

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



**ANÁLISIS DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE
OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

AURA MARINA TUCUBAL JUAREZ

GUATEMALA, MAYO DE 2009

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE
OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

AURA MARINA TUCUBAL JUAREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, MAYO de 2009

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

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. César Landelino Franco López |
| VOCAL II: | Lic. Gustavo Bonilla |
| VOCAL III: | Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez |
| VOCAL IV: | Br. Marco Vinicio Villatoro López |
| VOCAL V: | Br. Gabriela María Santizo Mazariegos |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

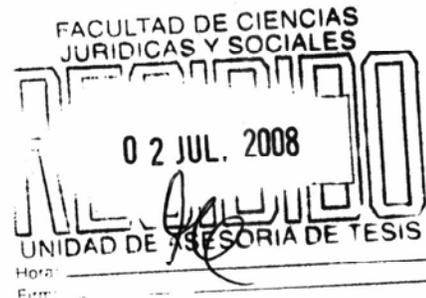
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. LEONEL RIGOBERTO SAMAYOA GODOY
1ª avenida 2-56 zona 2, Chimaltenango, Chimaltenango.
Guatemala, Centroamérica.
Teléfono: 78394613



Chimaltenango, 2 de julio del 2008

LICENCIADO
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Lic. Castillo:

En cumplimiento al nombramiento, emanado de su despacho, procedí a asesorar a la estudiante, **AURA MARINA TUCUBAL JUÁREZ**, en la realización del trabajo titulado: **“ANÁLISIS DEL LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”**.

Considerando que el bienestar de la familia es esencial en la sociedad guatemalteca, se colige que esta es una investigación de utilidad social y que además cumple con los requisitos que se exigen para un trabajo de tesis de licenciatura. El trabajo se ajusta a los requerimientos contenidos en la normativa respectiva y desde el punto de vista científico; la metodología empleada, las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía consultada, son congruentes con los temas propuestos, cumpliendo con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público.

Por lo antes expuesto, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, con el fin de que este trabajo sea trasladado al Revisor de Tesis designado por la Facultad y se continúe con el trámite pertinente.

Sin otro particular, respetuosamente,


Lic. Leonel Rigoberto Samayoa Godoy
Abogado y Notario, Colegiado No. 4056 Abogado y Notario
Asesor de Tesis



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante AURA MARINA TUCUBAL JUAREZ, Intitulado: "ANÁLISIS DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm



LICENCIADO OTTO RENÉ ARENAS HERNANDEZ
7ª avenida 16-21 zona 1, Guatemala.
Guatemala, Centroamérica.
Teléfono : 22300340

Guatemala 19 de agosto del 2008

LICENCIADO
CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Coordinador de la Unidad de asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Lic. Castro:

En cumplimiento de la resolución dictada por la unidad a su cargo, por la cual se me designó Revisor del trabajo de Tesis, procedí a revisar el trabajo de la estudiante **AURA MARINA TUCUBAL JUAREZ**, titulado: **"ANÁLISIS DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR, Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR"**.

Lei y analicé detenidamente el trabajo, realicé las recomendaciones oportunas, las cuales fueron atendidas por la autora, concluyendo que se trata de una investigación de utilidad para la sociedad guatemalteca y que cumple con los requisitos que se exigen para un trabajo de tesis de graduación. El trabajo fue realizado de acuerdo a los requerimientos contenidos en la norma respectiva. Desde el punto de vista científico; la metodología empleada, las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía consultada, son congruentes con los temas desarrollados, cumpliendo con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público.

Por lo antes expuesto, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular,


LIC. OTTO RENÉ ARENAS HERNANDEZ
Abogado y Notario, colegiado No. 3805
Revisor de Tesis.





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante AURA MARINA TUCUBAL JUAREZ, Titulado ANÁLISIS DE LA EFICACIA JURÍDICA DE LA MEDIDA DE FIJACIÓN DE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA PROVISIONAL EN LA LEY PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A:** Dios.
- A mis hijas:** Débora Rebeca y Eunice Abigail.
- A mi esposo:** Rodolfo.
- A mis padres:** Isidro Tucubal y Julia Juarez Gómez (Q.E.P.D.).
- A:** El Lic. Leonel Rigoberto Samayoa Godoy y Lic. Otto René Arenas Hernández, asesor y revisor respectivamente del trabajo de tesis.
- A:** Lic. Humberto Ramírez.
- A:** Dr. Javier Yraheta Cordova y Dr. Mario Roberto Iraheta Monroy.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

| | Pág. |
|---------------------------|----------|
| Introducción | I |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1.De la violencia intrafamiliar al proceso de violencia intrafamiliar | 1 |
| 1.1.Violencia..... | 1 |
| 1.2.Clases de violencia | 2 |
| 1.2.1. Sexual..... | 3 |
| 1.2.2. Psicológica | 6 |
| 1.2.3. Física..... | 7 |
| 1.2.4. Patrimonial..... | 8 |
| 1.2.5. Contra la mujer | 9 |
| 1.2.6. Intrafamiliar..... | 10 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|----|
| 2.Proceso cautelar..... | 17 |
| 2.1.Concepto | 17 |
| 2.2.Fundamento..... | 18 |
| 2.2.1.Peligro en la demora (<i>periculum in mora</i>) | 19 |
| 2.2.2.Apariencia de buen derecho (<i>fumus boni iuris</i>)..... | 19 |
| 2.2.3.Prestación de caución | 20 |
| 2.3.Caracteres | 20 |
| 2.3.1.Instrumentalidad | 21 |
| 2.3.2.Provisionalidad..... | 24 |
| 2.3.3.Temporalidad | 26 |
| 2.3.4.Viabilidad | 26 |
| 2.3.5.Rapidez en el procedimiento | 27 |
| 2.4.Naturaleza jurídica | 28 |
| 2.5.Clasificación de las medidas en el Código Procesal Civil y Mercantil..... | 31 |
| 2.6.Seguridad de las personas | 32 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 2.7. Medida para asegurar la presencia del demandado: Arraigo | 37 |
| 2.8. Garantizar la esencia de los bienes | 42 |
| 2.8.1. Anotación de demanda | 42 |
| 2.8.2. Secuestro | 44 |
| 2.8.3. Garantizar la productividad de los bienes: intervención | 44 |
| 2.9. Garantizar obligaciones dinerarias: embargo | 48 |
| 2.10. Medidas indeterminadas (providencias de urgencia) | 49 |
| 2.11. Medidas cautelares en el Código Procesal Penal | 51 |
| 2.12. Medidas cautelares en el Código Procesal Penal | 52 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. Ejecución | 55 |
| 3.1. Consideraciones preliminares | 55 |
| 3.1.1. Garantías jurisdiccionales | 55 |
| 3.2. Concepto de ejecución | 61 |
| 3.3. Ejecución coactiva | 66 |
| 3.4. Ejecución en vía de apremio | 66 |
| 3.5. Juicio ejecutivo | 67 |
| 3.6. Títulos | 67 |
| 3.7. Ejecución de resoluciones judiciales | 69 |
| 3.7.1. La ejecución a través de la fuerza pública | 70 |
| 3.8. Las resoluciones en materia de violencia intrafamiliar y su calificación como título | 71 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| 4. Los procesos de violencia intrafamiliar | 73 |
| 4.1. Consideraciones preliminares acerca del actual procedimiento en materia de violencia intrafamiliar | 73 |
| 4.2. Naturaleza del procedimiento de violencia intrafamiliar | 76 |
| 4.3. Esquema del procedimiento de violencia intrafamiliar | 77 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 4.4.Aplicabilidad de las medidas de seguridad del Artículo 86 del Código Penal | 79 |
| 4.5.Finalidad de las medidas de seguridad..... | 80 |
| 4.6.Cognición de hechos relativos a la violencia intrafamiliar | 84 |
| 4.7.Análisis de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional | 84 |
| 4.8.Mecanismos para asegurar el cumplimiento de las medidas..... | 87 |
| 4.9.Ejecución de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional | 88 |
| CONCLUSIONES | 93 |
| RECOMENDACIONES | 95 |
| BIBLIOGRAFÍA | 97 |

INTRODUCCIÓN

El Decreto 97-96 del Congreso de la República, es una norma que pretende disminuir y con posterioridad erradicar la violencia intrafamiliar.

El mismo cuerpo normativo define a la violencia intrafamiliar como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta cause daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o convivientes o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas.

De modo que esa normativa persigue con sus regulaciones, detener para luego erradicar toda forma de violencia dentro del grupo familiar. Para ello –específicamente para detener la violencia- crea una serie de medidas de seguridad que pueden ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales competentes. La imposición de medidas de seguridad de conformidad con el Decreto 97-96, debería ser una forma de garantizar el cese o al menos prevenir las consecuencias de la violencia intrafamiliar. Sin embargo si las medidas decretadas no pueden ser realizadas de manera coactiva, y por tanto queda como una simple *recomendación*, su eficacia resultaría ser nula. Por lo tanto se hace necesario realizar una investigación que determine los alcances de la norma, sus deficiencias, sus fundamentos, sus objetivos, y finalmente formule una propuesta para hacer eficiente la medida de fijación de obligación alimentaria provisional, de conformidad con la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.

(ii)

Este trabajo para su operacionalización formula las preguntas siguientes ¿por qué no puede ser ejecutada de manera coactiva, la medida de fijación de obligación alimentaria provisional, decretada de conformidad con la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar? y ¿posee eficacia para realizarse de manera coactiva la medida de fijación de pensión alimentaria provisional?

Las anteriores preguntas se formulan a partir de las hipótesis siguientes “La medida no puede ser ejecutada de manera coactiva, porque la resolución que la decreta es de índole cautelar, a la que no le sigue necesariamente una etapa de cognición, y por lo tanto no apareja una ejecución en la vía de apremio o un juicio ejecutivo”. Y “La medida de fijación de pensión alimentaria provisional carece de eficacia para realizarse de manera coactiva”. El objetivo general de este estudio es demostrar que la medida de fijación de una obligación alimentaria provisional, dictada de conformidad con la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, no puede ser realizada de manera coactiva.

Como objetivo particular se pretende con esta investigación ofrecer una propuesta técnica jurídica para incorporar reformas a la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, a fin de que se pueda dar viabilidad a la ejecución forzada de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional.

En el capítulo I se aborda el tema de la violencia intrafamiliar como fenómeno social y las características particulares que presenta, así como las dificultades prácticas que conlleva la actual regulación de la materia; el capítulo II hace un análisis del

(iii)

proceso cautelar en Guatemala así como una comparación doctrinaria para asimilar la naturaleza del actual procedimiento en materia de violencia intrafamiliar; el capítulo III nos plantea un análisis de la estructura de los procesos tendientes a la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales y analiza la posición en que se encuentran las resoluciones de violencia intrafamiliar; finalmente capítulo IV aborda específicamente el tema de la situación jurídica, respecto a su ejecutoriedad, en que se encuentra la medida de fijación de obligación alimentaria provisional que se dicta en materia de violencia intrafamiliar.

CAPÍTULO I

1. De la violencia intrafamiliar al proceso de violencia intrafamiliar

1.1. Violencia

La violencia puede ser definida como: "acción y efecto de violentar, de aplicar medidas violentas a cosas o personas para vencer su resistencia"¹. Las repercusiones jurídicas de ese proceder son tanto de orden civil como penal. Con respecto al primero porque representa un acto atentatorio contra la libre voluntad de la persona en la realización de los actos jurídicos, por lo cual es causante de su nulidad.

La violencia puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral: en el primer caso la expresión equivale a fuerza y en el segundo a intimidación. Y con respecto al primero el empleo de la violencia es lo que configura o califica determinados delitos (robo, violación, etc.). Violencia en las personas: "Aunque la locución posee sentido muy amplio en un análisis antijurídico, con ilicitud como predominante, salvo cumplimiento forzoso de alguna comisión legal, -la comparecencia de los testigos rebeldes, la detención a viva fuerza de los sospechosos, la persecución a fuego incluso de los fugitivos, y la ejecución de la pena capital-, adquiere típica formulación en lo penal como una de las circunstancias que transforma en robo el apoderamiento de las cosas muebles ajenas"².

¹ Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, pág. 1565.

² Ossorio Manuel, **Diccionario de las ciencias jurídica, políticas y sociales**, pág. 993

La violencia que se ofrece como alternativa tipificadora, con la fuerza en las cosas, es de toda índole desde la muerte y las lesiones, los golpes o empujones, hasta el arrebató de algo que se tiene en sí o en la mano y que se disputa sin daño físico o personal. Es decir cuando manifiesta la activa oposición del despojado.

Según la definición Salvat, citado por Ossorio, la violencia se puede definir así: “En términos jurídicos es la coerción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quería realizar”³. La violencia moral, según Ossorio (que generalmente se contrapone a la física) se puede definir como “el empleo de cualquier medio lógico destinado a inspirar temor o intimidación”⁴. Si por sus proyecciones en el campo jurídico resulta muy difícil fijar los límites de la violencia física irresistible, es indudable que los de la violencia moral, son casi imposibles de precisar, ya que dependen de un cúmulo de factores subjetivos y circunstanciales. El Diccionario Jurídico ESPASA trata el tema de la violencia así: “El término violencia en sentido amplio, sinónimo de coacción comprendería tanto la fuerza o la violencia física como el miedo o violencia moral (intimidación)”⁵.

1.2. Clases de violencia

La violencia, como indicamos anteriormente, tiene singulares connotaciones según el contexto en que emplee el vocablo, así por ejemplo en materia penal es una

³ **ibid.**

⁴ **ibid.**, pág. 994.

⁵ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico ESPASA**, pág. 1426.

circunstancia que determina ciertos tipos penales, al grado de que concurrencia o no de la violencia puede convertir un delito en otro.

Entonces a más de la clasificación que esboza la doctrina entre violencia física y moral, dentro del contexto de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, habría que distinguir entre violencia física, psicológica, patrimonial y sexual, y delimitar los rasgos que caracterizan a cada una de las formas de violencia en lo particular.

1.2.1. Sexual

Habríamos de analizar en este apartado, la connotación que pueda tener la acepción de vocablo sexual, ya que no siempre es entendida de manera uniforme. Para ello iniciemos con la consulta al Diccionario de la Real Academia Española, respecto de la acepción del vocablo sexual: “Del latín *sexualis*. Adjetivo. Perteneiente o relativo al sexo”. Pero ¿qué debemos entender por sexo? Según la Real Academia debemos comprenderlo como: “Del latín *sexus*. 1. m. Biol. Condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y las plantas. 2. conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. SEXO masculino, femenino. 3. Órganos sexuales.”⁶ Es decir que podemos, según la definición anterior, entender el vocablo sexo en tres sentidos diferentes, que deberían ser aplicados según el contexto en el que se utilice la palabra sexo. Partiríamos en la situación que nos atañe, de que la

⁶ Real Academia Española, **Ob. Cit**; pág. 1398.

violencia sexual, se trata de violencia relativa al sexo, y en consecuencia podría tener tres acepciones distintas. La primera, violencia relativa a la condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas. La segunda, violencia relativa al conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo. Y la tercera como violencia relativa a los órganos sexuales.

Como la propia ley aporta una definición de la violencia intrafamiliar, y en ella esboza que la violencia se debe entender como cualquier acción u omisión que cause daño o sufrimiento –en este caso- sexual, habríamos de plantearnos si ese daño o sufrimiento sería relativo a los órganos sexuales, la condición biológica que distingue a machos de hembras o al conjunto de seres pertenecientes al mismo sexo.

Respecto a este tema nos aporta claridad el contenido del Artículo 11 de la Ley del organismo judicial que preceptúa: “Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente”.

De lo anterior se deduce que una palabra puede tener varias acepciones en el diccionario de la real academia española, por lo que al entenderse una palabra se hará de acuerdo con la acepción, que dado el contexto de la norma, resulte más apropiada al caso. En todo caso esa elección de la acepción a aplicar a cada caso, correspondería en materia de violencia intrafamiliar, al órgano jurisdiccional que conozca de casos de violencia intrafamiliar de índole sexual. Sin embargo creemos que dado el contexto de

la ley, que toma en sus considerandos las convenciones (citarlas), que tratan temas acerca de la condición de la mujer como un conjunto de seres pertenecientes al mismo sexo, y prevé especiales regulaciones contra las mujeres como tales, podría ser tomada la acepción de la violencia sexual como violencia que atenta contra personas de un mismo sexo (en este caso ya sean del género masculino o femenino).

Sin embargo, también podría ser estimada por el juez, la acepción de violencia contra la condición orgánica que distingue al hombre de la mujer, así cuando se trate de actos que provoquen daños o sufrimientos relacionados con la condición orgánica que diferencian al hombre de la mujer, el juez también estaría posibilitado de actuar, ya que se trataría de violencia sexual. A modo de ejemplo se podría citar el caso en que alguno de los miembros del grupo familiar realice acciones u omisiones tendientes a desvirtuar las condiciones orgánicas que distinguen al hombre de la mujer, propiciando o instando a comportamientos de tipo homosexual, bisexual o transexual. No obstante lo anteriormente expuesto, también cabe la posibilidad que la violencia sexual sea interpretada por el Juez, como la acción u omisión que cause sufrimiento o daño en los órganos sexuales, y en consecuencia actúe ante casos en los que los órganos sexuales de algún integrante del grupo familiar sean objeto de acciones u omisiones que le causen daño o sufrimiento.

En todo caso, la interpretación de la existencia de la violencia sexual, dentro de los parámetros citados, será parte de la tarea judicial, pero la importancia de la comprensión de las distintas situaciones que pueden entenderse como violencia sexual

radica, en la elección de las medidas cautelares idóneas para hacer cesar la violencia de esta naturaleza.

1.2.2. Psicológica

La violencia en orden psicológico, es aquella que es perteneciente o relativa la psique atenta contra lo relativo a la psique. En este campo, en el psicológico, la violencia es toda acción u omisión que causó daño o sufrimiento en el equilibrio psicológico o equilibrio mental de la persona integrante del grupo familiar. Sin embargo este equilibrio psicológico o mental, es variable en cada caso, debido a la particularidad de la personalidad de cada persona. En este aspecto el juez debería tomar en cuenta, con apoyo de su personal auxiliar (tal como trabajadoras sociales), el grado de afección o sufrimiento o daño, que pueda causar determinada acción u omisión en el equilibrio psicológico de la persona. En este caso podríamos hablar por ejemplo, de violencia psicológica, cuando un padre o una madre, someten a sus hijos a castigos extremos, que son capaces de formar traumas en la personalidad de los hijos, y que muchas veces son aplicados, sin darse cuenta por los padres, ya que para ellos estos castigos son normales y proporcionados; aunque en la realidad puedan crear conductas disfuncionales en los hijos.

Especialmente esta clase de violencia (que no solo ocurre entre padres e hijos, sino también entre cónyuges), debe ser prevenida, sancionada y erradicada, porque es una de las formas más eficientes para conservar el esquema social de violencia;

tampoco debe tomarse como un intervencionismo en la formación y modificación de la personalidad, sino que por lo menos en un mecanismo para evitar situaciones extremas que afecten el equilibrio psicológico de las personas.

En este tema sería conveniente, que el juez, pudiera tener como auxiliares para determinar la existencia o no de violencia psicológica, a profesionales del área psicológica o psiquiátrica, para que su obrar fuera más justo y encaminado a cumplir principales de prevenir, sancionar y erradicar con los objetivos la violencia intrafamiliar.

1.2.3. Física

La violencia, que se suscita en el orden físico, es aquella que es perceptible en la integridad del cuerpo, de los seres humanos integrantes del grupo familiar. En general se asocia la violencia física, a lesiones en el cuerpo, que no necesariamente deben ser las que tienen este calificativo en el orden penal, sino que inclusive pueden ser cualquier acción u omisión que cause daño o sufrimiento físico. En tal sentido, la violencia física podría ser la negativa a atender una enfermedad física, la negativa a alimentar, los golpes para corregir, o los abusos sexuales que se dieran a integrantes del grupo familiar.

Sin embargo los actos de violencia física, pueden también ser considerados según el caso, como actos de violencia de otra índole, y no por ello perderían su carácter de actos de violencia física.

1.2.4. Patrimonial

La violencia en el orden patrimonial, es aquella que se refiere a acciones u omisiones que tiendan a causar daños o sufrimiento en el conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones (elementos éstos que conforman el patrimonio), de su titular, que en el caso de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, debe ser miembro del grupo familiar.

Esta violencia patrimonial, como puede ser realizada por acciones y omisiones, es en consecuencia la fuerza o coerción aplicada (por parte de miembro del grupo familiar), que tienda a causar daño o sufrimiento relativos a los bienes del grupo familiar, sus derechos, sus acciones, y obligaciones.

En consecuencia la violencia patrimonial, ya que el patrimonio incluye las obligaciones, podría recaer en acciones u omisiones que atenten contra el cumplimiento de las obligaciones familiares ya que ello provocará daño en el orden patrimonial (ya que como es sabido, el incumplimiento de obligaciones generalmente conlleva a las sanciones en el orden pecuniario, que resultan gravosas para el patrimonio).

La violencia patrimonial, entonces aparecerá configurada como las acciones u omisiones que tiendan a causar daño o sufrimiento en el patrimonio de la familia; y en consecuencia el juez deberá valorar al dictar medidas de protección, la naturaleza de las acciones u omisiones que se le denuncian como violencia intrafamiliar, a efecto

determinar si se trata de violencia en el orden patrimonial, y así dictar la medidas pertinentes.

1.2.5. Contra la mujer

La violencia contra el género femenino, es lo que podría denominarse como violencia contra la mujer. Así la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Violencia contra la Mujer, define a este tipo de violencia como: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”⁷.

Es interesante destacar que en la definición precitada, las acciones o conductas que causan los resultados indicados, deben ser basadas en su género, para ser constitutivas de violencia contra la mujer. Es decir que se parte también de la idea que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Es por ello que como elemento tipificante de la violencia contra la mujer, deberá ser ésta basada en su género, es decir basada en la relación desigual de poder entre el género femenino y el masculino.

Así por ejemplo, si una mujer es muerta por una persona de su mismo género, debido a un accidente de tránsito culposo, no se estará en presencia de un acto de violencia contra la mujer. Igualmente no se estará ante violencia contra la mujer si el

⁷. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

hecho anterior hubiera sido realizado por un hombre. En cambio si se estaría en presencia de violencia contra la mujer si a una de ellas se le negara un empleo, por el sólo hecho de ser mujer, independientemente de si quien realiza la acción sea hombre o mujer.

Es decir que la motivación (de las acciones u omisiones constitutivas de violencia contra la mujer), debe ser precisamente el género de la mujer, para que se configure como un acto de violencia contra ella.

1.2.6. Intrafamiliar

Aunque los tratados internacionales que se tomaron en cuenta para la promulgación del Decreto 97-96 del Congreso, son atinentes a la discriminación y violencia contra la mujer, en este decreto se adoptó la idea de proteger contra la violencia intrafamiliar, que es la violencia que se produce dentro de la familia.

Así el Diccionario de la Real Academia Española define *intra* como un prefijo que proviene del latín *intra*, que significa «dentro de», «en el interior». Este prefijo al anteponerse al vocablo familia, conforma a la palabra que significa dentro de la familia o en el interior de la familia. Es decir que se trataría de la violencia que se da en el interior de la familia.

Y las acciones u omisiones que son constitutivas de violencia de intrafamiliar (de conformidad con Artículo 1 del Decreto 97-96 del Congreso), deben ser perpetradas por

personas que sean parientes (dentro del grado que la ley reconoce), o sean convivientes, o ex convivientes, ex cónyuges, o con quién se haya procreado hijos o hijas.

Lo anterior tiene relevancia dentro del derecho, ya que la relación del parentesco (que generalmente es un efecto de la filiación), se encuentra graduada en ley y solo es reconocida en hasta ciertos grados. Sin embargo en la sociedad guatemalteca, estamos acostumbrados a entender como parientes inclusive a aquellos lejanos, que de conformidad con la ley ya no se les reconoce parentesco.

Así el Artículo 21 de la Ley del Organismo Judicial, establece que: “La Ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil que surge de la adopción conforme la Ley. Los cónyuges son parientes pero no forman grado”. En consecuencia solo si las acciones u omisiones que son constitutivas de violencia intrafamiliar, son realizadas por los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y personas con parentesco civil que nace de la adopción, se estará ante casos de violencia intrafamiliar. Sin embargo la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, prevé que la familia para los fines de la ley, debe incluir también a personas que no tengan parentesco legal pero que de facto, forman parte en las relaciones familiares. Así se incluye a convivientes, ex convivientes, ex cónyuges o con quien se haya procreado hijos o hijas. De modo que las acciones u omisiones que generen violencia intrafamiliar, también pueden ser realizadas por las personas que

referimos en el párrafo anterior, a efecto de que sea calificada la violencia como intrafamiliar.

Hemos ya delimitado al elemento generador de la violencia intrafamiliar, pero entonces se hace necesario delimitar al elemento que sufre esa violencia, y por disposición de la ley (Decreto 97-96 del Congreso), es cualquier persona integrante del grupo familiar. Como podemos notar la definición es en este caso más imprecisa ya que el ordenamiento sustantivo civil no regula nada denominado grupo familiar, y en consecuencia será el juez, en cada caso concreto quién deberá determinar si la persona que sufre la violencia integra o no el grupo familiar.

Para resolver la incertidumbre anterior, habremos de proponer una definición de grupo familiar, y para ello iniciaremos definiendo familiar, que de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española es: “Del latín. familiaris. Adjetivo. Pertenece a la familia. Como vemos lo familiar es lo que pertenece a la familia, entonces tendríamos que preguntarnos por el significado de familia, tanto en el orden semántico como en el orden jurídico.

Así la Real Academia Española define a la familia como: “Del lat. familia.
 f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. Hijos o descendencia. 4. Número de criados de uno, aunque no vivan dentro de su casa. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. 5. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 6. fam. Grupo numeroso de personas. 7. V. hijo,

madre, padre de familia.V. madre, padre de familias. Der. V. consejo de familia. 8. Biol.Taxon constituido por géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes”⁸.

Como vemos existen diferentes acepciones de la palabra familia, de las cuales quien haga interpretación de la ley, habrá de seleccionar la correspondiente para el contexto de que se trate. Por lo anterior considero que la acepción que más se adecua al contexto del Decreto 97-96 del Congreso de la República, sería la de: f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.

Hay sin embargo que resaltar algunos elementos de esta definición que resultan interesantes. El primero de ellos es que el grupo de personas que conforman a la familia deberán estar emparentadas entre sí, lo cual nos refiere a las reglas del parentesco que en párrafos anteriores explicamos. El otro elemento que resulta interesante es que el grupo de personas vinculadas por el parentesco viven juntas, lo cual en la realidad guatemalteca puede o no suceder.

Debe entonces entenderse que el grupo familiar comprende a personas vinculadas por el parentesco legal, que pueden vivir juntas o no. Como en este caso lo que tratamos de delimitar es al sujeto pasivo de la violencia –es decir quien la sufre-, lo importante sería establecer si el grupo familiar como tal debe vivir junto o no para ser sujeto de protección de la ley.

⁸ **Ob cit**, pág 703

Aquí entonces debemos combinar las dos definiciones que hemos analizado: la de familiar y la de familia. La ley hace referencia al grupo familiar, y el vocablo mismo hace referencia a la familia. Entonces el grupo familiar es el grupo relativo a la familia (que es el conjunto de personas vinculadas por el parentesco que viven juntas); y en consecuencia si viven juntas y tienen parentesco entre sí, las personas así vinculadas, conforman un grupo familiar.

Sin embargo podría darse el caso que las personas vivieran juntas y no tuvieran un vínculo de parentesco (legal), como sería el caso de una mujer que tiene hijos, que no está casada ni unida de hecho legalmente con un varón, y que viven juntos, pero el varón no tiene ningún parentesco legal con la mujer o con los hijos. En este caso cabría preguntarse si el conviviente sería parte o no del grupo familiar y en consecuencia sujeto o no de la protección de la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar. Al respecto recordemos que la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la protección económica, social y jurídica de la familia y que el Estado Guatemalteco promueve su organización sobre la base legal del matrimonio. Sin embargo también reconoce la unión de hecho, que se regula específicamente en el Código Civil. El reconocimiento de la unión de hecho en nuestra legislación obedece a que la tutela del ordenamiento jurídico hacia la familia, no puede solo circunscribirse a la institución del matrimonio únicamente, sino que también a cualquier forma de unión que persiga similares fines que los del matrimonio (como sería la unión de una mujer y un hombre con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentarse, y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí). Es por ello que la unión de facto de un hombre y una mujer con fines análogos a los del matrimonio, puede considerarse

sociológicamente como una familia, y no por ello el Estado habrá de vedar la tutela jurídica especial hacia esta forma (de facto) de conformación de la familia. En ese orden de ideas habría que distinguir la unión de hecho o unión de facto, de la unión de hecho legalmente declarada. En el primer caso (que por claridad denominaremos unión de facto) de la unión de facto, se trata de la conformación de una familia en el orden social, pero no reconocida plenamente por el derecho como tal.

En el segundo caso (de la unión de hecho declarada) si se trata de una familia reconocida plenamente en el ámbito jurídico pero que se fundamente en la preexistencia de una familia de facto. Todo ello hace pensar que la unión de facto es una práctica más o menos común en nuestra sociedad y que el Estado ha decidido tutelar también.

Como es posible que la definición o delimitación de la calidad de integrante del grupo familiar tenga que hacerse por parte del juez, habrá este de tomar en consideración elementos sociológicos y elementos jurídicos para determinar si una persona en cierto caso es o no parte de ese grupo familiar. Recordemos que por disposición legal el Decreto 97-96 del Congreso, se integra también con la Ley de Tribunales de Familia y que el juez competente para conocer de la violencia intrafamiliar es generalmente un juez de familia, motivo por el cual al momento de la valoración (acerca de si una persona es o no miembro del grupo familiar) el juez tiene facultades discrecionales, por lo que la interpretación puede hacerse para extender la tutela de familia hacia un miembro de facto y no jure, en cumplimiento de la tutela constitucional hacia la familia. Así una definición sociológica de familia podría formularse de la

manera siguiente: “La institución social básica. Uno o más hombres que viven con una o más mujeres en una relación sexual socialmente sancionada y más o menos permanente con derechos y obligaciones socialmente reconocidos, juntamente con su prole”⁹.

En consecuencia toda persona que forme parte de un grupo familiar (vinculado por parentesco legal o vinculado por la unión de facto siempre que persiga similares fines a los del matrimonio) debería de ser sujeto a la protección del Decreto 97-96 del Congreso de la República de Guatemala.

En conclusión la violencia intrafamiliar es la que se produce por miembros de la familia hacia miembros de la familia, o por los que no son miembros de la familia (tales como ex cónyuge, ex conviviente, o con quien se haya procreado hijos o hijas) hacia un grupo familiar.

⁹ Pratt Fairchild, Henry. **Diccionario de sociología**, pág 121.

CAPÍTULO II

2. Proceso cautelar

2.1. Concepto

El proceso cautelar tiene como finalidad asegurar o garantizar la eficacia del resultado final del proceso principal (ya sea este de conocimiento o de ejecución).

Esta garantía o aseguramiento es necesaria debido al tiempo que transcurre desde la iniciación del proceso, hasta su término (momento en el cual debería verificarse su finalidad: satisfacer la pretensión de fondo); período en el cual pueden acontecer una infinidad de situaciones que materialmente pueden desembocar en la *imposibilidad* para satisfacer la pretensión de fondo.

Es decir que el proceso cautelar tiene como finalidad garantizar que la pretensión principal pueda ser satisfecha sin que las situaciones que acontezcan en el proceso lo impidan. Así Guasp, citado por Chacón y Montero, define este tipo de proceso como “aquel proceso que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de su resultado”.¹⁰

“En principio, mientras se está realizando el proceso de conocimiento o declaración, no deberían adoptarse medidas que afectaran la situación jurídica de las

¹⁰ **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**, pág. 154.

partes; hasta que en ese proceso se lograra la certidumbre sobre los derechos y obligaciones de las partes, por medio de una sentencia ejecutoriada, no parece que existan elementos que justifiquen la alteración de la situación de las partes.

Sin embargo, junto a este principio teórico, no puede dejarse de tener en cuenta consideraciones prácticas; estas consideraciones se refieren a que la jurisdicción no cumple su función de modo instantáneo a la interposición de la pretensión, siendo necesario un período de tiempo, durante el cual los actos realizados extraprocesalmente por el demandado, pueden convertir en ineficaz la resolución final, y es evidente que la jurisdicción no puede permanecer impasible ante esa posible actividad del demandado, pues la misma puede desvirtuar su propia razón de ser”.¹¹

2.2. Fundamento

Como se mencionó anteriormente, en principio no se debería modificar la situación jurídica de las partes mientras se tramita el proceso; y aunque como se hizo ver es necesario el aseguramiento de la eficacia de la resolución de la controversia, tampoco se trata de poner al demandado de facto a merced de la voluntad de su actor.

Es por ello que para poder modificar (a modo de garantizar la eficacia) la situación jurídica de las partes (en este caso el demandado) es necesaria la concurrencia de los siguientes fundamentos:

¹¹ **Ibid.**, pág. 154.

2.2.1. Peligro en la demora (*periculum in mora*)

Este fundamento, etimológicamente, se compone de tres vocablos latinos: el primero *periculum*, que significa peligro o riesgo; el segundo *in*, que significa en; y el tercero *mora*, que implica tardanza, demora o retraso; entonces este fundamento implica el riesgo que se corre por la tardanza o el retraso del proceso de conocimiento o de ejecución.

“El peligro recae sobre la efectiva satisfacción de la pretensión ejercitada en el proceso principal, y se deriva de la duración de éste; que puede ser aprovechada por el demandado para colocarse en una situación tal que la resolución que se dicte sea inútil”¹².

Ahora bien, ese peligro en el retardo debe ser estimado de modo subjetivo (a través del juicio de un sujeto), que por obvias razones debe ser el juez, quien ha de realizarlo de modo objetivo y razonable sobre la magnitud del riesgo o peligro que genera el tiempo de duración del proceso.

2.2.2. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

Esta apariencia de buen derecho de que debe revestir la pretensión principal (de la que derivan las cautelares) es un término medio entre la certeza jurídica que solo se

¹² *Ibid*, pág. 155.

obtendrá mediante la sentencia ejecutoriada, y la incertidumbre que existe al iniciarse el proceso (ya que aún se discutirá el derecho).

Por ello tal apariencia debe ser valorada por el juez y para tal efecto el actor o el solicitante de la medida cautelar, debe acompañar al menos principios de prueba, generalmente documental, para que la tarea de la estimación del buen derecho, sea realizada por el juez. Esa estimación a la que nos hemos estado refiriendo, debería versar sobre la verosimilitud respecto a que la pretensión del actor pueda ser estimada al final del proceso.

2.2.3. Prestación de caución

“Normalmente la adopción de medidas cautelares queda condicionada a que el solicitante de las mismas preste caución para asegurar la eventual indemnización de daños y perjuicios causados al demandado, ante la posibilidad de que al final del proceso principal, el de conocimiento o declaración, la pretensión del actor sea desestimada”¹³.

2.3. Caracteres

Junto al concepto y fundamento deben tenerse en cuenta los caracteres del proceso cautelar, para acabar de comprenderlo. Esos caracteres son:

¹³ **Ibid.**, pág. 156.

2.3.1. Instrumentalidad

“El proceso cautelar no es un proceso independiente que tienda por sí solo a dar satisfacción a la pretensión ejercitada en el proceso principal, sino que es un instrumento del instrumento que es, a su vez, el conocimiento o declaración. Con este proceso, seguido del de ejecución, el órgano jurisdiccional tiende a satisfacer la pretensión, aspirando a la realización directa de la justicia. Con el proceso cautelar la jurisdicción tiende únicamente a garantizar la efectividad de los otros procesos”¹⁴.

Con respecto a la instrumentalidad del proceso cautelar, el autor Ugo Rocco se ha puesto manifiestamente en contra de la instrumentalidad (que se pretende respecto de un proceso principal y en especial de su *providencia principal*), como carácter diferencial básico de las medidas cautelares.

A este respecto el autor citado indica que “Es opinión común y predominante en la doctrina que el carácter más destacado y diferencial de las providencias cautelares es el de la *instrumentalidad*...esta característica no puede ser tomada como elemento peculiar y diferenciador de las providencias cautelares, ora sea porque no es verdad que estén *infalliblemente* preordenadas a una providencia posterior, impropia mente calificada de definitiva, ora sea porque no es exacto que no puedan ser fin en sí mismas, o porque por último, no siempre se dirigen a asegurar el resultado o la eficacia de una providencia posterior”¹⁵.

¹⁴ **Ibid**, pág. 157.

¹⁵ Rocco Ugo. **Tratado de derecho civil**. Parte especial: proceso cautelar. Volumen 6, pág. 60.

“En efecto, el supuesto carácter de instrumentalidad que se querría considerar esencial a las providencias cautelares, apoyándose en la observación de que tales providencias estarán siempre *indefectiblemente* preordenadas a una providencia posterior, llamada principal o definitiva, *no es en modo alguno un carácter propio y exclusivo*, de tales providencias, sino que constituye la nota común y general de todas las providencias jurisdiccionales emitidas en el curso del proceso, y que, precisamente por ser común y general, no puede caracterizar su esencia y diferencia respecto de los demás actos jurisdiccionales”¹⁶. “De manera que las providencias cautelares no pueden tener, de ningún modo, como carácter específico y diferencial, frente a las demás providencias jurisdiccionales el elemento de llamada *instrumentalidad*, o más todavía, de la *instrumentalidad hipotética*, que por ser común a todas las providencias jurisdiccionales, no puede constituir el elemento característico y diferencial de ellas”.¹⁷

El autor citado enérgicamente contraviene el carácter de instrumentalidad que se pretende poner como elemento diferencial de las medidas cautelares, pero con ello no niega que tales medidas puedan ser instrumentales a un proceso; lo único a lo que se opone es a que se le tome como carácter diferencial básico de las medidas cautelares con relación a otro tipo de medidas que no sean cautelares y que siempre pueden tener el carácter de instrumentales.

Al respecto este autor pone de manifiesto que como característica de las medidas cautelares también ha de notarse su *autonomía*, ya que él esboza como

¹⁶ **Ibid**, pág. 63.

¹⁷ **Ibid**, pág. 64

características de las medidas cautelares que son a) providencias de cognición sumaria; b) urgentes; c) provisionales; d) autónomas; e) preventivas.

En general él entiende la autonomía y la explica en la forma siguiente: “Y la autonomía e independencia tanto de la actividad jurisdiccional dirigida a la cautela, por medio de una providencia, como, igualmente, de la acción cautelar y del proceso correspondiente, no sufre excepciones así sea que la antedicha autonomía se considere, ya en relación con otras actividades jurisdiccionales dirigidas a otro fin (declaración de certeza, condena, realización coactiva), ya con respecto a la acción y al proceso, ya, finalmente, en relación con las providencias en que se concretan las actividades jurisdiccionales, es decir, en relación con las providencias cautelares, frente a las otras providencias de declaración de certeza, condena o de realización coactiva.”¹⁸

“De manera que la autonomía de la acción cautelar no debe encontrarse solamente en relación con la existencia o inexistencia del interés tutelado por el derecho que constituye objeto de la declaración de certeza, y que puede existir o no existir sin que la existencia o la inexistencia incida sobre la autonomía de la acción cautelar, sino también en relación con cada una de las prestaciones individualizadas que se exteriorizan en las providencias (declaración de certeza, condena, realización coactiva), a las cuales es correlativa la providencia cautelar, pero no está ligada a ellas por *vínculo de necesidad*.”¹⁹

¹⁸ **Ibid**, pág. 72.

¹⁹ **Ibid**, pág. 73.

Con respecto a los otros elementos característicos del proceso cautelar que aborda Ugo Rocco, nos referiremos en los apartados pertinentes de este trabajo por motivos de orden en la exposición.

2.3.2. Provisionalidad

Las medidas que se adoptan en el proceso cautelar, para modificar el *status* jurídico de las partes, no son definitivas (de lo contrario no tendría sentido el proceso principal) por lo tanto su duración está vinculada al tiempo que tarde el proceso hasta resolver el asunto principal, ya sea estimando la demanda (y ejecutando su resolución) o desestimando la demanda y dejando sin efecto las medidas.

“Esta provisionalidad necesita ser distinguida en dos aspectos, pues se trata de una especie que se encuadra en un género:

Existen actos provisionales que no son cautelares, y el ejemplo más claro es el de la ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia estando pendiente el recurso de casación (Artículo 342 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Esta provisionalidad sí tiende a convertirse en definitiva, pues solo desaparecerán sus efectos si la sentencia que se ejecuta provisionalmente es revocada por la Corte Suprema de Justicia, mientras que las medidas cautelares desaparecerán siempre.

No es lo mismo la provisionalidad de las medidas cautelares que la justicia provisional propia de los juicios sumarios en sentido estricto.

En estos juicios (y el ejemplo más claro es el de los interdictos), la cuestión litigiosa se resuelve de modo provisional, pues cabe un proceso plenario posterior sobre la misma cuestión, pero aquí también la sentencia que decide un juicio sumario aspira a convertirse en definitiva, pues el juicio plenario posterior es posible pero no necesario, mientras que la provisionalidad de la medida cautelar hace que la resolución dictada para adoptarla no aspire a convertirse en definitiva, porque siempre desaparecerá cuando deje de ser necesaria.

También el autor Ugo Rocco aborda el tema de la provisionalidad, aunque lo funde en su desarrollo con la temporalidad, pero que en líneas generales sigue el esquema siguiente; “La verdad es que si la finalidad de la providencia cautelar es la de eliminar un peligro que amenaza abolir o suprimir intereses sustanciales o procesales, tutelados por el derecho, dicha providencia tiene que desplegar sus efectos hasta tanto que *ese peligro no exista*. El problema de la temporalidad de los efectos de la providencia cautelar y de la duración de ella, se traduce en establecer *cuál es el momento* en que ha venido a cesar el peligro de la abolición o supresión de los intereses tutelados por el derecho. Ahora bien, puesto que solo a causa de la verificación de un hecho natural o voluntario (acción y omisión), puede producirse modificaciones del mundo exterior que atenten contra los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho, *solo cuando la posibilidad de tales modificaciones ha desaparecido, desaparece la eficiencia de la providencia cautelar*.

De manera que si se quiere hablar de provisionalidad, o, mejor, de temporalidad, de las providencias cautelares, éstas no deben ser referidas a la providencia posterior de mérito llamada principal o definitiva, sino a la posibilidad de que la acción peligrosa, por obra de una de las partes en causa, pueda ser realizada, es decir, al momento en que *no sea prácticamente posible ya actuar en la esfera del interés de la parte amenazada*, lo cual solo se verifica cuando la tutela aprontada por el derecho objetivo a los intereses esté realizada.”²⁰

2.3.3. Temporalidad

Consecuencia de lo anterior es que todas las medidas adoptadas en un proceso cautelar tienen una duración temporal limitada. No puede determinarse a priori su duración, pues depende de lo que dure el proceso principal, pero sí se sabe con seguridad que habrán de desaparecer. Por su propia naturaleza las medidas cautelares nacen para extinguirse cuando desaparezcan las razones que las motivaron.

2.3.4. Viabilidad

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

²⁰ *Ibid*, pág. 70.

adoptarlas o modificarlas) o negativa (para suprimirlas), esto es importante tenerlo en cuenta en todo momento, al igual que la temporalidad y la rapidez del procedimiento.

2.3.5. Rapidez en el procedimiento

Los anteriores caracteres se refieren al proceso, pero a su vez determinan el carácter urgente y breve del procedimiento. Si el proceso cautelar tiene su razón de ser en la duración del proceso de conocimiento o declaración, no pueden concederse o denegarse las medidas por medio de un procedimiento complejo y largo, pues entonces su realización no tendría sentido.

A lo que la rapidez en el procedimiento se refiere es lo que también otros autores califican como sumariedad y que desarrollan así: “Comencemos por el carácter de *sumariedad*.”

Nadie puede discutir seriamente que todas las providencias cautelares se emiten provisionalmente y con una cognición sumaria acerca de la existencia o inexistencia de las relaciones jurídicas, cuya certeza se declarará en un segundo momento, si este llega presentarse y en cuanto llegue.”²¹

“Igual razonamiento puede hacerse a propósito del segundo requisito: el carácter de *urgencia*, que puede considerarse común a todas las providencias cautelares, no es,

²¹ **Ibid**, pág. 66.

sin embargo, exclusivo de ellas, por cuanto existen otras providencias que aun reconociéndoseles el carácter de urgencia, indudablemente no son cautelares.”²²

2.4. Naturaleza jurídica

“Hoy puede ya sostenerse que proceso cautelar es un *tertium genus* entre el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, no pudiendo ya ser considerado como un mero incidente dentro de otro proceso. El hecho que las medidas que en el se adoptan sean instrumentales, en el sentido de que no constituyan una finalidad en sí mismas, al estar necesariamente vinculadas a la resolución que pueda darse en proceso principal, no obstaculiza la naturaleza autónoma del proceso cautelar. Esto se pone cada vez con mayor claridad de manifiesto, pues en los último tiempos la finalidad de aseguramiento de las medidas cautelares ha dejado de ser la única, de modo que cabe hablar de medidas cautelares de contenidos relativos a: Aseguramiento: Se trata de constituir una situación adecuada para que cuando se dicte la sentencia en el proceso principal pueda procederse a la ejecución de la misma (el ejemplo más claro es el del embargo preventivo del Artículo 527). Conservación: Se pretende que mientras dure el proceso principal el demandado no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por el actor (por ejemplo, la suspensión del acuerdo de una persona jurídica cuando un socio pretende en juicio la nulidad del mismo)”²³. Innovación o anticipación: Se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que

²² *Ibid*, pág. 67.

²³ *Ibid*.

las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones, con lo que se produce una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (por ejemplo, el percibir pensión provisional mientras se discute en juicio un accidente de tráfico).

Naturalmente no todas estas medidas son posibles en nuestro ordenamiento jurídico dado que en el mismo debe estarse a lo dispuesto en los Artículos 523 a 537 del Código Procesal Civil y Mercantil, pero debe tenerse en cuenta que el Código se redactó antes del gran avance científico experimentado por las medidas cautelares, aunque el Artículo 530, dada su generalidad, deja abierta la posibilidad de la adopción de cualesquiera medidas de garantía y así lo han entendido los jueces.

Explicados el concepto, el fundamento y los caracteres de las medidas cautelares puede concluirse que:

- 1) La adopción de las medidas cautelares solo puede corresponder a los órganos jurisdiccionales.
- 2) Si con las medidas cautelares se pretende asegurar la efectividad de un proceso principal, no pueden ser consideradas como tales aquellas otras medidas que tengan finalidad distinta.

En el Código Procesal Civil y Mercantil, en sus Artículos 516 al 522, se regulan las llamadas providencias (medidas) relativas a la “seguridad de personas” algunas de las cuales no tienen verdadera naturaleza cautelar. Las mismas persiguen una finalidad

de aseguramiento de personas, especialmente de menores e incapaces, que pueden no guardar relación alguna con un proceso principal de conocimiento, por lo que no se trata de verdaderas medidas cautelares.

- 3) Tampoco son medidas cautelares las que tienden a asegurar el proceso mismo o alguna de sus fases.

Es este especialmente el caso de las pruebas anticipadas de los artículo 98 al 105, pues las mismas lo que persiguen es proporcionar a las partes una posición necesaria o jurídicamente conveniente para el proceso futuro, pero no se pretende con las mismas garantizar la efectividad de la sentencia que llegue a dictarse en proceso.

- 4) La justicia provisional, la que se obtiene por medio de los procesos sumarios, en los que es posible un posterior proceso plenario, no deben confundirse tampoco con las medidas cautelares.

Los juicios sumarios en sentido estricto (no en la terminología del Código Procesal Civil y Mercantil) no tienen los caracteres que antes hemos dicho, especialmente el de instrumentalizado, y son algo distinto de las medidas cautelares.

Es cierto que un código puede elegir entre el regular procesos sumarios y regular las medidas cautelares, pero también es posible utilizar las dos técnicas, que es lo que ha hecho el código guatemalteco.

2.5. Clasificación de las medidas en el código

“La clasificación inicial de las medidas cautelares se realizó por Calamandrei, en la primera obra en que se intentó un estudio completo de las mismas, pero esa clasificación no puede hoy seguir manteniéndose, sobre todo porque incluye medidas a las que no puede atribuirse la condición de cautelar (por ejemplo la prueba anticipada)”²⁴

Después se han producido muchos intentos de sistematización, que no es necesario examinar aquí, porque el criterio que nos interesa es el que se asume en el Código Procesal Civil y Mercantil. En este se distingue entre:

- a) Medidas para garantizar la seguridad de las personas: Dentro de los Artículos 526 al 522 pueden considerarse como cautelares algunas de las medidas y otras no como veremos. Son cautelares las que tienden a permitir que la persona pueda instar el proceso principal que estime oportuno.
- b) Medidas para asegurar la presencia del demandado: Es el arraigo (Artículos 523 al 525, más el Decreto 15-71 del Congreso, adicionado por el Decreto 63-72, y modificado por el Decreto Ley número 309).
- c) Medidas para garantizar la esencia de los bienes: La anotación de la demanda (Artículo 526) y el secuestro (Artículo 528)

²⁴ **Ibid.161**

- d) Medidas para garantizar la productividad de los bienes: Es el caso de la intervención (Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil y del Artículo 661 del Código de Comercio).
- e) Medidas para garantizar el pago de créditos dinerarios: se trata del embargo (Artículo 527).
- f) Medidas indeterminadas: Por las que se pretende garantizar la efectividad de derechos que no puden alcanzar garantía por las medidas anteriores (Artículo 530).

Para todas estas medidas de aseguramiento o cautelares el Código contiene varias normas de aplicación general, por medio de las que se regula, entre otras cosas, el procedimiento de adopción de las medidas.

2.6. Seguridad de las personas

Dentro de lo que el Código Procesal Civil y Mercantil denomina “providencias cautelares” para la “seguridad de las personas”, deben distinguirse tres supuestos, uno de verdadera providencia cautelar y dos que no tienen esta condición. Dada su importancia es necesario mencionarlas.

- a) Seguridad de las personas en sentido estricto.

Lo que tradicionalmente se llamó “depósito de personas” (denominación que era

vejatoria, pues parecía considerar a las personas cosas muebles que pueden depositarse), se regula ahora en los Artículos 516 al 519 del Código Procesal Civil y Mercantil, disponiendo:

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

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

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

voluntad, y esa expresión libre puede llevarlas a incoar un proceso contra quien les ha infringido los malos tratos o los actos reprobables.

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

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

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

4º.) Si hubiere oposición de parte legítima a cualquiera de las medidas acordadas por el juez, ésta se tramitará en cuerda separada por el procedimiento de los

incidentes y, contra el auto cabe recurso de apelación, sin que se interrumpan las medidas.

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

El mismo carácter se desprende si la persona protegida es un menor o incapacitado, pues se certificará, de oficio a la Procuraduría General de la Nación (Decreto 25-97 del Congreso) para que bajo su responsabilidad inicie las acciones (pretensiones) que procedan.

b) Menores o incapacitados abandonados

No tiene en cambio la naturaleza de medida cautelar la protección de menores o incapaces a que se refiere el Artículo 520. En éste se dispone que siempre que por cualquier medio llegue a conocimiento del juez que un menor de edad o incapacitado, ha quedado abandonado por muerte de la persona a cuyo cargo estuviere o por cualquier otra circunstancia, dictará, con intervención de la Procuraduría General de la Nación (Decreto 25-97 del Congreso), las medidas conducentes al amparo, guarda y representación del menor o incapacitado. Estas medidas no pueden considerarse como cautelares porque no están al servicio de un proceso principal que deba iniciarse, pues mediante las mismas se trata solo de proteger a un menor o incapacitado.

c) Restitución al hogar de menores o incapacitados

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

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

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

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

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

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

2.7. Medida para asegurar la presencia del demandado: Arraigo

El proceso como tal requiere del apersonamiento de ambas partes en el proceso, y en tal virtud, como generalmente el actor está presente, lo que se hace necesario es asegurar la presencia en el juicio del demandado. Al demandado pudiere convenirle en determinadas circunstancias (generalmente en los procesos de ejecución), ocultarse del lugar en el que deba seguirse el juicio. Es por ello que para garantizar su comparecencia en el proceso, el Código Procesal Civil y Mercantil ha regulado la figura del arraigo que se encuentra desarrollado en los Artículos 523 al 525.

Recordemos que la comparecencia a juicio (civil) es susceptible de realizarse a través de terceros, mediante la figura del mandato, específicamente la del mandato judicial. De ahí que la medida pueda ser levantada si el demandado constituye mandatario judicial para comparecer al juicio.

Sin embargo en los procesos de alimentos, con base en el principio tutelar, se pide que además del mandatario judicial, se deposite o se cancele el monto de los alimentos exigibles y además que se garantice o asegure el pago de los futuros por el tiempo que el juez determine.

También contempla la norma dos supuestos más, el primero en el que el juicio verse sobre deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compra de mercaderías al crédito; y el segundo supuesto cuando en el juicio se trate de un demandado que hubiere librado cheque sin tener fondos disponibles suficientes, o que hubiera dispuesto de ellos antes de que transcurra el plazo para que el cheque sea presentado a cobro.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, el demandado, para obtener el levantamiento del arraigo, debe constituir garantía por el monto de la demanda para obtener el levantamiento del arraigo, por supuesto además de constituir mandatario judicial para comparecer al juicio.

Es decir que fuera de estos tres supuestos (alimentos, deudas provenientes de hospedaje, alimentación o compra de mercaderías al crédito, y cuando se ha librado cheque sin fondos o se ha dispuesto de ellos antes del período para presentarlo a

cobro) el solo hecho de constituir mandatario judicial para comparecer a juicio hace posible el levantamiento de la medida cautelar de arraigo.

Pero ¿en qué consiste el arraigo?, es decir ¿cómo asegura el arraigo la comparecencia del demandado en el proceso? Pues el arraigo consiste en la prevención que hace el Juez al demandado para que no se ausente del lugar en que ha de seguirse el proceso, y para ello se realizan las comunicaciones pertinentes a las autoridades de migración y de policía, para evitar la fuga del demandado. No obstante se entiende que la medida puede ser levantada en la forma que indicamos anteriormente.

Con la medida cautelar de arraigo, se está limitando una facultad que tiene el demandado: la libre locomoción. Esta libertad, que es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, comprende la facultad para entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia sin más limitaciones que las establecidas por la ley (Artículo 27 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

De modo que esta restricción a la libre locomoción se realiza para asegurar la comparecencia al juicio por parte del demandado.

En la práctica es frecuente que como el arraigo (dada su naturaleza cautelar) se decrete y realice antes de notificar la demanda, y se anota en la Dirección General de Migración, por lo que en algunas ocasiones, inclusive apersonado el demandado al

proceso o habiendo constituido mandatario judicial, persiste el arraigo, dado que el levantamiento del mismo debe realizarse a petición de parte y deberá igualmente ser comunicado a la Dirección General de Migración, requisito sin el cual la restricción impuesta continúa.

La finalidad del arraigo, es pues, asegurar la presencia del demandado en el proceso, o al menos en el lugar en que se seguirá el proceso. La presencia del demandado en el proceso es importante para el actor, a fin de que se garantice el contradictorio en el proceso, y en la mayor de las veces, cuando se trata de pretensiones personales, que se verifique respecto de éste, la sentencia que se pretende. Así cuando el cumplimiento de las pretensiones del actor, se encuentran ya garantizadas con embargo o se ha prestado garantía suficiente por parte del demandado, la presencia del demandado en el proceso, es relativamente irrelevante para el actor, ya que la satisfacción de sus pretensiones se ha garantizado. Por ello cuando ha recaído embargo preventivo sobre bienes del demandado o este ha prestado garantía suficiente, el arraigo resulta improcedente. De igual manera resulta improcedente el arraigo, cuando el juicio es de ínfima cuantía, en cuyo caso la restricción al derecho fundamental de libertad de locomoción resulta como una medida desproporcionada, ya que la doctrina generalmente exige que para limitar los derechos fundamentales las resoluciones se fundamenten en razones objetivas y proporcionadas.

La regla general anterior que se encuentra consagrada en el Artículo 3 del Decreto 15-71 del Congreso de la República, sin embargo encuentra dos excepciones: la primera de ellas es cuando se trata de alimentos presentes, por lo que debe

entenderse que en los casos de alimentos presentes, aún cuando el juicio sea de ínfima cuantía si podrá decretarse el arraigo del demandado. La segunda de las excepciones es cuando a pesar de que exista embargo sobre bienes del demandado o haya prestado éste garantía suficiente, si puede decretarse el embargo cuando sea indispensable la presencia del demandado en el país, pero esta medida será acordada bajo la responsabilidad del juez.

Cuando el arraigo es quebrantado, se actualiza una primera consecuencia de derecho: se le impondrá la pena que merezca por su inobediencia (a través de un proceso penal, para lo cual el juzgado certificará lo conducente) que debería ser el delito de desobediencia que se halla regulado el Código Penal en su Artículo 414.

Pero el quebrantamiento del arraigo por parte de una persona arraigada también hace posible que el juzgado ordene que sea remitido a su costa al lugar de donde se ausentó indebidamente, por supuesto si es localizado por la fuerza pública.

Si no es localizado el arraigado, para ser remitido al lugar del proceso, el juzgado procederá a nombrarle un defensor judicial, para el proceso en que se ha decretado el arraigo y para los demás asuntos relacionados con el litigio.

El defensor judicial será nombrado sin formar artículo, por parte del juez, y tendrá aquel todas las facultades necesarias para llevar a cabo el proceso de que se trate por ministerio de la ley.

2.8. Garantizar la esencia de los bienes

En los procesos en los que se pretende la declaración o el conocimiento acerca de derechos reales sobre bienes, se hace necesario una medida cautelar que en caso de que la pretensión del actor sea estimada, se pueda proceder a la entrega del bien reclamado. Para ello en la legislación guatemalteca existen dos figuras que cumplen con esta finalidad: la anotación de la demanda, que es la medida oportuna para cuando se trata de bienes inmuebles; y el secuestro cuando de bienes muebles se trata.

2.8.1. Anotación de demanda

Preceptúa el Artículo 526 del Código Procesal Civil y Mercantil que: “Cuando se discuta la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, podrá pedir el actor la anotación de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil”.

Con la primera parte del Artículo precitado, queda claro que la medida procede cuando se discuta la declaración, constitución, modificación o extinción de algún derecho real sobre inmuebles, pero su segundo párrafo permite que la misma medida pueda aplicarse no solo a bienes inmuebles, sino que también a bienes muebles cuando éstos sean identificables y por supuesto existan organizados los registros correspondientes. Efectuada la anotación de la demanda en los registros respectivos, el efecto que produce es que el solicitante no se ve perjudicado de cualquier

enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre los bienes respecto de los cuales se realizó la anotación de la demanda, es importante de nuevo en este punto hacer referencia al Código Civil.

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

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

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

2.8.2. Secuestro

La medida cautelar de secuestro, consiste en 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. Así lo dispone el Artículo 528 del Código Procesal Civil y Mercantil en su párrafo primero. En el segundo párrafo del Artículo mencionado, se regula las situaciones en las que tiene lugar la medida cautelar de secuestro al indicar que en igual forma se procederá cuando se demande la propiedad de bienes muebles, semovientes, derechos o acciones, o que se constituya, modifique o extinga cualquier derecho sobre los mismos. Respecto al secuestro también existe otra norma relativa al mismo en el Código Procesal Civil y Mercantil, aunque ésta se encuentra en el Capítulo I en la sección segunda de pruebas anticipadas, que en su Artículo 101 que preceptúa: Si una vez decretada la exhibición de bienes muebles y semovientes, el obligado no cumpliera con exhibirlos en el término que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismos, nombrando depositario.

2.8.3. Garantizar la productividad de los bienes: intervención

Aunque el Artículo 529 del Código Procesal Civil y Mercantil es muy impreciso en su generalidad, ya que no aclara ciertos aspectos que se dan en algunos casos particulares, es de considerar que la interpretación del mismo, atendido especialmente que se tomó el proyecto de Cutre para el Uruguay, debe concluir que la intervención está prevista para dos hipótesis:

2.8.3.1 Insuficiencia de la anotación preventiva de la demanda

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

2.8.3.2 Garantía sobre estos bienes

Supuesto distinto es el de la adopción de una medida de garantía que recaiga sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola, pues entonces de lo que se trata es de que el embargo no es suficiente para garantizar

que se seguirá manteniendo el valor del bien, con el producto de la venta del cual 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 interventores, no se ha procedido a distinguir claramente entre lo siguiente:

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

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

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

Es el previsto en el párrafo 1º. Del Artículo 37, pues en el mismo se dice que este interventor dirigirá las operaciones, autorizará los gastos ordinarios del negocio, llevará

cuenta comprobada de la administración y depositará el valor de los productos en establecimientos de crédito. En este caso el administrador realiza una actividad controladora completa.

a) La intervención mercantil

El Código de Comercio creó la medida híbrida que denomina embargo con carácter de intervención, la cual puede decretarse en los casos en que la controversia se produzca entre comerciantes, a quienes únicamente se les puede intervenir los negocios a través de la intervención de la empresa de naturaleza mercantil. Así, dice el Artículo 661 que la orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil sólo podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante podrá embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no perjudique la marcha normal de la empresa mercantil. La intervención como tal, como hemos apuntado se encuentra regulada con mayor amplitud en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el capítulo referente a los auxiliares del juez (Artículos 37 a 43), que no es aplicable a la índole mercantil, por exclusión que hace el Código de Comercio en el Artículo VI de sus disposiciones derogatorias y modificatorias, al indicar que, el embargo o intervención de empresas y establecimientos mercantiles se sujetará a lo establecido en el Artículo 661 de este Código, por lo que en esos casos no tendrá aplicación el Artículo 37 del Código Procesal Civil y Mercantil.

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

2.9. Garantizar obligaciones dinerarias: embargo

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 haya ejercitado se refiere a una obligación dineraria, la medida adecuada es el embargo llamado preventivo o precautorio, para diferenciarlo del embargo ejecutivo, que es el que se adopta en el proceso de ejecución.

A este embargo preventivo se refiere el Artículo 527 del Código Procesal Civil y Mercantil, cuando dispone que podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, agregando que para efecto son aplicables lo señalado por los Artículos relativos al proceso de ejecución. Tomando en consideración que entre uno entre uno y otro embargo no existen diferencias en la forma de practicarlo.

2.10. Medidas indeterminadas (providencias de urgencia)

Es previsible pensar que entre la promulgación de una ley, y todo el tiempo en que ella regirá, las situaciones que ésta pueda regular se desarrollen, haciendo necesaria una constante adaptación de la ley a la realidad. Sin embargo en materia de medidas cautelares, el Código guatemalteco, optó por dejar prevista una norma que faculta al juez para tomar las providencias que considere oportuno para casos en que las demás medidas reguladas en él no sean suficientes.

Así “del código italiano se tomó la norma recogida en el Artículo 530 del Código Procesal que dice: Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quién tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que según las circunstancias, parezcan más idóneas para asegurar provisionalmente lo efectos de la decisión sobre el fondo”²⁵. “Es este el poder general al que hacía referencia Calamandrei, Sundo preguntaba si debía reconocerse un poder de esa naturaleza y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso.”²⁶ “Plantea Calamandrei la necesidad de la existencia de un poder

²⁵ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**, pág. 299.

²⁶ **Ibid**, pág. 300.

semejante a través de un curioso caso. Dice Calamandrei, un caso singularísimo, que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno de París había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaran danzas de sátiros y ninfas; y el pintor, con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos.

La noche de la inauguración, una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrara la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños; y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica. En este caso se pregunta Calamandrei cuál habría sido la solución desde el punto de vista de los procedimientos cautelares entonces vigentes en Italia. En igual forma podríamos hacerlo nosotros en relación a nuestra legislación procesal. Con el Código Procesal Civil y Mercantil no hubiésemos encontrado la ayuda necesaria. En el actual Código sí, precisamente con la inclusión de las providencias de urgencia a que se refiere este apartado²⁷.

²⁷ **Ibid**, pág. 301.

2.11. Medidas cautelares en el Código Procesal Penal

En el Código Procesal Penal, también se hayan reguladas las medias cautelares, que han de servir al proceso principal, para que al final del mismo, la sentencia pueda realizarse. “los artículos 254 al 269 comprenden lo relativo a la coerción del imputado, Lo primero que conviene destacar es el carácter cautelar de estas medidas, es decir que no están vinculadas a la culpabilidad o inocencia del procesado, sino que a la necesidad de asegurar el desarrollo normal del proceso penal, aunque para que puedan dictarse se requiere información de haberse cometido un delito y la concurrencia de motivos racionales para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”²⁸.

También se debe tomar en cuenta que para garantizar la multa o a reparación, sus incidentes, diligencias, ejecución y tercerías se registrarán las medidas de coerción por las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil; con lo que se hace una remisión a las disposiciones de éste para el diligenciamiento y trámite de aquellas.

También encontramos en el Código Procesal Penal, al igual que en Código Procesal Civil y Mercantil, disposiciones referentes al secuestro y al comiso, que son medidas cautelares, pero que se encuentran reguladas en la parte correspondiente a pruebas. Así en los Artículos 198 al 203 se dictan reglas para el secuestro, con miras a la obtención de información para la averiguación de la verdad.

²⁸ Barrientos Pellicer, César. **Exposición de motivos del Código Procesal Penal**, pág. LVIII.

2.12. Medidas cautelares en el Código Procesal Penal

Las llamadas medidas de seguridad que se regulan en el Código Penal (que no se deben confundir con las medidas de seguridad que luego se regulan en el Decreto 97-96), son medias para contrarrestar la peligrosidad del sujeto, que en general atiende a los índices de peligrosidad que prescribe el Artículo 87 del citado cuerpo legal, así: Se consideran índices de peligrosidad: 1º. La declaración de inimputabilidad; 2º. La interrupción de la ejecución de la pena, por enfermedad mental del condenado; 3º. La declaración de delincuente habitual; 4º. El caso de tentativa imposible de delito, prevista en el Artículo 15 de este Código; 5º. La vagancia habitual. Se entiende por vago, el que teniendo aptitud para ejecutar un trabajo remunerable se mantiene habitualmente en holganza, viviendo a costa del trabajo de otros, o de mendicidad, o sin medios de subsistencia conocidos; 6º. La embriaguez habitual; 7º. Cuando el sujeto fuere toxicómano; 8º. La mala conducta observada durante el cumplimiento de la condena; 9º. La explotación o el ejercicio de la prostitución.

La aplicación de estas medidas de seguridad, solo puede hacerse mediante resolución judicial en sentencia condenatoria por delito o falta. Es por ello que se pide como requisito que sea en sentencia, ya que a través de ella y como consecuencia de un proceso de conocimiento (en materia penal) previo, se ha podido estimar con algún grado de certeza, los índices de peligrosidad del sujeto al que se le aplican.

Aunque la reflexión se haga en otro apartado, mencionaremos aquí, que por ello las medidas de seguridad reguladas en el Artículo 88 del Código Penal, no son

imponibles por el órgano jurisdiccional que conoce de un asunto de violencia intrafamiliar, ya que en tal procedimiento no existe ninguna fase de conocimiento que pudiera justificar la estimación de a peligrosidad para aplicarle una de las referidas medidas de seguridad.

CAPÍTULO III

3. Ejecución

3.1. Consideraciones preliminares

3.1.1 Garantías jurisdiccionales

En los primeros estudios introductorias al derecho, se aprende el dogma de la coercibilidad del derecho, que consiste en que las normas jurídicas pueden tener un cumplimiento forzoso, en contraposición a las normas morales por ejemplo.

Esa coercibilidad del derecho, es lo que principalmente no ha interesado en este trabajo, ya que inclusive mediante la actuación e intervención de la jurisdicción, resulta en nuestro ordenamiento positivo, que no es posible la coercibilidad en cuanto a la medida de fijación de obligación alimentaria provisional que se dicta en el procedimiento de violencia intrafamiliar. Ya que la finalidad a la cual tiende la garantía jurisdiccional es la de operar en la vida de las relaciones humanas, en forma de conseguir, prescindiendo de la voluntad del obligado, el mismo resultado práctico (o un resultado equivalente) que se habría obtenido si la norma jurídica hubiera sido observada voluntariamente, es natural que los medios prácticos con los que la jurisdicción actúa se adapten y se conformen al diverso contenido de las normas jurídicas, de las que, caso

por caso, se trata de garantizar la observancia, y de los intereses que, caso por caso, buscan en la observancia de tales normas jurídicas, su satisfacción. Es, sin embargo, posible reducir estos medios a algunos tipos fundamentales de garantía jurisdiccional (otros hablan de tipos de sanción, o de formas de la tutela jurisdiccional, etc.); pero antes de proceder a la enumeración de los mismos, es conveniente adelantar dos observaciones.

Principalmente, no se debe olvidar que para mantener la observancia del derecho contribuyen actividades de control y prevención ejercidas por diversos órganos del Estado. Los cuales no deben ser confundidos, ni subjetiva ni funcionalmente, con los órganos judiciales. Aludimos especialmente a las funciones de policía, ejercidas por la autoridad de seguridad pública, la cual vela por el mantenimiento del orden público, por la seguridad de sus ciudadanos, por su incolumidad y por la tutela de la propiedad: cuida de la observancia de las leyes y de los reglamentos, esta actividad de policía se diferencia de la jurisdicción, no solamente por los sujetos que la ejercen, que son órganos administrativos, sino también por la propia naturaleza de la función, la cual, aun teniendo con la jurisdicción la finalidad común de la defensa de la legalidad, se desarrolla en un momento anterior, tratando de prevenir y de impedir, antes de que sea cometida, la inobservancia del derecho, que la jurisdicción reprime y remedia en un momento posterior. Falta pues, en la actividad de policía, la garantía que es, en nuestro concepto el carácter distintivo de la actividad jurisdiccional. Hay que considerar que los varios medios o formas de garantía jurisdiccional reconocidos en un determinado ordenamiento positivo, tienen un valor no absoluto e invariable, sino históricamente cambiante y contingente. El mismo concepto de inobservancia del derecho, que es el

presupuesto indispensable de la jurisdicción, varía según los tiempos: no solo la gravedad y la peligrosidad de la inobservancia de los derechos se sienten en medida diversa según el contenido de la norma jurídica violada, y según la importancia social que, en un determinado momento histórico, se atribuye a los intereses tutelados en esa norma; sino que varía, además, dependiendo de la civilización, la rapidez con que el Estado siente la necesidad de intervenir en defensa del derecho. En tanto que en ciertos períodos históricos, la reacción contra la sinrazón no se mueve, sino frente a un comportamiento concretamente contrario a la norma (transgresión o violación en sentido estricto), en tiempos de más refinada sensibilidad jurídica, el Estado se mueve también ante la simple falta de certeza del derecho, que es entendida como amenaza suficiente para justificar la entrada en acción de la jurisdicción.

3.1.1.1. Garantía contra la transgresión del precepto

La manera más evidente y más ruda de inobservancia del derecho es la que consiste en que la persona respecto de la cual nace, de una norma jurídica, un concreto precepto individualizado, que le ordena tener un determinado comportamiento positivo o negativo, proceda de un modo diferente al prescrito por la norma; no hace aquello que debería hacer, y sí hace aquello que está prohibido hacer: se puede hablar en este caso, en sentido estricto, de transgresión o violación o inejecución del precepto jurídico. ¿Qué hace el Estado para garantizar la observancia del derecho en casos como este?

Adviértase, en primer término que, antes de poner en obra cualquier medida dirigida a reintegrar el derecho, el Estado exige que respecto de la ya verificada

inobservancia del derecho, se obtenga preventivamente la certeza oficial: la coacción jurisdiccional no puede ser ejercitada, sino previa declaración de certeza del derecho en garantía del cual la misma es exigida (*nulla executio sine titulo; nulla poena sine iudicio*).

Se necesita pues, en primer término, un juicio y una decisión, mediante la cual la autoridad judicial individualizará el concreto precepto jurídico nacido de la norma, establecerá la certeza acerca de cuál ha sido y cual habría debido ser el comportamiento del obligado, y determinará, como consecuencia, los medios prácticos aptos para establecer en concreto la observancia del derecho violado (condena). Pero esta declaración de certeza, obtenible mediante una decisión jurisdiccional, no será, en este caso, fin por sí misma: será solamente una preparación necesaria para poner en práctica los medios de coacción.

Con esto, precisamente, comienzan las dificultades prácticas. El dogma según el cual las normas jurídicas son, por su naturaleza, coercibles, podría hacer creer que, con el uso de la fuerza física, el Estado está siempre en condiciones de constreñir al obligado a la obediencia: de modo que, a través de la ejecución espontánea o a través de la ejecución forzada, el mandato concreto se encuentre finalmente observado, en el mismo modo, y que la única diversidad consista en el carácter coercitivo de los medios empleados por el Estado para inducir al obligado a tener, aún contra su voluntad, el comportamiento que la ley exige de él.

Realmente, las cosas son mucho más complicadas. El dogma de la coercibilidad del derecho, debe, ante todo, tener en cuenta la naturaleza de la voluntad humana, la

cual es, en sí misma, incoercible si aquel a quién el precepto de la ley ordena observar un cierto comportamiento, no quiere tenerlo, ninguna fuerza humana puede constreñirlo a hacer lo que él no quiere, y frente a esa insuprimible libertad del espíritu humano también el Estado se ve constreñido a declararse impotente.

En segundo lugar, se debe considerar que, aun cuando se pudiese constreñir al obligado a observar una conducta no conforme a su voluntad, hay muchos casos en los cuales la violación de la ley, una vez ocurrida, no pueda ya ser sanada por el sucesivo comportamiento del transgresor: *factum infectum fieri nequit*. Si ha sido violada la norma que impone no matar, ninguna fuerza podrá hacer que el homicidio ocurrido no se haya producido: el Estado podrá poner al homicida, aislándolo, en la imposibilidad de matar otra vez, pero no podrá nunca constreñirlo ¡a no haber matado!

Con el propósito de poder escoger los medios prácticamente idóneos para la reintegración del derecho, es necesario, pues, que el Estado tenga en cuenta esta inevitable impotencia de la coacción frente a la libertad del querer humano y frente a la irrevocabilidad de los hechos ya realizados; y es necesario que, para hacer efectiva en cada caso la garantía prometida, recurra, según su naturaleza, a variados expedientes prácticos, consistentes: a) En ejercer una presión psicológica sobre la voluntad del obligado a fin de inducirlo (si todavía es tiempo) a ajustarse voluntariamente al precepto; b) en satisfacer igualmente, de una manera directa o mediante equivalente, el interés tutelado por el precepto violado, prescindiendo de la voluntad del obligado, pero a su costa; y c) O bien en sujetar al autor de la inobservancia a medidas aflictivas con carácter de retribución jurídica (expiación).

a) El primer tipo de garantía que se puede emplear útilmente en aquellos casos en los que la inobservancia del derecho no ha llegado a ser todavía irremediable, consiste en poner en práctica los expedientes coercitivos que se comprenden bajo la denominación de medios de ejecución indirecta o de coacción psicológica.

Suponiendo que la ejecución voluntaria del precepto primario sea todavía prácticamente posible, la coacción se ejerce en estos casos sujetando al obligado a un sufrimiento continuo, destinado a durar mientras el mismo no se decida a ejecutar voluntariamente el precepto primario. Aquí, pues, la sanción no trata directamente de obtener la observancia del precepto prescindiendo de la voluntad del obligado, sino que trata de ejercer una presión psicológica sobre él, induciéndolo a conformar su voluntad (*coatus voluit, sed voluit!*) y, por consiguiente, su actividad al precepto que le señala una cierta conducta.

b) El segundo tipo de garantía, la más simple y la más inmediata, es la que se puede, en sentido lato, denominar restitución (que se divide, como se verá, en restitución directa o en sentido estricto y restauración por equivalente o resarcimiento del daño); ésta puede ser prácticamente útil siempre que, habiendo faltado la ejecución voluntaria del precepto primario, el interés tutelado por el precepto pueda ser prácticamente satisfecho mediante la fuerza aun prescindiendo de la voluntad del obligado.

c) La pena es garantía jurisdiccional independiente y acumulable con los medios que tienen finalidad restitutoria o satisfactiva, consistente en general, en infligir a aquel que ha transgredido el precepto primario un sufrimiento sensible en la persona o en los

bienes, la cual tiene, en un cierto sentido, un fin de pura retribución jurídica, en cuanto no trata de eliminar mediante resarcimiento el daño individual producido por la inobservancia de la ley, sino que trata solamente de hacer sufrir a quien ha cometido esta inobservancia.

3.2. Concepto de ejecución

“La declaración jurisdiccional de certeza, individualiza la ley y elimina para siempre toda posibilidad de falta de certeza, o de discusión respecto de aquello que es el derecho del caso concreto; pero, una vez declarado cierto el mandato, es todavía posible que el mismo permanezca prácticamente sin ejecutar. Resuelto a través de la fase de la jurisdicción que se llama cognición, el problema de la certeza del derecho, queda abierto el problema de la ejecución práctica del derecho declarado cierto. Una vez que se ha llegado a la declaración oficial de certeza, puede ocurrir que la conducta del obligado se ajuste, sin más, a tal precepto; pero puede también ocurrir que la ejecución voluntaria no sea posible, o que el obligado deliberadamente se niegue a obedecer el mandato ya indiscutible. En este caso ¿de qué modo asegura el Estado la observancia del derecho? Responde a esta pregunta aquella fase ulterior de la función jurisdiccional que se llama la ejecución forzada.”²⁹ “En el sistema de la legalidad la función jurisdiccional comprende, no solo la función que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta, ya existente, al caso concreto y para poner en claro el mandato individualizado que de ella nace, sino también la actividad ulterior que el

²⁹ Calamandrei, Piero. **Compendio de derecho procesal civil**, pág.19.

Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea prácticamente observado (en sí mismo, o en el precepto sancionatorio que toma su puesto), aun, en caso de necesidad, utilizando la fuerza física, orientada a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley.”³⁰

Aparece, la declaración de certeza en todos aquellos casos en que la misma no basta para obtener, por la sola virtud de la proclamación de la autoridad en ella contenida, la observancia del derecho, como premisa y como condición para poder pasar, en la fase de ejecución, al empleo práctico de la fuerza. No se debe a la casualidad el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y la espada. La defensa del derecho que el Estado realiza a través de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos del juez; y a fin de que estos puedan traducirse en realidad, es necesario que, detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor no puede moverse si antes no pesado imparcialmente las razones de la justicia.”³¹

En efecto las consideraciones anteriores nos hacen concluir que para que la observancia del derecho aparezca en la realidad, cuando ha ocurrido un conflicto de intereses, es necesaria la declaración de certeza, que se realiza por parte de la jurisdicción para que luego se produzca la ejecución del derecho declarado cierto ya sea en una manera voluntaria o en forma de ejecución forzada. El objetivo de la fase de la jurisdicción, que se ha denominado cognición, tiene por finalidad establecer la

³⁰ **Ibid.**

³¹ **Ibid**, pág 20.

relación jurídica que origina el conflicto de intereses, las normas aplicables y el comportamiento de los involucrados que debería ocurrir. Sin embargo con la sola declaración, en muchos de los casos no basta para hacer corresponder a esa decisión la realidad. Es por ello que nace la fase de la ejecución forzosa.

En el ordenamiento jurídico nacional, en el orden civil, esta ejecución forzosa se realiza a través de la ejecución en la vía de apremio (si se trata de pagar cantidad de dinero líquida y exigible), o de las disposiciones especiales de ejecución para los casos de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

En estos casos el título que por excelencia abre el camino a tales vías de ejecución forzada, es la sentencia, que presupone una fase de conocimiento. Sin embargo también se establece por nuestro ordenamiento procesal civil la existencia de otros títulos que también dan paso a estas vías. Estos títulos son: 1º. El laudo arbitral no pendiente de casación; 2º. Los créditos hipotecarios; 3º. Los bonos y las cédulas hipotecarias y sus cupones; 4º. Los créditos prendarios; 5º. La transacción celebrada en escritura pública; y 6º. El convenio celebrado en juicio. Sin entrar a discutir el por qué de la inclusión de títulos como bonos hipotecarios o los créditos prendarios, dentro de los títulos que dan paso a la ejecución en la vía de apremio, diremos que existe otra forma de conformar un sendero para la utilización de la ejecución en vía de apremio. Esta es la sentencia de remate que se origina del juicio ejecutivo.

La sentencia que se dicta en el juicio ejecutivo, no es una sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada, porque el procedimiento que en dicho proceso se realiza, no

es propiamente un proceso de cognición, que pueda dar como resultado una certeza jurídica del derecho, que pase en autoridad de cosa juzgada, ya indiscutible. En efecto, el juicio ejecutivo tiene como títulos (que dan origen a este proceso): 1º. Los testimonios de las escrituras públicas; 2º. La confesión del deudor prestada judicialmente; 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 (del Código Procesal Civil y Mercantil); y los documentos privados con legalización notarial; 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; 5º. Acta notarial en que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal; 6º. Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país; y 7º. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva.

Estos títulos dan origen a este proceso, porque con base en ellos, se establece por voluntad de los involucrados (generalmente), los derechos y deberes en cada caso concreto (con algún grado de certeza), y por ende es posible presumir que la aparente certeza de la relación jurídica, y por lo tanto ante su incumplimiento, el juez previa fase de contradictorio sumario, que garantiza el derecho de defensa, puede decidir si es o no procedente hacer truce y remate con los bienes del obligado para satisfacer la pretensión de su actor. Esta clase de juicio ejecutivo, por su naturaleza, permite ser revisado mediante un juicio ordinario posterior, teniendo como requisito para tal juicio que la sentencia del juicio ejecutivo se halle cumplida.

El plazo para revisar en juicio ordinario posterior, es de tres meses contados a partir de que la sentencia (del juicio ejecutivo) se halle ejecutoriada o de concluidos los procesos de ejecución.

Con lo anterior se diferencia claramente el juicio ejecutivo de los procedimientos de ejecución (en la vía de apremio), con lo cual al integrarse el proceso con las normas pertinentes a la ejecución en vía de apremio, parece claro que al tener sentencia de remate, se puede proceder a la ejecución en vía de apremio para satisfacer la pretensión del actor.

En efecto, este es el procedimiento (ejecución en la vía de apremio) que después de obtener sentencia de remate debe seguirse, para procurar el cumplimiento forzoso del título en que se fundó el juicio ejecutivo, en caso que no se logre la realización voluntaria de la pretensión del actor.

Lo que con estas explicaciones preliminares queremos hacer notar es que la ejecución forzosa se realiza generalmente en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución en la vía de apremio, y complementariamente con las disposiciones contenidas en los artículos 336 al 339 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El *juicio ejecutivo*, no es un proceso de ejecución forzosa, sino que es un procedimiento tendiente a la ejecución, que se funda en la aparente certeza de la relación jurídica que origina la reclamación.

3.3. Ejecución coactiva

Lo que denominamos ejecución coactiva o forzosa, es aquel conjunto de procedimientos que se realizan a través de la jurisdicción para lograr el cumplimiento de una relación de derecho, aun contra la voluntad del obligado, definitivamente el obligado tiende a oponerse a la aplicación de los preceptos jurídicos, lo cual hace necesario el empleo de los medios coactivos.

Por ello el vocablo coactivo, que denota el poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción, se vincula a la ejecución para configurar un cumplimiento de la relación de derecho que se realiza inclusive mediante la fuerza o violencia permitida por el propio ordenamiento jurídico vigente, esta relación es importante por cuanto hace un enlace entre el hecho violento y el derecho.

3.4. Ejecución en vía de apremio

Como lo indicamos en consideraciones previas, cuando se trata de reclamar cantidades de dinero líquidas y exigibles, el procedimiento de ejecución será el de la vía de apremio.

Los títulos que dan origen a este tipo de proceso de ejecución, son los que se enumeran en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.5. Juicio ejecutivo

El juicio ejecutivo, como lo indicamos anteriormente, es un juicio que se compone de dos etapas a saber: la primera de ellas es una fase conocimiento sumario, que termina con la llamada sentencia de remate y la segunda es la ejecución en la vía de apremio.

“Situación señalada por Guasp, al decir que, el juicio ejecutivo no es un verdadero proceso de ejecución, pues entre el título y el apremio propiamente dicho se intercala la sentencia de remate, una nueva declaración de voluntad, congruente es cierto con la del título, pero a la que viene a reiterar coactivamente como mandato jurisdiccional específico. En definitiva es este último el que le resulta útil y conducente al acreedor y el que prevalece sobre el título en sí. De allí que la existencia, sin importar el alcance teórico o la interpretación que en los hechos él recibiera –de una fase necesaria, prevista como imprescindible- e irrenunciable de cognición no haga posible que se lo pueda erigir, al ejecutivo, en un líquido proceso especial de ejecución.”³²

3.6. Títulos

Satta, citado por Mauro Chacón nos indica que: “Este autor para distinguir los títulos, hace la división, creemos con razón, en títulos ejecutorios que son los que aparejan una ejecución verdadera (la vía de apremio) y los títulos ejecutivos comunes o

³² Chacón Corado, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**, pág. 48.

cambiarlos, cuya sentencia de remate permite obtener el título ejecutorio que son los que llevan a la ejecución forzada”.

“En el mismo sentido de Satta, también Liebman clasifica los títulos en: ejecutivos, que son los que motivan el juicio ejecutivo, con las características de éste juicio. Ejecutorios, que son los que conducen a la llamada “ejecución inmediata” (como sería la vía de apremio), en la cual se restringen las posibilidades de defensa o uso de excepciones por parte del deudor. En esta ejecución la carga de la prueba se desplaza hacia el deudor; es quien debe probar su excepción para inutilizarla o disminuir la excepción . Al acreedor le asiste la presunción”*iuris tantum*.”³³

Así en la legislación nacional, los títulos que podemos clasificar como ejecutorios serían: 1º. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. 2º. El laudo arbitral no pendiente de casación; 3º. Los créditos hipotecarios; 4º. Los bonos y las cédulas hipotecarias y sus cupones; 5º. Los créditos prendarios; 6º. La transacción celebrada en escritura pública; y 7º. El convenio celebrado en juicio. Éstos títulos serán ejecutorios siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible. Además de los enumerados, la sentencia de remate que se dicta en el juicio ejecutivo también se constituirá en título ejecutorio, que aneja la ejecución en la vía de apremio.

Y los títulos que calificaríamos como ejecutivos serían los siguientes: 1º. Los testimonios de las escrituras públicas; 2º. La confesión del deudor prestada

³³ **Ibid**, pág. 130.

judicialmente; 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 (del Código Procesal Civil y Mercantil); y los documentos privados con legalización notarial; 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; 5º. Acta notarial en que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal; 6º. Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país; y 7º. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva.

3.7. Ejecución de resoluciones judiciales

Como lo indicamos anteriormente, las resoluciones judiciales pueden no ser cumplidas por los obligados a ello, pero ante esta situación existen garantías jurisdiccionales para asegurar la coercibilidad del derecho que se manifiesta a través de la acción jurisdiccional.

En consecuencia la potestad coercitiva de las autoridades judiciales, se encuentra manifiesta en la Ley del Organismo Judicial, la que establece apremios para que sus resoluciones sean acatadas. Así el Artículo 178 de la ley precitada establece

que: los apremios son: apercibimiento, multa o conducción personal, que se aplicarán según la gravedad de la infracción, salvo cuando la ley disponga otra cosa.

Los apremios son utilizados cuando la ley no prescribe otra forma de asegurar que se cumplan las resoluciones judiciales, por ello también se debe tener en cuenta que cuando se trata de sentencias (pasadas en autoridad de cosa juzgada), su coercibilidad se asegura mediante la aplicación de las normas de la ejecución en vía de apremio, si la obligación es de pagar cantidad de dinero líquida y exigible, o de las ejecuciones especiales cuando se trata de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer (que se encuentran reguladas en los artículos 336 al 346 del Código Procesal Civil y Mercantil).

3.7.1. La ejecución a través de la fuerza pública

Las medidas comprendidas en el artículo 7 del Decreto 97-96 del Congreso de la República, que se encuentran reguladas en los literales c), e), i), y j) de la misma, tiene como rasgo común a todas ellas, el que son medidas de intervención inmediata, acompañadas del auxilio de la fuerza pública para hacer cesar la violencia.

En efecto en este caso, la garantía estatal se presta a través de la intervención de la fuerza pública para detener la violencia intrafamiliar, sin embargo esta es una garantía jurisdiccional (no administrativa, ya que la función de previsión ya no es por iniciativa de la administración pública sino que por mandato judicial), ya que la ley prevé

que ante una situación dada el juez como rector del proceso, pueda ordenar una determinada conducta, y en caso de incumplimiento, se utiliza la fuerza pública para asegurar su cumplimiento.

En estos casos la fuerza pública es el medio idóneo para realizar aún contra la voluntad del obligado la conducta decretada por el juez, para detener la violencia intrafamiliar. Esto es así ya que en estas medidas lo que se persigue es impedir físicamente que el presunto agresor continúe violentando al grupo familiar, y en todas ellas, la función de la fuerza pública, se circunscribe a aplicar la fuerza que a ellos les es permitida en contra del obligado, para producir el efecto que persigue la medida. Sin embargo no en todos los casos es posible utilizar la fuerza pública para hacer cumplir al obligado, y por ello el auxilio de la fuerza pública como medio para ejecutar las medidas solo se presenta como idóneo en las medidas individualizadas anteriormente.

3.8. Las resoluciones en materia de violencia intrafamiliar y su calificación como título.

La resolución mediante la cual se adopta cualquier medida en materia de violencia intrafamiliar, debería ser cumplida de manera voluntaria por el obligado, si no se opuso a ella en la forma que la ley prescribe (y por supuesto obtuvo resolución favorable a su oposición). Sin embargo el derecho, debería prever la situación de que el obligado no cumpliera con el mandato de la resolución judicial, y así establecer la forma de hacer prevalecer la resolución aun contra la voluntad del obligado.

En este caso, procedería la ejecución coactiva de la resolución, ejecución que se debería fundamentar en un título para promoverla, y el que debería resultar idóneo es la resolución que decreta las medidas. Sin embargo como ya se apuntó en páginas anteriores, la ejecución de una resolución, necesita como requisito fundamental la certeza, de esa resolución (así sea en mayor o menor grado), que generalmente se consigue mediante un proceso de conocimiento aunque sea muy sumario.

Sin embargo debido a que en la forma que actualmente está regulado el procedimiento de violencia intrafamiliar, no es posible obtener una certeza (jurídica), relativa los hechos que motivan las medidas que se dictan, motivo por el cual la resolución (con excepción del uso de la fuerza pública) no puede ser ejecutada ya que carece de la fundamental certeza de derecho que es básica en todo proceso de ejecución forzosa.

CAPÍTULO IV

4. Los procesos de violencia intrafamiliar

4.1. Consideraciones preliminares acerca del actual procedimiento en materia de violencia intrafamiliar

La convención –de Belem Do Para- define la violencia (contra la mujer), como: cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado.

La importancia terminológica que revisten las convenciones (Belem do para y la convención para erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer) es porque son fundamento del Decreto 97-96 del Congreso de la República, como puede desprenderse de la lectura del considerando segundo del precitado decreto, ya que con fundamento en esas convenciones el Estado guatemalteco se obligó a adoptar medidas incluso de carácter legislativo, contra la discriminación contra la mujer.

Así mismo, el considerando tercero, indica que el problema de la violencia intrafamiliar, es un problema de índole social, debido a las relaciones desiguales existentes entre hombres y mujeres, en el campo social, económico, jurídico, político y cultural. El considerando citado en el párrafo anterior, pretende determinar como la causa de la violencia intrafamiliar, las relaciones desiguales entre hombres y mujeres.

Sin embargo no solo las relaciones desiguales entre hombres y mujeres son las únicas causas de la violencia intrafamiliar, sino que otras coadyuvan.

Sin embargo lo que nos interesa en este trabajo son las medidas legislativas que el Estado guatemalteco ha adoptado, con tres propósitos específicos: prevenir la violencia intrafamiliar, sancionarla y finalmente erradicarla.

Al respecto debemos tener claro que al objetivo de la prevención de la violencia intrafamiliar, se puede coadyuvar a través del proceso legislativo, mediante la creación de mecanismos jurídicos que cumplan con tal fin.

Respecto a la sanción de la violencia intrafamiliar es mucho más congruente la medida legislativa, que debería perseguir la creación de un proceso para sancionar la violencia intrafamiliar.

Finalmente consideramos que para llegar a la erradicación de la violencia intrafamiliar, no serán suficientes las medidas legislativas, sino que será necesario un cambio en las estructuras de la familia y en consecuencia de las sociedades y el Estado mismo.

Pero aunque esa finalidad de erradicación no se pueda lograr inmediatamente, sí es posible el fortalecimiento de las instituciones jurídicas destinadas a la prevención y sanción de la violencia dentro del grupo familiar. Así recordemos que la Convención (Belem do para), en su Artículo 7 crea como deber para los Estados parte de la misma,

que cada uno de ellos deberá actuar con la mayor -diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, y para ello deben establecer procedimientos legales, justos y eficaces para que la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluye entre otras, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Aunque ambas convenciones solo tratan los temas relacionados, en contra de la mujer, considero que con acierto, el Decreto 97-96, reguló el procedimiento y las medidas sobre todo miembro del grupo familiar (ya que es en la estructura de la familia en donde inicia y debe terminar la violencia), siempre que los actos constitutivos de violencia provengan de uno o más miembros del grupo familiar; poniendo de manifiesto que la violencia dentro del grupo familiar no solo atenta contra el género femenino, sino que no respeta edad, género u otros matices.

La importancia que tienen los pasajes que hemos citado de las convenciones aludidas, consiste en que se pone de manifiesto la necesidad de crear procesos judiciales oportunos, legales, eficaces y justos para prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar.

Sin embargo debemos resaltar la importancia de la investigación ya que se constituye en una fase previa de la sanción, ya que ésta no podría darse sin la concurrencia de aquella en un debido proceso. Precisamente esa noción de debido proceso se hace imperativa para regir al proceso por el cual se prevendrá y sancionará, eventualmente, la violencia intrafamiliar.

Al respecto debemos hacer notar que la esfera de acción de la violencia que se sujeta dentro del grupo familiar, no puede tratarse solamente a nivel penal o civil, ya que debido a la multiplicidad de acciones que pueden ser tipificadas como violencia intrafamiliar, las acciones pueden ser constitutivas de delito o falta o no serlo. En el primer caso hablaríamos de un proceso penal como mecanismo para sancionar la violencia intrafamiliar; y en el segundo caso estaríamos frente a un proceso no penal, para sancionar la violencia intrafamiliar.

Sin embargo como queda consagrado en la convención (de Belem do para), los Estados crearán procedimientos tendientes a medidas de protección, juicio oportuno y acceso efectivo a tales procedimientos.

Así la oportunidad del juicio (legal, justo y eficaz) será mediante un proceso que pueda ser instado y tramitado de modo oportuno para que logre ser eficaz en la tarea de prevenir y sancionar la violencia intrafamiliar.

4.2. Naturaleza del procedimiento de violencia intrafamiliar

La naturaleza de este procedimiento no puede catalogarse como penal, ya que en caso que la violencia constituya delito o falta, se podrá acudir al proceso penal, independientemente del procedimiento de violencia intrafamiliar. Su naturaleza tampoco es propiamente de familia o civil, ya que en él no se ventilan asuntos relacionados a los vínculos familiares ni a las relaciones que de ella surgen, inclusive la

obligación alimentaria provisional que en este procedimiento se fija, no es una obligación que surja con efectos definitivos (como lo es la fijación que se obtiene a través del juicio oral) sino que tiene efectos temporales vinculados (en su temporalidad) al posible desamparo que pueda surgir de medidas como la prohibición del acceso al presunto agresor a domicilio temporal o permanente del agredido. Por lo tanto es un proceso no propiamente de familia ni penal, sino que es un procedimiento que tiene como fin detener situaciones de violencia intrafamiliar, porque el Estado ha decidido que debe tutelar el derecho a la no violencia dentro del grupo familiar; aunque también debería tener como finalidad la sanción (no en el sentido de penal, sino más bien en el sentido de sanción civil) de la violencia intrafamiliar, como mecanismo para tender a su eventual erradicación.

Por los motivos expuestos podemos afirmar que este procedimiento tiene una naturaleza sui géneris, que se puede encuadrar dentro del derecho social, ya que lo que persigue es la armonía de base de la sociedad: la familia.

4.3. Esquema del procedimiento de violencia intrafamiliar

En los casos de violencia intrafamiliar el procedimiento a seguir es el siguiente:

1. Denuncia ante los juzgados de Paz, de Familia, Policía Nacional Civil, o Bufetes Populares.
2. En caso de denuncia ante juzgados se levantará el acta respectiva.

3. En los demás casos se hará mediante demanda escrita presentada ante el órgano jurisdiccional competente.
4. El órgano jurisdiccional dicta las medidas de seguridad y determina su duración.

Hasta aquí se encuentra regulado expresamente en el Decreto 97-96 del Congreso de la República, sin embargo por mandato del propio Artículo 11 del cuerpo el procedimiento se integra con las disposiciones del Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil, Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Tribunales de Familia, y Ley del Organismo Judicial, sin que lo anterior indique un orden de prelación. Sin embargo en la práctica forense se continúa su trámite así:

5. En la resolución se le da audiencia a la otra parte procesal por el plazo de dos días.
6. Manda a notificar la resolución y oficia a las autoridades correspondientes la documentación pertinente.

Si hay oposición, dentro de los dos días fijados de audiencia a la otra parte, se tramita como incidente.

4.4 Integración del proceso de violencia intrafamiliar.

Es notorio que las solas disposiciones del Decreto 97-96 del Congreso de la República, no son suficientes per sé, para lograr la tramitación del procedimiento en materia de violencia intrafamiliar, pero por ello quedó previsto en la misma ley, que sus normas se integran o complementan con las disposiciones del Código Civil, Código Procesal Civil y Mercantil, Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de Tribunales de Familia y Ley del Organismo Judicial.

Por tal motivo es que se integra el proceso con las leyes referidas y por las materias que generalmente se conocen en el ámbito forense guatemalteco, el proceso tiende a ser más del tipo civil de familia que del tipo penal.

4.4. Aplicabilidad de las medidas de seguridad del Artículo 86 del código penal

Debido a la integración de las leyes que se da en el proceso de violencia intrafamiliar cada tipo de situación y medidas a decretar se integrarán de acuerdo a las normas que le resulten más congruentes, así por ejemplo las medidas acordadas conforme al Artículo 88 del código penal el proceso se integraría con las normas de la ley del organismo judicial, el código penal y el código procesal penal.

En este punto es importante hacer mención que la imposición de las medidas del Artículo 88 del Código Penal (por propia disposición de esta ley sustantiva), solo puede hacerse en sentencia condenatoria, por lo que hacerlo a través de otro tipo de resolución (que no sea una sentencia condenatoria en materia penal), la resolución que

impusiera las medidas, adolecería de vicio por incorrecta, indebida y errónea aplicación de la ley. Esto se justifica, porque de conformidad con la disposición del Artículo 86 del código Penal, solo se puede aplicar esas medidas luego de que ha existido un proceso de conocimiento que declarado (luego del contradictorio y garantizando el derecho de defensa) culpable a una persona, y en tal virtud como consecuencia de la culpabilidad en la que se puede estimar el estado de peligrosidad, se aplican las medidas de seguridad, que tienen como finalidad la readaptación social del criminal. Sin embargo en la ley que analizamos se prevé que con la sola denuncia de los hechos de violencia intrafamiliar, se dicte una medida de seguridad, sin que exista una averiguación al respecto, o sin que exista la fase procesal para averiguarlo, lo que hace que la medida (aunque provisional) no tenga una finalidad específica, porque no sirve a un proceso principal, ni de orden penal, porque entonces no podría dictarse esta medida sin oír al sindicado por lo menos (mucho menos sin haberle condenado en sentencia), ni de orden de violencia intrafamiliar porque tampoco existe un proceso predeterminado en la ley (nullum proceso sine lege), para la averiguación de la verdad acerca de la situación que generó la denuncia de violencia intrafamiliar.

4.5. Finalidad de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad, que se encuentran reguladas en la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, deberían responder a la finalidad de detener la violencia intrafamiliar o si no es posible ya detenerla, sancionarla; y si todavía no ha iniciado, prevenirla.

Esos objetivos particulares que pueden presentar las medidas de seguridad atienden, en efecto, a los tres tiempos de la acción erradicadora de la violencia intrafamiliar: la prevención, la sanción y la posterior erradicación. Así dentro de las medidas que tienden a detener la violencia intrafamiliar, ya iniciada, encontramos las medidas siguientes:

1. Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común. Si se resiste se utilizará la fuerza pública.
2. Ordenar el allanamiento de la morada cuando, por violencia intrafamiliar, se arriesgue gravemente la integridad física, sexual, patrimonial, o psicológica de cualquiera de sus habitantes.
3. Decomisar las armas en posesión del presunto agresor, aún cuando tenga licencia de portación.
4. Suspenderle provisionalmente al presunto agresor la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.
5. Ordenar al presunto agresor abstenerse de interferir, en cualquier forma en el ejercicio de la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas.
6. Suspenderle al presunto agresor el derecho de visitar a sus hijos e hijas, en caso de agresión sexual contra menores de edad.
7. Prohibir, al presunto agresor que perturbe o intimide a cualquier integrante del grupo familiar.
8. Prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio.

9. Otorgar el uso exclusivo, por un plazo determinado, del menaje de casa a la persona agredida.
10. Ordenar, al presunto agresor, que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida. Cuando esta tenga sesenta años o más o sea discapacitada, el presunto agresor no deberá interferir en el uso y disfrute de los instrumentos indispensables para que la víctima pueda valerse por sí misma o integrarse a la sociedad.

Las medidas que tiene como finalidad prevenir la ocurrencia de episodios de violencia contra la mujer o los hijos, cuando todavía no se ha suscitado o bien que se repitan cuando ya hubo hechos violentos y existe el riesgo de que se puedan repetir, esas medidas son:

- a) Internamiento en establecimiento psiquiátrico
- b) Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo
- c) Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial
- d) Libertad vigilada
- e) Prohibición de residir en lugar determinado
- f) Prohibición de concurrir a determinados lugares
- g) Caución de buena conducta
- h) Ordenar al presunto agresor que salga inmediatamente de la residencia común. Si se resiste se utilizará la fuerza pública.
- i) Ordenar la asistencia obligatoria a instituciones con programas terapéutico-educativos, creados para ese fin.

- j) Prohibir que se introduzcan o se mantengan armas en la casa de habitación cuando se utilicen para intimidar, amenazar o causar daño a alguna de las personas integrantes del grupo.
- k) Decomisar las armas en posesión del presunto agresor, aún cuando tenga licencia de portación.
- l) Prohibir el acceso del presunto agresor al domicilio permanente o temporal de la persona agredida y a su lugar de trabajo o estudio.
- m) Fijar una obligación alimentaria provisional, de conformidad con lo establecido en el Código Civil.
- n) Disponer el embargo preventivo de bienes, del presunto agresor. Para aplicar esta medida no será necesario ningún depósito de garantía. A juicio de la autoridad competente, el embargo recaerá sobre la casa de habitación familiar y sobre los bienes necesarios para respaldar la obligación alimentaria a favor de la persona agredida y los dependientes que correspondan, conforme la ley.
- o) Levantar un inventario de los bienes muebles existentes en el núcleo habitacional; en particular el menaje de casa u otros que le sirvan como medios de trabajo a la persona agredida.

El objetivo final de estas acciones es lograr la erradicación de todas las formas de violencia intrafamiliar, que como es bien sabido puede manifestarse como violencia física y psicológica.

4.6. Cognición de hechos relativos a la violencia intrafamiliar

Esta es la fase que debería ser medular en el proceso de violencia intrafamiliar. Así debería ser desarrollada obligatoriamente, en forma que garantice el derecho de defensa y el debido proceso, pero que a la vez permita obtener una certeza jurídica acerca de los hechos que sean denunciados como violencia intrafamiliar. Esta fase de cognición, no representa en lo absoluto, un entorpecimiento del procedimiento, ya que las medidas podrían dictarse de todas maneras, pero lo que si constituiría sería una verdadera legitimación de las medidas (y del proceso), ya que con base en un conocimiento certero de la situación, se podrían dictar las medidas más pertinentes, y con ello lograr un resultado más congruente a los fines de la ley. La fase de conocimiento, podría inclusive, ser sumarísima (a modo de proporcionar una justicia anticipada), dejando abierto el camino para discutirla posteriormente en un verdadero proceso de conocimiento, teniendo como requisito el cumplimiento previo de las medidas acordadas.

4.7. Análisis de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional

Esta medida se basa en el derecho de alimentos a que son acreedores los miembros del grupo familiar, que comprende, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 278 del Código Civil, lo siguiente: La denominación de alimentos comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Por disposición del mismo cuerpo normativo, en su Artículo 283 las personas obligadas a darse alimentos en forma recíproca, son los cónyuges, los ascendientes, descendientes y hermanos.

La obligación alimentaria que se fija en el procedimiento de violencia intrafamiliar, no es un mecanismo para establecer la obligación alimentaria en general (que se obtiene a través del juicio oral de alimentos). Esto se debe a que los alimentos solo se deben en la parte en que los bienes y el trabajo del alimentista no alcancen a satisfacer sus necesidades, y por lo tanto se deben proporcionar de acuerdo a las circunstancias personales y pecuniarias de quien los debe y quien los recibe y serán fijados por el juez en dinero.

La obligación de prestar alimentos será exigible, desde que los necesitare la persona que tenga derecho a percibirlos y su pago se hará por mensualidades anticipadas. Lo anterior se entiende que en el sentido que son exigibles desde que los solicite judicialmente el alimentista, y así lo declare (en cuanto a monto, persona obligada, y beneficiario) el juez competente.

Lo que ocurre en el procedimiento de violencia intrafamiliar, es que en algunos casos, el que provee lo necesario para cubrir los gastos de alimentos, es quien agrede al grupo familiar, motivo por el cual se torna como necesario ordenar su salida del domicilio común (para evitar que siga infligiendo actos de violencia al grupo familiar); pero con esta medida se podría desproteger al derecho de alimentos de sus alimentistas, y para garantizar que ese derecho no se vea comprometido (lo que

implicaría una violencia patrimonial), se hace necesario que se decrete una obligación alimentaria para garantizar la seguridad (en cuanto a los alimentos) del resto del grupo familiar.

Sin embargo, ésta medida se vincula con la salida del prestador de alimentos del domicilio familiar, por lo cual la obligación alimentaria fundamenta su temporalidad o provisionalidad, a la duración de la medida que impide el acceso del prestador de alimentos al domicilio familiar.

Esa debería ser la naturaleza de la medida, porque si se trata de que el presunto agresor, dilapida sus bienes en vicios u otras formas, lo que procede es que se le demande en juicio oral de alimentos para establecer una obligación alimentaria y garantizarla con los medios idóneos (embargo de salarios, constitución de patrimonio familiar, hipoteca, secuestro, etc.).

Esto es así porque el procedimiento (en materia de violencia intrafamiliar) lo que busca es detener la violencia, en una forma más o menos rápida, y evitar que se puedan dar otros actos que pudieran constituir violencia intrafamiliar. No es en modo alguno una alternativa para obtener resultados que se pueden obtener por otros procedimientos jurídicos ya establecidos.

Por ende el origen de la obligación alimentaria provisional, es siempre la violencia intrafamiliar, y su existencia está vinculada a ella, pero no puede en modo alguno suplir o ser sucedánea de la obligación alimentaria definitiva que se debe solicitar mediante el juicio oral de alimentos.

Debemos ser claros que muchas veces, en el campo forense se utiliza este procedimiento con miras a suplir la incoación del proceso respectivo para fijar los alimentos, pro esto constituye una tergiversación del procedimiento de violencia intrafamiliar, en detrimento de esa institución.

En sí, la función de esta medida, consiste en asegurar que el derecho de alimentos no se interrumpa por la imposición de medidas de seguridad, que tiendan a detener, prevenir, sancionar o erradicar la violencia intrafamiliar. Esto claro, si dicho derecho de alimentos no se encuentra ya declarado judicialmente.

4.8. Mecanismos para asegurar el cumplimiento de las medidas

La imposición de medidas de seguridad, debería aparejar para su cumplimiento, mecanismos que aseguraran el cumplimiento de las mismas, y que con ello se cumpliera el objetivo primordial de la erradicación de la violencia intrafamiliar.

Éstos mecanismos deberían versar sobre: a) cumplimiento forzoso, si todavía es posible; b) Sanción, si no es posible lograr el cumplimiento, en caso que sea absolutamente necesaria la concurrencia de la voluntad del obligado.

Así por ejemplo en el caso que se decretara la medida de fijación de obligación alimentaria provisional, se creara un mecanismo para cobrarla de manera coactiva, ya fuera acudiendo al proceso del juicio ejecutivo, o acudiendo al proceso de ejecución en

vía de apremio. En caso de otras medidas, tales como la asistencia a centros de terapia, la sanción por la inasistencia podría ser, por ejemplo la privación de algunos derechos tales como el de visitar a sus hijos, en caso que estén fuera de su guarda y custodia.

4.9. Ejecución de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional

La ejecución o cumplimiento forzoso de la obligación alimentaria provisional, que se dicta con ocasión de la violencia intrafamiliar, en la legislación nacional requiere de un proceso, que debe ser preestablecido por la ley. Los procesos que tienden a la realización de obligaciones de pagar cantidad de dinero líquida y exigible (como lo es la obligación alimentaria provisional) son en forma inmediata la ejecución en la vía de apremio y en forma mediata el juicio ejecutivo.

Sin embargo para incoar cualquiera de estos procesos, es necesaria la existencia de un título, que debe estar preceptuado en la ley. Como ya lo indicamos anteriormente los títulos que dan origen a cada uno de los procesos referidos se clasifican en la doctrina como ejecutivos y como ejecutorios, siendo aquellos los que conducen a la ejecución en vía de apremio, y éstos los que conducen al juicio ejecutivo.

Sin embargo la resolución mediante la cual, se dicta la medida que analizamos, no constituye título, para incoar alguno de los procesos que mencionamos. Y esto se debe a que, para que adquiera la calidad de título ejecutivo o ejecutorio, necesita que la

propia ley le confiera esa calidad, como ocurre por ejemplo con el procedimiento para la liquidación de honorarios de los abogados Artículo 24 del Decreto 111-96 del Congreso de la República. Analicemos este procedimiento, ya que es un procedimiento similar en cuanto a su conformación al de violencia intrafamiliar, y para ello citemos el artículo conducente: Artículo 24.- Quien hubiere prestado los servicios establecidos por este arancel, podrá pedir la liquidación de sus honorarios ante juez competente de su domicilio. Presentada la solicitud, el juez dará audiencia en incidente por dos días comunes a las partes, y si dentro de dicho plazo el o los obligados no presentaren constancia fehaciente de haber efectuado el pago, y la liquidación se encuentra de acuerdo con la ley, el juez le dará su aprobación. El auto que resuelva la liquidación será apelable y al estar firme constituirá título ejecutivo que podrá ejecutarse por la vía de apremio dentro de las mismas diligencias.”

Como podemos notar, hay una breve fase de audiencia a las partes, en la que se debe probar si se ha pagado o no los honorarios reclamados, y si no se prueba que se pagaron, y la liquidación se encuentra conforme a derecho, el juez mediante auto razonado, aprueba la liquidación. Este auto que aprueba la liquidación, al causar ejecutoria, se convierte en título ejecutivo (propriadamente dicho) que apareja la ejecución en vía de apremio.

La importancia de que hayamos resaltado que cuando el auto cause ejecutoria, radica en que la propia ley prevé que contra dicho auto cabe el recurso de apelación, asegurando así en el procedimiento la garantía de la dos instancias, para que pueda conocerse en grado, la resolución correspondiente, luego de la cual al causar

ejecutoria, se convierte en un título ejecutivo. Como vemos no solo los títulos enumerados en el Código Procesal Civil y Mercantil son los únicos que tienen fuerza ejecutiva o ejecutoria, sino que cuando otras leyes otorgan la categoría de título ejecutivo o ejecutorio a determinados documentos, también ellos poseen la calidad de título para iniciar el proceso correspondiente.

Sin embargo en la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, no se previó como conformar el título ejecutivo o ejecutorio para cobrar la obligación alimentaria provisional, en caso de incumplimiento.

Esta carencia, puede deberse en parte, a que el procedimiento que se sigue no es un proceso propio de conocimiento, ya que como se indicó con la sola denuncia se decretan las medidas (lo cual es oportuno para asegurar la celeridad y eficiencia de las medidas, pero no es suficiente para legitimar el proceso en sí), y no existe un verdadero conocimiento de los hechos que pueda permitir una certeza de derecho (aunque fuera provisional).

Lo importante es que debido al principio que establece que *nulla executio sine título*, al no ser calificada como título (ejecutivo o ejecutorio) la resolución que decreta la medida en cuestión no es posible acceder a su cumplimiento coactivo.

Esta situación de no ejecutoriedad de la medida de fijación de obligación alimentaria provisional, se podría remediar de distintas maneras. Una de ellas sería la adición de un párrafo en el que se estableciera que la certificación del la resolución que

dicta la medida constituye título para promover su ejecución (ya fuera a través de la vía de apremio o del juicio ejecutivo). Otra, por la que nos inclinamos en modo personal, sería la de crear un verdadero procedimiento (de conocimiento sumarísimo) a cuyo término se decretaran qué medidas son confirmadas y cómo se procederá a su ejecución, dotando a dicha resolución de fuerza ejecutiva por mandato de la ley. Y nos inclinamos por esta opción, debido a que consideramos que si bien el proceso debe ser oportuno y rápido, también debe ser justo y la manera que sea justo es asegurando el contradictorio aunque fuera sumario para establecer la verdad. Al proceder de esta manera se podría dejar prevista una revisión del proceso mediante un proceso de conocimiento posterior, pero con la salvedad que para acceder a dicho proceso se deben cumplir las medidas dictadas en el proceso de violencia intrafamiliar.

Esto sería procedente porque así se crearía un proceso intermedio entre el proceso civil familiar o el proceso penal, que también pueden proceder con motivo de la violencia intrafamiliar, que tendría como finalidad detener de modo justo, rápido y oportuno la violencia en el núcleo de la familia.

CONCLUSIONES

1. La medida de fijación de obligación alimentaria provisional es de índole cautelar.
2. El procedimiento de violencia intrafamiliar, no posee etapa de cognición de hechos, que pueda proveerlo de certeza jurídica acerca de la realidad de los hechos denunciados como constitutivos de violencia intrafamiliar.
3. La medida de fijación de pensión alimentaria provisional, no puede ser ejecutada en forma coactiva, debido a que la resolución que la dicta, no posee carácter de título ejecutivo.
4. Para que las medidas contenidas en el Decreto 97-96 del Congreso de la República, puedan llegar a tener eficacia real, se requiere que se estructure un verdadero proceso para conocer acerca de la violencia intrafamiliar.
5. Al crearse un proceso para conocer los casos de violencia intrafamiliar, será viable que las medidas que se dicten en él puedan tener carácter cautelar, y si fuera el caso sancionatorio, o ejecutivo.

RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República, reforme el Decreto 97-96 del mismo órgano, para dotar de ejecutoriedad a la medida de fijación de obligación alimentaria provisional.
2. Que El Congreso de la República, realice la reforma anteriormente sugerida, a modo que tienda a que la obligación alimentaria provisional, pueda ser ejecutada a través de la ejecución en la vía de apremio.
3. Que a través del proceso legislativo el Congreso de la República, estructure en la ley de mérito, un proceso para conocer acerca de hechos de violencia intrafamiliar, en el que exista una fase de conocimiento y posteriormente exista una fase de declaración de certeza acerca de los hechos y las medidas a decretar.
4. Que se cree por la Corte Suprema de Justicia una instancia en la que se registren, respecto de cada persona, las resoluciones que en materia de violencia intrafamiliar se le dicten, a efecto de poder tener un mejor conocimiento de las circunstancias de cada caso, para así poder calificar los antecedentes y resolver con mayor apego a la realidad en cada caso.
5. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala, integre una comisión ad hoc, para realizar un proyecto de reforma al Decreto 97-96 del Congreso de la República, a efecto de fortalecerlo como proceso contra la violencia intrafamiliar.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco. Tomos I y II.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil.** México D.F.: Ed. Harla, 1995.

CHACÓN CORADO, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario.** Guatemala: Magna Terra Editores, 1999.

Fundación Tomás Moro. **Diccionario Jurídico ESPASA.** Madrid: Ed. Espasa Calpe S. A. 2003.

MONTERO AROCA, Juan; Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** Guatemala: Magna Terra Editores, 1999.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Edición electrónica. Guatemala, Guatemala: Data Scan S. A. 2003.

PRATT FAIRCHILD, Henry. **Diccionario de sociología.** México D. F.: Fondo de Cultura Económica. 1960.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Vigésima segunda edición. España, Ed. Espasa, 2001.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil.** Bogotá: Ed. Temis, 1997.

SAMAYOA, Roberto. **Medidas cautelares. Compendio para derecho procesal civil.** Guatemala: Impresos Praxis, 2000.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 y sus reformas, 1963.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73 y sus reformas, 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 y sus reformas, 1963.

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

Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia Intrafamiliar. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96, 1996.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Resolución aprobada en la séptima sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos, celebrada el 9 de junio del año 1994. Ratificada por el Congreso de la República de Guatemala en Decreto 69-94, 1994.