estado y particulares, es una relación entre particulares, donde son las actuaciones de los mismos que deben de ceñirse en un marco garantista del derecho de defensa, marco que es proporcionado por las mismas normas y por los principios fundamentales rectores del proceso civil.

Una definición del derecho de defensa en el proceso civil debe de abarcar los siguientes puntos:

- a) Que al momento que se produzca algún desacuerdo en una relación entre particulares de naturaleza civil, las partes no vean limitado su derecho de acudir ante los organismos creados para dirimir los conflictos.

- b) El proceso conlleva deberes y obligaciones para los sujetos que intervienen en él, que procuran la vigencia del derecho de defensa en un proceso civil, así el que inicia el proceso (demandante) tiene a su cargo el cumplimiento de una serie de obligaciones establecidas por los mismos cuerpos normativos y por los principios fundamentales del proceso civil que impiden la violación o la merma del derecho de defensa del adversario.

De igual forma contra quien se ejerce la acción (demandado) y aquel que está llamado a dirimir la Litis (juez), existen una gama de deberes u obligaciones que permiten la vigencia del derecho de defensa en un proceso civil.

- c) Ya en el desarrollo del proceso las partes tienen derecho de exponer sus pretensiones y de rebatir los argumentos de la parte contraria en la forma en que las normas lo han establecido. De igual forma tienen derecho a recibir una justa decisión de un juez imparcial (sentencia).

El derecho de defensa ha surgido como una necesidad ante los múltiples abusos que se cometían, en aras de solucionar los conflictos que surgían entre los particulares.

Resulta importante señalar cuál es el objeto de todo proceso, puesto que el derecho de defensa busca que se respeten todos los derechos fundamentales de los usuarios de la justicia y en consecuencia una justa culminación del proceso.

Su finalidad puede ser visualizada en una doble vertiente, teniendo en consideración si se refiere a un proceso como ente abstracto, o a un proceso particular y específico. El primero es hacer justicia, garantizar el derecho material y el mantenimiento de la paz social; mientras que el segundo busca resolver las pretensiones que le han sido suministradas; pero sin importar la materia sobre la que verse tiene como finalidad servir de mecanismo para alcanzar el bienestar de la colectividad.

El derecho de defensa en el proceso civil está llamado a garantizar los derechos de ambos litigantes, diferencia que resulta a simple vista con el proceso penal que busca la protección de los derechos del inculcado a un juicio justo.

De forma analógica su finalidad en el proceso civil es garantizar el acceso de la parte que se entiende lesionada; que esa parte, que se denomina demandante, respete las normas procesales pautadas para el desenvolvimiento justo y la no violación del derecho de defensa del adversario, llamado demandado; que en el desarrollo de la litis ambas partes puedan plantear sus pretensiones y refutar las de su contrincante; que al finalizar los debates a los litigantes les sea dada una solución debidamente motivada y justa.

Se busca con un proceso justo que los intereses patrimoniales, familiares y los demás de orden particular no se vean afectados por actuaciones indebidas de los litigantes ni del propio órgano que deba dirimirla. Al salvaguardar los derechos e intereses de los que es titular toda persona que acude a las jurisdicciones civiles, el derecho de defensa está ayudando a mantener el equilibrio y el orden social.

No es un derecho sin valor real, por el contrario, ha sido concebido para que sirva de barrera o impedimento a aquellos actos que atenten con otros derechos fundamentales de la persona humana, visto también como un derecho de carácter constitucional.

3.2. Naturaleza jurídica

La defensa de cualquier procesado es una institución de orden público absolutamente obligatoria, donde no cabe transigencia, ni tolerancia, por afectar los principios fundamentales de una sociedad o las garantías precisas de su existencia, como expresión del sistema jurídico equilibrado y justo. Por esto, el derecho de defensa deber ser inviolable y regularse con toda amplitud en los ordenamientos legales.

3.3. Principios fundamentales

El derecho de defensa es una de las libertades públicas fundamentales establecidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, como efectiva salvaguardia de los intereses y derechos de la persona humana, de su integridad física y de su dignidad. La significación del derecho de defensa es extraordinaria y trascendental, dado que constituye el más idóneo sustentáculo de la justicia y de la paz social, que no puede ni debe jamás ser ignorado por los tribunales judiciales, ni por el aparato estatal.

Además de lo anterior se puede afirmar que de conformidad con los principios en que se basa la Constitución Política de la República de Guatemala, a través del derecho de defensa, se garantiza el respeto debido a las libertades ciudadanas, los derechos del hombre, para asegurar el régimen de derecho, y poder desarrollar adecuadamente los principios y garantías del debido proceso, dándose así un sistema armónico que asegure la supremacía constitucional en todo acto jurídico.

Como principios del derecho de defensa pueden establecerse:

- Derecho a ser oído.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Derecho a ser juzgado por los jueces naturales.
- Derecho a no confesión contra sí mismo.
- Responsabilidad del Estado por error judicial.
- Non bis in idem.

3.4. Características

El derecho de defensa comprende la posibilidad de argumentar y rebatir los fundamentos de hecho que la parte contraria haya podido formular en apoyo a las suyas. Se dice que es una característica que compete a todas las partes del proceso.

Además se manifiesta en el hecho de que las partes de un proceso siempre han de estar informadas de las actuaciones del proceso, mediante la notificación de las resoluciones que afecten a cada una de ellas y que, en definitiva, inciden en el proceso, es por ello que se pueden establecer las características principales del derecho de defensa las cuales se explican a continuación.



- Inviolable

Ya que ni el órgano jurisdiccional ni su titular, pueden impedir que cualquier procesado ejerza actos y actuaciones necesarias encaminadas a probar la inocencia o la falta de obligación de algún hecho que se le imputa.

- Inalienable

Ello porque no puede concebirse que haya juicio sin la garantía de defensa, que se traduce en garantía de igualdad de defensa y de su libertad, a que tiene derecho cualquier persona.

- Irrenunciable

Ya que la renuncia a este derecho es imposible o prohibida, por ser esta inherente al ser humano.

3.5. Ámbito legal

Como ya se ha mencionado antes, en Guatemala el derecho de defensa es ampliamente reconocido en la legislación, regulado en gran diversidad de normas legales dentro del ordenamiento jurídico, a continuación se hará referencia a las normas de mayor relevancia en las cuales incide el derecho de defensa.

Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 12 regula: “Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ley del Organismo Judicial, en su Artículo 16 regula: “Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y también podrán ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos”.

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en su Artículo 4, establece: La defensa de la persona y de sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 10 establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”.

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

Todo ello sin tomar en cuenta toda la legislación que regula el derecho de defensa en materia penal, el cual no interesa para la materia de estudio de la presente tesis.

3.6. Derecho comparado

En diversas Constituciones también se encuentra ampliamente regulado el derecho de defensa, como por ejemplo las siguientes:

Constitución de Italia, en su Artículo 24 establece: “Todos pueden actuar en juicio por la tutela de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado de procedimiento. Quedan asegurados a los ingredientes, mediante institutos creados al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción”.

La Constitución de Paraguay en su Artículo 27 establece: “La defensa en juicio de la persona o los derechos son inviolables”.



La Constitución de Honduras, en su Artículo 44 regula: “El derecho de defensa es inviolable”.

La Constitución de la República Federal de Alemania, regula en su Artículo 30: “Todos tienen derecho a ocurrir ante los tribunales para defender su derecho”.

La Constitución de Rusia, en su Artículo 111, establece: “La vista de las causas en todos los tribunales de la U.R.S.S. es pública, siempre que la ley no prevea excepciones, asegurándose al acusado el derecho de defensa”.



CAPÍTULO IV

4. La violación al derecho de defensa en el otorgamiento de las medidas cautelares en el juicio ejecutivo

4.1. Consideraciones preliminares

Ya analizada la gran importancia del derecho de defensa en cualquier tipo de proceso judicial, se hace necesario un análisis de la afectación de derechos por parte de las personas demandadas (ejecutados) dentro de un juicio ejecutivo, ello ya que en la práctica se puede afirmar que las medidas cautelares son mal empleadas.

Esto se debe a que como las medidas cautelares deben tomarse en un momento en que el resultado de la controversia es incierto, existen dos riesgos inherentes a las mismas que se deben tener en mente y evitar que se materialicen: Como primer punto, el prejuzgar—o dar la apariencia de que se ha prejuzgado—el fondo de la controversia; y como segundo punto que la medida se solicite por una parte para hostigar al contrario. Un claro ejemplo de ello, es el caso de las ejecuciones de carteras bancarias, en donde solo se utilizan para coaccionar al ejecutado a que pague, sin ser una institución aseguradora de los resultados del juicio, tema que se tratará más adelante.

Por lo tanto, en la emisión de dichas medidas el tribunal debe actuar con cuidado al tener que tomar la decisión de su emisión, equilibrando dos intereses opuestos y ambos justificados.



Por un lado, la urgencia para emitir las medidas so pena de que el transcurso del tiempo haga nugatoria la ejecutabilidad o utilidad práctica de la sentencia; y, por el otro lado, el peligro de prejuzgar el fondo del asunto, lo cual podría invitar a una solicitud de nulidad o no-reconocimiento.

En la actualidad surge el problema derivado que personas de mala fe utilizan este tipo de procesos para la afectación y exigencia de derechos constitucionalmente protegidos, a través de títulos ineficaces, que los órganos jurisdiccionales por la cantidad exorbitante de procesos no hacen una calificación adecuada y legítima del mismo, solo admitiendo mecánicamente a trámite las demandas y otorgando las medidas precautorias solicitadas por la parte actora con el riesgo de prejuzgar el fondo del asunto utilizando la persecución y el hostigamiento para asegurar en la mayoría de casos el pago y con ello afectando gravemente los derechos de la parte ejecutada, sin que ella haga uso de su derecho legítimo de defensa.

Un grave problema que se ve en la práctica jurisdiccional, es el cobro de honorarios por parte del personal auxiliar de la judicatura. Ya que en la mayoría de estos, se otorgan oficios de medidas precautorias, los cuales tienen un costo de diez quetzales, así también si la parte actora solicita alguna certificación ya sea del mandato con que se acredita la personalidad o bien del título ejecutivo, esto también genera un honorario de diez quetzales. Entonces en carteras bancarias, en donde son cientos de procesos al personal de la judicatura le interesa la admisión para su trámite de la demanda y la emisión de los oficios de medidas precautorias, ya que estos generan un cuantioso emolumento, adicional a su sueldo nominal.

Por lo que se encuentra adecuado que los tribunales del país tengan presente lo siguiente:

- a) Se debe mantener el status quo mientras se resuelve la controversia;
- b) Deben ser medidas que eviten un daño irreparable;

Los tribunales deberían acostumbrar modificar, suspender o revocar las medidas precautorias a petición de una de las partes en casos excepcionales.

También es recomendable que el solicitante de las medidas precautorias sea responsable de los daños y perjuicios que la medida genere a la contraparte en caso de que el tribunal determine que no se debió haber otorgado. Ya que tal medida no debe verse como una forma de hostigar al ejecutado, esta es solo una institución jurídica que busca asegurar las resultas del juicio.

4.2. Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho

El fumus boni iuris traducido literalmente quiere decir “humo de buen derecho”, más en su acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho.

En el fumus boni iuris existen fundados elementos de convicción que pueden comprometer la responsabilidad de la persona ejecutada.

También se puede decir que se refiere a “la apariencia de buen derecho” o, como lo expone la jurisprudencia española, “un tufo de buen derecho”²⁵. Esto es una resolución (provisional e instrumental) basada entonces en la probabilidad o indicio de las pruebas no han sido debatidas y calificadas en el proceso.

Así mismo es también conocido como la verosimilitud del derecho invocado; el *fumus boni iuris*, junto con el *periculum in mora* (peligro en la demora) y la prestación de la caución, son las condiciones o presupuestos requeridos para la obtención y amparo de una medida precautoria o cautelar, esta última es la decisión cautelar ejecutada durante el juicio.

El *fumus boni iuris* constituye el primer requisito que debe verificar el juez al enfrentarse a la obligación de dictar una providencia cautelar. Es decir que esto se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento donde el órgano jurisdiccional encargado de decretarla, prevé las probabilidades sólidas de que el solicitante de la medida será beneficiado por lo dispuesto en la resolución definitiva.

Esto es más que una valoración subjetiva y en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho. Es por ello que para que las medidas precautorias se concedan tienen que concurrir tres requisitos: El *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la prestación de caución.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 19 de abril de 1993. La expresión también se encuentra en un Auto del Tribunal Supremo de España, del 14 de junio de 1993 o sea unos dos meses mas tarde.

4.3. La contradicción en el juicio ejecutivo y su limitación en la Ley de Bancos y Grupos Financieros

En todo proceso es principio fundamental que exista contradicción en el mismo, así como racionalidad en la emisión de resoluciones judiciales, ello por la importancia que tiene dentro del debido proceso.

Se define la contradicción como: “Negativa de una afirmación ajena. Manifestaciones opuestas hechas por una misma persona. Oposición, contrariedad. Incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma y la otra niega lo mismo²⁶”.

Desde Aristóteles, el principio de contradicción es una condición de la posibilidad de pensar en sentido, de un pensar racional. En suma, una exigencia del pensamiento racional. El principio de contradicción establece que toda proposición idéntica o analítica es verdadera, y su contradictoria es falsa.

Cuando un Grupo Financiero o un Banco del sistema, inicia un juicio ejecutivo en contra de cualquier este tiene características especiales, las cuales merecen un análisis. Por ejemplo, el Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establece:

Excepciones. El juez solo dará trámite a las excepciones de prescripción y de pago.

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 90.

En este último caso el ejecutado deberá presentar:

- a) El documento emitido por el banco con el que acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución, que debe incluir capital, intereses y costas judiciales; o,
- b) Certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación.

Cualquier otra excepción será rechazada de plano, pero la parte ejecutada tendrá la facultad de hacerla valer mediante juicio ordinario posterior...”.

Es perceptible como la ley en este caso hace un tratamiento especial a los bancos y a los grupos financieros del sistema, al limitar la posibilidad de la defensa de la parte ejecutada, ya que el Código Procesal Civil y Mercantil, es claro al regular las excepciones que pueden presentarse en juicio, como las siguientes: Incompetencia, litispendencia, demanda defectuosa, falta de capacidad legal, falta de personalidad, falta de personería, falta de cumplimiento del plazo de la condición a que estuviera sujeta la obligación o el derecho que se haga valer, caducidad, prescripción, cosa juzgada y transacción.

Por ejemplo, un título ejecutivo en el que se plasme el nombre del ejecutado de una manera errónea, esto podría ser atacado por una excepción previa de falta de personalidad, pero como en la ley hace una limitación respecto a las excepciones, esta excepción previa no procedería.

Así también por ejemplo cuando la demanda inicial posea errores claros en su solicitud y el juez la admite a su trámite, esta podría ser atacada por la parte ejecutada con una excepción de demanda defectuosa.

Con lo cual se observa que la propia ley en el Artículo citado, limita en gran medida la posibilidad de que surja la litis y con ello la contradicción en el juicio ejecutivo, promovido por alguna institución bancaria.

Otro factor que incide grandemente en que la ausencia de contradicción en el juicio ejecutivo, es la generación de honorarios del requerimiento de pago, los cuales la parte actora están obligada a pagar, para que se notifique a la parte ejecutado y se le requiera de pago en el mismo instante.

En la práctica las instituciones bancarias, utilizan esta clase de juicios solo para que se decreten las medidas precautorias, como una forma de hostigar a los ejecutados como se verá más adelante y como no hay forma de obligar a la parte actora a hacer efectivo este pagó, se dificulta la contradicción dentro de los mismos, violándose entonces el derecho legítimo y constitucional de defensa.

4.4. El prejuzgamiento judicial y el hostigamiento bancario

Este tema es de mucha importancia, por contener tintes que inciden en la seguridad jurídica y de orden público, ya que la mayoría de procesos judiciales de tipo ejecutivo son promovidos por los bancos y grupos financieros del sistema.

Por la gran cantidad de procesos que manejan las entidades mencionadas, utilizan métodos que influyen en el prejuzgamiento judicial y la exigencia. Dichas instituciones utilizan artimañas como por ejemplo la certificación de los mandatos con que se acredita la representación del mandatario, que actúa como abogado director dentro de los procesos o bien las certificaciones de los títulos ejecutivos. Por ley estas certificaciones generan honorarios, por lo cual en la mayoría de ocasiones, por ser tantos los juicios ejecutivos de índole bancaria, los órganos jurisdiccionales admiten a trámite dichas demandas, sin hacer un mayor estudio de la demanda en mención. Ya que les interesa lo que les generara de honorarios tales procesos, influyendo en gran medida al prejuzgamiento judicial.

Además en la praxis se observa como los bancos, teniendo amplios recursos económicos en sus ejecuciones, cuando pagan los honorarios generados por la obtención de las medidas precautorias, pagan más que su costo real, ello porque utilizan a las medidas precautorias, no como guardianas de los resultados del proceso, sino como métodos de hostigamiento para que los ejecutados paguen lo que según ellos se adeuda, estableciendo los intereses, la mora y las costas procesales unilateralmente.

Además en este punto es necesario mencionar, como se surge un hostigamiento gracias a los sistemas informáticos o bases de datos que algunas empresas manejan para obtener información de las personas, ya que en ellas se establecen las demandas planteadas en contra de las personas, las que afectan grandemente su ámbito laboral, crediticio y bancario.

4.5. La necesidad de una regulación más adecuada ante la posible violación al principio de defensa en el otorgamiento de las medidas precautorias en el juicio ejecutivo bancario

Por elementos como la inexistencia de notificación a la parte ejecutada, imposibilidad de excepcionar en contra de la parte actora, la vulneración al derecho de defensa y con él al debido proceso, la afectación en su ámbito laboral, comercial y crediticio, es necesario realizar un aporte acerca de cuál podría ser una regulación más adecuada para la salvaguarda de derecho de defensa consagrado en la Constitución Política de la República en materia del juicio ejecutivo, promovido por instituciones bancarias.

Con la presentación de las demandas ejecutivas, a estas se les asigna el juzgado que va a conocer del proceso y el número del mismo, si el juez considera suficiente tanto la demanda ejecutiva como el título que sirve de base para la ejecución, va a admitir para su trámite la demanda, decretando las medidas precautorias, solicitadas. En la mayoría de casos observados en materia bancaria, se decreta el embargo precautorio de las cuentas bancarias, el arraigo y el secuestro del algún bien.

Por lo que la parte actora, solicita los oficios de dichas medidas e inmediatamente procede a su diligenciamiento el cual se hace en los Bancos del sistema, en la Dirección General de Migración y en el Registro General de la Propiedad respectivamente.

Es importante mencionar como que como en los casos del juicio ejecutivo, no existe la caducidad de instancia, los Grupos Financieros y los Bancos del sistema aprovechan estas situaciones, para dejar los procesos paralizados un tiempo prudencial, para luego volver a solicitar la reiteración de las medidas precautorias en su oportunidad, las cuales son otorgadas y con ello volver a hostigar al ejecutado para que pague lo que según ellos, les adeudan.

Es por ello que observando cómo se ha tergiversado la naturaleza del juicio ejecutivo y el otorgamiento de las medidas precautorias, urge una propuesta que obligue a los Grupos Financieros y Bancos del sistema a respetar los derechos de toda la ciudadanía, permitiéndole por lo menos su legítimo derecho de defensa ante demandas arbitrarias y muy perjudiciales para el desarrollo de cualquier persona.

4.6. Propuesta de regulación para la adecuada aplicación de las medidas precautorias en el juicio ejecutivo bancario

El fin de la propuesta se vierte principalmente en dos elementos, el primero acerca de la posible inconstitucionalidad de ley del Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros al establecer: “Excepciones. El juez solo dará trámite a las excepciones de prescripción o de pago. En este último caso el ejecutado deberá presentar: a) El documento emitido por el banco con el que acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución... o, b) Certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación. **Cualquier otra excepción será rechazada de plano...**”.



Al analizar la frase, cualquier otra excepción será rechazada de plano... Se observa una violación a la posibilidad de que surja un contradictorio perfectamente útil dentro de cualquier juicio, como así lo establecieron los legisladores del Código Procesal Civil y Mercantil, al regular una serie de excepciones que por la abundancia de situaciones inmersas a los procesos civiles, podían suscitarse y otorgando con ello preeminencias y privilegios especiales a los Grupos Financieros y Bancos del sistema, que cualquier otra persona individual o colectiva no tienen. Por lo que se violan el principio de igualdad procesal y el principio de defensa, ambos principios regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala. Ya es función de los abogados colegiados activos, hacer un análisis de dicho Artículo y si así lo considerasen hacer el planteamiento de Inconstitucionalidad Parcial de Ley a fin que la Corte de Constitucionalidad, resuelva sobre el mismo.

El segundo de los planteamientos se establece dentro de la sustanciación del proceso del juicio ejecutivo, el cual debe de ir encaminado a la obligación que se le debe imponer a la parte actora, a fin de que se pague los honorarios que causan el requerimiento de pago, a través de exhorto respectivo. Ello derivado a que actualmente los Grupos Financieros y los Bancos del sistema, utilizan las medidas precautorias, solamente como formas de hostigamiento a la parte ejecutada, sin prestar ninguna garantía de las resultas de las mismas, ni del interés en que la parte ejecutada sea notificada en algún momento acerca del proceso en cuestión. Es por ello que surge la necesidad que de alguna manera se obligue a la parte ejecutada a hacer efectivo este pago de honorarios y garantizarle su notificación a la parte ejecutada

Entonces la propuesta para ello, es la siguiente:

- Presentación de demanda o escrito inicial de ejecución, cumpliendo con todos los requisitos del Artículo 61, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- El juez calificará la demanda y el título que sirve de base a la ejecución y si la considerase suficiente admitirá a trámite la demanda.
- En su primera resolución deberá establecerle a la parte actora del proceso, que dentro del tercer día de notificada la primera resolución, deberá presentar el recibo doscientos veinte C de los honorarios de ley, a efecto que se realice el requerimiento de pago, con la salvedad de que si no se cumple con el plazo, dicha resolución será revocada de oficio, y se rechazará la demanda, ya que no existen garantías suficientes de notificación a la parte demandada, en salvaguarda del principio de defensa y debido proceso.
- Una vez presentado el recibo veinte C correspondiente a los honorarios de ley, la parte actora ya podrá solicitar los oficios de medidas precautorias, que se hubiesen decretado, y con ello se continuará el juicio conforme a lo establecido en la ley.

CONCLUSIONES

1. La aplicación de medidas precautorias son medidas para asegurar las resultas de los juicios ejecutivos, pero en la práctica los Bancos del sistema y los Grupos Financieros las utilizan únicamente como forma de hostigamiento a las personas ejecutadas y perjudicarlas en su ámbito económico, laboral y crediticio.
2. Las medidas precautorias son instituidas como medidas tendientes a asegurar las resultas de los procesos, las cuales eran analizadas y se otorgaban si efectivamente se creían indispensables para la consecución del mismo. Actualmente se otorgan sin ningún análisis previo y sin prestar las garantías mínimas que establece la ley.
3. Un elemento que influye grandemente al derecho de defensa por parte de los ejecutados en los juicios ejecutivos promovidos por Grupos Financieros y Bancos del sistema, es la limitación existente referente a la interposición de excepciones, las cuales en la ley se ven limitadas a Prescripción y Pago Total.
4. El juez, al evaluar la demanda, el título ejecutivo y admitir para su trámite la solicitud de ejecución, debería, en la misma resolución, ordenar a la parte ejecutante el pago de los honorarios correspondientes al requerimiento de pago. Todo ello a fin de garantizar la notificación de la parte ejecutada, en salvaguarda de su derecho de defensa.



5. La saturación de procesos y los intereses lucrativos del personal de los órganos jurisdiccionales, dan como consecuencia que los juicios ejecutivos promovidos por Grupos Financieros y Bancos del sistema, sean admitidos para su trámite con graves omisiones en el cumplimiento de los requisitos esenciales que establece la ley.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través de los Juzgados de Paz y Primera Instancia que conocen de materia civil y aplican las normas vigentes a casos concretos, debe garantizar a la población guatemalteca el cumplimiento de ciertos requisitos previos al otorgamiento de las medidas precautorias. Ello con la finalidad de que la parte ejecutada no salga más perjudicada en detrimento de su patrimonio y con ello se extinga la posibilidad del pago.
2. El Estado de Guatemala, a través de la Superintendencia de Bancos y los Juzgados de Paz y Primera Instancia del Ramo Civil presenten un proyecto en el cual se establezcan propuestas encaminadas a la no utilización de las medidas precautorias, como medidas de hostigamiento. Sino, por lo contrario, mejoren los índices de capacidad al colocar créditos y así poder obtener mejores garantías de pago.
3. El Estado de Guatemala, a través de las entidades competentes, debe analizar la posibilidad de declarar inconstitucional parcial del Artículo 109 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que establece: “Cualquier otra excepción será rechazada de plano...”; ya que limita por completo la posibilidad de una defensa técnica, en contrario sensu a lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil y a la Constitución Política de la República.

4. Es necesario que los órganos jurisdiccionales, contribuyan conforme a sus prácticas a solicitar la presentación del recibo correspondiente al pago del requerimiento de pago. Ello para garantizar la efectiva administración de la justicia y permitir la posibilidad de defensa de la parte ejecutada y el debido proceso y así evitar la saturación de procesos ejecutivos sin movimiento alguno, planteados únicamente como formas de hostigar a la parte ejecutada.

5. El Organismo Judicial, a través de la Gerencia de Recursos Humanos debe preparar de manera adecuada al personal de los órganos jurisdiccionales, acerca de la importancia que tiene que las instituciones jurídicas se apliquen conforme a su naturaleza jurídica, ya que como en las medidas precautorias, estas se utilizan al final para fines muy diversos de los que originalmente el legislador previó, causando graves consecuencias a la población guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil. Tomo1**. Guatemala: Editorial VILE, 1973. Págs. 529.
- BALLEJO VÁSQUEZ, Felipe. **Medidas precautorias**. Pág. 111, www.gdca.com.mx, (Consultado: 26-11-2012).
- BRAÑAS FUTCH, César Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2007. Págs. 342.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Argentina: Editorial Heliasta, 1988. Págs. 300.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Argentina: Editorial Bibliográfica Omega, 1968. Págs. 317.
- CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Derecho procesal constitucional**. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix, 2007. Págs. 125.
- GARCÍA VELÁSQUEZ. Mario David. **Tutela de urgencia y desajuste sistémico constitucional**. Guatemala: Editorial Tierra Labrada, 2006. Págs. 205.
- GARCÍA OLIVEROS, Francisco Rafael. **Estudio Jurídico Doctrinario del Juicio Ordinario Laboral y la Necesidad de Ordenar el Embargo de Depósitos Monetarios**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala (tesis). Guatemala: (s.e.), 2006. Págs. 98.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso de postgrado introducción a la investigación científica**. Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix, 2000. Págs. 168.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Editorial Heliasta, 1984. Págs. 209.



PINIOT JAMES, Jean-Paul. **Lo precautorio de los procesos.** www.unam.gob.mx, (Consultado: 26-11-2012).

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Argentina: Editorial Pirámide, 1999. Págs. 331.

Legislación:

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

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

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

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 19-2002. 2002.