



Francisco Arrieta Gallegos

Impugnación
de las
Resoluciones Judiciales



DOS PALABRAS SOBRE UNA OBRA EJEMPLAR

por DAVID ESCOBAR GALINDO

Mi querido y admirado maestro, colega y amigo, Dr. Francisco Arrieta Gallegos, me ha otorgado el honor de que algunas apreciaciones mías vayan al frente de esta segunda edición de su notable y útil estudio sobre "Impugnación de las Resoluciones Judiciales". Considero un inmerecido homenaje a mi persona el que un jurista tan ilustre como el doctor Arrieta me permita poner estas palabras en el umbral de este libro tan valioso y especializado, y sólo puedo interpretarlo como expresión de afecto hacia un discípulo que, durante su trayectoria estudiantil se dedicó con ahínco al fecundo estudio del Derecho, que es sin duda la disciplina más idónea para estructurar el pensamiento y asimilar los valores más relevantes de la civilización.

Para mí el Derecho ha sido y es el molde de la conducta, y su vigencia y perfeccionamiento me han preocupado siempre, más aún en los últimos tiempos, en que el destino me ha hecho participar en la privilegiada responsabilidad de hallar senderos para la paz y la reconciliación en nuestra atormentada y esperanzada patria.

Mi promoción universitaria tuvo la fortuna de encontrar en el doctor Francisco Arrieta Gallegos a un mentor que nos acompañó durante casi todo el curso de nuestra formación en la inolvidable Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de El Salvador. Cuatro materias nos enseñó el doctor Arrieta: Código de Procedimientos Civiles, Libro I; Código de Procedimientos Civiles, Libro III, y Ley de Casación; Código Civil, Libro IV (Contratos); y Derecho Notarial y Ley de Notariado. El doctor Arrieta era y es un jurista erudito, con una vasta experiencia judicial y docente; pero la rama de su más entrañable especialidad es el Derecho Procesal Civil, con énfasis en el conocimiento profundo, ágil y avanzado de nuestra legislación procesal.

Cuando recuerdo las cátedras del doctor Arrieta, me vienen a la conciencia su lógica impecable, su vivacidad expositiva, su inagotable capacidad de relación, su conocimiento sabrosamente adobado por la experiencia y su penetrante manera de engarzar el mandato de la norma en la fluida materia de la realidad. Todo ello se lo dio al doctor Arrieta una vida dedicada al ejercicio del Derecho, como juez, como Magistrado, como litigante, como notario, como expositor y como profesor. El arte y la ciencia de juzgar requieren condiciones espirituales y técnicas muy específicas; el doctor Arrieta posee en abundancia tales condiciones, y eso lo ha llevado a desempeñarse en toda la gama de las responsabilidades judiciales: desde juez de paz hasta Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en dos

oportunidades en 1949, cuando nuestro autor estaba en la primera madurez, y desde 1989 hasta la fecha, cuando se halla en la culminación de su fructífera trayectoria

En la explicación del Libro III del Código de Procedimientos Civiles y Ley de Casación, el maestro Arrieta se desenvolvía con acentuada brillantez. Era, sin duda, su fuerte. El recorrido por los variados y complejos recursos que provee la ley para impugnar las decisiones judiciales, es de por sí compendioso y fascinante. Desde la necesaria clasificación de los recursos hasta la disección teórica y práctica de los mismos, el doctor Arrieta hace gala en esta obra de su versación que no deja resquicios a la inseguridad o al equivoco. La erudita claridad, que se logra con el sabio equilibrio entre el manejo de la doctrina, la fina ponderación de la ley y el acopio esclarecedor de la jurisprudencia, es el mérito más destacado de este libro, que sirve por igual al estudiante que necesita de orientación, al abogado que busca complementos integradores y al juzgador que requiere lineamientos seguros para su delicadísima tarea de trasvase y aplicación.

La ciencia procesal es relativamente nueva, pero ha tenido un intenso y glorioso desarrollo en el último siglo. Nuestro país se ha sumado a esas inquietudes desde que el doctor René Padilla y Velasco -mi inolvidable maestro y compañero de alanes limitrofes- escribiera sus "Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño", tesis doctoral de 1935. El presente libro del doctor Arrieta Gallegos, que ha merecido ya una segunda edición y tendrá de seguro muchas más, es también un hito científico de elevada significación. Su estudio y su permanencia están asegurados por su propio mérito. Debo confesarte, amable y acucioso lector, que al releer esta obra del maestro Arrieta he sentido no sólo la emoción de recordar lo que aprendí en las aulas, sino más aún el regocijo de constatar que nuestra bibliografía jurídica cuenta con trabajos de esta categoría, que de ninguna manera desmerecen ante los tratados extranjeros, de países con una más larga y rica tradición.

En septiembre de 1985, el doctor Arrieta Gallegos cumplió sus Bodas de Oro profesionales. En tal ocasión publiqué algunos artículos conmemorativos, de los cuales quiero extraer ahora los conceptos siguientes, con los que concluyo estas agradecidas palabras introductorias: "Nombres insignes dan lustre al pasado familiar del doctor Francisco Arrieta Gallegos. Baste recordar a dos juristas de preclara memoria: el doctor Salvador Gallegos y el doctor Reyes Arrieta Rossi, cuyas trayectorias de hombres públicos han dejado indelebles huellas en la historia de la patria. No es extraño, pues, que la vocación jurídica surgiera en él vigorosa desde la más temprana juventud.

El ejercicio de la carrera judicial, durante veinte años, afirmó de seguro en él otra vocación, que ejerció siempre con personalidad y entusiasmo la

de maestro en materias procesales. Durante veintisiete años, el doctor Arrieta Gallegos sirvió cátedras de su especialidad - y algunas otras, más tangencialmente-, aplicando en ellas lo vivido en la práctica cotidiana del Derecho, como juez, como magistrado y como litigante.

Su devoción por la cátedra - que le hacía atraer la atención y el interés de jóvenes en la edad del fácil descontento- manifestabase con la misma intensidad cuando el sistema de nuestra Facultad era totalmente de horas-clase como cuando se pasó a una etapa más orgánica de profesorado a tiempo completo. El fue uno de esos profesores, ya a mediados de la década de los sesenta; y el reposo que ofrece una labor más pausada en el campo de la enseñanza, le hizo adentrarse más decididamente en las nuevas temáticas del Derecho Procesal, que, sobre todo en Italia, ha alcanzado un desarrollo realmente notable. De la pura exégesis del Código - que había sido en gran medida la tarea de nuestros procesalistas tradicionales- se entraba de lleno a la elaboración doctrinaria, en la cual el doctor Padilla y Velasco fue el precursor entre nosotros. Arrieta Gallegos tomó también este camino con el fervor y con la energía de un joven togado, sin dejar por ello de lado el acervo que la vida había puesto en el haber de su experiencia.

Verdadero profesor es el que hace que lo arduo parezca sencillo, sin simplificarlo; el que maneja todos los aspectos de su materia con ágil naturalidad, sin olvidar los enlaces profundos que puedan darse entre ciertos temas; el que sabe poner una nota de vitalidad en el entramado lógico de los más compendiosos problemas técnicos; el que tiene siempre a la mano un caso práctico para aclarar un principio, una verdad o una norma que parecen oscuros por su simple enunciado general. Y si eso es lo que hace y logra el verdadero profesor. El doctor Francisco Arrieta Gallegos - igual que su hermano Manuel, en el campo del Derecho Penal- es un profesor en el mejor sentido de la palabra.

Y no sólo en sus cátedras directas, también en sus múltiples estudios breves, recogidos en pequeños folletos o separatas, que los estudiantes buscábamos siempre, seguros de hallar materiales útiles y preciosos para nuestro estudio. Y no únicamente en esos artículos específicos. También en sus ensayos de mayor aliento surge de inmediato el hombre de vocación didáctica. Citemos, para el caso, su importante obra, rápidamente agotada: "Impugnación de las Resoluciones Judiciales", volumen de 436 páginas, que es todo un valioso acopio de conocimientos y opiniones sobre esa parte tan apasionante y compleja del Derecho Procesal.

En la clase, en el artículo y en el libro, el doctor Arrieta Gallegos ha sido siempre eso, el profesor: es decir, el que cumple su deber dando a los demás, sin mezquindades ni reticencias, todo lo que sabe"

DEDICATORIA

Dedico esta obra, en primer lugar, a Toñita Gálvez de Arrieta, mi novia desde mediados de 1930 y esposa desde el 28 de noviembre de 1931, quien me dió ocho hijos bellos y por la misma razón de ser bellos, Dios, Nuestro Señor, se enamoró de cinco de ellos y se los llevó a formar parte de su Corte Celestial, dejándome sólo tres, que hoy son hombres trabajadores, padres de familias encantadoras.

También dedico este mi primer libro impreso, a todos mis ex-discípulos de Código de Procedimientos Civiles y Derecho Procesal Civil, entre ellos, especialmente, a dos, uno que ya goza de la Gloria de Dios y el otro que está luchando para triunfar en la noble profesión de la abogacía.

INDICE ANALITICO

PRIMERA PARTE

TITULO I

IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. RECURSO. NOCIONES PREVIAS.

	Pág.
I.- Principio de la Impugnación.	1
II.- Los Recursos.	2
III.- Procedimiento Posterior a la Sentencia.	2
1. Ineficacia Provisional de la sentencia.	2
2. "Error In judicando" y "Error in procedendo".	3
3. Agravio y Nulidad.	4
IV.- Característica del Recurso.	5
V.- Clasificación de los Recursos.	9
VI.- Recursos que interponen y resuelven por el mismo Juez o Tribunal que pronunció la sentencia.	13
1. Recursos de Mutación o Revocación.	13
A) Disposiciones legales que tratan de la Mutación o Revocación.	14
B) Trámite de la Mutación o Revocación de los Decretos de Sustanciación.	14
C) Diferentes clases de Sentencias Interlocutorias.	15
D) Significado de los vocablos Mutación y Revocación.	16
E) Diferencia de Trámites en la Revocación de los Decretos de Sustanciación y Sentencias Interlocutorias.	17
F) Audiencia a la parte contraria.	18
2. Recursos de Explicación y Reforma.	20
A) Explicación de la Sentencia.	21
B) Reforma de lo Accesorio.	22
C) Procedimientos de los Recursos de Explicación y Reforma.	23
D) Resolución Apelable	25
E) Revocación decretos sustanciación.	25
F) Interposición de los recursos ante Tribunales Superiores.	26

TITULO II

LA APELACION

I.-	Concepto.	33
II.-	Nociones Históricas.	33
III.-	Fundamento del Recurso.	34
IV.-	Características legales del recurso.	34
V.-	Elementos de la Apelación.	36
	A) Objeto de la Apelación.	36
	B) Sujetos de la Apelación.	39
	1. Apelación por las partes.	39
	2. Apelación de los terceros.	40
	C) Efectos de la Apelación.	47
VI.-	Problemas de la Apelación.	54
	1º. Interposición de la Apelación.	54
	a) Ante quien se interpone.	54
	b) Recurso de hecho.	55
	c) Como se interpone la apelación.	56
	d) Quien Puede Apelar.	58
	e) Término en que se apela.	58
	2º. Efectos de la Apelación.	62
	3º. Resoluciones Apelables.	62
	A) Resoluciones de admitir apelación en ambos efectos.	62
	1º. Sentencias definitivas de juicios ordinarios.	64
	2º. Interlocutorias con fuerza de definitivas pronunciadas en juicios ordinarios.	66
	3º. Sentencias definitivas pronunciadas en juicios sumarios.	66
	4º. Sentencias definitivas en juicios verbales cuando la cantidad que se litiga, excede de cien colones.	67
	5º. Sentencias Ejecutivas pronunciadas en juicios ejecutivos.	68
	6º. Sentencias definitivas pronunciadas en solicitudes que se tramitan sumariamente.	68
	7º. Sentencias que ordena una participación o la declara sin lugar.	69

8º.	Sentencia que aprueba una participación efectuada o manda a reformarla.	69
9º.	Resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios, haciendo imposible su continuación.	69
10º.	Interlocutorias que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar.	69
11º.	Interlocutorias que deniega el concurso de acreedores.	72
12º.	Interlocutorias que tiene por legalmente reconocidas en cotumacia, obligaciones contenidas en documentos privados.	72
13º.	Interlocutoria que señala plazo para la ejecución de una obligación.	73
14º.	Ciertos decretos de sustanciación-14o. Bis. Final art. 984.	74
15º.	Sentencias que enumera el art. 935 Pr., cuando se profieren a favor de la parte demandada.	79
16º.	Resolución que ordena la inscripción de un Título Supletorio o la declara sin lugar.	79
17º.	Resolución que declara fundada la oposición y sin lugar el Título Supletorio o aprueba la información.	80
18º.	Resolución que resuelve una solicitud de desembargo o desinventario o la declara sin lugar.	81
19º.	Resolución que ordena la anotación preventiva de la demanda, o la declara sin lugar.	81

B) RESOLUCIONES QUE SOLO ADMITEN APELACION EN EL EFECTO DEVOLUTIVO. 82

10.	De oposición de sellos o levantamiento de éstos.	83
20.	De las que ordenen la práctica de inventarios.	84
30.	De las que versen sobre reparaciones urgentes.	85
40.	De las que ordenan el apremio personal o la rendición de una cuenta.	86
50.	Del nombramiento de guardadores.	89
60.	De prestación de alimentos en juicios sumarios.	90

7o.	De la sentencia que declare la interdicción provisoria.	91
8o.	De la sentencia que trata de la restitución de un despojo de amparo de posesión.	91
9o.	Las sentencias recaídas sobre las acciones posesorias especiales de que habla el Título XIII. Lo. II del Código Civil	92
10o.	De las resoluciones que ordenan la prestación de fianzas o aprobación de ellas.	92
11o.	Las resoluciones sobre depósito judicial.	93
12o.	De las resoluciones de declaratoria de pobreza.	93
13o.	Las que mandan caucionar las resultas del juicio.	93
14o.	Auto que declara sin lugar las excusas de un curador especial.	94
15o.	Auto que ordena el embargo de bienes en juicio ejecutivo.	94
16o.	Las que la Ley sólo concede apelación en el efecto devolutivo.	95
C)	RESOLUCIONES QUE NO ADMITEN APELACION	95
1o.	Los decretos de sustanciación y sentencias interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas.	95
2o.	Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar LA RENUNCIA DEL DERECHO DE APELAR.	95
3o.	De las sentencias pronunciadas en virtud de juramento decisorio o confesión judicial expresa.	96
4o.	De las sentencias de los arbitadores.	97
5o.	De las sentencias de los árbitros de Derecho cuando las partes no se reservaron en el compromiso el derecho de apelar.	97
6o.	De las sentencias que declaran pasada en autoridad de cosa juzgada o ejecutoriada una sentencia.	98
7o.	De las sentencias que recaigan sobre tachas de peritos.	98
8o.	De las que declaran desierta una apelación.	98
9o.	Las pronunciadas en las causas de deudas a cualquier parte de los Ramos de la Hacienda Públi-	

	ca, mientras la cantidad no se consigne en el Tesoro Público.	98
10o.	De las interlocutorias pronunciadas en los juicios ejecutivos o sumarios, salvo del caso del No. 15 del art. 985 Pr.	99
4o.	Trámite de la apelación en Primera Instancia.	100
	A) EFECTOS QUE DETERMINAN LA INTERPOSICION DE LA APELACION.	100
	1. Primer caso.	101
	2. Segundo caso.	101
	3. Tercer caso.	101
	B) ADMISION O RECHAZO DE LA APELACION	102
	C) EFECTOS DE LA ADMISION Y NO ADMISION DE LA APELACION.	102
	D) EMPLAZAMIENTO DE LAS PARTES, TERMINO DEL MISMO.	104
	E) REMISION DEL PROCESO.	107
5o.	Trámites de la apelación en Segunda Instancia.	109
	a) Facultad de la Cámara de calificar de oficio la apelación admitida.	109
	b) Presentación o personación de las partes;	110
	c) Artículo previo;	111
	d) Traslado al apelante para que exprese agravios;	112
	e) Puntos apelados;	113
	f) "Reformatio in Pejus" o Reforma en Perjuicio.	114
	g) Traslado al apelado para que conteste agravios y adhesión a la apelación.	115
6o.	Recepción a pruebas en Segunda Instancia.	118
	a) Nociones generales;	118
	b) Antecedentes Históricos en la Legislación Salvadoreña;	118
	c) Sistema Eclético;	119
	d) Opinión de Couture;	120
	e) Enumeración taxativa de los casos específicos en que procede la recepción a pruebas en Segunda Instancia; y	120
	f) Análisis de los distintos casos en que procede la recepción a prueba.	121
	1o. Cuando las partes pretenden ampliar sus peticiones en lo accesorio como sobre réditos o frutos.	121
	2o. Cuando el demandado pretenda alegar nuevas excepciones y probarlas;	122

3o.	Cuando las partes pretendan reformar con documentos los hechos alegados en la Primera Instancia;	123
4o.	<i>Cuando el tercero opositor coadyuvante</i> tenga que probar algún hecho importante, a juicio de la Cámara, y que no hubiere sido propuesto por el principal.	123
5o.	Al promover el incidente de falsedad de las escrituras presentadas por la contraria en Segunda Instancia.	124
6o.	Al promoverse la verificación de la firma que hubiere sido negada o desconocida por la parte contraria a quien se opone un documento privado en Segunda Instancia.	125
7o.	Para probar hechos que propuestos en Primera Instancia no fueron admitidos.	126
8o.	Para examinar testigos que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio no fueron examinados en Primera Instancia por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte.	126
g)	Tramitación de la recepción a prueba en Segunda Instancia.	128
1.	Término y forma de pedirlo traslado a la contraria y resolución de la Cámara.	128
2.	Efectos de la denegativa de recepción a prueba en Segunda Instancia.	129
3.	Término de prueba y forma de recibir las probanzas de las partes.	130
4.	Traslado para alegar de bien probado.	131
5.	Casos en que no procede la recepción a pruebas en Segunda Instancia.	131
	Opinión del Dr. Padilla y Velasco.	131
	Opinión del Dr. Humberto Tomasino.	133
	Síntesis de las tesis expuestas.	134
	Opinión del Autor.	135
	Recepción a prueba en los Juicios Verbales.	136
7o.	La decesión y rebeldía en Segunda Instancia.	137
a)	DESERCIÓN DEL RECURSO DECLARADA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.	137

1)	Cuando no se remite el proceso al tribunal superior por culpa del apelante en el término legal.	137
2)	Si el apelante no hubiese suministrado el papel necesario para la certificación en término legal.	137
3)	Trámites de la deserción en los dos casos anteriores.	138
B)	Deserción del recurso declarada por la Cámara de Segunda Instancia.	139
1)	Si remitido el proceso al tribunal superior, no compareciere ante él el apelante, vencido el término de emplazamiento hecho por el Juez.	140
2)	Si no se introdujere el proceso a la Cámara, vencido el término del emplazamiento.	141
3)	Cuando introducido el proceso en el Tribunal Superior y presentadas las partes, el apelante no sacase los autos de la oficina en los seis días subsiguientes a la notificación del decreto en que se le manda entregar el proceso.	142
4)	Si el apelante, después de haber sacado los autos los devolviera sin escrito de expresión de agravios.	143
C)	Disculpas del apelante o casos en que no se declara la deserción por comprobación de un justo impedimento de parte del apelante.	144
D)	Casos y trámites del apremio corporal cuando cualquiera de las partes no devuelve los autos.	146
E)	La deserción de los recursos en otros juicios.	148
F)	Efectos de la deserción.	149
G)	Rebeldía del apelado - Tramitación - Efectos.	150
	TRAMITACION.	150
	EFFECTOS.	150
8o.)	De la sentencia de Segunda Instancia.	151
A)	Facultades y limitaciones del Tribunal de Apelación	152
B)	Análisis de las facultades que la ley concede a las Cámaras de Segunda Instancia al sentenciar en grado de apelación.	153

1a.	Resolver los puntos apelados.	154
2a.	Resolver aquellos puntos que debieron haber sido y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes.	155
3a.	Las Cámaras de Segunda Instancia tienen también la facultad de hacer presente a las partes, cualquier nulidad de procedimiento que conste en el proceso.	155
4a.	También pueden los Tribunales de Apelación, anular las sentencias apeladas, pronunciando la conveniente.	155
5a.	Los Tribunales de Segunda Instancia tienen la facultad de declarar de oficio la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros poderes.	156
6a.	También pueden los Jueces o Tribunales de Apelación al pronunciar sentencia, hacer a los jueces inferiores.	156
C-	Otras facultades que concede la ley a los Tribunales cuando pronuncian sentencia.	156
1)	Revisar los presupuestos procesales en general	156
2)	Ineptitud de la demanda.	158
3)	Suplir las omisiones de los demandantes y demandados si pertenecen al derecho.	158
4)	Resolver lo concerniente a las costas del proceso.	158
5)	Resolver sobre lo accesorio de la acción en que fundamenta sus pretensiones el actor.	159
D)	Prohibiciones que la ley señala a las Cámaras de Segunda Instancia cuando conocen en grado de apelación.	160
E)	Problemas que se les plantea a las Cámaras de Segunda Instancia cuando el proceso termina anormalmente.	161
1o)	Sobreseimiento en Segunda Instancia.	161
2o)	Transacción o arbitramento.	162
F)	Diligencias para mejor proveer.	163
G)	Alegatos en estrados.	165
H)	Tiempo, forma y votación de las sentencias definitivas de los Tribunales Superiores.	165

1.-	Obligación de pronunciar sentencia.	165
2.-	Fallecimiento de una de las partes.	166
3.-	Término para sentenciar.	166
4.-	Queja por retardación de justicia.	167
5.-	Obligación de estudiar el proceso antes de sentencia.	167
6.-	Inhabilidad de un Magistrado para sentenciar.	167
7.-	Discordia.	167
8.-	Conjueces.	168
9.-	Honorarios Magistrados Suplentes y Conjueces.	168
10.-	Responsabilidad de Magistrados Propietarios, Suplentes y Conjueces.	169
I)	Redacción de la Sentencia definitiva.	169
J)	Libramiento de la Ejecutoria.	172
	RECURSOS DE HECHO	174
I.-	Generalidades.	174
II.-	Cuando procede el Recurso de Hecho.	175
1)	Tiempo para interponerlo.	175
2)	Tribunal ante quien se interpone.	175
3)	Forma de interponerlo.	176
I	III.- Procedimientos y Facultades del Tribunal Superior.	176
1)	Facultad del Tribunal de rechazar la apelación interpuesta con base en la simple lectura de la solicitud.	176
2)	Libramiento de provisión al Juez inferior para que remita los autos.	177
3)	Si la negativa de la apelación fuere cierta, el Juez remitirá la causa.	177
4)	Calificación de la apelación por la Cámara.	178
5)	Despacho de emplazamiento al apelado.	178
6)	Casación.	179
7)	Casos de atentado	179
	RECURSO ORDINARIO DE REVISION	180
10.	Por razones de la cuantía de lo que se litiga.	180

2o.	En los procesos de disenso para contraer nupcias.	181
3o.	El que protestare de la forma en que se ejecuta la sentencia.	181
4o.	Recurso de Revisión en materia Penal.	182

RECURSO DE EXPLICACION DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA 182

I.-	Procedimiento que se sigue en este recurso.	182
II.-	Contestación de la parte contraria.	184
III.-	Resolución del Juez o Tribunal.	184

TERCERA PARTE

RECURSOS EXTRAORDINARIOS

CAPITULO PRIMERO

DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA

1) NOCIONES GENERALES

El recurso extraordinario de queja, tendrá lugar en dos casos:	187
1o.- Por atentado cometido; y	
2o. Por retardación de Justicia.	

DEFINICIONES

CASOS DE ATENTADO

Primer Caso de atentado	187
Segundo caso de atentado	187
Tercer caso de atentado por despojo de posesión.	188
Puede interponerse:	
1o.- Mediante el recurso especial de queja por atentado.	190
2o.- Mediante el recurso de apelación.	190
3o. Haciendo mérito en la apelación como algo accesorio de lo principal; y	190
4o.- Por medio de Amparo Constitucional.	191

Cuarto caso: cuando se dicta sentencia definitiva estando pendiente la recusación o se resuelve algo después de notificado de la recusación. 192

Quinto Caso: cuando se dicta sentencia definitiva estando pendiente el juicio en otro Tribunal. 192

Sexto Caso: cuando se dicta resolución estando pendiente competencia. 194

Séptimo caso: aunque la ley no lo diga, considero atentatoria cualquier resolución que se provea después de interponerse recurso de casación que no sea la remisión de autos al Tribunal respectivo. 195

NO HAY LUGAR AL RECURSO DE QUEJA EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES QUE NO ADMITEN NINGUN RECURSO, SINO EL RECURSO DE RESPONSABILIDAD. 196

PROCEDIMIENTOS QUE PODRA EMPLEAR EL PERJUDICADO PARA QUEJARSE DEL ATENTADO CONTRA EL. 156

A) RECURSO DE QUEJA DEL ATENTADO POR APELACION. 196

B) RECURSO DE QUEJA POR ATENTADO COMETIDO. 197

C) TRIBUNAL COMPETENTE Y PUNTOS QUE DEBE CONTENER LA SENTENCIA QUE DECLARA EL ATENTADO. 198

CAPITULO II

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR RETARDACION DE JUSTICIA EN QUE CONSISTE LA RETARDACION DE JUSTICIA. 195

PROCEDIMIENTOS PARA USAR DE ESTE RECURSO. 201

TERCERA PARTE

RECURSO DE NULIDAD EN LAS INSTANCIAS. 203

1o) Definición y efecto.	203
CONCEPTO DE NULIDAD	204
2o) Nulidad de los actos procesales.	204
3o) Diferencias entre nulidades procesales y civiles.	207
PRINCIPIOS APLICABLES A LA NULIDAD	208
1) <i>Nulidad de fondo y de forma.</i>	208
CONSECUENCIAS QUE DISTINGUEN A LAS TRES NULIDADES.	209
a) Si la nulidad fuere de fondo.	209
b) Si la nulidad es de forma.	209
c) Si la nulidad consiste en incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse.	210
Ejemplos:	
a) Nulidad por incompetencia del territorio.	210
b) Incompetencia por razón de la materia.	210
c) Incompetencia por razón de la cuantía.	210
d) Incompetencia por razón de la calidad del demandado-demandado el Estado	211
e) Demandados altos funcionarios del Estado.	211
f) Demandados Jueces de Primera Instancia.	211
g) Demandados Jueces de Paz y Administradores de Renta.	212
2. PRINCIPIOS DE ESPECIFICIDAD	213
3. PRINCIPIO DE CONVALIDACION	213
CONSECUENCIAS DE ESTE PRINCIPIO (NOTA)	216
CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE NULIDAD.	228

NOTA: Diferentes casos de nulidades contenidas en nuestra Jurisprudencia en la que se emitieron magníficas opiniones, por nuestros grandes juristas, Dres. Antonio Rafael Méndez y Angel Góchez Castro, las que merecen ser estudiadas, razón por la que se transcriben en las siguientes páginas: 217 a la 229.

NULIDADES ABSOLUTAS.	229
NULIDADES RELATIVAS.	233
1) INCOMPETENCIA DE JURISDICCION	233
2) FALTA DE RECEPCIÓN A PRUEBA.	234
A) EN PRIMERA INSTANCIA.	234
B) EN SEGUNDA INSTANCIA.	240
3) DENEGACION DE PRUEBAS.	241
4) La falta de emplazamiento, citación o notificación que no sea para contestar la demanda, conceptualizada como nulidad relativa, cuando la falta de emplazamiento es relativa y cuando es absoluta, quien puede alegarla, forma de subsanarse -Jurisprudencia.	247
5) Cuando se dicta una resolución definitiva o interlocutoria sin audiencia de parte legítima cuando la ley lo ordena.	252
A) Concepto de sentencia.	253
B) Sentencias interlocutorias.	253
C) Sentencias Definitivas.	254
D) Concepto de Audiencia.	254
E) Nulidad por falta de audiencia.	255
F) Excepciones.	257
G) Efectos de la declaratoria de nulidad por falta de audiencia - quien puede alegarla y trámite.	258
EXPLICACION SOBRE EL DESPACHO SANEADOR	259
6) Toda sentencia, decreto o diligencia judicial que no esté autorizada en la forma legal, es nula.- Sexta Nulidad.	269
7) La séptima nulidad aparece en el art. 1120.	270
l) NULIDAD EN EL ARBITRAMENTO.	272
8) Nulidades de las pruebas en los juicios conciliatorios verbales y ejecutivos.	274
9) Ratificación expresa y tácita de las nulidades relativas.	276
10) Procedimientos para alegar una nulidad relativa en Primera o Segunda Instancia.	276

11)	En qué forma se decide una nulidad relativa.	277
12)	Naturaleza de la sentencia que decide una nulidad relativa.	278
13)	Recurso contra dichas sentencias, ya sea que se declare y se deniegue la nulidad - jurisprudencia.	278
14)	Diferencia entre anularse el proceso y anular el acto procesal.	281
15)	En principio ninguna nulidad puede ser declarada de oficio si no solo a solicitud de parte.	281
16)	Variedad y desorden del Código en el tratado de las nulidades.	283
	RECURSO DE RESPONSABILIDAD	284
	OBRAS CITADAS O CONSULTADAS	287
	LEYES CITADAS O CONSULTADAS	289
	ABREVIACIONES USADAS	291
	SENTENCIAS DE REVISTAS JUDICIALES	293

IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. RECURSOS. NOCIONES PREVIAS.

I. PRINCIPIO DE LA IMPUGNACION

Es fundamental en el procedimiento que todo acto del Juez que pueda lesionar los intereses de una de las partes, o causarle agravios, como dice nuestra ley procesal, o que sirva para impulsar el proceso, y conducirlo a sus distintas etapas preclusivas, sea impugnabile, es decir, que exista algún recurso contra él, para que se enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido.

No puede concebirse la existencia de actos de decisión o impulsión que no sean impugnables.

Según Couture, los recursos son genéricamente hablando medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiere (antes que haya precluido su derecho, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación o anulación.

Otro Uruguayo, Rafael Gallinal, se expresa así: "Los recursos son los medios que se acuerdan a los litigantes, para hacer dejar sin efecto las resoluciones que les perjudican, sea por el mismo Juez o Tribunal que las dictó, sea por el superior, y también en ciertos casos, para poder obtener una resolución o para obtenerla completa."

Por su parte, Camelutti, citado por Manuel de La Plaza, atribuye a todos los procedimientos de impugnación, el carácter de medios idóneos para alcanzar el fin supremo de lograr la justicia que el proceso debe perseguir.

Y de La Plaza opina: "No cabe decir que la impugnación es un remedio contra la sentencia injusta, sino un medio de fiscalizar la justicia de lo resuelto; tesis que permite, sin atacar en su fundamento el principio de que el proceso, y por tanto la sentencia que le pone término, son instrumentos productores de certeza, aumentar las garantías de justicia de lo resuelto, no sólo en consideración al privativo interés de las partes, sino, lo que es más importante, en contemplación de un supremo interés social."

Miguel Alonso Cabrerros, al comentar el canon 1879 del Derecho Canónico, manifiestan lo siguiente: la apelación no debe considerarse como un recurso contra la injusticia del juez inferior, sino como un medio concedido por la ley para corregir la sentencia.

II. LOS RECURSOS

Nuestra ley procesal no define lo que es el recurso, ni los enumera, y aún más los estudia en diferentes Libros del Código.

Para nuestro estudio, tomaremos en consideración únicamente tres definiciones del recurso, a saber:

1º La del gran Couture quien dice: "Recurso quiere decir literalmente regreso al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso".

2º El profesor colombiano Hernando Devis Echandía, lo define así: "Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio (injudicando) o de procedimiento (in procedendo) que en ella se hayan cometido".

3º El Dr. René Padilla y Velasco, salvadoreño, en su tesis doctoral, da la siguiente definición: "La facultad que concede la ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento, para reclamar contra las resoluciones o falta de resolución, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante otro superior, para que las enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule".

Con los recursos se impugnan las resoluciones del Juez. Con ellos se persigue, esencialmente la revocabilidad, como un remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del Juez, o la nulidad de la misma como un remedio contra su invalidez.

En otras palabras, la impugnación es el género y el recurso de la especie.

III. PROCEDIMIENTO POSTERIOR A LA SENTENCIA

1. Ineficacia provisional de la sentencia.

De acuerdo con Couture dictada y notificada la sentencia de primera instancia se abre una nueva etapa del procedimiento durante la cual ella queda a merced de la impugnación de las partes.

Esa posibilidad de impugnación consiste en la facultad de deducir contra el fallo los recursos que el derecho positivo autoriza.

Entre los numerosos recursos del derecho procesal hispanoamericano, deben destacarse por su importancia, indica Couture, el de apelación y el de nulidad.

Conviene anticipar que estos recursos, agrega, son procedimientos técnicos de revisión surgidos a raíz de la impugnación formulada por la parte lesionada. Esta tacha a la sentencia de injusta o de nula. A partir de ese instante, el fallo queda provisionalmente privado de sus efectos.

2. "Error in iudicando" y "error in procedendo".

Antes de entrar al estudio de los recursos de apelación y nulidad, recomienda Couture se considere en qué puede consistir la tacha o impugnación.

De acuerdo con él, el Juez puede incurrir en error en dos aspectos de su labor: uno de ellos consiste en la desviación o apartamiento de los medios señalados por el Derecho Procesal para la dirección del juicio. Por error de las partes o por error propio, puede el Juez con este apartamiento disminuir las garantías del contradictorio y privar a las partes de una defensa plena de su derecho. Este error compromete la forma de los actos, su estructura externa, su modo natural de realizarse, se le llama tradicionalmente "error in procedendo". Nuestra Ley de Casación lo denomina en el Art. 2º literal b) "quebrantamiento de algunas de las formas esenciales del juicio".

El segundo error o desviación no afecta a los medios de hacer el proceso, sino a su contenido. No se trata ya de la forma sino del fondo, del derecho sustancial que está en juego en él. Este error consiste normalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable o en no aplicar la ley aplicable, o como dice la Ley de Casación en el Art. 3. 1º violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes. También puede consistir en una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta a la validez formal de la sentencia, la que, desde ese punto de vista puede ser perfecta, sino a su propia justicia. Se le llama también tradicionalmente "error in iudicando". Nuestra Ley de Casación lo denomina infracción de ley o de doctrina legal en el literal a) del art. 2 y el art. 3 señala los distintos casos en que se puede incurrir en infracción de ley; así como el art. 4 dice cuando tendrá lugar el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Cuando el Juez omite, por ejemplo, el emplazamiento del demandado, incurre en un error de forma. El vicio de forma consiste en que la omisión del emplazamiento crea un grave peligro jurídico, a raíz de esa omisión puede ser condenado un demandado que ya había pagado su deuda, porque no tuvo la oportunidad de defenderse; pero también puede ocurrir lo contrario: que el Juez halle en los autos la prueba del pago y

absuelva al demandado. El error entonces, ha carecido de trascendencia. En tal caso, de acuerdo con nuestro art. 1115 Pr. la nulidad no se declara, porque no ha producido ni puede producir perjuicio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

Puede ser que el proceso se haya realizado a través de todas las formas dadas por la Ley Procesal del tiempo y del lugar, y hallarse desde ese punto de vista en forma perfecta. Pero si el juez erró al leer, o al razonar o al decidirse por la ley aplicable, la sentencia, aunque válida en su sentido formal, puede ser injusta en su contenido sustancial.

Con ambos ejemplos, se advierte con suficiente nitidez que el error in judicando, cuya consecuencia natural, como se ha dicho, es la sentencia injusta, constituye lo que en nuestro derecho se llama, con una palabra de absoluto casticismo, agravio. Y que la sentencia que es fruto de error in procedendo, constituye lo que se conoce en todos los órdenes del derecho con el nombre de nulidad.

3. Agravio y nulidad.

Siguiendo siempre a Couture él nos dice que: "El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral. El litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infiere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues, la apelación. Nuestro Código dice en el art. 980 Pr. que la apelación o alzada es un recurso ordinario que la ley concede a todo litigante cuando crea haber recibido agravio por la sentencia del Juez inferior, para reclamar de ella ante el tribunal superior.

Entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio.

La nulidad, por su parte, es la desviación en los medios de proceder. Esos medios de proceder no son nunca como su nombre lo indica fines en sí mismos, ya que el procedimiento por el procedimiento no se concibe. Sólo se concibe como posibilidad formal de obtención de ciertos fines. El recurso dado para reparar la nulidad es la anulación. Pero en la terminología habitual de nuestros países no se utiliza esta palabra, sino, simplemente, la de recurso de nulidad. Se denominan del mismo modo el vicio y el modo de repararlo; el mal y el remedio. En nuestra legislación, anteriormente se le denominaba recurso extraordinario de nulidad, hoy se le denomina recurso de casación, porque casación, vocablo de origen latino, caso-as-are quiere decir quebrantar, anular, o lo que es lo mismo, con la casación se persigue anular una sentencia que adolece del vicio, ya sea en

su forma o en su fondo. El Profesor Couture pone este ejemplo: Los actos jurídicos, en general, son susceptibles de revocación o de modificación cuando se advierte que no responde a las exigencias económicas o sociales del tiempo y del lugar. Un contrato que no funciona bien, se rescinde, (o rescilia) y se sustituye por otro; un reglamento que no satisface se deroga y se reemplaza por otro mejor; una ley inadaptada a las necesidades actuales se deroga y se sanciona otra en su lugar. Por la misma línea de razonamiento, dice, una sentencia que no satisface la necesidad de justicia, debe sustituirse por otra que la satisfaga.

Pero la naturaleza especial de la sentencia, agrega, reclama un nuevo elemento: la necesidad de certeza.

Efectivamente, conviene que las sentencias sean justas; y por necesidad de justicia, sería menester dejar el proceso siempre abierto a una posibilidad de renovación y otorgar una serie ilimitada de recursos, con el objeto de reparar los vicios que con el andar del tiempo pueden hallarse en la sentencia.

Pero al lado de la necesidad de justicia aparece la necesidad de firmeza. La necesidad de firmeza exige que se declare de una vez por todas, cuál es la justicia, o sea cuál es el derecho que el Estado reconoce. Todo el problema de los recursos no es otra cosa que una pugna entre ambas exigencias. Las sentencias deben ser justas, pero una forma de injusticia consiste en que se invierta la vida entera para llegar a la sentencia definitiva.

Por esa razón, dice más adelante, la tendencia de nuestro tiempo es la de aumentar los poderes del Juez y disminuir el número de recursos. Es el triunfo de una justicia pronta y firme sobre la necesidad de una justicia buena pero lenta.

La impugnación debe hacerse oportunamente, hasta cierto momento, llegado el cual la resolución o decisión judicial adquiere firmeza (porque ha precluido el término correspondiente), de lo contrario, sería imposible concluir un juicio y se pecaría contra la certeza jurídica.

IV. CARACTERISTICAS DEL RECURSO.

Este estudio se limitará al análisis de los recursos judiciales de acuerdo con nuestra legislación procesal civil; por tal razón tomaremos como base la definición que de recurso da el doctor Padilla y Velasco por ser la que más se adapta a nuestros Procedimientos Civiles y así podemos manifestar que las Características de los Recursos Judiciales en nuestra legislación Procesal Civil son las siguientes:

1º Es facultativo. Lo que quiere decir que la parte puede o no hacer uso de él, no está obligada a interponerlo, excepto para el Procurador, quien tiene la obligación de apelar de la sentencia adversa, a no ser que expresamente se lo haya prohibido su poderdante, art. 115 8º Pr.

2º) Es renunciable. Las partes pueden renunciar del recurso expresa o tácitamente. La renuncia expresa se puede hacer o ante el Juez, conformándose con la sentencia, como lo expresa el art. 445 1º Pr., o previamente por escritura pública otorgada por ambas partes contratantes, escritura que generalmente se suscribe con anterioridad al proceso, o sea cuando las partes contratan. En este caso, la resolución que se dicte no es recurrible, especialmente apelable, conforme lo expresa el ord. 2º del art. 986 Pr. Decimos que se puede renunciar expresamente a la apelación, porque los recursos extraordinarios en principio son irrenunciables, pues la ley procesal permite la renuncia de aquellas normas procesales, cuando sólo miren al interés particular del renunciante, como lo es la apelación. Mas no así la casación que se la considera presidida por el interés público, ya que persigue mantener la pureza de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia; por tal motivo, es irrenunciable. Nuestra ley lo reconoce en el art. 62 Pr. al referirse al anterior recurso de nulidad, sustituido hoy por el de casación.

También puede renunciar una de las partes al derecho de apelar, con anticipación al proceso, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, reconocido por nuestra legislación en los arts. 12 C. y 2 Pr., que disponen: el primero que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia, y el segundo, que las partes pueden renunciar a los procedimientos establecidos a su favor en lo civil de una manera expresa.

Este principio o derecho de renuncia individual a la apelación, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia en sentencias que aparecen publicadas en las Revistas Judiciales de 1961 pág. 176 y 1962 pág. 202. Sentencias que dicen así: La Primera:

"DOCTRINA:

No es apelable por parte de los ejecutados, la sentencia de remate pronunciada en juicio ejecutivo si en el documento base de la acción los deudores han renunciado expresamente al derecho de apelar.

Es lícita la renuncia del derecho de apelar de la sentencia de remate manifestada en un documento de mutuo, pues tal renuncia mira únicamente al interés personal del renunciante y no está prohibida su renuncia; no siendo necesario para la validez de ésta, el que se haya

notificado al renunciante la sentencia de la cual se apela.

Consecuente, no ha lugar a casar el auto por el cual se declara sin lugar la admisión de una apelación, cuando en el documento base de la acción los deudores manifestaron renunciar a ese derecho, pues tal renuncia no viola lo establecido en los arts. 600 y 986 N° 2 Pr."

Y la segunda:

"DOCTRINA:

Aún en países cuyas legislaciones no autorizan expresamente la renuncia preventiva de la apelación, la validez de ella ha sido admitida por la jurisprudencia y la doctrina, pues siendo un recurso introducido en favor de los litigantes, los cuales pueden renunciarlo tácitamente no interponiéndolo dentro del término legal y aún desistir de él una vez interpuesto, nada impide que puedan hacer esta renuncia por medio de un pacto. Y si esto es así en las legislaciones dichas, donde la facultad de renunciar es un lógico corolario del derecho que pertenece a cada uno de disponer de las cosas propias, con mayor razón en la nuestra, donde dicha renuncia está expresamente reconocida. Arts. 113 N° 2º y 986 N° 2º Pr.

Nuestro Código contempla dos situaciones: la del N° 1 del art. 445 Pr., ordenando que las sentencias reciben autoridad de cosa juzgada, cuando las partes hacen un reconocimiento expreso de la pronunciada; y lo dispuesto en los arts. últimamente dichos.

Admitir que dicho pacto sólo puede tener por objeto sentencias pronunciadas, equivaldría a reconocer que los artículos últimamente citados no son necesarios, por ser prácticamente una repetición del art. 445 Pr., ya que bastaría con éste para obtener los fines perseguidos por los dos artículos de referencia.

La renuncia en estos casos, por una de las partes, solamente la obliga a ella y no a sus sucesores, que aunque sean los continuadores de sus derechos y obligaciones, siempre tienen el derecho de defensa que es personalísimo, reconocido en nuestra Constitución Política en el art. 11 CP. al establecer el derecho de audiencia. Así lo reconoce nuestra jurisprudencia en sentencia publicada en la Revista Judicial de diciembre de 1919, Tomo XXIV, N° 8, pág. 371. En cuanto al Procurador, para que pueda renunciar expresamente de un recurso, necesita poder especial, tal como lo ordena el ord. 2º del art. 113 Pr.

La renuncia tácita se da cuando las partes no se alzan de la sentencia pronunciada o no continúan sus recursos en el término que señalan las leyes, como lo prescribe el ord. 2º del art. 445 Pr.

3º De todo recurso se puede desistir una vez interpuesto. La diferencia que establece nuestra legislación en cuanto al desistimiento en los recursos ordinarios y extraordinarios, es la siguiente: si se trata del desistimiento de un recurso ordinario, para que el Juez pueda resolver, se necesita previamente la aceptación del desistimiento por parte de la contraria, ya sea personalmente o por medio de su procurador con poder especial, tal como lo prescriben los arts. 465 y 113 numeral 5º Pr. En cambio, si se tratare del recurso de Casación, cuando el recurrente desiste de él, el tribunal aceptará el desistimiento con solo la vista del escrito que lo contenga, art. 17 Ley de Casación. La razón de dicha diferencia estriba en el hecho fundamental de que en los recursos ordinarios hay instancia y todos los procedimientos se efectúan a solicitud de parte y previa audiencia de la contraria, pena de nulidad, art. 1118 Pr.; en cambio, en los recursos extraordinarios, como no constituyen instancia los tribunales proceden en forma inquisitiva, o sea de oficio; y por tal razón sus providencias las pueden dictar sin previa audiencia de la contraria.

4º Los recursos ordinarios los pueden interponer, no sólo las partes que han intervenido en el proceso, actor y reo, sino también un tercero a quien la sentencia perjudica o aproveche, tal como lo permite los arts. 982 y 1248 Pr. En cambio, en los recursos extraordinarios sólo pueden recurrir las partes que hayan intervenido en el proceso y no terceros, en vista de que no hay ninguna disposición legal que permita que recurra el tercero.

5º El recurso se puede interponer; no sólo en un juicio o proceso, sino también en cualquier procedimiento o diligencia de jurisdicción voluntaria; así lo han interpretado nuestros tribunales en varias sentencias; y tienen razón, pues hay recursos, como los de revocatoria, apelación y casación que no están limitados a los juicios sino que la ley los admite en todos los procedimientos. Nuestro Código en el art. 4 define el juicio como una controversia legal; pero hay procedimientos judiciales en los que no hay controversia, como los asuntos de jurisdicción voluntaria, o sea la que se ejerce por el Juez en todos los actos en que por su naturaleza, por el estado de las cosas o por voluntad de las partes, no hay contienda o controversia, cuestión o litigio y no como la define nuestro Código en el art. 25 Pr. Dicha jurisdicción voluntaria puede ser "inter valentes", o sea la solicitud de una persona a quien interesa la práctica de una diligencia judicial, o de varias personas que están de acuerdo y buscan al Juez para imprimirle un sello de autenticidad, como por ejemplo, la apertura y publicación de un testamento cerrado, una aceptación de herencia, etc.; en cualquiera de estos procedimientos si el Juez negare la solicitud del interesado, éste podría recurrir de ella ante un tribunal superior. Como se ve pues, el recurso se puede

interponer no sólo en un juicio, sino en cualquier otro procedimiento, siempre que con la resolución se le causare un daño irreparable al interesado.

6º El recurso no sólo sirve para reclamar contra las resoluciones del juez, sino también contra la falta de resolución, como en el caso del recurso de queja por retardación de justicia, a que se refieren los arts. 1111 al 1114 Pr.

7º Los recursos se pueden interponer no sólo ante el Juez que pronunció la sentencia, que es lo corriente, sino que ante el tribunal superior, como los de queja por retardación de justicia o el de queja por atentado, que establece el 1107 Pr., o el recurso de hecho, que se interpone ante el tribunal que debe conocer en grado, cuando deniega la apelación el Juez o tribunal inferior, según lo autorizan los arts. 989 y 1028 Pr.

8º Por último, los recursos se interponen para que el juez que pronunció la sentencia la enmiende o explique, como en los casos a que se refieren los arts. 426 y 436 Pr., que comprenden los recursos de mutación o revocación de sentencias interlocutorias y el de explicación de la sentencia definitiva o reforma de la misma en lo accesorio, como daños y perjuicios, intereses, frutos y costas; o se interpongan para que el tribunal superior reforme, revoque, confirme o anule la sentencia apelada o recurrida, tal como lo establecen los arts. 428 y 1089 Pr.; o para reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido el atentado, art. 1109 Pr.; o con el fin de que se case la sentencia y se pronuncie la que fuere legal, o se mande reponer el proceso desde el primer acto válido, tal como lo regulan los arts. 18 y 19 LC.

A continuación se presenta un cuadro que contiene la síntesis de las características que se dejan expuestas, para una fácil comprensión de ellas.

VER CUADRO PAG. 10

V. CLASIFICACION DE LOS RECURSOS

Se pueden hacer varias clasificaciones de los recursos. La primera, según su naturaleza, en ordinarios y extraordinarios, y la segunda, según el tribunal que los resuelve, en recursos que resuelve el mismo Juez o Tribunal que pronunció la sentencia o por un Juez o Tribunal Superior.

1) Recursos que resuelve el mismo juez o tribunal que pronunció la sentencia:

Los recursos que se interponen y resuelve el mismo Tribunal que pronunció la sentencia, son de dos clases: mutación o revocación, de que

- 1) **FACULTATIVO** No hay obligación de apelar, excepto en el caso del Art. 115-8a Pt. Por consiguiente, la parte puede hacer uso de él si quiere.
- 2) **HUNCIABLE** Las partes pueden renunciar de él expresa o tácitamente, Art. 445 1º y 2º. También pueden renunciar anticipadamente al juicio, siempre que lo hagan por medio de escritura pública, ya sea las 2 partes como lo permite el Art. 986 2º Pt., o por una sola, con base en los Arts. 12C., 2 y 113-2ª Pt. La renuncia sólo obliga al renunciante y no a sus herederos, ni sucesores en general, por ser un derecho personalísimo.
- 3) *Interpuesto el recurso, se puede desistir de él -arts. 465 y 113 5º Pt., 17 LC, y 603 CT*
- 4) Pueden interponerlo, no sólo las partes, sino también el tercero a quien la sentencia perjudique o aproveche: Arts. 982 y 1248 Pt.
- 5) Son apelables, no sólo las resoluciones providas en juicio, sino también en cualquier procedimiento o diligencias de jurisdicción voluntaria.
- 6) Se dá, no sólo contra las resoluciones de Juez, sino contra la no resolución, arts. 1111 al 1114 Pt.

**CARACTERÍSTICAS
DEL RECURSO**

tratan los Arts. 425 y 426 Pr. y el de explicación y reforma, comprendidos en los Arts. 436 y 1086 Pr.

2) Recursos Ordinarios:

Los recursos ordinarios se clasifican así: 1) Mutación o revocación; 2) Explicación; 3) Reforma; 4) Revisión; 5) Apelación.

3) Recursos Extraordinarios:

Recursos extraordinarios: 1) Queja por retardación de justicia; 2) Queja por atentado; 3) Casación.

4) Procedimientos que no son recursos:

Hay procedimientos que sirven para garantizar la idoneidad e imparcialidad de los funcionarios judiciales, sin embargo la ley impropiaamente los llama recursos, considerándolos como extraordinarios, a saber: 1) Recusación; 2) Impedimentos y excusas; y 3) Competencia. arts. 1152, 1182 y 1193 Pr.

5) Recursos Especiales:

Recursos sui-generis o especiales: 1) el recurso de hecho que es el mismo de apelación, sólo que en vez de interponerse ante el Juez que pronunció la sentencia recurrida, se interpone ante el Juez o Tribunal superior en grado, en vista de la denegativa de admisión del recurso por parte del Juez o Tribunal inferior. Arts. 989 y 1028 Pr.; 2) Recursos de revisión en la ejecución de la sentencia. Art. 443 Pr.; y 3) Recurso de responsabilidad contra los funcionarios judiciales. Art. 49, inc. 3º Pr.

6) Recursos constitucionales:

Otro grupo de recursos. Recursos o procedimientos constitucionales. 1) EL de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos. 2) El de amparo, y 3) el de Exhibición de la persona o "habeas corpus". Arts. 183 y 247 inc. 1º y 2º CP, y 1 L. P. C.

La anterior es la clasificación que de los recursos hace nuestra ley, señalando los procedimientos para interponerlos y tramitarlos hasta que se pronuncie la sentencia correspondiente. La ley señala las disposiciones aplicables a estos recursos y a otros procedimientos judiciales civiles, ya lo sean en segunda instancia, en casación o en los procedimientos de primera instancia.

Por separado se presenta un cuadro que presenta una visión general de todos los recursos referidos, para fácilmente memorizarlos.

CUADRO PAGINA 12

Clasificación
de los
recursos

- I.-
- A) Los que se plantean ante el mismo Juez o Tribunal que dictó la sentencia y este los resuelve.
- B) Los que se plantean ante el mismo Juez que pronunció la sentencia recurrida, pero son resueltos por otro Juez o Tribunal.
- II.-
- A) Ordinarios
- 1) Mutación o revocación de los decretos de sustanciación y sentencias interlocutorias
 - 2) Explicación y Reiteración en lo accesorio de la sentencia definitiva.
 - 3) Revisión
 - 4) Apelación. Arts. 503 y 980 Pr.
- b) Extraordinarios
- 1) Queja por retardación de justicia. Arts. 1104-2º y 1111 al 1114 Pr.
 - 2) Queja por alenado. Arts. 990, 992, 1022, 1100 y 1104-1ª Pr.
 - 3) Casación. Art. 89-1ª. CP y art. Preliminar de L. de C.
- NOTA: Hay procedimientos que sirven para garantizar la idoneidad e imparcialidad de los funcionarios judiciales, sin embargo la ley imprópiamente los llama recursos y los incluye entre los extraordinarios, a saber:
- a) Recusación. Art. 1152 y siguientes Pr.
 - b) Impedimentos y excusas. Arts. 1182 y siguientes Pr.
 - c) Competencia. Arts. 1193 y siguientes Pr.
- III.-
- Recurso "Su género o especies"
- 1) Recurso de Reiteración. Art. 1028 Pr.
 - 2) Recurso de revisión en la ejecución de las sentencias. Art. 443 Pr.
 - 3) Responsabilidad contra los funcionarios judiciales. Arts. 49 inc. 3º Pr.
- IV.-
- Recurso de procedimientos constitucionales
- 1) El de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos. Art. 183 CP, y L.P.C.
 - 2) El Amparo. Arts. 11 CP y L.P.C.
 - 3) El de exhibición de la persona o "habeas corpus". Art. 13 inc. 2º C.P.

1) Mutación o revocación de los decretos de sustanciación y de sentencias interlocutorias. arts. 425 y 426 Pr.

2) Da explicación o reiteración en lo accesorio de sentencias definitivas (Arts. 436, 1086 y 1087 Pr.)

1) Revisión. Arts. 51, 443 inc. 2º, 436, 503 y 808 Pr.

2) Apelación. Arts. 503 y 980 Pr.

VI. RECURSOS QUE SE INTERPONEN Y RESUELVEN POR EL MISMO JUEZ O TRIBUNAL QUE PRONUNCIÓ LA SENTENCIA

Comencemos el estudio por el primer grupo de recursos, o sean los que se interponen ante el Juez que pronunció la sentencia recurrida y que resuelve el mismo juez o tribunal que la pronunció. Estos recursos se dividen en dos grupos: en el primero, están los de mutación o revocación de los decretos de sustanciación y sentencias interlocutorias, comprendidos en los arts. 425 y 426 del Pr.; y en el segundo grupo, los de explicación de las sentencias definitiva y reforma de la misma en lo accesorio, como daños y perjuicios, frutos, intereses y costas, que nuestra ley estudia en los arts. 436 y 1086 del Pr.

1. Recursos de Mutación o Revocación:

Con respecto a la mutación o revocación se plantea en primer lugar esta cuestión: *¿Esos recursos pueden interponerse únicamente ante los Jueces que conocen en primera instancia, o pueden también interponerse ante los jueces y tribunales que conocen en segunda instancia o en casación?* La contestación a esa pregunta es afirmativa, no obstante que en los arts. 425 y 426, el legislador diga que podrán "los Jueces" hacer las mutaciones o revocaciones, etc., porque el vocablo "juez" o "jueces" que usa el legislador, comprende no sólo a los que están actuando en primera instancia, sino también a los Magistrados que actúan en segunda instancia o en casación.

La segunda pregunta que se plantea es *¿Cuál es el fundamento jurídico de estos recursos? o ¿Cuál es la razón de su existencia legal?* La contestación es la siguiente: estos recursos se basan en la confianza del legislador en la honorabilidad y lealtad de los hombres encargados de la administración de justicia, dándoles la oportunidad de enaltecerse, enmendando ellos mismos los errores que hubieren cometido, o como dice Gallinal, que el Juez tenga honestidad suficiente como para interrogar su propia conciencia y juzgar según la verdad.

Es indudable que es más fácil que un juez o magistrado enmiende un error de poca consideración, como sería el que podría cometer en los decretos de sustanciación y autos o sentencias interlocutorias, que los errores que pudiera cometer en una sentencia definitiva, la cual se pronuncia después de un estudio detenido de la causa; esa es una razón por la que la ley sólo permite la revocación o mutación de los decretos de sustanciación, autos y sentencias interlocutorias y no la mutación o revocación de la

sentencia definitiva, la que una vez pronunciada es irrevocable, para seguridad de las partes. En cuanto a la revocación es muy conocida la frase que dice: "el rectificar es propio de caballeros", por esa razón la ley faculta a los jueces o tribunales que rectifiquen sus errores en resoluciones de poca consideración

Ahora surge esta otra tercera pregunta, con relación a estos recursos. ¿Cuál es la naturaleza de estos recursos? ¿Ordinarios o extraordinarios? Los dos grupos de recursos que estamos estudiando, son siempre ordinarios, porque se discute en ellos en toda su plenitud la resolución o sentencia dictada, y, además, porque ninguna resolución, ni ningún juicio se haya exceptuado de estos recursos. De ahí que se puedan interponer y resolver no sólo cuando los jueces y tribunales, actúan en primera instancia, sino que también cuando proceden en segunda instancia o en casación.

A) DISPOSICIONES LEGALES QUE TRATAN DE LA MUTACION O REVOCACIÓN:

Los arts. 425 y 426 del Pr., tratan de la mutación o revocación. El primer art. dice: "en los decretos de sustanciación, podrán los jueces hacer las mutaciones o revocaciones que sean justas o legales si las partes lo piden, o de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia definitiva" El segundo art. dice: "en las sentencias interlocutorias, podrán los jueces hacer de oficio las mutaciones o revocaciones que sean justas y legales dentro de tres días desde la fecha en que se notifiquen, pero a petición de partes si es hecha en el mismo día o al siguiente de la notificación, podrán hacer mutaciones o revocaciones dentro de tres días desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria, quedando a las partes en uno u otro caso expeditos sus recursos, en los mismos términos que indica el art. 436".

B) TRAMITE DE LA MUTACION O REVOCACION DE LOS DECRETOS DE SUSTANCIACION

De acuerdo con estas dos disposiciones legales los procedimientos que la ley señala para la mutación o revocación de los decretos de sustanciación y de las sentencias o autos interlocutorios, es distinto. Los decretos de sustanciación según el art. 419, son las providencias que expide el juez en el curso de la causa, son resoluciones o providencias que no producen estado, es decir, con ellas no se resuelve un artículo o incidente, ni lo principal del juicio, sino que la tramitación del mismo; muchas de esas resoluciones no tienen mayor relevancia y por esas circunstancias

es que no producen estado ni son firmas; por tal razón puede el juez revocarlas de oficio en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia definitiva, como lo dice el art. 425.

De esos decretos de sustanciación podrán los jueces hacer las mutaciones o revocaciones que sean justas o legales, si las partes lo piden o de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia definitiva. Por ejemplo, el Juez abre el juicio a pruebas y el demandado le pide revoque esa resolución, porque aún no ha contestado la demanda, ni ha sido declarado rebelde, es decir, el Juez se anticipó a abrir el juicio a pruebas; en ese caso el Juez revoca la resolución, la deja sin efecto. Otro ejemplo: el Juez señala para el examen de los testigos que presentar una de las partes, un día que es de fiesta, y hasta notificó a las partes; pero después el Juez nota su error; en ese caso proveerá una resolución que dirá: "notando el suscrito juez que el día tal, señalado para el examen de los testigos que presentar la parte tal es de fiesta, revócase la resolución anterior y señalase nuevamente para dicha diligencia el día tal". Otro ejemplo: en un juicio ordinario, el Juez ordena se dé la causa en traslados por seis días a las partes para que aleguen de bien probado, comenzando por la parte actora, entonces una de las partes, le hace ver que todavía no se ha concluido el término de prueba que se está anticipando al ordenar ese traslado; el Juez en ese caso, revoca la resolución y la deja sin efecto. Esas son las resoluciones o decretos de mera sustanciación que no producen estado; puede revocarse a pedimento de parte o de oficio, en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, sin otro trámite, es decir, sin oír a la parte contraria.

C) DIFERENTES CLASES DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

El Art. 426, se refiere a las sentencias interlocutorias ¿Cuales son las sentencias interlocutorias? El Art. 418 las define diciendo, "Sentencia interlocutoria es la que se da sobre algún artículo o incidente". Pero hay tres clases de sentencias interlocutorias, a) las que pudiéramos llamar interlocutorias simples, b) las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva y c) las que ponen término al juicio haciendo imposible su continuación. Las segundas las define el art. 984 inc. 2º así, Se llaman interlocutorias con fuerza de definitiva las sentencias que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva" Las terceras, son a las que se refiere el 3er. inc. del mismo art. 984 Pr. y que menciona también el numeral 1º del art. 1º de la Ley de Casación, cuando dice, "Tendrá lugar el

recurso de casación en los casos determinados por esta ley: contra las sentencias definitivas y las interlocutorias que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación.

Hay pues, tres grupos de sentencias interlocutorias: a) Las simplemente interlocutorias que resuelven un artículo o incidente; por ejemplo: la que aprueba la fianza rendida por el actor; b) Las interlocutorias con fuerza de definitiva, que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva; por ejemplo: la resolución que ordena la anotación preventiva de la demanda; y c) las que ponen término al juicio, haciendo imposible su continuación; por ejemplo: la que declara desierta una acción, o sobresee en los juicios ejecutivos.

Hay una resolución que frecuentemente proveen los jueces y es la siguiente: presenta alguien una demanda y el juez considera que dicha demanda está fuera de ley, que no se ha presentado con las formalidades legales, o por cualquiera otra circunstancia que es improcedente y resuelve así: "Declárase sin lugar por ahora" ¿Cuándo pondrá la resolución? ¿mañana? ¿pasado? o ¿la otra semana? Dicha resolución hace imposible la continuación del juicio, y es revocable y apelable en ambos efectos. Otros jueces resuelven diciendo: "sin lugar la demanda interpuesta por Pedro por ser improcedente", pero no dicen por qué es improcedente y un Juez está obligado a citar la disposición legal en que fundamenta su resolución. Si las partes, cuando alegan un derecho deben citar el artículo en que lo apoyan, con mayor razón el juez cuando resuelve; la ley se lo obliga en el art. 421 que dice: "las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en leyes vigentes ..."; el juez tiene que citar el art. en que funda su resolución; pero no usar de esa frase corriente de "sin lugar por improcedente"; ¿Por qué es improcedente?; siempre se tiene que decir por qué razón es improcedente. Eso es lo correcto.

D) SIGNIFICADO DE LOS VOCABLOS MUTACION Y REVOCACION

Nuestro Código usa tanto en el art. 425 como en el 426, de los vocablos mutación o revocación; esos dos vocablos significan lo mismo o tienen un significado diferente? El Dr. Padilla y Velasco en su Tesis Doctoral, dice lo siguiente: Revocar, es dejar sin efecto una resolución. Y Revocación, es la anulación de un mandato o de un decreto. "Mutación", es sinónimo de mudanza, y ésta tiene como una de sus acepciones, la inconstancia o variedad en los dictámenes, o sea, pues, resolver hoy una cosa contraria o

distinta a la que se resolvió anteriormente, siendo sinónimo de mudar de opinión, de cambiar de criterio.

Toda revocación es una mudanza, una mutación; a la inversa, todo cambio de criterio o mudanza, aún cuando solo sea resolver una cosa distinta de lo que anteriormente se resolvió, lleva en sí el dejar sin efecto, el revocar la resolución anterior. Luego, pues, revocación y mutación es, para el criterio del legislador, la misma cosa y se trata en el fondo del mismo recurso.

En los dos párrafos siguientes el Dr. Padilla y Velasco, hace la historia de estos dos artículos en las diferentes ediciones de nuestros Códigos de procedimientos Civiles, así: "Las ediciones y Códigos de 1857, 1863 y 1878, hacían la diferencia, tramitando de la misma manera la revocación o mutación de los decretos de mera sustanciación y la mutación o revocación de los autos simplemente interlocutorios, y se tramitaba de distinta manera cuando el recurso era de una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, o sean las que producen daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva. Pero el legislador del Código de 1880, unificó el trámite del recurso para toda clase de sentencias interlocutorias, dejando, pues, un trámite distinto cuando el recurso se refería a un decreto de mera sustanciación.

Hoy persiste la misma diferencia desde la fecha últimamente mencionada; siendo en un todo idéntica la redacción de los artículos que tratan de dichos recursos."

E) DIFERENCIA DE TRAMITES EN LA REVOCACION DE LOS DECRETOS DE SUSTANCIACION Y SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.

Los decretos de sustanciación se pueden revocar a petición de partes o de oficio, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia, sin trámite alguno, según lo establece el art. 425 Pr.

En cambio, para revocar una sentencia interlocutoria, de cualquier naturaleza que fuere, si se hace de oficio por el Juez, solamente podrá hacerlo dentro de los tres días siguientes desde la fecha en que se notifique, pues pasado ese tiempo ya no puede hacerlo el juez de oficio.

Si es a solicitud de partes, dicha solicitud debe presentarse el día de la notificación de la interlocutoria o el día siguiente, de lo contrario ya no es admisible la petición de revocatoria, por ser extemporánea, o sea precluyó el derecho de la parte.

Resuelto el recurso de revocación pueden las partes interponer

los otros recursos legales, como el de apelación.

Sucede corrientemente que algunos litigantes, por malicia, con el fin de retardar los procedimientos, o por decidia o ignorancia, piden la revocatoria de una interlocutoria, vencido el término que para tal fin les concede la ley. Algunos lo hacen creyendo que al declararles el juez sin lugar la revocatoria pedida, por haber presentado su petición extemporáneamente, podrán después apelar de la interlocutoria, si ésta es apelable, en virtud de que el art. 426 Pr., en su parte final, dice que le queda a las partes en uno u otro caso expeditos sus recursos, en los mismos términos que indica el art. 436, es decir, que después de resolver el juez la revocatoria pedida, ya sea concediéndola o denegándola, pueden apelar de la sentencia principal. De dicho recurso hacen uso algunos litigantes cuando ya no pueden apelar en tiempo de la sentencia principal, y entonces creen que pidiendo revocatoria de la interlocutoria; al resolverles el juez dicha petición, podrán después apelar de la sentencia principal; creyendo de buena o mala fe que en el término para apelar se suspende o rehabilita por la petición de la revocatoria. Ciertamente el término para apelar se suspende cuando la revocatoria se pide en tiempo, más no cuando dicha petición se hace extemporáneamente.

F. AUDIENCIA A LA PARTE CONTRARIA

Decíamos que la petición de revocatoria debe ser hecha el mismo día de la notificación de la interlocutoria o al siguiente, que en tal caso los jueces podrán hacer las revocaciones o mutaciones dentro de tres días desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria.

De acuerdo con lo que dice la ley pareciera ser que al pedirse la revocación de una interlocutoria se da traslado a la parte contraria antes de resolver dicha petición; más no es así; de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1270 Pr., las solicitudes sobre revocaciones y explicaciones de sentencias se sustanciarán oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad.

Aparentemente ambos artículos se contradicen, ya que uno dice que se dará traslado a la parte contraria y el otro que la revocatoria se sustanciará oyendo a la parte contraria. Pero no hay contradicción: jurídicamente hablando, la audiencia a la parte contraria, equivale a darle un traslado de la solicitud de la otra parte que pide la revocatoria; se manda a oír a la parte contraria a la que pide, para que emita su opinión y esa audiencia equivale a un traslado; no es un traslado para que saque los autos, sino que la solicitud del que pide la revocatoria se traslada a la parte contraria para que la conteste. En esa forma han interpretado ambos artículos

nuestros Tribunales superiores en sentencias que ha pronunciado.

• La audiencia es esencial para que el juez resuelva. No puede un juez, en principio, resolver un escrito de revocatoria sin oír previamente a la parte contraria, pena de nulidad, de acuerdo con el art. 1270. Sin embargo el mismo artículo señala dos excepciones, en las cuales no es necesario oír a la parte contraria.

Esas dos excepciones son: la primera, cuando la resolución que se va a proveer es favorable a la parte contraria que se debió haber oído; por ejemplo: en un juicio una de las partes pide la revocatoria de la resolución, y el Juez se la va a declarar sin lugar, entonces, por economía procesal, la ley autoriza al juez que omita la audiencia a la parte contraria, a cuyo favor se ha proveído la primera resolución. Así lo ordena el art. 1290: "Los traslados sobre articulaciones pueden renunciarse en el acto de notificación, y aún deben omitirse siempre que la resolución haya de ser favorable a la parte a quien hubiere de darse traslado."

La segunda excepción la señala el art. 1118. Es otro caso en el que no es necesario ese traslado o audiencia a la parte contraria: Cuando la petición que ha hecho alguien no tiene otra mira que la de demorar el proceso, como lo permite el art. 1118: "Toda resolución, sea definitiva o interlocutoria, dada sin audiencia de parte legítima, cuando la ley la prescribe estrictamente, es nula, salvo el caso del art. 1115, y excepto las que se toman para rechazar artículos impertinentes que no tienen otro objeto que el de demorar el curso de la causa".

En este caso el juez, tiene facultad de omitir la audiencia a la parte contraria sin que se produzca nulidad.

Si es un abogado el que promueve esos artículos impertinentes, nos remitimos a otra disposición, la del art. 1293, la cual en su primera parte dice: "Todo abogado que promueva artículos ilegales será condenado en las costas que en ellos se causaren a las partes. Si las solicitudes o gestiones fueren conocidamente maliciosas, o sin otro objeto que demorar o complicar el asunto, y en especial si apareciese delito o falta, el juez, de oficio, dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia, quien, comprobado el hecho a juicio prudencial de la misma, suspenderá al abogado, escribano o procurador culpable, aunque no aparezca firmado en dichas solicitudes o cuestiones". Este art. es de los que ha propuesto la Corte Suprema de Justicia que se reformen.

Sobre el mismo punto tenemos una disposición constitucional, la del Art. 182 atribución 12a. de la Corte Suprema de Justicia, que la faculta suspender a los Abogados por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional,

o por privada notoriamente inmoral; inhabilitarlos por venalidad, cohecho, fraude o falsedad y rehabilitarlos por causas legales. En los casos de suspensión e inhabilitación procederá en forma que la ley establezca (que es la sumaria), y resolverá con sólo robustez moral de prueba. Las mismas facultades ejercer respecto de los notarios. Si a la Corte Suprema de Justicia un juez le informa de que un Abogado está promoviendo artículos ilegales, que son conocidamente maliciosos o sin otro objeto que demorar o complacar el asunto, puede entonces la Corte, mediante un procedimiento especial (sumario), suspender en sus funciones al abogado. La misma atribución le señala el art. 51, numeral 3º de la Ley Orgánica Judicial.

2) Recursos de explicación y reforma.

Estudienmos ahora el procedimiento que se sigue en el recurso de explicación de las sentencias definitivas y reformas de las mismas en cuanto a lo accesorio como lo son intereses, frutos o costas.

El art. 418 Pr. define las sentencias definitivas como la que pronuncia el Juez concluido el proceso, resolviendo el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado. Dicha definición es incompleta porque sólo comprende las sentencias de condenación o absolución y no las demás. Por tal motivo podemos decir, como Couture, que sentencias definitivas son las que el Juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido; o aquellas en que, concluido el proceso, el Juez resuelve sobre las pretensiones o puntos controvertidos por las partes.

Las sentencias definitivas, una vez pronunciadas por el juez o tribunal que las dictó, jamás pueden ser mutadas o revocadas como las interlocutorias. Así lo prescribe el art. 436, en su primera parte: "Pronunciada la sentencia definitiva, no se revocará ni enmendará por ningún motivo" Esta es la regla a que se sujetan todas las sentencias definitivas. Pero si se podrá según lo permite la segunda parte de tal artículo "a pedimento de cualquiera de las partes, presentado dentro de 24 horas de notificada la sentencia, explicar, dentro de tres días contados desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria, algún concepto obscuro, o hacer las condenaciones o reformas convenientes en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos, quedando expeditos a las partes los recursos de ley contra la sentencia indicada, desde que se les notifique la segunda resolución".

Establecida la regla de que las sentencias definitivas no se revocarán o enmendarán por ningún motivo, se señala la excepción que comprende dos casos: primero, la de explicar los pasajes oscuros de una sentencia sin

modificar el fondo de la misma y segundo, la de hacer las condenaciones o reformas convenientes en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos.

Una sentencia se compone, por lo menos, de dos partes: la principal, que es la que motivó la demanda y en la cual se resuelve sobre las pretensiones o puntos controvertidos por las partes y la otra accesoria que resuelve: o sobre daños y perjuicios, o sobre intereses y frutos, y siempre sobre costas, ya sea condenando al demandado al pago de las mismas, absolviéndolo porque las debe pagar el actor que no probó su acción o declarando que no hay especial condenación en costas, cuando ambas partes han sucumbido en puntos de sus pretensiones, Art. 439 Pr.

De esa parte principal de la sentencia sólo puede pedirse explicación de algún concepto obscuro, mas no mutación, revocación o reforma. De la parte accesoria relativa a costas, daños y perjuicios, frutos e intereses, se puede pedir reforma. Pasemos a estudiar cada uno de estos casos.

A- Explicación de la sentencia.

En cuanto a la primera parte, según hemos reiterado, la ley franquea a las partes el derecho de pedir la explicación de algún concepto obscuro. El artículo 427, regla 3a. nos dice que: "En la redacción de la sentencia definitiva de la primera o única instancia se observarán las reglas siguientes:... (3a.) En los "considerandos" estimará el valor de las pruebas conducentes y de los argumentos principales de una y otra parte, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes y citando las leyes y doctrinas que considere aplicables". Pues bien, estos considerandos o apreciaciones jurídicas que hace el juez en su sentencia, puede que sean oscuros y que aparentemente sean contradictorios con el mismo fallo. La parte tiene entonces derecho de pedirle al juez o tribunal que le explique el punto obscuro. ¿Con qué objeto? Con el objeto de ver si interpone el recurso que la ley le franquea.

Es conveniente señalar aquí un aspecto: Hemos subrayado que pueda ser que las apreciaciones jurídicas que hace el juez en su sentencia aparentemente sean contradictorias. Ahora explicaremos sucintamente el efecto que acarrearía el que realmente fueren contradictorias. Distingamos dos situaciones: La primera es cuando se trata de una sentencia pronunciada en Segunda Instancia, en grado de apelación. En tal caso puede ser motivo de un recurso de Casación. El art. 3, numeral 3º de la Ley de Casación dice: "El recurso por infracción de ley o de doctrina legal, tendrá lugar:... 3º) Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, otorgue más de lo pedido o no haga declaración respecto de algún

extremo", y el numeral 7º de ese mismo art. dice: "Cuando en la apreciación de las pruebas haya error de derecho; o error de hecho, si éste resultare de documentos auténticos, públicos o privados reconocidos, o de la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas". Del tenor de las disposiciones transcritas concluimos que en estas sentencias el juez, al ir haciendo las apreciaciones jurídicas del hecho controvertido, con base en las pruebas presentadas, se puede contradecir o cometer errores de derecho o de hecho, o el fallo puede ser incongruente con las pretensiones de las partes otorgando más de lo pedido o no haga declaración respecto de algún extremo. En estos casos si la sentencia es pronunciada en segunda instancia, en grado de apelación, la parte agraviada puede pedir que se case la sentencia. Pero antes, si algún punto aparece obscuro, ella precisa de una explicación por parte del tribunal sentenciador para ver si efectivamente la sentencia adolece de alguno de los vicios apuntados y entonces hacer uso del recurso que la ley le franquea, es decir, el de casación.

La segunda situación es cuando la sentencia hubiere sido pronunciada en Primera Instancia. En tal caso procede apelar y aún en algunos de estos aspectos, aunque la parte no se refiera a ellos en la expresión de agravios, la Cámara respectiva tiene competencia para conocer de esos puntos incongruentes, contradictorios o que no hayan sido resueltos, no obstante haber sido demandados por las partes, según disposición del art. 1026 Pr. que dice: "Las sentencias definitivas del tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados a aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes". En este caso también, si en las consideraciones jurídicas que el juez formula, hay algún punto obscuro que pudiera interpretarse como constitutivo de alguna de las deficiencias apuntadas, las partes tienen el derecho de que se les explique y ya con esa explicación confirmar si la apelación puede promoverse o no.

B) Reforma de lo accesorio.

En cuanto a la reforma de la sentencia por lo accesorio, la ley también concede derecho a las partes de pedir esas reformas sobre puntos que el juez pudo olvidar en su sentencia, o si el juez ha cometido un error, el cual no es de tanta gravedad ni de tanta importancia, porque no se refiere a lo principal de la causa. Por ejemplo: El juez dice en los considerandos de la sentencia: "Y por las razones expuestas el actor ha comprobado plenamente su acción y procede condenar al demandado al pago de la cantidad reclamada e intereses convencionales" y al poner el fallo expresa: "Condénase

al demandado al pago de la cantidad reclamada e intereses legales". Los intereses demandados fueron los convencionales y se probó su existencia. El juez incluso así lo reconoció en los considerando pero por error usó la palabra "legales" en el fallo. Procede entonces... pedir reforma de esa parte accesoría de la sentencia. Otros casos serían, por ejemplo, cuando el juez condena a pagar intereses a la parte demandada desde el día de la mora y se equivoca en cuanto a la fecha en que ésta se inicia. O cuando, habiendo sucumbido ambas partes en sus pretensiones, el juez, por error, condena a alguna de ellas con costas; en todos esos casos puede pedirse reforma de la sentencia, a fin de que se declare que no hay especial condenación en costas. Puede darse también el caso de que en un juicio reivindicatorio, en el que el poseedor lo ha sido de mala fe y el juez olvida condenarlo al pago de frutos. *Procede aclarar aquí que la sentencia sólo fijará el monto de los frutos cuando su cuantía se ha probado en el curso del juicio.* Cuando no se ha probado a cuanto ascienden, el juez condenará a su pago y debe irse a otro juicio para establecer su cuantía.

C) Procedimientos de los recursos de explicación y reforma.

Hemos establecido los principios generales de ambos recursos. Estudiaremos ahora cómo y cuando se interponen, de qué manera se tramitan, y en qué forma los resuelve el juez o tribunal.

En primer lugar los recursos de explicación de la sentencia definitiva o de reforma de la misma en lo accesorio se interponen siempre por escrito, en el papel sellado correspondiente, con todos los requisitos que la ley señala. Por ejemplo: los de explicación llevarán la designación del juez, nombre de las partes con sus generales, el juicio a que se refiere, la razón por la que se considera oscura la sentencia, cuál es el punto en que se considera oscura, en qué sentido, especificar qué se pide la explicación de la misma y se concluye con la fecha en letras y lugar en que se presenta el escrito, más la firma del recurrente y la del Abogado Director, si actúa por sí.

El plazo para la interposición del recurso es el de 24 horas, contadas desde la hora en que se le notificó a la parte la sentencia definitiva. El término para interponer estos recursos difiere del recurso de revocación o de mutación. El art. 426 prescribe que el recurso de mutación o revocación se puede interponer el día de la notificación o el siguiente. En cambio, en la explicación la ley fija 24 horas desde la notificación. ¿Porqué esa diferencia? La razón la encontramos en el hecho de que la sentencia definitiva es más importante, resuelve lo principal del asunto y por tal motivo el plazo para pedir la explicación o reforma es más corto.

En nuestros tribunales se presentó un caso sobre este punto muy interesante. Se interpuso un recurso a las 25 horas de haber sido notificada la sentencia; cuando el que lo interpuso se dió cuenta de que lo había presentado extemporáneamente, interpuso el recurso de nulidad, que antes existía, pero también lo hizo extemporáneamente. La Cámara tramitó primero el de explicación de la sentencia y lo declaró extemporáneo. El recurrente repitió su recurso de nulidad. Como la Cámara de 2a. Instancia no tenía facultad para resolver sobre la admisibilidad o no del recurso remitió los autos a la Cámara de Tercera Instancia de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, para que resolviera. Esta Cámara declaró también extemporáneo el recurso de nulidad, porque había sido interpuesto fuera de tiempo y la razón principal fue ésta: Si se admitiera que la parte puede interponer el recurso a que se refiere la parte final del 436, extemporáneamente, se llegaría al absurdo de que para poder interponer un recurso de apelación o de casación cuando ya fuere extemporáneo, bastaría con interponer primero el de explicación aunque fuere extemporáneo y después que se declare sin lugar ese recurso, por extemporáneo, interponer el otro, puesto que de acuerdo con el art. 436: "resuelto el asunto le quedan expeditas a las partes los recursos de ley contra la sentencia indicadas, desde que se les notifique la segunda resolución". Como hemos dicho, la anterior es una interpretación absurda o maliciosa de tal disposición. Debe entenderse que se aplica esta parte del art. en comento, cuando el recurso de explicación o reforma se interpuso en tiempo. Si el primer recurso se interpuso extemporáneamente el término para interponer los otros recursos corre y no se suspende; solamente se suspende el término cuando se interpone en tiempo el primer recurso, ya sea de revocación o mutación o de explicación de la sentencia o reforma de la misma en lo accesorio.

El trámite del recurso es idéntico al de revocación o de mutación. Al respecto el art. 1270 Pr. dice: Las solicitudes sobre revocaciones y explicaciones de sentencia se sustanciarán oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad, salvo lo dispuesto en los arts. 1118 y 1290". Es decir, presentada la solicitud de explicación de la sentencia o de reforma de la misma en lo accesorio, el juez o tribunal manda oír en la siguiente audiencia a la parte contraria, so pena de nulidad, y aquí ofrecemos la misma explicación que en el caso de mutación o revocación, en cuanto a que se omitirá ese traslado: 1º) cuando la resolución haya de ser favorable a la parte contraria, es decir, cuando se declare sin lugar la explicación o la reforma solicitada. 2º) Cuando se hace para evitar procedimientos moratorios; y 3º) cuando la parte de antemano renuncia al traslado. En esos casos se omite el traslado a la parte contraria. Devuelto el traslado

por ésta y siguiendo con la tramitación del recurso, dice el art. 436, el juez o Cámara resolverá dentro de los tres días siguientes a la devolución aludida. Tal resolución consiste en explicar o no la sentencia, o si se trata de reforma de lo accesorio, como serían daños, perjuicios, costas, intereses, frutos, en hacer las modificaciones que procedan.

Esta segunda resolución se notifica a las partes y entonces éstas tienen derecho de interponer los recursos pertinentes.

D) Resolución apelable.

Se plantea aquí un punto interesante: ¿De qué resolución se apela? ¿De la sentencia principal o de la segunda sentencia que resolvió sobre el recurso? Sobre este punto han incurrido en errores algunos litigantes. Se apela de la sentencia principal, porque el término de apelación ha sido suspendido, mientras el juez o tribunal resolvió la reforma de la sentencia principal, o su explicación. La resolución apelable es la sentencia definitiva; y no la del juez o tribunal que resuelve sobre la reforma o explicación de la sentencia, por tratarse de un decreto de sustanciación.

E) Revocación decretos sustanciación.

Para concluir con las explicaciones referentes a los recursos que se interponen entre el mismo juez y que el mismo juez resuelve, o sean los comprendidos en los arts. 425, 426 y 436, falta únicamente explicar los puntos siguientes: En lo relativo al 425 la pregunta que surge es ésta: Cuando se trata de la revocación de un decreto de sustanciación, ¿Es necesario oír a la parte contraria? Ya vimos que para la mutación o revocación de una sentencia interlocutoria, o para la explicación de una sentencia definitiva o modificación de la misma en lo accesorio como son intereses, frutos, costas, daños y perjuicios, se oye a la parte contraria. En el caso del decreto de sustanciación ¿Es necesario o no oír a la parte contraria? La contestación es no. En este caso el juez por la simple petición de la parte a quien perjudique aquella resolución, puede o no revocar el decreto de sustanciación. ¿Por qué? Por dos razones: En primer término porque el art. 425 no dice que se deba oír a la otra parte y en segundo lugar, el art. 1270 del Pr. dice que "Las solicitudes sobre revocaciones y explicaciones de sentencias se sustanciarán oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad, etc." Como los decretos de sustanciación no son sentencias, lo cual se deduce de la redacción de los arts. 417, 418 y 419 Pr. El primero define la sentencia y las clasifica en

interlocutorias y definitivas. El segundo define estos dos tipos de sentencias y el 419 se inicia con estas palabras: "Las otras providencias que expide el juez" (Se está refiriendo a los decretos de sustanciación) con lo cual nos da a entender claramente que estas otras providencias ya no son sentencias.

F) Interposición de los recursos ante Tribunales Superiores.

Planteamos de nuevo algo que ya estudiamos: ¿Puede también hacerse uso de estos recursos de mutación o revocación de sentencia interlocutorias, de explicación de sentencias definitivas o modificación de las mismas en lo accesorio, ante los tribunales superiores? Si se puede. ¿Por qué? Porque en lo que al recurso de mutación o revocación se refiere, la frase del art. 426: "En las sentencias interlocutorias podrán los jueces" es bastante amplia, el vocablo "juez" se refiere a cualquier juez de Primera Instancia o Tribunal Superior. Los que forman tribunales colegiados (Cámaras de Segunda Instancia, Salas de la Corte Suprema de Justicia y la misma Corte Suprema de Justicia cuando actúa como Corte Plena o Tribunal Supremo) son jueces y por consiguiente pueden ellos resolver estos recursos de renovación o de mutación.

Como ejemplo ponemos el siguiente caso: el art. 10 de la Ley de Casación dice: "El recurso se interpondrá por escrito en que se exprese: el motivo en que se funde, el precepto que se considere infringido y el concepto en que lo haya sido. El escrito será firmado por abogado y se acompañará de tantas copias del mismo en papel simple, como partes hayan intervenido en el proceso, más una. Un abogado en el escrito de interposición de tal recurso, manifestó, por un lapsus, que presentaba un número de copias inferior al exigido por la ley, pero en realidad presentó el número exacto de copias. El Tribunal, con la sola lectura del escrito y advirtiendo que en él se decía que se presentaban copias en número menor al señalado legalmente, declaró inadmisibile el recurso, por falta de las formalidades extrínsecas prescritas por la ley. Se trataba de una sentencia interlocutoria que ponía fin al recurso haciendo imposible su continuación.

El abogado aludido pidió revocatoria de tal resolución argumentando que aunque por un lapsus en el escrito de interposición había afirmado presentar copias en número insuficiente, de autos constaba que había presentado la cantidad requerida. La sala en cuestión revocó la resolución y tramitó el recurso. (Nota)

Estudiemos el caso de si se pueden interponer ante los tribunales

Nota: Hoy ha sido reformada la ley de Casación y se le dan más facilidades a los recurrentes para que rectifiquen lo de la insuficiencia de copias y cualquiera otra falta de los requisitos que exige el Art. 10 de la Ley de Casación. También se ha prorrogado el plazo para interponer el recurso. En otras palabras se ha hecho menos difícil interponer el recurso. Ya no es tan rigido como antes.

superiores los recursos de explicación de la sentencia definitiva o reforma de la misma en lo accesorio.

En cuanto a la explicación de la sentencia de segunda instancia específicamente lo autorizan los arts. 1086 y 1087. El 1086 dice: "Las partes pueden pedir explicaciones de las sentencias, según lo prevenido para el mismo caso en el artículo 436".

En cuanto al trámite, la ley le da el mismo, sólo que prevé el caso de que los magistrados que proveyeron la sentencia cuya explicación sea pedida, uno o ambos estén enfermos, ausentes, muertos o hayan sido sustituidos por otros, entonces el art. 1087 dice: "Estas explicaciones deberán darse previa audiencia de la parte contraria, para el siguiente día, por los mismos jueces (advértase que se aplica el vocablo "jueces" para referirse a los magistrados) que fallaron la causa, aún cuando algunos hubiesen sido suspensos o estuvieren enfermos o ausentes, para cuyo efecto se le pasarán los procesos". Con el término "suspensos" se refiere al caso de una sanción que se haga a los magistrados. Enfermos, ausentes, es que estén con licencia por enfermedad, o por ejemplo, una licencia con goce de sueldo por una vacación. Entonces el art. prescribe que los mismos magistrados deberán ser quienes hagan la explicación. Y es lógico ¿quién va a explicar mejor una sentencia sino el que la proveyó?

El problema surge cuando alguno de los magistrados ha sido destituido, renunció de su cargo o pasó a otro tribunal, o hubiere muerto, se hallase enfermo en estado de no poder explicarse, o ausente del territorio de la República. El inciso segundo del art. en comento nos dice qué hacer en tales situaciones. "Caso de ausencia, se concederá a más del término legal, un día por cada seis leguas de distancia de ida y vuelta. Si alguno de los vocales (se refiere a los magistrados) hubiere concluido en sus funciones, estuviere a la sazón depuesto o hubiere muerto, o se hallase enfermo en estado de no poder explicarse, o ausente del territorio de la República, harán la explicación de los que, en tales circunstancias, compusieren la Cámara que sentenció". No se exige, pues, al Magistrado que ya no ejerce en su cargo, que explique la sentencia que proveyó.

G) Cuestiones que pueden plantearse.

1º) ¿En qué tiempo se interpone este recurso de explicación de sentencia ante los tribunales superiores? Los Arts. 1086 y el 1087 no lo dicen, pero como se remiten al 436, hay que estarse a lo dicho por tal disposición, o sea, que el recurso debe interponerse dentro de veinticuatro horas de notificada la sentencia.

2ª) ¿Podrán estos tribunales superiores modificar sus sentencias en lo accesorio, es decir, en lo que se refiere a frutos, intereses, costas, daños y perjuicios? Si. Aunque el 1086 y el 1087 tampoco lo dicen. Pero al remitirse al trámite del 436, la primera de esas disposiciones legales, y siendo el caso que dicho art. 436 comprende también el recurso de modificación en cuanto a lo accesorio, se concluye que dicho recurso también puede interponerse en la Segunda Instancia.

3ª) ¿Este recurso de modificación o explicación de la sentencia puede también interponerse ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia o ante el mismo Tribunal Supremo? No hay artículos expresos que lo digan, como sí los hay para las Cámaras de Segunda Instancia. Pero pese a ello, sí se puede interponer. En virtud de la redacción del Art. 436 que es de carácter general y comprende a todos los jueces y tribunales Superiores.

4ª) El art. 990 al hablar de la admisión de la apelación dice: "Luego que un litigante presente su escrito de apelación, queda circunscrita la jurisdicción del juez para sólo declarar si es o no admisible en uno o en ambos efectos, y cualquiera otra providencia que dicte, se reputará atentatoria; pero esto no obsta para que se termine cualquiera diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación"

La cuestión surge, con el siguiente ejemplo: Supongamos que se ha pronunciado la sentencia definitiva. En ella se condena al demandado a pagar parte de lo que le reclama el actor en su demanda. Este último reclamó quince mil colones, pero el juez condenó al reo a pagar sólo diez mil colones. Sin embargo en la sentencia se equivocó en cuanto a las costas y condenó también al demandado al pago de las mismas. Se notifica la sentencia a ambas partes: actor y reo. El actor apela de tal sentencia porque cree haber probado que existía la obligación hasta por los quince mil colones. El reo, por su parte, señala al juez el error en que ha incurrido al condenarlo en el pago de las costas y pide la modificación de la sentencia en cuanto a las mismas.

Al interponer el actor la apelación, según el tenor del art. 990, queda circunscrita la jurisdicción del juez para sólo declarar si es o no admisible en uno o en ambos efectos.

Surgen estas preguntas: ¿Qué recurso tramita primero el juez? ¿Puede tramitar el de modificación de la sentencia después de que ya le interpusieron el de apelación? ¿Acaso debe tramitar el de apelación y hacer caso omiso al de modificación? Finalmente, si tramita el de modificación primero ¿comete o no atentado?

Lo que hemos dicho en cuanto al recurso de modificación o reforma, basándonos en el ejemplo propuesto, puede decirse del de explicación, es decir, podemos hacer idénticas preguntas que las anteriormente formuladas.

En razón de lo dicho nos percatamos de que hay una aparente contradicción entre los arts. 436 y 990 del Pr.

La contradicción no es real, sino, como acabamos de decir, aparente. El art. 990 establece el principio siguiente: una vez presentado el escrito de apelación por una parte, queda circunscrita la jurisdicción del juez, para solo declarar si es o no admisible en uno o en ambos efectos y cualquiera otra providencia que dicte se reputará atentatoria. Esa regla tiene excepciones que el mismo artículo señala en su parte final, al decir: "pero esto no obsta para que se termine cualquiera diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación".

Por ejemplo: que se haya pedido antes por la parte contraria certificación de la misma sentencia o desglose de un poder y se hubieren ya comenzado tales diligencias. Puede terminarlas el juez y no comete atentado.

Pero el artículo no señala ya más excepciones y se plantea la pregunta que ya hemos formulado: ¿Podrá el juez tramitar antes un recurso de explicación o uno de reforma sin cometer atentado?.

Según el criterio que más se acepta y lo que ha resuelto nuestra jurisprudencia debe el juez tramitar primero esos recursos y no comete atentado. La disposición del 436 debe considerarse como incorporada al 990, constituyendo otra excepción.

Existen varias razones para fundamentar lo dicho. En primer lugar si ambas disposiciones tal como aparecen resultarían contradictorias y hay que tener presente que el legislador es lógico. Entre las características propias de una ley y para que sea tenida por tal es que sea lógica. Debe entenderse, consiguientemente, que las disposiciones que forman el Código de Procedimientos Civiles son armónicas y buscando esa armonía se concluye que aunque el legislador haya empleado en el art. 990 esa forma absoluta y terminante de que cualquiera otra resolución, excepto las que allí señala, será atentatoria. Sin embargo hay otra excepción, o sea la que resulta de la facultad que la ley le concede de explicar sus sentencias o reformarlas en lo accesorio.

Por otro lado, aunque el Juez tramite antes la reforma o explicación, quedan expeditos a las partes los recursos de ley contra la sentencia. Cuando a la parte se le notifique la resolución que recaiga sobre la explicación o reforma de la sentencia definitiva en lo accesorio, podrá apelar. O, si ya lo hizo, el juez tramitará tal recurso.

Finalmente la razón principal es la de que, cuando dos disposiciones de una misma ley son contradictorias debemos aplicar las reglas de hermenéutica del título Preliminar del Código Civil el cual en su art. 13 dice:

"Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

La apelación y su trámite constituyen disposiciones de carácter general. La explicación o reforma es algo más especial. No tiene la generalidad de la primera y por lo tanto lo especial en estos recursos que se oponga a la apelación debe entenderse como excepción a la misma. De este criterio participa también el Dr. Padilla y Velasco, quien en su tesis doctoral nos dice: "Si dentro de las 24 horas subsiguientes a la notificación de la sentencia definitiva, presentare una parte escrito interponiendo el recurso de que se trata -es decir de explicación o reforma-, y la otra el de alzada para ante el tribunal superior en grado ¿Cuál de los dos recursos ha de resolverse? Indiscutiblemente que el de explicación o reforma, pues siendo especial este recurso, con términos más cortos y perentorios, ha de tramitarse de preferencia al de apelación, el cual se admitirá o negará después de resuelta la explicación o la reforma".

"El art. 436 concede el recurso de explicación o reforma de la sentencia definitiva para ante el mismo juez o tribunal que la hubiere dictado y el art. 980 concede el de apelación de la misma sentencia ante el tribunal superior en grado. Circunscribiendo el 990 la competencia del juez para el solo efecto de negar o admitir la apelación, declarando atentatoria toda otra providencia que se dicte. Por un lado la ley obliga al juez a tramitar el recurso de explicación y por otro lado a resolver sobre la apelación. Ante esa oposición aparente de la ley, el criterio se debe inclinar por resolver antes el de explicación o reforma, sin que se reputen atentatorias las providencias dictadas en tramitación del mismo, ya que después de notificada la segunda resolución es cuando queda expedito el recurso de alzada en contra de la sentencia definitiva".

Pero si la misma parte es la que interpone primero la apelación ya no puede interponer luego el de explicación o reforma. El primer recurso excluye a los otros. La misma parte sí puede hacer lo contrario, es decir, primero pedir la explicación o reforma y luego apelar, ello se lo autoriza la parte final del art. 436. Tampoco podría la parte apelar y luego ante el mismo juez desistir de la apelación para poder pedir explicación o reforma de la sentencia. El desistimiento de la apelación sólo puede resolverlo el tribunal superior. El juez inferior queda inhibido de seguir conociendo en el caso. Debe remitirse los autos al tribunal superior para que allá se admita el desistimiento, ya que el desistimiento tiene que ser aceptado por la otra parte para poder declararse y que produzca efectos. Sólo la casación se puede desistir sin aceptación de la otra parte. El desistimiento opera con la

sola presentación del escrito pertinente en el caso de este recurso extraordinario.

Sobre lo explicado aclaramos que en nada influye el orden en que se presentan los recursos de apelación por una parte y de explicación o reforma por la otra. Si ambos se interponen en tiempo debe tramitarse primero el de explicación o reforma.

Finalmente, lo dicho en cuanto a los recursos de explicación o reforma referente a que no es atentatorio tramitarse antes del de apelación, se aplica al recurso de mutación o revocación de una sentencia interlocutoria (e) art. 426 Pr) cuando tal sentencia es apelable. Debe tramitarse primero este recurso.

5ª) Formularemos una pregunta que nos plantea otro punto importante: el recurso de revocación de la sentencia interlocutoria o el de explicación de la sentencia definitiva o modificación de la misma en cuanto a lo accesorio, ¿deben necesariamente interponerse en vez de apelar? No, no es obligatorio interponer primero cualquiera de estos recursos para poder luego apelar.

Esto tiene su importancia. La Ley de Casación dice, en su art. 7º, que para que prospere el recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, es indispensable que quien lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, salvo que el reclamo fuere imposible. Si, por ejemplo, en Segunda Instancia se provee la sentencia interlocutoria que declara inadmisibile una apelación. Tal interlocutoria es casable, en conformidad a lo dispuesto en el numeral 7º del art. 4 de la Ley de Casación. ¿Ser necesario pedir primero a la Cámara que revoque su resolución para poder pedir después que se case la misma?

Esa es la importancia que tiene el saber si la interposición de este recurso es o no obligatoria, o si queda al arbitrio de las partes.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un caso como el propuesto, declaró inadmisibile el recurso porque el recurrente no pidió la revocación de dicha sentencia ante la Cámara de Segunda Instancia, por lo que la Sala consideró que no había reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, antes de interponer el de casación. La parte pidió revocatoria de esa resolución de la Sala con base en el art. 426, alegando que ese recurso de revocatoria no era obligatorio, que quedaba al arbitrio de la parte interponerlo. Las razones expuestas por el recurrente convencieron a la Sala de lo Civil que reconoció su error y lo rectificó. Desde entonces quedó ya sentado que no es necesaria ni obligatoria la interposición de este recurso. Puede recurrirse directamente mediante la apelación o casación según sea el caso, sin antes interponer el de mutación o revocación de una sentencia interlocutoria, o el de reforma de una definitiva en lo accesorio o explicación de la misma.



B) LA APELACION

I.- *Concepto.*

De acuerdo con Couture, que cita la definición que da el art. 654 del Código Uruguayo, la apelación o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del Juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior.

La definición anterior es análoga a la que da nuestro Código en el art. 980 al decir: apelación o alzada es un recurso ordinario que la ley concede a todo litigante cuando crea haber recibido agravio por la sentencia del juez inferior para reclamar de ella ante el tribunal superior

La razón de la semejanza de ambas definiciones estriba en que nuestro Código copió del Uruguayo.

Otro Uruguayo, Rafael Gallinat, nos dice: por apelación, palabra que viene de la latina appellatio, llamamiento o reclamación, es un recurso ordinario que entabla el que se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el superior, con el fin de que la revoque o reforme.

Escriche define la apelación como la provocación hecha del juez inferior al superior por razón del agravio causado o que puede causarse por la sentencia; o bien, la reclamación o recurso que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior para que revoque o reforme la sentencia del inferior.

En las Leyes de Partida, y también en el derecho uruguayo y salvadoreño, se le llama recurso de alzada (art. 654 en el uruguayo y 980 en El Salvador); alzada por apelar, es usar de un derecho y recurrir a la autoridad legítima; mientras que alzarse por sublevar es hollar todos los derechos y revelarse contra la autoridad. (art. 392 y sigts. Pn.).

II. *Nociones Históricas*

La apelación, considerada como un medio concedido a los litigantes para solicitar y obtener, la reparación de una sentencia injusta, es una institución que data indudablemente de la más remota antigüedad. Desde que hubo litigantes y jueces que dictaron sentencias hubo de existir la protesta de la parte que se creyó lesionada en sus intereses por la parcialidad, la ignorancia o el error de los juzgadores. Esta protesta se pudo

exteriorizar cuando, una vez reconocida la jerarquía judicial, pudo concederse un recurso a la parte perdidosa.

De acuerdo con Gallinal en España, desde el Fuero Juzgo hasta la fecha, todas las colecciones de leyes sancionan el recurso de apelación, que con el nombre de *alzada*, definen así las leyes del Rey Sabio: "Es querrela que alguna de las partes face de juyzio que fuese dado contra ella, llamando o recorriéndose a enmienda de mayor Juez" (Ley 1ª., Título 23, Partida 3ª.). Reconociase el derecho de apelar, o directamente ante el rey, o ascendiendo por grados jerárquicos hasta la última instancia del monarca. Así lo establece otra de las leyes de Partida: "Onde si alguno se agraviare del juyzio que diere aquel que ha de judgar todos los pleytos de alguna villa, et hobiere *alzada* a otro judgador o a otro logar, allí deve ir primeramente: et si se sentire agraviado de lo que allí le mandaren, puédese *alzar* a otro mayoral, si lo hi hobiere, que el haya poder de judgar et después al Rey; pero si alguno quisiere luego tomar la primera *alzada* para el Rey ante que pasare por lo otros jueces, decimos que bien lo puede facer". (Ley 18, Título 23, Partida 3ª.).

La institución se la considera en el derecho moderno como una garantía para el mejor logro de una resolución justa; como un recurso legal en virtud del cual la parte que se cree agraviada por el fallo de una autoridad judicial, ocurre en revisión ante una autoridad inmediatamente superior en grado o jerarquía, lo cual implica el reconocimiento de dos o más instancias, esto es, de dos o más grados de jurisdicción para el conocimiento y decisión de los asuntos judiciales.

III. Fundamento del recurso.

Los fundamentos del recurso se pueden sintetizar en 3: 1ª.) Para *enmendar el daño causado a los injustamente agraviados*; 2ª.) Para *corregir la ignorancia o la malicia de los jueces inferiores*; y, 3ª.) Para que los litigantes que hubiesen recibido algún agravio, por su impericia, negligencia, traten de reparar ese defecto, obteniendo justicia en segunda instancia.

IV. Características legales del recurso.

Las características del recurso de apelación de acuerdo con nuestra legislación, son tres: 1ª.) Es un recurso ordinario; 2ª.) Lo concede la ley a los litigantes, a sus procuradores o representantes legales y aún a los terceros interesados en la causa; 3ª.) Se da para reclamar ante un Tribunal Superior de los agravios que se crea haber recibido en la sentencia pronunciada por

el Tribunal Inferior.

En primer lugar decimos qué es un recurso ordinario. Todo Recurso de esta clase constituye instancia. ¿Qué quiere decir eso? Nuestro Código define la instancia en el art. 6 del Libro I, diciendo que: "Instancia es la prosecución del juicio desde que se interpone la demanda hasta que el juez la decide, o desde que se introduce un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que éste lo resuelva". Como recurso ordinario que constituye instancia; y constituyendo instancia, puede discutirse en ella, con toda la amplitud de los términos que la ley concede, los derechos de la parte, para obtener por consiguiente el desagravio del daño que le ha causado la sentencia del tribunal inferior y esto es lo que caracteriza y diferencia esencialmente al recurso ordinario del extraordinario.

En el recurso que hay instancia las partes, como acabamos de afirmar, puede discutir ampliamente sus derechos, pueden presentar pruebas. Hay casos en segunda instancia en que no procede la recepción a pruebas, pero aún cuando así sea la ley autoriza a la parte la presentación de pruebas instrumentales o de aquellas otras para las cuales no se necesita término especial, como por ejemplo la inspección, dictamen pericial, posiciones, etc. En cambio en el recurso extraordinario, como no constituye instancia, no se va a discutir allí los derechos de las partes con amplitud de trámites, con todos los medios que la ley señala. En él están limitados esos derechos a ciertos puntos y lo principal es ver si en la sentencia recurrida se ha infringido o no la ley, en su forma o fondo.

La segunda característica es de que ese recurso lo concede la ley a todo litigante y a los terceros interesados en la causa, aunque no hayan intervenido en ella. En primer lugar pueden hacer uso de él las partes que intervienen en el juicio, quienes tienen derecho de apelar ya sea por sí o por medio de su procurador o representante legal. En cuanto al procurador es hasta obligación suya de apelar, cuando la sentencia le fuere adversa a su mandante, como lo ordena el art. 115, numeral 8º: "Son obligaciones de los procuradores: 8a.) Apelar de la sentencia adversa, a no ser que expresamente se lo haya prohibido su poderdante". Posteriormente ampliaremos este punto.

La tercera característica del recurso de apelación es que se apela para reclamar ante un tribunal superior de la sentencia pronunciada por el interior, en la parte que se cree ha causado un agravio.

A este respecto se advierte que no es necesario que en el escrito de apelación se señale el agravio que causa la sentencia, basta para el efecto decir que se apela de tal sentencia, porque le causa agravios al apelante. Este no tiene que especificar esos agravios en el escrito de interposición de

la apelación. Es allá en segunda instancia, al expresar agravios, cuando se determinan los mismos. El art. 1026 dice: "Las sentencias definitivas de un tribunal (superior) se circunscribirán así precisamente a los puntos apelados". Por consiguiente, al expresar agravios, es cuando se van a precisar los puntos apelados.

Aclarando lo anterior reiteramos que el fin de la apelación según lo expresa la parte final del art. 980, es reclamar ante el tribunal superior de los agravios que se crea haber recibido en la sentencia del tribunal inferior.

Hay dos disposiciones legales que señalan la competencia de los tribunales superiores con respecto a las sentencias que llegan en grado de apelación. Al hablar nuestro Código de cómo se pronuncian las sentencias, en la parte final del art. 428 se dice: "darán (los jueces) las razones y fundamentos legales que estimen procedentes, citando las leyes y doctrinas que consideran aplicables; contendrán (las sentencias) la afirmación, reforma, revocación o nulidad y lo demás dispositivo que corresponde en derecho y la firma entera de los jueces y la del secretario del tribunal que autoriza". En el Libro Tercero el art. 1089 dice: "En las causas en que se conoce en apelación puede, según sea de derecho, confirmarse la sentencia, reformarse, revocarse o declararse nula, mandando a reponer la causa". Esa es pues la razón por la cual se apela. Para que el tribunal superior, según las pruebas y alegatos, confirme la sentencia apelada, la revoque, la reforme o la anule.

V. Elementos de la apelación.

En la apelación se distinguen tres elementos: objeto, sujetos y efectos de la apelación.

A.- Objeto de la apelación.

El objeto mismo de la apelación es el agravio y su necesidad de reparación por acto del superior. El acto provocatorio del apelante no supone, afirma Couture, que la sentencia sea verdaderamente injusta; basta con que él la considere tal, para que el recurso sea otorgado y surja la segunda instancia. El objeto es, en consecuencia, la operación de revisión a cargo del superior, sobre la justicia o injusticia de la sentencia apelada.

En el Derecho Procesal la protesta del perdedor se expresa por medio de la apelación; y en vez de hacerse justicia por sí mismo el perdedor ocurre a pedir justicia a un Juez de mayor capacidad, o sea la Cámara de Segunda Instancia.

Por supuesto la concesión del recurso no queda al arbitrio del Juez que dictó la sentencia, pues si así fuera todo el andamiaje de la apelación quedaría subordinado a la voluntad del juez apelado, quien, por amor propio negaría la apelación. Por tal motivo nuestra ley dispone en los arts. 989 y 1028, Pr. que si el Juez negare la apelación, podrá el interesado recurrir directamente al tribunal superior, dentro del término de tres días contados desde el siguiente al de la notificación de la negativa de la apelación, más el término de la distancia, pidiendo se le admita el recurso.

Si se acepta que el objeto de la apelación es la revisión de la sentencia de primera instancia, surge la duda de saber cuál es el objeto exacto de esa revisión: Si lo es la instancia anterior en su integridad o si lo es la sentencia misma.

El problema se plantea así: ¿La apelación es un medio de reparación de los errores cometidos en la sentencia apelada, o de los errores cometidos en la instancia anterior?

Si es lo primero (errores cometidos en la sentencia), la segunda instancia no puede consistir en una revisión de todo el material de hecho ni de las cuestiones de derecho contenidas en la primera instancia. Por consiguiente el recurso de apelación no permitirá deducir nuevas pretensiones ni excepciones, ni aportar nuevas pruebas. Es sólo con el material de primera instancia que habrá de ser considerada, por el juez, la apelación. Si fuera lo segundo (errores cometidos en la primera instancia), siempre serían posibles nuevas proposiciones de derecho y la admisión de nuevas pruebas que por error, negligencia o ignorancia no fueron aportadas en la instancia anterior.

Nuestro Código se inclina por la tesis de que la segunda instancia es sólo un modo de revisión y no una revocación plena del debate, al igual que muchos Códigos americanos, en consideración a que en la época en que fue decretado esa era la tesis dominante en la legislación española, de la que deriva nuestro Código; y así, encontramos el artículo 1014 que nos dice: "En segunda instancia pueden las partes ampliar sus peticiones en lo accesorio, como sobre réditos o frutos, alegar nuevas excepciones y probarlas y reforzar con documentos los hechos alegados en primera instancia; más nunca se les permitirá presentar testigos sobre los mismos puntos ventilados en esta, u otros directamente contrarios, alegar el actor nuevos hechos; salvo el caso del art. 461 (referente a los terceros coadyuvantes), ni hacer cosa alguna que pueda alterar la naturaleza de la causa principal".

De acuerdo con ese artículo son prohibidas, conforme a la tradición romana, las nuevas demandas; pero también son restringidas las excepciones (pues sólo comprende las perentorias) y especialmente las pruebas, ya

que solamente se permite la instrumental, o las comprendidas en el art. 1019 Pr.

Sobre este punto conviene aclarar que en principio el art. 1014 sólo permite la prueba de las nuevas excepciones perentorias propuestas, así como la relativa a las ampliaciones sobre lo accesorio, como sobre réditos o frutos, y la de reforzar con documentos los hechos alegados en la primera. Encambio, el art. 1019 Pr. sí permite a las partes: pedir la recepción a prueba en segunda instancia, para probar: 1º) los hechos que autoriza el 1014; 2º) la verificación o falsedad de los documentos presentados en la segunda -art. 1018-; 3º) aquéllos hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos por el Juez, y 4º) para examinar los testigos, que habiendo sido nominados en el interrogatorio de primera instancia, no fueron examinados por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte que los nominó.

Como se ve, esa limitación siempre nos está indicando que en nuestra legislación la segunda instancia es sólo un modo de revisión y no una renovación plena del debate, o lo que es lo mismo, que la segunda instancia no es un nuevo juicio, como algunos sostienen, lo cual se deduce especialmente, de la parte final del artículo 1014 que se comenta, cuando dice que no le es permitido al actor alegar nuevos hechos, ni hacer cosa alguna que pueda alterar la naturaleza de la causa principal, es decir, hacer nuevas peticiones no contenidas en la demanda inicial, tal como lo ordena el art. 201 al decir que: después de contestada la demanda no puede variarse ni modificarse bajo concepto alguno.

Conforme a nuestra legislación en segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales hubo imposibilidad de incorporarlas al proceso en primera instancia, por hechos completamente independientes de la voluntad de las partes, como lo son el de que el juez no haya admitido los hechos propuestos por la parte o que los testigos no se hayan examinado por un hecho independiente de la voluntad de la parte que los nominó. Por esa razón la numeración es taxativa -art. 1019 Pr.

De acuerdo con lo que dejamos expuesto, en nuestro país, la segunda instancia no es renovación sino revisión de la primera. Pero cabe aclarar que dicha solución rige en lo que se refiere a las partes y a su posibilidad de enmendar los errores de la instancia anterior.

Pero no supone, en manera alguna, reducir los poderes del juez. El juez de la apelación (Cámara de Segunda Instancia), podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por la parte o por el juez de primera instancia, tal como se lo autorizan los arts. 316, 364, 368, 1026 y 427 -2a. Pr.

B.- Sujetos de la apelación.

El problema de los sujetos de la apelación consiste en determinar quiénes tienen la facultad de alzarse contra la sentencia dictada.

En principio puede afirmarse que los sujetos titulares del recurso de apelación son las partes: el actor, el demandado y eventualmente el tercerista. Pero esta regla no es totalmente exacta y se dan casos en los cuales las partes se hayan privadas del recurso. Además, se dan situaciones en las cuales pueden deducir apelación aquellas que no han sido partes del juicio.

Por consiguiente, es indispensable establecer en términos concretos quiénes pueden apelar y quiénes no pueden.

Couture propone que puede establecerse en esta materia una máxima de carácter general. De manera paralela al aforismo de que: el interés es la medida de la acción, podría así admitirse que el agravio es la medida de la apelación.

Y a continuación agrega: puede deducir el recurso aquél que ha sufrido agravio en la sentencia y esto puede ocurrir siendo parte en el juicio o siendo ajeno a él.

1. Apelación por las partes

Las partes tienen, en principio, legitimación para apelar; y pueden hacerlo por sí o por medio de sus representantes legales, procuradores o apoderados.

El profesor Couture manifiesta que estando subordinada la facultad de apelar al hecho de no haber visto satisfechas las pretensiones deducidas en el juicio, se llega naturalmente a la conclusión de que solo puede hacer valer el recurso el que ha visto insatisfecha alguna de sus aspiraciones. Así, por ejemplo, si la sentencia rechaza totalmente una pretensión, es apelable íntegramente; si lo acoge sólo en parte, es apelable en cuanto desecha; si la acoge totalmente es inapelable.

Por la misma circunstancia, agrega, el que ha triunfado no puede apelar.

Sin embargo, adelante propone un ejemplo, en el que la parte que ha visto satisfecha sus pretensiones, apela. Se da la situación del cónyuge a quien se comunica la sentencia de divorcio, favorable a sus pretensiones, cuando existe la posibilidad próxima de que por fallecimiento de su otro cónyuge pueda transformarse en su heredero. En este caso, el litigante tiene un interés económico en apelar

Y luego plantea otro caso de interés moral, en el que la esposa después de dictada la sentencia de divorcio advierte los gravísimos peligros que para ella o para sus hijos puede traer aparejada la nueva situación, razón por la que apela con el fin de prolongar por algún tiempo el estado de litispendencia, por considerarlo más beneficioso que aún la misma sentencia.

De acuerdo con el concepto que de apelación da nuestro Código en el art. 980, aún el victorioso puede apelar, desde luego que el recurso lo puede interponer cuando él crea haber recibido agravio por la sentencia del juez inferior.

Con respecto a los ejemplos del divorcio a que se refiere el profesor Couture, dentro de nuestra legislación se pueden presentar los dos siguientes casos: en el primero, los cónyuges están conformes con la sentencia que decreta el divorcio; pero ambos apelan solamente por el punto que resuelve lo de la representación y cuidado personal de los hijos. En tal caso, de acuerdo con el art. 1026 Pr. la sentencia definitiva del Tribunal superior se suscribirá específicamente al punto apelado; si uno de los cónyuges falleciere antes de que la Cámara sentencie el matrimonio ya estaba disuelto por el divorcio, desde luego que las partes manifestaron su conformidad con la sentencia de primera instancia sobre el punto principal de la misma, o sea la que decretó el divorcio. Cuando la Cámara tenga que sentenciar, tal como se lo ordena el art. 440 Pr., deberá declarar que en la parte que decretó el divorcio la sentencia apelada, ya estaba ejecutoriada, conforme lo dispone el art. 437 Pr., y por causa de la muerte de uno de los cónyuges, necesariamente tendrá que confiar la representación legal y cuidado personal de los hijos al cónyuge superviviente.

En el Segundo caso, si el juez de primera instancia decreta el divorcio pero ordena que la representación legal y cuidado personal de los hijos corresponda a la mujer, por ejemplo, puede suceder que el marido apele por ese punto únicamente; pero si la mujer apela de toda la sentencia, el matrimonio aún no está disuelto por el divorcio, y si en el interin alguno de los cónyuges fallece en forma intestada, el otro cónyuge le heredaría, de acuerdo con el orden de suceder establecido por nuestra legislación civil en el art. 982 1º C.

2. Apelación de los terceros.

En principio los terceros no tienen legitimación para apelar, afirma Couture.

Esta conclusión se apoya, agrega, no sólo en la razón de que la

apelación es una facultad otorgada "al litigante", sino también en la de que los terceros, normalmente no sufren agravios por la sentencia. La cosa juzgada no les alcanza por regla general.

Pero si bien es cierto que en principio la sentencia sólo afecta a las partes, en determinados casos ella proyecta sus efectos hacia terceros que no han litigado. En esos casos, en principio, se admite en favor del tercero el recurso de apelación.

Sobre el particular nuestra ley en el art. 982 nos dice que el uso de este derecho corresponde también a cualquier interesado en la causa, entendiéndose que lo es todo aquél a quien la sentencia perjudica o aprovecha aunque no haya intervenido en el juicio; pero el recurso deberá interponerlo dentro de tres días contados desde el día siguiente al de la notificación que se le haga de la sentencia.

Sobre este punto Padilla y Velasco nos ofrece las siguientes consideraciones: "En el Código de 1857, art. 1548 (el legislador) dijo: "El uso de este derecho (de apelar) corresponde también a otro cualquier interesado en la causa, entendiéndose que lo es todo aquél a quien la sentencia perjudica o aprovecha". "Aunque no haya intervenido en el juicio", agregó el Código de 1863 en su art. 842, repitiendo la misma disposición el art. 838 de la edición de 1878. El Código de 1880, en el art. 958, aparece dicha disposición con el agregado: "pero el recurso deberá interponerlo dentro de los tres días contados desde la última notificación", y así continuó en la edición de 1893". "La ley de reformas de 1902 del 7 de agosto en su art. 954 sustituyó la expresión final "desde la última notificación", por la expresión "desde el día siguiente al de la notificación que se le haga de la sentencia". Y con esas reformas figura en las ediciones posteriores de 1904, 1916, 1926".

En la actualidad también continúa idéntico y su redacción es la siguiente: "art. 982. El uso de este derecho corresponde también a cualquier interesado en la causa, entendiéndose que lo es todo aquél a quien la sentencia perjudica o aprovecha, aunque no haya intervenido en el juicio; pero el recurso deberá interponerlo dentro de los tres días contados desde el día siguiente al de la notificación que se le haga de la sentencia".

Continúa Padilla y Velasco: "Puede apelar, pues, en primer lugar la parte vencida en el juicio, en lo principal. También puede hacerlo el litigante victorioso, pero que no hubiere obtenido a su favor todo lo que contenía en su demanda, y se creía con derecho a ello. El procurador o apoderado de la parte, así como todos aquellos que especifica el art. 116 Pr., pueden apelar en nombre de la misma parte, sobre todo si los primeros tienen la facultad de interponer los recursos judiciales, y los últimos siempre con la condición de que el principal dará por bien hecho lo que se gestionare.

También pueden hacerlo el menor adulto y el mandante, cuando su representante o mandatario respectivos, no la interpusieren. Y por último cualquier interesado en la causa, aunque no hubiere intervenido en ella." Alguna dificultad presenta el determinar quién debe considerarse como interesado en una causa. Para ello analizaremos lo que nos expresa nuestra ley; la interpretación que los Tribunales de la República han dado a este asunto; el caso de los terceros opositores; ejemplos de interés de terceros; y, asimismo, citaremos jurisprudencia sobre este punto.

La ley nos dice, tal como hemos reiterado, que debe tenerse por interesado en la causa "todo aquél a quien la sentencia perjudica o aprovecha, aunque no haya intervenido en el juicio".

Nuestros tribunales, en una forma constante y uniforme y de acuerdo con los expositores del Derecho Procesal han interpretado que ese interés debe ser positivo, cierto y de un valor económico, apreciable en dinero.

No es del tipo de interés que pueda tener el amigo o pariente de la parte que litiga, para que se le resuelva a su favor, o, como dice Padilla y Velasco "el de quien espera el triunfo de esa parte para celebrar un negocio con ella". Debe ser un interés hasta el grado de perjudicar o aprovechar y este perjuicio o provecho deben ser ciertos, positivos y apreciables en dinero. Este criterio lo sostiene la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección del Centro, en la sentencia pronunciada el 2 de septiembre de 1909 (Revista Judicial, Junio, 1910, Tomo XV, Nos. 11 y 12, página 273). Criterio semejante sostiene la Cámara de Segunda Instancia de la Sección de Occidente, en la sentencia que dictó el 9 de noviembre de 1909 (Revista Judicial, abril 1910, Tomo XV, Nos. 7 y 8 pág. 173): "Se exige como necesario que el perjuicio o provecho que al interesado en el juicio le cause la sentencia sea directo o positivo; o como por interpretación extensiva precisa el art. 458, que sea un interés propio, siendo su derecho positivo y cierto, aunque su ejercicio dependa de algún plazo o de alguna condición que debe cumplirse. O si no también, como lo dice el art. 438 Pr., puede apelar el tercero, a quien perjudique la sentencia por provenir su derecho de los que siguieron el juicio".

Podemos afirmar, pues, que puede apelar todo aquél que puede ser tercero opositor en un juicio, bien sea coadyuvante o excluyente. Este criterio lo fundamentamos con lo expresado por los arts. 438, 457 y 458 todos Pr.

Con esta base podemos ofrecer varios ejemplos de interés en la causa: el del vendedor en el juicio que se siga contra su comprador, en relación a la cosa que se vende, por la obligación de evicción; el acreedor prendario en el juicio que se instruya contra su deudor quien está obligado

a devolver la cosa prendada; el heredero o legatario en las cosas relativas a la sucesión; el fiador; puede apelar también el propietario, en las sentencias que se dicten contra el usufructuario, usuario y el que tiene derecho de habitación sobre la posesión de la cosa; puede hacerlo también el acreedor hipotecario, cuando otro reivindica la cosa hipotecada.

A este respecto veamos dos sentencias importantes: La de la Cámara de Tercera Instancia de 30 de diciembre de 1931 (Revista Judicial, Julio a diciembre de 1931, Tomo XXXVI, nos. 7 a 12, pág. 444) que expresa lo siguiente: "Si en un juicio ordinario se discute la validez de un contrato, por acción rescisoria y una de las partes ha vendido con anterioridad bienes raíces, a los cuales afecta ese contrato, habiendo inscrito su dominio el comprador en el Registro de la Propiedad, tiene derecho este comprador para intervenir en dicho juicio como tercero coadyuvante, pudiendo apelar del fallo definitivo conforme el artículo 982 Pr."

La otra sentencia, de la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro (Revista Judicial, 1920, Tomo XXV, Ns. 8 a 10, pág. 398) nos concretó que el perjuicio que irroga al tercero, "debe ser el que ocasiona la cosa juzgada, como en los casos de los arts. 90, 91, 279, Nos. 6 y 7, parte final, (este caso ya no tiene vigencia) 283, 332 y 923 del Código Civil". Estos serían otros tantos casos de interés de los cuales analizaremos algunos.

Arts. 90 y 91 C. Son atinentes a la muerte presunta y dicen lo siguiente:

"Art. 90.- Decretada la posesión definitiva, los propietarios, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte".

"Art. 91.- El que reclama un derecho para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que el desaparecido ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho en los términos de los artículos precedentes".

"Y por el contrario, todo el que reclama un derecho para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, está obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros ni exigirles responsabilidad alguna".

En este caso de la muerte presunta, si una sentencia tiene relación con ella y hay legatarios, herederos o personas con derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, se advierte claramente el interés de ellos en el juicio en el que se discute la muerte presunta. Por consiguiente

pueden alzarse contra la sentencia, aunque no hayan intervenido en el juicio.

El art. 283 C., relativo al reconocimiento forzoso de hijos naturales, no lo transcribimos por largo, pero conviene consultarlo. La acción a que se refiere este art. corresponde sólo al hijo por sí o por medio de su representante legal contra el supuesto padre o contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente. En cualquiera causa en que se debata el reconocimiento forzoso de hijo natural puede haber terceras personas interesadas en la causa. Por ejemplo en el caso de un juicio que siga el supuesto hijo contra el curador de la herencia yacente y hay un heredero declarado del supuesto padre. Tal heredero puede apelar de ese juicio aunque no haya intervenido en el juicio. Igual caso es el de que la acción se incoe contra un heredero y hay otros, estos tienen idéntico derecho de apelar.

Art. 332 C., se refiere a las pruebas del estado civil. Dice así:

"Art. 332 C.- El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna".

Si esto es así y los efectos del fallo van a perjudicar o aprovechar a una persona aunque no intervino en este tipo de juicio, ella podrá apelar del mismo.

Art. 923 C., relativo a las acciones posesorias. Copiemos su texto:

"Art. 923.- El usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto.

Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él; en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio".

En tal situación se advierte y ya lo expresamos, que el propietario está interesado en este tipo de juicios y aunque no haya intervenido tiene derecho de apelar.

Con lo expresado hasta acá podemos consignar las siguientes concordancias al art. 982: arts. 436, 437 y 458 Pr.; 90, 91, 283, 332 y 923

C. Así mismo procede relacionarle el art. 1248 Pr. que dice así:

"Art. 1248.- Todo decreto, mandato o sentencia se notificará a quienes *interese y hayan intervenido o deban intervenir en la causa, pena de nulidad respecto de la parte no notificada.*

La parte tiene en todo tiempo derecho a exigir que se le haga la notificación para usar de los recursos que le compelan".

Por el contrario, no tienen derecho a apelar los que no tengan un interés positivo y cierto en alguna causa como el heredero o legatario de una persona, cuando el juicio verse sobre derechos distintos a la sucesión (sentencia de 9 de noviembre de 1909. Revista Judicial de abril de 1910, Tomo XV nos. 7 y 8 pg. 173).

Hay otro caso parecido, aunque discutible, es el planteado en la sentencia de la Cámara de Tercera Instancia del 8 de abril de 1929. (Revista Judicial, abril a junio de 1929, Tomo XXXIV, nos. 4 a 6, pg. 161). Dice así: "Tampoco pueden apelar los hermanos, aunque legítimos de una persona ya difunta, de la sentencia dada en el juicio, que sigue contra el curador de la herencia yacente, por quien se pretende hijo natural del difunto para ser declarado como tal, aunque los hermanos invoquen como motivo de interés, para apelar, la circunstancia de que como tales hermanos, están llamados en su caso, conforme a la ley, a la sucesión intestada, de la cual serían privados por el hijo natural, pues ese interés se reduce a una simple expectativa de ser herederos, por no existir aún una declaración al respecto, sobre todo si el curador de la herencia yacente, en representación de ella, ha consentido la sentencia del juez que hace aquel reconocimiento, no alzándose de ella, la que ha pasado en autoridad de cosa juzgada".

Este caso, como anticipamos, es discutible. El hijo natural es heredero preferente a los hermanos legítimos del difunto, los excluye de la sucesión intestada. En el supuesto de que tal persona no fuera realmente un hijo natural los llamados a suceder al difunto serían aquellos. Si en la causa en que se debatió la calidad de hijo natural de este señor, no se aportó la prueba suficiente y pese a ello se dicta sentencia teniéndolo por tal, evidentemente *que se está causando perjuicio a estos hermanos legítimos del difunto y deberían tener derecho a apelar.*

Sobre esta misma resolución el Dr. Padilla y Velasco externa el siguiente criterio: "Esta sentencia me parece un poco injusta, porque negó ese interés que efectivamente es cierto y positivo; aún cuando fuere una mera expectativa por no haber declaratoria al respecto, porque ya había un llamamiento de la ley para ellos desde la fecha de la defunción, faltando únicamente el modo de la aceptación de la herencia para llegar a su ejercicio pleno".

Otro aspecto que conviene recalcar es que ese interés debe demostrarse para poder apelar o, si no debe constar del propio juicio como el caso del fiador o del codeudor solidario.

No basta manifestarlo, hay necesidad de que se justifique o constar en autos.

Otros sostienen que si el tercero no le es posible demostrar ese interés en el momento de apelar, basta con que diga cuál es tal interés, que lo explique, para que el juez lo califique y determine si existe o no un interés positivo, cierto y directo que faculte para interponer la alzada en calidad de tercero interesado. En la Segunda Instancia tendrá obligación esta persona -se dice- de comprobar su interés y si no lo establece la Cámara declarará sin lugar la apelación. Los arts. 1002 y sobre todo el 1061 inc. últ. Pr. facultan a las Cámaras para declarar sin lugar una apelación que ha sido admitida contraviniendo disposiciones legales. Este punto se ha discutido un tanto, nos parece más aceptable la primera posición.

Una última cuestión sería la del término de que dispone el tercero para interponer la apelación.

Hemos señalado ya la historia legislativa del art. 982 y ella se concreta, casi exclusivamente, en las variaciones sufridas por dicho art., al punto que estamos tratando. Hemos dicho que desde 1902 a esta fecha la disposición legal en comento permanece invariable. Veamos las razones que manifestó la Comisión en el respectivo Proyecto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles:

"CLXVIII El artículo 954 (982 actual) en su parte final, donde dice: "desde la última notificación" se reforma así: "desde el día siguiente al de la notificación que se le haga de la sentencia". COMENTARIO: Como se trata del recurso que puede interponer un interesado que no ha intervenido en el juicio, no puede pretenderse, sin manifiesta injusticia aunque a ello se presente el tenor literal de la ley, que el término para la apelación se le cuente desde la última notificación hecha a las partes. Esto en la generalidad de los casos, equivaldría a negar el recurso a los que no han intervenido en el juicio, aunque sean interesados en la causa. La reforma, atendiendo al espíritu de la ley, trata de evitar que se le pueda dar una torcida interpretación al artículo citado; y al propio tiempo se declara que el término correrá "desde el día siguiente al de la notificación" por ser ésta la regla general, conforme a los arts. 204 y 953, (212 y 981 actuales) sin que haya razón alguna para apartarse de ella en el caso de que se trata". (Informe de la Comisión Revisora de los Códigos Patrios del 12 de octubre de 1901, a la Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial, noviembre 15 de 1901, Tomo VII. Hay nueva edición de las Revistas Judiciales de 1901 en un solo tomo publicado

en 1958).

Como vemos, pues, el artículo pertinente no le señala término al tercero para poder apelar. Eso sí, una vez que se le ha notificado la resolución dispone de tres días, desde el día siguiente al de la notificación para interponer su recurso.

Nuestros tribunales han interpretado esa disposición en los siguientes términos: Primero, si la sentencia ya está ejecutada el tercero no puede apelar, el juicio está fenecido. Segundo, si la sentencia no está ejecutada pero ya prescribió la acción que de ella se deriva tampoco puede el tercero apelar. Tercero, si la sentencia no se ha ejecutado aún, aunque esté ya ejecutoriada y no ha prescrito la acción que de ella se deriva entonces sí puede el tercero pedir que se le notifique la sentencia, o de una vez -y es lo más corriente- darse por notificado de ella y apelar.

Entonces el tercero debe de pedir que se le notifique la sentencia o darse por notificado de la sentencia y en el mismo escrito apelar.

C) Efectos de la apelación.

Los efectos de la apelación son tradicionalmente, el efecto devolutivo y el efecto suspensivo.

Nuestro Código en el art. 983 así lo reconoce cuando dice: "Dos son los efectos que produce la apelación, el uno suspensivo y el otro devolutivo". Consiste el primero (suspensivo) en pasar al juez o tribunal superior respectivo el conocimiento del asunto y el segundo (devolutivo) en suspenderse la jurisdicción (propriadamente competencia) del juez apelado o la ejecución de la sentencia dictada.

Por efecto devolutivo se entiende, no propriadamente una devolución, como parece indicar la palabra, sino la remisión o envío del fallo apelado al superior correspondiente de acuerdo con la ley, para que conozca del punto apelado o lo revise algunas veces sin suspender la ejecución de la sentencia apelada. Nuestro Código dice que por el efecto devolutivo se da únicamente conocimiento de la causa al superior sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias.

Y en el segundo inciso del mismo artículo 983 agrega: "Cuando la apelación admitida en sólo el efecto devolutivo lo fuere de sentencia interlocutoria, el juez continuará la causa hasta ponerla en estado de pronunciarse la sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada"

En el sumario de prestación de alimentos, según el inc. 2º del art. 833 Pr., la sentencia que concede los alimentos causa ejecutoria no obstante

apelación, o lo que es lo mismo, la sentencia se ejecuta aunque se haya apelado. Como sucede también en el caso del juicio ejecutivo, que de acuerdo con el art. 600, aunque la sentencia es apelable en ambos efectos, si cualquiera de las partes diere fianza bastante de responder de las resultas del recurso en caso de revocarse la sentencia por el superior, podrá ésta cumplimentarse o ejecutarse.

El Profesor Gallinal da dos explicaciones históricas sobre el origen de los vocablos suspensivo y devolutivo. De acuerdo con la primera, "la voz devolutivo, para designar ese efecto, propia en los casos en que, como sucedía antiguamente, el inferior conocía de los asuntos por delegación del superior, no lo es ahora, desde que ejerce la jurisdicción en virtud de facultades propias, sin que, por consiguiente, exista devolución de ningún género".

En la otra explicación, manifiesta lo siguiente: "Si no hubiese un segundo grado de jurisdicción, los fallos serían firmes y tendrían toda su fuerza ejecutoria desde el momento de su notificación. Y ello es lo que ocurre cuando las partes, conformándose con la sentencia, y renunciando al derecho de impugnarla, la aceptan, pasando en autoridad de cosa juzgada" (tal como lo acepta nuestra legislación en los arts. 437, 445 ord. 1ª y 446 primera parte Pr.). Luego sigue en su explicación el profesor Gallinal así: "Admitido por nuestra ley el sistema de que en general, sólo tienen esa autoridad (de cosa juzgada) dos sentencias conformes (sistema que no existe en nuestro Procedimiento), o la que en definitiva dicte en todo caso el juzgador de la tercera instancia (la que ya no existe en nuestro sistema procesal), es obvio, que desde el momento en que el fallo es accionado en apelación, la competencia de los jueces que lo dictaron en primer grado, queda trasladada o transmitida a los de segundo, es el efecto devolutivo; y como dicho fallo no adquiere fuerza ejecutoria sino al ser confirmado, es natural que se espere a ello para ponerlo en ejecución, es el efecto suspensivo".

El Dr. René Padilla y Velasco, refiriéndose a los efectos de la apelación, se expresa así: "Por la interposición del recurso de apelación, se suspende la jurisdicción del juez o tribunal que la admitió, y devuelve o al tribunal o juez superior inmediato en grado. De ahí provienen los dos efectos que se atribuyen a la apelación; el uno suspensivo, y el otro devolutivo. El primer efecto suspende la jurisdicción del juez interior, impidiéndose la ejecución de la sentencia, y toda resolución que dicte, se entenderá atentatoria (artículo 1099 Pr.). Por el efecto devolutivo se da únicamente conocimiento de la causa al superior, sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisoria de sus providencias, a condición de

que si fuere revocada, volverán las cosas al ser y estado que tenían antes de la resolución que se dictó".

"En el lenguaje forense y en las expresiones de las leyes y decretos de los tribunales, se acostumbra decir que la apelación se admite en ambos efectos o en uno, o a lo más, en el efecto devolutivo; pero jamás se dice que se concede la apelación en el efecto suspensivo, y tal costumbre acarrea cierta oscuridad que conviene aclarar. Cuando la ley dice que admite la apelación en un solo efecto o en el devolutivo, se entiende que se da el conocimiento de la causa al tribunal superior. Sin embarazar al inferior para llevar adelante la ejecución provisoria de sus providencias. Y cuando la ley o los decretos y los tribunales dicen que se admite la apelación en ambos efectos se entiende que es en el efecto suspensivo, que hace innecesario el devolutivo, porque suspendiéndose la jurisdicción del juez y la ejecución de la sentencia o resolución recurrida ya no hay necesidad de volver las cosas al estado que tenían cuando se dictó la providencia recurrida".

"Si se admite apelación de sentencia interlocutoria en el efecto devolutivo, el juez que ha de continuar en la tramitación del juicio y ejecución de sus providencias, ha de detenerse siempre antes de dictar la sentencia definitiva, para ser resuelta cuando el tribunal superior haya tramitado hasta el final el recurso de apelación".

Ampliando las explicaciones del Dr. Padilla y Velasco, sobre los efectos de la apelación, podemos agregar: que tal como la palabra lo indica, en el caso de la apelación en efecto suspensivo, la competencia o jurisdicción (como dice la ley) del juez, queda suspendida, mientras el superior resuelve la alzada; pero el juez no pierde su competencia, pues una vez resuelto el punto apelado, los autos o proceso regresan a poder del juez quien continúa ejerciendo su jurisdicción o competencia en el negocio, hasta llevar al fenecimiento completo del juicio, correspondiéndole al juez la ejecución de la sentencia ejecutoriada y el conocimiento de las incidencias y dependencias del juicio. Así lo especifica claramente el art. 1097 Pr. al decir: "La Corte, Cámaras y tribunales superiores, fuera de los casos expresamente señalados (apelación -y antes la súplica-), no tienen jurisdicción (competencia) sino para conocer en grado de los decretos y sentencias apelables o suplicables. Por consiguiente, al Juez de Primera Instancia corresponde de lleno ésta, (la jurisdicción o competencia) y la ejecución de toda sentencia ejecutoriada y de sus incidencias y dependencias".

Por ejemplo: si el juez de primera instancia condena al demandado a pagarle al actor la cantidad de 10.000 colones y el reo apela, mientras la causa o proceso se encuentre en grado de apelación en la Cámara de Segunda Instancia respectiva, la jurisdicción o competencia del juez de

primera instancia queda suspendida, hasta que regrese el proceso del tribunal superior. Si éste confirma la sentencia apelada, el juez puede ejecutar su sentencia, o sea, embargarle bienes al demandado para pagarle al actor la cantidad a que aquel fue condenado.

Como el efecto suspensivo de la apelación inhibe totalmente al juez de seguir conociendo del negocio, porque se le ha suspendido su jurisdicción o competencia, si el juez ejecuta la sentencia condenatoria, comete atentado, tal como lo expresa el art. 1099 Pr. que dice: "Desde que se hubiese otorgado la apelación en ambos efectos o la súplica, quedan inhibidos los jueces que la otorgaron del conocimiento de las causas respectivas y no podrán entender sino en lo concerniente a la remisión de los procesos y a la declaratoria de deserción, según queda detalladamente prevenido".

Sobre el mismo punto el art. 993, ordena: "Cuando el juez hubiere otorgado la apelación simplemente o en ambos efectos, remitirá el proceso original al tribunal superior en el día, si residiere en el mismo lugar, y sin pérdida de tiempo si residiere en lugar distinto." Y el art. 1101 agrega: "Asimismo se reputa atentatoria... cualesquiera otras providencias que expiden los jueces o tribunales sobre algún pleito que penda ante otro juez o tribunal. "O lo que es lo mismo, el juez no puede ya seguir conociendo en absoluto de ese negocio, desde que la apelación ha sido admitida.

La apelación en efecto suspensivo, se llama también apelación en ambos efectos, y se le califica de apelación, simplemente. Cuando se usa la frase admítase la apelación interpuesta, debe entenderse que lo es en ambos efectos, o sea, en el efecto suspensivo y el devolutivo. En cambio, cuando se trate de la apelación en el efecto devolutivo, tiene el Juez que expresarlo así en su resolución. En el primer caso no es necesario que lo diga, porque de acuerdo con la ley, por el solo hecho de decir que se admite la apelación, se entiende que lo es en ambos efectos - art. 991 Pr. -

Con respecto a la apelación en efecto devolutivo, damos las siguientes explicaciones: El art. 983 Pr. aclara que en virtud de tal efecto (el devolutivo) "se da únicamente conocimiento de la causa al superior, sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias". Hay varias disposiciones legales que en forma clara confirman esta afirmación legal. El art. 985 Pr. enumera las sentencias en las que la ley concede apelación, pero sólo en el efecto devolutivo, por ejemplo, la sentencia de prestación de alimentos en juicio sumario, la que de acuerdo con el art. 833 inc. 2º Pr., causa ejecutoria, no obstante apelación, o lo que es lo mismo la sentencia se puede ejecutar provisionalmente aunque se haya apelado de ella.

Otro ejemplo sería la del auto que ordena el embargo de bienes en el juicio ejecutivo. -art. 594 Pr.- Si se apela de dicho auto, como la apelación se admite en efecto devolutivo -art. 985 - 15º Pr.-, y se trata de una sentencia interlocutoria, el Juez podrá continuar conociendo de la causa hasta ponerla en estado de pronunciarse la sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada.

Los dos ejemplos propuestos están comprendidos en los ordinales 9º y 15º del art. 985 Pr. que expresamente dice: que la apelación que la ley concede de dichas sentencias lo es sólo en el efecto devolutivo.

Pero hay casos, como el del art. 600 Pr., que la ley dice que la apelación se concede en ambos efectos, o sea en el efecto suspensivo, y no obstante ello, la sentencia se puede ejecutar provisionalmente, si las partes dan fianza bastante para responder de las resultas del recurso en caso de revocarse la sentencia por el superior. Lo que sucede en este caso es que, por la naturaleza de la sentencia, la cual ha sido pronunciada en juicio ejecutivo, que no produce efectos de cosa juzgada, como lo expresa el art. 599 Pr., si la parte rinde la fianza o caución fiduciaria, la sentencia podrá ejecutarse provisionalmente. Y al permitirlo así la ley, en verdad le está dando a la apelación efecto devolutivo y no suspensivo.

Con respecto a la sentencia interlocutoria, el art. 983 inc. 2º autoriza al juez para seguir conociendo de la causa hasta ponerla en estado de pronunciarse la sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada. Si el superior confirma la interlocutoria apelada, todo lo actuado por el Juez es válido y con ello se habrá logrado una economía procesal. Por el contrario, si el superior revoca la interlocutoria lo actuado por el juez no tendrá valor legal alguno y nada se habrá perdido, pues el mismo tiempo que el juez empleó en tramitar el proceso hasta ponerlo en estado de sentencia, fue el tiempo que el tribunal superior empleó a su vez en resolver la interlocutoria apelada.

Hay un caso especial de apelación en el efecto devolutivo de una sentencia interlocutoria, que merece un análisis por separado: o sea la interlocutoria que previene al actor rinda fianza para garantizarle al demandado las resultas del proceso. Dicha resolución la debe proveer el juez cuando el demandado se lo pide al contestar la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 Pr. y es apelable en el efecto devolutivo, conforme lo expresa el art. 985 ord. 13 Pr.

De acuerdo con lo que dejamos expuesto, cuando la apelación lo fuere en el efecto devolutivo de una sentencia interlocutoria, con base en lo prescrito en el inc. 2º del art. 983 Pr., el juez puede continuar la causa hasta ponerla en estado de pronunciar la sentencia definitiva en cuyo estado

esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada. Sin embargo, el inc. último del art. 19 Pr. le ordena al juez suspender el juicio hasta que esté aprobada la fianza o absuelto el demandante de la obligación de darla. Y aquí surge la cuestión de si ambos artículos son o no contradictorios.

Según mi criterio no existe contradicción entre ambas disposiciones legales porque de acuerdo con la redacción de todo el art. 19, desde que el demandado le pide al juez que el actor rinda fianza para garantizar las resultas del proceso, se inicia un incidente que suspende el trámite del juicio principal, al igual que en el caso de que el demandado oponga excepciones dilatorias, de acuerdo con lo que disponen los artículos 19 inc. 3º y 132-133, respectivamente. Es decir, en ambos casos no se puede continuar la tramitación del juicio principal mientras se resuelve cualquiera de dichos incidentes. Por esa razón el inc. último del art. 19 le ordena al juez suspender el juicio hasta que esté aprobada la fianza o absuelto el demandante de la obligación de rendirla. Los arts. 132 y 133 Pr. prescriben que las excepciones dilatorias deben decidirse en juicio sumario antes de procederse adelante, en los juicios ordinarios, y en los extraordinarios, también se suspende el proceso en los casos que menciona el inc. 2º del art. 133. En otras palabras, la suspensión del procedimiento en ambos casos es una suspensión de naturaleza especial, no es la suspensión a que se refiere la apelación en ambos efectos que inhibe al Juez de seguir conociendo de la causa; en cambio, en estos incidentes el juez tiene competencia de resolver ambos incidentes, el de las excepciones dilatorias o el de la fianza. Luego, al disponer la ley suspenda el juicio, no se refiere en absoluto al incidente, el cual se sigue tramitando.

Al apelarse del auto interlocutorio que fija la cuantía de la fianza, como dicha apelación va en efecto devolutivo, el juez podría, a solicitud del actor, continuar la tramitación del incidente abriéndolo a pruebas por ocho días, para que el actor justifique dentro de ese término, que el fiador o el mismo actor, son poseedores de bienes raíces situados en El Salvador, suficientes para hacer efectiva la cuantía de la fianza que en definitiva se señale para responder por las resultas del proceso.

Con lo anterior se le estaría dando cumplimiento al inc. último del art. 19 Pr. que ordena la suspensión del proceso mientras se aprueba la fianza o se absuelve al actor de la obligación de darla, porque el proceso está suspendido; pero también se está cumpliendo con lo permitido en el inc. 2º del 983 Pr., o sea que el juez puede continuar la tramitación del incidente, mientras se resuelve por el superior la cuantía de la fianza. Como se ve no hay contradicción entre ambas disposiciones legales.

Lo que sucede es que en la práctica nunca se le pide al juez la

tramitación del incidente, sino hasta que regresan de la Cámara los autos con la resolución ejecutoriada que determina la cuantía de la fianza, como sucede generalmente en toda clase de sentencias interlocutorias. Pero en el incidente de fianza hay otras cuatro resoluciones que son apelables: a) la que aprueba la fianza rendida por el actor; b) la que la imprueba; c) la que absuelve al actor de la obligación de rendirla; y d) la que declara sin lugar la absolución solicitada por el actor. De esas cuatro resoluciones sólo una menciona expresamente el art. 985 como apelable en el efecto devolutivo, o sea la comprendida en el numeral 10 de dicho artículo, que se refiere a la aprobación de fianzas; y no así las otras tres. La aprobación de la fianza es apelable en el efecto devolutivo cuando fuere proveída a favor de la parte actora y fuere el demandado quien apelar; pero si la fianza fuere improbadada y el actor apelar, la apelación lo sería en ambos efectos, con base en lo dispuesto en el art. 987 Pr. Las otras dos resoluciones, la que absuelve o no al actor de la obligación de rendir fianza, son apelables en ambos efectos, por tratarse de sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, conforme lo expresa el art. 984 incs. 1º y 2º Pr.

En estos casos, al apelarse siempre se suspende la tramitación del proceso y en ninguno de ellos puede el juez continuar tramitándolo ni aún en el caso de la aprobación de la fianza, cuando la apelación lo fuere en efecto devolutivo, porque después de eso ya nada puede hacer el juez en que el incidente que ha fenecido sino sólo en el juicio principal.

Así es como se interpreta la suspensión a que se refiere el art. 19 inc. últ. Pr., es de carácter especial y no es la misma suspensión a que se refiere la apelación en el efecto suspensivo, aunque en el fondo, en ambos casos el juez queda inhibido para continuar conociendo del proceso y cualquier resolución que dicte sobre el mismo se reputaría atentatoria -art. 1099 Pr. (Nota).

Nota: En estos días (13 al 20 de junio de 1991) que estoy revisando la copia del presente Libro, estoy también trabajando en la Corte Suprema de Justicia en la reforma de ciertos artículos del Código de Procedimientos Civiles, para suprimir aquellos artículos obsoletos o que retardan los procedimientos o que no están de acuerdo con las mismas teorías del derecho procesal, con el objeto de lograr una pronta y cumplida justicia. Y precisamente los Artículos 18 y 19 Pr. que establece la fianza de costas en favor del demandado, son 2 de los Artículos que se suprimirán, porque van contra el principio de la igualdad de las partes, en el proceso civil y causan una gran demora en la tramitación del proceso, porque el demandado que actúa de mala fe apela cuatro veces en el incidente de fianza, con el fin de retardar el procedimiento, excepto que el actor consigne el dinero en efectivo o rinda una fianza Bancaria para evitar las apelaciones moratorias del demandado.

VII. PROBLEMAS DE LA APELACION

En la apelación se presentan varios problemas, unos de ellos tienen relación directa con las nociones fundamentales de la apelación, o sea, especialmente, los que acabamos de estudiar en el párrafo anterior como elementos de la apelación, que comprenda, como ya lo vimos, objeto, sujetos y efectos de la apelación. Los otros problemas son inherentes a la técnica misma de la apelación. Unos se refieren a las formas de la apelación, como lo son: la apelación libre, la apelación en relación y la apelación adhesiva; otros son problemas inherentes al desenvolvimiento de la apelación: o sea los relativos a la interposición, sustanciación, otorgamiento, trámite de la segunda instancia, decisión, cuestiones relativas a la deserción de segunda instancia, nuevas excepciones, nuevas pruebas, perención, rebeldía del apelado y contenido de la sentencia de apelación.

Para nuestro estudio tomaremos como base nuestro Código y estudiaremos los problemas de la apelación en la siguiente forma:

- 1º. Interposición de la apelación;
- 2º. Efectos de la apelación que ya estudiamos;
- 3º. Resoluciones apelables;
- 4º. Trámite de la apelación;
- 4º-Bis. Facultad de la Cámara de calificar la apelación admitida
- 5º. Adhesión a la apelación;
- 6º. Recepción a prueba en segunda instancia;
- 7º. Deserción del recurso de apelación;
- 8º. Rebeldía del apelado;
- 9º. Sentencia de la Cámara

1º INTERPOSICION DE LA APELACION

Para su estudio este problema lo subdividiremos en las siguientes partes: a) Ante quien se interpone; b) Recurso de hecho; c) Cómo se interpone; d) Quiénes pueden interponerla; y e) Término en que se interpone.

a) Ante quien se interpone la apelación. La regla es que la apelación se interpone ante el juez que pronunció la sentencia de la cual se recurre. Este se llama tribunal a quo del cual se recurre y el tribunal que resuelve la apelación que conocerá en grado de la misma se llama tribunal ad quem, es decir al cual se recurre.

El art. 988 Pr. nos dice que: "La apelación deberá proponerse por

escrito ante el mismo juez que pronunció la sentencia, y nunca de palabra ni en la notificación.

Esa regla tiene tres excepciones: la primera es en el caso de que el asunto, negocio o litigio haya sido sometido por las partes a la decisión de los árbitros arbitradores o amigables componedores, en tal situación, cuando los árbitros pronuncien su laudo, deberán dar cuenta de él al Juez de 1.ª Instancia que debió conocer en 1.ª Instancia en ese negocio o asunto y que fue quien los juramentó antes de entregárselos para su resolución. Así lo dice el art. 76 Pr. "Dada y autorizada la sentencia o laudo, se pasará con la causa al juez que hubiere conocido de ella, si no hubiese sido comprometida. Este la notificará a las partes, admitirá los recursos de apelación y nulidad (este recurso ya no existe) que sean permitidos, la declarará a solicitud de parte, pasada en autoridad de cosa juzgada, en su caso y la ejecutará con arreglo a derecho".

"También admitirá y sustanciará las solicitudes sobre aclaración o reforma de la sentencia o laudo, y devolver el proceso a los árbitros o arbitradores para que resuelvan lo conveniente".

De acuerdo con esta primera excepción, el juez que debió conocer en Primera Instancia, es ante quien se interpone el recurso y es él quien lo va a admitir y remitir los autos al tribunal superior.

Esta excepción en lo que a la apelación de los árbitros se refiere, de que no se interpone el recurso ante el mismo juez que pronunció la sentencia sino que ante otro, o sea el juez que debió conocer en aquel negocio, no es aplicable al caso del recurso de casación, cuando hayan sido los arbitradores los que hayan sentenciado, pues entonces el recurso se interpone ante ellos mismos, conforme lo prescribe el art. 21 de la Ley de Casación, el cual dice: "El recurso de casación contra la sentencia de los amigables componedores se interpondrá ante ellos mismos en el término señalado en el art. 8, con fundamento en las causas determinadas en la fracción c) del art. 2 de esta ley, y el escrito llevará firma de Abogado".

"El Tribunal Arbitral procederá conforme a lo prescrito en el art. 11, y el Tribunal de Casación de conformidad con los arts. 12, 13, 14, 15, 16 y 17".

b) Recurso de hecho.

Tenemos una segunda excepción y es la comprendida en el art. 1028 Pr., o sea en el caso del recurso de hecho, dice tal art.: "Negada la apelación por el juez, deblendo haberse concedido, podrá el apelante presentarse al Tribunal Superior dentro de tres días, contados desde el siguiente al de la notificación de la negativa, más el término de la distancia, pidiendo que se

le admita el recurso. El tribunal mandará librar dentro de tercero día provisión al juez inferior para que remita los autos, salvo que de la simple lectura de la solicitud apareciere la ilegalidad de la alzada”.

Como ya dijimos antes, el recurso de hecho no es más que el mismo recurso de apelación, sólo que cuando el juez niega la apelación que se interpone ante el mismo, le queda al litigante o recurrente, el derecho de ir a instaurar ese recurso de alzada o de apelación ante el mismo tribunal superior que conocerá en grado de él.

Encontramos un tercer caso de excepción y muy semejante al anteriormente expuesto, es el comprendido en el art. 495 Pr. y se refiere a los juicios verbales. Se trata de otro caso de recurso de hecho. El art. en cuestión dice así: “Si el juez de paz negare la apelación o revisión, puede la parte ocurrir al juez de Primera Instancia, en el término de 24 horas, si ambos jueces residieren en el mismo lugar, o en el de 3 días si residieren en lugares distintos, exponiendo lo sucedido: éste pedirá el juicio con citación de la parte contraria, y en su vista admitirá o no el recurso, procediendo en el primer caso como se previene en el capítulo siguiente”.

Concretamos así lo dicho: Regla. La Apelación se interpone ante el mismo juez que dictó la sentencia de la cual se recurre.

- Excepciones:
- a) Caso de los jueces árbitros. art. 76 Pr.
 - b) Recurso de hecho juicios escritos. art. 1028 Pr.
 - c) Recurso de hecho, juicios verbales. art. 495 Pr.

c) Como se interpone la apelación.

El art. 988 Pr. dice que: “La apelación deberá proponerse por escrito ante el mismo juez que pronunció la sentencia, y nunca de palabras ni en la notificación”. Esa es pues la regla: que siempre se interpone por escrito y nunca de palabra, ni en la notificación.

Esta regla tiene una excepción. Está comprendida en los juicios verbales. El art. 486 dice: “La sentencia se notificará a las partes dentro de 24 horas a lo más, quienes pueden interponer el recurso de revisión o apelar en el acto de la notificación o dentro de tercero día, excepto en los casos del art. siguiente”. En los juicios verbales se permite interponer el recurso de palabra en el acto de la notificación.

En el Código Procesal Penal, sí se permite presentar el recurso de palabra en el momento de la notificación. Así lo autoriza el art. 521. Pero este caso de excepción pertenece al derecho procesal penal.

Hemos dicho que el recurso se interpone por escrito; cabría preguntarse en qué clase de papel. La respuesta es la de que en el papel en que

se está litigando, según la naturaleza del juicio: si se trata de juicios verbales, en papel sellado de quince centavos si se trata de juicios sumarios, en papel sellado de treinta centavos; si se trata de juicios ordinarios, en papel sellado de cuarenta centavos; en materia de Inquilinato, Laboral, Tránsito, en papel común. Esa es la regla de acuerdo con la Ley de Papel Sellado y Timbres.

(Nota)

Otro punto dentro de este aspecto de cómo se interpone el recurso es el relativo al contenido del escrito y se concreta con esta pregunta ¿Qué debe contener el escrito? A este respecto, se siguen análogas reglas a las dadas en relación al contenido de la demanda: En primer lugar se encabeza el escrito con la designación del tribunal ante el cual se interpone la apelación. Después debe contener esencialmente lo siguiente: 1º) El nombre, apellido, edad y demás generales del recurrente; 2º) El juicio al cual se está refiriendo aquel escrito, con especificación del nombre del actor y del reo y de la acción que se está ventilando; 3º) La resolución de la cual se recurre; por ejemplo: "Apelo de la sentencia en la cual Ud. aprueba la fianza rendida por el actor" o "apelo de la sentencia definitiva pronunciada en este juicio"; 4º) Por último expresar el lugar y la fecha en letras y no en números, como lo ordena el art. 1252 Pr. de las disposiciones generales, que dice: "Todo escrito o petición deberá llevar la fecha escrita en letras y no en números".

Pongamos un ejemplo de escrito. "señor juez primero de lo civil, yo, (fulano de tal... nombre, apellido, edad y generales), me refiero al juicio civil ordinario de reivindicación promovido por Pedro contra mi mandante Juan y causándole agravios a éste la sentencia interlocutoria que Ud. ha proveído, por la cual aprueba la fianza rendida por el actor, apelo de ella para ante el tribunal correspondiente. San Salvador, veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y dos". Eso es lo esencial, ahora algunos acostumbra poner también: "en consecuencia le pido, me admita el recurso y remita los autos ante el tribunal superior, previo emplazamiento de las partes", pero eso ya es el trámite, consecuencia de la interposición del recurso. No es necesario agregarlo.

Nota: El papel sellado, de acuerdo con la ley decretada el 31 de enero de 1986, el Art. 4 N° 2 Inc. 2º, expresa: Todo escrito presentado a los Tribunales no, comprendido en el numeral anterior, cada hoja, entre otros los de apelación, la hoja será de a cuarenta centavos ₡ 0.40

d) Quien puede apelar.

Este aspecto ya lo abordamos anteriormente. Solamente diremos que pueden apelar las partes que han intervenido en el juicio; sus procuradores o apoderados; y representantes legales y cualquier interesado en la causa, entendiéndose que lo es todo aquél a quien la sentencia perjudica o aprovecha, aunque no haya intervenido en el juicio". Arts. 980 y 982 Pr

o) Término en que se apela.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles en su art. 981 dice que: "El término para apelar de toda sentencia será el de tres días, contados desde el siguiente al de la notificación respectiva, conforme al art. 212.

Este término es fatal y no puede prorrogarse jamás por ningún motivo".

El art. 212 Pr expresa lo siguiente: "El día de la notificación no se contará en el término fijado para los emplazamientos, ni para las apelaciones y demás recursos y diligencias judiciales, si no es que la ley expresamente disponga otra cosa; pero sí se contará en el término fijado el de la comparecencia".

En conclusión, el término que el legislador establece para apelar es el de tres días contados desde el siguiente al de la notificación respectiva. Nuestro legislador usa a veces la frase "se contará desde la última notificación". En el presente caso no dice así sino que se contará ese término desde la notificación respectiva. Debe entenderse a cada parte.

Si se le notifica la sentencia al actor el día primero del mes y al reo el día dos del mismo mes; para el actor, si desea apelar, el término comienza a correr desde el dos. Podría hacerlo el dos, tres y cuatro. Para el reo que le notificaron el dos, el término sería de los días, tres, cuatro y cinco.

Sólo hay un caso en que el término para apelar no se cuenta desde el día siguiente al de la notificación respectiva hecha a cada una de las partes, sino dentro de los tres días siguientes al de la notificación hecha a la parte presente; o sea el caso en que el demandado haya sido declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 534 Pr. que dice: "La sentencia pronunciada en rebeldía en primera o segunda instancia, causa ejecutoria contra el rebelde si no interpone apelación o súplica, en su caso, dentro de los tres días siguientes al de la notificación a la parte presente". Hoy ya no existe el recurso de súplica, porque fue derogado cuando entró en vigencia la Constitución Política de 1950 y específicamente en el art. 45 de la Ley de Casación, decretada el 14 de septiembre de 1950. Pero la regla del art. 534 arriba transcrito se aplica en lo relativo a cómo debe contarse el

término para la interposición del recurso de casación, cuando el demandado ha sido declarado rebelde, caso en que dicho término comenzará a correr para el demandado, desde el día siguiente al de la notificación hecha a la parte presente, o sea la parte actora (Nota)

Esa mismo art. 981 dice en su segundo inciso que este término es fatal y no puede prorrogarse jamás por ningún motivo. ¿Cómo debe entenderse tal expresión?

En las disposiciones generales de nuestro Código el art. 1288, dice:

"Todos los plazos que se fijan por este Código para la ejecución de cualesquiera actos por los jueces o las partes, se computarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil; pero si el plazo se vence en día de fiesta legal, el acto podrá ejecutarse en el siguiente día útil".

El inc. 1º del art. 46 del Código Civil prescribe que: "Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o de los Tribunales o Juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la media noche del último día del plazo".

Esas dos disposiciones legales nos plantean el primer problema: el vocablo "fatal" que usa la ley aquí ¿significará que si el último día del plazo es de fiesta legal ya no puede apelarse en el siguiente día útil? Por ejemplo, se le notifica una sentencia a una parte un día jueves. De acuerdo con lo que dice el 1er. Inc. del art. 981, el término de tres días comienza a correr desde el día siguiente. El término sería entonces viernes, sábado y domingo. ¿Se concluye el domingo el plazo? o ¿Puede apelarse el día lunes con base en el art. 1288? De conformidad con el art. 48 C. el término es de días continuos, incluyéndose por tanto los feriados.

El art. 981 dice que el término para apelar es fatal y que no se prorrogará jamás por ningún motivo, ¿significará que por eso no se aplica la regla del 1288? Nuestros Tribunales superiores, al fallar, han entendido que sí se aplica esa regla y que el hecho de aplicarse no le quita la fatalidad al término. El término siempre sigue siendo fatal, lo que sucede es que el último día, que es de fiesta legal, para el legislador es como si no existiera.

El segundo problema que encontramos es el siguiente: El art. 46 del Código Civil, dice que los términos que concede la ley, los decretos del

Nota: Conforme reforma a ley Casación el recurso debe interponerse dentro del término fatal de quince días hábiles, contados desde el siguiente al de la notificación respectiva, ante el Tribunal que pronunció la sentencia contra la cual se recurre. Todos los términos serán de días hábiles en el futuro conforme reformas.

Poder Ejecutivo o los tribunales, se entenderá que son completos; y correrán además hasta la media noche del último día de plazo.

Nos preguntamos ¿Se podrá apelar en la tarde o después que ya se cerró la audiencia del Tribunal?

A este respecto hay varias disposiciones que nos interesa estudiar. El art. 1297 del Pr. dice: "Cerrada la oficina a las horas que prescribe la ley no se recibirá demanda, pedimento o declaración, ni se evacuará diligencia alguna en materias civiles que no sean de pura cartulación, salvo el caso de grave urgencia a juicio prudencial del juez".

El art. 1277 Pr. dice: "Ninguna citación, emplazamiento, notificación o diligencia judicial en negocio civil, podrá practicarse antes de las seis de la mañana ni después de las siete de la tarde, pena de nulidad. Tampoco podrán practicarse en día feriado, si no es con la habilitación hecha por el juez, a petición de parte y por motivo grave y urgente". "Será causa urgente para la habilitación de los días feriados el riesgo de quedar ilusoria una providencia judicial o de malograrse una diligencia importante para acreditar el derecho de las partes, por diferirse la actuación al día no feriado; todo a juicio discrecional del juez".

El art. 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prescribe: "El despacho ordinario en todos los tribunales y juzgados durará cinco horas diarias por lo menos, correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia determinar las horas de trabajo.

No podrá recibirse fuera de las horas de audiencia, ninguna petición, salvo el caso de grave urgencia contemplado en el art. 1297 del Pr." (Nota)

Después de leer el contenido de esas disposiciones legales y relacionarlas con el art. 46 C. que dice que todos los plazos y términos que las leyes y tribunales conceden serán completos y correrán hasta la media noche del último día de plazo, surge la duda sobre cómo entender y armonizar el art. 46 C. con estas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles y de la Ley Orgánica del Poder Judicial ¿Habrá contradicción entre el art. 46 del Código Civil y 135 de la Ley Orgánica y 1297 del Pr.? En principio no hay contradicción. Los plazos y términos que la ley concede son completos, y como dice el Código Civil duran hasta la media noche del último día. El art. 1297 Pr. en relación con el 135 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que hacen es reglamentar las horas de audiencia de los Tribunales. Estas deben

Nota Conforme acuerdos Corte y Ley Carrera Judicial, la jornada ordinaria de todos los tribunales durará cinco horas diarias de lunes a sábado. Corte Suprema y Juzgados Delgado, Mejicanos y Soyapango, la jornada será de ocho horas diarias de lunes a viernes. La jornada judicial semanal no excederá de 40 horas.

ser por lo menos de cinco horas diarias y la Corte Suprema de Justicia es la que fijará las horas en que despacharán los Juzgados y Tribunales inferiores. Las dos disposiciones dicen que después de cerrada la audiencia no se admitirá petición ni escrito alguno; pero ambas, en especial la del 1297, autoriza recibir peticiones en caso de grave urgencia a juicio prudencial del juez. En principio, pues, no se admite ninguna petición fuera de las horas de audiencia por razones de disciplina o por orden. Pero por excepción se admiten en los casos que se acaban de señalar, por ejemplo: Un litigante que viene desde La Unión a interponer su recurso de apelación ante uno de los jueces de lo civil de San Salvador, en el trayecto sufre un accidente automovilístico, que lo hace llegar a San Salvador a una hora fuera de audiencia. En tal caso el juez debe recibir su escrito de apelación. Otra causa sería, por ejemplo, que al día siguiente van a operaral que desea presentar la apelación y es el último del término. Ante tal evento puede pedirle al juez que le admita el recurso aunque sea a hora fuera de audiencia. Como el anterior es un caso de grave urgencia que el juez puede calificar así. Semejante es el caso del que recibe un telegrama de Guatemala a las siete de la noche, en el que se le informa que su hijo se está muriendo. Al día siguiente se vence el término. Ante semejante noticia el puede ocurrir a casa del Juez y pedirle le admita el recurso de apelación pues de inmediato parte para aquél país y ya no estará aquí al día siguiente.

Lo mismo sucedería en caso de fuerza mayor: el apelante se dirige a los Juzgados a interponer su escrito y en el camino es atropellado por un bus. Otro caso fortuito sería el de que un terremoto derrumba el Tribunal y no se pueda presentar por esta causa el recurso.

Conviene advertir que todos los casos señalados son de excepción, lo corriente es que las partes interponen en tiempo sus recursos.

Una justificación general de todas estas situaciones excepcionales la encontramos en una norma que aparece en el Capítulo relativo a la contestación de la demanda, pero pese a estar allí es genérica y se aplica a todos los casos. Ella es la del art. 229 Pr. que dice así: "Al impedido con justa causa no le corre término, ni se le considera rebelde para tener por contestada la demanda ni por desierta la acción".

Sobre este mismo punto Padilla y Velasco nos dice: "A mi entender la fatalidad no quiere decir más, que pasado el término la parte ya no puede interponer el recurso, ni tiene tampoco derecho a intentar el recurso de hecho. Y la expresión por ningún motivo ha de entenderse que son los motivos de negligencia o impericia de la parte, y nunca cuando se trate de algún motivo que provenga del Tribunal, como por ejemplo estar cerrado a causa de una inspección o algún accidente, como un terremoto que

trastorne la marcha regular de la administración de justicia.

2º. EFECTOS DE LA APELACION

Este punto ya lo estudiamos al analizar los elementos de la apelación. La única excepción de que el término para apelar no es de tres días sino de cinco días lo encontramos en lo administrativo, en el caso de las diligencias o procedimientos matrimoniales a que se refiere el art. 143 C. el que dispone que: "De toda providencia dictada en asuntos matrimoniales, puede apelarse para ante la autoridad superior respectiva en el acto de la notificación o dentro de los 5 días subsiguientes.

Si fuere el notario el que conociere, no habrá más recurso que el de responsabilidad".

En casación el término para interponer recurso no es de tres días, sino de cinco, de acuerdo con lo que prescribe el art. 8 que dice: "El recurso debe interponerse dentro del término fatal de cinco días contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, ante el tribunal que pronunció la sentencia de la cual se recurre".

3º. RESOLUCIONES APELABLES

Según hemos estudiado anteriormente, las resoluciones que proveen los jueces se clasifican en tres grandes grupos:

- a) Decretos de sustanciación;
- b) Sentencias interlocutorias; y
- c) Sentencias definitivas.

De todas esas resoluciones son apelables; unas que admiten apelación en ambos efectos y otras en efecto devolutivo.

Por tal motivo dividiremos nuestro estudio en esta forma:

- a) Resoluciones apelables en ambos efectos;
- b) Resoluciones apelables en efecto devolutivo; y
- c) Resoluciones a las que la ley niega la apelación.

a) RESOLUCIONES QUE ADMITEN APELACION EN AMBOS EFECTOS.

Las resoluciones que son apelables en ambos efectos las podemos enumerar en la siguiente forma:

- 1º) Sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario en el que se

ventila una cantidad mayor de dos mil colones o alguna acción de valor indeterminado; art. 517 y 527 Pr., en relación con el art. 434 Pr.

2º) Sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, pronunciadas también en la misma clase de juicios del numeral anterior. Art. 984 incs. 1º y 2º Pr.

3º) Sentencias definitivas dictadas en juicio sumario, con excepción de las sentencias a que se refieren los numerales 6º, 8º, 9º, 12º y 14º del art. 985 Pr.

4º) Sentencias definitivas dictadas en los juicios verbales en que se ventile una cantidad que exceda de cien colones. Art. 503 Pr.

5º) Sentencias definitivas dictadas en los juicios ejecutivos, con excepción de los ejecutivos singulares, de que tratan los arts. 654 al 658 Pr.;

6º) Sentencias definitivas dictadas en las solicitudes que se tramitan sumariamente, excepto la que resuelve la tacha de un perito, que se hubiere justificado sumariamente con citación de la parte contraria y a que se refiere el art. 355 Pr.;

7º) Sentencia que ordena una partición o la declara sin lugar. art. 926 Pr.

8º) Sentencia que aprueba una partición efectuada o manda reformarla. arts. 936 y 937 Pr.

9º) Resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios o procedimientos haciendo imposible su continuación, como la que declara inadmisibile una demanda o desierta la acción. arts. 984 inc. 3º.

10º) Sentencia interlocutoria que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar. art. 553 Pr.

11º) Sentencia o auto que deniega la declaración del concurso de acreedores, conforme al art. 665 inc. 2º Pr.;

12º) Resolución que tiene por legalmente reconocidas por contumacia las obligaciones contenidas en documentos privados; art. 265-1º Pr.

13º) Resolución que señala plazo a una de las partes de un contrato, para la ejecución de las obligaciones estipuladas en él, cualquiera que haya sido la forma en que el plazo se haya pedido. art. 1365 inc. 2º C.

14º) Decreto de sustanciación que ordena se legitime la persona, en el caso del art. 1273 y 984 inc. 3º, ord. 3º Pr.

15º) Sentencia que conforme el art. 985 sólo son apelables en el efecto devolutivo, si se dictaren en favor de la parte actora, pero cuando se dictaren a favor de la parte demandada y fueren apeladas por la contraria, se otorgará el recurso en ambos efectos, conforme lo establece el art. 987 Pr.

16º) Resolución del juez que manda extender en el registro la

inscripción de un título supletorio, o la declara sin lugar, conforme el art. 704 C.

17º) En el mismo caso del título supletorio, la resolución que provea el juez en caso de oposición de un tercero. art. 705 inc. 2º C.

18º) Resolución del juez que resuelve una solicitud de desembargo, en el caso del art. 718 Inc. 6º C.

19º) Resolución del juez que ordena la anotación preventiva de una demanda, o la declara sin lugar (art. 727 inc. 1º C.)

Desarrollaremos a continuación todos los casos a que se refiere la anterior enumeración.

1º) En primer lugar el legislador concede apelación en ambos efectos de las sentencias definitivas dictadas en juicio ordinario en el que se ventila una cantidad cuyo valor exceda de quinientos colones o que éste sea de valor indeterminado.

Como se recordará los procedimientos, en nuestra legislación, se agrupan en ocho clases, además de las diligencias de jurisdicción voluntaria; ellos son:

a) Los juicios llamados "in voce" o sean aquellos en que se ventila una acción cuyo valor no exceda de cinco colones;

b) Los juicios verbales, son aquellos en que se ventila una acción mayor de cinco colones y que no exceda de dos mil. En esta clase de juicios, si el valor de lo litigado pasa de cinco y no excediere de cien colones, la sentencia definitiva que se pronuncie en el mismo sólo admite el recurso de revisión, en conformidad a lo que ordena el art. 503 Pr. Si excede de cien colones y no sobrepasa los dos mil, la ley concede apelación en ambos efectos de la sentencia definitiva, tal como lo prescribe el mismo art. 503

c) Los juicios ejecutivos, o sean aquellos en que el acreedor con título legal persigue al deudor moroso, o en el que se pide el cumplimiento de una obligación por instrumento que según la ley tiene fuerza bastante para el efecto, según la definición que da nuestro Código en el art. 586 Pr.

d) Los juicios que se tramitan con solo conocimiento de causa o cuando se trata de justificar una especie sumariamente, a los que se refiere el art. 979 Pr., en los cuales no hay traslado a la parte demandada, sino que solamente se recibe la prueba con la citación debida dentro del término de ocho días y vencidos se resuelve la cuestión por sentencia.

e) Los juicios sumarios que pueden ser de varias clases, unos a los que se refiere el art. 512 Pr. o sea aquellos en que el valor de la cosa litigada excede de dos mil colones y no pasa de quinientos colones; otros, los posesorios, comprendidos en los arts. 778 al 792 Pr., y los denominados "otros varios procedimientos sumarios", comprendidos en el Título VII del

Libro Segundo, arts. 793 al 798 Pr.

1) Los juicios ordinarios o sean aquellos en que se observan en toda su plenitud las solemnidades y trámites de derecho, según lo define el art. 9 Pr. y en que se ventila una acción cuya cantidad es mayor de dos mil colones o de valor indeterminado; y

g) Por último, los juicios especiales, que son los que se llaman juicios de concurso que según el 659 Pr. pueda ser voluntario o necesario. La anterior es la enumeración de los juicios en materia civil según nuestra legislación. Además de ellos existen los procedimientos que se llaman diligencias de jurisdicción voluntaria, que son las que se ejercen por el juez en todos los actos en que por su naturaleza, por el estado de las cosas, o por voluntad de las partes, no hay contienda, cuestión o litigio. Estas diligencias de jurisdicción voluntaria a su vez, se subdividen en diligencias "inter volentes" y diligencias "inter invitos".

Las primeras consisten en la solicitud de una persona a quien le interesa la práctica de una diligencia judicial; o de varias personas que están de acuerdo y buscan al juez, para imprimirle un sello de autenticidad al asunto, como por ejemplo las diligencias de edad media, la apertura y publicación de un testamento cerrado. Sobre ellas Escriche dice que hay diligencias "inter volentes" esto es, "a solicitud o por consentimiento de dos partes".

Las segundas, o diligencias "inter invitos" son aquellas en que dos o más personas que no se ponen de acuerdo, ocurren al juez para que falle de acuerdo con la ley.

Esos son todos los procedimientos en nuestra ley procesal civil. En ellos se pronuncian decretos de sustanciación, sentencias interlocutorias y definitivas, lo que nos interesa ahora es estudiar cuáles de esas resoluciones son a las que la ley les concede apelación en ambos efectos.

1º) De las resoluciones a las que nuestra ley concede apelación en ambos efectos, en la enumeración que formulamos, al principio colocamos en primer lugar las sentencias definitivas pronunciadas en juicios ordinarios, el art. 984 Pr. así lo dice: "La ley concede apelación en ambos efectos, salvas las excepciones que adelante se expresan, de toda sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva pronunciada en juicio ordinario en que se ventile una cantidad que exceda de dos mil colones, o alguna acción de valor indeterminado".

El legislador, además de decir que concede apelación en ambos efectos de las sentencias definitivas pronunciadas en juicios ordinarios, explica lo que es el juicio ordinario, puesto que dice: "en que se ventile una cantidad que exceda de dos mil colones, o alguna acción de valor indeter

minado". Bastaba con que hubiera dicho que se concedía apelación en ambos efectos de las sentencias definitivas pronunciadas en juicio ordinario. Lo demás sale sobrando puesto que el concepto de juicio ordinario ya lo dan disposiciones legales anteriores.

En principio, pues, toda sentencia definitiva pronunciada en juicio ordinario admite apelación en ambos efectos, pero el mismo art. 984 dice salvas las excepciones que adelante se expresan. ¿Cuáles son ellas? Las comprendidas en el art. 984 Pr., numerales 2º y 3º, que dicen así: "La ley niega la apelación... 2º.- cuando entre las partes hubo pacto de no apelar. 3º.- De las sentencias pronunciadas en virtud de juramento decisorio o confesión judicial expresa". Es decir que las partes contratantes pueden pactar, por ejemplo que cualquier desavenencia que surja entre ellas en la interpretación o alcance de un contrato por ellas celebrado, si ocurren ante un juez de la 1a. instancia a que él resuelva esa cuestión, la sentencia que el juez pronuncie, la aceptaran como un fallo inapelable; produciéndose así la primera excepción; aunque las sentencias definitivas son apelables las partes pueden convenir que no apelarán de ella.

La segunda excepción se da cuando la sentencia se basa en el juramento decisorio o confesión judicial expresa. Ello es así porque el juramento decisorio de una de las partes equivale a una transacción y cuando se transa en algo, no hay por consiguiente razón legal alguna para apelar de ese acuerdo, porque en tal caso la voluntad de las partes es suprema ley. Cuando la sentencia se basa en confesión judicial expresa entonces ya no hay cuestión litigiosa por lo que no hay lugar a apelar.

Cabría preguntarse si las excepciones señaladas lo son también para las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas. En principio la respuesta es afirmativa, dado que el art. 984 no distingue, pero se presentan casos en que tal interpretación no nos parece aceptable como en el de la resolución del juez que niega la recepción de una prueba que es elemento fundamental de la acción de una de las partes. Nos limitamos a dejar planteado este interesante problema.

2º) En segundo lugar la ley concede apelación en ambos efectos de las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas que se pronuncien en juicio ordinario. Tal como ya se ha dicho estas sentencias son, según la definición legal (art. 984 inc. 2º Pr.), "las que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva".

Un ejemplo sencillo de las mismas es la que decreta la anotación preventiva de la demanda, art. 727 C.

3º) Todas las sentencias definitivas pronunciadas en juicio sumario, al igual que las definitivas pronunciadas en juicio ordinario, en principio son

apelables en ambos efectos y así lo dice el 3er. inc. del art. 984 Pr.: "También se concede apelación en ambos efectos, salvo los casos expresamente exceptuados, de las sentencias definitivas, pronunciadas en los juicios sumarios".

Ya hemos dicho al desarrollar el primer caso de resoluciones apelables en ambos efectos lo que son juicios sumarios, por lo cual lo damos por sabido.

Cabe preguntarse cuáles son las excepciones a que se refiere este tercer inciso del art. 984 Pr. Ellas son las comprendidas en los numerales 6º, 8º, 9º, 12º y 14º del art. 985 Pr. Es decir las sentencias pronunciadas sobre prestación de alimentos en juicios sumarios; las sentencias de restitución de un despojo o de amparo de posesión; las sentencias pronunciadas sobre acciones posesorias especiales de que habla el título XIII, Libro II del Código Civil; las sentencias que versan sobre la declaratoria de pobreza; y las sentencias que declaran sin lugar las excusas de un curador especial. Esas sentencias sólo son apelables en el efecto devolutivo, lo cual quiere decir que no inhiben al juez de cumplirlas.

4º) Se admite también la apelación en ambos efectos de las sentencias definitivas dictadas en los juicios verbales en que se ventila una cantidad que exceda de cien colones.

Lo dicho está prescrito por el art. 503 Pr. que dice: "cuando la cantidad que se litiga exceda de cinco colones y no pase de cien, de la sentencia del juez de paz sólo se admite el recurso de revisión; y pasando de dicha cantidad, el de la apelación. Estos recursos sólo serán admisibles cuando se interpongan de la sentencia definitiva".

Nos preguntamos, si como en los casos ya estudiados de sentencias definitivas dictadas en juicios ordinarios o sumarios, habrá aquí casos en los que no se puede apelar; o dicho de otro modo: En los juicios verbales, cuando la cantidad de lo litigado exceda de ₡100.00 ¿siempre procederá la apelación? La respuesta es que hay excepciones y ellas están señaladas por el art. 487 Pr. que dice: "Sólo causará ejecutoria la sentencia verbal del juez de Paz; 1º. Cuando entre los litigantes hubo pacto de no apelar; 2º. Cuando la sentencia se hubiere pronunciado en virtud de juramento decisivo o confesión judicial expresa".

Es decir que se trata de las mismas excepciones que la ley señala al no admitir apelación en iguales casos, de las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios ordinarios, sólo que para éstos los señalan los numerales 2º y 3º del art. 986 Pr., mientras que para los juicios verbales, el ya transcrito art. 487 Pr.

La similitud se explica porque, en el fondo, tanto el juicio ordinario

como el juicio verbal son contradictorios o cognoscitivos. Su diferencia es formal y la determinan la cuantía. Ambos responden al concepto que nuestra ley da de juicio: "controversia legal, entre dos o más personas, ante un juez autorizado para conocer de ella".

5º) Otro caso es el de las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios ejecutivos. En principio como en todos estos casos que hemos ido viendo, son apelables en ambos efectos todas las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios ejecutivos. Así lo dice la primera parte del art. 600 Pr.: "La sentencia (dada en juicio ejecutivo) es apelable en ambos efectos". Pero el mismo art. 600 establece una excepción al disponer que será apelable sólo en el efecto devolutivo la sentencia de un juicio ejecutivo, si el victorioso ejecutante o el victorioso ejecutado, cada uno en su respectivo caso, dan fianza suficiente de responder por las costas, daños y perjuicios, caso de que la sentencia fuera revocada por el tribunal superior. Si se rinde fianza, entonces, el juez ejecuta la sentencia. Ya no queda inhibido el juez para no ejecutarla. Lo cual quiere decir que se convierte la apelación de ambos efectos, en uno solo; es decir, en el devolutivo.

En el caso de la reclamación de la posesión, comprendido en el art. 654 Pr., el inc. 2º del mismo art. permite la apelación de la sentencia definitiva en el efecto devolutivo, cuando dice: "Si el ejecutado cumple quedará terminado el procedimiento; y si no, se seguirán los demás trámites del juicio ejecutivo hasta la sentencia definitiva, la que se ejecutará si fuere condenatoria no obstante apelación y sin necesidad de fianza".

Los otros casos singulares en el juicio ejecutivo, enumerados en los art. 655, 657 y 658 Pr., no son apelables, en virtud de que no hay disposición expresa que conceda dicho recurso.

6º) Otro grupo de sentencias a las que la ley concede apelación en ambos efectos, son a las que se refiere el inciso 3º del art. 984, es decir, aquellas sentencias que se pronuncian en las solicitudes que se tramitan sumariamente. A las mismas alude el art. 979 Pr. dice que: "Cuando la ley no ordena que se proceda en juicio sumario, sino sólo con conocimiento de causa, o que se justifique alguna especie sumariamente, como cuando un curador especial o un depositario judicial se excusen y otros casos semejantes, no habrá traslado y solamente se recibirá la prueba con la citación debida, dentro del término de ocho días, y vencidos se resolverá la gestión o especie cuestionada de la manera establecida en el art. 975". Es decir, se pronunciará la sentencia que corresponda con arreglo a derecho.

Estas sentencias, en principio, todas son apelables en ambos efectos. Con excepción las que tratan de tachas de pentos, comprendidas en el

art. 355 Pr. que dice así: "Las tachas de los peritos serán justificadas sumariamente con citación de la parte contraria. La sentencia que sobre ella se diere será ejecutada sin apelación. Si se declara la tacha del perito se nombrará otro que lo reemplace".

7º) Se concede apelación en ambos efectos de la sentencia que ordena una partición o la declara sin lugar. Art. 926 Pr.

8º) Igualmente se concede de la sentencia que aprueba una partición efectuada o manda reformarla. Arts. 936 y 937.

9º) El art. 984 Pr. tiene otro grupo de sentencias a las que la ley concede apelación en ambos efectos, o sean, las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios haciendo imposible su continuación.

Como ejemplos podemos citar la resolución o sentencia que declara desierta una acción, art. 537 Pr. cuando el actor no rinde la fianza que le pide el demandado; el caso del sobreseimiento en los juicios ejecutivos, art. 645 inc. 2º Pr. y, finalmente, una situación que de vez en cuando se presenta en los tribunales y es aquella resolución que proveen los jueces cuando alguien presenta una demanda y la declaran "sin lugar por improcedente" o, como dicen otros, "sin lugar por ahora". Dichas resoluciones le ponen término al juicio haciendo imposible su continuación, luego son apelables en ambos efectos.

10º) Se concede también apelación en ambos efectos de la sentencia que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar.

Así lo prescribe el art. 551 Pr. el cual expresa lo siguiente, en su primer inciso: "Art. 551.- El juez a quien se pidiere la acumulación dará audiencia por tres días a la parte contraria, y con lo que ésta exponga o en su rebeldía, resolverá si procede o no la acumulación. Este auto será apelable en ambos efectos".

Aquí se nos presenta un problema de bastante interés: el art. 547 Pr., en su inciso primero dice: "Art. 547.- Son acumulables entre sí los juicios ordinarios, los ejecutivos, los posesorios, y en general, los que sean de la misma clase, siempre que concorra alguna de las causas expresadas en el art. 545".

Ahora bien, en el juicio ejecutivo encontramos un caso especial de acumulación que no obedece a ninguna de las causas expresadas en el art. 545, sino para discutir preferencia de créditos. Es el comprendido en el art. 628 Pr. el cual dice: "Art. 628.- Si los bienes en que debe hacer la traba, estuvieren ya embargados por orden de juez competente, el juez ejecutor, al hacer el nuevo embargo, depositará dichos bienes en el mismo depositario, haciendo constar en el acta respectiva la circunstancia de estar embargados con anterioridad.

En este caso el Juez que ha ordenado el segundo embargo, remitirá los autos con citación de partes, al primero, quien procederá en todo como en los casos de tercería; pero los acreedores hipotecarios o prendarios tendrán derecho a que la acumulación se haga siempre al juicio promovido por ellos; siguiéndose, cuando hay varias hipotecas sobre el mismo inmueble, el orden de preferencia de éstas”.

Esta acumulación de autos de que se nos habla en el juicio ejecutivo se refiere a una discusión de preferencia de créditos y en ella deben observarse los procedimientos de la tercería señalados en el art. 652 Pr.

En los juicios ejecutivos es regla que no se concede apelación, en principio, de las resoluciones interlocutorias que se pronuncian en él, excepción hecha del decreto de embargo, tal como lo ordena el ordinal 10º del art. 985 que dice: “La ley niega la apelación de las sentencias interlocutorias pronunciadas en los juicios ejecutivos o de sumarios, salvo el caso del número 15 del art. anterior”. (caso del auto que ordena el embargo de bienes). Con lo cual se nos plantea el siguiente problema: el auto que ordena la acumulación de juicios ejecutivos ¿es apelable en ambos efectos de acuerdo con el art. 551 Pr ? o ¿no lo es, de conformidad al art. 986 número 10º Pr.?

Para responder a esas interrogantes conviene hacer un análisis de ambas disposiciones y valerse de los principios generales de hermenéutica.

En primer término hay que dilucidar de qué tipo es la sentencia interlocutoria que ordena la acumulación de juicios, y para nuestro caso concreto, en el juicio ejecutivo. De acuerdo con lo que hemos expuesto anteriormente, las sentencias interlocutorias son de tres clases: las simplemente interlocutorias, que resuelven un artículo o incidente, las interlocutorias con fuerza de definitivas, o sea aquellas que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva; y, finalmente las interlocutorias que ponen término al juicio haciendo imposible su continuación. La sentencia interlocutoria que ordena una acumulación de autos a que se refiere el art. 551 Pr., para todos los juicios en general y el 628 Pr. para el caso particular del juicio ejecutivo, son interlocutorias que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva: Ambas ordenan que los juicios se tramiten unidos y no separados y ello ya no lo va a reparar la definitiva que se dicte. Se trata pues de sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas.

En segundo término hay que dilucidar otro punto para dejar las cosas en su justo sitio: el art. 986 Pr. en su ordinal 10º al decir que la ley niega la apelación de “las sentencias interlocutorias pronunciadas en los juicios ejecutivos o sumarios... etc.” No especificó a cuál de las tres clases de

sentencias interlocutorias se refiere. Para determinarlo tenemos que analizar la primera parte del ordinal 1º del mismo artículo y relacionarlo con otras disposiciones legales. El ordinal 1º del art. 986 nos dice que la ley niega la apelación "de las sentencias interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas..." etc. en consideración a que las sentencias interlocutorias que sí tienen fuerza de definitivas *proveldas en juicio ordinario, sí admiten apelación en ambos efectos, según lo establece el primer inciso del art. 984 Pr.* De ello podemos concluir que las sentencias interlocutorias pronunciadas en juicios ejecutivos a que se refiere el numeral 10º del art. 986 son las que tienen fuerza de definitivas, porque ya el mismo art. en su ord. 1º negó la apelación para las que no tienen fuerza de definitivas, pronunciadas en toda clase de juicios, incluso los ejecutivos, y no iba a incurrir en redundancia el legislador repitiendo el principio de que se negaba la apelación de las sentencias que no tenían fuerza de definitivas dictadas en juicio ejecutivo. Sintetizando podemos decir: a) las interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas no son apelables en ninguna clase de juicios inclusive los ordinarios (art. 986 N° 1º Pr.); b) Las interlocutorias con fuerza de definitivas sí son apelables en ambos efectos, si se pronuncian en juicio ordinario (art. 984 inc 1º Pr.); si se pronuncian en juicio ejecutivo, en principio, no son apelables (art. 986 N° 10º Pr.), z excepción del auto que ordena el embargo de bienes del ejecutado, porque produce un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva". (art. 985 N° 15 Pr.).

En conclusión pues, la resolución que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar es una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva y de ella concede la ley apelación en ambos efectos (art. 551 Pr.) y las sentencias interlocutorias dictadas en juicio ejecutivo a las que se niega apelación en el ordinal 10º del art. 986, son también interlocutorias con fuerza de definitivas. Con esta aclaración hemos dejado más evidenciada la contradicción existente entre estos dos artículos. ¿Cuál de las dos disposiciones se aplicará con preferencia? Para contestar a esta pregunta recurramos a las reglas generales de hermenéutica:

El art. 13 C. nos dice que "Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición". Según esto cabe preguntarse cuál disposición será especial ¿La del art. 551, que concede apelación en ambos efectos a las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar? o ¿La del art. 986 N° 10 Pr. que niega la apelación en cualquier efecto a la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva dictada en juicio ejecutivo? A nuestro juicio es especial esta segunda disposición, ya que era

se refiere en especial al juicio ejecutivo y la del 551 hace referencia en general, a toda clase de juicios.

Podemos decir, entonces, que en principio es apelable en ambos efectos la resolución que ordena una acumulación de autos o la declara sin lugar, de acuerdo con el art. 551 Pr.; excepto si se trata de la sentencia que ordena la acumulación de autos en los juicios ejecutivos con el objeto de discutir prelación de créditos (art. 628 Pr.), resolución que no es apelable en ningún efecto en virtud de prohibirlo el N° 10° del art. 986 Pr. que por ser una disposición especial se aplica con preferencia al art. 551 Pr.

11°) La ley concede asimismo apelación en ambos efectos del auto que deniega el concurso de acreedores de conformidad con el art. 665, inc 2° Pr. Tal disposición dice así: "Art. 665.- Si el juez estimare que se han llenado los requisitos que para sus respectivos casos se exige en los artículos anteriores, dictará auto haciendo la declaración de concurso y acordando las medidas que se expresan en el capítulo siguiente. Si no obstante lo anterior el juez denegara la declaración del concurso, dicho auto es apelable en ambos efectos".

12°) Se concede apelación en ambos efectos de la resolución que tiene por legalmente reconocidas por contumacia las obligaciones contenidas en documentos privados. Esto se afirma con base en la sentencia pronunciada por la Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro el 28 de noviembre de 1891.

En el libro 1° del Pr., al referirse nuestro legislador a la prueba por instrumentos, luego de decirnos en qué consiste el documento privado nos expresa en el ordinal primero del art. 265: "Se tiene por reconocido el instrumento privado en los casos siguientes: 1° Cuando la parte a quien se oponden rehúsa comparecer ante el juez competente al reconocimiento, requerido judicialmente dos veces al efecto, y sin alegar una causa justa que a juicio prudencial del juez la excuse por entonces de la comparecencia; en este caso se declarará por reconocido incontinenti con sólo el pedimento de la parte interesada". A esta disposición se refirió la sentencia de la Cámara que nos da base para establecer este otro caso en que la ley concede apelación en ambos efectos.

Para comprender mejor el caso pongamos un ejemplo: supongamos que la parte a quien se requirió judicialmente dos veces para que compareciera a reconocer su firma y obligación contenidos en un documento privado no pudo presentarse al tribunal porque tuvo un justo impedido para ello; y como de acuerdo con el art. 229 Pr. al impedimento con justa causa no le corre término la parte requerida o citada, como se dice en los juzgados, se presentó posteriormente a la segunda fecha del requerimiento, y antes de

que se tuviera por reconocido el documento, manifestándole al Juez en un escrito, que si no concurrió a los requerimientos fue porque le hicieron una operación quirúrgica y estuvo hospitalizado en esos días, según lo comprobaba con las certificaciones extendidas por el I.S.S.S. Pero si el juez no obstante la prueba presentada por la parte tiene por reconocido el documento en contumacia de ella, lo cual le causaría un daño irreparable o de difícil reparación a la parte, ésta tiene derecho de apelar de la resolución referida, con base en lo dispuesto en el art. 984 Pr. Así es como lo ha interpretado nuestra jurisprudencia.

13º) Se puede apelar en ambos efectos también de la resolución que señala plazo a una de las partes de un contrato para la ejecución de las obligaciones estipuladas en él, cualquiera que haya sido la forma en que tal plazo se haya pedido. Así lo estableció la Sentencia de la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro, de 20 de julio de 1916 (Revista Judicial junio de 1917, Tomo XXII, N° 6 pág. 307).

El art. 1365 C. nos dice: "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo.

Las obligaciones que no tienen término o plazo fijado por las partes son exigibles a los diez días después de contraídas o de cumplida la condición de que dependen, si sólo producen acción ordinaria, y al día inmediato, si llevan aparejada ejecución; pero si de la naturaleza o circunstancia de aquéllas se dedujere que ha querido concederse alguno al deudor, los tribunales fijarán prudencialmente la duración de aquél. También fijarán los tribunales la duración del plazo, cuando éste haya quedado a voluntad del deudor, y cuando estuviere concebido en términos vagos u oscuros". Este artículo contiene lo que se llama el plazo de derecho, el cual puede ser expreso o tácito. El tácito, según la expresión de la ley es el indispensable para cumplirlo. Si no lo han fijado las partes surge lo que se llama el plazo judicial y es el que toca al juez fijarlo y para ello el inciso 2º de este Art. le da ciertas reglas; pero pudiera suceder que el juez aplique mal o no interprete bien tales reglas y fije un plazo que sea gravoso o perjudicial para cualquiera de las partes, en tal situación se puede apelar en ambos efectos de la resolución que lo fija, porque también presenta analogía con la resolución que produce un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva.

Conviene relacionar este caso del inc 2º del art. 1365 C. con el del plazo que señala el juez en los juicios de rendición de cuentas, comprendido en el 1er. inc. del artículo 569 Pr. el cual dice así: "pedir una cuenta con documento que justifique la obligación de darla, se mandará dar, señalando para ello de ocho a treinta días. El documento que justifique la obligación de

daría, ha de ser de tal naturaleza, que por sí solo constituya plena prueba y la resolución del juez que lo toma por tal y con esa base fija término al demandado para que rinda la cuenta, es apelable en sólo el efecto devolutivo, en virtud de disposición expresa de la ley (art. 985 N° 4°). Es decir que lo que es apelable es la resolución del juez que consideró con fuerza suficiente a aquel documento y por tal razón mandó rendir la cuenta, por que puede discutirse si el demandado está o no obligado a rendirla; no se apela, pues, del plazo fijado (10, 15 ó 30 días) sino que la calificación que hizo el juez de la obligatoriedad del documento que daba fundamento a la rendición de la cuenta por el demandado. Este puede alegar que ese documento no justifica la obligación de rendir la cuenta y si sus razones no son atendidas por el juez, apelar de la resolución que manda rendirla, con base en el numeral 4° del art. 985 Pr. Esta apelación, tiene analogía con la apelación que se concede al decreto de embargo, con base en el documento ejecutivo (art. 985 N° 15).

También la resolución del juez fija plazo al deudor para cumplir con su obligación, es apelable sólo que en ambos efectos, porque se considera que produce un daño que podría ser irreparable por la sentencia definitiva, art. 984 Pr.

14°) La última parte del tercer inciso del art. 984 Pr. dice que además hay otro grupo de resoluciones, que no son sentencias propiamente sino que decretos de sustanciación, a los que la ley concede también apelación en ambos efectos. Ese grupo de decretos de sustanciación a los que la ley concede apelación en ambos efectos los enumera la parte final de dicho inciso tercero, así: 1°) Del que ordenaría una acción ejecutiva, 2°) Del que ordenaría una acción sumaria, 3°) Del que ordena que se legitime la persona en el caso del artículo 1273"

El ordinal 1° del inciso último del art. 984 Pr. fue reformado fácilmente al reformarse el art. 609 del juicio ejecutivo, así: "Si promovida la vía ejecutiva, fuere declarada sin lugar el juez se abstendrá de ordinariarla, salvo que lo solicite el actor". Si una disposición legal expresa le prohíbe al juez ordinariar una acción ejecutiva, no puede hacerlo y entonces no se podría dar el caso de la apelación a que se refiere el ordinal 1° del citado art. 984 Pr.

Tampoco puede el juez ordinariar una acción sumaria, aunque no haya disposición legal expresa, como en el caso del juicio ejecutivo. Pero hay una razón general que lo inhibe de hacerlo y es la misma que movió al legislador a prohibirle al juez ordinariar los juicios ejecutivos. Tal razón es el principio de libertad procesal, en virtud de la cual nadie puede ser obligado a ser actor, art. 14 Pr. Las excepciones a tal principio las señala expresamente la ley en los arts. 160 y 161 Pr. 1155 y 2106 C..

El art. 14 Pr dice: "No puede obligarse a nadie a mostrarse actor salvo en los casos de los artículos 160 y 161", principio que se fundamenta en el constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe. art. 8 CP.

Sobre este punto Padilla y Velasco, expresa: "Es raro que se admita la apelación del Decreto de sustanciación que ordinaria una acción ejecutiva, puesto que choca con el artículo 609, que dispone: "Si promovida la vía ejecutiva, fuere declarada sin lugar, el Juez se abstendrá de ordinariarla, salvo que lo solicite el actor". De tal manera que el Juez no puede dictar una resolución que dañe al actor al declarar sin lugar la vía ejecutiva, y sólo puede ordinariarla a su solicitud, y en tal caso no apelar al mismo actor de la resolución que se ha dictado conforme a su petición, ya que hasta la fecha no hay demandado que pudiera apelar por su parte, quien a su vez no podría tener más interés en que se le demanda en la forma ejecutiva que en la ordinaria. De lo único que podría apelar el actor es del auto que declara sin lugar su acción ejecutiva; pero tal resolución está comprendida dentro de las que ponen término a cualquier clase de juicios haciendo imposible su continuación.

Todavía en la edición de 1893, existía una disposición que venía de los Códigos y ediciones anteriores, numeradas entonces con el artículo 611, y disponía: "Si promovida la vía ejecutiva, el Juez la ordinariase, puede la parte intentar contra esa providencia los recursos legales", la cual es el antecedente preciso de la disposición citada en el párrafo anterior y numerada con el 609, por reforma que le hizo la ley de 1902, siendo la razón de la reforma el comentario siguiente: "Las resoluciones de los jueces deben limitarse a conceder o negar lo pedido por las partes. Si se promueve pues un juicio ejecutivo y el juez cree que no es procedente, no por eso debe obligarse al actor a entrar en el juicio ordinario, el cual tal vez, no le conviene seguirlo por cualquier causa" Revista Judicial, nov. 15 1901, Tomo VII N° 22 pág. 516).

Y habiendo reformado el legislador dicha disposición cambiándola rotundamente, se le pasó por alto suprimir la disposición que admite la apelación en ambos efectos del decreto de sustanciación que ordinaria una acción ejecutiva, el cual debe derogarse en ediciones sucesivas y suprimirse.

En verdad, siguiendo el criterio del legislador de 1902 en las reformas citadas, actualmente ya no debe ordinariarse una acción sumaria, sino que el Juez debe limitarse a conceder o negar lo pedido por el actor, declarando en su caso sin lugar la acción sumaria; pero sin obligar al actor a que entre al juicio ordinario, que tal vez no le conviene seguirlo por cualquier motivo. Por tanto ya no puede presentarse el caso de que se apela de la resolución

que ordenaría una acción sumaria, debiendo también suprimirse dicho numeral.

Pero sobre este mismo punto hay varios aspectos interesantes y algunos discutibles que vale la pena analizar.

Primero pongamos el caso de que, pese a la prohibición expresa y terminante, el juez ordenaría una acción ejecutiva ¿Qué recurso tiene la parte? ¿Podrá entonces apelar con base en el numeral 1º del art. 984 Pr., pese a que ya observamos que está tácitamente derogado dicho numeral por el art. 609 del mismo Código? Nosotros creemos que sí se puede. El juez demuestra con tal resolución ignorancia inexcusable de la ley por proveer una resolución contra ley expresa y terminante. Hasta podría procesarse por prevaricato y ante tal situación de hecho alguna defensa habrá que proporcionarle a la parte agraviada y la más lógica y justa es la apelación en ambos efectos.

Otros casos interesantes se plantean de esta manera. Supongamos que hay un caso en que es discutible si la acción debe tramitarse en juicio sumario y la corriente más aceptada es seguirla en ordinario, o, más concretamente, que la ley expresamente manda que otros se decidan en la forma ordinaria, como el juicio de divorcio o reconocimiento forzoso de hijo natural. Pese a ello el actor demanda en juicio sumario. ¿Puede el juez aceptar tales demandas? ¿Las debe rechazar? o ¿Las mandará ordinarlas?

Empecemos por ver el primer caso. Se trata de una acción de alimentos. El Dr. Eusebio Bracamonte en su obra, muy escasa ya, plantea el caso de alguien que demandó en juicio sumario los mismos. El demandado nada objetó y contestó la demanda, continuándose el curso del juicio. Pero posteriormente el reo alegó nulidad de todo lo actuado, porque, según dijo, había falta de recepción a pruebas. Se le rechazó su recurso porque, según se le contraargumentó, no había habido falta de recepción a prueba, sino lo que no hubo fue el término de prueba más amplio del juicio ordinario y el demandado al contestar la demanda, aceptó la litis en juicio sumario y surgió el cuasicontrato entre ambas partes. Ambos tuvieron oportunidad de probar sus pretensiones, aunque, eso sí, en forma más breve. Esta doctrina la han confirmado posteriores sentencias de nuestros tribunales.

Pero, en todo caso, la acción de alimentos es un tanto discutible si se debe seguir o no en juicio sumario u ordinario; más existen otros casos en que no hay duda, puesto que la ley expresamente dice que la acción debe ventilarse en juicio ordinario. Tal es el caso del divorcio o del reconocimiento forzoso de hijo natural. En estas situaciones, si alguien presenta demanda contra otro en juicio sumario, por cualquiera de las dos causas indicadas ¿Qué debe hacer el juez? Algunos sostienen que debe declarar sin lugar la

acción intentada, y otros que debe dársele curso a la demanda y en la sentencia definitiva declarar sin lugar la acción incoada en juicio sumario, condenando al actor en costas, daños y perjuicios.

Otro caso distinto sería el del que intenta seguir un juicio de divorcio. Presenta su demanda en el papel del sello correspondiente para demandas de valor indeterminado, pide que se corra traslado a la otra parte por seis días; por un "lapsus", dice "Vengo a demandar en juicio sumario a N.... etc. "Debe entenderse, porque todo así lo indica, que se pretende entablar juicio ordinario y darle curso en esa forma, ya que todo obedece a un "lapsus".

Pero supongamos que un juez no opta por ninguna de las soluciones planteadas, sino que resuelve ordinar la acción sumaria. Tal decreto de sustanciación es apelable en ambos efectos según el ordinal 2º del art. 984, pese a que podría alegarse que está derogado, pero ante la resolución del juez, como en el caso ya visto del juicio ejecutivo, debe dársele a la parte agraviada la apelación en ambos efectos.

Entonces se presenta un punto que ha sido muy discutido. Al admitirse la apelación la Cámara tendría que pronunciarse confirmando, revocando o anulando la sentencia. ¿Qué resolución deberá proveer la Cámara? ¿Deber rechazar la resolución que ordinó la acción y declarar inepta a esta última? ¿Deberá revocarla ordenando que se continúe el juicio en la forma sumaria para que en la sentencia se declare inepta la acción? o ¿Deberá confirmar la resolución recurrida? Este es un punto que ha dividido las opiniones dentro de nuestro foro y preferimos dejarlo como problema planteado para que se medite en la solución del mismo.

14º) Según el texto expreso de la ley (art. 984, parte final) se concede apelación en ambos efectos del decreto de sustanciación que ordena se legitime la persona en el caso del artículo 1273 Pr.

El artículo 1273 Pr. dice así: "Si no se legitimare la persona que pareca en juicio, se decretará: que "legitimándose la persona se proveer".

En este caso, no se devolverá el escrito proveído, sino que se reservará en la oficina, para que cuando se legitime la personería, se le dé el trámite de que sea susceptible, según su naturaleza".

Para comprender bien este caso de apelación es preciso que hagamos un breve estudio en relación a quién y cuándo debe legitimar su personería. Al respecto el art. 1274 Pr. nos proporciona varios elementos de juicio; dice así: "Art. 1274.- Todo el que se presente en juicio como actor por un derecho que no sea propio, aunque le corresponda ejercerlo por razón de su oficio o de investidura que le venga de la Ley, como el procurador, el tutor o curador de su pupilo, el síndico por la comunidad, u otro que esté en igual caso, acompañará con su primer escrito o gestión los documentos que

acrediten su personalidad, sin la cual no se admitirá su representación como queda dicho (aquí hace referencia al art. 1273 que hemos transcrito).

En la misma obligación estará el demandado; pero aunque no la cumpla no por eso dejará de admitírsela, y el actor podrá en tal caso probar la personalidad de su adversario en el término probatorio que se concede para lo principal o en el del requerimiento que se le hiciere al demandado en virtud de lo prescrito en el artículo 1131.

Sin embargo, de lo dispuesto en el inciso precedente, los que se presenten como procuradores no serán admitidos si no presentan poder bastante y extendido en forma legal. Esta comprobación, de parte del actor, podrá hacerse con cualquier documento auténtico en que conste la personería del demandado, el cual entonces será responsable solidariamente con su representado de las costas que ocasione tal comprobación, y de la nulidad de lo actuado, si después de declarada ésta, se legitimare la personería". Este artículo nos proporciona una regla muy importante y es la de que tanto el actor como el demandado cuando se presentan en juicio por un derecho que no les es propio deben legitimar su personería con la demanda o contestación. Por ej.: cuando se trate de menores de edad, si éstos fueren hijos de matrimonio y viven con sus padres, la representación legal, en principio, corresponderá de consumo a los dos padres, a menos que dispongan concedérsela a uno solo de ellos por medio de un instrumento público según lo expresa el inc. 3º del art. 41 C. Pero si los padres se separaron, o llegaren a divorciarse y hubiere desacuerdo entre ellos con respecto a quien corresponderá la representación legal de sus hijos, le corresponderá al Juez decidirlo, tomando en consideración a quien de ellos le confiere el cuidado personal, pues de acuerdo con el inc. 2º del mismo art. 41 C., la representación legal le corresponde al padre que tenga a su vez el cuidado personal del menor.

En caso de una sociedad, la representación legal de la misma le corresponderá a la persona que designa la escritura pública de constitución de la sociedad; quien muchas veces tendrá que ser electa por la Asamblea General de Socios, y para legitimar su personería deberá presentarle al juez su credencial debidamente inscrita en el Registro de Comercio, y si fuese necesario la escritura de constitución de la sociedad, también inscrita en el Registro de Comercio.

Como se comprenderá, en cada caso el representante legal de un incapaz por razón de su edad, o por enfermedad, o el representante legal de una persona jurídica, tienen que presentarle al juez uno o varios documentos con los cuales legitiman su personería; y como la calificación de dichos documentos no es fácil porque se necesita del conocimiento de varias leyes,

puede un juez equivocarse; por tal motivo la ley concede apelación en ambos efectos, al decreto de sustanciación por el cual el juez previene al actor o al demandado legitima su personería, con el fin de enmendar cualquier error que por ignorancia o malicia hubiere cometido el juez.

Otra razón para conceder la apelación en este caso es la de que pone término al juicio haciendo imposible su continuación.

15ª) Son apelables en ambos efectos las resoluciones a que alude el art. 987 Pr. el cual expresa: "Las sentencias que el artículo 985 declara apelables en el efecto devolutivo, solamente lo son cuando se profieren en favor de la parte actora. Cuando se dictaren a favor de la parte demandada y fueren apeladas por la contraria, se otorgará el recurso en ambos efectos". Pongamos ejemplos sencillos, para comprender este caso de apelación en ambos efectos: Dice el N° 15 del art. 985 que se concede apelación en el efecto devolutivo "del auto que ordena el embargo de bienes en el juicio ejecutivo". Eso quiere decir que si alguien se presenta a demandar a otro en juicio ejecutivo y el juez admite la demanda y ordena el embargo de bienes, el demandado puede apelar de esta resolución pero la apelación será sólo en el efecto devolutivo. Si, por el contrario, la resolución o auto declara sin lugar el embargo, el auto se ha dictado a favor de la parte demandada, y si el actor apela esta resolución, de acuerdo con el art. 987 la apelación ya no es sólo en el efecto devolutivo, sino que en ambos efectos. Veamos otro caso, el ordinal 4º del mismo art. 985 dice que se concede apelación en el efecto devolutivo de la resolución que ordena la rendición de una cuenta. Si alguien demanda a otro para que le rinda cuentas y expresa que adjunta el documento que justifica la obligación de rendirlas, pero el juez califica el documento y declara sin lugar la petición; la resolución también se ha dictado a favor de la parte demandada y si el actor apela, la apelación será en ambos efectos.

16ª) Es también apelable en ambos efectos la resolución del juez que manda extender en el registro la inscripción de un título supletorio, o la declara sin lugar, conforme al art. 704 C. Este art. es del tenor literal siguiente: "Art. 704. Concluida la información, se aprobará, mandándose extender en el Registro la inscripción solicitada, o será declarada sin lugar, según el mérito de las pruebas. La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos.

La información aprobada servirá de título al poseedor para poder disponer de los bienes; pero sin perjuicio de tercero, de mejor derecho".

Nuestro Código Civil, pese a ser una ley sustantiva contiene varias disposiciones, capítulos, etc. que en verdad son leyes adjetivas o procesales, pues además de sustentar el principio de la disposición legal, lo

reglamentan y señalan el procedimiento para ejercer el derecho que contiene la ley sustantiva. En el caso que estamos estudiando, al hablar el Código en los artículos del 699 al 710 de los títulos supletorios, nos dice que la persona que careciere de título de dominio inscrito, o que teniéndolo no fuere inscribible, podrá inscribir su derecho justificando sumariamente ante el juez de 1ª Instancia del distrito en que están radicados los bienes, que tiene más de diez años de estar en quietud, pacífica y no interrumpida posesión de éstos. Es decir, que en la forma que va a probar estos extremos es en la prevenida en el art. 979 Pr. y toda la sección de los títulos supletorios que forman los artículos que hemos citado, pese a que forma parte del Código Civil, no es más que el procedimiento para la obtención de tales títulos.

Ahora bien, el art. 704, que hemos transcrito al principio, dice que concluida la información, se aprobará, mandándose a extender en el Registro la inscripción solicitada, o será declarada sin lugar, según el mérito de las pruebas y la resolución será apelable en ambos efectos. ¿Por qué razón lo será? Porque esta resolución está comprendida en el art. 984 Pr. el cual nos dice en su último inciso que también se concede apelación en ambos efectos de las sentencias definitivas pronunciadas en las solicitudes que se tramitan sumariamente y la resolución en comento es de esta clase.

17ª) "En esta misma sección de los títulos supletorios nos encontramos con que es también apelable en ambos efectos la resolución que provea el juez en caso de oposición de un tercero de conformidad al art. 705 C. que dice así: "Si antes de aprobarse la información se presentare opositor, el juez decidirá en juicio sumario y según el mérito de la prueba rendida por una y otra parte, lo que estime más equitativo y arreglado a las leyes, ya sea declarando fundada la oposición y sin lugar el título supletorio, o aprobando la información en los términos que indica el artículo precedente, es decir si el tercero funda su oposición en documento inscrito, entonces el juez, sin más trámite, declara sin lugar el título supletorio quedando siempre su derecho a salvo a las partes para ventilar, en el juicio que corresponda, las acciones que les convengan. Más si la oposición se refiere a una parte del fundo, y no hubiere disputa sobre el resto, podrá el juez aprobar la información sobre la parte no disputada, si así lo pidiere el interesado. La resolución que se dictare en conformidad a este artículo, es apelable en ambos efectos".

Esta resolución es definitiva y dictada en juicio sumario, por esa razón es apelable en ambos efectos, con fundamento, igual que en el caso anterior, en el último inciso del art. 984 Pr. que expresa que la ley concede la apelación en ese efecto de las sentencias definitivas pronunciadas en

juicio sumario.

18º) Es también apelable en ambos efectos la resolución del juez que resuelve una solicitud de desembargo o desinventario en el caso del art. 718 Inc. 6º C. Tal art. contenido en la sección relativa a los efectos de la inscripción de la Propiedad Raíz, dice en su primer inc. que el tenedor de un título inscrito tendrá derecho para oponerse a que se embarguen los bienes inmuebles a que el Título se refiere o que no se inventaríen a consecuencia de acciones que no se dirijan contra él, continúa diciendo en su segundo inc. que "El Juez, sin más trámite que la audiencia a la parte contraria ordenará que no se embarguen los bienes o que no se inventaríen, y si esto ya se hubiere verificado, decretará que en el acto se desembarguen o se excluyan del inventario... etc."

Más adelante, en su inc. 6º expresa que "La resolución del juez será apelable en ambos efectos".

La razón de que sea apelable en ambos efectos es porque esta resolución es análoga a aquella de que nos habla el art. 984 Pr. que es de difícil reparación por la definitiva o produce un daño irreparable.

19º) La resolución del juez que ordena la anotación preventiva de una demanda, o la declara sin lugar (art. 727 inc. 1º C.) es apelable en ambos efectos.

El artículo citado expresa: "Art. 727.- Cuando se pida al juez una anotación preventiva, la decretará si procede conforme a la ley, sin necesidad de trámite alguno y librará provisión al Registrador antes de notificar a la parte contraria. La resolución del juez es apelable en ambos efectos.

Los mandamientos de embargo podrán también anotarse con sólo la presentación en el Registro de las diligencias originales".

Esta resolución también presenta analogía con la que producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, el demandado no puede enajenar su propiedad en ninguna forma.

Para finalizar el estudio de las resoluciones a las que la ley concede apelación en ambos efectos queremos señalar dos, que por no estar consignadas expresamente en ninguna disposición legal, tanto del Pr. como del C., no las hemos incluido en la enumeración primera que hicimos de todas estas resoluciones. Se trata de las relativas a la aceptación de herencia.

Las diligencias de aceptación de herencia son de jurisdicción voluntaria. No se siguen en ellas las formalidades del juicio sino que basta con que el interesado presente escrito ante el juez del último domicilio del causante, solicitando expresamente al mismo juez la declaración de ser tal heredero (art. 1162 C.). Con su solicitud acompañará, si se trata de sucesión

testamentaria, el testamento, certificación de la partida de defunción del causante, sin la cual no puede haber apertura de la sucesión y documentos que lo identifiquen como a persona a que el testamento se refiere. Si se tratare de una sucesión legítima o intestada, acompañará, además de la certificación de la partida de defunción, las certificaciones de las partidas del Registro Civil correspondientes, necesarias para comprobar su calidad de heredero. El juez, puede proveer con la sola vista de la solicitud y documentos presentados: "Sin lugar la aceptación solicitada". Esta resolución es equivalente a aquélla que le pone término al juicio haciendo imposible su continuación. Aquí como hemos advertido ya, no se trata de un juicio según la concepción legal, que exige controversia, para que aquél se dé, pero pese a que no sea un juicio nuestra jurisprudencia ha aceptado, en términos generales, la corriente que concede apelación en ambos efectos de esta resolución.

Sobre este mismo caso de la aceptación de herencia hay una segunda resolución y es a la que se refiere el art. 1165 C. que dice: "Transcurrido el término de la citación el juez con el mérito de las pruebas que se le presenten, hará o no la declaratoria de heredero solicitada, según fuere de derecho".

La resolución, cualquiera que sea, se pondrá en conocimiento del público por medio de un aviso publicado en el mismo diario".

En este otro caso la ley también calla en cuanto a que si tal resolución es apelable en algún efecto. Nuestros Tribunales, en su gran mayoría han entendido que es apelable en ambos efectos por ser análoga a aquélla que produce un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva.

Aunque otros opinan que no debe concederse apelación en esta situación y que si se trata de un caso en que ha habido oposición de otro que también se creen herederos y el niega la calidad a uno y se la concede al otro, dicen los que sostienen esta posición, que al agraviado por la resolución no debe concedérselle apelación, sino que promueva el juicio correspondiente para impugnar la calidad de heredero del otro, por ejemplo alegando nulidad del testamento, o impugnando el parentesco del heredero declarado. Sin embargo la corriente más aceptada es la primeramente expuesta y es la que nosotros aceptamos.

b) Resoluciones que sólo admiten apelación en el efecto devolutivo

El art. 985 Pr. nos hace una enumeración de este tipo de resoluciones, mas esta no es taxativa lo cual comprobamos con la sola lectura de tal artículo, pues en su ordinal último nos dice que la ley concede apelación en

el efecto devolutivo "De todas las demás sentencias en que la ley admite expresamente la apelación sólo en el efecto devolutivo"

E incluso se dan casos como el de la sentencia definitiva dada en el juicio ejecutivo, que ya hemos visto y la cual, según expresa el art. 600 Pr. "es apelable en ambos efectos; pero si fuere favorable al ejecutante podrá cumplimentarse dando éste fianza bastante de responder de las resultas del recurso en caso de revocarse la sentencia por el superior, y si fuere favorable al ejecutado, podrá levantarse el embargo de bienes si otorgare fianza en los términos dichos", en éstos dos casos en que el actor o reo rinden fianza, la sentencia, pese a que la ley nada diga, es aceptado por nuestros tribunales que se torna apelable sólo en el efecto devolutivo.

Pero pasaremos a estudiar los casos expresamente contemplados por el art. 985 Pr. advirtiendo que algunos de ellos no tienen mayor importancia por su escasa aplicación práctica.

"Art. 985 Pr. también concede la ley apelación, pero sólo en el efecto devolutivo, de las sentencias que traten:

1º) De aposición de sellos o levantamiento de éstos.

Según el Libro III de nuestro Código Civil, la apertura de la sucesión tiene lugar con la muerte del "de cujus", o sea aquél de cuya sucesión se trata. Cuando el causante hubiere dejado muchos bienes muebles y hubiere temor de que se extravíen, con base en el inc. 1º del art. 1146 C., todo el que tenga interés en ella, en la sucesión, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir desde el momento de abrirse la sucesión, que los muebles y papeles de la misma se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. A eso se le llama aposición de sellos, la cual se verifica sólo respecto de los muebles y papeles y no de inmuebles.

También nuestro Código de Procedimientos Civiles se refiere al modo de proceder en la aposición de sellos en los arts. 883 al 895.

La aposición de sellos puede pedirse por las personas interesadas o sean las enumeradas en el art. 885 Pr.; también puede hacerse de oficio, cuando concurren las circunstancias señaladas en el art. 886 Pr.

La resolución que ordena la aposición, así como la que la deniega son apelables, la primera en el efecto devolutivo y la segunda en ambos efectos con base en el art. 987 Pr. Pueden apelar de la misma las personas enumeradas en el ya citado art. 885 Pr.

El levantamiento de los sellos, se verifica al practicarse el inventario, conforme lo regulan los arts. 896 al 899 Pr. De esta sentencia se concede también apelación en el efecto devolutivo.

"El levantamiento de los sellos expresa el art. 898 Pr. se pedirá al

mismo tiempo que el inventario, si éste tuviese lugar, si no, sólo se solicitará la orden para el levantamiento"; y el 2º inc. agrega: "No podrá procederse al levantamiento de ellos, si no es nueve días después de la inhumación del cadáver, a no ser por motivo urgente y grave que el juez apreciará". Debe entenderse que también se concede apelación en efecto devolutivo de la sentencia que deniega el levantamiento; y pueden apelar de esta sentencia las mismas personas enumeradas en el art. 886 Pr.

Lo corriente es que la oposición de sellos la soliciten los interesados que no residan en la misma casa del causante por temor a que los que con él vivían sustraigan los muebles o papeles.

2º) De las que ordenen la práctica de inventario.

Los inventarios judiciales se efectúan en las sucesiones por causa de muerte y en los casos de guarda, que trae aparejada administración de bienes de menores o incapaces mentales.

Los inventarios que se practican en ambos casos los comprenden tanto el Código de Procedimientos Chiles como el Civil.

En el Libro Segundo de Procedimientos Civiles están comprendidas las disposiciones legales relativas al inventario de los bienes sucesorales, en los arts. 903 al 921. El art. 903 indica las personas que pueden solicitar el inventario, o sean: 1º) Los herederos; 2º) Cualquiera persona a quien la ley imponga la obligación de hacerlo; y 3º) Los curadores de bienes y los representantes legales del que como heredero tenga interés en la sucesión"

En el Libro Tercero del Civil se regulan en los arts. 1174 al 1177 los inventarios, indicando el primero la clasificación de los mismos y los otros, la forma de practicarlos.

El art. 1177 C. señala las personas que tienen derecho de asistir al inventario, aunque no tengan facultades para solicitarlo: "Tendrán derecho de asistir al inventario, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Todas estas personas tendrán derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexacto". En concordancia con esta disposición el art. 905 Pr. expresa que "Deberán citarse en la forma legal las personas que menciona el art. 1177 del Código Civil que sean conocidas y se hallen dentro del territorio de la República, para que asistan si quieren. Si existen fuera de él, nombrará el juez un sólo defensor que represente a los ausentes, sin necesidad de citarlos. Asimismo se citará al abogado que represente al fisco, para el cobro de los derechos sobre sucesiones hereditarias".

Hemos visto quiénes pueden pedir la práctica de un inventario y los que tienen derecho de asistir al mismo y reclamar contra él, en lo que les pareciere inexacto.

La resolución del juez que admite o declara sin lugar la solicitud de que se practique el inventario es la apelable conforme los arts. 985, 2º Pr. Pero antes de que el juez resuelva -el art. 906 Pr. expresa: "Si alguna de las personas citadas se opusiere a la fracción del inventario, el juez oirá dentro de tercero día a todos los demás interesados, a un mismo tiempo, sin entregar los autos, y con lo que contesten o en su rebeldía recibirá la causa a prueba por ocho días si fuere necesario, y concluidos resolverá dentro de los tres días siguientes lo que corresponda en justicia; pero si se negare la calidad de heredero al que pide el inventario, la oposición deberá presentarse con todos los caracteres de una demanda y se tramitará en juicio de hecho o de derecho, según el caso, sin perjuicio de procederse al inventario, si los demás interesados no se opusieren"

El art. siguiente empieza así: "Debiendo cumplirse la sentencia que ordena la fracción de inventario, el juez nombrará dos peritos tasadores, etc.". Dicha sentencia es a la que se refiere el ordinal 2º del art. 985, ella es apelable en el efecto devolutivo, es decir que pese a que se apele de la misma ello no inhibe al juez de seguir conociendo del asunto, pudiendo nombrar los peritos, tasadores, etc.

Se puede apelar de esta sentencia porque puede ser que quien pida el inventario no tenga derecho a ello y el juez se equivoque al ordenarlo; además puede que ya se halla practicado otro inventario -extrajudicial por ejemplo, lo cual en ciertos casos autoriza la ley-, etc.

Es conveniente señalar que tanto el inventario de bienes como la oposición de sellos pocas veces se efectúan en nuestros Tribunales, y por consiguiente no es frecuente que se den los casos de apelación de estas sentencias.

3º) De las que versen sobre reparaciones urgentes.

Reparar, significa según el Diccionario de la Real Academia, en una de sus acepciones, remediar, precaver o evitar un daño o perjuicio, ya veremos más adelante como corresponde este ordinal a este concepto. Antes hagamos una reseña histórica de esta disposición.

En el Código de Procedimientos y Fórmulas Judiciales, o sea el primero que tuvimos de 1857, no aparecía este numeral, pero había uno del siguiente texto: "También concede la ley la apelación, pero sólo en el efecto devolutivo... 5º) de todas aquellas cuya suspensión causare algún peligro

por la demora en la ejecución" (En aquella época el art. comentado tenía el número 1151). Esta causal persistió en el Código de 1863, edición de 1878 y Código de 1881. Es en la edición de 1893 donde ya aparece este numeral 3º con la redacción actual y se ha suprimido la 5a. a que nos referimos. (En tal edición el número del actual art. 985, era 957).

El Dr. Padilla y Velasco, en su tesis doctoral ya mencionada, señala como ejemplo de sentencias que versen sobre reparaciones urgentes "las que ordenan un secuestro de bienes inmuebles o muebles, en los casos prescritos en el art. 142 Pr. y en otros mencionados especialmente por las leyes civiles; asimismo lo prescribe el artículo 151 al ordenar que el secuestro surtirá todos sus efectos no obstante cualquier recurso que contra él se interponga".

En el art. 142 Pr. se hace una enumeración de los casos en que procede el secuestro de bienes del demandado como acto previo a todo juicio y que por cierto no es una enumeración taxativa. Hay otros como el del 1264 (2º) C. que es el del beneficio de separación.

El art. 151 Pr. dice: "El secuestro surtirá todos sus efectos, no obstante cualquiera excepción o recurso que contra él se interponga; y si recayera sobre bienes raíces, se anotará preventivamente en el Registro de la Propiedad como en el caso del número segundo del artículo 719 C., taniendo entonces el acreedor la preferencia establecida en el artículo 722 del mismo Código".

Esa circunstancia de que el secuestro surtirá sus efectos, no obstante cualesquiera excepción o recurso que contra él se interponga, es suficiente para que advirtamos que se trata de una resolución apelable sólo en el efecto devolutivo, ya que precisamente la característica de tal apelación es la de no embarazar al juez recurrido para que continúe con el procedimiento.

Queremos reparar en la circunstancia de que el ejemplo traído a cuento se acomoda perfectamente al concepto gramatical de "reparación", ya que el secuestro de bienes del demandado como acto previo a la demanda, se fundamenta precisamente en el hecho de precaver o evitar un daño o perjuicio, o sea el de la insolvencia del deudor, quien fraudulentamente puede traspasar los bienes de que disponga para no tener con qué responder cuando recaiga sentencia condenatoria en su contra, en el juicio que se ha intentado.

Hay que relacionar con este ordinal los arts. 903 y 904 C.

4º) De las que ordena el apremio personal o la rendición de una cuenta.

Este ordinal contiene dos casos completamente distintos: primero, la resolución que ordena el apremio personal; y, segundo, la que ordena rendir una cuenta.

Estudiemos el primero: De acuerdo con lo que expone el Profesor Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil, el apremio es el acto judicial por medio del cual el juez constriñe u obliga a alguna de las partes para que ejecute algo o se abstenga de hacerlo. Según Carabantes, citado por Pallares, la palabra apremio procede del verbo latino "premer", oprimir, afectar, y significa tanto como compeler al litigante a practicar algún acto.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de México, citada también por Pallares, ha establecido los siguientes principios, con respecto al apremio: a) Los tribunales están obligados a usar de los medios de apremio para hacer cumplir sus determinaciones; b) los medios de apremio no constituyen una pena, y, por lo tanto, no implica la necesidad de una acusación ni la apertura de un proceso penal; c) el arresto como medio de apremio, no constituye una pena, sino un medio de hacer cumplir las determinaciones judiciales; d) El cumplimiento de un convenio judicial no puede hacerse efectivo por los medios de apremio, porque la responsabilidad que de él dimana es meramente civil, y debe exigirse en ejecución de sentencia. Si en tal caso se usan los medios de apremio, se viola la garantía del artículo 17 de la Constitución que prohíbe prisión por deudas civiles.

Igual que en México nuestra Constitución Política prohíbe en el art. 27, entre otras penas, la prisión por deudas.

Sobre este tema, el Profesor Hernando Devis Echandía, dice: "en el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (Jueces y Magistrados) están investidos por razón de ella, de ciertos poderes, que pueden comprenderse en CUATRO grupos".

En nuestro país la Constitución Política reconoce dichos poderes en el art. 172 al establecer que corresponde al Poder Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, etc. Esos poderes que ejercen los jueces, de acuerdo con Devis Echandía son los siguientes: "a) Poder de decisión, por medio del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia, hacen o niegan la declaración solicitada, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada"; "b) Poder de coerción, con el cual se procuran los elementos necesarios al juicio, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción" En virtud de él, los jueces

pueden hacer comparecer por apremio personal, al testigo remiso en concurrir al tribunal, o que se niegue a declarar, art. 301 Pr.; decretar el apremio corporal de la parte que no devuelva los autos que se le hayan entregado en traslado, conforme lo expresan los arts. 1262 y 1265 Pr.; también a los peritos se les puede sancionar con apremio corporal, si no presentan su relación o dictamen respectivo, de acuerdo con el art. 361 Pr.; o decretar el apremio corporal al demandado que no rinda la cuenta ordenada por el Juez, art. 569 Pr. En otros casos, la sanción consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversas a la parte, como la declaración de confeso al rebelde en concurrir a absolver posiciones, según lo establece el art. 385 ordinal 1º Pr. "C) Poder de documentación, o sea de decretar y practicar pruebas", como sucede en las diligencias de inspección, dictamen pericial, cuando la ley las autoriza". "d) Poder de ejecución, que se relaciona con el de coerción, pero que tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aún de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el juicio, sino imponer el cumplimiento de un mandato expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito". En virtud de él los jueces tienen la facultad de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, que es el imperium de la concepción clásica. Por ejemplo: cuando los jueces y tribunales deben ejecutar sus providencias conforme la ley, tienen facultad de emplear la fuerza para que sean obedecidos por las personas que han rehusado cumplirlas en los términos correspondientes, tal como lo establece el art. 1261 Pr.; y el Poder Ejecutivo a su vez, tiene la obligación de proporcionar a los funcionarios del orden Judicial, los auxilios que necesiten para hacer efectivas sus providencias, de acuerdo con el art. 168 ordinal 9º de la Constitución Política. (Nota).

De acuerdo con lo expuesto, se comprende que el apremio corporal que el Juez decreta contra el demandado rebelde en rendir las cuentas que se le ha ordenado, no es una prisión por deudas, sino que es el ejercicio del poder coerción que tienen los jueces para que las partes cumplan con las disposiciones judiciales, necesarias para facilitar el juicio y ejercicio de la jurisdicción.

En consecuencia, podemos afirmar categóricamente que el caso de apremio corporal a que se refiere el art. 569 Pr. no es inconstitucional, porque no se trata de una prisión por deuda, la que sí prohíbe el art. 27 CP, arriba citado.

Distinto es el caso al que se refiere el inc. 3º del art. 657 Pr., en el juicio singular ejecutivo de obligación de hacer, en virtud del cual, si la sentencia fuere condenatoria, se apremiará al ejecutado poniéndolo en la cárcel de deudores hasta que se allane a ejecutar el hecho, no pudiendo exceder la prisión de dos meses. En este caso, si se trata de una prisión por deuda, aunque dicha prisión la decreta el juez, ante la rebeldía del ejecutado en cumplir la sentencia condenatoria que le ordena ejecutar la obligación de hacer que le reclama su acreedor.

No está demás advertir que la resolución del juez ya sea ordenando la rendición de una cuenta o el apremio personal del demandado rebelde en rendirla, son apelables en el efecto devolutivo, conforme lo permite el art. 985 ord. 4º) Pr. y por el contrario, la resolución del juez declarando sin lugar la cuenta o apremio personal solicitado, también son apelables, pero en ambos efectos, con base en lo prescrito en el art. 987 Pr.

La apelación en ambos casos se justifica, en el primero, porque obliga al demandado a rendir una cuenta, a la que él se niega, por considerar que no está obligado a ello y con mayor razón si se le apremia. Y en el segundo, porque le pone fin al juicio, haciendo imposible su continuación, al declararle sin lugar lo solicitado por el actor.

El ordinal 4º del art. 985 debe relacionarse con los arts. 168 ordinal 9º inc. 2º C.P., 301, 361, 569, 624, 657, 985, 10º y 1262 al 1267 Pr. (Nota).

5º) Del nombramiento de guardadore:.

La resolución apelable en efecto devolutivo es la que nombra guardador, ya sea tutor o curador, conforme los procedimientos señalados en los arts. 837 y sigts. del Pr. La razón por la que es apelable esta resolución en el efecto devolutivo, lo es porque puede no convenir a los interesados un nombramiento de esta naturaleza, o la persona escogida como guardadora; y así mientras se tramita la apelación en la Cámara, el nombrado ejercerá el cargo interinamente para evitarle trastornos o perjuicios al pupilo.

Solamente en el caso del art. 854 inc. 2º Pr. la ley dice que la resolución que se dictare causa ejecutoria no obstante apelación; pero esta disposición, aunque se refiere al nombramiento de un curador de bienes de una persona ausente, es también aplicable a los casos de nombramiento de tutor o curador dativo de una persona natural incapaz, ya sea por razón de

Nota Conforme lo prescribe el Art. 160 ordinal 9º, que dice: Proporcional a los Funcionarios del orden judicial los auxilios que necesiten para hacer efectivas sus providencias

su edad o por razón de enfermedad mental, o el curador de la herencia yacente, en virtud de que de acuerdo con la regla general del art. 983 Pr., en la apelación en efecto devolutivo, se da conocimiento de la causa al superior, sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias.

6º) De prestación de alimentos en juicio sumario.

En los arts. 833 Pr. y siguientes se regulan los procedimientos necesarios para la prestación de alimentos en los casos de los artículos 338 del C. El inc. 2º del art. 833 Pr. dispone expresamente que la sentencia que concede los alimentos causa ejecutoria no obstante apelación, o lo que es lo mismo, se puede cumplir inmediatamente, aunque se haya apelado; y la razón es muy sencilla; si esperamos el resultado de la apelación se moriría de hambre el alimentario.

Por esa razón de acuerdo con el art. 834 Pr., mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible conforme al art. 344 C., sin que de esta determinación o providencia haya recurso.

En estos procedimientos hay dos resoluciones: la primera la del art. 834 que no admite apelación de ninguna clase y la segunda la del art. 833 que se puede ejecutar provisionalmente, mientras se discute en segunda instancia la apelación que concedió los alimentos.

La resolución definitiva que concedió los alimentos puede posteriormente discutirse en juicio ordinario, ya sea en cuanto a la obligación de prestarlos, o en cuanto a la cuota alimenticia, pero sin que por esta razón se suspenda la prestación de los alimentos asignados en el juicio sumario, tal como lo dispone el art. 835 Pr.

Además, la sentencia que ordena la prestación de los alimentos podrá revocarse o reformarse siempre que falten o varíen las facultades y circunstancias del alimentante o las necesidades del alimentario. Y en los casos, ya sea para revocar o reformar la cuantía de los alimentos concedidos, la solicitud o demanda se tramitará en la forma prescrita en el art. 833 Pr., tal como lo ordena el art. 836 Pr. La resolución que se dicte en este segundo proceso, es también apelable en el efecto devolutivo si favorece a la parte actora, pues si le declaran sin lugar los alimentos, la apelación lo sería en ambos efectos, con base en lo dispuesto en el art. 987 Pr.

Hay otro proceso, que es ordinario, en el caso de los alimentos, a que se refiere el art. 1141 del Código Civil, o sea en el caso de que el testador

no haya asignado en su testamento la cuantía de los alimentos a que estaba obligado a suministrar conforme al Título XVII, Libro 1º del Código Civil, o cuando la cuantía asignada sea inferior a la señalada en los arts. 340 y 341 C. Dicho juicio o proceso se sigue en la forma ordinaria y la sentencia que recaiga sobre los alimentos, por ser definitiva pronunciada en juicio ordinario, es apelable en ambos efectos, con base en el art. 984 inc. 1º Pr.

7º) De la sentencia que declare la interdicción provisoria.

Los arts. 848 al 850 Pr. señalan el modo de proceder en el juicio de interdicción del demente y el sordomudo.

De acuerdo con el primero de los arts. mencionados -848-, el Juez puede en cualquier estado del juicio sumario, "decretar la interdicción provisional del demente, a virtud de informes verbales de los parientes o de otras personas, nombrándole un curador interino".

Tal como está autorizado un juez para declarar la interdicción provisional es muy peligroso; pues como se comprenderá, con solo el Informe verbal de los parientes o de otras personas, sin necesidad de dictamen de facultativos, podría muy bien un juez quitarte la administración de sus bienes a una persona declarándolo provisionalmente interdicto.

Anteriormente, no se permitía esta declaración provisional sino hasta que el presunto interdicto fuera examinado por dos médicos y después que el juez lo hubiera interrogado, como es obligación del juez hacerlo cuando se trate de un sordomudo, con el fin de averiguar si puede entender o darse entender por escrito, tal como lo ordena el art. 849 Pr.

Por tal motivo sería conveniente reformar nuevamente el 848 Pr. en el sentido de que el juez solamente podrá decretar la interdicción provisional del presunto interdicto después de que él mismo, asociado de médicos o facultativos especiales o psiquiatras, lo hayan examinado.

Para nuestro caso, la resolución provisional de la Interdicción es apelable en el efecto devolutivo, la cuestión que surge es quién puede apelar, el presunto interdicto o el curador interino nombrado. Para mí, la ley concede la apelación directa al presunto interdicto por la gravedad de la resolución, o el Ministerio Público, quien necesariamente tiene que intervenir en estos procesos, de acuerdo con el art. 23 de la LOMP.

8º) De la sentencia que trata de la restitución de un despojo o de amparo de posesión.

Los juicios posesorios o acciones posesorias, se denominan interdic-

tos, porque son por su naturaleza sumarios y nuestra ley los estudia en los arts. 918 a 930 del Código Civil y 778 al 790 Pr.

De acuerdo con el Código Civil, hay dos clases de acciones: las que tienen por objeto conservar la posesión, denominadas también querrelas de amparo, a que se refieren los arts. 921 inc. 1º y 922 C. y cuyo procedimiento regulan los arts. 778 al 781 Pr., y las que tienen por objeto recuperar la posesión que a su vez se subdividen en dos acciones, las primeras denominadas también querrela de restitución o despojo y las segundas querrelas de restablecimiento, comprendidas en los arts. 921 inc. 2º y 927 a 929 C., cuyo procedimiento aparece regulado en los arts. 782 al 786 Pr. Las sentencias que recaigan en los procedimientos de ambos tipos de acciones, son apelables en el efecto devolutivo únicamente, por tratarse de procedimientos especiales que tienen por objeto proteger la posesión, como especialmente lo hace nuestra constitución en el art. 11 CP., en forma de una garantía de seguridad jurídica, al establecer el derecho de audiencia; por tal motivo, la sentencia que se pronuncie en dicha clase de juicios no impide se ejecute provisionalmente mientras se tramita la apelación en efecto devolutivo, interpuesta por la agraviada.

9º) Las sentencias recaídas sobre las acciones posesorias especiales de que habla el Título XIII, Lº II del Código Civil.

Dichas acciones posesorias especiales, se denominan también interdictos especiales, sobresaliendo entre ellas las denuncias de obra nueva, art. 931 al 932 Pr., y de obra ruinoso, art. 933 al 935 Pr. Las demás se denominan interdictos especiales, comprendidos en los arts. 936 al 947 C.

Los procedimientos especiales para estos interdictos los regulan los arts. 791 y 792 Pr., estableciéndose en el primero de ellos que la prueba en estos procedimientos se hará por todos los medios ordinarios, pero principalmente por la Inspección personal y relación de peritos.

La sentencia que recaiga en estos juicios será apelable únicamente en el efecto devolutivo, conforme lo prescribe el art. 985 ord. 9º Pr.

10º) De las resoluciones que ordenan la prestación de fianzas o aprobación de ellas.

El ord. 10º del art. 985 Pr. comprende dos clases de resoluciones: 1º. Las que ordenan prestar fianzas (judiciales); y 2º. Las que aprueban la fianza rendida.

Hay varios casos en los que la ley previene se rinda fianza, por ej. la

que está obligado a rendir el depositario judicial cuando la parte contraria lo pide, art. 623 Inc. 1º Pr.; la que rinde el demandado, con audiencia del acreedor para que no se lleve a cabo el secuestro de bienes, a que se refiere el art. 147 Pr., en relación con el art. 903 C.

La otra resolución apelable es la que aprueba la fianza rendida, ya sea por el depositario, deudor, o el actor en el caso del art. 19 Inc. 3º Pr. En todos esos casos la resolución que aprueba la fianza es apelable en el efecto devolutivo y la que la imprueba sería apelable en ambos efectos, de acuerdo con el art. 987 Pr.

Hay también otros casos en los que la ley también ordena se rinda fianza, como la que están obligados a rendir los poseedores provisorios, en el caso de muerte presunta, conforme lo ordena el art. 88 C.; la que debe rendir el guardador para discernírsele la guarda, conforme el art. 394 C., la que está obligado a rendir el usufructuario, para la conservación y restitución de la cosa fructuaria, art. 778 C., y otras.

Pero no está comprendida en este ordinal 10º del art. 985 Pr, en estudio, la fianza a que se refiere el ord. 13º del mismo art., o sea la que manda caucionar las resultas de un juicio, por ser ésta una fianza de naturaleza especial, según lo veremos más adelante.

11º) Las resoluciones sobre depósito judicial. Art. 985 ord. 11 Pr.

Ejemplo específico de esta clase de sentencias, lo es el art. 909 9º Pr., que ordena al juez depositar los bienes inventariados, ya sea en uno de los herederos o en la persona que él designe, si aquellos no se pusieren de acuerdo en el nombramiento. Dicha resolución es apelable en efecto devolutivo.

12º) De las resoluciones de declaratoria de pobreza.

El art. 955 Pr. prescribe que la sentencia en que se declare el beneficio de pobreza, en el juicio sumario correspondiente, determinará el Litigio para que se conceda, la que no podrá hacerse extensiva a otro litigio, y ella es apelable en el efecto devolutivo.

13º) Demandar caucionar las resultas del juicio. -art. 985 numeral 13º Pr.

Cuando estudiamos la "Fianza de Costas, Daños y Perjuicios", en el Proceso Civil I, en el numeral 25) de la separata respectiva, dijimos que era apelable en el efecto devolutivo la resolución que manda caucionar las

resultas de un juicio. De dicha resolución pueden apelar tanto el actor por considerarla la cuantía excesiva, como el demandado por considerarla a su vez exigua. En ambos casos la apelación va en efecto devolutivo. Sólo en el caso de que el juez declarara sin lugar la fianza solicitada por el demandado, al apelar éste, la resolución sería apelable en ambos efectos, con base en el art. 987 Pr. (Nota).

En nuestro Código hay otros casos en que se previene a cualquiera de las partes rendir fianza para garantizar las resultas del proceso o incidente, o sean los siguientes:

a) En primer lugar en el caso de *tercería comprendido en el art. 458 Pr.*, que es análogo al del 18 Pr. arriba mencionado.

b) En los casos en que el actor demande en *representación legal* de otro a que se refieren los arts. 116 Pr., 718, 1302 y 2037 al 2045 C., en los cuales la ley le concede al actor dicha representación especial.

c) En el caso de *sequestro preventivo o precautorio de bienes*, comprendido en los arts. 146 y 147 Pr.

d) La fianza que debe rendir el tercerista para que se suspenda un juicio, cuando hubiere oposición por parte del acreedor ejecutante a la entrega de los bienes y la tercería no se fundase en instrumento inscrito en el Registro de la Propiedad Raíz, de acuerdo con lo que ordena el art. 651 Pr.

14^o) Del auto que declara sin lugar las excusas de un curador especial, las cuales, de conformidad con el art. 843 Pr., se deciden en juicio sumario.

15^o) Del auto que ordena el embargo de bienes en juicio ejecutivo. Esta es la resolución que el juez provee después de reconocer la legitimidad de la persona y la fuerza del instrumento, como dice el art. 594 Pr., para luego decretar el embargo de bienes del ejecutado, librar el mandamiento respectivo y comisionar a un oficial público de juez executor para que lo diligencie.

De esta resolución en la práctica casi nunca se apela, como de la sentencia definitiva que recaiga en el juicio ejecutivo, porque de ambas renuncia siempre el deudor cuando firma el documento de mutuo correspondiente, renuncia que como ya hemos visto anteriormente es válida.

Nota: Como la fianza de costas se derogará en las reformas que se están haciendo al Código Procesal Civil, las apelaciones a la que se refiere éste párrafo ya no tendrán lugar.

16º) Son también apelables sólo en el efecto devolutivo, todas aquellas sentencias en las que la ley admite expresamente la apelación sólo en ese efecto, como lo son, por ejemplo, las comprendidas en los arts. 654 inc 2º, 822 inc. 2º, 833 inc. 2º, 834 inc. 2º y 961 Pr.

C) RESOLUCIONES QUE NO ADMITEN APELACION.

La ley niega la apelación en el art. 986 Pr. a las siguientes resoluciones:

1º) Los decretos de sustanciación y sentencias interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas o sean las simplemente interlocutorias que no producen un daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, por ej. la que declara rebelde al demandado que no contesta la demanda dentro del término que la ley le señala para ello. Dicha resolución no le produce un daño irreparable al demandado puesto que puede mostrarse parte en cualquier estado del juicio antes de la sentencia e interrumpir la rebeldía, conforme lo expresa el art. 533 Pr.

El mismo ordinal 1º del art. 986 Pr. comprende, además de las simples interlocutorias, a los decretos de sustanciación. Estos, de acuerdo con el art. 419 Pr. son las providencias que expide el juez en el curso de la causa para la tramitación del proceso. No son apelables, excepto únicamente, los comprendidos en los ordinales 1º al 3º del inc. 3º del art. 984 Pr., o sean los que ordenarían una acción ejecutiva o sumaria y los que ordenan se legitime la persona en el caso del art. 1273; casos que ya estudiamos.

De acuerdo con este ordinal 1º del art. 986 Pr. en estudio, podemos afirmar como regla general que no son apelables las sentencias simplemente interlocutorias, o sean las que no producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, y los decretos de sustanciación, con excepción de las comprendidas en el inc. 3º del art. 984 Pr., proveídos en cualquier clase de juicios.

2º) Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar.

Nuestra Constitución Política en el art. 23, al garantizar la libertad de contratación, en su inc. 2º prescribe que ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. Como se ve.

nuestra ley respeta el principio de la autonomía de la voluntad.

Si la constitución permite la transacción o arbitramento, con mayor razón pueden las partes contratantes convenir o contratar en el sentido de que cualquier diferencia que surja entre ellas que los obligue a ocurrir ante los tribunales judiciales, de artemano convienen que la resolución o sentencia que dicte el juez para resolver sus desavenencias será inapelable, o lo que es lo mismo, pactan que no apelarán de dicha sentencia.

El pacto de no apelar equivale también a la renuncia de un procedimiento establecido por la ley en favor de las personas. Dicha renuncia es perfectamente válida, con base en el principio general contenido en el art. 12 del C. al permitir que las personas pueden renunciar los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

En lo procesal y con base en el principio anterior y lo dispuesto en el art. 2 Pr., las partes pueden renunciar los procedimientos establecidos a su favor en lo civil de una manera expresa; luego, pueden pactar no apelar de una resolución.

Este punto ya lo dejamos explicado anteriormente.

Lo único que habría que aclarar o agregar es que, para que la renuncia sea válida, es decir, para que produzca efectos legales, debe ser hecha en escritura pública o en instrumento privado debidamente autenticado. y conforme sentencia publicada en la Revista Judicial de diciembre de 1919. pág. 371, el pacto de no apelar, o la renuncia del derecho de apelar, no surte efectos contra los herederos de dichas personas, quienes pueden interponer el recurso, por ser el derecho de apelar puramente personal, máxime si la demanda no ha sido dirigida contra ellos (los herederos), sino contra otro deudor solidario de la misma obligación, pues en este caso, los expresados herederos no eran parte en el juicio ejecutivo. (Doctrina sentada por la Cámara de 2a. Instancia de la 1a. Sección del Centro, en sentencia pronunciada el 28 de octubre de 1919).

3º) De las sentencias pronunciadas en virtud de juramento decisorio o confesión judicial expresa.

El juramento decisorio tiene fuerza de transacción y la sentencia del juez se basa completamente en dicho juramento. Por esa razón no es apelable, porque la transacción, o sea la voluntad de las partes, es suprema

ley.

En el caso de confesión judicial expresa el art. 230 Pr. dispone que cuando el reo en su contestación confiesa clara y positivamente la demanda, se determinará por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni trámite.

Lo mismo ocurre en el caso del juramento decisorio; el valor probatorio de ambos es absoluto, es decir, pleno y nuestro Código al hablar de la preferencia de pruebas en el art. 415 Pr. coloca al juramento decisorio y confesión judicial, en segundo y tercer lugar, después de la presunción de derecho, que no admite prueba en contrario.

Por esa razón es que la ley niega la apelación que se fundamenta en un caso que ha sido resuelto ya sea en base a un juramento decisorio o en la confesión judicial clara, positiva y terminante del reo.

Sin embargo, y de acuerdo con una sentencia de la Cámara de Segunda Instancia de la 1a. Sección del Centro, de 14 de noviembre de 1924, publicada en la Revista Judicial de ese año, a la página 586, la parte sí puede apelar cuando la sentencia contiene otras decisiones sobre puntos distintos a los confesados, porque en el caso la competencia del tribunal superior está limitada a reconocer la cosa juzgada sobre el punto que se confesó y puede por consiguiente resolver sobre los demás puntos contenidos en la sentencia que no fueron objeto de la confesión o juramento.

4º) De las sentencias de los arbitradores.

La razón por la que no se admita apelación de esas sentencias se fundamenta en que los arbitradores pronuncian sus sentencias de acuerdo con lo que les dictare su conciencia, sin atender más que a la verdad y a la buena fe, como lo explica el art. 58 Pr. Siendo esto así, no puede la parte apelar alegando que los arbitradores han infringido la ley.

5º) De las sentencias de los árbitros de derecho cuando las partes no se reservaron en el compromiso el derecho de apelar.

El art. 62 Pr. expresa que en la escritura o documento de compromiso podrán las partes reservarse el derecho de apelar; si no lo hicieron, la ley entiende que como las partes tenían en mente transigir y que cualquier desavenencia que entre ellas surgiera fuera resuelta por jueces especiales

de derecho nombrados por ellas, o sean los arbitros, que lo son de derecho, es decir abogados, la ley presume que las partes no querian prolongar ese proceso. Por tal motivo, si no se reservaron el derecho de apelar la sentencia no es apelable.

6º) De las sentencias que declaran pasada en autoridad de cosa juzgada o ejecutoriada una sentencia.

Si una sentencia se declara ejecutoriada y en ciertos casos pasada en autoridad de cosa juzgada, es porque las partes consintieron expresa o tácitamente en ella, o sea la sentencia definitiva principal, no alzándose de ella -arts. 444 al 446 Pr. Por consiguiente, no puede ser apelable la interlocutoria (resolución secundaria) que declara ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia principal.

7º) De las sentencias que recaigan sobre tachas de peritos.

Estas sentencias no son apelables porque al declarar el juez tachable un perito, se nombra otro perito que lo reemplace, conforme lo ordena el art 355 Pr., luego la parte no ha sido perjudicada.

8º) De las que declaran desierta una apelación.

Si se admitiera la apelación de estas interlocutorias nunca se concluiría un juicio. El caso se daría así: El juez pronuncia sentencia, la parte agraviada apela, pero como no hizo uso de sus derechos en 2a. instancia, el apelado pidió se declarara desierto el recurso de apelación y el Juez o Cámara decretó la deserción. Si se admitiera apelación de esa interlocutoria el juicio nunca tendría fin; por esa razón y por el descuido o abandono que la parte hizo de su recurso, la ley lo sanciona declarando que esa resolución no es apelable.

9º) Las sentencias pronunciadas en las causas de deudas a cualquiera de los ramos de la Hacienda Pública, mientras la cantidad no se consigne en el Tesoro Público o se asegure con fiador abonado. La razón por la que no son apelables estas sentencias, mientras no se garantice el pago de lo adeudado al Estado, lo es en consideración a que todos los dineros del Estado son para el servicio público.

10º) De las sentencias interlocutorias pronunciadas en los juicios ejecutivos o sumarios, salvo el caso del número 15 del art. anterior (985).

Atrás dijimos que las sentencias interlocutorias son de tres clases: Las simplemente interlocutorias, las interlocutorias con fuerza de definitivas y las interlocutorias que le ponen fin al juicio haciendo imposible su continuación.

Las simplemente interlocutorias no son apelables en cualquier clase de juicio que se provean, de acuerdo con lo que dispone el ord. 1º del art. 986 Pr. en estudio.

Las interlocutorias que le ponen fin al juicio haciendo imposible su continuación son apelables en ambos efectos en cualquier clase de procedimientos que se pronuncien, de acuerdo con lo dispuesto en el inc. 3º del art. 984 Pr.

Por consiguiente, el ord. 10º del art. 986 Pr. en estudio, se refiere a las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas y la prueba de ello es el ejemplo que cita el mismo ordinal al decir que si es apelable la del Nº 15 del art. 985, o sea la que decreta el embargo de bienes del ejecutado. Luego, las interlocutorias que no son apelables en los juicios ejecutivos y sumarios son las interlocutorias con fuerza de definitiva.

El único caso que se presta a confusión es la interlocutoria con fuerza de definitiva que ordena la acumulación de procesos, que de acuerdo con el art. 551 inc. 1º Pr. es apelable en ambos efectos. Sobre este punto hemos externado nuestra opinión extensamente y llegamos a la conclusión que la acumulación de procesos en juicios ejecutivos puede ser de dos clases: la que tiene por objeto evitar que se divida la continencia de la causa y la acumulación que persigue el pago preferente o a prorrata de los respectivos créditos, o sea el caso comprendido en el art. 628 Pr. Esta resolución según mi criterio no es apelable, con base en el numeral 10º del art. 986 Pr. La otra, o sea el caso de la división de continencia de la causa, podría discutirse si es o no apelable.

11º) No son apelables todas aquellas resoluciones a las que la ley niega expresamente la apelación. Por ejemplo: los casos a que se refieren los arts. 612 inc. último 834, 1017, 1127, 1206, 1180 Pr., etc., en los que expresamente se dice que la resolución a que dichos artículos se refieren no admiten recurso

4º) Trámite de la apelación en Primera Instancia

El estudio de este problema de la apelación los subdividimos en las siguientes partes:

- a) Efectos de la interposición de la apelación;
- b) Admisión o rechazo de la apelación;
- c) Efectos de la admisión o no admisión de la apelación.
- d) Emplazamiento de las partes, término del mismo.
- e) Remisión del proceso.

Al inicio de nuestro estudio sobre los "Problemas de la Apelación" y en especial el relativo a su interposición, dijimos que ésta se interpone ante el juez que pronunció la sentencia, excepto en los casos de arbitraje, y que si el juez la deniega se recurre de hecho. Asimismo expresamos que la apelación debería interponerse por escrito y nunca de palabra, excepto en los juicios verbales, y la forma en que se debe interponer (ver págs. 54 a la 57)

Hoy estudiaremos en primer lugar, los

- a) Efectos de la interposición de la apelación

Presentado el escrito de apelación, la competencia del Juez (no jurisdicción como dice el art. 990 Pr.), queda circunscrita para sólo declarar si es o no admisible en ambos efectos y cualquier otra providencia que dicte se reputará atentatoria, pero esto no obsta, agrega el mismo artículo para que se termine cualquiera diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación.

Más adelante estudiaremos lo que es el atentado y los casos en que los jueces pueden cometerlo, así como los recursos que la ley concede a la parte agraviada, para impugnar la resolución atentatoria. Hoy nos limitaremos únicamente a señalar el procedimiento que debe seguir el juez desde que se interpone el recurso de apelación, indicando qué es lo que debe o no hacer para cumplir con las formas procesales y no quebrantarlas, lo cual podría motivar un atentado o una nulidad, según el caso.

Decíamos que, desde que la parte agraviada presenta su escrito de apelación al juez, la competencia de éste se circunscribe únicamente a admitirla o rechazarla. Esta es la regla general. Pero como toda regla tiene sus excepciones, la ley lo autoriza terminar cualquier diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación.

En términos generales, la expresión "diligencia comenzada" que emplea el art. 990 Pr., debe entenderse no sólo en el caso material de haberse comenzado una diligencia, como lo sería si se le pide al juez la devolución de un documento y él lo ordena y después se presentare el escrito de apelación, caso en que el juez puede efectuar el desgloce sin cometer atentado, sino que en todos aquellos casos en los que la ley lo faculta tramitar un procedimiento al cual tiene derecho la parte, como en los casos del juicio ejecutivo, comprendidos en los arts. 600 al 604 y 641 Pr. y los recursos de revocación, explicación y reforma a que se refieren los arts. 426 y 436 Pr. que en seguida veremos. En todos esos casos, y en cualquier otro análogo, el juez puede practicar la diligencia, sin antes admitir o rechazar la apelación interpuesta y no cometería por ello atentado. No obstante lo anterior, en la práctica los jueces temerosos de cometer atentado, en el cual tendrían que pagar las costas, daños y perjuicios irrogados a la parte agraviada, se abstiene de efectuar la diligencia, y sin poner resolución en la que digan que la declaran sin lugar, se limitan simplemente a admitir la apelación interpuesta.

Analicemos los casos en los que el juez puede tramitar una diligencia, sin cometer atentado:

1) En el caso de los arts. 601 y 603 Pr., o sea cuando en el juicio ejecutivo el apelante victorioso le pidiere al juez se cumplimentare la sentencia, ofreciéndole rendir fianza bastante para responder de las resultas del recurso en caso de revocarse la sentencia por el superior. En tales casos, todos los procedimientos o diligencias que el juez efectuare después de interpuesta la apelación, la ley se los autoriza y no constituirían atentado.

2) Lo mismo sucedería en el caso del art. 641 Pr., en el que la ley dice que señalado el día para el remate se declarará extemporáneo cualquier solicitud del deudor, cuya tramitación haya de impedir o diferir la diligencia, la cual no se suspenderá ni aún por apelación, o recusación que interponga el deudor. Tal disposición la emitió el legislador para evitar todas aquellas solicitudes de carácter moratorio provenientes del ejecutado, que no tuvieren más fin que el de demorar la subasta.

3) El otro caso que se puede presentar y que ya estudiamos en la separata denominada "Recursos ordinarios", pgs. 33 a la 37, es el relativo a que de una sentencia definitiva se hubieren interpuesto el recurso de explicación o reforma de la misma en cuanto a lo accesorio, por una de las partes y el de apelación por la otra o de una sentencia interlocutoria una de las partes hubiere pedido mutación o revocación y la otra hubiere apelado. En ambos casos los tribunales superiores han resuelto que el Juez debe tramitar primero los recursos de reforma en cuanto a lo accesorio o

explicación de la sentencia definitiva, mutación o revocación de la interlocutoria y después el de apelación, sin que por ello cometa atentado.

b) Admisión o rechazo de la apelación.

La obligación del juez es la de cumplir la ley; por consiguiente, la libertad que tiene para admitir o rechazar la apelación interpuesta está limitada por la ley; lo que es lo mismo, si la resolución recurrida, de acuerdo con la ley es apelable en uno o en ambos efectos, si el recurrente tiene el derecho de interponerla, si la interposición se hizo en la forma y tiempo debidos, el juez debe admitir la apelación interpuesta y rechazarla, caso contrario.

Si admite la apelación, debe expresar en el auto si la admite en uno o en ambos efectos. Si la otorga simplemente, se entiende otorgada en los dos efectos, y para que lo sea únicamente en el devolutivo, es menester que lo exprese así en la resolución respectiva. Nunca podrá admitir la apelación con la fórmula: "en cuanto a lugar en derecho". Así lo estatuye el art. 991 Pr.

La primera parte del art. anteriormente citado dice que "la apelación debe ser resuelta por el juez sin tramitación alguna"; dicha expresión, explica el Dr. Padilla y Velasco, data desde el vigente Código de 1880, con motivo de haber sido suprimido el traslado a la parte contraria y la declaración de rebeldía. En el actual Código fueron suprimidos todos aquellos artículos y disposiciones que tuvieran por objeto darle algún trámite a la admisión de la apelación. Entre ellos, cita el art. 1557 del Código de 1857, que establecía un procedimiento especial para la admisión del recurso, corría traslado el apelado para la siguiente audiencia y con lo que contestara en dicho término o acusada la rebeldía si no lo contestaba, el juez admitía o no la apelación, según le pareciere de justicia.

Si el juez niega del todo la apelación interpuesta, dice el art. 992 Pr., queda expedita su competencia y no jurisdicción como dice el Código, aunque su providencia no sea arreglada, y de ella responder conforme la ley (responsabilidad civil -art. 49 no. 3º Pr.-); en tal caso podrá la parte a quien se le rechazó la apelación, hacer uso del recurso de hecho de que habla el Capítulo IV de este Título (cuyo procedimiento veremos después)

c) Efectos de la admisión y no admisión de la apelación.

Si el juez admite la apelación en sólo el efecto devolutivo de acuerdo con el art. 992 Pr., queda expedita su competencia para hacer cumplir su

providencia conforme a lo prescrito en el art. 983, mientras no sean revocadas o suspendidas por el Tribunal superior, ya se trate de una sentencia interlocutoria o de aquellas sentencias definitivas que causan ejecutoria no obstante apelación. Si fuere una interlocutoria la apelada, el juez de acuerdo con el art. citado, pueda continuar la tramitación del proceso hasta ponerlo en estado de pronunciarse la sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada.

Para los efectos indicados en el párrafo anterior el juez deberá quedarse con certificación de lo conducente. El papel necesario para esta certificación será suministrado por el apelante dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le notifique la concesión de la alzada, conforme lo ordena el art. 994 Pr.

El proporcionar este papel dentro del término indicado es de mucha importancia, al extremo que si el apelante deja transcurrir dichos tres días sin hacerlo, puede el apelado acusarle deserción, como lo autoriza el inc. 2º del art. 1033 Pr.

Todos los gastos de la saca de certificaciones serán costeados siempre por el apelante o por las dos partes, si ambas apelarón, dice el art. 998 Pr. Indudablemente el valor del papel sellado lo tiene que aportar la parte que apeló, pero el costo de sacar dichas certificaciones o sea el salario de la escribiente encargada de efectuar la certificación, no lo paga la parte, en virtud de que todos los empleados tienen su salario pagado por el Estado, en consideración a que la justicia es gratuita en El Salvador, según lo establece el art. 181 CP. (Nota).

En cambio, si el juez admite la apelación simplemente o en ambos efectos, queda del todo suspensa su competencia y ser atentatoria cualquiera providencia que dictare, salvo las que expresamente le comete este Código, dice la parte final del mismo art. 992 Pr.

Nuevamente nos encontramos en esta parte final del art. 992 con dos puntos análogos a los que menciona la parte final del art. 990 Pr., o sea que al admitir el juez la apelación en ambos efectos, se suspende su competencia en el conocimiento del proceso y cualquiera diligencia o providencia que efectuare o dictare posteriormente, sería atentatoria, excepto (y este es el otro punto), aquellas diligencias o providencias que expresamente le comete

Nota En la práctica la parte obtiene las fotocopias necesarias del proceso, en vez de certificaciones y a cada hoja le pone sellos de cuarenta centavos. También se entrega fotocopia para la certificación a que se refiere el Art. 999 con las anotaciones indicadas en el Art. 997, ambos Pr.

o faculta el Código para efectuarlas, sin cometer atentado.

Lo relativo al atentado lo estudiaremos después, hoy nos limitaremos únicamente a ver cuáles son esas providencias o diligencias que la ley autoriza al juez para que las ejecute después de admitida la apelación, sin cometer atentado.

En primer lugar, tenemos la que indica el siguiente artículo, o sea el 993 Pr., consistente en remitir el proceso original al tribunal superior en el día (que hubiere admitido la apelación), si residiere en el mismo lugar, y sin pérdida de tiempo, si residiere en lugar distinto caso en el que no comete atentado, conforme lo expresa el art. 1099 Pr.

En segundo término podemos señalar la indicada en el art. 999 Pr., que dice: "Si concedida la apelación en ambos efectos pidiera alguna de las partes que quede certificación del proceso, se mandará sacar a su costa, y con las anotaciones indicadas en el art. 997; pero para ésto debe el interesado aprontar el valor de todo el papel necesario, calculado aproximadamente (cálculo que hace el Secretario). (Nota).

Si la apelación hubiere sido admitida en sólo el efecto devolutivo, el juez puede, además de efectuar las providencias relativas a la remisión del proceso al Tribunal superior, en el tiempo y forma indicados en el art. 994 Pr., la de declarar la deserción en los casos a que se refieren los arts. 1033 al 1035 Pr., que estudiaremos después, conforme se lo autoriza el art. 1099 Pr. ya citado, sin cometer atentado.

d) Emplazamiento de las partes; término del mismo.

De acuerdo con el art. 995 Pr. el auto de admisión del recurso de apelación, en cualquiera causa contendrá siempre la calidad de emplazamiento a las partes para que acudan a usar de sus derechos ante la Cámara de Segunda Instancia, dentro de tres días, si el juez residiere en el mismo lugar que aquella y dentro del término que se le señale, si el juez y la Cámara residieren en distintos lugares. La base para regular dicho término será el de un día por cada 6 leguas de distancia de ida y tres días más.

En la Separata VII -Iniciación del Proceso- 31) Emplazamiento para contestar la demanda, en las págs. 33 y 34, manifestamos que el emplazamiento

Nota: En la práctica la parte obtiene las fotocopias necesarias del proceso, en vez de certificaciones y si cada hoja le pone timbre de cuarenta centavos. También se entrega fotocopia para la certificación a que se refiere el Art. 999 con las anotaciones indicadas en el Art. 997, ambos Pr.

es la citación que se hace a una persona de orden judicial, poniendo en su conocimiento la promoción de una demanda, apelación u otro recurso, para que en el término que se le señala conteste a la primera o se conforme con ella, y se oponga o adhiera a la segunda, o se presente a usar de su derecho. Y más adelante explicamos que en el emplazamiento se le señala un plazo a las partes de acuerdo con el significado de la palabra emplazar: dar un plazo.

En nuestra legislación hay dos clases de emplazamientos, el definido en el art. 205 Pr., o sea el llamamiento que hace el juez al demandado para que comparezca a manifestar su defensa; y al que se refiere el art. 995 Pr. en estudio, o sea la prevención que el juez hace a las partes, cuando ha admitido un recurso de apelación, para que acudan a usar de sus derechos ante el tribunal superior dentro del término que el mismo artículo señala. En ambos casos, al emplazar el juez a las partes, les concede un plazo, ya sea para contestar la demanda o para hacer uso de sus derechos en el recurso interpuesto, bajo la pena de declarar contumáz o rebelde al emplazado y de seguirse el juicio o la apelación en su rebeldía, conforme lo prescriben los arts. 223 y 1045 Pr., respectivamente.

Como el emplazamiento, ya sea para contestar la demanda o para estar a derecho en segunda instancia, se basan en el principio de audiencia que establece nuestra Constitución Política en el art. 11, la omisión del emplazamiento, en uno u otro caso, produce nulidad de lo actuado, conforme lo expresan los arts. 221 y 1130 Pr., para contestar la demanda y 1117 en la apelación, y en ambos casos da motivo a la casación, de acuerdo con el art. 4.º ord. 1º L. C.

El término o plazo que el mismo art. concede a las partes para estar a derecho ante el tribunal superior de segunda instancia, es el mismo señalado en los arts. 211 y 1247 Pr., por razón de la distancia, o sea, el de tres días, más un día por cada seis leguas de ida, equivalente las leguas a 24 Km. Por ejemplo: Si se apelare de una resolución proveída por los juzgados de 1a. Instancia mixtos de Nueva San Salvador o Santa Tecla, las partes tendrían, además de los tres días, comunes a toda apelación, el de dos días más, en consideración a que la población mencionada queda a una distancia de 47 Km. de Cojutepeque, en donde reside la Cámara de 2a. Instancia que conoce de las apelaciones que provienen del Departamento de La Libertad, conforme lo ordena el art. 9 L. O. P. J. (Nota).

Los términos señalados o asignados en el art. anterior comenzarán a correr desde el día siguiente al en que se le notifique a las partes el auto de concesión de la alzada, si hubiese sido en ambos efectos, expresa el art. 996, disposición legal que está de acuerdo con la regla que sienta el art. 212 Pr., de que el día de la notificación no se contará en el término fijado para los emplazamientos ni para las apelaciones y demás recursos y diligencias judiciales.

El mismo art. 996 agrega, que si la apelación lo hubiere sido en el efecto devolutivo solamente, el término del emplazamiento comenzará a correr desde que el juez haya entregado al apelante el proceso, con noticia del apelado, regla que también se aplica en el caso del art. 999 Pr., cuando concedida la apelación en ambos efectos, pidiere alguna de las partes que quede certificación del proceso. Esta prescripción legal fue introducida por la ley de 1902, explica el Dr. Madrid y Velasco, de conformidad a la propuesta de la comisión respectiva, que dió como razón de la reforma, lo consignado en el siguiente comentario: "La práctica que se observa en los Tribunales está enteramente de acuerdo con la disposición agregada al art. 971 (hoy 993), y aunque esto es lo más natural, la comisión ha juzgado conveniente que quede sancionado así por la ley, por lo cual ha consignado la referida disposición".

No obstante lo anterior, y especialmente lo dispuesto por la ley en la forma de computarse los términos cuando la apelación hubiere sido admitida sólo en el efecto devolutivo, en la práctica los tribunales no aplican dichos procedimientos, por la sencilla razón de que desde hace mucho tiempo ya no se entregan los procesos a ninguna de las partes para que los lleven ante el tribunal de apelación, sino que o los remiten por medio de un empleado del tribunal, quien generalmente lo es el portero u ordenanza, o por medio del correo nacional.

Por tal motivo surge el problema de determinar o fijar la fecha desde que se cuenta el término del emplazamiento para el efecto principal de la deserción, que pueda solicitar el apelado en 2a. Instancia, por la no presentación en tiempo ante dicho tribunal del apelante.

Los tribunales de apelación sostienen que el término comienza a correr desde el día siguiente al de la notificación respectiva, hecha a cada una de las partes, del auto o resolución que admitió la apelación, en consideración a que ninguna de las partes llevó el proceso al tribunal superior.

En ciertos juzgados, se acostumbra el siguiente procedimiento: en la resolución que admite la apelación se previene al apelante (en el caso de apelación en el efecto devolutivo) proporcione el papel necesario para que

el juez se quede con certificación de lo conducente del proceso, y cuando la certificación está concluida, el juez emplaza a las partes para que ocurran ante el Tribunal superior en los términos que la ley señala para la apelación en ambos efectos, en consideración a que hasta en ese momento se remite el proceso al tribunal superior. Sin embargo, tal procedimiento no está autorizado por la ley, y hay que recordar que de acuerdo con la regla que contiene el art. 2 Pr., los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces, quienes no pueden dispensarlos, restringirlos ni ampliarlos, sino en los casos que la ley lo determina. Cuando el juez remite los autos al tribunal superior por medio de correo especial u oficial, está cumpliendo con la ley, porque ésta no le ordena que el proceso solamente se pueda remitir con el apelante o con una de las partes, lo cual es facultativo del juez, en cambio, no lo autoriza para efectuar el procedimiento que se deja indicado.

Por las razones expuestas se concluye que el término comienza a correr siempre desde el día siguiente al de la notificación respectiva, ya sea que la apelación se admita en uno o en ambos efectos, o cuando se extienda certificación íntegra del proceso a la parte que lo solicite.

Antes de concluir este tema, conviene explicar que la expresión que emplea la ley de que el auto de admisión del recurso de apelación, en cualquiera causa contendrá siempre la calidad de emplazamiento a las partes quiere decir que no es necesario que el juez diga en la resolución que admite la apelación que se emplaze a las partes para que acudan ante el Tribunal superior a usar de su derecho, sino que basta que el juez exprese que se admite la apelación en uno o en ambos efectos, para que, cuando se les notifique a las partes esa resolución, queden de pleno derecho emplazadas.

Más adelante el mismo artículo expresa que si el juez y la Cámara residieren en distinto lugar, además de los tres días que la ley concede a las partes para que comparezcan ante Tribunal superior, tendrán el que el juez les señale, según la distancia, a razón de un día más por cada seis leguas de ida. En la práctica, los jueces no señalan esos días extra por razón de la distancia, sino que solamente se limitan a decir que se admite la apelación para que las partes ocurran ante el Tribunal superior a usar de sus derechos, en el término que la ley señala, práctica que me parece correcta.

e) Remisión del proceso

El proceso se remitirá de la manera que se dispone en el art. 1298, dice el art. 1001 Pr., o sea que el proceso deberá ir cerrado y sellado, con nota expresiva del foliaje poniendo en el lema esta razón: "de partes", y

acusándose en el acto el recibo correspondiente.

En la práctica, no se usa esa expresión "de partes", sino que simplemente se remite el proceso con la nota indicativa del número de folios de que se compone razón que se consigna en un libro especial de remisión de procesos a la Cámara, la que firma el Secretario de la misma como acuse recibo. Además, al proceso se le pone el número de esa razón y la página del libro en donde se encuentra, para que cuando regrese de la Cámara cancelarla. Las Cámaras también devuelven los procesos por medio de otra razón que ponen en sus libros de devolución de procesos, para tener una constancia de la devolución respectiva. Todas esas formas de actuar de los tribunales me parecen muy correctas y aunque no estén expresamente especificadas por la ley, se basan en lo que ordenan los arts. 1282 Pr. 37, 46 y 73 obligación 4a L. O. P. J., los que ordenan a los jueces de primera instancia, de paz y oficiales Mayores de la Corte Suprema de Justicia y Cámaras de Segunda Instancia, de llevar los libros de entradas y sacas de expedientes para los fines indicados.

En cuanto a la persona encargada de llevar el proceso del Juzgado a la Cámara, o cuando ésta lo devuelve a aquél, la regla principal la contiene el art. 1000 al disponer que todo proceso civil será remitido por el juez con persona de su confianza. El agregado que tiene dicho artículo y el art. 998 de que dicha remisión será a costa del apelante, ya no tiene aplicación, porque el art. 181 CP establece que la administración de justicia será siempre gratuita.

En la práctica, según lo dejamos expuesto, la remisión de todo proceso del Juzgado a la Cámara y viceversa, en los lugares en donde ambos tribunales tuvieren su asiento en la misma ciudad, siempre se efectúa por medio del ordenanza o portero del tribunal respectivo, quien lo lleva juntamente con el Libro respectivo, para que el Secretario del Tribunal le firme el recibo correspondiente. Cuando los dos tribunales tienen su asiento en distintas ciudades, los procesos se remiten por medio del Correo Oficial. Anteriormente se justificaba la remisión del proceso por medio de las partes, cuando los tribunales tenían su asiento en distinta ciudad, por el peligro que había de que el proceso se perdiera en el trayecto de un lugar a otro, en consideración a que las vías de comunicación no eran buenas ni rápidas, y a la falta de vigilancia o seguridad de las autoridades; peligros que hoy no existen por las buenas vías de comunicación existentes y seguridad que prestan la Guardia y Policía Nacionales. Por esa razón hoy, en la práctica, es muy raro que se de el caso de que el proceso se remita por medio de una de las partes.

Indudablemente las partes tienen el derecho de solicitar ser las

conductoras del proceso; en tal caso, dice el art. 1000, la entrega deberá hacerla el Juez a la parte que creyere conducirá el proceso con más prontitud y seguridad al Tribunal Superior, dando separado aviso a la Cámara respectiva del día y hora de la entrega, quedando al arbitrio del juez escoger una u otra parte según le pareciere; pero en todo caso, deberá exigirse por el juez la fianza de seguridad otorgada (en una boleta) con persona abonada por la parte que conduzca el proceso. Dicha fianza también deberá exigirse a la parte que quiera conducir el proceso cuando la otra lo exigiere, pues si estuviere anuente se le entregará el proceso sin necesidad de esa fianza.

Si la apelación hubiere sido admitida en el efecto devolutivo y el proceso se le entregare al apelante con noticia del apelado, como autoriza la parte final del art. 996 Pr., el juez, al entregar el proceso se lo entregará al apelante con noticia del apelado, como lo autoriza la parte final del art. 996 Pr., el juez, al entregar el proceso al que deba conducirlo al tribunal superior anotará en aquel y en la certificación que queda en poder del tribunal el día y hora de la entrega, firmando ambas anotaciones con las partes, si supieren, tal como lo ordena el art. 997 Pr. Esta disposición tiene su importancia, porque de acuerdo con el art. 1037 inc. 2º Pr., será caso de deserción del recurso de apelación en segunda instancia, si el apelante no introdujere el proceso a la Cámara, vencido el término del emplazamiento; cuando la Cámara, con informe del juez inferior de haberlo remitido, lo mande a exigir al apelante, en virtud de la deserción que le hubiere acusado el apelado. Si fuere éste el que se hubiere tardado en introducir el proceso en la Cámara, y el apelante hubiere sido el que exigiere la entrega, la Cámara le prevendrá lo entregue, bajo pena de apremio corporal conforme lo veremos más adelante.

5º) TRAMITE DE LA APELACION EN SEGUNDA INSTANCIA.

a) Facultad de la Cámara de calificar de oficio la apelación admitida

Introducido el proceso a la Cámara -dice el art. 1002 Pr.- si ésta estimare procedente el recurso, mandará, dentro de 24 horas, que pase a la oficina para que las partes usen de su derecho.

De acuerdo con lo anterior, lo primero que tiene que hacer el Tribunal de apelación, es calificar de oficio si la apelación es o no procedente: Si lo es, el Tribunal ordena que pase el proceso a la oficina (la Secretaría) para que las partes usen de su derecho. En la práctica, los tribunales no dictan una resolución expresa diciendo que la apelación es procedente y que el

proceso pase a la Secretaría, etc. En cambio, si la Cámara estimare la improcedencia de la apelación, con la sola vista de la causa, declara inmediatamente la improcedencia del recurso y ordena que los autos vuelvan al Juzgado de su origen para que el juez lleve delante sus providencias.

Esta Facultad de la Cámara de Segunda Instancia de declarar de oficio la improcedencia de una apelación admitida contraviniendo disposiciones legales, la tienen en los recursos de apelación y en los de hecho en dos ocasiones: la primera al introducirse el recurso de apelación o presentarse el escrito por medio del cual se interpone el recurso de hecho, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1002 Pr., en estudio, y parte final del 1028 Pr., y la segunda, en cualquier estado de la causa antes de dictar sentencia, en términos generales, como lo expresa el art. 1061 Inc. 3º, cuando se introduce el proceso en el caso del recurso de hecho, conforme lo estatuye el inc. 1º del art. 1031 Pr.

Si se hubiere declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, ya sea de oficio o por virtud de un recurso de hecho, procede la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, conforme lo expresa el art. 4º ord. 7º LC.

b) PRESENTACION O PERSONACION DE LAS PARTES

Las partes deben presentarse en segunda instancia ya sea por sí o por medio de su representante legal o procurador, según el caso. En cuanto al apelante, prescribe el art. 1003 Pr. que éste o su procurador se presentará manifestándose por parte y pidiendo se le entreguen los autos por el término ordinario, es decir, el de seis días para expresar agravios; ya que tanto para expresar agravios como para su contestación, la ley concede el término de seis días a cada parte, contados desde el siguiente al de la última notificación, conforme lo expresa el art. 1007 Pr.

En el escrito en que se personan las partes, deben también expresar el lugar que señalan para oír notificaciones, conforme lo ordena el inc. 1º del art. 1276 Pr., al prescribir que tanto en los escritos de demanda y contestación y en cualquiera instancia, deberán las partes indicar la casa en que debe buscárseles en el lugar del juicio para las citaciones, notificaciones y demás diligencias que ocurran; porque si no la designaren, dichas notificaciones y citaciones se les harán en extracto por un edicto que se fijará en el tablero o en la puerta o tribunal del juzgado por 12 horas, pasadas las cuales se tendrá por hecha la notificación o citación, de acuerdo con lo que dispone el art. 220 Pr.

Si al presentarse la parte no pidiere se le entreguen los autos para expresar agravios, la Cámara al ordenar en la misma audiencia se tenga por parte al presentado, ordenar también se le entregue el proceso aunque no lo haya pedido, y la Secretaría lo entregará en efecto dentro de 24 horas, art 1004 Pr..

c) Artículo previo.

Tanto el apelante como el apelado pueden pedir como artículo previo, antes de expresar o contestar agravios, que la apelación admitida no debió serlo ya sea en ambos efectos o en un efecto, según el caso, conforme lo autorizan los arts 1014 al 1017 Pr

Por ejemplo: la parte apelante puede pedir al Tribunal superior se suspenda la ejecución de la sentencia apelada, si ésta se hubiere otorgado por el juez inferior tan solo en el efecto devolutivo y el apelante creyese que debió haberse otorgado también en el suspensivo. Por su parte, el apelado puede también solicitar a la Cámara se libre despacho al Juez inferior, con las inserciones convenientes, para que lleve a efecto la sentencia apelada y continúe la causa conforme al art 983 si la apelación se hubiere otorgado en ambos efectos, no habiendo debido otorgarse más que en el devolutivo. En ambos casos, de la solicitud de la parte se dará traslado por tres días a la parte contraria, y con lo que conteste o en su rebeldía, acusada que sea, la Cámara decidirá dentro de tercero día sobre el incidente provocado, accediendo o no a la pretensión de la parte, según fuere de justicia: en el primer caso ordenará se libre despacho al juez inferior para que suspenda la ejecución de la sentencia y remita lo actuado, y en el segundo, el despacho que libre, con las inserciones pertinentes, lo será para que el juez lleve a efecto la sentencia apelada y continúe la causa conforme lo dispone el art 983 Pr., si fuere una interlocutoria la apelada o ejecute provisionalmente la sentencia, si fuere de aquellas que causan ejecutoria, no obstante apelación.

En la práctica se dan rara vez estos casos

La cuestión que surge en este tema, es la de si la Cámara puede de oficio ordenar se libren esos despachos, cuando la apelación se hubiere admitido indebidamente. Según mi criterio si puede, pues ya vimos que el Tribunal tiene la facultad de declarar de oficio la procedencia o improcedencia de una apelación, que es lo máximo, luego puede lo mínimo.

Las articulaciones dichas aclara el art 1017 Pr.- sólo pueden promoverse en los tiempos preñados en los dos artículos anteriores, pero de ninguna manera después, y de lo que en ellas se resolviese no habrá

recurso.

Los arts 1015 y 1016 solamente dicen "que si el apelante creyese que la apelación debió haberse otorgado no sólo en el efecto devolutivo, sino también en el suspensivo, puede solicitar ante el Tribunal superior, por artículo previo, que se suspenda la ejecución de la sentencia apelada, pero no expresa en qué momento debe provocar el artículo previo. No obstante lo anterior se ha entendido que lo es antes de expresar agravios. El mismo derecho tiene el apelado, cuando creyere que la apelación debió haber sido admitida únicamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

d) Traslado al apelante para que exprese agravios.

Ya vimos en el literal b) que al presentarse la parte apelante, pedirá se le entreguen los autos para expresar agravios, y si no lo hiciere, la Cámara ordenará se le entregue el proceso por el término de 6 días para que exprese agravios.

La parte apelante, tendrá el derecho de llevarse los autos o proceso para expresar agravios, y el oficial mayor se lo entregará haciendo constar en el acta respectiva el día y hora en que se entrega.

En la práctica, en el acta que se asienta en el libro de sacas, y que firma la parte o su procurador que lleva el proceso, se consigna el número de folios de que se compone tanto el proceso original y el recurso de apelación, y la fecha de la última notificación que se hizo a las partes de la resolución que ordena el traslado para expresar agravios, con el fin de que si el apelado le acusa deserción y pide la devolución de los autos, pueda el Secretario informar a la Cámara, al ordenárselo ésta, cuando se venció el término para expresar agravios y si el proceso ha sido o no devuelto por el apelante.

Cuando éste lo devuelve se cancela la razón correspondiente, de acuerdo con lo que disponen los arts 1282 Pr., en relación con el art. 89 obligación 4a L. O. J. Dichos artículos no dan todos los detalles que se dejan dichos, pero así se hacen en la práctica, lo cual me parece muy correcto.

Cuando la persona que haya de sacar el proceso o documento fuere desconocida o no mereciere la confianza del juez o tribunal, se hará la entrega por medio de un tercero que sea responsable, el cual puede ser su procurador o abogado director, art. 1246 Pr.

Al devolver los autos el apelante con su escrito de expresión de agravios deberá poner en dicho escrito el noma "expresa agravios", art 1005 Pr.

e) Puntos apelados

El escrito de expresión de agravios es de suma importancia, porque **en él señala el apelante cuáles son sus pretensiones o puntos apelados**, al igual que el actor lo hace en su escrito de demanda. El escrito de apelación al determinar los puntos apelados, fija los límites de lo que debe resolver la Cámara, o como dice el art. 1026 Pr. "Las sentencias definitivas del Tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados".

Los poderes del tribunal "ad quem" los determina la regla de derecho que dice: "tantum devolutum quantum appellatum". Aforismo latino que nos indica que las sentencias del ad quem y en general todas las sentencias que se pronuncian para resolver los recursos deberán ser congruentes con las pretensiones del recurrente, sin dar más ni menos de lo pedido en el escrito de expresión de agravios, de lo contrario sería motivo de casación -art. 3º ord. 3º LC.

Cuando hablamos de los elementos de la apelación, al referirnos al objeto de la misma, manifestamos a los 5 arts. que algunos sostienen que la apelación es la revisión de la sentencia de primera instancia y otros, es la revisión de la instancia anterior en su integridad, de acuerdo con lo que expone Couture. Por su parte Jaime Guasp al referirse a la naturaleza del recurso de apelación, expresa que existen dos maneras de concebirlo, la una como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre, esto es, un nuevo proceso, o más bien, la renovación del proceso antiguo. "Contrariamente se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión del mismo, es decir, como una depuración de sus resultados por métodos autónomos que llevan, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una "revisión prioris instantiae. Para esta concepción, en la apelación no se reiteran los trámites del proceso principal, sino que siguen otros distintos, que tienen por objeto comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso original.

El profesor Guasp expresa que la segunda concepción es superior a la primera, porque la renovación del proceso no justifica la apelación, cosa que, sin embargo, sí hace la revisión del proceso. Para la idea de la apelación como regulación del proceso, la prueba en segunda instancia debe ser admitida casi sin limitaciones; pero para la idea de la apelación como revisión, la prueba en segunda instancia no es admisible, salvo excepciones, pues no se trata de modificar los datos de la primera instancia, sino de vigilar el acierto o la equivocación con que haya podido ser enjuiciados.

Tal como lo dijimos al hablar del objeto de la apelación, nuestro Código se inclina por la tesis de que la apelación es sólo un modo de revisión y no una renovación plena del debate; y si se permite la prueba lo es con bastantes limitaciones y sólo en casos excepcionales, como lo veremos más adelante.

De acuerdo con nuestra legislación el apelante, al expresar agravios, le señala a la Cámara los puntos sobre los cuales deberá recaer su sentencia, en consideración a que en nuestra ley procesal civil impera el principio dispositivo, en virtud del cual los jueces no pueden actuar nada de oficio, sino a petición de parte, regla contenida en el art. 1299 Pr. Con base en lo anterior, Couture expresa que el agravio es la medida de la apelación:

f) "Reformatio in Pejus", o reforma en perjuicio.

En los principios expuestos y art. 1026 Pr., se fundamenta también el principio de la "reformatio in pejus" o reforma en perjuicio, que consiste en una prohibición al Juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario. Por ej.: la sentencia condenó al demandado a pagarle al actor la cantidad de diez mil colones que éste le reclamó en la demanda, pero declaró que aquél no estaba obligado al pago de los intereses. Por esta razón apeló el actor, y en segunda instancia pidió se adicionara la sentencia recurrida en el sentido de condenar también al demandado al pago de los intereses legales sobre la cantidad demandada, desde la mora. En este caso, la Cámara de apelación no podría reformar la sentencia apelada en perjuicio del apelante, si el apelado no ha pedido nada; por ejemplo: la Cámara no podría reformar lo principal de la sentencia, resolviendo que el demandado solamente está obligado a pagarle ocho mil colones al actor porque éste no probó que la obligación fuera de diez mil colones. Sobre esa reforma estaría el Tribunal siendo incongruente con las pretensiones del apelante, que solamente pedía la reforma de la sentencia de primera instancia en cuanto a los intereses, y la Cámara estaría violando el art. 1026 Pr., pues su resolución se debe circunscribir únicamente al punto apelado.

La segunda parte del mismo art. 1026 Pr., faculta también al tribunal ad quem resolver aquellos puntos, que aunque no hayan sido apelados, debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes, conforme lo prescribe el art. 421 Pr.

Por ejemplo: en el mismo caso arriba mencionado, supongamos que el demandado opuso y probó la excepción de pago parcial por la cantidad

de dos mil colones; pero el juez de primera instancia no resolvió nada sobre dicha excepción en su sentencia y condenó al demandado a pagarle al actor los diez mil colones demandados.

En este caso, aunque no haya apelado el demandado ni le haya pedido a la Cámara que reforme la sentencia, la Cámara si puede reformar la sentencia apelada, declarando probada la excepción de pago parcial opuesta y probada por el demandado en primera instancia y que el juez omitió resolver en su sentencia, sin violar el punto apelado ni el principio de la reformatio in pejus arriba expuesto.

Más adelante estudiaremos, detenidamente, la facultad que también le concede la ley al tribunal ad quem de declarar nula la sentencia apelada, si ésta se hubiere pronunciado contra ley expresa y terminante, arts. 1093 y 1130 Pr., o la de hacer presente a las partes por decreto en el proceso alguna nulidad del procedimiento, para que la parte a quien le perjudique ratifique o no lo actuado, y si no lo ratificare, declarar también la nulidad de la sentencia apelada, la diligencia que tenga tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata, mandándose se reponga a costa del funcionario que resulte culpable; y si la reposición no fuere posible, el funcionario será responsable de los daños y perjuicios, arts. 1126 y 1095 Pr.

Las dos facultades anteriores se las concede la ley a las Cámaras por razones de orden público, en consideración a que no se puede permitir la violación de la ley en su fondo y forma.

El apelante puede renunciar al traslado para expresar agravios al apersonarse como tal y en el mismo escrito expresar los agravios; también podría expresar los agravios en escrito posterior y renunciar al traslado que la ley le concede para expresarlos; dichas renunciaciones la ley las permite con base en lo dispuesto en el art. 2 Pr., por ser procedimientos establecidos a favor de la parte y no estar prohibida su renuncia -art. 12C.-

- g) Traslado al apelado para que conteste agravios y adhesión a la apelación.

Después de que el apelante exprese agravios, se correrá traslado al apelado para que lo conteste bajo el nemo "responde", tal como lo ordena el art. 1006 Pr. Es permitido al apelado, dice el art. 1010 Pr., adherirse a la apelación, cuando la sentencia del juez inferior contenga dos o más partes y alguna de ellas le sea gravosa, puede hacer uso de este derecho al contestar la expresión de agravios.

Al hablar sobre la adhesión a la apelación, el profesor Gallinal manifiesta: puede suceder que una sentencia no sea del todo favorable al

vencedor, como por ejemplo, si se ha pedido que el vencido se le condene a la entrega de una cosa, más las costas del proceso, y el juez dicta la sentencia mandando a entregar la cosa sin especial condenación en los gastos del juicio. Si el gravamen que le causa la sentencia al vencedor, no es muy grave, puede ser que no quiera apelar por no embarcarse en una nueva instancia por cosa que no le daña mayormente, pero si el vencido apela como de todos modos se ve obligado a seguir el juicio de alzado, la ley le da el derecho de adherirse a la apelación, es decir, de apelar el mismo sobre los extremos de la sentencia que le son gravosos. Para hacerlo, es necesario que lo haga al contestar el traslado de la apelación, salvo el caso de hallarse en tiempo para apelar. La adhesión a la apelación es importante, puesto que si el vencedor no se adhiere debe tenerse por consentida la sentencia respecto de él, como apelado que lo es, y no podría por lo tanto reconvenir a su contrario, por lo que la sentencia haya establecido. El tiempo que le da la ley al apelado para adherirse contestando el traslado, aún cuando el tiempo para apelar haya transcurrido, en una especie de restitución a su favor.

Por su parte el profesor Guasp al hablar de los tipos de apelación expresa que ésta puede ser apelación principal o sea la que interpone la parte a quien perjudica la resolución recurrida, la cual asume así la iniciativa de su eliminación y de sustitución por otra. Y el recurso de apelación secundario o derivado, la que suele llamarse apelación adhesiva.

Esta se produce cuando la parte que no ha promovido la impugnación la interpone, no obstante, en una segunda instancia ya provocada por una apelación principal que otro formuló. Suele llamarse a este tipo secundario o derivado de apelación, "apelación adhesiva", siendo su nombre equivoco, dice Guasp, por que pueda dar a entender que la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia, sino en virtud de la iniciativa asumida por el contrario. Por su parte, el profesor Gallinal manifiesta que el Código Italiano y el Francés llaman apelación incidental, a la adhesión a la apelación, y llaman apelación adhesiva a la que hace un tercero que tenga interés.

En nuestra legislación esta apelación simplemente la llama la ley adhesión a la apelación.

Otra diferencia fundamental que encontramos en nuestra ley procesal, con respecto a lo que expresa Gallinal, es la siguiente:

Tal como está redactado el art. 1010 Pr. arriba transcrito, el apelado

tiene derecho a adherirse a la apelación interpuesta por el apelante, no sólo sobre lo accesorio o secundario de la sentencia de primera instancia sino sobre cualquier punto que de dicha sentencia le fuere adverso. En efecto, el art. referido expresa: "Es permitido al apelado adherirse a la apelación, cuando la sentencia del juez inferior contenga dos o más partes y alguna de ellas le sea gravosa".

Por ejemplo: supongamos que en la sentencia de primera instancia el juez condena al demandado a pagarle al actor la cantidad reclamada, pero lo absuelve o no hace declaración especial respecto a los intereses y costas procesales. Supongamos también que el actor no tuvo tiempo de pedirle al juez la reforma de la sentencia en cuanto a lo accesorio dentro del término de 24 horas de notificada la sentencia, como lo permite el art. 436 Pr., razón por la que se vio obligado a apelar de la sentencia definitiva mencionada, para pedirle a la Cámara la reforma de lo accesorio. Por su parte, el demandado no apeló de la sentencia que lo condenaba a lo principal dentro del término de los tres días que la ley le concedió para hacerlo; pero en segunda instancia al contestar el traslado de expresión de agravios del apelante que pide reforma de lo accesorio se aprovecha de la circunstancia y del derecho que le concede el art. 1010 Pr., que no distingue a qué parte de la sentencia se refiere, y como la sentencia le es adversa en lo principal puesto que lo condena al pago de lo demandado, se adhiere a la apelación y le pide a la Cámara se revoque la sentencia en todas sus partes. Indudablemente nuestro sistema procesal en ese aspecto es injusto; pues si el demandado tuvo tiempo de apelar en primera instancia de la sentencia principal que lo condenaba al pago de la cantidad reclamada y no lo hizo, es porque en el fondo se conformó con esa sentencia o que sufra las consecuencias de su decisión, por tal motivo no debería permitírsele en segunda instancia adherirse a la apelación, sino sólo en el caso inverso, o sea cuando el demandado apeló sobre lo principal y el actor se adhiere a lo accesorio. Cuando el apelado se adhiere a la apelación al contestar agravios, en el escrito correspondiente deber manifestarlo y pondrá como nena "responde y alega". En el mismo escrito el apelado pedirá la revocación de la parte o partes que le fueren gravosas y la confirmación de aquella de que reclamó el apelante. De ese escrito se dar traslado al apelante en la siguiente audiencia y su contestación tendrá por nena "responde", así lo regularán los arts. 1011 y 1012 Pr.

Por último, siendo el caso de adherirse a la apelación semejante en todo al de reconvencción, deberán observarse las reglas establecidas para ésta en primera instancia, así en el modo de proceder como en el modo de decidir, art. 1013 Pr., en relación con el 232 Pr.

Lo anterior no quiere decir que la segunda instancia sea un nuevo juicio, según lo dejamos expuesto, sino un derecho especial que la ley concede a la parte apelada de adherirse a la apelación porque le perjudica uno o más de las partes que contiene la sentencia recurrida.

6º) RECEPCIÓN A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

a) Nociones Generales

Quando estudiamos los elementos de la apelación, nos referimos al objeto de la misma, y al estudiar la tramitación de la apelación en segunda instancia, especialmente el relativo a los puntos apelados, hemos venido sosteniendo que la apelación sólo es la revisión de la sentencia apelada y de la instancia anterior en su integridad y no un nuevo juicio. Por consiguiente la prueba en segunda instancia tiene carácter excepcional, o como dice Guasp, por lo mismo que nuestra segunda instancia no es renovadora sino revisora, se comprende que, en principio, la actividad de prueba debe quedar muy reducida, ya que no se puede revisar una operación si varían los datos en que se fundó.

b) Antecedentes históricos en la legislación salvadoreña

El Dr. Padilla y Velasco en su tesis doctoral manifiesta: "La materia de prueba en segunda instancia, es motivo de serias controversias entre los autores de la materia, lo mismo que las legislaciones de los distintos tiempos y países han seguido criterios diferentes, según el concepto que se tenga de la apelación, si se trata de un nuevo juicio o del mismo juicio.

Las legislaciones que han conceptualizado a la apelación como un nuevo juicio, -agrega-, han admitido en segunda instancia la recepción a prueba como la admisión de medios probatorios sin restricción de ninguna especie, pero en cambio las legislaciones que conceptualizan a la apelación como una fase del mismo juicio, niegan en absoluto la admisión de la prueba en segunda instancia.

Nuestra legislación dice, ha oscilado entre los dos sistemas habiendo caído últimamente en un sistema ecléctico. El Dr. Isidro Menéndez, (padre de nuestra legislación procesal) conceptualiza la apelación como "un nuevo juicio, en que puede haber alegatos, pruebas, etc." (según lo expresa en el informe acerca de las reformas que necesitan las leyes de El Salvador, año de 1856, pág. 27), y ese criterio priva forzosamente en la redacción de los arts. 1588 y 1593 del Código de 1857.

Sin embargo, continúa diciendo el Dr. Padilla, las reformas posteriores, contenidas en el Código de 1863, en el art. 877 se introdujo la reforma de suprimir la frase alegando nuevos hechos, como lo prohibía entre otras cosas a las partes, permitiéndole en cambio que se puedan alegar nuevas excepciones, y prohibiendo particularmente al actor el alegar nuevos hechos, salvo el caso de que venga un tercero opositor coadyuvante, quien puede alegar algún hecho importante a juicio del juez y que no hubiese sido propuesto por el principal.

c) Sistema ecléctico.

Es, pues, desde el Código de 1863 dice, cuando se adopta el sistema ecléctico, el cual consiste en que sin dejar de concepluar a la apelación como una fase del juicio, se admiten ciertas pruebas, y la probanza de ciertas excepciones, de ciertos puntos, con excesiva limitación, sin poder alegarse nuevos hechos; y procurando no alterar la naturaleza de la causa principal.

Para que no quedara ninguna duda se especificó que son cosas accesorias, las peticiones sobre réditos, frutos, daños y perjuicios. El artículo en cuestión dice que se admite la oposición de nuevas excepciones, sin hacer especificaciones, de las dilatorias o de las perentorias. Conforme al artículo 130 las excepciones dilatorias deberán ser alegadas de una vez en el término para la contestación de la demanda, rechazándose de oficio y sin trámite alguno las propuestas en otra forma o fuera de dicho término. En cambio, las excepciones perentorias pueden oponerse en cualquier estado del juicio y en cualquiera de las Instancias, antes de la sentencia, según el artículo 131. Por tanto las excepciones que sólo se admiten en Segunda Instancia, son las perentorias, y nunca las dilatorias, y así se encuentra confirmado por sentencia del 17 de enero de 1906 (Revista Judicial, Tomo XI, 1906, pág. 488).

En cambio, no puede alegarse en Segunda Instancia el nuevo hecho que es asunto principal no propuesto en la demanda, ni que se discutió en la Primera, confirmado esto por la sentencia del 12 de diciembre de 1925 (Revista Judicial, Tomo XXX, 1925, pág. 400).

Asimismo, puede admitirse en Segunda Instancia, promoviéndose antes de sentenciarse la causa, y aún en cualquier estado de ella, los incidentes de falsedad de las escrituras presentadas por la contraria, y pedir la verificación de las que hubiesen sido negadas por la misma contraria, en la misma Instancia, procediéndose en todo, de conformidad a lo estatuido para dichos incidentes en Primera Instancia.

d) Opinión de Couture.

El maestro Couture al tratar sobre este tema, se expresa así. "Pero lo que en nuestro derecho da a la segunda instancia su nota más característica es la restricción de la prueba. El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, sin reservas para la segunda, es absoluta. La jurisprudencia es de una firmeza perfecta en ese sentido. En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del período probatorio configura la rigurosa excepción".

"Cabe aclarar que dicha solución rige en lo que se refiere a las partes y a su posibilidad de enmendar los errores de la instancia anterior. Pero no supone, en manera alguna, reducir los poderes del juez.

El juez de la apelación podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia, etc. En estos dos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de derecho, nada se modifica y rigen los principios generales".

e) Enumeración taxativa de los casos específicos en que procede la recepción a prueba en segunda instancia.

En nuestra legislación procesal, al igual que en la legislación española, se establecen las causas justificadas de la prueba, en segunda instancia. Nuestra legislación enumera en el art. 1019 Pr. los únicos casos en que podrá recibirse la causa a prueba en segunda instancia, al decir: "En segunda instancia sólo podrá recibirse la causa a prueba en los casos siguientes:

1º) En los casos de los artículos 1014 y 1018;

2º) Para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos;

3º) Para examinar los testigos, que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no fueron examinados en primera instancia, por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte; pero en este caso el examen sólo recaer sobre los testigos que no fueron examinados, y por los puntos propuestos en el interrogatorio en que se designaron nominalmente".

Además de ser taxativa la enumeración de los casos en que procede

la recepción a prueba, ésta sólo puede pedirse en el término señalado para expresar o contestar agravios, o al momento de promoverse los incidentes de falsedad o de verificación de escrituras, presentadas en segunda instancia, conforme lo ordena el art. 1020 Pr.

1) Análisis de los distintos casos en que procede la recepción a prueba.

El ordinal 1º del art. 1019 transcrito, dice que procede la recepción a prueba en segunda instancia en los casos de los arts. 1014 y 1018. El art. 1014 dice así: "En segunda instancia pueden las partes ampliar sus peticiones en lo accesorio, como sobre réditos o frutos, alegar nuevas excepciones y probarlas y reforzar con documentos los hechos alegados en la primera, más nunca se les permitirá presentar testigos sobre los mismos puntos ventilados en ésta, u otros directamente contrarios, alegar el actor nuevos hechos; salvo el caso del art. 461, ni hacer cosa alguna que pueda alterar la naturaleza de la causa principal".

El art. 1014 transcrito comprende varios casos de recepción a prueba en 2ª Instancia, a saber:

1º) Cuando las partes pretendan ampliar sus peticiones en lo accesorio, como sobre réditos o frutos;

2º) Cuando pretendan alegar nuevas excepciones y probarlas;

3º) Cuando pretendan reforzar con documentos los hechos alegados en la 1ª Instancia; y

4º) Cuando el tercero opositor coadyuvante tenga que probar algún hecho importante, a juicio de la Cámara, y que no hubiese sido propuesto por el principal.

Estudiaremos cada uno de los cuatro casos referidos:

1º) Cuando las partes pretendan ampliar sus peticiones en lo accesorio, como sobre réditos o frutos.

Ya expusimos que de acuerdo con nuestro sistema procesal en segunda instancia no se trata de un nuevo juicio, sino de revisión de lo actuado por el juez en la instancia especialmente en la sentencia recurrida; y que las partes no pueden en principio, modificar en absoluto su demanda. Sin embargo la disposición legal en estudio permite a las partes ampliar sus peticiones en lo accesorio, y el mismo legislador puso el ejemplo, como sobre réditos o frutos. La razón es sencilla. De acuerdo con nuestra ley, sustantiva, desde que el deudor incurre en mora debe la indemnización de

perjuicios (art. 1428 C.), y si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1a. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario... etc., a 1. 1430 C. En la reivindicación de una cosa al poseedor de mala fe es obligado a restituir los usufructos naturales y civiles de la cosa y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieren tenido al tiempo de la percepción... art. 909 C.

En los casos citados, y otros análogos, (906 C. y 627 Pr.), el actor en su demanda, ya sea cuando reclama una cantidad de dinero o reivindica una cosa mueble o inmueble, puede en su misma demanda reclamar los intereses y los frutos, según el caso, pero si olvidó hacerlo y expresamente no renunció a ellos en su demanda, puede muy bien en segunda instancia ampliar aquella, pidiendo se abra el proceso a pruebas, para sólo el efecto de probar a cuánto ascienden los frutos percibidos por el demandado mientras tuvo la cosa en su poder o los que dejó de percibir, por no haberla administrado bien. Al hacerlo no está modificado en lo esencial su demanda, lo cual no permite nuestra legislación una vez contestada aquella, conforme lo expresa el art. 201 Pr. (en consideración a que con la contestación surgió el cuasi contrato de fidei jussencia entre actor y demandado), sino solamente ejerciendo el derecho de reclamar los frutos percibidos por el demandado, mientras estuvo en su poder la cosa que se reivindica, como se lo concede la ley.

2a.) Cuando el demandado pretenda alegar nuevas excepciones y probarlas.

El art. en estudio dice que se admite la oposición de nuevas excepciones, sin hacer especificación de si se trata de las dilatorias o de las perentorias. Sin embargo, conforme el art. 130 todas las excepciones dilatorias deberán ser alegadas de una sola vez dentro del término señalado para la contestación de la demanda; y las que se propusieren en otra forma, o fuera de dicho término, deben ser rechazadas de oficio y sin trámite alguno.

En cambio, las perentorias pueden oponerse en cualquier estado del juicio y en cualquiera de las instancias, antes de la sentencia, según lo expresa el art. 131. Luego, las excepciones que se pueden admitir únicamente en segunda instancia tienen que ser necesariamente las perentorias, como lo han confirmado varias sentencias de los Tribunales inferiores.

3º) Cuando las partes pretendan reforzar con documentos los hechos alegados en la 1ª Instancia.

Con respecto a la prueba instrumental, en verdad no se ve la necesidad de pedir la recepción a prueba en segunda instancia para el sólo efecto de presentar esa prueba, en virtud de la regla que establece el art. 270, según el cual los instrumentos deben presentarse con la demanda o con la contestación, como lo disponen los arts. 202 y 234, respectivamente, y caso de no tenerlos la parte a su disposición, podrá presentarlos en cualquier estado del juicio antes de la sentencia y en cualquiera de las instancias. En todo estos casos se acumularán los documentos o se tomará razón de ellos, a voluntad del que los presente y con citación de la parte contraria.

Así lo reconoció la Comisión de Reformas de 1902 al afirmar que no hay necesidad de recibir la causa a prueba para presentar prueba distinta de la testimonial, como por ejemplo: examen por peritos, inspección ocular, presentación de documentos, pues según el criterio de nuestro legislador, no hay necesidad de ese trámite, para la presentación y admisión de tales medios probatorios.

En la práctica, cuando una de las partes tiene documentos, los presenta en segunda instancia generalmente con su escrito de expresión, o contestación de agravios o en escrito por separado y rara vez pide la recepción a prueba para verter esa clase de pruebas, a menos que la parte tenga interés en demorar la resolución final del asunto.

4º) Cuando el tercero opositor coadyuvante tenga que probar algún hecho importante, a juicio de la Cámara, y que no hubiere sido propuesto por el principal.

El caso del tercerista en sui generis. En principio, el tercer opositor coadyuvante, quien se reputa por una misma persona con el principal que litiga, debe tomar la causa en el estado en que se hallare al apersonarse en el proceso, y no puede hacerla retroceder ni suspender su curso, conforme lo establecen los arts. 460 y 461. Sólo por excepción y cuando tenga que probarse algún hecho importante a juicio del juez, si el caso se presentare en primera instancia, o de la Cámara de apelación, en segunda instancia, y cuando el hecho no hubiese sido propuesto por el principal, podrá concedérsele un término especial de prueba de ocho días perentorios en primera instancia o de cuatro días en segunda, conforme lo disponen los arts. 461 inc. 2º y 1023, respectivamente. Un ejemplo típico de un hecho muy

importante que podría alegar el tercero, caso de que no lo hubiere opuesto el principal, sería cuando la cosa que se reivindica fuere evicta porque el comprador (demandado principal) no haya opuesto alguna defensa o excepción suya y por ello fuere evicta la cosa, art. 1645 inc 3º C. En tal caso el tercero puede pedir la recepción a prueba en segunda instancia, con el fin de probar la defensa que no alegó el comprador y evitar que la cosa sea evicta.

En este caso especial, no se está violando el art. 201 Pr. arriba citado, que establece el principio de que una vez contestada la demanda no será modificada bajo concepto alguno, pues esa regla a quien obliga especialmente es al demandado y no puede hacerse extensiva al tercero que interviene con posterioridad, quien se ve obligado a defender la cosa para evitar su evicción; por esa razón es que la ley le concede este derecho excepcional al tercero.

Los otros dos casos contemplados en el ordinal primero del art. 1019, en los que procede la recepción a prueba en segunda instancia, lo son los comprendidos en el art. 1018, o sean: cuando se promuevan los incidentes de falsedad o de verificación de escrituras.

El art. 1018 Pr. dice así: "Antes de sentenciarse la causa pueden las partes, en cualquier estado de ella, promover el incidente de falsedad de las escrituras presentadas por la contraria en segunda instancia; y pedir la verificación de las que hubiesen sido negadas o desconocidas por ella en la misma instancia, y en uno y en otro caso se proceder respectivamente, con arreglo a los párrafos 3º y 4º sección segunda capítulo 4º del Título IV, Libro I de este Código".

Como dijimos que todas las causales de recepción a prueba en segunda instancia son taxativas, continuaremos su análisis siguiendo la numeración que traíamos anteriormente, luego la que sigue es la número:

5º) Al promover el incidente de falsedad de las escrituras presentadas por la contraria en segunda instancia.

Este caso de recepción a prueba puede pedirse en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, a diferencia de las cuatro anteriores y las dos últimas que estudiaremos posteriormente, que necesariamente tiene que pedirse la recepción a prueba en el término señalado para expresar o contestar agrarios.

En primera instancia, se estudia en el párrafo 4º sección 2ª, Cap. IV, del Título IV, Libro I, de nuestro Código, arts. 287 a 291, los procedimientos que se deben seguir cuando un instrumento público o privado se redarguye de falso por la parte contraria al que lo presentó.

Hay que tener presente que si en primera instancia no se redarguyó de falso el documento presentado por la contraria, ya no puede redarguirse de falso en segunda instancia, porque desde el momento que fue agregado a los autos en primera instancia con citación de la parte contraria y ésta no lo objetó, el documento hace plena fe, porque la contraria lo aceptó tácitamente como válido desde el momento que no hizo uso de los derechos que la ley le concede para impugnarlo. Por esa razón, la ley denomina en el art. 514 causas ordinarias de mero derecho a aquellas en que sólo se disputa sobre la aplicación de la ley a la cosa cuestionada, cuando están justificados los hechos con instrumentos públicos o auténticos no contradictorios, o sea, cuando el demandado no objeta la prueba instrumental presentada por la contraria. Aquí se trata de un documento que habiendo sido presentado en primera instancia, fue agregado a los autos con citación de la contraria y ésta no lo objetó, aceptó que era válido.

El hecho de que se pueda redarguir en cualquier estado de la causa, nos indica que el interesado puede promover el incidente de falsedad, desde el momento que la parte contraria presente el documento, sea cual fuere el estado en que se encuentre la causa, con tal que no haya recaído sentencia definitiva resolviendo los puntos apelados.

6º) Al promoverse la verificación de la firma que hubiere sido negada o desconocida por la parte contraria a quien se opone un documento privado en segunda instancia.

Este caso de recepción a prueba se produce cuando la parte a quien se opone un documento privado niega su firma o que de su orden se ha puesto, en el documento, caso que él no pueda firmar. Al igual que en el caso anterior, puede promoverlo la parte en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, porque si no lo hace el documento se tendría por reconocido, de acuerdo con el art. 265 ord. 3º) que dice: "se tiene por reconocido el instrumento privado cuando presentado en juicio y agregado a los autos no redarguye su legitimidad antes de la sentencia la parte contra quien se opone".

También este caso es una excepción a los cuatro primeros casos arriba analizados y los dos que estudiaremos después, en los cuales es necesario que la petición de recepción a prueba se haga en el término señalado para expresar o contestar agravios. La razón, al igual que en el numeral 5º, estriba en que el documento puede que se presente después de que las partes hayan expresado o contestado agravios y el tribunal ordene su agregación antes de la sentencia.

7º) Para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos.

El ordinal segundo del art. 1019 se refiere a la causal que se deja enunciada. Esta causal no hay que confundirla con el caso específico de nulidad a que se refiere el art. 1117, o sea la denegación de prueba.

El caso a que se refiere la causal en estudio se daría cuando el Juez, con base en el art. 240 Pr., no admite se pruebe algún hecho, porque según su criterio ese hecho no es pertinente a las pretensiones deducidas, ya sea por el actor o el reo. Por ejemplo, supongamos que en un juicio de divorcio por la causal de separación absoluta, invocado por el actor en su demanda, la demandada le pide al juez se reciba la prueba que verterá, con el objeto de comprobar si existe la separación entre ella y su marido, fue debido al hecho de que éste la abandonó y no porque en verdad ambos cónyuges se hayan separado del hogar conyugal, y el juez le declara sin lugar la justificación de ese hecho por manifestar que no es pertinente para la comprobación de la separación, la cual ya está suficientemente probada con la prueba vertida por el marido. Lo que pretendía la demandada era probar que el marido fue el culpable de la separación, para los efectos legales relativos al cuidado personal y representación de los menores hijos habidos en el matrimonio. En tal caso podría la mujer en su calidad de apelante solicitar la recepción a prueba para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos por el juez de la causa.

El caso de nulidad a que se refiere el art. 1117 Pr., se daría cuando la parte pide una prueba para justificar sus pretensiones y el juez se la rechaza, ya sea por considerarla impertinente o innecesaria, o porque no le vino en gana recibírsela. En este caso habría nulidad relativo, y los efectos de la nulidad y forma de subsanarla son muy distintos a los de la causal en estudio; como lo veremos más adelante.

8º) Para examinar testigos que, habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio no fueron examinados en primera instancia por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte.

Esta causal está comprendida en el ordinal tercero del art. 1019, el que agrega: "pero en este caso el examen sólo recaerá sobre los testigos que no fueron examinados, y por los puntos propuestos en el interrogatorio en que se designaron nominalmente".

De acuerdo con la redacción de la causal y agregado, los requisitos para que proceda son los siguientes. 1º) que los testigos hayan sido expresamente nominados en el escrito que se presentó en primera instancia con el interrogatorio correspondiente; por ejemplo: cuando la parte le pide al juez se examine a Pedro Martínez y José Pérez, quienes son mayores de edad, comerciantes y de este domicilio; pero si la parte solamente le pide se examinen los testigos que presentará y no los nombra, no procedería la recepción a prueba en segunda instancia. 2º) Si los testigos no fueron examinados en 1a. instancia por motivos como enfermedad, ausencia u otros, independientes de la voluntad de la parte. El otro caso a que se refiere esta causal es claro: la parte pide se examinen a Juan Pérez y José Martínez, pero estos no pudieron concurrir al tribunal en la hora y día señalados, porque como comerciantes que son tuvieron que ir a Guatemala a efectuar un negocio. La parte no tuvo culpa que aquellos testigos no ocurrieran a declarar. Pero, si en la hora y día señalados la parte no presenta a sus testigos y a aquéllos se les olvidó que tenían que concurrir al tribunal, debido a su trabajo, la causal no se da. Tampoco procedería la recepción a prueba en segunda instancia si el día y hora señalados para el examen de los testigos, la parte estuvo pronta a presentárselas al juez, pero por alguna circunstancia independiente de la voluntad del juez, no se examinaron; por ejemplo: porque había excesivo trabajo en el tribunal, o porque el juez se enfermó, o tuvo que practicar una inspección fuera del tribunal. En estos casos, lo que procede es que los testigos se examinen en 1a. instancia dentro de los tres días siguientes al último del término, tal como lo expresa el art. 251; pero si la parte no se lo pidió al juez, quien no puede ordenarlo de oficio, ya no se podría en segunda instancia pedir la recepción a prueba por la causa que se estudia.

El legistador pone en esta causal como ejemplo, el de que los testigos no fueron examinados en 1a. instancia por enfermedad; y podría objetarse que de acuerdo con el art. 302, si el testigo no puede comparecer al tribunal por enfermedad u otra imposibilidad, el juez le concederá término suficiente para que pueda concurrir o irá a recibir su deposición a la casa u hospital en donde se encontrare el testigo, según fuere el impedimento. Es decir, en este caso, si el juez no le dió cumplimiento al art. 302 podría decirse que no procede la recepción a prueba en segunda instancia porque el caso fue por culpa del juez. Pero si ésto es así, precisamente el testigo no fue examinado por un hecho independiente de la voluntad de la parte. Distinto es el caso del art. 251, en el que, si el juez no pudo examinar al testigo por su trabajo, la parte tiene el derecho de pedirle se examine en los tres días inmediatos al vencimiento del término de prueba; pero en el caso en estudio el testigo no

fue examinado porque no pudo concurrir al tribunal por su enfermedad y el juez no cumplió con su deber de ir a examinarlo al lugar en donde se encontraba, por tal motivo procede la recepción a prueba en 2a. instancia.

g) Tramitación de la recepción a prueba en Segunda Instancia.

1) **Término y Forma de Pedirlo.** Traslado a la contraria y resolución de la Cámara.

Atrás hemos dicho que la recepción a prueba en segunda instancia se pedirá en el tiempo señalado para expresar o contestar agravios o al promoverse los incidentes de falsedad o de verificación de escrituras, conforme lo prescribe el art. 1010 Pr. Por consiguiente la petición deberá hacerse por escrito en los tiempos indicados.

De acuerdo con el art. 1021 el Juez dará traslado de la solicitud a la parte contraria y con lo que diga o en su rebeldía, se resolverá la articulación dentro de los tres días siguientes. Aquí se presentan algunas cuestiones de interés práctico:

1º) Supongamos en primer lugar, que el apelante hace la petición de recepción a prueba cuando devuelve los autos con escrito de expresión de agravios obligado ante la petición de deserción que del recurso le hizo el apelado, es decir, fuera del tiempo señalado para expresar agravios, o supongamos que no hubo petición de deserción, pero la petición se hizo siempre después de transcurridos los seis días que la ley señala al apelante para expresar agravios. ¿Procede o no la recepción a prueba? ¿Ha precluido o no el derecho del peticionario? Cuando la ley dice que la recepción a prueba se pedirá en el tiempo señalado para expresar o contestar agravios, está actuando en forma imperativa, con su expresión se pedirá; por consiguiente si se pide antes del tiempo señalado para expresar agravios, cuando la parte se apersona en el proceso, o después del tiempo señalado para expresar agravios, la petición es extemporánea y la Cámara debe declararla sin lugar.

2º) Para que la Cámara declare sin lugar la recepción a prueba por haberse pedido extemporáneamente, ¿será necesario que la parte contraria se lo pida o podrá declararlo de oficio? Según mi criterio puede declarar la solicitud de oficio dicha solicitud, como toda petición que se presente extemporáneamente, en virtud de haber precluido el derecho del peticionario.

3º) Si el apelado no se hubiere apersonado a la instancia y en primera no hubiere sido declarado rebelde, puede la Cámara resolver la solicitud del

apelante sin que previamente se declare rebelde al apelado, porque en todo caso no se le da traslado al rebelde, conforme al art. 532 si se resolviera la recepción a prueba, sin estar previamente declarado rebelde el apelado, equivaldría a que se omitió el derecho de audiencia a que tiene derecho conforme el art. 11 CP. y 1118 Pr., y toda la prueba que se vertiere en segunda instancia sería nula.

4º) Si la recepción a prueba fuere improcedente por no estar comprendida dentro de los ocho casos que en forma taxativa señala la ley, puede también la Cámara declarar sin lugar sin oír a la parte contraria? Si, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1290 Pr. que ordena omitir los traslados sobre articulaciones siempre que la resolución deba de ser favorable a la parte a quien debiera de dársele.

El apelado puede contestar el traslado ya sea manifestando que se opone o no a la petición solicitada, o guardar silencio. En el último caso el apelante debe acusarle rebeldía para que la Cámara resuelva, dentro de los tres días próximos, conforme lo prescribe la ley.

El mismo procedimiento se debe seguir cuando fuere el apelado el que solicite la recepción a pruebas.

2) Efectos de la denegativa de recepción a pruebas en Segunda Instancia

La resolución de la Cámara tiene que ser en un todo de acuerdo con la Ley; pero si se equivocare e indebidamente denegare una recepción a pruebas, su resolución quebrantaría una de las formas esenciales del proceso y daría motivo al recurso de casación con base en lo prescrito en el art. 4º ord. 4º LC.

Si se negare la prueba y las partes no hubieren expresado ni contestado agravios se le mandará a entregar los autos por su orden y por el término ordinario para que lo verifiquen, dispone la parte final del art. 1021 Pr.

Sobre este tema, el Dr. Padilla y Velasco, manifiesta lo siguiente: "Es raro que este artículo, que hoy se encuentra numerado con el 1021, diga que se puede presentar el caso de que la parte apelante no hubiere expresado agravios después de resuelta la negativa de la recepción a prueba, puesto que, si esa solicitud sólo puede hacerse al expresar o contestar los agravios, o al promoverse los incidentes de verificación y falsedad de instrumentos, y estos instrumentos sólo pueden presentarse con los escritos de expresión y contestación de agravios, es casi imposible, dentro de las limitaciones de nuestra ley, que se presente el caso de que el apelante no hubiere

expresado los agravios antes de que el juez hubiese discutido si procedía o no la recepción a prueba.

Pero sí es muy factible el caso de que el apelado no hubiere contestado agravios antes de resolverse la solicitud del apelante, de admisión de la recepción a prueba, puesto que, muy bien lo hubiere solicitado el apelante al expresar los agravios".

No estoy de acuerdo con el Dr. Padilla y Velasco de que no se pueda dár el caso de que el apelante no haya expresado agravios cuando le denegaron la prueba, porque lo que la ley exige en el art. 1020 para que proceda la recepción a prueba en segunda instancia, es que ésta se pida en el tiempo señalado para expresar agravios, sin que sea obligatorio expresarlos antes.

Pueda suceder que el apelante le manifiesta a la Cámara, dentro del término para expresar agravios que antes de expresarlos pide la recepción a prueba, para comprobar tales y tales hechos, y cuando ya los haya probado al corrérsele nuevo traslado para expresar agravios expondrá cuáles son éstos.

3) TÉRMINO DE PRUEBA Y FORMA DE RECIBIR LA PROBANZAS DE LAS PARTES.

Todo término de prueba en Segunda Instancia será la mitad del que la ley concede para la Primera Instancia, señala el art. 1023.

El 1022 ordena que recibida la causa a prueba en segunda instancia, tendrán lugar las probanzas, en la misma forma que en Primera Instancia, lo mismo que las tachas de los testigos. Caso de deber ser admitidas éstas, sólo podrán tacharse los testigos aducidos en Segunda Instancia; pero no se admitirán de los de Primera Instancia, háyanse o no tachado en ésta.

Hay que recordar, según lo dejamos expuesto, que la Segunda Instancia no es un nuevo proceso, por tal motivo las probanzas, tienen sus limitaciones, y si en Primera Instancia se hubiere tachado un testigo y se hubieren presentado testigos para comprobar esa tacha, no podrán esos mismos testigos ser presentados en segunda instancia para tachar el testigo que no se pudo tachar en primera instancia, a menos, como lo dice el Dr. Padilla, que los testigos no hubieran podido ser examinados en primera instancia por la causa comprendida en el ordinal 3º del art. 1019, caso de que si serían admisibles en segunda instancia.

Tampoco podrán presentarse testigos en segunda instancia sobre los mismos puntos ventilados en primera, u otros directamente contrarios, alegar el actor nuevos hechos, ni hacer cosa alguna que pueda allargar la

naturaleza de la causa principal, como lo establece el art. 1014 que ya estudiamos.

4) TRASLADOS PARA ALEGAR DE BIEN PROBADADO.

Vencido el término probatorio, dice el art. 1025, dará traslado por seis días a cada una de las partes para que aleguen de bien probado, y se procederá como dispone en el art. 1008, es decir la causa queda para sentencia.

5) Casos en que no procede la recepción a prueba en Segunda Instancia.

De acuerdo con el art. 1024 no es admisible la recepción a pruebas en segunda instancia en las causas ejecutivas, en la de concurso, ni en las sumarias, excepto cuando sea para pedir la compulsión de algún instrumento. Para nuestro estudio nos interesa lo relativo a la contradicción aparente que encontramos entre el artículo 1024 y el 595 de los juicios ejecutivos. Este último prescribe que en el término de pruebas, que lo es por ocho días y con calidad de todos cargos, el ejecutado deberá oponer y probar las excepciones de toda clase que obren a su favor, y el art. 597 ordena que vencido el término del encargado, el Juez dentro de los tres días subsiguientes, sin admitir ninguna solicitud de las partes, salvo lo dispuesto en los incs. 1º y 2º del art. 645, pronunciará sentencia. El problema que se plantea es el de si el ejecutado podría en segunda instancia probar una excepción perentoria mediante la compulsión de un instrumento, pidiendo para tal efecto la recepción a pruebas, como se lo permite el art. 1024 en estudio.

Opinión del Dr. Padilla y Velasco

El doctor Padilla y Velasco sobre este punto, manifiesta en su tesis doctoral lo siguiente: "El Código de 1857, decía: Art. 1597. - No es admisible la prueba en Segunda Instancia en las causas ejecutivas y sumarias civiles". Decía sumarias civiles para diferenciarlas de las del procedimiento sumario o de la sumaria del Código de Instrucción Criminal.

El Código de 1863 decía a este respecto: "Art. 887. - No es admisible la prueba en segunda instancia, en las causas ejecutivas, en las de concurso ni en las sumarias civiles, excepto la instrumental Pr. 270".

El Código anterior era terminante en negar la prueba en Segunda Instancia de las causas mencionadas; éste de 1863 incluye las causas de

concurso entre las que no admiten prueba, pero afloja la rigidez anterior, permitiendo la prueba instrumental.

La edición de 1878 traía el artículo en cuestión en los siguientes términos: "Art. 881.- No es admisible la prueba en Segunda Instancia en las causas ejecutivas, en las de concurso, ni en las sumarias civiles; excepto la instrumental (Pr. 268) y la confesión judicial en los casos en que la ley no exige instrumento público.

Los anteriores Códigos hablaban de admisión de la prueba en Segunda Instancia, pero no así el Código y ediciones posteriores, que lo hacen en la siguiente forma: Código de 1880: "Art. 1000.- No es admisible la recepción a prueba en Segunda Instancia en las causas ejecutivas, en las de concurso, ni en las sumarias, excepto cuando sea para pedir la compulsas de algún instrumento." Igual redacción contiene el art. 996 de la edición de 1893; el art. 1067 de la edición de 1904; y el art. 1024 en las ediciones de 1916 y la actual.

Siguiendo el criterio de que las pruebas de cualquiera naturaleza que sean con excepción de la testimonial, pueden presentarse en Segunda Instancia sin necesidad de la recepción a prueba la disposición del art. 1024 que declara admisible la recepción a prueba en Segunda Instancia en las causas ejecutivas, en las de concurso y en las sumarias sólo debe entenderse aplicada a la admisión de la prueba testimonial; sin embargo, eso no es aplicable, dado el caso que la única excepción al principio consignada es cuando se trata de pedir la compulsas de algún instrumento, compulsas que ha de hacerse de conformidad al art. 271.

Guarda esto estrecha relación con el principio consignado en el art. 595 que prescribe que en el término del encargado del juicio ejecutivo, el ejecutado opondrá y probará todas las excepciones de cualquiera naturaleza que obren a su favor. Este último principio ha sido mantenido hasta el extremo de no admitir las excepciones perentorias opuestas por el ejecutado en Segunda Instancia, sobre todo si ellas se basan en instrumentos que se presentan en Segunda Instancia. La regla general respecto de la oposición y probanza de las excepciones en juicio ejecutivo, es el mismo mantenido desde el principio por el Código de 1857 hasta la fecha. El autor del primer Código guardó la respectiva armonía al redactar ese principio con la regla general de que en los juicios ejecutivos no es admisible la prueba en Segunda Instancia; pero esta segunda regla fue reformada posteriormente, tal como se ha dicho en los párrafos anteriores, reforma posterior que admitiendo la recepción a prueba para la compulsas de documentos, reformó también la regla general del artículo 595, permitiendo por tanto la oposición y probanza de las excepciones perentorias en juicio ejecutivo, en Segunda

instancia, cuando esa prueba se base en instrumentos.

Lógico es desde luego suponer que si se admite la presentación de instrumentos, es admisible también que se abra a pruebas los juicios ejecutivos, los de concurso y los sumarios para suscitar los incidentes de verificación de escrituras y su falsedad.

Admitense también en Segunda Instancia la oposición de otras excepciones en los mismos juicios ejecutivos. Así la excepción perentoria de prescripción puede oponerse en cualquier estado del juicio, sea ordinario o extraordinario y en cualquier instancia, con tal que sea antes de la sentencia. La alegación de no ser exigible la deuda que constituye una excepción perentoria por referirse al valor jurídico de la acción que se ventila, puede oponerse en cualquier tiempo antes de la sentencia".

Opinión del Dr. Humberto Tomasino.

Por su parte el Dr. Humberto Tomasino en su Tesis Doctoral opina "¿Cómo resolver conforme a nuestro Derecho esta antinomia?
Únicamente es posible conociendo la evolución histórica de nuestra Ley Procesal.

Hasta la edición de 1916, del Código de Procedimientos Civiles arreglada por el Dr. Belarmino Suárez, declarada auténtica el 30 de abril de 1917, estuvo redactado el artículo que comento, en la forma siguiente:

Vencido el término del encargado, el Juez dentro de los tres días siguientes, pronunciará la sentencia de subasta y remate, o declarará sin lugar la ejecución, según el mérito de las pruebas, si se hubieren producido.

Y el art. 1024 Pr., ya mencionado, en la misma forma antes transcrita.

Fue hasta por reforma hecha al artículo que comento, con fecha 29 de mayo de 1929, publicada en el Diario Oficial de 6 de junio del mismo año, que nació la antinomia con el art. 1024, pues por dicha reforma se estableció que no se admita ninguna solicitud de las partes una vez concluido el término del encargado.

Y, como sabemos que la nueva ley deroga a la anterior, de manera tácita, cuando contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior (art. 50 C.) es claro que el art. 1024 ha sido derogado tácitamente en todo lo que se opone a lo dispuesto por el comentado, y los Jueces deben negar la apertura a pruebas en segunda instancia, para la compulsión de documentos en los juicios ejecutivos.

Pero, no obstante la prohibición expresa de la ley, la mayoría de Jueces hacen caso omiso de ella y la regla general en los tribunales nuestros es que, aún después de concluido el término de prueba, admiten peticiones

de las partes, que deberían rechazarse de acuerdo con lo prescrito de manera expresa en este artículo.

Debo, eso sí, aclarar antes, de que el hecho de que no se puede pedir nada después de concluida la prueba, no significa que no pueda practicarse cualquiera de las pruebas a que se refieren los arts. 270, 368 y 376 Pr. antes mencionados, toda vez que dichas pruebas se hayan pedido dentro del término, pues el hecho de la negativa contenida en la ley no implica que no pueda recibirse la prueba a que se refieren dichos artículos, toda vez que tales pruebas hayan sido ofrecidas o pedidas dentro del término del encargo, pues interpretar en otra forma la ley sería una injusticia notoria.

De todo lo expuesto concluyo que, tanto la prueba instrumental como la de posiciones e inspección, deben, para ser admisibles en el juicio ejecutivo, ofrecerse y pedirse dentro de los ocho días concedidos por la ley para prueba y no disputa ni antes y, de ser posible, practicarse, precisamente dentro de dicho término, para así, en el caso, sobre todo, de prueba instrumental, dar lugar a la parte contraria a redargüir su falsedad, porque también este incidente debe proponerse antes del vencimiento del término de prueba, no obstante lo dispuesto por el art. 597 Pr., de acuerdo siempre con la tesis que vengo sosteniendo.

Se presenta la cuestión de si en el juicio ejecutivo se puede dar aplicación al art. 1019 Pr., para el caso de haberse negado alguna prueba propuesta a tiempo en primera instancia.

Aún corriendo el riesgo de que se me trate de severo y demasiado ápegado a la ley, opino por la contraria, por dos razones:

Primera por interpretación histórica de nuestra ley, pues del mismo art. 1024 Pr. se desprende que mientras éste estuvo vigente, únicamente se abrían pruebas en segunda instancia el juicio ejecutivo para la compulsión de algún documento y no para otro caso, cualquiera que éste fuera.

Y, segunda, por la misma naturaleza de la sentencia que se pronuncia en el ejecutivo que, como veremos más adelante, no produce autoridad de cosa juzgada y, por lo tanto, la parte perjudicada con la sentencia en él dictada, puede, perfectamente, controvertir en juicio ordinario la obligación que motivó la ejecución.

SINTESIS DE LA TESIS EXPUESTA

Según el Dr. Padilla y Velasco, en Segunda Instancia pueden presentarse las pruebas de cualquier naturaleza que sea, con excepción de la testimonial, inclusive en las causas ejecutivas, sumarias y de concurso, y cuando se tratare de la compulsión de algún instrumento, entonces si debe

pedirse la recepción a prueba en las últimas causas mencionadas (ejecutivas, sumarias y de concurso).

Por su parte el Dr. Tomasiño sostiene dos tesis: 1a. que tanto la prueba instrumental como la de posiciones e inspección (olvidó la pericial que citó anteriormente) para ser admisible en juicio ejecutivo, deben ofrecerse y pedirse dentro de los ocho días del encargado en primera instancia, y no después ni antes, y de ser posible, practicarse precisamente dentro de dicho término, por si la contraria redarguye la falsedad de los instrumentos presentados.

2a. El art. 1024 Pr. quedó derogado a partir de la fecha en que entró en vigencia el decreto legislativo de 19 de mayo de 1926 que estableció: "Vencido el término del encargado, el juez, dentro de los tres días subsiguientes, sin admitir ninguna solicitud de las partes, pronunciará sentencia."

Por esa razón sostiene que en segunda instancia no es admisible la prueba de ninguna excepción perentoria por parte del ejecutado. Sin embargo reconoce que en la práctica de los jueces y tribunales admite toda clase de peticiones de las partes, después de vencido el término del encargado, en contra de lo que dispone la reforma del 9 de mayo de 1926.

OPINION DEL AUTOR

Indudablemente las causas ejecutivas, sumarias y las de concurso, por ser extraordinarias y tener procedimientos especiales, la ley limita las pruebas que pueden verse en ellas, amén de que, como las sentencias definitivas recaídas en ellas no producen efectos de cosa juzgada, puede discutirse nuevamente en juicio contradictorio la obligación que motivó la ejecución en las primeras y últimas o lo principal que se discutió en las segundas. Por tal razón, la ley no permite en esta clase de procesos, la discusión de la validez o existencia misma de la obligación, como punto de resolución de la sentencia definitiva, aunque sí se podría probar la invalidez o nulidad de la obligación para el solo efecto de declarar en la sentencia que no es ejecutivo el documento base de la ejecución.

De acuerdo con lo expuesto, la ley obliga a las partes, especialmente al ejecutado, de que toda la prueba relativa a las excepciones de cualquiera clase que obren en su favor, las justifique dentro del término del encargado de ocho días de primera instancia; y vencido éste, el Juez deberá declarar sin lugar o no admitir, ninguna otra solicitud de las partes, salvo las que la misma ley le autorice, debiendo pronunciar la sentencia dentro de los tres días subsiguientes, arts. 595 y 597

Consecuente con lo anterior en segunda instancia tiene que limitarse también los casos en que se admite la recepción a prueba y por esa razón es que el art. 1024 la concede únicamente para la compulsión de instrumentos.

Pero todo lo anterior no quiere decir que en los juicios ejecutivos, sumarios y verbales, no se apliquen las disposiciones pertinentes que se refieren a la prueba instrumental, pericial, inspección y posiciones, las que, de acuerdo con los arts 270, 364, 368 y 376, pueden presentarse en cualquier estado del juicio y en cualquiera de las instancias, antes de la sentencia, con mayor razón cuando el juez ordene de oficio, la pericial e inspección.

En conclusión: En los juicios ejecutivos: 1º) el ejecutado deberá oponer y probar todas las excepciones que tuviere a su favor dentro del término del encargado, u ofrecer la prueba correspondiente, y si ésta no se pudiere verter dentro de dicho término, podrá admitirse vencido éste y antes de que el juez pronuncie sentencia.

2º) Vencido el término del encargado ya no puede el Juez admitirle a las partes solicitudes para verter cualquier clase de pruebas, excepto si presenta instrumentos, impugna documentos presentados por la contraria, fuera del término o piden la verificación de los no reconocidos por ésta.

3º) En segunda instancia, podrán también ambas partes pedir posiciones, o presentar prueba instrumental, sin necesidad de que la causa se abra a prueba, la que solo procederá, si se tratare de la compulsión de un instrumento.

4º) La parte contraria podrá impugnar los instrumentos presentados en Segunda Instancia o pedir su verificación cuando fuere necesario.

5º) El Juez podrá, de oficio, ordenar la práctica de inspección o dictamen pericial en cualquier estado de la causa, ya sea en primera o segunda instancia.

RECEPCION A PRUEBA EN LOS JUICIOS VERBALES

De acuerdo con el art. 497, en los juicios verbales, cuando se conoce en grado de apelación, procederá la recepción a prueba que solicite alguna de las partes, al apersonarse en segunda instancia, cuando ésta fuere admisible, conforme a lo dispuesto en el art. 1019 Pr. en los ocho casos que dejamos arriba expuestos.

7º) La Deserción y rebeldía en segunda instancia.

Dentro del principio de disposición corresponde a las partes la disponibilidad del proceso, una vez presentada la demanda el actor puede abandonarla expresamente (desistimiento), tácitamente (deserción), por acuerdo expreso con el adversario (transacción), o por abandono tácito de ambas partes (perencial o caducidad). La deserción "es el desamparo o abandono que hace el litigante o procesado, de la apelación o recurso por él interpuesto ante un tribunal superior, contra la decisión, fallo o sentencia dictada por el inferior", de acuerdo con lo que expresa la Enciclopedia Jurídica Española.

Nuestro Código, en el art. 468 define a la deserción como el desamparo o abandono que la parte hace a su derecho o acción deducida previamente ante los jueces y tribunales.

El art. 470 inc. 2º agrega que por la deserción declarada en segunda instancia o en cualquier recurso, quedará irrevocable y pasada en autoridad de cosa juzgada, la sentencia apelada o de que se recurrió.

En los arts. 1033 al 1043 se estudian los seis casos de deserción del recurso de apelación, que reconoce nuestra ley procesal civil. Dos de ellos los debe declarar el juez de Primera Instancia y los otros cuatro la Cámara de 2ª Instancia.

A) DESERCIÓN DEL RECURSO DECLARADA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Dijimos que son dos los casos en los que el Juez de Primera Instancia declara la deserción del recurso de apelación, o sean los siguientes:

1) Cuando no se remite el proceso al tribunal superior por culpa del apelante en el término legal.

Este primer caso lo contempla el art. 1033 Pr. en su primer inciso, al decir: "Si transcurridos los términos del emplazamiento que se fijan en el art. 995 no se remitiere el proceso al tribunal superior por culpa del apelante, podrá el apelado pedir al juez de 1ª Instancia que declare desierta la apelación".

Los términos a que hace referencia el art. 995 son de tres días, si el Juez residiere en el mismo lugar que la Cámara de Segunda Instancia, y los de tres días más uno por cada seis leguas de distancia, si el Juez y la Cámara residieren en lugares distintos.

2) Si el apelante no hubiese suministrado el papel necesario para la certificación en el término legal.

Este segundo caso está comprendido en el 2º inc. del mismo art. 1033, que dice "También podrá declararse desierta la apelación por el Juez de 1ª Instancia, cuando el apelante no hubiese suministrado el papel necesario para la certificación dentro del término señalado en el art. 994". Cuando la apelación fuere en el efecto devolutivo, el juez remitir el proceso original a la Cámara de 2ª Instancia y se quedará con certificación de lo conducente, esa es la certificación a que se refieren los arts. 994 inc. 1º y 1033 inc. 2º. Al admitirse la apelación en el efecto devolutivo, el Juez le previene al apelante proporcione el papel necesario para extender dicha certificación, dentro del término perentorio de tres días que se contarán desde el día siguiente a aquel en que se le notifique al apelante la concesión de la alzada, tal como lo ordena el inc. 2º del art. 994 Pr.

3) Trámite de la deserción en los dos casos anteriores.

Vencidos los trámites indicados en los dos numerales anteriores el apelado tendrá derecho de pedir se declare la deserción, pues la Cámara no puede declararla de oficio, en virtud del principio dispositivo que rige a nuestra ley procesal civil art. 1299 Pr.

En el primer caso si el apelante que se comprometió a llevar el proceso no se presenta ante el juez de Primera Instancia a sacarlo para llevarlo, razón por la cual el proceso no se ha remitido, al vencerse el término que señala el art. 995, como el proceso no se ha remitido dentro de ese término por culpa del apelante, el apelado tiene derecho de pedir la deserción.

En el segundo caso, el apelante no proporciona el papel sellado necesario para que se certifique lo conducente del proceso dentro de los tres días que se le concedieron al efecto, como lo prescribe el inc. 2º del art. 994. Vencido ese término el apelado tiene derecho de acusar la deserción.

En ambos casos, acusada la deserción, se dará traslado de esta solicitud al apelante, quien deber contestarlo dentro de tercero día, tal como lo prescribe el art. 1034 Pr.; si el apelante no evacua el traslado en el término de tres días que se le han concedido, el apelado le acusa rebeldía y el Juez declara la deserción.

Sin embargo, si el apelante justificase dentro de tres días y con citación del apelado, haber dejado pasar los primeros términos sin culpa suya, se le concederá otro término igual al primero; pero en el caso de transcurrir también este segundo término sin que se remitan los autos o se suministre el papel para la certificación, se declarará desierta la apelación interpuesta, al día siguiente de aquel en que lo solicite el apelado, art. 1035 Pr. La excepción anterior se basa en el principio de que al impedido con justa

causa no le corre término. An. 229 Pr. Para que el apelante pueda gozar de esa prerrogativa, es necesario que la petición en que alegue el impedimento la formule cuando el juez le da el traslado de la solicitud de deserción del apelado, para que le conceda el término de los tres días y dentro de ellos compruebe su impedimento

Sobre el particular es del caso traer a cuento dos excusas que fueron declaradas sin lugar con justo motivo por el Juez de la causa: en la una el apelante alegó enfermedad y presentó como prueba una certificación de un médico, quien decía que el apelante había padecido de gripe y se le había recomendado tres días de reposo. Como sólo esa prueba ventió el apelado le pidió al juez declarara la deserción por no haber comprobado el apelante el justo impedimento alegado. Y así lo resolvió el juez, porque una certificación médica no hace fe, pues el médico no es un funcionario público. Ni aún una Acta Notarial extendida por un Notario haría prueba de la enfermedad, porque los notarios, aunque es cierto que pueden levantar actas notariales de los hechos que presenciaron o comprueban, esas actas notariales sólo las pueden extender cuando la ley lo exija o permita y su fuerza probatoria se regula de conformidad con las leyes respectivas, arts. 50 inc. 1º y 3º y 1 inc. 3º L. N.

En el otro caso, el apelante cuando le dieron el traslado de la deserción que le acusaba el apelado, lo que hizo fue presentar sencillamente el papel sellado para que el juez extendiera la certificación, sin alegar ningún impedimento por no haberlo presentado en tiempo. El Juez declaró la deserción porque el papel se presentó extemporáneamente, la razón es de que ese término es perentorio, una vez transcurrido precluye el derecho de la parte que no hizo uso de él.

En la práctica, sólo el caso de papel sellado se da de vez en cuando, no así el de que no se remite el proceso por culpa del apelante, pues como lo dejamos dicho, los procesos los remiten los jueces, o por medio del ordenanza del tribunal o por medio del correo nacional.

B) Deserción del recurso declarada por la Cámara de Segunda Instancia.

En Segunda Instancia, la Cámara declarará desierto el recurso de apelación en los siguientes casos:

- 1) Si remitido el proceso al tribunal superior, no compareciere ante él el apelante, vencido el término de emplazamiento hecho por el Juez,
- 2) Si no se introdujera el proceso a la Cámara, vencido el término del emplazamiento,

3) Cuando introducido el proceso en el Tribunal Superior y presentadas las partes, el apelante no sacase los autos de la oficina en los seis días subsiguientes a la notificación del Decreto en que se le manda entregar el proceso.

4) Si el apelante, después de haber sacado los autos los devolviera sin escrito de expresión de agravios.

Estudiaremos a continuación cada uno de los casos expuestos.

PRIMER CASO: Cuando el apelante no comparece ante el Tribunal vencido el término del emplazamiento.

Este caso está comprendido en el primer inc. del art. 1037, de acuerdo con dicho artículo y otros, los requisitos esenciales para que el apelado tenga derecho de pedir la deserción, son los siguientes: 1º) que el apelante haya sido emplazado en legal forma por el juez a quo; 2º) que el proceso haya sido remitido a la Cámara; 3º) que el apelante no se haya apersonado dentro del término del emplazamiento en el tribunal ad quem, 4º) que el apelado le acuse deserción 5º) formulada la petición de deserción, la Cámara ordenará en el acto que el Secretario certifique en la siguiente audiencia si ha comparecido el apelante; 6º) y resultando que no la Cámara hará en la audiencia subsiguiente la declaratoria de deserción.

Los requisitos relacionados, además de exigirlos la ley, son lógicos en primer lugar, no puede haber deserción si no hay emplazamiento. En efecto: la falta de emplazamiento produce nulidad de todo lo actuado y da lugar a la Casación Arts. 221 y 1117 Pr. y 4 - 1º LC. Tampoco puede decretarse si el proceso no ha sido remitido a la Cámara y sin él no puede el Secretario extender la certificación a que se refiere el numeral 5º), ni la Cámara resolver. Los otros requisitos los establece la ley en beneficio del apelante, dándole una última oportunidad para que en el interín se apersona en el proceso. Y tan es cierto esto, que todavía agrega el art. 1039, hasta el momento preciso de declararse la deserción conforme el art. anterior (es decir: antes de que la resolución haya sido legalmente autorizada por Magistrados y Secretario de la Cámara), puede el apelante ofrecer justificar haber dejado pasar el término sin culpa suya; y si lo justificare dentro de tres días no se declarará la deserción. Como se ve el legislador ha sido bastante considerado con el apelante, lo cual me parece correcto.

Por tal motivo no estoy de acuerdo con el Dr. Padilla y Velasco que afirma que le parece muy dilatada esa tramitación de dar audiencias para cada resolución o cada trámite del tribunal de apelación.

SEGUNDO CASO: Si no se introdujere el proceso a la Cámara vencido el término del emplazamiento.

Este caso está comprendido en el inc. 2º del art. 1037 y para que proceda es necesario se den los hechos siguientes: 1) Que el Juez haya entregado el Proceso al apelante; 2) Que se haya vencido el término del emplazamiento; 3) Que lo pida el apelado; 4) Que la Cámara solicite Informe al Juez respectivo y éste manifieste la fecha en que se entregó el proceso; 5) Con base en lo anterior la Cámara mandará a exigir con apremio el proceso al apelante; y 6) Luego declarará la deserción.

El primer requisito o sea el relativo a la entrega del proceso puede darse de distintas maneras: 1) Si la apelación fuere en el efecto devolutivo, el art. 997 ordena que el juez al entregar el proceso al que deba conducirlo al tribunal superior anotará en aquél y en la certificación el día y la hora de la entrega, firmando ambas anotaciones con las partes si supieren. La firma en la certificación le sirve al juez para informar a la Cámara el día y hora en que él le entregó el proceso al apelante para que lo llevara a la Cámara, cuando ésta se lo pida, como lo ordena el inc. 2º del art. 1037 en estudio.

2) Si la apelación se hubiere otorgado en ambos efectos y el apelante se hubiere encargado de conducir el proceso, el juez, de acuerdo con lo dispuesto en la parte final del art. 1000 se lo entregará y dará aviso por separado a la Cámara respectiva del día y hora de la entrega.

En este caso no es necesario que la Cámara solicite informe al Juez puesto que sabe la fecha en que se le entregó el proceso al apelante.

3) Si el Juez de primera instancia no le hubiere informado a la Cámara como se indica en el párrafo anterior o hubiere olvidado anotar la remisión del proceso, tanto en éste como en la certificación que le quedó, conforme lo expresa el art. 997, bien puede tomar los datos pertinentes, relativos a la remisión del proceso, de los libros de sacas o remisión de procesos a otros tribunales, que todos los juzgados llevan de acuerdo con lo ordenado en los arts. 69 lit. b), en relación con los arts. 59 obligación 4a. y 46 inc. 1º L. O. P. J., y 1282 Pr.; libros en donde consta la remisión de los procesos, la firma del Secretario de la Cámara cuando él lo recibe, o de las personas encargadas de conducirlo si no fuere empleado del tribunal.

Si el proceso se le entregó al apelado para que lo conduzca a la Cámara, la deserción no tendrá lugar.

Cuando la Cámara comprueba que se ha vencido el término del emplazamiento, en base a cualquiera de los informes anteriores, le prevenirá al apelante devuelva los autos bajo pena de apremio corporal, en la

forma que se indica en los arts. 1262 al 1267 Pr., cuyo procedimiento estudiaremos posteriormente.

Entregado el proceso por el apelante, se haya o no decretado su apremio corporal, la Cámara declarará la deserción tal como lo pidió el apelado.

En la práctica, tal como lo dejamos dicho, este caso de deserción se da rara vez en los tribunales, en consideración a que los jueces remiten los procesos que van en apelación a la Cámara de Segunda Instancia por medio del ordenanza del tribunal o del Correo Nacional.

TERCER CASO. Cuando introducido el proceso en el tribunal superior y presentadas las partes, el apelante no sacase los autos de la oficina en los seis días subsiguientes a la notificación del decreto en que se le manda entregar el proceso.

Este caso está comprendido en el art. 1040 Pr. y para que el apelado tenga derecho de pedir se declare la deserción con base en el mismo, es necesario se den los requisitos indicados en el artículo y se cumpla con el procedimiento señalado en los arts. 1042 y 1043 Pr. Esos requisitos y procedimientos son los siguientes: 1) Que el apelante no haya expresado agravios, ya sea sacando o no los autos para el fin indicado; 2) Que se haya vencido el término de 6 días que la ley concede para hacerlo; 3) Que el apelado lo pida; 4) Que la Cámara pida previamente al Secretario certifique dentro de 24 horas si el apelante ha o no sacado los autos para expresar agravios y si los ha o no expresado, caso de que no los haya sacado; 5) Que el Secretario extienda la certificación anterior, y 6) la Cámara declarará en seguida la deserción con base en la certificación anterior.

Atrás dijimos que la ley concede 6 días a las partes, tanto para expresar agravios como para contestarlos, art. 1007; los que se cuentan desde el siguiente día al de la última notificación. Por consiguiente si al último que se le notificó la apelación fue al apelado, seis días después de esa notificación podrá éste pedir se decrete la deserción, si el apelante durante esos 6 días no expuso agravios ni sacó los autos para tal fin. Se afirma lo anterior, porque algunas veces los apelantes al mostrarse partes como tales en segunda instancia, de una sola vez expresan agravios y renuncian al término que la ley les concede para hacerlo, en otras ocasiones expresan agravios dentro de los seis días que la ley les concede para hacerlo sin sacar los autos. Pero si no lo hubiere en hecho y el apelado les acusara deserción, la Cámara deberá proveer primero que el Secretario certifique lo anterior dentro de las 24 horas y luego decretar la deserción con base en la

certificación mencionada.

Llama la atención que en este caso la ley ordena que el Secretario extienda la certificación referida dentro del término de 24 horas de proveído al decreto respectivo por el tribunal, en cambio, cuando el apelante no hubiere comparecido ante el tribunal vencido el término del emplazamiento, o sea en el primer caso, la ley ordena en el art. 1038 que el Secretario certifique en la siguiente audiencia si ha comparecido o no el apelante. Según mi criterio considero que el legislador en este caso fue más rígido que en el primero porque considero que una vez comparecido el apelante en la Cámara debiera ser más diligente y por esa razón los términos son más breves, aunque el Dr. Padilla los critica porque dice que son muchas audiencias las necesarias para la declaratoria de la deserción al igual que en el primer caso.

CUARTO CASO Si el apelante después de haber sacado los autos los devolviera sin escrito de expresión de agravios

Este caso está comprendido en el art. 1041, y los requisitos que la ley señala para que se de tanto en ese artículo como en los dos siguientes 1042 y 1043 son: 1) Que el apelante haya sacado los autos para expresar agravios, 2) Que se haya vencido el término de seis días que la ley le concede para tal fin, 3) Que el apelado le acuse deserción, 4) Que la Cámara ordene al Secretario certifique dentro de 24 horas si el apelante sacó los autos para expresión de agravios, 5) Que el Secretario certifique si el apelante ha o no devuelto el proceso con o sin escrito de expresión de agravios; 6) Por último la Cámara declara la deserción.

Como lo dijimos en el caso anterior, el apelante tiene seis días para expresar agravios y la ley le da el derecho de sacar los autos para tal fin.

Cuando saca los autos, los Secretarios de Cámara consignan en el libro correspondiente, entre otras circunstancias, la fecha de la última notificación hecha a las partes, que es la que determina el plazo que la ley concede al apelante para expresar agravios, art. 1007, para que así cuando la Cámara les previene certifiquen dentro de las 24 horas siguientes si el apelante ha devuelto o no los autos con o sin escrito de expresión de agravios, puedan tener una base segura para extender tal certificación.

Si el Secretario informa que ya se venció el término para expresar agravios y el apelante no ha devuelto los autos, la Cámara ordenará los devuelva, bajo pena de apremio corporal, en la forma que lo indican los arts. 1262 y 1267 Pr., que explicaremos más tarde.

Por último, si el apelante devuelve los autos sin escrito de expresión de agravios, con o sin apremio corporal, la Cámara declarará la deserción

art. 1042; pero si los devuelve con escrito de expresión de agravios, se declara sin lugar la deserción, aunque los devuelva después de vencido el término que la ley le concedió para hacerlo, sin necesidad de que otrezca justificar que la tardanza en devolver el proceso se debió a un justo impedimento

En cambio en el primer caso desde que el apelado inicia el incidente de deserción porque el apelante no ha comparecido a mostrarse parte ante la Cámara, vencido el término del emplazamiento, se ha interpretado que el apelante al presentarse en esas circunstancias debe hacerlo ofreciendo probar que si no lo hizo en el término del emplazamiento lo fue porque tuvo un justo impedimento, tal como se lo autoriza el art. 1039 Pr., disposición aplicable a ambos casos, según lo expresa el art. 1043.

La razón que se da por los tribunales para interpretar los dos casos de diferente manera estriba en el hecho de que el art. 1042 exige, para que se declare la deserción, el hecho de que el apelante devuelva los autos sin la expresión de agravios. Por consiguiente -dicen- si los devuelve con escrito de expresión de agravios, sea a cual fuere el tiempo en que lo haga, se declara sin lugar la deserción acusada.

Para mi criterio los dos casos son IDENTICOS y en ambos debiera declararse la deserción si después de iniciado el incidente respectivo el apelante comparece o devuelve los autos con escrito de expresión de agravios, sin alegar la excusa de que tuvo un justo impedimento para hacerlo extemporáneamente.

b) Disculpas del apelante o casos en que no se declara la deserción por comprobación de un justo impedimento de parte del apelante

En los casos primero, tercero y cuarto, conforme lo exponen los arts. 1039 y 1043, si el apelante justificare dentro de tres días y con citación del apelado, haber dejado pasar los términos sin culpa suya, ya sea para comparecer ante la Cámara de Segunda Instancia (primer caso), sacar los autos para expresar agravios (segundo caso) o devolver los autos con escrito de expresión de agravios (tercer caso) se declarará sin lugar la deserción en el primer caso, entregándose los autos en el término ordinario para que exprese agravios y se le concederá otro término en el segundo y tercer caso, para sacar los autos y expresar agravios. Dichos términos de prueba de tres días se contará desde el día de la notificación, conforme lo ordena el art. 1039 Pr., lo cual constituye una excepción a la regla contenida en el art. 212, según el cual el día de la notificación no se contará en los términos de las diligencias judiciales, sino es que la ley expresamente

disponga otra cosa, como en el presente caso

El fundamento que tuvo el legislador para que no se declare la deserción cuando el apelante compruebe su impedimento, se basa en el principio general de que al impedido con justa causa no le corre término, que nuestra legislación reconoce en el art. 229

La solicitud del apelante para justificar que tuvo un justo impedimento que lo inhibió comparecer en tiempo o hacer uso de los términos legales, no sólo debe presentarla el apelante desde el momento que se apersona en el proceso o después de que se le acuse deserción por el apelado, sino hasta el momento preciso de declararse la deserción, o sea mientras la resolución de la Cámara no esté autorizada en legal forma

De acuerdo con la jurisdicción citada por el Dr. Padilla y Velasco, el Tribunal de tercera instancia en sentencia del 20 de octubre de 1908, desestimó como motivo para no haber comparecido o personarse, de que el recurrente, siendo Abogado, hubiese tenido enferma a su cónyuge durante dicho término, por no ser una causa concluyente que demuestre el haber estado imposibilitado para haber dejado pasar el término sin culpa suya, pues pudo muy bien haber sustituido el poder o haberse dirigido por medio de escrito autenticado. Igual caso se presentó en otro proceso, cuando el apelante alegó que si no compareció en tiempo a mostrarse parte a la Cámara, lo fue debido a que en los tres días hábiles del emplazamiento tuvo que concurrir a un juzgado de una población distante de San Salvador a presentar testigos en otro asunto. La Cámara declaró sin lugar la excusa por que bien pudo el Abogado sustituir el poder o mandar un escrito autenticado a la Cámara para apersonarse en el proceso

En otro caso el apoderado del apelante comprobó que estuvo imposibilitado para presentarse al tribunal el último día del término, por haber sufrido un accidente que lo obligó a hospitalizarse, la parte apelada alegó que no tenía derecho y que se declarara la deserción porque los dos primeros días no tuvo impedimento y bien pudo presentarse en ellos, sin embargo, la Cámara considerará probado el justo impedimento porque la ley le concede al apelante tres días y no lo obliga a presentarse en el primero o segundo, pudiendo por consiguiente hacerlo en el tercero y si en éste estuvo incapacitado procede declarar sin lugar la deserción, como en efecto lo resolvió.

En otro caso el apelante manifestó que debido a sus ocupaciones como Ministro de Estado, no había devuelto los autos en el término correspondiente para expresar agravios, pero que por medio de ese escrito lo hacía y pedía disculpas a la Cámara por hacerlo extemporáneamente; que otro abogado se presentaría por separado expresando agravios. Así lo

hizo en efecto otro abogado en un escrito por separado en la misma audiencia. En ese caso la Cámara declaró la deserción porque el apoderado del apelante devolvió los autos sin escrito de expresión de agravios.

Lo mismo sucedió en otro caso en que el apelante manifestó que devolvía los autos y antes de expresar agravios pedía que el apelado absolviera posiciones, para lo cual presentaba el pitego correspondiente en plica cerrada. La Cámara señaló día y hora para que el apelado absolviera posiciones y éste, al comparecer, en vez de absolver las posiciones presentó un escrito en el que pedía se declarara desierto el recurso de apelación con base en el a. 1. 1042, porque el apelante había devuelto los autos sin escrito de expresión de agravios. La Cámara declaró la deserción. En el tercero y cuarto caso si el apelante no expresare agravios en el nuevo término que se le conceda después de comprobado su impedimento, la Cámara declarar desierta la apelación con solo la acusación de rebeldía por parte del apelado, es decir, sin otro trámite, tal como lo ordena la parte final del art. 1043.

D) Casos y trámites del apremio corporal cuando cualquiera de las partes no devuelve los autos.

En todos aquellos casos en que cualquiera de las partes hubiere recibido los autos, ya fuere para contestar la demanda (art. 531), alegar de bien probado (art. 526), conducirlos a la Cámara de Segunda Instancia (arts. 1037 inc. 2º) para expresar o contestar agravios (arts. 1004, 1006 y 1041) y vencidos los términos respectivos no los devolviera, la parte contraria puede pedirle al tribunal, de primera o segunda instancia, se le prevenga a la parte los devuelva bajo pena de apremio corporal. Para tal fin los artículos 1262 al 1267, señalan el procedimiento que a continuación veremos:

1º. Transcurrido cualquier término y acusada rebeldía o deserción según fuere el caso, el tribunal prevendrá a la parte devuelta los autos, con escrito o sin él, pero cuidando de expresar que se saquen en el acto, cuando la ley lo determine así, -art. 1262- ó en el término de 24 horas -1264- caso contrario, y siempre bajo la pena de apremio corporal en caso de desobediencia.

2º. Conforme al art. 1263 el encargado para recoger los autos que de acuerdo con dicho artículo lo debe ser el alguacil o portero o algún otro ministro de justicia del tribunal, pero que actualmente lo es el Secretario Notificador, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 inc. 2º 5ª L. O. J., deberá notificar la resolución a la parte que tiene los autos o proceso; por supuesto, si la parte le entrega los autos, el notificador da cuenta con ellos al tribunal.

En la práctica casi nunca sucede así, pues la parte no se los entrega al notificador sino que ella misma los lleva personalmente al tribunal.

3º. Si pasadas 24 horas, o el término que el tribunal le señale (algunos jueces sin fundamento legal alguno le dan hasta tres días a la parte para que devuelva los autos), la parte contraria, interesada en la devolución del proceso, le pide al tribunal decrete el apremio corporal de la parte rebelde o desobediente en devolver el proceso.

4º. El tribunal ordena inmediatamente el apremio corporal de la parte contumáz. Sin embargo, algunos jueces sin que la ley lo ordene, primero previene al Secretario informe si la parte ha o no devuelto el proceso y hasta después decretan el apremio corporal del rebelde.

5º. El apremio se reduce a detener a la persona que haya sacado los autos en la cárcel de detenidos mientras no se devuelve el proceso, art. 1265. Para tal efecto, los tribunales libran órdenes de captura contra el desobediente a los jefes de seguridad de la República (Directores Generales de la Policía Nacional, Guardia Nacional y Policía de Hacienda).

6º. Pasados seis días de notificado el decreto de apremio, sin que se devuelvan los autos, se mandará de oficio a proceder penalmente contra el detentador del proceso, considerándose el caso como sustracción u ocultación de documentos, comprendido en el art. 448 del Código Penal.

En la práctica es muy común y corriente que los demandados que deseen demorar un proceso, con el fin de obligar al actor a transar o por el simple hecho de entretener lo más posible el proceso, acostumbran emplear estos procedimientos moratorios, cada vez que sacan los autos del tribunal para contestar la demanda, alegar de bien probado o expresar agravios, cuando la sentencia les hubiere sido desfavorable en primera instancia.

En todos estos casos la parte actora se ve obligada a pedirle al Juez obligue a la demandada a devolver los autos bajo pena de apremio corporal. Por supuesto nunca se llega a decretar el apremio, pues los autos los devuelven antes de que el juez lo decrete.

Algunos han sostenido que este apremio corporal es inconstitucional, que viola el art. 166 al establecer que ningún poder, autoridad o funcionario, podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es de conformidad con la ley, órdenes que deberán ser siempre escritas. Que la detención para inquirir no pasará de tres días y el tribunal correspondiente estará obligado a notificar al detenido en persona el motivo de su detención, a recibirle su indagatoria y a decretar su libertad o detención provisional dentro dicho término.

En la separada de Derecho procesal civil I, área primera -jurisdicción y Competencia, pág. 34, explicamos que en el desempeño de sus funciones,

las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto, (jueces y magistrados) están investidas por razón de ella de ciertos poderes, que pueden comprenderse en cuatro grupos, entre ellos el PODER DE COHESION, con el cual se procuran los elementos necesarios al juez (oficiosamente o a solicitud de parte, según el caso), removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión, en virtud de él pueden imponer multas o decretar el apremio corporal, ya sea al testigo, como en el caso del art. 301 o a la parte que no devuelva el proceso como en el caso en estudio.

De acuerdo con lo expuesto no es inconstitucional el apremio corporal que se ve obligado a decretar el tribunal por la desobediencia de la parte en devolver los autos o proceso que recibió en traslado, cuando el tribunal le previene los devuelva voluntariamente y le fija un plazo para hacerlo.

E) La deserción de los recursos en otros juicios.

En los juicios verbales la deserción del recurso de apelación únicamente procede en el caso de que por culpa del recurrente no se remitiere el juicio del Juzgado de Paz al juez de primera instancia dentro del segundo día de otorgado el recurso, tal como lo prescribe el art. 492 Pr., deserción que se declarará a pedimento verbal de la parte contraria y la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero si la parte apelante ofreciese prueba de su inculpabilidad, se le recibirá dentro de tercero día con citación contraria y si la justifica, se remite el expediente en el acto, suspendiéndose la declaratoria de deserción, conforme lo autoriza la parte final del mismo artículo 492.

En segunda instancia no procede la deserción en los recursos de apelación en esta clase de juicios, porque de acuerdo con el Inc. 2º del 497, si las partes no comparecen a segunda instancia, el juez de primera instancia (que actúa como tribunal de apelación), conocerá del negocio y lo resolverá estén o no presentes las partes, dentro de seis días a más tardar de recibido el expediente, es decir, proceder de oficio.

Los recursos de apelación que se interpusieren en los juicios ejecutivos y sumanos, podrán ser declarados desiertos, en los mismos casos que hemos estudiado anteriormente, excepto en el caso de la apelación por el dicenso, a que se refiere el art. 808, en virtud del cual los que se sintieren agraviados de la resolución del Juez de Primera Instancia, que concede o niega la autorización para contraer matrimonio, pueden apelar para ante la Cámara de Segunda Instancia respectiva, quien con sólo la vista de las diligencias y sin otro trámite resolverá lo que estime justo y arreglado; o lo

que es lo mismo, el tribunal ad quem actúa como en los casos de revisión, en los que no es necesario que la parte se presente, expresen o contesten agravios, sino que el tribunal procede en forma inquisitiva, de oficio.

En los recursos de revisión, como el tribunal de apelación actúa de oficio, según lo dejamos dicho, tampoco puede haber deserción para el apelante por ningún motivo, ya que, de acuerdo con la parte final del art. 496 Pr. el tribunal ad quem, comparezcan o no las partes, fallará dentro de tercero día sin más trámite ni diligencia.

En los recursos extraordinarios de que, a por retardación de justicia o atentado cometido y de casación, tampoco procede la deserción porque todos son de interés público y los tribunales superiores ante quienes se interponen, actúan de oficio; y para que proceda la deserción es necesario que el impulso procesal dependa exclusivamente del actor o del recurrente; más, cuando debe el tribunal actuar de oficio, como en los recursos de revisión, la deserción del recurso es improcedente.

F) Efectos de la deserción

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 470 inc. 2º por la deserción declarada en segunda instancia o en cualquier otro recurso, quedará irrevocable y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia apelada o de que se recurrió.

Los arts. 491 (juicios verbales), 1038 y 1039 (juicios escritos) prescriben que al declararse la deserción, la sentencia quedará pasada en autoridad de cosa juzgada, dice el primero de dichos artículos, quedando ejecutoriada la sentencia de que se apeló y librándose en consecuencia la ejecutoria de ley, dice el segundo, y el tercero solamente dice que se mandará en consecuencia librar la ejecutoria de ley.

De acuerdo con las disposiciones legales citadas, y lo que disponen los arts. 445, 447, 466, 471, 439 y 1291 Pr., la declaratoria de deserción del recurso de apelación en segunda instancia produce los efectos que a continuación se indicarán y el tribunal ad quem debe resolver lo siguiente:

- 1º. Declarará ejecutoriada la sentencia recurrida,
- 2º. Cuando proceda, también la declarará pasada en autoridad de cosa juzgada;
- 3º. Condenará al recurrente a las costas de la instancia;
- 4º. Ordenará se libere la ejecutoria de ley, cuando proceda y sólo que solo se extienda la certificación respectiva; y
- 5º. Por último, ordenará se devuelva el proceso al juzgado de su origen con certificación de la interlocutoria que declara la deserción.

G) Rebeldía del apelado - Tramitación - Efectos:

En primera instancia, de acuerdo con el artículo 223, todo emplazamiento librado a consecuencia de una demanda, se hará bajo la pena de declararse contumaz al emplazado y de seguirse el juicio en su rebeldía. El art. 228 agrega: si el demandado no contesta dentro del término señalado al efecto o si no comparece en el del emplazamiento, se tendrá por legalmente contestada la demandada para proceder en rebeldía según se explica en el Capítulo de la rebeldía.

En segunda instancia, no es exactamente igual; sin embargo, el art. 995 expresa que el auto de admisión del recurso de apelación, en cualquiera causa, contendrá siempre la calidad de emplazamiento a las partes para que acudan a usar de sus derechos ante la Cámara de Segunda Instancia en el término que el mismo artículo señala.

Por esa razón el artículo 1045 nos dice que si el proceso fuere introducido en el tribunal superior, y sólo compareciere ante él el apelante, podrá éste o cualquiera de los otros interesados (otro apelado), pedir en cualquier estado de la causa, desde que se ha vencido el término del emplazamiento, se declare rebelde al apelado.

Por supuesto si el demandado fue declarado rebelde en primera instancia, no será necesaria nueva declaración de rebeldía en Segunda Instancia, conforme lo declara el inc. 2º del art. 1047.

Las Cámaras de Segunda Instancia no pueden de oficio declarar rebelde al demandado sino solo a solicitud de parte. Ahora bien, mientras el demandado no haya sido declarado rebelde, las Cámaras de Segunda Instancia no pueden sentenciar en el proceso por que violarían el principio de audiencia que garantiza nuestra Constitución Política en el art. 11. En consecuencia, es necesario que primero el apelante pida se declare rebelde al apelado para que el proceso, en especial el recurso de apelación, continúe su trámite hasta la sentencia.

TRAMITACION

El procedimiento que señalan los arts. 1044 al 1048 para declarar rebelde al apelado, es muy sencillo.

En primer lugar el art. 1044 sale sobrando, pues dice que se declare rebelde al apelado en el caso del art. siguiente, o lo que es lo mismo bien pudo comenzar el legislador por el art. 1045. De acuerdo con él y los artículos siguientes el trámite es el siguiente: 1º) Puede declararse rebelde al apelado

por solicitud del apelante o de otro interesado, que lo puede ser otro apelado, porque el vocablo apelante comprendería a uno o varios. 2º) Esta solicitud se podrá presentar después de introducido el proceso en el tribunal superior y cuando el apelado no ha comparecido como tal, 3º) La petición se podrá hacer en cualquier estado de la causa -apelación-, desde que se ha vencido el término del emplazamiento; 4º) El tribunal mandar que el Secretario de Cámara certifique incontinenti que el apelado no ha comparecido. 5º) El Secretario extenderá inmediatamente dicha certificación. 6º) La Cámara declarará rebelde al apelado en la audiencia siguiente.

En la práctica el apelante pide se declare rebelde al apelado cuando devuelve los autos con el escrito de expresión de agravios, caso que el apelado no se haya mostrado parte.

Algunos sostienen que después de que el apelante exprese agravios, aunque no haya comparecido el apelante, la Cámara ordenar se le corra traslado para que conteste los agravios de aquél y se fundamentan en la redacción que tiene el art. 1006 al decir "Se correrá traslado al apelado para que conteste..." Expresión imperativa sin distinguir si ha o no comparecido el apelante al tribunal. Según mi criterio, la Cámara no puede ordenar traslado a una parte que no ha comparecido al tribunal.

EFFECTOS

Los efectos que produce la declaratoria de rebeldía en Segunda Instancia son los siguientes: 1º) La causa queda en estado de pronunciarse sentencia definitiva por el tribunal de apelación, en los términos que indica la ley, añ. 1008 y 1047 inc. 1º, 2º) Mientras no se declare rebelde al apelado se le notificarán por edictos todas las providencias que se dicten, se hace por edicto porque de acuerdo con el art. 1276 es obligación de las partes, tanto en los escritos de demanda y contestación de 1a. instancia, como los que presenten en cualquiera otra instancia, la de indicar la casa en que debe buscárselas en el lugar del juicio, para las citaciones, notificaciones y demás diligencias que ocurran, de lo contrario se harán dichas notificaciones por edicto como lo dispone el art. 220. Pero pronunciada la declaratoria de rebeldía, después de notificársela al rebelde en la forma legal, en lo sucesivo ya no se le harán ninguna clase de notificaciones, citaciones, ni emplazamientos de ninguna especie, salvo el caso de posiciones, ni se le acordará traslados o audiencias, de acuerdo con lo que disponen los arts. 1047 inc. 2º y 532.

Si el apelado compareciere antes de la sentencia definitiva, tomará la causa en el estado en que se hayare, sin poderla hacer retroceder ni aún

para prueba, si ya pasó su término; a menos que promueva los incidentes de falsedad o de verificación de escrituras conforme lo dispone el art. 1048.

8º) DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la separata correspondiente, estudiamos todo lo relativo a la sentencia definitiva; por tal motivo hoy nos limitaremos a explicar cuáles son las facultades y limitaciones del tribunal ad quem al pronunciar la sentencia.

A.- Facultades y limitaciones del tribunal de apelación.

Al referirnos a los puntos apelados, págs. 100 y siguientes de este trabajo, manifestamos que el escrito de expresión de agravios señala cuáles son las pretensiones del apelante o puntos apelados, lo que fija los límites de las facultades o puntos que debe resolver la Cámara, conforme lo dispone el art. 1026 Pr que dice: "Las sentencias definitivas del tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados"; y luego agrega: "y a aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes". Los poderes del tribunal ad quem los determina la regla de derecho que dice: "tantum devolutum quantum appellatum". En general las sentencias que se dicten para resolver un recurso deberán ser congruentes con las pretensiones del recurrente.

Posteriormente estudiaremos en detalle estos temas, por lo pronto agregaremos que hay varias disposiciones, tanto del Código de Procedimientos Civiles, como de la Constitución Política y la Ley Orgánica del Poder Judicial, que le señalan obligaciones y poderes al tribunal ad quem para resolver los recursos ante ellos interpuestos.

Con respecto a la apelación, dichos poderes o facultades lo son, unos de carácter puramente sustantivo, reglas procesales que los jueces deberán observar al pronunciar su sentencia y otros son de fondo o carácter adjetivo, que les indica los puntos que deben resolver con base en las disposiciones legales vigentes. Por supuesto el juez siempre tiene libertad para resolver, desde luego que la sentencia es considerada como un hecho humano, voluntario, además de ser un acto jurídico.

En los procedimientos civiles, además del art. 1026, hay otras disposiciones que señalan las facultades que tienen las cámaras de Segunda Instancia al pronunciar sentencia, la primera de ellas es el art. 428 que dice: "Las sentencias definitivas de los tribunales superiores serán por "Vistos" y se observarán en ellas del artículo anterior las reglas 1ª., 3ª., y 4ª.;

harán relación del fallo del juez o tribunal inferior y la fecha en que se pronunció; en sus "considerandos" sólo harán mérito de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten sin relacionar la prueba cuando las partes no objetaren la relación hecha en la sentencia de primera o de segunda instancia o cuando se estime exacta, expresándose así; relacionarán brevemente y a fondo de las pruebas presentadas y conducentes en la instancia; darán las razones y fundamentos legales que estimen procedentes, citando las leyes y doctrinas que consideren aplicables; contendrán la afirmación, reforma, revocación o nulidad y lo demás dispositivo que corresponda en derecho, y la firma entera de los jueces y la del Secretario del tribunal que autoriza".

El art. 1089, confirma la parte final del anterior, al decir: "en las causas en que se conoce en apelación puede, según sea de derecho, confirmarse la sentencia, revocarse o declararse nula, mandando reponer la causa".

En los arts. 1090 al 1095 se indica cuándo debe una sentencia apelada confirmarse, reformarse, revocarse o anularse, quien pagará las costas y cuando una sentencia aprovecha o no a las demás partes que no hubieren apelado.

Pero hay otras disposiciones procesales que facultan a las Cámaras de Segunda Instancia que conocen en apelación, resolver sobre otros puntos distintos de los anteriores, como lo son mandar deshacer el atentado cometido, arts. 1103 y 1109 y en otras ocasiones la de imponer una multa a los jueces inferiores que en la sustanciación de las causas cometan omisiones o infracciones de trámite no penadas con nulidad, art. 1294. Asimismo, la Constitución Política en el art. 185 establece que dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos que tenga que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros poderes, con arreglo a los preceptos constitucionales.

Por su parte, el art. 18 L. O. J. prohíbe a los tribunales y jueces dictar reglas o disposiciones de carácter general sobre la aplicación o interpretación de las leyes. Tampoco podrán censurar públicamente la aplicación o interpretación de las mismas que hubieren hecho en sus fallos otros tribunales, sean inferiores o superiores en el orden jerárquico, sin perjuicio de las dos facultades anteriormente mencionadas.

B- Análisis de las facultades que la ley concede a las Cámaras de Segunda Instancia al sentenciar en grado de apelación.

De acuerdo con lo que dejamos expuesto, las facultades que tienen

la Cámara de Segunda Instancia al pronunciar sentencia en segunda instancia las podemos concretar en las siguientes:

1a Resolver los puntos apelados.

Cuando el perdedor apeló de la resolución de primera instancia, lo hizo porque creyó haber recibido agravio en la sentencia del juez inferior - 980-. En segunda instancia, al expresar agravios concreta en qué consisten éstos y fija cuáles son los puntos apelados. Con ello está limitando las funciones del tribuna adquem, quien en la sentencia que pronuncie, debe resolver los puntos apelados. Dentro de ellos puede el recurrente pedir se anule la sentencia, por haberse infringido procedimientos en primera instancia o por haber sido dictada la sentencia de primera contra ley expresa y terminante, art. 1095 y 1093, o pedir que se revoque en todas sus partes la sentencia apelada por ser injusta y se pronuncie la sentencia correspondiente -art. 1092-; o pedir se reforme la sentencia apelada, por ser en unas partes contraria a la ley o diminuta -art. 1091-; o en el caso de atentado, pedir se mande deshacer y reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, condenando en costas, daños y perjuicios al inferior culpable, arts. 1103, 1109 y 1110 Pr., y además, puede pedir como consecuencia, se condene al apelado en las costas de segunda instancia, -art. 1092 parte final, el cual tiene relación con el art. 439.

Por su parte, el apelado al contestar agravios, puede pedirle a la Cámara se confirme en todas sus partes la sentencia apelada por considerarla arrojada a la ley -art. 1090-, y por consiguiente se condene al apelante en las costas de la instancia.

Si quisiera el apelado se reforme la sentencia recurrida por ser la de primera instancia diminuta, debe adherirse a la apelación, tal como lo dejamos expuesto, de lo contrario no podría la Cámara modificar la sentencia apelada, por ejemplo suponiendo que la sentencia de primera instancia condenó al demandado a pagar al actor la cantidad reclamada, más intereses legales del 6% y el actor (apelado en segunda instancia) demandó intereses convencionales del 12%, si no se adhiere a la apelación (pues el apelante es el demandado) y sólo le pide como apelado a la Cámara reforme la sentencia apelada en el sentido de condenar al demandado (apelante) al pago de los intereses convencionales, la Cámara no podrá reformar la sentencia apelada, porque el apelado no se adhirió a la apelación y la petición de reforma la hace únicamente como apelado, en virtud de que las facultades del tribunal están limitadas a conocer únicamente de los puntos apelados y como tal reforma de los intereses no fue punto apelado, la Cámara no podría entrar a conocer de ella.

2a. Resolver aquellos puntos que debieron haber sido y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes

Atrás pusimos el ejemplo de que el demandado opuso y probó en primera instancia la excepción de pago parcial, pero el juez no resolvió nada sobre ella en su sentencia y condenó al demandado a pagarle al actor la cantidad total reclamada.

En este caso aunque no haya apelado el demandado ni le haya pedido a la Cámara reforme la sentencia, esta si la puede reformar declarando probada la excepción de pago parcial opuesta y probada por el demandado en primera instancia y que el juez omitió resolver en su sentencia. Tal facultad la tiene la Cámara por expresa concesión de la ley, quien se la otorga porque las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones de las partes, tal como lo prescribe el art. 421, al decir que la sentencia recaerá sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso.

3a. Las Cámaras de Segunda Instancia tienen también la facultad de hacer presente a las partes, cualquier nulidad de procedimiento que conste en el proceso, por medio de un decreto, y si la parte a quien le perjudica ratifica lo actuado, seguirá la instrucción, haciéndose constar en la notificación su allanamiento -art. 1124-. Pero, si la parte no ratificare la nulidad, la Cámara tiene la Facultad de declarar nula la sentencia, la diligencia que tenga tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata, mandando se repongan a costa del funcionario que resulte culpable. Si la reposición no fuere posible, será éste responsable por los daños y perjuicios -art. 1095-.

Cuando estudiemos la nulidad analizaremos más ampliamente esta facultad que la ley concede a los jueces y que se basa en el principio de conservación, que rige las nulidades con el fin de sanear los procedimientos.

4a. También pueden los tribunales de apelación, anular las sentencias apeladas, pronunciando la conveniente, si aquella hubiere sido pronunciada contra ley expresa y terminante, condenando al juez y tribunal en las costas, daños y perjuicios -art. 1093-. En este caso, se trata de una nulidad de fondo, a diferencia de la anterior que es una nulidad de forma, o como las denominan la ley de casación, violación de ley o quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, respectivamente.

Las dos facultades que hemos señalado, las tiene la Cámara de Segunda

Instancia por ministerio de ley, en defensa de la misma ley y por consiguiente pueden proceder de oficio, sin que las partes lo pidan, o lo que es lo mismo, aunque no fuere punto apelado las cámaras pueden declarar las dos nulidades mencionadas.

5a. Los tribunales de segunda instancia también tienen la facultad de declarar de oficio la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros poderes, contraria a los preceptos constitucionales, si dicha ley o disposición fuere el fundamento alegado por una de las partes para resolver su pretensión. Esta potestad que tienen los jueces es constitucional, se las concede expresamente el art. 185 CP, y su fundamento lo encontramos en que siempre debe respetarse la Constitución y prevalecer sobre cualquier otra ley; y también se le denomina " Tutela de la Constitución"

6a. También pueden los jueces o tribunales de apelación al pronunciar sentencia, hacer a los jueces inferiores, las prevenciones que estimen oportunas, para una mejor administración de justicia; y si hubieren cometido omisiones o infracciones de trámite que no estén penados con nulidad pueden imponerle una multa de cinco colones por cada infracción u omisión, conforme se lo facultan los arts 18 L. O. J. y 1294 Pr.

C) Otras facultades que concede la ley a los tribunales cuando pronuncian sentencia

Las Cámaras de Segunda Instancia, al igual que los jueces de Primera Instancia, tienen en términos generales varias facultades que a la vez son obligaciones que la ley impone al juez y que debe cumplir al momento de sentenciar. Entre ellas podemos mencionar las siguientes

1a. Los presupuestos procesales en general tienen la característica de ser revisables y exigibles de oficio por el Juez, en razón de estar vinculados a la validez del proceso ..., de acuerdo con lo que expresa el profesor Hernando Devis Echandía.

En las separatas de Derecho Procesal Civil I nos referimos extensamente a los presupuestos procesales de la acción y de la demanda. Hoy solamente nos limitaremos a manifestar que el Juez puede y debe de oficio calificar esos presupuestos, desde que se le presenta al demandado, pero si el juez omitió hacerlo y la omisión no ha sido subsanada, es obligación del Juez antes de pronunciar sentencia, resolverlo en la sentencia. Por ejemplo prevenir a las partes legítimamente su personería o que se ratifique lo actuado por quien tiene derecho de hacerlo, en el caso de que haya intervenido en el

juicio un adulto no habilitado de edad sin guardador, dentro de tercero día del requerimiento, más el término de la distancia, si fuere necesario tal como lo ordena el art. 1131. Y si la parte no legitimare su personería o no se ratificó lo actuado por quien tiene derecho de hacerlo, la obligación de la Cámara es declarar nula la sentencia apelada, la diligencia que adolezca de vicio y todas las que sean su consecuencia inmediata, mandando se reponga el proceso a costa del funcionario que resulte culpable -art. 1131, 1132 y 1095 Pr.

Hay presupuestos de la demanda que si no fueron corregidos el presentarse ésta, ya sea por virtud de una excepción dilatoria o de oficio por el Juez, ya no pueden enmendarse en la sentencia definitiva, como serían por ejemplo: todos aquellos casos de informalidad de la demanda, consistentes en que no se contestó en el papel sellado correspondiente, no se consigne la fecha en letras, sino en números o que el juez no era competente, por razón de territorio para conocer la demanda, pero si el demandado no opuso la excepción y la contestó, la competencia se prorrogó tácitamente -art. 32 inc. 2º-.

Entre los presupuestos procesales de la sentencia favorables al demandado, los expositores de derecho enumeran los siguientes: a) La existencia real del derecho o relación jurídica material pretendida; b) La prueba en legal forma de ese derecho, es decir, de los hechos o actos jurídicos que le sirven de causa; c) La exigibilidad del derecho, por no estar sometido a plazo o condición suspensiva; d) La petición adecuada al derecho que se tenga; y e) Haber enunciado en la demanda los hechos que sirven de causa jurídica a las pretensiones (Devis Echandía).

El mismo autor expresa que cuando ninguna de las partes (demandante y demandado) cumple con la obligación de probar los hechos que sirven de causa a sus pretensiones, contradicciones o excepciones, la sentencia deberá ser favorable al demandado. Nuestra ley ordena que es necesaria la prueba plena y perfecta en todo género de causas para resolver por ella la cuestión -art. 422- y con base en el aforismo jurídico "indubio pro reo", contenido en el art. 1301, ordena: "Cualquiera duda en el procedimiento judicial, en la apreciación de los hechos controvertidos o en la aplicación de derecho, se resolverá a favor del demandado, a falta de otros principios establecidos por la ley". Por esa razón, el art. 416 prescribe que "cuando ambas partes presenten pruebas del mismo género se absolverá al demandado" y que "la calificación anterior de las pruebas tendrá lugar en los casos en que respectivamente sean admisibles, según el Código Civil".

2) Ineptitud de la demanda.

No hay un sólo artículo en el Código que nos diga expresamente cuando debe declararse inepta una demanda. Pero de acuerdo con las reglas generales del Derecho Procesal, una de las cuales señalamos en el numeral anterior -literal A)- es necesario la comprobación o existencia real de la relación jurídica material entre actor y reo, para que se pueda pronunciar sentencia en favor del primero y en contra del segundo, o absolver a éste porque no se ha probado la obligación o pretensión. Si la demanda es inepta, no se absuelve al demandado, sino se declara de oficio la ineptitud de la demanda y se condena al actor, no sólo a las costas del proceso, sino también a los daños y perjuicios irrogados al reo, como imperativamente lo ordena el art. 439 Pr., al decir, si de la causa aparece que la demanda es inepta, será además condenado en los daños y perjuicios. Anteriormente ha prescrito que el demandante será condenado en costas si no probare su acción. A propósito de ineptitud de la demanda, el art. 439 es el único artículo del Código en el cual se menciona la expresión ineptitud de la demanda.

3) Los jueces tienen también la obligación de suplir las omisiones, de los demandantes y también de los demandados si pertenecen al derecho, conforme lo establece el art. 203. Lo único que les prohíbe la ley es suplir de oficio el medio que resulta de la prescripción, la cual se deja a la conciencia del litigante, excepto en el caso a que se refiere el art. 591 N° 1º, el que prescribe que serán ejecutivas las ejecutorias de la sentencia de los tribunales superiores, jueces de primera instancia y de paz, árbitros arbitradores, con tal que no esté prescrita la acción ejecutiva. Lo que quiere decir que si alguien se presentare demandado en juicio ejecutivo con base en una de estas sentencias, el juez tendrá la facultad de declarar de oficio que aquel documento ya no es ejecutivo por haber prescrito la acción ejecutiva.

Tampoco podrán los jueces suplir las omisiones de hecho. Todo ello de acuerdo con lo que dispone la segunda parte del art. 203 en estudio.

4º) También pueden los jueces de oficio, aunque no lo hubieren pedido las partes, resolverlo concerniente a las costas del proceso, las que, de acuerdo con la doctrina, representan una sanción al demandante o demandado que no probaron sus pretensiones o cuando el uno o el otro obró de malicia o el primero presentó una demanda inepta, de acuerdo con lo que dejamos dicho. La facultad anterior se la concede la ley a los tribunales, tanto de primera como de segunda instancia, en los arts. 439 y 1092 que dicen:

el 1º "Todo demandante que no pruebe su acción en primera instancia o que la abandone, será condenado en costas. Será también condenado en costas el demandado que no pruebe su excepción, o que, no oponiendo ninguna, fuere condenado en lo principal, y el contumáz contra quien se pronuncia la sentencia. Si de la causa aparece que una de las partes no sólo no probó su acción o excepción sino que obró de malicia o que aquella es inepta, será además condenado en los daños y perjuicios. Si la demanda versare entre ascendientes y descendientes, hermanos o cónyuges, no habrá condenación especial de costas, y lo mismo tendrá lugar cuando ambas partes sucumbieren en algunos puntos de la demanda".

El art. 1092 en su parte final únicamente dice lo siguiente: "En cuanto a la condenación de costas se estará a lo dispuesto en el art. 439, considerando al apelante como actor y al apelado como reo". Las costas tienen su origen en la sentencia, es una sanción que la ley impone a la parte que fracasa en sus pretensiones; por esa razón el legislador emplea en el art. 439 la forma imperativa al decir: todo demandante que no pruebe su acción en primera instancia, o que la abandone, será condenado en costas. Será también condenado en costas... Más adelante dice: Será además condenado en daños y perjuicios... Como se ve, el juez y las Cámaras, deben aplicar este artículo y el art. 1092 de oficio, condenando en las costas a las partes cuando proceda conforme a derecho, aunque no lo haya solicitado la contraria, ni sea punto apelado.

5º) También tienen facultades los jueces de resolver sobre lo accesorio de la acción en que fundamenta sus pretensiones la parte actora.

Esta facultad se las concede la ley en forma expresa y a la vez imperativa a los jueces, conforme lo veremos en los siguientes casos: por ejemplo: en el caso de divorcio, el art. 151 C. ordena: la sentencia ejecutoria que declare el divorcio absoluto producirá los efectos siguientes: y a continuación enumera cuáles son esos efectos, todo lo que debe declarar el juez de oficio, aunque las partes no se lo pidan. Suponiendo que una sentencia de divorcio llegare a segunda instancia en grado de apelación del punto principal o sea si está o no probada la causal en que se fundamenta el divorcio, pongamos por caso, separación absoluta, y apelante y apelado en segunda instancia sólo discuten la prueba de dicha causal; la Cámara, al confirmar la sentencia apelada, que decreta el divorcio, debe resolver todo lo relativo a los hijos habidos en el matrimonio, si el juez no lo hubiere hecho, porque la ley se lo ordena, en consideración a que los hijos no pueden quedar abandonados y debe resolverse todo lo concerniente a su cuidado personal, representación legal y como contribuiría cada padre en los gastos

de su crianza y educación. Cuando los padres no se pusieren de acuerdo sobre el cuidado personal de sus menores hijos, la ley faculta al juez, en el art. 234 C. que en la sentencia de divorcio decidirá sobre ello, y a continuación indica las reglas y procedimientos que deberá seguir el juez para resolver a quien de los padres queda confiado el cuidado personal y representación legal de los menores hijos habidos en el matrimonio. En estos casos, los jueces y Cámaras de Segunda Instancia pueden proceder de oficio si las partes no se pusieren de acuerdo.

Otro caso se podría dar en la reivindicación de una cosa, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 909 y siguientes, del Civil, que ordena que el poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

Suponiendo que el juez no resolvió nada sobre este punto, la Cámara podría al conocer en grado de la sentencia que decreta la reivindicación, declarar si el poseedor fue de buena o mala fe, para las consecuencias que se dejan señaladas. Facultad que la ley le concede sin necesidad de que las partes se lo pidan.

Con lo anterior hemos señalado varias de las facultades que los jueces y Cámaras de segunda instancia tienen al pronunciar sentencia; pero ello no quiere decir que sean las únicas, pueden haber otras que no se hayan indicado.

D) Prohibiciones que la ley señala a las Cámaras de Segunda Instancia cuando conocen en grado de apelación.

A diferencia de las facultades que la ley concede a las Cámaras de Segunda Instancia cuando sentencian en grado de apelación, las prohibiciones, en términos generales, se reducen a una sola: o sea que las Cámaras de Segunda Instancia no tienen más facultades que las que la ley les concede, por consiguiente, cualquier resolución que provean fuera de dichas facultades, la ley se las prohíbe. En otras palabras, no hay una enumeración taxativa de las prohibiciones que la ley señala a la Cámara, sino simplemente que no pueden hacer otra cosa que lo que la ley les faculta. No hay una disposición expresa que les diga a las Cámaras lo que no pueden hacer, excepto la del art. 18 L. O. J., en su primera parte, cuando dice: "los tribunales y jueces no podrán dictar reglas o disposiciones de carácter general sobre la aplicación o interpretación de las leyes. Tampoco podrán censurar públicamente la aplicación o interpretación de las mismas que hubieren hecho en sus fallos, otros tribunales, sean inferiores o superiores

en el orden jerárquico".

E) Problemas que se les plantea a las Cámaras de Segunda Instancia cuando el proceso termina anormalmente.

De acuerdo con lo que dejamos expuesto, la ley señala el procedimiento que deben seguir las Cámaras de Segunda Instancia para resolver los recursos de apelación, cuando el proceso se termina en la forma normal y corriente, o sea por medio de sentencia definitiva, la que, de acuerdo con lo que hemos visto, puede confirmar, reformar, revocar o anular la sentencia apelada; pero la ley indica el procedimiento en casos especiales en los que, no sólo el recurso de apelación, sino el proceso mismo se concluye anormalmente. Tal sucede en los casos de sobreseimiento, transacción o arbitramento. En estos casos la ley no señala el procedimiento que los tribunales superiores deben seguir y como queda la sentencia de primera instancia, es decir, si debe revocarse o no.

Analizemos cada uno de esos casos:

1º) Sobreseimiento en segunda instancia. El art. 645 inc. 2º faculta al deudor redimir los bienes ejecutados satisfaciendo la deuda y costas. En este caso se sobreseerá en el procedimiento.

Suponiendo que el ejecutado apeló de la sentencia que lo condenó al pago de la cantidad reclamada y accesorios. Pero en segunda instancia decide cancelar su obligación y haciendo uso del derecho que le concede la disposición transcrita, consigna al tribunal capital, intereses y costas. Así las cosas ¿qué procedimiento debe darle la Cámara a la solicitud mencionada? La ley no dice nada al respecto; pero lo lógico es que de la cantidad consignada y sobreseimiento pedido por el ejecutado se mande oír para la siguiente audiencia a la parte contraria o sea al ejecutante, y con lo que conteste o en su rebeldía, acusada que sea, la Cámara resolverá el punto principal. Este procedimiento no está establecido por la ley para este caso; pero, en términos generales no se puede dictar una resolución ya sea definitiva o interlocutoria, sin audiencia de parte legítima, sobre todo cuando se trata de ponerle fin a un proceso en una forma anormal -sobreseimiento-, en vez de sentencia definitiva. Así lo ordena la ley, por ejemplo, en el caso del desistimiento, al prescribir que éste debe ser hecho y aceptado por las partes o por sus procuradores con poder especial -art. 465-. Por interpretación analógica, podemos también aplicar dicho procedimiento en el caso del sobreseimiento, es decir, de la solicitud del apelante, que desiste del recurso de apelación, se manda oír al apelado para que diga si lo acepta y luego

resuelve la Cámara declarando el desistimiento de la apelación.

La siguiente cuestión es más importante: ¿Cómo queda la sentencia apelada? o lo que es lo mismo ¿qué debe resolver la Cámara? Confirmar o revocar la sentencia apelada?

El Dr. Angel Góchez Castro en su índice de la jurisprudencia Civil Salvadoreña, al tomo 1°, pág. 323 expresa que: "No creo que una Cámara, cuya jurisdicción se circunscribe a confirmar, revocar, reformar o anular la sentencia apelada, pueda resolver un incidente completamente distinto y apartado del objeto del recurso". El anterior comentario lo externa con respecto a un caso en el que la Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro, conociendo en grado de apelación de una sentencia definitiva pronunciada en juicio ejecutivo, en sentencia publicada en la Revista Judicial de abril de 1926 pág. 118, estableció la doctrina de que: "en segunda instancia puede sobreseerse en el procedimiento cuando el deudor paga la deuda, costas e intereses porque ha sido ejecutado ..."

En el considerando segundo de la sentencia, la Cámara manifestó "estando fundada en derecho la premencionada solicitud (de sobreseimiento), y de acuerdo con las partes en que se de por terminado este asunto por sobreseimiento, debe accederse a ella y ordenar en consecuencia el desembargo de los bienes".

En el caso mencionado la Cámara no dijo que revocaba o dejaba sin efecto la sentencia apelada, sino simplemente falló decretando sobreseimiento, ordenando se levantara el embargo de los bienes embargados y se entregarán al ejecutado, y se devolvieran los autos al juzgado de su origen, con certificación de la sentencia.

Según mi criterio la Cámara sí puede decretar el sobreseimiento solicitado, previa audiencia de la parte, excepto cuando ambas lo solicitaren, y en cuanto a la sentencia apelada, debe revocarse en todas sus partes, puesto que el proceso se termina por un medio anormal, distinto del de la sentencia definitiva apelada, o sea en sobreseimiento, ya que la sentencia no producirá ningún efecto.

2º) Transacción o arbitramento. De acuerdo con el art. 23 de la Constitución Política las personas que tengan la libre administración, o mejor dicho, disposición, de sus bienes, no pueden ser privadas del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.

La transacción, dice el art. 2192 C., es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaban un litigio eventual. Y el art. 2206 C. agrega: la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia.

En cuanto al arbitramento el art. 63 Pr. nos indica que puede comprometerse una causa antes de iniciar la demanda o estando ya pendiente en primera o segunda instancia, y en uno o más árbitros o arbitradores.

Entre los efectos propios o específicos que produce la transacción, está el de finalizar cualquier litigio pendiente, por medio de una sentencia interlocutoria que lo declara fenecido y cuyos efectos son equivalentes a los de la sentencia definitiva, es decir, le pone fin al procedimiento en una forma anormal.

Lo mismo sucedería en el caso de que las partes sometieran la cuestión disputada a la resolución de árbitros o arbitradores.

En ambos casos el proceso se concluiría en una forma anormal: transacción o arbitramento.

¿Pero cómo quedaría la sentencia apelada? ¿Debe la Cámara revocarla? La ley no dice nada al respecto; pero lo lógico es que al resolverse un asunto por transacción o arbitramento, la sentencia apelada se revoque en todas sus partes porque ya no producirá ningún efecto, sino que lo resuelto por el arbitraje o lo transado por las partes. Consecuentemente, la Cámara, cuando las partes -apelante y apelado-, le manifestaren por escrito que piden se de por concluido el proceso por transacción, así debe resolverlo, declarando a la vez que se revoca en todas sus partes la sentencia apelada y ordenando se devuelva el proceso al juzgado de su origen con certificación de lo resuelto.

Si las partes hubieren sometido el caso a un arbitraje, cuando se le presente a la Cámara la sentencia de los árbitros o arbitradores, ordenará también tener por concluido el proceso en la forma resuelta en el laudo respectivo, y como consecuencia revocar la sentencia apelada, ordenando que los autos vuelvan al juzgado de su origen con la certificación correspondiente, para que el juez ejecute la sentencia pronunciada por los árbitros o arbitradores, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 76 inc. 1º y 441 Pr. En ambos casos, las costas lo serán de acuerdo con lo que hayan resuelto las partes en la transacción o los árbitros o arbitradores.

F) Diligencias para mejor proveer..

Tanto el art. 1008 como el 1047 expresan que devuelta la causa por el apelado o presentada la expresión de agravios por el apelante, cuando el apelado haya sido declarado rebelde, el Secretario la pasará inmediatamente al Presidente de la Cámara, se entiende, para que se pronuncie la sentencia definitiva.

Sin embargo, los Magistrados del Tribunal pueden, al estudiar la causa proveer que es necesario, antes de dictar sentencia, practicar algunas diligencias conocidas con el nombre de "diligencias para mejor proveer". Esta facultad la tienen los jueces y tribunales superiores, sin que haya un artículo expreso que así lo indique, como existía antes en el Código de Instrucción Criminal, el art. 430 que expresamente decía: "Si al tiempo de dar el Juez la sentencia conociere que se ha omitido algún otro trámite o diligencia necesaria para la averiguación de la verdad, o que tomando alguna declaración o haciendo alguna otra diligencia puede sentenciar con mayor acierto, decretará que para mejor proveer se practique, la cual tendrá lugar en audiencia pública con citación y concurrencia de todas las personas que deben intervenir en el plenario; pero si el acusador citado no compareciere el día y hora señalados, no se diferirá la diligencia".

En lo penal los jueces tienen siempre esta facultad con base en el principio de oficiosidad que rige los procedimientos penales.

En lo civil el art. 1238 Pr. faculta a los jueces, según la gravedad de las circunstancias, dar mandamientos de oficio en las causas que ante ellos penden y acceder a todo lo que no estuviere prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante, o mayor expedición en el despacho, sin perjudicar a la defensa de la otra parte.

Además, hay varias disposiciones legales relativas a la prueba, en las que se facultan a los jueces ordenarlas de oficio, si a su juicio contribuirán a formarse con ellas una idea perfecta del asunto e instruirlos completamente, como expresamente lo dice el art. 368 al referirse a la prueba por inspección, o como dice la pericial en el art. 364, el juez la puede acordar de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad. En la testimonial, el art. 316 expresa que el juez podrá de oficio hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su deposición en cualquier estado de la causa antes de la sentencia.

Como se ve, y de acuerdo con lo que dejamos dicho, en segunda instancia, en términos generales, sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; por esa razón es que la presentación de las pruebas en segunda instancia es limitada y la ley señala taxativamente los casos en que pueden las partes verter sus pruebas. Pero las limitaciones anteriores, tal como lo expresa Couture, no rigen contra los jueces, ni les reducen sus poderes, quienes podrán ordenar pruebas para mejor proveer, así como utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia.

Lo anterior no quiere decir que los jueces tengan la facultad de actuar parcialmente, proporcionándole a las partes los medios de prueba que ellos no presentaron o no solicitaron en ningún momento del proceso. Los tribunales podrán ordenar esas diligencias para mejor proveer cuando del proceso surja la duda de las pruebas verídicas por las partes y se haga necesario su aclaración para resolver con mejor acierto. Es decir, los límites que al respecto tienen los jueces de esta materia, son de carácter lógico, sólo que haya un principio de prueba y que éste no esté muy claro podrán ordenar esas diligencias para mejor proveer, de lo contrario estarían actuando en forma parcial, lo cual les prohíbe la ley.

G) Alegatos en estrados.

Las partes pueden pedir antes de que se pronuncie sentencia, presentar los informes verbales y hablar en estrados, ante la Cámara respectiva, tal como lo autorizan los artículos 1009 y 1242. Este derecho se usa poco en la práctica, y aunque el art. 1009 expresa que lo deberán ejercer en el último día del término fijado en el art. 434, o sea el que la ley concede a los Magistrados para pronunciar la sentencia definitiva, conforme lo indica el art. 1008, la verdad es que en cualquier día, antes de la sentencia, pueden las partes, hacer uso del derecho de hablar en estrados. Cuando lo hagan, ordena el art. 1242, los jueces y tribunales los tratarán con el decoro correspondiente y no los desconcertarán ni interrumpirán, ni se les coartará de ninguna otra manera directa ni indirectamente, en el libre uso de su derecho.

El único caso que me tocó presenciar en la práctica, siendo el suscrito Presidente de la Cámara de lo Civil de la 1ª Sección del Centro, el Abogado, apoderado de una de las partes que alegó en estrados, se presentó de chaqué, porque manifestó que la ley decía que los litigantes deberán presentarse con la decencia debida (art. 1243), y consideró que ese era el mejor traje para ir debidamente decente.

H) Tiempo, forma y votación de las sentencias definitivas de los Tribunales Superiores.

De acuerdo con el art. 440 en las causas concluidas no será dilerida la sentencia ni por el cambio del estado de las personas, ni por la cesación de las funciones que ellas ejercían, ni por su muerte, ni por el fallecimiento, dimisión, suspensión, destitución o ausencia de sus procuradores.

En el fondo, la obligación de pronunciar sentencia la tienen los

funcionarios judiciales con base en el principio de petición que establece el art. 18 de la Constitución Política en virtud del cual toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa a las autoridades legalmente establecidas, a que se les resuelva y a que se les haga saber lo resuelto.

Un juez no puede negarse a sentenciar so pretexto de falta de prueba u oscuridad de la ley, que regule el punto cuestionado, etc. Más aún, si no lo hace cometería el delito de prevaricato comprendido y penado en el art. 471 Pn. El Código de Procedimientos Civiles, le ordena lo haga, no sólo en el art. 440 citado, sino en los arts. 416, 421 y 1301.

Los arts. 231 y 1276 inc. 2º y 3º por su parte prevén que si en el curso del juicio falleciere alguna de las partes, se emplazará a sus herederos, si fueren conocidos, caso contrario, se les nombrará un curador para la continuación del proceso, porque lo lógico es que todos los procesos deben terminar por sentencia definitiva.

Los jueces y tribunales tienen el término de doce días contados desde la última diligencia del proceso para pronunciar sentencia definitiva, conforme lo establece el art. 434, si el juicio fuere ordinario; y dentro de tres días, si el juicio fuere sumario; pero, si las causas excedieren de doscientas hojas y el Juzgado y la Cámara estuvieren muy recargados, podrán los jueces y magistrados tomarse la mitad más de dichos términos.

Ese es el ideal establecido por nuestra ley, pero en la práctica tanto los jueces como magistrados emplean mucho más tiempo que el indicado para pronunciar sus sentencias.

Por supuesto, la parte interesada siempre tiene el derecho de quejarse contra la Cámara por retardación de justicia, cuando en los términos fijados por la ley no la sentenciaren, conforme lo establece el art. 11. Sin embargo, los litigantes rara vez hacen uso de este recurso, para que el Juez o Cámara no se molesten con ellos.

Para las sentencias definitivas, pronunciadas por las Cámaras la ley ordena en el art. 432, que ningún juez ni tribunal pronunciará sentencia, sin antes haber leído el proceso, lo cual podrá hacerse en los tribunales colegiados leyendo la causa, reunidos todos, o imponiéndose de ella uno en pos del otro. Sobre el particular el art. 22 de LOJ, le da la facultad al Presidente de las Cámaras de Segunda Instancia de señalar día para la vista de los negocios que deba resolver la Cámara; y si la resolución fuere grave y perentoria, podrán designar aún los feriados de acuerdo con lo autorizado en el art. 1278 Pr.

Acabada la vista de cualquiera causa en las Cámaras, deliberarán los Magistrados en sesión permanente y en secreto sobre la sentencia que haya

de pronunciarse. la que se mantendrá reservada hasta que se notifique a las partes

En las Cámaras de Segunda Instancia es necesaria la conformidad de los magistrados que la componen para que haya sentencia, conforme lo expresa el art. 1077.

Si en alguna de las Cámaras de Segunda Instancia apareciere inhabilitado o impedido alguno de los Magistrados, de modo que no pueda conocer de la causa; podrá llamarse indistintamente a los Magistrados propietarios de las otras Cámaras de la respectiva sección; en su defecto se llamará a los suplentes; y a falta de éstos se nombrará conjuces, de acuerdo con lo que prescriben los arts. 1070 Pr. y 11 LOJ.

Cuando en cualquiera de las Cámaras no resultare la conformidad de votos necesarios para hacer sentencia en todos los puntos que contienen, proveerá en el día, la Cámara, por auto en el proceso: "Vistos en discordia, y para dirimirla, llámase al Magistrado señor N tal como lo ordena el art. 1080 Pr.

En este caso, al igual que el anterior, se llamará a uno de los Magistrados propietarios de las Cámaras de las respectivas secciones, y cuando sea necesario se nombrarán Conjuces.

En las Cámaras de San Vicente, Cojutepeque, Nueva San Salvador y Usulután, para los efectos del caso anterior se llamará a los suplentes; y, en su defecto, se nombrará Conjuces. Los Conjuces los nombra la Corte Suprema de Justicia, conforme atribución que le concede el art. 181 9a. 10ª CP, en relación con los arts. 32 y 51 4a. LOJ.

Notificadas las partes quién es el Magistrado llamado o el Conjuez nombrado, y presente aquél o éste, como también los Magistrados que hubiesen discordado, se verá de nuevo la causa para que dicho Magistrado o Conjuez dirima la discordia, adhiriéndose a uno de los votos discordantes, o dando el que le pareciere; y si en este caso no hubiere sentencia se seguirá llamando en discordia, -art. 1081-

Art. 1082.- Si sucediese que antes de apersonarse el Magistrado o Conjuez hubiesen concordado los discordantes, deberá excusarse tanto la concurrencia de aquél como la vista de la causa. Se entenderá que el Magistrado o Conjuez se apersona, cuando recibe el proceso para imponerse de él.

Art. 1083.- Las sentencias se redactarán por turno por los Magistrados de la Corte Plena y de las respectivas Cámaras, y serán examinadas y firmadas por todos los que hubieren tomado parte en la deliberación del asunto, aún por el Magistrado que hubiera disentido; pero deberá hacerse constar al fin de la resolución y antes de las firmas, el nombre de los

Magistrados que han concurrido con su voto a formarla. El Magistrado que hubiere disentido deberá inmediatamente consignar su voto, con las razones en que se funde, a continuación de la sentencia, firmado por él y autorizado por el Secretario. Se consignarán, asimismo, inmediatamente a continuación de las sentencias y con las mismas formalidades, las razones especiales que algunos de los Magistrados que han concurrido a formar resolución, hubieren tenido para emitir su voto y que no se hubieren insertado en ella.

También se observará el inciso anterior cuando las sentencias lleven medias firmas.

El mismo procedimiento se seguirá en los casos en que alguno de los Magistrados no pueda conocer de la causa por aparecer impedido según lo indican los arts. 1183 Pr., 11, 12, 26, 27, 51 4a. y 49 c) LOJ.

Los Conjuces deberán tener las mismas cualidades que la ley exige para los Magistrados y serán nombrados en Corte Plena por mayoría de votos, para lo cual, el Magistrado que no esté impedido le avisará de la necesidad del nombramiento tan luego como se presente, y se procederá a él al día siguiente; aún cuando todos los Magistrados de la Cámara estuviesen impedidos, darán sin embargo, el aviso dicho.

El cargo de Conjuez es obligatorio, salvo causa legítima de excusa o impedimento que la Corte Suprema de Justicia calificará. El nombramiento recaer de preferencia en Abogados que residan en el lugar en que se ventile el asunto a resolverse. El abogado que se negare a aceptar el nombramiento de Conjuez ser sancionado o penado por el mismo tribunal con una multa de cincuenta a cien colones, tal como lo ordenan los arts. 1071 Pr., 33 y 34 inc. 2º LOPJ.

Los Conjuces antes de desempeñar sus funciones, prestarán la protesta constitucional y no podrán ser recusados sino como los Magistrados, art. 1072 Pr.

Los conjuces no podrán excusarse, declararse impedidos ni ser recusados después de haber protestado el cargo, sino por los mismos motivos y con las mismas formalidades previstas para los Magistrados.

Los Magistrados Suplentes que fueren llamados al ejercicio de la Magistratura disfrutarán del mismo sueldo que los Propietarios. Cuando sean llamados a conocer en un asunto determinado devengarán los honorarios que fija el arancel. Estos honorarios serán pagados por el fisco, por medio de la respectiva Oficina Fiscal Pagadora, con la sola presentación de la planilla de dichos honorarios, visada por el Presidente del Tribunal a que el asunto corresponda aunque estuviese inhabilitado por excusa o impedimento.

La Secretaría del Tribunal respectivo lo comunicará al Presidente de

la Corte Suprema de Justicia para que dé la orden de pago, si aquella estuviere visada conforme a la ley. Los Conjuceces devengarán los honorarios señalados para los Magistrados Suplentes y los cobrarán de igual manera, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 LOJ (D. O. N° 185, 16 octubre de 1959).

Cuando el vocal, vista la causa, no pudiese estar en la Cámara por enfermedad o por imposibilidad física, deberá remitir a ella su voto escrito, cerrado y sellado para que se tome en consideración con los demás, dispone el art. 1073.

Todos los votos de los Magistrados y Conjuceces, hayan hecho o no sentencia, producen responsabilidad contra los que lo hubieren emitido con infracción de la ley, prescribe el art. 1074.

La tiene también, -agrega el 1075-, el Magistrado que con el fin de inhabilitarse, expresare su voto, o externare su opinión, o se supusiere enfermo o de cualquiera otra manera procurare inhabilitarse.

La disposición anterior tiene su fundamento en el art. 1191 que dispone que fuera de las excusas o impedimentos enumerados en el art. 1157, no pueden los jueces o Magistrados excusarse de conocer ni tenerse por impedidos por ningún motivo ni pretexto. Y las partes pueden probar que no existe la excusa o el impedimento legal invocado por el Magistrado, art. 1188.

Y también podrían probar que si la excusa o impedimento existe, la contrajo maliciosamente con el fin de excusarse, y en este caso, aunque se tendrá por excusado al que alegue la excusa o el impedimento, se le exigirá sin embargo la responsabilidad, imponiéndole multa de veinticinco a cincuenta colones.

Ahora bien, si la parte no probase la malicia, se le aplicará igual multa, sin perjuicio de la acción de calumnia que compete al ofendido.

Por último, no hay que olvidar que los jueces y magistrados como funcionarios públicos que son, antes de tomar posesión de su cargo protestan bajo su palabra de honor de ser fieles a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución ateniéndose a su texto, cualesquiera que fueren las leyes decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiéndole, además el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo les imponga, por cuya infracción serán responsables conforme las leyes, de acuerdo con lo que ordenan los arts. 223 CP y 132 LOPJ.

1.) Redacción de la sentencia definitiva.

La sentencia, dice Couture, es acto y documento; no es sentencia sin

la suscripción del documento respectivo. Más adelante agrega: la concurrencia de los dos elementos, plenitud de la voluntad del juez e integridad del documento, es indispensable para que exista la sentencia.

En lo relativo al texto de la sentencia, nuestra Ley señala clara y minuciosamente la forma de la sentencia, imponiendo a los jueces un orden y hasta un extraño formalismo según los modelos clásicos.

Anteriormente existía en nuestro país el Código de Fórmulas, a los que tenían que adaptarse precisamente todas las resoluciones que proveían nuestros jueces.

Los arts. 427 al 431, señalan la redacción que deberán contener nuestras sentencias y cómo deberán ser firmadas por los Jueces o Magistrados que las pronuncian.

El art. 427 contiene cuatro reglas: la primera ordena al juez que deberá principiar la sentencia expresando el lugar y la fecha en que dicte el fallo, la cual comprende hora, día, mes y año luego pondrá los nombres, apellidos y domicilio de los litigantes y la de sus apoderados, el objeto de la disputa y la naturaleza del vicio.

En la segunda regla, hará mérito en párrafos separados que principiarán con las palabras "considerando" de los hechos y cuestiones jurídicas que se contravientan, de las pruebas conducentes y de los argumentos principales de una y otra parte, dando las razones y fundamentos legales que estime procedentes y citando las leyes y doctrinas que considere aplicables.

En la tercera regla, le ordena que en los "considerandos" estimará el valor de las pruebas, fijando los principios en que descansa para admitir o desechar aquellas cuya calificación deja la ley a su juicio. Comentando esta regla la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de mayo de 1960, publicada en la Revista Judicial del mismo año, a la pág. 673, dijo: "Si un Tribunal al evaluar la prueba testimonial vertida en un juicio al hacer de ella un examen crítico le encuentra vicios, defectos y deficiencias que a su criterio le restan todo valor probatorio, no hizo sino uso de la facultad soberana que tienen todos los tribunales de instancia para la estimación del valor de las pruebas, facultad que específicamente, consagra la regla 3ª del art. 427 Pr."

La cuarta regla ordena a los jueces que pronuncien el fallo a nombre de la República. La razón estriba, dice Couture en que la función jurisdiccional se realiza en el Estado democrático, por institución del orden jurídico. La Justicia no se emite en nombre del Rey, ni del Presidente de la República, ni del pueblo; se emite en nombre de la nación organizada como tal, es decir: La República.

Las sentencias definitivas de Segunda Instancia, dice el art. 428, serán 1) por "vistos", o como explica Caravantes, es el acto público en general, que se celebra en los Juzgados y Tribunales para enterarse de los negocios y dictar sentencia, oídas las defensas de las partes; o como expresa Escriche, es la fórmula con que el juez o el Presidente de un Tribunal Colegiado, da por concluida la vista de una causa o anuncia el pronunciamiento del fallo.

2) Además, se deberá observar, en la sentencia, las reglas primera, tercera y cuarta del art. 427

3) Deberán también hacer relación del fallo del juez o tribunal inferior y la fecha en que se pronunció.

4) En sus "considerandos" solo harán mérito de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten, sin relacionar la prueba cuando las partes no objetaren la relación hecha en la sentencia de primera instancia, o cuando se estimare que la relación es exacta, debiéndose expresar ésto en la sentencia.-

5) Relacionarán brevemente y a fondo las pruebas presentadas y conducentes en la instancia

6) Darán las razones y fundamentos legales que estimen procedentes, citando las leyes y doctrinas que consideren aplicables

7) Contendrán la afirmación, reforma, revocación o nulidad y lo demás dispositivo que corresponda en derecho, y

8) La firma entera de los Jueces y la del Secretario del Tribunal que autoriza.

Lo dispositivo del acto es el conjunto de enunciaciones que forman el origen mismo del contrato y que el escrito debe necesariamente contener. Lo enunciativo son las indicaciones referentes a hechos o actos anteriores.

En las sentencias lo dispositivo que corresponda en derecho, serán necesariamente aquellas enunciaciones que forman el origen de la sentencia y que ésta debe necesariamente contener.

La omisión de la firma de los Magistrados o la del Secretario del Tribunal que autoriza la sentencia, produce nulidad absoluta, no ratificable por expreso consentimiento de las partes, y deberán declararse a pedimento de ésta o de oficio, en cualquiera de las instancias, aunque no se hubieran reclamado en el tiempo indicado en los arts. precedentes, expresa el art. 1130; y es motivo de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, en virtud de no estar autorizada la sentencia en la forma legal, art. 4º ord. 9º LC.

En la práctica, en las sentencias definitivas, tanto de los jueces de

primera instancia como de las Cámaras de Segunda Instancia, los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten, las pruebas conducentes y los argumentos principales de una y otra parte no se expresan por medio de extractos breves, claros y sencillos, sino que, el sistema que se emplea, es el de copiar íntegramente las pruebas, sean instrumentales, testimoniales, periciales, etc., sin hacer un extracto de ellas; y con respecto a lo alegado por las partes, también copian el alegato íntegro, especialmente los de expresión y contestación de agravios, en segunda instancia.

Por esa razón en los nuevos procedimientos de inquilinato y accidentes de tránsito, se prescribe: en el art. 35 LI. inc. 2º que: "En la redacción de las sentencias definitivas en esta clase de juicios, el juez no estará obligado a observar las reglas generales contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, sino que empleará una forma breve y sencilla, limitándose a lo que sea necesaria y suficiente para dictar resolución: pero pronunciará siempre *tallo a nombre de la República, por la razón que expusimos arriba*. Y el art. 156 de la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito prescribe: "El juez pronunciará sentencia motivada en forma breve con base en las pruebas que consten en el proceso, condenando o absolviendo a los demandados, y fijará el monto de la indemnización, en su caso":

J) Libramiento de la Ejecutoria.

Los arts. 1060 y 1061 prescriben que tanto las Cámaras de Segunda Instancia como la Corte Plena concluirán sus sentencias con esta fórmula: "Devuélvase el proceso al juzgado de su origen, con certificación de esta sentencia y librese la ejecutoria de ley".

En cambio, cuando la apelación fuere de sentencia interlocutoria o definitiva que sólo se hubiere admitido en el efecto devolutivo, la Cámara de Segunda Instancia no librará ejecutoria, y se limitará a devolver los autos al juzgado de su origen con certificación de la sentencia.

El art. 437 expresa que si no se apela por ninguna de las partes de la sentencia definitiva de Primera Instancia, queda de derecho consentida y ejecutoriada la sentencia, debiendo en seguida procederse a su cumplimiento por el Juez de la causa. Pero, introducido el proceso al tribunal superior, expresa el art. 447, corresponde a éste mandar librar la ejecutoria en todos los casos en que su sentencia queda ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada, y en aquellos en que declare desierta la apelación conforme a las disposiciones de este Código.

En los casos en que la sentencia de vista queda ejecutoriada y cuando recibe autoridad de cosa juzgada, se observarán para librar la ejecutoria los

trámites prescritos en los arts. 444 y 446, como lo explicaremos más adelante.

El tribunal que pronunció la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no expedirá la ejecutoria respectiva, mientras la parte interesada *no hubiere la reposición del papel sellado a que se refiere el inciso último del artículo 1291 de este Código.*

El art. 1088 también prescribe que ejecutoriada la sentencia del tribunal superior, se devolverá el proceso con certificación de ella al Juez o tribunal inferior.

Pero, si ninguna de las partes hubiere suministrado el papel sellado necesario para extender dicha certificación, las Cámaras podrán librar las certificaciones en papel simple de las sentencias con que, una vez pronunciados sus fallos han de devolver a los tribunales inferiores los autos respectivos. En tal caso el Secretario del Tribunal pondrá la constancia necesaria en el incidente del recurso, para exigir la reposición del papel sellado cuando se trate de expedir la ejecutoria de la sentencia del tribunal, de acuerdo con lo que dispone el inc. último del art. 447, que se deja transcrito, tal como lo ordena el inc. último del art. 1291 Pr.

Las Cámaras de Segunda Instancia librarán también las ejecutorias de las sentencias, cuando se interponga casación, de acuerdo con lo que disponen los arts. 13, 16 y 18 al 23 LC. En to los esos casos, la sentencia que pronuncie la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en el recurso de Casación, ya sea rechazándolo, declarando inadmisibile, casando o declarando no haber lugar al recurso, la ejecutoria de ley la librará siempre la Cámara de Segunda Instancia, porque el tribunal de Casación sólo tiene potestad o facultad de declarar si en la sentencia de que se ha recurrido se ha o no violado la ley en su fondo y forma y no le corresponde a él librar la *ejecutoria de ley.*

La Cámara, para librar la ejecutoria de ley procederá al igual que los jueces de primera instancia, conforme lo disponen los arts. 444 al 446 Pr. según lo dejamos dicho. Es decir, si la sentencia de la Cámara no admite recurso de casación, una vez pronunciada, mandará librar la ejecutoria con solo el pedimento de la parte victoriosa, art. 444 Pr.

También librará las ejecutorias cuando las partes consientan expresa o tácitamente de la sentencia pronunciada por la Cámara, con las diferencias indicadas en el art. 446, o sea, que si las partes pidieren ejecutoria de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando hubieren consentido expresamente de la sentencia pronunciada por la Cámara ésta librará la ejecutoria con el solo pedimento de las partes.

Pero si la ejecutoria se pidiera porque la parte consintió tácitamente

de la sentencia, no recurriendo de ella en casación, la Cámara deberá ordenar previamente se oiga dentro de tercero día a la parte contraria, y con lo que exponga ésta o en su rebeldía, acusada que sea, acordará que, no habiéndose interpuesto el recurso de casación, dentro del término de ley, se declare pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia pronunciada, y se manda librar la ejecutoria de ley.

Las sentencias pronunciadas por las Cámaras y autorizadas por sus Secretarios se guardarán originales en los archivos de sus respectivas secretarías con lo actuado en ellas, poniéndose en los procesos certificaciones firmadas por el Secretario, de acuerdo con lo que prescribe el art. 431 Pr.

RECURSO DE HECHO

I. GENERALIDADES

Al referirnos a la denegación de la apelación, pág. 30, dijimos que sólo en el caso de negarse por el Juez la apelación, puede el agraviado instaurarla en el tribunal superior, como se dispone en el Cap. IV, Título Primero del Libro Tercero del Código, que se refiere al Modo de Proceder en el Recurso de Hecho, de acuerdo con lo que dispone el art. 989 Pr.

Hoy estudiaremos especialmente el expresado Recurso de Hecho. De acuerdo con lo que expone el Dr. Padilla y Velasco en su tesis doctoral, el Recurso de Hecho existe en El Salvador desde el primer Código de 1857, con las modificaciones que él indica a la pág. 71 Tomo II de su referida tesis, hasta llegar a la forma en que actualmente lo regula nuestra legislación.

El fundamento del Recurso de Hecho lo encontramos en el principio mismo de la impugnación de las resoluciones judiciales, en especial el de la apelación, o sea en el derecho que tienen las partes que se sienten agraviadas de las resoluciones del juez inferior de ocurrir ante el juez superior en demanda de justicia. Dicho derecho sería ilusorio o nugatorio si no tuviera también la parte el derecho de recurrir directamente ante el juez superior, ante la negativa del inferior de concederle la apelación interpuesta. Sabiendo los jueces que si deniegan indebidamente una apelación, la parte ocurrirá ante el juez superior no la denegarán, sino en los casos en que, de acuerdo con la ley o su criterio, la resolución no sea apelable.

Es de tal importancia el recurso de hecho que si la apelación la denegare no sólo el Juez de Primera Instancia sino también la Cámara al conocer del Recurso de Hecho, la denegativa es motivo de casación, conforme lo expresa el art. 4, ord. 7º. L. C. al decir que el recurso por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio tendrá lugar: "7º) Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, ya sea de oficio o por virtud de un recurso de hecho".

En conclusión, el Recurso de Hecho, además de constituir un derecho de la parte, en el fondo es el mismo recurso de apelación, con la diferencia que aquel se interpone ante el tribunal superior en grado, ante la negativa del Juez inferior que proveyó la resolución recurrida; lo que se deduce de los arts. 979 y 1028, que dicen el primero, "que sólo en el caso de denegarse por el juez la apelación, puede el agraviado instaurarla ante el tribunal superior" y el segundo: que "negada la apelación por el juez, debiendo haberse concedido, podrá el apelante presentarse ante el tribunal superior... pidiendo que se le admita el recurso".

II. Cuándo procede el recurso

De acuerdo con lo que dejamos expuesto, en primer lugar, el recurso de hecho solamente procede cuando el tribunal inferior deniega la apelación, pues si la negativa fuere falsa el recurso es totalmente improcedente, conforme lo expresa la parte final del art. 1029.

1) El tiempo para interponer el recurso de hecho lo es de tres días contados desde el siguiente al de la notificación de la denegativa más el término de la distancia, contado entre el lugar de situación del juzgado o tribunal a que a la Cámara o tribunal ad quem, que, de acuerdo con el art. 211, es de una día por cada 6 leguas, según lo expresa el art. 1028.

2) El tribunal ante quien se interpone el recurso lo es el superior en grado, juzgado o tribunal que denegó la apelación; por ejemplo: suponiendo que fuere un Juez de Paz de San Salvador, el que denegare la apelación, puede la parte ocurrir ante cualquiera de los Jueces de Primera Instancia, de San Salvador, sólo que en el término de 24 horas porque ambos jueces residen en el mismo lugar, o el de tres días, cuando residieren en lugares distintos, exponiendo lo sucedido, conforme lo expresa el art. 495. Pero si se tratare de un Juez de Primera Instancia, supongamos que uno de los Jueces de Nueva San Salvador o Santa Tecla, el interesado deberá ocurrir ante la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro,

con sede en la ciudad de Cojutepeque, a cuya jurisdicción corresponden los Juzgados situados en el Departamento de La Libertad.

En este caso el interesado tendría, además de los tres días, el término de la distancia de Santa Tecla a Cojutepeque hay 47 kms., o sean 12 leguas, lo que le daría derecho a otros dos días más de término. Si el proceso se siguere en una de las Cámaras de Segunda Instancia, cuando conforme a la ley conocen en Primera Instancia, el recurso de hecho se interpondrá ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, que es el tribunal encargado, por ley, para conocer en Segunda Instancia. La disposición que dice que el apalante deberá presentarse ante el tribunal superior e interponer su recurso de hecho ante él, lo es el art. 1028 tantas veces citado

3) *La forma de interponer el recurso, lo es por escrito, en el papel sellado correspondiente y su redacción es de suma importancia, pues debe expresarse en el escrito el tribunal que denegó el recurso, el proceso que se sigue y su naturaleza, los nombres de las partes, cuál fue la resolución cuya apelación se denegó, la fecha en que se notificó la denegativa y como todo escrito, se concluye con la expresión del lugar en donde reside la Cámara o tribunal superior y la fecha en letras, debiendo llevar la firma del recurrente y la de su abogado director, con el sello correspondiente, si no fuere Abogado el procurador que interpone el recurso.*

III. Procedimientos y facultades del tribunal superior

1) En primer lugar y de acuerdo con la parte final del art. 1028 Pr. el tribunal superior tiene la facultad de rechazar la apelación interpuesta mediante el recurso de hecho, si de la simple lectura de la solicitud apareciere la ilegalidad de la alzada. Es frecuente que ciertos litigantes inescrupulosos o temerarios, apelan de toda resolución, aún de los simples decretos de sustanciación y tengan todavía el descaro de recurrir de hecho ante el tribunal superior, cuando el inferior les deniega la apelación. En estos casos bien podría imponerse al abogado la sanción señalada en el art. 1293 que dice: "Todo abogado que promueva artículos ilegales será condenado en las costas que en ellos se causaren a las partes. Si las solicitudes o gestiones fueren conocidamente maliciosas o sin otro objeto que demorar o complicar el asunto, y en especial si apareciere delito o falta, el juez de oficio dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia, quien comprobado el hecho a juicio prudencial de la misma, suspenderá al abogado, o procurador culpable, aunque no aparezca firmado en dichas solicitudes o gestiones".

Interpuesto el recurso de hecho y si aparentemente fuere viable y no apareciere la ilegalidad de la alzada, la Cámara o Tribunal mandará librar dentro de tercero día provisión al juez inferior para que remita los autos. art. 1028

Si la negativa de la apelación hubiere sido cierta, el Juez de Primera Instancia remitirá la causa dentro de tercero día. art. 1029. Dicha remisión deberá hacerse con noticia de las partes.

El proceso deberá remitirse al tribunal superior tal como se ha dicho al conocerse de la apelación, o sea de la manera que se dispone en el art. 1000, pero si el juez inferior residiere en el mismo lugar, hará la remisión directa en el mismo día, conforme lo ordena el inc. 1º del art. 1030. En la práctica el proceso se remite por medio del ordenanza del Tribunal o por medio del correo nacional, según dejamos dicho.

El inciso segundo del mismo artículo indica que el término para introducir el proceso al Tribunal superior, es el de un día por cada 6 leguas, contados desde la entrega del proceso (a la parte), y si por culpa del apelante no se hubiere remitido dentro de dicho término, se declarará sin lugar el recurso.

Dicha declaratoria la hará el tribunal superior al recibir los autos, y previo informe del juez inferior, que le indique la fecha en que los entregó al apelante.

Esto no lo dice la ley, pero se sobreentiende

Al declarar sin lugar el recurso la Cámara, en el caso que comentamos, su resolución es una sanción que la ley impone al apelante por no haber introducido el proceso en el término de ley. Es decir, su derecho precluyó con el tiempo.

2) Interpuesto el recurso, si lo hubiere sido en tiempo y el Tribunal superior estimare que es procedente, mandará librar dentro de tercero día provisión al Juez Inferior para que remita los autos conforme lo ordena el inc. 1º del art. 1028.

3) Si la negativa de la apelación hubiere sido cierta, agrega el art. 1029, el Juez de Primera Instancia remitirá la causa dentro de tercero día, y si fuere falsa la negativa, bastará que lo informe así.

En ambos casos, para librar la provisión y remitir los autos, los Tribunales deben actuar rápidamente. En el primer caso, la ley concede al Tribunal Superior un término prudencial de tres días para estudiar el recurso interpuesto y ver si de su simple lectura o del fondo de ella, se desprende la procedencia o improcedencia de la apelación interpuesta. En cambio, para la remisión de los autos el tribunal interior no tiene que estudiar nada, sino cumplir la orden del superior. Por esa razón se dice atrás que si el Juez inferior residiere en el mismo lugar que el superior, hará la remisión directa en el mismo día, conforme lo ordena el inc. 1º del art. 1030 en relación con el art. 1000.

4) Calificación de la apelación por la Cámara. El art. 1031 ordena que una vez introducido el proceso en el tribunal, lo tomará en consideración dentro de seis días a lo más y siendo ilegal la alzada, resolverá en el acto que los autos se devuelvan al juez para que lleve adelante sus providencias. Pero si el tribunal superior juzgare haber sido denegada indebidamente la apelación ordenará que el proceso pase a la oficina. En otras palabras la ley concede al tribunal de apelación la facultad de calificar la procedencia o improcedencia del recurso con base en los autos que le ha remitido el juez inferior, y para ello le da un término prudencial de seis días, o sea una semana hábil de trabajo. Hasta demasiado tiempo le da la ley al tribunal de apelación para calificar la legalidad o ilegalidad de la alzada. En la práctica los tribunales resuelven más rápido de lo que la misma ley prescribe, lo cual es meritorio de su parte.

5) Despacho de emplazamiento al apelado. El inc. 2º del art. 1031 dispone que si la apelación se hubiere denegado indebidamente, la Cámara ordenará se libre despacho de emplazamiento al apelado, para que ocurra dentro del término de ley a estar a derecho. Sin embargo esta prescripción la encontramos después de las frases que dicen: "ordenará que el proceso pase a la oficina", "que el apelante exprese agravios". Con lo cual pareciera indicar que en ese orden debe cumplirse la resolución de la Cámara. Lo que no me parece correcto, porque si se ordena que el apelante exprese agravios antes de emplazar al apelado, se podría dar el caso de que este, ignorando que al apelante se le ha dado traslado para expresar agravios, podría perder su derecho de acusarle deserción, ya sea porque no exprese agravios, o porque no devuelva los autos dentro del término de ley, cuando se le han entregado para que exprese agravios, tal como lo dejamos expuesto al referirnos a la deserción de la apelación. Por tal motivo soy de opinión que lo primero que debe ordenar el tribunal, en este caso, es librar

despacho de emplazamiento al apelado, para que pueda ejercer su derecho de audiencia, y una vez el despacho de emplazamiento haya regresado al Tribunal de apelación, ordenar se entreguen los autos al recurrente -apelante-, para que exprese agravios. En la práctica algunos tribunales así lo hacen

6) Casación. Como la Cámara de Segunda Instancia tiene la facultad de calificar la procedencia o improcedencia de la apelación interpuesta por medio del recurso de hecho, puede suceder que el tribunal se equivoque, ya sea rechazando una apelación que conforme a la ley procede o admitiendo una indebidamente. En el primer caso, el recurrente tiene el derecho de interponer casación, conforme se lo autoriza el art. 4 ordinal 7º L.C. al decir que el recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, tendrá lugar: "7º Por haber declarado indebidamente la improcedencia de una apelación ya sea de oficio o por virtud de un recurso de hecho"

En el segundo caso, si la Cámara admitió un recurso de hecho indebidamente, y ya para sentenciar comprobare que la apelación es improcedente, puede, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1061, inc. 3º, declarar de oficio, en cualquier estado de la causa y antes de la sentencia, improcedente la apelación admitida contraviniendo las disposiciones legales

Confirmando lo expuesto en los dos párrafos anteriores, en la R. J. Tomo LXXIV, pág. 477, hay una doctrina que dice: "Ha lugar a Casar, con base en el ordinal 7º del art. 4 de la Ley de la Materia, la Sentencia Interlocutoria de una Cámara pronunciada en el Recurso de Hecho, en la cual confirma la resolución del Juez a quo, en que deniega indebidamente la apelación de una sentencia definitiva, dictada en Juicio Ordinario, que no se había notificado al recurrente, porque en tal caso, nunca causa estado respecto de la parte quejosa

IV. CASOS DE ATENTADO

Conforme al art. 1032 el recurso de hecho no suspende la ejecución de la sentencia, ni el procedimiento, mientras no se pidan los autos por el tribunal superior. O lo que es lo mismo, el Juez de la causa conforme lo dispone el art. 992, si deniega del todo la apelación interpuesta, queda expedita su competencia y no jurisdicción como dice la ley, aunque su providencia no sea arrelgada y de ella responderá conforme a la ley.

Indudablemente el Juez al denegar la apelación interpuesta, ignora si el apelante ha o no recurrido de hecho a la Cámara respectiva. La ley lo faculta para continuar conociendo del proceso, mientras no se le pidan los autos, sólo que si su resolución fuere ilegal, responderá conforme a derecho. Pero una vez la Cámara le pida los autos, ante el recurso de hecho interpuesto por el apelante, debe suspender toda tramitación del proceso y remitir éste inmediatamente al tribunal superior. De lo contrario cualquier resolución que provea será atentatoria, con base en lo dispuesto en los arts. 1110 en relación con el 992 Pr., los que prescriben: que se tendrán por atentatorias cualesquiera providencias dictadas por los jueces inferiores contra lo dispuesto en el art. 992, o sea, que admitida la apelación simplemente o en ambos efectos, queda del todo suspensa la competencia del juez y por consiguiente será atentatoria cualquier providencia que dictare, excepto aquellas que expresamente le autoriza el Código. En el recurso de hecho, ya el Juez ha denegado la apelación, por eso el apelante recurre de hecho; pero una vez que la Cámara le pide los autos como lo expresa el art. 1032, la competencia del Juez queda del todo suspensa, o como digo arriba, debe suspender toda tramitación del proceso y remitir los autos al tribunal superior; de lo contrario, cualquier resolución que provea será atentatoria.

RECURSO ORDINARIO DE REVISION

Nuestro Código no define el Recurso de Revisión sino que en el art. 496, dice: "En el recurso de revisión, el Juez de Primera Instancia señalará día y hora para que las partes ocurran a alegar su derecho. El Juez las oirá verbalmente, sentándose en un acta sus alegatos; y comparezcan o no, fallará dentro de tercero día sin más trámite ni diligencia".

En este recurso como expresa el Dr. René Padilla y Velasco, no hay término de prueba, ni oposición de excepciones, ni alegatos de ninguna especie, puesto que el verdadero concepto de este recurso, es el que decía el Dr. Menéndez en las palabras siguientes: "Entiendo por revisión lo que debe entenderse, porque hasta ésto se ha confundido entre nosotros: el examen de lo practicado, sin practicar nada nuevo".

Existen varias clases de recursos de revisión a saber:

1º) Por razones de la cuantía de lo que se litiga:

a) En los juicios verbales, los arts. 502 y 503, expresan: "que de la

sentencia que se pronuncie por el Juez de paz, no habrá más recurso que el de revisión; el primero habla de los juicios in voce o cuando lo litigado no exceda de cincuenta colones, y el segundo cuando la cantidad que se litiga exceda de dicha suma y no pase de quinientos colones; b) En los procesos seguidos contra los Jueces de Primera Instancia, que serán seguidos por otro Juez de Primera Instancia; si la cantidad que se litiga no pasare de quinientos colones, conocerá la Cámara de Segunda Instancia respectiva en revisión.

2º En los procesos de disenso para contraer nupcias: Cuando se tratase del disenso para contraer matrimonio de la sentencia que pronunciare el Juez de Primera Instancia que deniegue dicho disenso, conocerá la Cámara de Segunda Instancia respectiva en revisión, aunque el art. 808 Pr., diga que los que se sintieren agraviados de la sentencia del Juez de Primera Instancia, pueden apelar para ante la Cámara de Segunda Instancia respectiva, quien con sólo la vista de las diligencias y sin otro trámite, resolverá lo que estime justo y arreglado. Y en esto consiste precisamente el Recurso de Revisión, que nuestra ley no define, lo mismo que los expositores del Derecho que he consultado, o sea que en la revisión, no hay traslados para expresar y contestar agravios, nunca se reciben pruebas, y el Juez con sólo la vista de lo actuado por el Juez de Primera Instancia, resuelve lo que estime arreglado a Derecho sin otro trámite.

De acuerdo con lo que dice el Padre de nuestra Legislación se puede definir el Recurso de Revisión, diciendo "Que es el examen que verificará el Tribunal Superior de lo practicado por el inferior, sin efectuar nada nuevo"

3º El que protestare de la forma en que se ejecuta la sentencia. De acuerdo con el inciso 2º del art. 443 Pr., cuando una de las partes alegare en el acto de darse cumplimiento a una sentencia ejecutoriada, o por separado dentro de tercero día, inconfirmitad por lo hecho por el Juez con dicha sentencia, se remitirán los autos en revisión al Tribunal que la pronunció, y de lo que este resuelva, no habrá recurso ni rectificación de ninguna especie.

Nuestra jurisprudencia sobre este caso, en la obra del Doctor Angel Góchez Castro, 1er. Volumen, a las páginas 74 y 75, dice una sentencia publicada en la R. J. Enero 15 de 1908, pág. 34, lo siguiente: El recurso de revisión tiene por objeto asegurar el fiel cumplimiento de la sentencia por parte de los jueces encargados de ejecutarla, y es procedente cuando el

„Juez provee un auto en que determine la manera de dar cumplimiento a una sentencia. Si el Juez niega el Recurso, puede interponerse el recurso de hecho, art. 443 y 1028 Pr.

Este recurso de Revisión a que se refiere el Doctor Góchez Castro en el art. 443, que se deja relacionado, es diferente a los dos anteriores que hemos visto, porque los anteriores, aluden a la Revisión de una sentencia definitiva pronunciada por un Juez inferior; en cambio, el art. 443, se refiere a la revisión de la ejecución de una sentencia ejecutoriada, lo cual es distinto de lo anterior.

4º Para terminar con esta clase de Recursos, nos referiremos al Recurso de Revisión en materia Penal, establecido por nuestra Constitución Política en el inc 2º del art. 171 de 1962, que establece además la indemnización que el Estado debe pagar a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados, en el Proyecto de la Constitución de la actual Constituyente, dicho principio aparece como inc 2º del art. 17 y está redactado bastante igual al que dejamos transcrito.

RECURSO DE EXPLICACIÓN DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA

Al igual que en Primera Instancia, Segunda Instancia, las partes pueden pedir explicación de la sentencia al Tribunal que la pronunció, conforme lo expresan los arts. 436 y 1086 Pr.:

1 - Procedimiento que se sigue en este recurso

Para una mejor comprensión de este recurso, estudiaremos primero, el art. 436 y luego haremos una comparación con el 1086, estableciendo sus semejanzas y diferencias. Comenzaremos por exponer la diferencia entre ambas disposiciones legales: En el art. 436 se puede, además de pedir explicación de la sentencia, pedir también las condenaciones o reformas convenientes en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos, lo que no autoriza el 1086, sino solo la explicación.

Consiguientemente estudiaremos, en primer lugar lo relativo a la explicación de la sentencia definitiva. Notificada ésta, se puede, a pedimento de cualquiera de la partes, siempre que sea presentado dentro de veinticuatro horas de notificada la sentencia, explicar, dentro de tres días contados desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria, algún concepto obscuro de la sentencia

Este Recurso Ordinario, persigue que las partes entiendan plenamente que es lo que el Juez o Cámara resolvió, que no se queden con ninguna duda. En la práctica, es raro que un Juez o Tribunal, pronuncien sentencias que no se entiendan, o que sean oscuras, como dice la ley. Sin embargo, algunos litigantes inescrupulosos, por el solo hecho de demorar el proceso, piden explicación de la sentencia, por ser oscura, como acostumbran también el mismo tipo de profesionales, el de oponer, antes de contestar la demanda, la excepción de la oscuridad de la misma, cuando en realidad, tanto la sentencia como la demanda son muy claras. A este respecto, he encontrado una sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, a las ocho y media horas del día veintiocho de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro, publicada en la R. J. Tomo LIX, pág. 406, en el que el Tribunal, sobre el particular hace el siguiente razonamiento: "Si bien de conformidad al art. 436 Pr. relacionado, pudiera computarse el término de interposición del recurso de casación desde que sea notificado el interesado de la segunda resolución que se pronuncie en los casos previstos en dicho artículo eso debe entenderse cuando ese recurso objeto de la segunda resolución, ha podido admitirse legalmente, como cuando se ha pedido explicación de algún punto obscuro de la sentencia o condenación o reforma en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos, pero no, cuando se ha solicitado una cosa a todas luces improcedente, como fue en primer lugar, la revocatoria de la sentencia definitiva que expresamente niega el artículo del Pr. mencionado, y en segundo lugar, explicación de la misma sentencia, sin indicar el motivo y cuando ya había transcurrido con exceso el término en que pudo solicitarse"

Tanto en Primera como en Segunda Instancia, la petición de explicación de sentencia, debe ser presentada dentro del término de veinticuatro horas de notificada la sentencia. En la práctica puede suceder que el Juez o la Cámara no se fije la hora en que fue notificada la sentencia y la hora en que fue notificada la sentencia y la hora en que fue presentado el escrito de explicación, y mande a oír a la parte contraria, como si la petición hubiere sido presentada en tiempo; en tal caso, al final se declarará sin lugar la explicación cuando el Juez tenga que resolver. Lo correcto es que el Juez se fije bien en ambas horas, la de la notificación de la sentencia y la de la presentación del escrito, para tramitar o no la explicación solicitada. En lo personal, tuve un caso cuando era Presidente de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, que el escrito fue presentado veinticinco horas después de notificada la sentencia; el Tribunal a mi cargo proveyó la resolución declarando sin lugar el recurso, por extemporáneo, al día

siguiente de presentado el escrito, cerca del mediodía, y el notificador se lo hizo saber a la parte peticionaria al tercer día, también como a las horas del mediodía, con lo cual sólo le quedaban tres días para interponer el Recurso de Casación, el que interpuso cuatro días después, y la Sala de lo Civil se lo declaró sin lugar por ser extemporáneo, o sea siete días después de haber sido notificada la Sentencia definitiva de Segunda Instancia, tal como lo resuelve la Sentencia arriba transcrita, por ser la solicitud extemporánea.

II - Contestación de la parte contraria

La parte contraria en el art. 436 no dice el término que tendrá la parte contraria para evacuar la audiencia, como si lo expresa el 1087, al decir que la parte contraria deberá evacuar la audiencia para el siguiente día, pero hay una regla general contenida en el art. 1270 en el sentido de que las solicitudes sobre revocaciones y explicaciones de sentencias, se sustanciarán oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad, salvo en los casos de los arts. 1118 y 1290.

III - Resolución del Juez o Tribunal

De conformidad con el art. 436, el Juez deberá resolver explicando la sentencia dentro de tres días contados desde la fecha en que hubiere sido devuelto el traslado por la parte contraria. La expresión "devuelto el traslado" pareciera indicar que se le entregaron los autos a la contraria para que evacuara la audiencia en el día siguiente; pero no es así, no se entregan los autos, porque de acuerdo con nuestra legislación esas expresiones, se entienden que es después de evacuada la audiencia por la contraria o después de habersele acusado rebeldía por el interesado sin que se hayan entregado los autos. Cuando se entregan los autos, expresamente la ley lo dice que se entreguen los autos. En las Reformas que se propusieron por el suscrito en la Primera Jornada de Estudios arriba mencionada, propuse y fue aprobada por unanimidad, que jamás se entreguen los autos a ninguna de las partes, sino que tanto éstas como el Juez deben dar copia para la contraria y a las partes, para que éstas con las copias de sus escritos, formen un expediente completo del caso cuestionado.

En Segunda Instancia no le fija término al Tribunal o Cámara para resolver la petición, sino que únicamente aclara que aquélla la deben rendir los mismos Jueces que fallaron la causa, aún cuando algunos hubiesen sido suspensos o estuvieren enfermos o ausentes, para cuyo efecto se les

pasarán los procesos; pero como se trata de un decreto de sustanciación, deben proveerlo dentro de veinticuatro horas de presentado el escrito, art. 424 Pr

Caso de ausencia, se concederá a más del término legal, un día por cada seis leguas de distancia de ida y vuelta. Si alguno de los vocales hubiere concluido en sus funciones, estuviere a la sazón de puesto o hubiere muerto, o se hallase enfermo en estado de no poder explicarse, o ausente del territorio de la República, harán la explicación los que en tales circunstancias, compusiesen la Cámara que sentenció

Como se ve es demasiado complicado el procedimiento que establece nuestra actual legislación. Indudablemente el que pronunció la sentencia puede explicarla mejor que otro que no la conoce; pero si la misma Ley autoriza en los casos que indica la parte final del segundo inciso del artículo transcrito, que los Magistrados que integren la Cámara den la explicación, lo más práctico es que siempre se debiera proceder así

En el Proyecto de Reformas, no se dijo nada al respecto..

Indudablemente que en Segunda Instancia, se suprimió lo que se puede hacer en Primera Instancia de Reformas a lo accesorio, como son las costas, intereses, frutos, etc., porque el interesado lo puede hacer en Primera Instancia y si no lo hizo y se conformó con el resultado de la sentencia, caso que fuere victorioso, allí termina todo; pero si la parte perdidosa apela de lo principal de la sentencia, el que perdió lo accesorio, puede en Segunda Instancia adherirse a la apelación para que se reforme la sentencia en lo accesorio, como se lo permiten los arts. 1010 al 1013. Pr.

TERCERA PARTE

RECURSOS EXTRAORDINARIOS

CAPITULO PRIMERO

DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA

1) NOCIONES GENERALES

El recurso extraordinario de queja, tendrá lugar en dos casos:

- 1º Por atentado cometido; y
- 2º Por retardación de justicia.

2) DEFINICIONES

a) Se entiende por atentado, el procedimiento abusivo de cualquier autoridad; y en sentido más estricto, es el procedimiento de un Juez sin bastante jurisdicción o contra el orden y forma que previene el Derecho; tal como lo define Escríche.

En la práctica se dan muchos casos de atentados, por tal motivo, la jurisprudencia sobre ellos es abundante; por tal motivo, sólo citaremos los más importantes

b) Rafael Gallinal en su obra ya citada, se expresa así: "En sentido civil, la palabra atentado dice relación al procedimiento judicial de cualquier Tribunal y en cualquier juicio, y en tal concepto se llama así, en términos generales, toda providencia dictada sin competencia expedita, o bien contra el orden y forma establecidos por el Derecho.

Más adelante, expresa que el atentado y su remedio en estos casos, tenían por fundamento las leyes 26 y 27, título 23, Partida 3a., calificadas por los prácticos antiguos, como Uizondo de famosas. En la primera de ellas se disponía, entre otras cosas que, "Mientras que el pleito anduviese ante el Juegador de la alzada, el Juez de que se alzaren non faga ninguna cosa de nuevo en el pleito, ni en aquello sobre que fue dado el juyzio", y por la segunda, que toda innovación fuese reparada por el superior.

Como se ve -dice-, el atentado era una suma en el derecho antiguo, uno de los muchos casos de nulidad que pueden ocurrir, y su reparación pronta y efectiva, fue mirada con tal favor, que mereció un procedimiento y recurso especial, que se denominó recurso de atentado.

CASOS DE ATENTADO

1) En una sentencia pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia de lo Civil, pronunciada el 15 de julio de 1908, publicada en la Revista Judicial, Tomo XIII, pág. 351, la Cámara enumera seis casos de atentado, de acuerdo con la legislación vigente en esa época.

2) El Doctor Padilla y Velasco en su tesis doctoral citada, de 1935, enumera ocho casos de atentado vigentes en la legislación de su época.

3) Pero en la actualidad como ya fue suprimida la súplica, solamente serían seis los casos de atentado que enumera nuestro Código Procesal Civil vigente; sin embargo, hay un caso que mencionaré al final de la enumeración y análisis que a continuación haré, que según mi criterio constituye otro atentado, aunque la ley no lo diga, por interpretación analógica de los siguientes casos:

Primer caso de atentado, art. 990 Pr.

Al hablar de la apelación dijimos que desde que un litigante presente su escrito de apelación, queda circunscrita la competencia (no jurisdicción) del Juez para declarar si es o no admisible en uno o en ambos efectos y cualquier otra providencia que dictare se reputará atentatoria. Pero no obstante lo anterior, el Juez podrá terminar cualquier diligencia comenzada ya en el caso de presentarse el escrito de apelación, y pusimos como ejemplo los casos en que al Juez se le hubiere pedido una certificación o el desglose de un documento, dejando razón de él en autos, cuando se interpusiera la apelación por la otra parte. En dichos casos el Juez puede extender la certificación y efectuar el desglose, sin cometer atentado.

También explicamos de que si el Juez efectuaba otro tipo de providencias, que no tuvieran que ver nada con una petición anterior de cualquiera de las partes o comenzada a ejecutar la sentencia, de la cual se ha apelado, dichas resoluciones serían atentatorias.

Hoy, en la práctica, generalmente ninguno de los Jueces efectúa ninguna clase de diligencias, ni aún las mismas que la ley le autoriza, por el temor de cometer atentado.

Segundo caso de atentado, art. 992 Pr.

De acuerdo con dicho artículo, si el Juez admite la apelación simplemente o en ambos efectos, queda del todo suspensa su competencia y será atentatoria cualquier providencia que dictare, salvo las que expresamente le comete este Código.

Entre ellas están las comprendidas en los arts. 993, 997, 999 y 1033

a 1035, o sean:

- a) La remisión del proceso original;
- b) Entregar el proceso a quien debe conducirlo, anotando en él el día y hora de la entrega;
- c) Extender la certificación del proceso que solicite alguna de las partes; y
- d) Declarar la deserción del apelante cuando por su culpa no se remitiere el proceso, y tramitar el procedimiento para hacer la declaración.

Sobre estos dos casos, hay una sentencia publicada en la Revista Judicial Tomo LXIX, pág. 159, que en lo esencial dice: "La situación procesal que se produce cuando queda circunscrita o suspensa, la jurisdicción del Juez o Tribunal por haberse interpuesto un recurso de apelación o por haberse admitido ésta, simplemente o en ambos efectos, en los casos de los arts. 990 y 99 Pr., es distinta de la incompetencia de jurisdicción.

En los casos de dichos artículos, lejos de haber incompetencia de jurisdicción, se está bajo el supuesto de que el proceso se halla bajo el conocimiento de su Juez competente, pues sólo de modo transitorio lo es circunscrita o suspensa en jurisdicción sobre el pleito; y está llamado a asumirla nuevamente si el recurso de apelación pendiente es denegado y en todo caso, después de ser resuelto por el Tribunal Superior, al readquirir el inferior su potestad de conocimiento para la ejecución del fallo.

La disparidad de ambas situaciones resulta evidente si se observa que ellas dan lugar a recursos también disímiles; recursos que, para la incompetencia de jurisdicción son, o bien la oposición de la correspondiente excepción dilatoria o bien la nulidad del procedimiento o el recurso de casación fundado en el Art. 4 N° 2 de la Ley de Casación; en tanto que para los casos en que el Juez actúa estando circunscrita o suspensa su jurisdicción es el medio adecuado de reparación el recurso de queja establecido en el art. 1104 Pr., y que tiene lugar por el atentado que constituyen tales extralimitaciones.

Tercer caso de atentado por despojo de posesión

1) De acuerdo con nuestra vigente Constitución Política, el art. 164, que trata del derecho de audiencia, que en latín se denomina principio "non bis idem", o sea la garantía de seguridad jurídica, prescribe que: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad, propiedad, o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. "

En el art 11 del anteproyecto de la nueva Constitución, se transcribe íntegramente el mismo artículo en la parte que se deja transcrita, en otras palabras, no ha sido modificado el principio del derecho de audiencia o de garantía de seguridad jurídica, lo cual es digno de encomio para los señores Constituyentes.

2) Conforme lo expresa Escriche en su Diccionario, en el estado primitivo del género humano, todas las cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban por la posesión, y se perdían con ella; de modo que la posesión se confundía entonces con la propiedad, hasta que el establecimiento del derecho civil hizo de ella dos cosas distintas e independientes, la posesión no fue ya, sino el mero hecho de tener la cosa, y la propiedad llegó a ser un derecho, un vínculo moral entre la cosa y el propietario, vínculo que ya no pudo romperse sin su voluntad, aunque la cosa no estuviere en sus manos; en una palabra, pudo uno ser propietario sin poseer la cosa y poseerla sin ser propietario

Sin embargo, en el derecho Civil moderno, la posesión ya no es simplemente un hecho, aunque el art 745 del C. diga que la posesión es la tenencia de una cosa determinada, con ánimo de ser señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él; o como decían los Romanos "corpore et animus", en lo que a la primera parte de este artículo se refiere, y en la segunda la llamaban "corpore alieno"

El segundo artículo del 745 citado, establece que: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo"

En los siguientes artículos se estudian las diferentes clases de posesión, regular o irregular, de buena o de mala fe y se aclara que se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, y a la inversa, poseedor de buena fe, pero poseedor irregular, después se mencionan los justos títulos de la posesión.

Pero todo eso es materia civil y si hemos definido la posesión y hecho referencia a los diferentes títulos en que se puede poseer una cosa, lo ha sido únicamente como una explicación necesaria para la mejor comprensión del atentado por despojo de posesión.

3) Consecuente con el orden de nuestro estudio, el despojo lo define Escriche como: "El acto violento o clandestino por el cual uno es privado de una cosa mueble o raíz que poseía, o del ejercicio de un derecho que gozaba".

Nuestra Constitución establece como una de las garantías de las personas, el derecho a no ser privado de su posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; y si lo fuere, puede recurrir de amparo ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución. Amparo que de acuerdo con el art. 12 y siguientes del Proceso de Amparo de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se pide ante la Corte Suprema de Justicia, cuando el acto contra el que se reclama no pueda subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos. Ahora bien, conforme el art. 13 de la ley citada, el Juicio de Amparo es improcedente en asuntos judiciales puramente civiles, comerciales o laborales, y respecto de sentencias definitivas ejecutoriadas en materia penal.

Por consiguiente hay diferencia entre el caso del atentado por despojo de posesión en un proceso o juicio civil y la violación al derecho de posesión cometido por cualquier autoridad, inclusive un Juez de lo Civil.

De acuerdo con nuestros Procedimientos Civiles, el atentado es un Recurso Extraordinario que puede interponerse en tres formas:

1º Mediante el Recurso Especial de Queja por Atentado, ante el Tribunal que deba conocer en apelación, aunque este recurso no tuviese lugar; arts. 1106 al 1008.

2º Mediante el Recurso de Apelación, si la resolución atentatoria fuere apelable; y

3º En el Recurso de Apelación haciendo mérito del atentado cometido como algo accesorio de lo principal, art. 1110.

En cambio el Amparo, es un Procedimiento Constitucional que de acuerdo con el art. 14, se presentará por medio de una demanda de parte de la persona agraviada, por sí o por su representante legal o su mandatario, por escrito y deberá expresar todo lo que se indica en los numerales 1 al 7 del referido artículo y acompañarse copia firmada para los fines indicados en la reforma de 10 de octubre de 1977, publicada en el Diario Oficial del mismo mes y año.

Como se ve, la diferencia entre el Atentado y el Amparo, en lo que a Procedimientos se refiere, es enorme.

Lo esencial del caso, es determinar cuando procede interponer Recurso de Queja por Atentado ante el Tribunal Superior Civil y cuando el Recurso de Amparo ante la Corte Suprema de Justicia.

La diferencia es muy sutil, al grado que muchas veces se interpone Recurso de Amparo y la Corte Suprema de Justicia lo declara sin lugar porque dice que ese caso es un asunto puramente civil y que existen procedimientos civiles para resolverlo, como lo expresa el art. 13 de la Ley de Procedimientos Constitucionales en el Proceso de Amparo. En otras ocasiones, en que el Juez actúa estando circunscrita o suspensa su jurisdicción, el medio de reparación del daño causado a la parte, lo es el Recurso Extraordinario de Queja por Atentado, en los casos a que se refieren los arts. 1105 y los que estos citan, entre ellos, el caso que se reputa de atentatorio de despojo, por providencia judicial privando de su posesión a una persona, sin ser citada ni oída con arreglo a derecho.

La Jurisprudencia por despojo de posesión, es abundantísima; hay casos contradictorios; pero en la mayor parte, hay una uniformidad en la jurisprudencia que el Doctor Padilla afirma en su Tesis Doctoral que esas varias sentencias conformes le dan, por consecuencia, un carácter de fuerza, o como dice nuestra Ley de Casación, todas esas Sentencias constituyen doctrina legal, por tratarse de una jurisprudencia establecida por los Tribunales de Casación, (en este caso la Sala de Amparo de la Corte Suprema de Justicia), en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.

Como la jurisprudencia sobre despojo de posesión en los Amparos y en la parte civil, es abundantísima, la relacionaremos más adelante en una forma breve y clara, subdividiendo los casos civiles de los de amparo, para una mejor comprensión del punto de estudio. Mientras tanto seguiremos con los demás casos de Amparo.

4º Si el despojo lo efectúa una autoridad militar o administrativa, el despojado, después de agotar los medios administrativos que la ley le señala, puede recurrir al Amparo ante la Corte Suprema de Justicia.

5º Como lo que caracteriza el atentado es el despojo que se haga en virtud de providencia judicial, la cual no puede ser dictada, sino por la autoridad del orden judicial; si el despojo es cometido por una autoridad judicial, sin dictar providencia judicial alguna, no hay atentado y el despojado no deberá intentar el recurso de queja por atentado, sino el juicio de despojo, cuya acción y procedimiento lo señala el Capítulo II, Título VI del Libro II del Código de Procedimientos Civiles, tal como lo expresa el Dr. Padilla en su Tesis, con quienes estoy en un todo de acuerdo.

La jurisprudencia, repito, la analizaré al concluir el estudio de los demás casos de atentado.

Cuarto Caso: Cuando se dicta sentencia definitiva estando pendiente la recusación o se resuelva algo después de ser notificado de la recusación.

De conformidad con el art. 1173, la recusación no produce el efecto de inhibir del conocimiento o intervención que tiene en el negocio aquél funcionario judicial, a quien se dirige, sino desde el día en que se le hace saber la resolución que lo declara separado del conocimiento o intervención en el asunto; pero no podrá pronunciar la resolución en el pleito o recurso, mientras esté pendiente la recusación, pena de atentado. Después de ser notificado que fue recusado, tampoco podrá ejercer en el negocio acto alguno, bajo la misma pena de atentado.

De acuerdo con el artículo transcrito, el Funcionario a quien se ha recusado, puede cometer dos clases de atentado: a) el más grave, si pronuncia sentencia definitiva sobre el asunto, después que se le hace saber la recusación; y b) cualquier resolución que provea después de dicha notificación.

No obstante lo anterior, y para evitar que litigantes inescrupulosos efectúen diligencias conocidamente moratorias, se ha dispuesto que en los juicios ejecutivos, señalado el día para el remate se declarará extemporánea cualquier solicitud del deudor, cuya tramitación haya de impedir o deferir la diligencia, la cual no se suspenderá ni aún por apelación o recusación que interponga el deudor, conforme lo ordena el art. 641 Pr.

Quinto caso de atentado: cuando se dicta sentencia definitiva, estando pendiente el juicio en otro Tribunal.

En el art. 1101, parte final, se establece el quinto caso de atentado, en el que se consideraran atentatorias cualesquiera otras providencias que expidieron los Jueces o Tribunales sobre algún pleito que penda ante otro Juez o Tribunal.

Uno de los casos que se podrían presentar, sería el de la apelación en el efecto devolutivo de una interlocutoria, en el que el Juez, de acuerdo con lo que expresa el inciso 2º del art. 983, continuará la causa hasta ponerla en estado de pronunciarse sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada. Pero si al Juez se le olvida que existe esa apelación en el efecto devolutivo y pronunciarse la sentencia definitiva, dicha providencia sería atentatoria.

Otro caso que se podría presentar en la práctica, sería cuando se presenta un recurso de hecho. En tal caso, dicho recurso no suspende la ejecución de la sentencia, ni el procedimiento, mientras no se pidan los autos por el Tribunal superior conforme lo expresa el art. 1032. Si el Funcionario a quien se le piden, en lugar de remitirlos continúa ejecutando la sentencia, o tramitando el procedimiento, todo lo que actúe, o diligencias que efectúen, serán atentatorias.

El Doctor Padilla y Velasco, también expresa que en el caso de acumulación de autos que se ha conceptuado como sinónimo del caso de las competencias, según lo expresa el art. 558, al decir que los jueces no se ponen de acuerdo, el incidente se sustanciará como las competencias. Debe también entenderse abarcada por esta disposición. Como él no lo explica, me permitiré hacerlo a continuación:

En las competencias, hay dos casos en que el Juez queda inhibido de seguir conociendo del asunto, so pena de cometer atentado, que los enumera el art. 1202 Pr., o sean: a) Desde que el Tribunal o Juez requerido recibiere el aviso que le diere el requirente de no satisfacerle su contestación y de insistir en la competencia, deberá abstenerse de todo procedimiento en el asunto, so pena de atentado y de una multa de veinticinco a cincuenta colones, salvo el caso del art. 641; y b) El requirente, se abstendrá también de todo conocimiento si lo hubiere tenido, bajo la misma pena, desde el acto en que comunique al requerido que insiste en la competencia.

Refiriéndose a este caso de atentado, el cual prohíbe a todo Juez pronunciar cualquier resolución judicial y con mayor razón sentencia delini-

tiva, cuando el asunto se hayare en conocimiento del Tribunal Superior, cita el art. 27 de la Constitución Política de 13 de agosto de 1886, que ordenaba que ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes, ni abrir juicios fenecidos. Principio Constitucional que contienen las Constituciones de 1950, 1962 y el Anteproyecto de la de 1983, con la misma redacción en los arts. 171 y 17, por su orden. Este principio, tiene su reglamentación judicial en el art. 1098 Pr., como lo expresa el Dr. Padilla, con quien estoy de acuerdo en este respecto. Pues conforme a dicha disposición legal, los Tribunales no podrán pedir ni a efecto de ver procesos o causas pendientes en Primera o Segunda Instancia, mientras no se hubiere alzado o dicho de nulidad de las sentencias pronunciadas en ellas, o cuando la ley no lo ordenare expresamente. Por supuesto, haya varias disposiciones legales que autorizan a los Tribunales Superiores pedir los procesos que se encuentran en los Tribunales Inferiores, conforme lo autoriza la disposición legal transcrita; por ejemplo, cuando se trata de visar una planilla; en tal caso el Tribunal que haya pronunciado la sentencia que causa ejecutoria, será el competente para visar las planillas de costas, si éstas fueren de todo el juicio. A este respecto, podrá pedir a los Tribunales Inferiores, las piezas que no tuviere a la vista, conforme lo prescriben los arts. 59 y 60 del Arancel Judicial, 55 Pr., en relación con el art. 1257 Pr.; también en los casos de recusación a que se refieren los arts. 1161 y siguientes; en el del recurso de hecho, 1028; en el de competencias, 1196 y 1201; en el de Impedimento y excusas, 1186 Pr.; en el de exhibición de las personas o habeas corpus, art. 71 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, etc.

De lo expuesto, se deduce forzosamente, que tanto los Tribunales Superiores, como los Jueces, tampoco pueden dictar ninguna resolución sobre algún negocio que esté ventilándose, ya en los Tribunales Inferiores, como en algún otro Tribunal distinto. Se exceptúan naturalmente -agrega el Dr. Padilla-, aquéllas providencias que puede dictar un Juez en virtud de una orden, exhorto o suplicatorio o cuando se cree competente para conocer de dicho pleito, debiendo como consecuencia, suscitar la debida competencia.

Sexto Caso: cuando se dicta resolución estando pendiente competencia.

Este caso lo explica nos atrás, al final del Quinto Caso, y está comprendido en los arts.: 1101 y 1202, con la excepción de lo prescrito en el art. 641 Pr.

Con lo anterior, quedan terminados todos los casos de atentado que reconoce nuestra Legislación Procesal Vigente.

Séptimo Caso de Atentado: aunque la Ley no lo diga, considero atentatoria cualquier resolución que se provea después de interponerse Recurso de Casación que no sea la remisión de autos al Tribunal respectivo.

El art. 11 L. C., ordena que: **interpuesto el recurso y concluido el término fatal de cinco días a que se refiere el art. 8, el Tribunal con noticia de las partes, remitirá dentro de tercero día el escrito, copias y autos a donde corresponde.**

Supongamos que el Tribunal ante quien se interpone el Recurso de Casación no le da cumplimiento a lo prescrito en el art. 8 anterior, sino que se abstiene de remitir los autos y declara ejecutoriada la sentencia por él pronunciada y la ejecuta. En tal caso, a mi juicio cometería atentado por interpretación analógica a los casos anteriores.

Por su parte, el recurrente de Casación, si el Tribunal ante quien interpuso el recurso se lo deniega, o no remite los autos en el término de ley, también podría recurrir de hecho ante el Tribunal de Casación que deberá conocer del recurso interpuesto, y éste ante la queja del recurrente, deberá librar orden al inferior, para que remita los autos y declara atentatorio todo lo que hubiere resuelto después de interpuesto el recurso. Todo este procedimiento no está previsto por la ley. Pero hay un principio constitucional que establece el derecho de petición ante las autoridades superiores, contenido en el art. 162 de la Constitución de 1962. Principio Constitucional que reconoce el Anteproyecto de la actual Constituyente en el art. 19. Además, el inciso último del art. 1238 Pr., ordena a los Jueces, quedando comprendido dentro de ello, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, a acceder a todo lo que no estuviere prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante, o mayor expedición en el despacho, sin perjudicar a la defensa de la otra parte. Con base en ambas disposiciones legales, la Constitucional y la del Pr., la parte a quien el Tribunal ante quien interpuso el Recurso de Casación no se lo admitiere, y por el contrario, ejecuta la sentencia, podrá recurrir ante el Tribunal de Casación quejándose del proceder del Tribunal Inferior, ya que él estará obligado a acceder a dicha petición en la forma que se deja expuesta.

No hay lugar al recurso de queja en contra de las resoluciones que no admite ningún recurso

El Doctor Padilla y Velasco, se hace la siguiente interrogación: "¿Habría lugar a interponer el recurso extraordinario de queja por atentado, de aquéllas resoluciones contra las cuales la ley no da y además niega categóricamente cualquier recurso?" La contestación indudablemente es que nó.

En primer lugar, el art. 443 Pr., refiriéndose al caso de cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, en el que una de las partes alegare en el acto de darse cumplimiento a dicha sentencia, o por separado dentro de tercero día, *inconformidad por lo hecho por el Juez con dicha sentencia*, se remitirán los autos en revisión al Tribunal que la pronunció, y de lo que éste resuelva, no habrá recurso, ni rectificación de ninguna especie (Conforme sentencia publicada en la Revista Judicial, Tomo XXIX, Nos. 1-2, págs. 1924).

En otras ocasiones, el legislador dice que la ley niega del todo la apelación, en determinadas resoluciones, por ejemplo: la sentencia que recaiga sobre la tacha de los peritos, art. 355, 834, cuando se conceden alimentos provisionalmente en el curso del juicio; 1127, cuando se solicitare la enmienda de la nulidad cometida, el Tribunal, previo traslado a la otra parte mandará o no la reposición, según le pareciere de justicia; y la resolución del Juez o Cámara que desestime la nulidad reclamada, no admite apelación; de las sentencias que recaigan en las recusaciones, art. 1180 y de las resoluciones que se dictaren en el Capítulo.

En otras ocasiones, la ley dice: que de la resolución proveída, no habrá más recurso que el de responsabilidad; por ejemplo: en la visación de planilla de costas a que se refiere el art. 61 del Arancel Judicial, en el art. 504 Pr., de los juicios verbales y otros.

Procedimientos que podrá emplear el perjudicado para quejarse del atentado contra él.

El perjudicado por un atentado, puede emplear el recurso de queja correspondiente, ya sea por: 1) El recurso de queja por atentado; o 2) por medio de la apelación.

A) Recurso de queja del atentado por apelación.

Si la providencia en que se hubiere cometido el atentado, fuere apelable, o cuando se hubiere cometido el atentado, una vez interpuesta la

apelación, el perjudicado puede reclamar el atentado por apelación; y en tal caso, se observará los mismos trámites prescritos para proceder en el recurso de apelación. En esta circunstancia, si se hiciere mérito de algún atentado cometido en Primera Instancia como accesorio de la causa principal. Los Tribunales reservarán su opinión para cuando se vea; y la sentencia que se pronunciare, contendrá también la disposición conveniente sobre el atentado, bien declarando no haberlo o mandándolo deshacer, conforme lo expresa el art. 1110 Pr.

B) Recurso de queja por atentado cometido.

El que intentare el Recurso de Queja por Atentado, podrá ocurrir al Tribunal correspondiente, puntualizando cual sea el cometido. En tal caso, el Tribunal ante quien se presentó la queja, pedirá informe al Juez, quien deberá darlo dentro de tercero día. Se hará saber lo informado a la parte quejosa, y con lo que dentro de tercero día exponga, se recibirá la causa a prueba si fuere necesario por ocho días, más el término de distancia, con citación de la otra parte y de la autoridad contra quien se entabla la queja, para que dentro del mismo término produzcan sus justificaciones en contrario, si les conviene. Vencido el término de prueba, se pronunciará la sentencia que corresponda dentro de los tres días siguientes sin otros procedimientos.

Hay casos en que el atentado consta del mismo proceso y el quejoso no tendrá más que presentar su recurso y el Tribunal lo comprobará viendo los autos. Pero si se tratare de una diligencia de la cual no quedó constancia en el proceso; como por ejemplo, la entrega de un inmueble cuya posesión o dominio se está disputando, el recurrente tendrá que probar que el juez emitió esa orden y que el inmueble está en posesión de la otra parte.

En este proceso de atentado, llama la atención de que también es parte del mismo, el Juez ante quien se presenta la queja, art. 1107 Pr. Lo mismo se procede en el caso de recusación de un Funcionario, en el que la prueba se recibe con citación de aquél, art. 1174. En cambio cuando se hubiere cometido una nulidad de fondo o de forma en el proceso, por parte de un Juez, como esa consta de los autos, no se oye al Funcionario, porque la nulidad consta del mismo proceso; lo mismo que en los casos de excusa o impedimento de un Funcionario, quien al manifestar la causal respectiva, deberá jurar de que no se ha contraído maliciosamente, con el fin de excusarse de conocer en aquél negocio, y no ha menester otra prueba por

parte del excusado, conforme lo expresa el art. 1187 en relación con el 1183 Pr.

Tribunal Competente y Punos que debe contener la Sentencia que declara el atentado.

Al decir la ley que el que intentare Recurso de Queja por Atentado, podrá ocurrir al Tribunal correspondiente, puntualizando cual sea el cometido, en el art. 1106 Pr., el término correspondiente es sinónimo de competente; o sea el Tribunal que debiera conocer en apelación, si la resolución fuera apelable, según el estado de la causa, aunque aquél recurso no tuviere lugar, conforme lo expresa el art. 1108 Pr.. Si este recurso no tuviere lugar, por cualquier motivo legal, el agraviado tendrá que interponer por fuerza su recurso de queja por atentado, ante el Tribunal Competente referido, puntualizando a dicho Tribunal, cual sea dicho atentado.

Después que este Tribunal pida el informe al Juez inferior, tal como lo expresa el Art. 1107 y se haya recibido la prueba respectiva, con citación del Juez y del quejoso, el Tribunal superior pronunciará la sentencia respectiva, conforme a derecho, o sea declarando si se ha o no cometido el atentado denunciado.

Si se probare debidamente el atentado, dice el art. 1109, el Tribunal, sea cual fuere el estado de la causa principal, mandará a deshacerlo y reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, condenando en costas, daños y perjuicios al inferior culpable.

Si en Segunda Instancia se hiciere mérito de algún atentado cometido en Primera, como accesorio de la causa principal, el Tribunal reservará su opinión para cuando se vea (es decir, cuando los Magistrados conozcan de la causa) y la sentencia que se pronunciare, contendrá también la disposición conveniente sobre el atentado, bien declarando no haberlo, o mandándolo a deshacer.

Conforme a nuestra jurisprudencia, la sentencia por la cual el Tribunal competente declara en un recurso extraordinario de queja, que no es atentatoria la resolución por medio de la cual el Juez ordena la venta en pública subasta de un inmueble embargado, no es de las sentencias, solicitudes y resoluciones á que se refiere el art. 984 Pr.; es decir, que no es apelable conforme lo expresa la Revista Judicial de 1974 a la pág. 690.

En la misma Revista encontramos otras dos sentencias de recurso de queja, que establecen los siguientes: la primera, que el recurso extraordinario de queja no es el medio que franquea la ley para lograr una anulación. Las maneras de lograr éstas, se hayan establecidas en el Capítulo II, Título II de la parte Segunda del Libro Tercero del Código de Procedimientos Civiles.

El hecho de que la sentencia no está autorizada en la forma legal, no es ninguno de los casos de providencias atentatorias prevista en el art. 1105 Pr. y especialmente, en el art. 1101 del mismo cuerpo legal. Así lo expresa la sentencia publicada en la Revista Judicial de 1974 a la pág. 696.

Otra sentencia de la misma Revista de 1974, a la pág. 698, establece que la resolución por la cual el Tribunal de Segunda Instancia declara improcedente a la alzada, no es ninguna de las atentatorias comprendidas en los casos a que se refiere el art. 1105 Pr.

CAPITULO II

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR RETARDACION DE JUSTICIA EN QUE CONSISTE LA RETARDACION DE JUSTICIA

El art. 1111 Pr., expresa que también habrá lugar al Recurso de Queja por Retardación de Justicia, de acuerdo con lo dicho en el ord. 2º del art. 1104, contra el Juez de Paz, Juez de Primera Instancia, Cámara o Tribunales, cuando en los términos fijados por la ley no expidieren las providencias que correspondan, según el estado de las causas o no las sentenciasen.

De acuerdo con lo que expresa el Profesor Gallinal, ya citado, por regla general, los recursos son los medios acordados a los litigantes, para hacer dejar sin efecto las resoluciones que les perjudican; y que también, en ciertos casos, eran los medios que se acuerdan para poder obtener una resolución, o sea cuando hay retardación de justicia por parte de los Tribunales.

El Padre de nuestra Legislación Salvadoreña, Presbítero, Doctor en Cánones y Licenciado en Derecho, don Isidro Menéndez, cuando presentó en 1857 el "PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE EL SALVADOR", dijo:

"El Proyecto procura ser efectivo dos grandes e importantes principios, que han sido hasta hoy el desideratum de las Instituciones Judiciales de todos los pueblos cultos, a saber: abreviar el orden de proceder todo lo posible y obligar a los Jueces a trabajar".

Al presentar el Proyecto de Reformas que elaboró para la "PRIMERA JORNADA DE ESTUDIOS DE LOS ABOGADOS DE EL SALVADOR", manifesté que los fines principales del Proyecto de dichas reformas, son las de facilitar los trámites procesales, con el fin de favorecer al pueblo, proporcionándole una pronta y por supuesto cumplida administración de justicia, por parte de nuestros Jueces y demás funcionarios judiciales encargados de la Administración de Justicia.

En estos días aciagos que atraviesa nuestra República, se expresa a cada momento por la radio y televisión, que la Paz es también Justicia; y toda retardación de justicia, hace que el pueblo dude de que se está administrando justicia, hasta el extremo que los extranjeros niegan que haya justicia en El Salvador.

En verdad, de qué le serviría a una madre, reclamar judicialmente alimentos para su hijo al padre, si cuando aquéllos los concediera el Juez, ya el hijo se hubiera muerto de hambre. Por esa razón debe sancionarse fuertemente a los Jueces que no administren una pronta y cumplida justicia. Lo que pasa es que todos los Gobiernos que ha habido anteriormente en nuestro país, no le han proporcionado al Poder Judicial los fondos necesarios para que se puedan elegir Magistrados y Jueces, que sean de Carrera Judicial, dedicados exclusivamente al noble ejercicio de la función judicial. Muchos de los sueldos que todavía actualmente tienen Magistrados, Jueces de Primera Instancia, Jueces de Paz, Secretarios, Notificadores, Escribientes, Ordenanzas y demás empleados del Poder Judicial, son muy bajos, y obligan a los Funcionarios Judiciales a dedicarse al ejercicio del Notariado, desatendiendo sus funciones judiciales; y a los otros empleados, a buscarse otros trabajos por las tardes; debido, también, a que en el Poder Judicial existe una jornada diaria de trabajo de cinco horas teóricas, de las siete a las trece horas. Dentro de ese término, los estudiantes, so pretexto de sus clases, llegan a las nueve horas y a cada rato salen para andar litigando en otros Tribunales, con lo cual desatienden su función de colaboradores jurídicos. Los Notificadores, aunque se les han proporcionado motocicletas para su transporte, tienen bien atrasado su trabajo; lo anterior se subsanaría si se aceptara el principio "De que las _____"; Ponencia presenta-

da por el Profesor Venezolano Luis Loreto, actualmente Miembro Ad-honorem del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, señala que este régimen acelera los trámites sin suprimir garantías, por cuanto las partes tienen constante noticia de todo lo actuado por su acceso al expediente y en virtud del cual sólo se le notifica a la parte contraria la citación para la contestación de la demanda, para absolver posiciones, prestación del juramento deferido o referidos, cuando renuncia o le retiran el Poder de Procurador, o muere su mandatario o él; y todas las demás diligencias que se provean en el proceso, tienen que ir personalmente el Procurador a enterarse de ellas al Tribunal, pues después de veinticuatro horas de proveídas, se entenderán por notificadas. Con lo anterior se evitaría un enorme atraso en los procedimientos judiciales.

También es necesario que para que la administración de justicia sea pronta, suprimir una serie de Instituciones innecesarias, como la de Fianza de Costas, una serie de apelaciones; y modificar los procedimientos, dándole más facultades inquisitivas al Juez, como las calificar los presupuestos procesales de la demanda, con el fin de evitar una enormidad de excepciones dilatorias; suprimir los traslados para alegar de bien probado, innecesarios; de que las sentencias de los Jueces sean breves y sencillas, sin copiar demandas, alegatos y pruebas, como lo hacen en la actualidad, sino como lo ordena el inc. 2º del art. 35 de la Ley de Inquilinato, en el cual se le ordena al Juez, "que no estará obligado a observar las reglas generales contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, sino que empleará una forma breve y sencilla, limitándose a lo que sea necesario y suficiente para dictar resoluciones", por supuesto, pronunciarán siempre su fallo a nombre de la República de El Salvador, que es en donde reside el Poder Jurisdiccional que se ejerce en el país.

PROCEDIMIENTOS PARA USAR DE ESTE RECURSO

El art. 1112, señala el procedimiento a seguir para interponer el Recurso de Queja por Retardación de Justicia, el que consiste únicamente en la queja escrita que el ofendido presentará ante el Juez o Tribunal Superior que debiera conocer en grado, manifestando que el Juez inferior ha dejado transcurrir el tiempo que la ley le señala para pronunciar la resolución que hasta la fecha no ha sido proveída.

Por su parte el Juez o Tribunal con sólo la vista de la queja, despachará al Juez orden y al Tribunal carta acordada, para que administren justicia sin retardo a la parte quejosa.

De acuerdo al art. 1113, si la queja se repitiere en el mismo asunto y sobre los mismos incidentes, se pedirá informe al Juez, quien deberá darlo dentro de tercero día, y en vista de dicho informe, se aplicará al inferior culpable por el simple retardo, si fuere en proveer los decretos de sustanciación, que de acuerdo con la ley deben dictarlos dentro de veinticuatro horas de presentado el escrito (art. 424 Pr.) una multa de diez colones; si se tratare de un auto interlocutorio, que los Jueces deben proveer dentro de tres días de hallarse el artículo o incidente en estado de resolver (art. 423 Pr.), la multa será de veinticinco colones; y si de una sentencia definitiva, la que, varía el término para pronunciarla, según fuere la naturaleza del proceso, como adelante se explicará, la multa será de cincuenta colones. Para los Jueces de Paz, la multa se reducirá a la mitad en cada uno de los respectivos casos. En estos casos, el Tribunal debe dar cuenta en Corte Plena para que se declare se ha lugar o no a favor causa contra el funcionario culpable, previas las formalidades de derecho, art. 475 Pn.; es decir, serán sancionados con diez a cincuenta días-multa.

Estas multas sólo se aplicarán cuando medien veinte días entre una u otra queja, tratándose de sentencias interlocutorias y treinta días cuando se trate de sentencias definitivas, conforme lo expresa el art. 1114 Pr.

Las sentencias definitivas, ya sea de juicios sumarios, ejecutivos u ordinarios, se pronunciarán en los siguientes términos: 1) cuando la ley no ordena que se proceda en juicio sumario, sino sólo con conocimiento de causa, o que se justifique alguna especie sumariamente, como cuando un curador especial o un Depositario Judicial se excusen y otros casos semejantes, no habrá traslado y solamente se recibirá la prueba con la citación debida, dentro del término de ocho días, y vencido se resolverá la gestión o especie gestionada de la manera establecida en el art. 975; o sea, que en los juicios sumarios que no tengan trámites señalados por la ley, vencido el trámite de prueba, se dictará dentro de los tres días siguientes la sentencia que corresponda con arreglo a derecho, sin más trámite ni diligencias.

Es decir: la ley según la naturaleza de la resolución y la importancia de la misma, concede o pocos días o mayor números de días para que el Juez resuelva. Pero hay una regla general que se aplica a muchos procesos, ya sean posesorios, sumarios, especiales o a los que la ley les señala trámites ejecutivos, y aún a los verbales, en los que la ley ordena que la sentencia definitiva deberá proveerse dentro del término de tres días de

vencido el probatorio o de la última diligencia que se hubiere practicado, conforme lo expresan los arts 485, 975, 597, 779, 783, etc.

Cuando se tratare de juicios ordinarios por la naturaleza del juicio y la importancia del mismo, la ley concede a los Jueces y Tribunales doce días para pronunciar la sentencia definitiva, contados desde la última diligencia del proceso, conforme lo expresa el art. 434 Pr.

En el proyecto de reformas de la Jornada de Estudios de Abogados, tantas veces mencionada, se propuso que las sentencias de los juicios ordinarios, las resolverían los Jueces o Tribunales definitivamente dentro de veinte días, contados desde la última diligencia del proceso en que quedare listo para dictar la sentencia; los juicios sumarios se fallarían dentro de tres días contados desde la expiración del término expiratorio; pero si las causas que se dieran de cien fojas, podrían los Jueces o Magistrados tomarse la mitad más de dicho término.

TERCERA PARTE

RECURSO DE NULIDAD EN LAS INSTANCIAS

Como en este trabajo no se estudiará el Recurso de Casación, que en el fondo tiene por objeto la nulidad cometida en el curso de las Instancias en su fondo y forma, estudiaremos únicamente, lo relativo a la nulidad que se comete en el curso de las instancias, que puede ser subsanada, ya sea por el Juez de Primera Instancia o por la Cámara de Segunda Instancia, al conocer en grado de la sentencia del Tribunal a quo.

En el volumen II de la Tesis Doctoral del Dr. René Padilla y Velasco, se hace un estudio de la nulidad desde el tiempo de los Romanos, hasta nuestros primeros Códigos de Procedimientos Civiles, por tal motivo los que quieran conocer dicho estudio, que consulten dicha obra en las páginas 139 a la 166 Volumen II referido.

1º) DEFINICION Y EFECTOS

De acuerdo con lo que expresa Couture, cuya obra hemos consultado mucho, lo mismo que la obra del Dr. René Padilla y Velasco, el Recurso de Nulidad es un medio de impugnación dado a la parte perjudicada, por un error de procedimiento para obtener su reparación.

La definición anterior, se refiere únicamente a los errores de forma, y no a los errores de fondo, que generalmente se cometen en las sentencias. Y que en el caso de nuestro estudio, sólo lo podría impugnar la parte en Segunda Instancia, o declararla el Tribunal de oficio, conforme lo autorizan los arts. 1093 y 1131 Pr.

Siguiendo a Couture, el vocablo "Nulidad", menciona, indistintamente el error (acto nulo como sinónimo de acto equivocado), los efectos de error (sentencia nula, como sentencia privada de eficacia), el medio de impugnación (recurso de nulidad) y el resultado de la impugnación (anulación de la sentencia o sentencia anulada).

De lo anterior tenemos que son cuatro los elementos que se producen en una nulidad:

- 1) Error;
- 2) Efectos del error;
- 3) Medio de Impugnación; y
- 4) Resultado de la Impugnación.

El Profesor Couture hace una observación científica sobre el tema de la Nulidad, al manifestar que no corresponde, estrictamente, a los recursos o medios de impugnación, sino a la teoría general de los actos procesales.

Pero, agrega, la mayoría de nuestros Códigos Latinoamericanos, cita a muchos, pero menos el nuestro, que también copió en parte del Uruguayo, sigue considerando este fenómeno jurídico (de la nulidad) desde el punto de vista de los recursos y no desde el punto de vista de los actos. Consideran el remedio, no la enfermedad.

A) CONCEPTO DE NULIDAD

2ª) NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Hay un precepto latino que dice: nullum est quod nullum effectum producit, (es nulo que no produce ningún efecto), parece, dice Couture, no haber decaído sensiblemente a juzgar por su constante repetición. Pero es fácil advertir que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa en todo caso anotar sus consecuencias pero no su naturaleza.

Los autores antiguos llamaban nulidad a todo defecto cometido en la

sustanciación y fallo del juicio, si es de tan grave entidad, que lo vicia, privándolo de su validez y de sus efectos.

En el Diccionario de Pallares, al definir el acto procesal nulo se dice: el acto nulo es aquel, por carecer de alguno o algunos de los requisitos que la ley exige para su constitución o por no existir su presupuesto legal, no produce los efectos jurídicos que debiera producir o sólo los produce provisionalmente.

Más adelante agrega que el acto nulo es aquél que no se realiza de acuerdo con los preceptos que lo rigen y, por ende, constituye una violación de la norma jurídica. Los juris-consultos modernos conciben la nulidad como una consecuencia que producen la violación legal y ven en ellos, una sanción y no una verdadera pena.

Por su parte Gelsi Bidart, Uruguayo, formula la siguiente definición: la nulidad procesal, es el estado de inexistencia (no ser, nada jurídica) de un acto procesal; provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura (vicio o defectos de sus requisitos internos) o en sus antecedentes o circunstancias externas procesales, que se traduce por la ineficacia para producir su (o sus) efectos propios y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad), o al principio sólo, en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que lo constituye (anulabilidad) según sea la gravedad de aquél apartamiento.

De acuerdo con el Profesor Couture, que antes dijo al comienzo de este trabajo que define la nulidad como lo que no produce ningún efecto o lo que es lo mismo anotan sus consecuencias pero no su naturaleza, agrega después: Si se traslada, entonces la reflexión de los efectos hacia la naturaleza, encuentran una idea ya expuesta al comienzo de este tema: "siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de más necesarias establecidas por la ley.

El Dr. Padilla y Velasco, afirma, que los antiguos llamaban nulidad a todo defecto cometido en la sustanciación y fallo del juicio, si es de tan grave entidad que lo vicia, privándolo de su validez y de sus efectos, y al efecto, cita la obra de Ortíz de Zúñiga, Práctica Forense, pág. 235. Luego continúa manifestando que nuestra ley dice en su parte primera del art. 115 que

"ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la Ley". Y continúa: estas frase de la ley, indican un poco el carácter de la nulidad procesal, de manera que de ella como de la definición anterior (mencionada por Ortíz de Zúñiga), se puede definir diciendo que es "todo defecto cometido en la sustanciación y fallo de un juicio, que por expresa disposición de la ley, lo priva de su validez y de sus efectos".

No estoy de acuerdo con lo afirmado por el Dr. Padilla, en primer lugar, porque nuestro Código no define lo que es la nulidad, y en segundo, de que la ley al señalar una de las características de la nulidad, en el art. citado, cual es su especificidad se puede definir la nulidad, como la define Ortíz de Zúñiga, que él cita en su obra.

En efecto, los principios aplicables a las nulidades, lo son: 1º) Que las hay de fondo y forma, con lo cual se distinguen; 2º) El de especificidad, que señala el art. 1115 citado; 3º) El de trascendencia, en el sentido de que no hay nulidad sin perjuicio al recurrente; 4º) El de convalidación, que estudia específicamente el art. 1124 Pr. en forma expresa, la que también se puede efectuar tácitamente si se asiste al acto o se da por entendido la parte a quien perjudica o no la alega al recibir un traslado, conforme lo expresan los arts. 1117, 1118 y 1126 Pr.; y 5º) Por último, el principio de protección, en el sentido de que la nulidad solo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ella, quedan indefensos los intereses de litigantes o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia.

Indudablemente, la nulidad es un vicio que afecta al procedimiento o fondo de un proceso o como dice sencillamente el Profesor Couture, siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mientras las cuales se hace el juicio (que termina con una sentencia, que agregaría yo), la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley.

Hace años, cuando impartí esta clase en la Facultad de Derecho, expresé, de acuerdo con mis apuntes, que: "Toda nulidad en términos genéricos, se puede decir que es el vicio de que adolece una resolución o diligencia judicial y que la ley sanciona declarándolo sin valor alguno. También podría decirse que son los errores que se cometen en la aplicación de las leyes procesales omitiéndose los trámites, procedimientos o solemnidades que ellas prescriben para validez de los mismos. Este sería un concepto de la nulidad procesal".

3º) DIFERENCIAS ENTRE NULIDADES PROCESALES Y CIVILES

Consecuente con la definición dada por el Dr. Padilla, a continuación afirma: Es pues, diferente la nulidad civil, de la procesal, mientras en la primera todo acto prohibido por la ley es nulo, salvo que la misma ley exprese otro efecto distinto de la nulidad en caso de contravención, art. 10 C.; en la segunda, por el contrario, para que la nulidad se declare se necesita que la ley exprese que su omisión produce la nulidad art. 1115 Pr. La primera dará lugar a juicios de nulidad, mientras que la segunda a que la misma nulidad se declare en el curso del juicio en que se ha cometido o mediante el recurso de casación. La Cámara de Tercera Instancia, en sentencia de 6 de Diciembre de 1927, dijo que: "La causa ilícita, como motivo de nulidad, sólo puede existir en los actos contractuales, más no en los actos judiciales". Revista Judicial, Tomo XXXII, Nos. 10/12/1927, páginas 255 y siguiente. Y en sentencia de 26 de enero de 1931, ampliando el concepto, dijo: "Las nulidades de que trata el título XX del Libro IV del Código Civil, no rigen en materia de procedimientos civiles para la tramitación de los juicios incoados ante los Jueces y Tribunales Superiores, sino que respecto de éstos las reglas o disposiciones aplicables son las que se establecen en el Capítulo II del Título II del Libro III Pr., Revista Judicial, Tomo XXXVI, Nos. 1/3, 1931, página 50 y siguiente.

El art. 1115 en estudio, en su Segunda Parte, agrega: que la nulidad no se declarará si apareciere que la infracción de que se trata, no ha producido ni puede producir perjuicio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido. La disposición legal transcrita, me parece muy justa y persigue la brevedad en los procedimientos, con el fin de que litigantes inescrupulosos se pongan a alegar nulidades que no les causan perjuicios a sus mandantes, con el único fin de demorar o retardar el procedimiento, máxime si ellos hubiesen cometido la infracción. Por tal motivo, hay una serie de sentencias que resuelven este punto, tanto en el tiempo anterior a la tesis del Dr. Padilla, como las comprendidas en el índice publicado por el Ministerio de Justicia, que comprende los años 1953 a 1973. Transcribiré primero, las que cita el Dr. Padilla:

"No ocasiona perjuicios al derecho de la parte que alega la nulidad, la consistente en habersele dado traslado para contestar la demanda, conjuntamente con la otra condenada" (Cámara de Tercera Instancia, de 7 de enero de 1918), Revista Judicial, Tomo XXIII, 1918, Nº 2, pág. 389".

"Tampoco produce perjuicios al derecho o defensa de ninguna de las partes, la nulidad relativa de procedimiento, consistente en la omisión de los peritos ingenieros de hacer constar en los autos la práctica de las operaciones astronómicas para determinar la declinación magnética en la forma que indica el art. 15 de la Ley de Ingenieros Topógrafos", (Cámara de Tercera Instancia, de 20 de agosto de 1919), Revista Judicial, Tomo XXV, 1920, Nos. 1, 2 y 3, pág. 38 y siguientes.

La misma Cámara de Tercera Instancia en sentencia del 30 de diciembre de 1925, Revista Judicial, Tomo XXX, 1925, Nos. 10/12, página 391 y siguiente, y la de Segunda Instancia de la Segunda Sección Central, de 10 de septiembre de 1908, sostiene la misma doctrina legal; pero no especifican con claridad el caso ocurrente y más bien oponen dicha tesis con carácter supletoria, Revista Judicial, Tomo XIII, 1908, pág. 418.

Entre las sentencias que he encontrado personalmente, tanto en el Segundo Volumen del índice del Dr. Angel Góchez Castro, como el publicado por el Ministerio de Justicia, transcribo únicamente las tres siguientes:

No procede declarar nulo un juicio por no haberse notificado el auto que aprobó la fianza pedida por el demandado, si la omisión no ha producido perjuicio a la parte a quien no se notificó, Revista Judicial de 1946, pág. 454.

No procede la condena en costas, pues el heredero es continuador de la persona del difunto y se considera como una misma persona. Revista Judicial de 1949, pág. 264.

Ninguna ley establece de modo general la ficción de que el heredero y el causante sean una misma persona, para llegar al extremo de considerar al heredero, como padre del hijo declarado natural.

PRINCIPIOS APLICABLES A LA NULIDAD

Al hablar atrás sobre los principios aplicables a las nulidades, solo hicimos una enumeración de ellos, y no explicamos cada uno de los mismos; por tal motivo, lo haremos a continuación.

1) NULIDAD DE FONDO DE FORMA

Las nulidades procesales, no están señaladas en los Códigos desde

un punto de vista formal, sino que la propia legislación las considera también en un sentido sustancial.

Nuestro Código da a la nulidad un doble contenido: Nulidad de las sentencias pronunciadas con infracción a la Ley y nulidad de las sentencias pronunciadas con violación de la formalidad y solemnidad que prescriben las Leyes para la autorización del fallo. Así, por ejemplo, el art. 1130 Pr.; habla de esos dos tipos de nulidades así: 1) las nulidades que consisten en haberse pronunciado contra ley expresa y terminante; y 2) Las que consisten en no haberse autorizado el fallo en la forma legal. El art. en estudio, contiene un tercer tipo de nulidad, diferente a los dos anteriores, o sea el de incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, o sea cuando un Juez conoce de un asunto que no corresponde en absoluto a su competencia, por ejemplo que un Juez de lo Civil conozca de un asunto relacionado a las competencias específicas, como sería un caso civil de la Hacienda Pública y de un caso de Inquilinato.

CONSECUENCIAS QUE DISTINGUEN A LAS TRES NULIDADES

a) Si la nulidad fuere de fondo, o sea que la sentencia fuere pronunciada contra ley expresa y terminante, como el vicio no radica en el procedimiento, sino en la sentencia misma, de acuerdo con el art. 1093, el Juez anulará la sentencia, o como dice Couture, asume los Poderes de Juez de Apelación y dicta sentencia "Como lo juzgue de Ley y de Justicia", o como expresa nuestro artículo, el Juez pronunciará la sentencia conveniente y condenará al Juez o Tribunal Inferior que la dictó en las costas, daños y perjuicios del recurso.

b) Si la nulidad o infracción de la ley es de forma, entonces debe realizar el Tribunal Superior, lo que tradicionalmente se llama *renvoi*; mandar devolver los autos al inferior para que éste se pronuncie con arreglo a derecho; teniéndose por no hecho todo lo nulo y se coloca el Juicio en el punto en que estaba en el momento en que se consumó la nulidad. El mismo procedimiento señala nuestra ley en el art. 1095, al decir: Cuando en el examen de la causa (se entiende para sentenciar), se encontrare algún vicio penado con la nulidad, y ésta no estuviere subsanada, deberá declararse nula la sentencia, las diligencias que tengan tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata, mandándose se repongan a costa del funcionario que resulte culpable. Si la reposición no fuere posible, será éste responsable por los daños y perjuicios, se entiende, causados a la parte perjudicada.

c) Si se tratare de un vicio o nulidad consistente en incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse. En nuestra ley, encontramos en primer lugar, el art. 1260, que expresa: si durante un juicio se conociere que el negocio debe decidirse verbalmente o en un juicio verbal, o que debe ser escrito, se decretará en ambos casos, que las partes ocurran a seguirlo ante la autoridad competente; y en segundo, el art. 1204 en el que se prescribe, que si durante el curso de una causa se advierte que corresponde su conocimiento a otro Juez o Autoridad, se resolverá pasársela con noticia de las partes, por tratarse de una incompetencia absoluta; y el Tribunal competente, en ambos casos, tendrá que declarar nulo todo lo actuado, como si nada se hubiere hecho; equivale a la inexistencia de todo el proceso, porque se trata de algo que no ha tenido valor legal alguno. Diferente sería en el caso de una incompetencia relativa prorrogable, porque si en este caso todo lo actuado por el Juez incompetente, se hubiere prorrogado en virtud de que el demandado no opuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción o competencia, lo actuado por el segundo Juez es válido; por ejemplo, cuando se tratare de incompetencias por razón del Territorio Nacional; pero nunca se podría convalidar una incompetencia por razón de la materia, de la cuantía o de la calidad de la persona del demandado.

Pondré a continuación unos ejemplos, para que se comprenda mejor por los Estudiantes del Derecho Procesal, lo que dejo expuesto:

a) **NULIDAD POR INCOMPETENCIA DEL TERRITORIO.** El art. 35, dice: Que el Juez del domicilio del demandado, es competente para conocer de toda clase de acciones, ya sean reales o personales; pero el art. 130 inc. 2º, expresa: Que si no se opone la declinatoria de Jurisdicción o incompetencia del Juez, dentro del término señalado para la contestación de la demanda u oponiéndose fuera de dicho término, quedará prorrogada la competencia (o jurisdicción, como dice la Ley), caso que pueda prorrogarse;

b) **INCOMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA:** En las causas en que estuviere interesada la Hacienda Pública, conocerán los dos Jueces Generales de Hacienda a prevención, conforme lo dispone el art. 45; y digo a prevención, porque hoy, hay dos Jueces de Hacienda que conocerán en Primera Instancia y a Prevención, de todos los asuntos civiles y penales en que estuviere interesada la Hacienda Pública; y de los demás que, conforme a las leyes, fueren de su competencia, como lo expresa el art. 13 reformado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

c) **POR RAZON DE LA CUANTIA:** El inc. 3º reformado del art. 32,

expresa que la jurisdicción de los Jueces de paz, es improrrogable para demandas de más de dos mil colones o de valor indeterminado;

d) POR RAZON DE LA CALIDAD DEL DEMANDADO: Las demandas civiles escritas contra el Estado, sea cual fuere la cantidad o derecho que se reclamare, conocerá en Primera Instancia, una de las Cámaras de Segunda Instancia de lo Civil de la Capital, denominadas hoy, Cámara Primera y Segunda de lo Civil, de la Primera Sección del Centro, y en Segunda Instancia, una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el art. 90 C. P., Constitución de 1962; y

e) Si lo fuere contra los Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia o de la Corte Suprema de Justicia, contra los Diputados de la Asamblea Legislativa o Constituyente, el Presidente y Vice-Presidente de la República, los Designados a la Presidencia, los Secretarios de Estado, el Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de Pobres, los Miembros del Consejo Central de Elecciones y del Consejo Superior de Salud Pública, cuando el valor de la cosa litigada no exceda de quinientos colones, deberá resolverla el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en Juicio Sumario. Cuando la demanda sea dirigida contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, conocerá de ella el Magistrado que haga sus veces, de acuerdo con el art. 2 de la L. O. P. J., conforme lo expresa la atribución 3a. del art. 21 de la misma Ley.

Si la demanda fuere escrita contra los mismos funcionarios, conocerá de ella la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, en Primera Instancia, si el valor de la cosa litigada excediere de quinientos colones o fuere de valor indeterminado, según lo expresa el inciso último del art. 6 de la L. O. P. J.

f) Las demandas civiles, contra los Jueces de Primera Instancia, serán seguidas y determinadas por otro Juez de Primera Instancia, si lo hubiere en el lugar; si no lo hay por el suplente respectivo y en falta de uno y otro, por el de igual clase más inmediato. En ambos casos, conocerá la Cámara de Segunda Instancia en revisión, si la cantidad litigada no pasare de quinientos colones; y en apelación si excediere de dicha cantidad o fuere indeterminada. El mismo procedimiento se seguirá si lo fuere contra los Jueces de Hacienda o el de paz del mismo lugar, según la naturaleza de la causa, de acuerdo con el art. 51

g) Las demandas escritas que ocurran contra los Jueces de Paz, conocerán los Jueces de Primera Instancia, y de las verbales otros Jueces de Paz, si lo hubiere; si no lo hay, conocerá el Juez de Paz suplente, a elección del demandante, si hubiere más de un suplente (en la actualidad, sólo se nombra a un suplente por cada Juez de paz), conforme lo expresa el art. 52. El mismo procedimiento anterior, se seguirá de las que se ofrezcan contra los Administradores de Rentas, Jueces de Paz del lugar, Jueces de Primera Instancia del Distrito, según la naturaleza de la causa. Con la diferencia, que los Administradores de Rentas, serán recusados como los Jueces de Paz, debiendo conocer de la recusación el Juez de Hacienda, y éste será recusado como los Jueces de Primera Instancia, debiendo conocer de la recusación la Cámara de Segunda Instancia, tal como lo ordena el art. 1164.

En las Reformas propuestas por el suscrito a la PRIMERA JORNADA DE ESTUDIOS DE ABOGADOS arriba mencionada, se propusieron ciertas modificaciones, así:

1º) Que las demandas civiles contra el Estado, se presentarán ante cualquiera de las Cámaras de Segunda Instancia de lo Civil de la Capital, quienes conocerán en Primera Instancia;

2º) Las demandas civiles contra los funcionarios que gocen de fuero constitucional, (o sean los mencionados en la atribución 3a. del art. 21 L. O. P. J.), se llevarán en Primera Instancia ante la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, cualquiera que fuere la naturaleza y origen del derecho controvertido, y el valor determinado o indeterminable de la cosa litigiosa.

3º) De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada en la disposición anterior, conocerá en Segunda Instancia, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; y del Recurso de Casación, la Corte en Pleno, con exclusión de los titulares de dicha Sala, que se integrarán como Suplentes o como Conjueces.

4º) En las demandas contra un Juez de Primera Instancia, será competente otro Juez de igual categoría más inmediato.

En Segunda Instancia, conocerá la Cámara respectiva en Revisión, si la cantidad litigada no pasare de cinco mil colones, y en apelación si excediere de dicha cantidad o fuese indeterminable

Las demandas civiles contra un Juez de Paz, serán de la competencia del Juez de Primera Instancia más inmediato; y en Segunda Instancia, se estará a lo dispuesto en el inciso anterior.

2) PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD

Nuestro Código, a diferencia de otros muchos, prescribe, expresamente que: Ningún trámite o acto de procedimiento, será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la Ley. Y luego agrega algo que es muy justo y que abrevia los procedimientos. Y aún en este caso, no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que se trata, no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

Nuestra Ley, en este punto o principio, es terminante: no hay nulidad si no hay ley que la ordene. Y además de la excepción dicha, podemos agregar otra especie de excepción que tiene su fundamento en un principio constitucional: el principio de libertad, contenido en el art. 152, al prescribir: que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

Por esa razón, el inc. 3º del art. 1238, lo ordena a los Jueces que deberán acceder a todo lo que no estuviere prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante, o mayor expedición en el despacho, sin perjudicar a la defensa de la otra parte, disposición legal que parecen ignorar algunos Jueces que niegan ciertas solicitudes que les hacen las partes, con base en esta disposición legal.

3º) PRINCIPIO DE CONVALIDACION

El Derecho Procesal Civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento de la parte a quien perjudica.

El Profesor Couture, agrega: siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición en el tiempo y en la forma requeridos, opera la ejecutoriedad del acto.

Frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el derecho.

La conclusión de que en derecho procesal civil, todo vicio de forma, se convalida por el consentimiento, tiene amplio ascendiente en la doctrina extranjera. Como sucede en nuestra Legislación que en los arts. 1124 al 1129, se regula la convalidación o ratificación, como la llama nuestra Ley, de todos aquellos actos o formas procesales nulas que puedan ser subsanados, porque los hay, como ya lo dijimos, nulidades absolutas insanables, ni aún por expreso consentimiento de las partes, la ratificación, se hace así:

1) El Juez deberá hacer presente a las partes. El primer artículo, o sea el 1124, dice: Siempre que durante la instrucción del proceso en cualquiera de las Instancias, el Juez o Cámara note que se ha cometido alguna nulidad de procedimiento, lo hará presente a las partes por decreto en el proceso y si la parte a quien perjudica, ratifica lo actuado, seguirá la instrucción, haciéndose constar en la notificación su allanamiento. Esta ratificación se llama expresa.

2) Por el contrario, si la parte a quien perjudica la nulidad no ratifica lo actuado, se repondrá la diligencia que la tenga y las que sean su consecuencia inmediata a costa del Funcionario culpable. Si la reposición no fuere posible, será, además, responsable por los daños y perjuicios, conforme el art. 1125.

3) Ratificación tácita. Si después de cometida la nulidad, las partes hubieren recibido un traslado y lo devolviesen sin reclamar la nulidad cometida, por el mismo hecho la actuación quedará ratificada tácitamente sin que haya lugar a alegar después la nulidad, conforme el art. 1126.

Nuestra jurisprudencia sobre este caso, ha resuelto lo siguiente:

La nulidad consistente en la falta de recepción a prueba especial para verificar documentos, sólo puede reclamar la parte perjudicada, tanto más si quien la atenta había contestado un traslado sin mencionarla.

No son nulas las declaraciones en que se omitió consignar que los testigos no tenían incapacidad para declarar, si de los demás datos resulta que son personas conocidas. Si tal nulidad no se alega al evacuar un traslado, queda ratificada. Revista Judicial de 1939. pág. 461.

4) Petición de enmienda de la nulidad. El art. 1127, expresa: si al contestar el traslado de que habla el art. anterior, si alguna de las partes

solicitar la enmienda de la nulidad cometida, el Juez o Tribunal, previo traslado por tercero día a la otra parte, mandará o no la reposición, según le pareciere de justicia. La resolución del Juez o Cámara que desestime la nulidad reclamada, no admite apelación; pero podrá reclamarse la enmienda de la misma nulidad, si se apelase de la sentencia definitiva.

5) Subsanación de la nulidad en Segunda Instancia. Las nulidades que no hayan quedado cubiertas en Primera Instancia, deberán precisamente alegarse en Segunda Instancia, si ésta tuviere lugar, al tiempo de expresar o contestar agravios, para que se declaren en la sentencia de vista y si no se reclamare en este tiempo, no podrán declararse de oficio ni alegarse después para ningún efecto. Conforme lo expresa el art. 1128.

Nuestra jurisprudencia al respecto resuelve:

La acción intentada por herederos instituidos en el mismo testamento no tiene derecho a la herencia, por haberla renunciada, no es inepta, aunque su acción fracase.

Si la aludida renuncia claramente se refirió a la herencia abintestato, el renunciante conserva su derecho como heredero testamentario. Tal renuncia es nula por carencia de causa, ya que no existe sucesión intestada.

Las nulidades del procedimiento quedan subsanadas por no haberse alegado en la expresión de agravios, entre ellos la falta de apertura a pruebas por estimar el Juez el asunto de mero derecho. Revista Judicial de Enero a Junio de 1935, pág. 139.

Conforme el art. 1129, las nulidades no cubiertas en Primera Instancia, que habiéndose reclamado en Segunda Instancia, no se hubiesen tomado en consideración, y las cometidas en Segunda Instancia no cubiertas, o que habiéndose alegado en ella, no se hubiesen considerado como se ha dicho, deberán precisamente alegarse en el recurso de Casación que deberá interponerse por separado por el interesado en que se declare dicha nulidad; caso que la nulidad estuviese comprendida dentro de las señaladas en los arts. 4 y 5 de dicha ley.

La enmienda de la nulidad, se denomina principio de convalidación, porque en Derecho Procesal Civil, toda nulidad se convalida por el consentimiento, excepto aquéllas que la Ley declara absolutas y no rectificables, como más adelante veremos.

Expresa Couture, que siendo el recurso la forma principal de impugnación, su no interposición en el tiempo y forma requerido, opera la ejecutoriedad del acto.

La razón fundamental que encuentra Couture en la ratificación o convalidación de un acto nulo, estriba en el hecho de que el Derecho Procesal está dominado de ciertas exigencias de firmeza y de efectividad en los actos, superiores a las de otras ramas del orden jurídico. Frente a la necesidad de obtener actos válidos y no nulos, se haya la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el Derecho.

La conclusión de que en el Derecho Procesal Civil todo vicio de forma, se convalida por el consentimiento, tiene un amplio ascendiente en la doctrina extranjera, aún aquélla en la cual la nulidad no se impugna por vía de recurso especial.

CONSECUENCIAS DE ESTE PRINCIPIO

El mismo Profesor Couture, nos señala las consecuencias de la convalidación o ratificación de las nulidades que sean ratificables, aún en nuestra Legislación Procesal Civil, en las siguientes formas:

Si la sentencia no aplica la ley aplicable, o la aplica mal, o aprecia mal los hechos, la parte perjudicada puede interponer contra este fallo los recursos de apelación, alegando en Segunda Instancia la nulidad cometida, y en último término el de Casación. El Juez solamente está obligado a declarar de oficio, tres tipos de nulidades absolutas: las que consistan en incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, en no haberse pronunciado el fallo en la forma legal, o en haberse pronunciado el fallo contra ley expresa y terminante, por supuesto, se entiende, cuando conoce en grado de apelación. Si no lo hiciere, es la parte la que tendrá que interponer el recurso de casación; y si no lo interpusiere ella, podrá interponerlo el Ministerio Público, únicamente en interés de la Ley y por quebrantamiento de fondo, aún en los juicios en que no ha sido parte; en este caso, la sentencia que se dicte, servirá solamente para formar jurisprudencia, sin afectar la ejecutoria ni el derecho de las partes. Estos recursos deberán interponerse directamente ante los Tribunales de Casación, todo de acuerdo con lo que expresan los arts 1130 Pr. y 24 L. C.

Al no interponerse el recurso de casación en tiempo, la injusticia queda cubierta por el consentimiento tácito de la parte; la nulidad se convalida, porque vencidos los plazos de impugnación, no existe manera de atacar la cosa juzgada.

Si se tratare de nulidades de forma, lo cierto es que el problema se plantea dentro de los mismos términos. La parte a quien la nulidad causa perjuicio, puede deducirla impugnación mediante los recursos de nulidad citados: pidiéndolo expresamente, o cuando el Juez se lo haga ver, apelando de la sentencia y en último término, mediante el recurso de casación. Si deja vencer los términos de interposición sin hacerlo, debe lógicamente presumirse que la nulidad, aunque existe, no le perjudica gravemente, y que renuncia a los medios de impugnación. Fenecidos los plazos respectivos, se opera la preclusión de su etapa procesal y los actos, aún nulos, quedan convalidados.

Para terminar, sin la interposición del recurso de la parte, en principio, la nulidad no puede ser declarada por el Juez. El litigante es libre de impugnar el acto o de atacar. Si no lo ataca, es porque no lo considera lesivo para sus intereses. Y como el interés es la medida del recurso, el Juez no puede substituirse en un acto que incumbe sólo a la parte y no a él.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia, siendo consecuente con el principio general de que los recursos procesales son instrumentos en manos de las partes para usarlos en la medida de su necesidad y no en manos de los Jueces para revocar actos que las partes han considerado, presumiblemente beneficioso a su condición.

Nuestra jurisprudencia por su parte ha resuelto lo siguiente. 1º.- En lo relativo a incompetencia de jurisdicción improporrible: a) Es nulo lo actuado por una Cámara en recurso de amparo referente a actos de una autoridad que está fuera de su jurisdicción.

La jurisdicción en este caso es privativa, aunque la ley no lo diga expresamente. La nulidad debe declararse de oficio. Revista Judicial de enero a junio de 1934, pág. 108.

Sobre sentencias pronunciadas contra Ley expresa y terminantes, encontramos una cantidad enorme de jurisprudencia; pero solo copiaremos las más importantes:

1) La acción reivindicatoria requiere que el actor pruebe dominio, que no esté en posesión de la cosa que se trata de reivindicar, y que el demandado sea el poseedor de ella.

Expedido un título conforme a la Ley de Extinción de Ejidos, es nulo cualquier otro título expedido por el Alcalde. Revista Judicial de 1947, pág. 321.

2) Es nulo un título expedido por un Alcalde, si el terreno estaba inscrito con anterioridad a favor de otra persona.

No hay nulidad en un Título Municipal si la inscripción a favor de un tercero fue hecha después de la expedición del título, aunque el documento del tercero haya sido inscrito con anterioridad, parcialmente respecto a un derecho, si además el documento así inscrito no ha podido servir de antecedente al que se inscribió a favor del demandante. Revista Judicial de Octubre a Diciembre de 1933, pág. 198

3) Si un guardador entabla juicio de rendición de cuentas contra un guardador anterior del mismo pupilo, el fallo es nulo si no fue oído un Curador especial. Revista Judicial de Julio a Diciembre de 1935, pág. 375.

La nulidad cometida en este caso, se debió a que se violó el art. 437 inc. 2º del Código Civil, que ordena se oiga a un Curador Especial; por esa razón la sentencia fue pronunciada contra Ley expresa y terminante.

4) Si se demanda el divorcio por abandono y separación absoluta, ambas acciones se excluyen mutuamente por lo menos durante la primera etapa del procedimiento especial de abandono.

Si la demanda se interpuso inicialmente por abandono y corriendo los tres meses que la ley ordena para que el demandado cumpla con la obligación de vivir con su cónyuge, el actor amplía la demanda alegando también la causal de separación y no la modifica alegando sólo la última causal; la actuación es nula desde el escrito de ampliación, si el Juez siguió el trámite correspondiente o mitiendo el que corresponde al abandono.

También debió el Juez haber dado este último trámite a la contrademanda presentada por la parte reo, basada en la misma causal.

La nulidad resultante de tales vicios, puede declararse de oficio. Revista Judicial de Julio a Diciembre de 1936, pág. 414.

El Dr. Angel Góchez Castro, opina sobre la sentencia anterior, lo siguiente: "Pienso que la nulidad existe por ilegalidad del trámite y que el fallo, en consecuencia, está en lo justo; pero acaso no debió comprenderse en ella el escrito de ampliación de la demanda porque fue presentado antes de ser ésta contestada; es decir, en el término en que la Ley permite variarla o modificarla, y la ampliación que el actor hizo añadiendo una nueva causal, es evidentemente una modificación. Respecto a que las "dos acciones" son contrarias, cabe observar que no se trata de dos acciones, sino de alegar dos causales de la misma acción; pero aún aceptando que fueran dos, serían acumulables".

Según mi criterio, no hay inconveniente legal alguno de presentar la demanda de divorcio basada ab initio, en el abandono que uno de los cónyuges haga del otro, y que por el tiempo transcurrido, se ha convertido en separación absoluta. Estoy de acuerdo con el Dr. Góchez Castro que no se trata de dos acciones, que se excluyan mutuamente, sino que de dos causales, y también estoy de acuerdo de que transcurrido el período del abandono, el que conforme el art. 145, causal 7a. es de seis meses, si el cónyuge abandonante no ha cumplido con su obligación de volver al hogar conyugal, ni se ha tenido por contestada la demanda fundada en la causal de abandono, puede muy bien el demandante ratificar lo actuado y ampliar la demanda fundada en la causal absoluta por más de un año consecutivo, comprendida en la causal 10a. del mismo artículo.

5) Es nula la sentencia en que se confiere definitivamente la tutela de un menor a una persona, sin haber oído el consejo de familia.

El consejo debe celebrarse aunque sólo haya dos personas con derecho a la guarda legítima y una de ellas no se haya presentado reclamándola, si por otra parte, hay parientes en número suficiente para formar consejo. Revista Judicial de 1940. pág. 356.

El Dr. Góchez Castro, agrega: "Pienso que el consejo de familia debe oírse aún cuando no hubiese más que uno con derecho a la guarda legítima. Pudiera suceder que no fuera conveniente otorgársela".

Los artículos violados en el presente caso, fueron: 387 inc. 5 y 40 C., lo mismo que el 793 Pr.

También nuestra jurisprudencia en los Recursos de Nulidad interpuestos conforme a los procedimientos anteriores, ha resuelto en muchas sentencias, que no existe la nulidad invocada por la parte, copiaremos a continuación algunas de esas sentencias, sobre todo las que tienen mayor interés jurídico y científico. Como por ejemplo las siguientes:

1) Si una ley admite varias interpretaciones, al adoptar el Juez la que le parece justa, no viola ninguna ley expresa y terminante, siendo aplicable, además, el art. 1301 Pr.

Las excepciones son elementos esenciales para la contestación negativa de la demanda, por consiguiente, en el Juicio Ejecutivo, pueden alegarse no obstante lo dispuesto en el art. 595 Pr. R. J. 1939, pág. 547.

2) Para analizar, examinar y apreciar con criterio jurídico los variados hechos que presenta la prueba testimonial vertida por las partes en un juicio, no hay ley que fije y señale el sendero que ha de seguir el criterio judicial, para resolver un caso concreto, quedando esta delicada labor al juicio del Juez o Tribunal.

Aunque la apreciación del Juez o Tribunal sea justa o injusta, equivocada o verdadera, no viola ninguna ley expresa y terminante. En tal caso no procede el recurso extraordinario de nulidad. R. J. de enero a junio de 1935, pág. 136.

3) No es nula la sentencia en que se fija una cuota alimenticia que debe dar un padre a su hijo, sin atender a la manifestación de aquél de que está dispuesto a recibir al hijo.

El recurso de nulidad procede contra la violación de una ley expresa y terminante y no cuando se aplica mediante interpretación del Tribunal sentenciador. R. J. de 1948, pág. 285.

El Dr. Góchez Castro, sobre esta sentencia, hace el siguiente comentario:

"La Cámara de Segunda Instancia se negó a eximir al padre de pagar una cuota alimenticia con apoyo del art. 351 C., porque no comprobó "tener un hogar o casa establecida donde su hijo pudiera estar con las atenciones y rigurosos cuidados que demandan su reducida edad".

Pienso, que ni aún esa prueba bastaría para eximir al ascendiente del pago de la cuota alimenticia. La exención sólo tendría lugar comprobando que tiene al descendiente en su casa proporcionándole lo suficiente o bien ya fijada la cuota recibiéndolo en su casa en iguales condiciones. De otro modo se dejaría al alimentario expuesto a la miseria, ya que no habría garantía para el cumplimiento de la oferta.

La ley habla de cumplir, no de ofrecer: es decir, exige un hecho efectuado y no un hecho prometido.

Estoy en un todo de acuerdo con la opinión del Dr. Góchez Castro, porque el art. 351 C., al referirse al caso en estudio, expresa que, la disposición del art. 349 inc. 1º, en cuanto a la pensión alimenticia, no comprende a los ascendientes obligados a dar alimentos a un descendiente necesitado, pues cumplen con admitirle y mantenerle en su casa; es decir, como dice el Dr. Góchez Castro no con el de ofrecer.

Hay otras cinco sentencias más, que por sí solas se explican:

4) No procede el recurso extraordinario de nulidad en juicio posesorio, si se ha establecido que ambas partes poseen el inmueble materialmente y en proindivisión, sin haber probado además, el actor, con prueba testimonial, la perturbación de la posesión. Revista Judicial de 1940, pág. 374.

5) La apreciación comparativa que el Tribunal hace de la prueba testimonial aducida por las partes, tampoco da lugar al recurso extraordinario de nulidad. R. J. de 1942, pág. 172.

6) Las pruebas vertidas por las partes sobre la posesión, quedan a la libre y juiciosa apreciación de los Tribunales; y aunque ésta fuese errada, no se violaría ninguna ley expresa y terminante. La modificación a las apreciaciones de un Tribunal, sólo podría hacerse en recurso ordinario. Revista Judicial de enero a Junio de 1935, pág. 149.

7) Si un testador dice en su testamento que no hereda a sus hijos legítimos por haberles dado en vida lo que pudiera corresponderles por herencia, estando ya en posesión de sus bienes, no constituye legado alguno; y si como tal se reclama en juicio, la sentencia que absuelve al demandado, no es nula. R. J. de 1940, pág. 392.

8) No es nula la sentencia que da fe al testimonio de un testamento expedido en forma legal del protocolo del notario que lo autorizó, sin citación de la parte contraria. La Ley aplicable en el art. 18 de la Ley de Notariado (ahora 1224 Pr.) y no los artículos que se dice infringidos. R. J. de 1942, pág. 183.

A continuación, les transcribiré otras sentencias muy interesantes, referentes a la acumulación de juicios ejecutivos, que más que tema de la nulidad del caso, lo es relativo a la resolución del caso de la acumulación referida. Dicha sentencia dice en lo pertinente lo siguiente:

9) Si se acumulan indebidamente dos ejecuciones seguidas por acreedores diferentes contra deudores distintos, en que se ha embargado el mismo inmueble hipotecado a ambos ejecutantes, no es posible a ninguno de éstos alegar derecho preferente en el pago de sus respectivos créditos, y por lo mismo ninguno de ellos puede impugnar al otro la validez de las hipotecas sin discutirlo antes, por separado en juicio ordinario. El fallo que atiende tal impugnación, es nulo.

"En tal situación jurídica, procede suspender por fuerza lógica de los hechos, los juicios ejecutivos, para resolver en su oportunidad con la base inmovible de la cosa juzgada". R. J. de abril a septiembre de 1933, pág. 156.

Hay una sentencia de suma importancia que motivó hasta las reformas para la venta e hipotecas de bienes inmuebles, con un voto razonado del Dr. Antonio Rafael Méndez y la opinión del Dr. Góchez Castro, que a continuación transcribo:

10) El recurso de nulidad procede cuando se ha violado una ley expresa y terminante, de manera que si hay divergencia de opiniones, entre los Tribunales, la adoptada por el que falló en definitiva no da lugar al recurso.

En consecuencia no hay nulidad en la sentencia que se funda en una escritura de mutuo hipotecario otorgada por un apoderado general cuyo poder tiene cláusula especial para vender o hipotecar, sin concretar los negocios que han de verificarse.

Muchas obligaciones civiles o comerciales son exigibles ejecutivamente, aunque no se pruebe el acto o contrato de que proceden.

El contrato de mutuo puede estimarse comprobado por la concurrencia de voluntades expresadas, la del mutuario por el instrumento otorgado por él sólo, que es un principio de prueba por el escrito constitutivo de semiplena prueba; y la del mutuamente por el uso que hace de tal instrumento a su favor, que es otra semi plena prueba, no siendo necesaria la concurrencia simultánea. R. J. Enero a Junio de 1938, pág. 85.

Por su parte, el Dr. Antonio Rafael Méndez, dió el siguiente voto explicativo:

"Se dice en el escrito en que se interpuso el recurso extraordinario de nulidad: que la Cámara quebrantó el art. 1309 C., en que se define la palabra contrato" porque las escrituras que sirvieron de base a la ejecución fueron otorgadas únicamente por Nollenius, como si fuera posible la celebración de un contrato por una sola persona". Estas escrituras -se agrega- no prueban en manera alguna la existencia de aquéllos contratos (los de mutuo), pues los cartularios no dan fe de que ante ellos se hayan celebrado, ni dan fe siquiera de que don Mauricio Meardi (el acreedor), haya estado presente al otorgamiento de las respectivas escrituras ni de que en su presencia (la de los cartularios) se hayan entregado los dineros objetos de los contratos de mutuo".

Para demostrar que la Cámara no quebrantó el art. 1309 C., se aducen en las sentencias varias razones, que no son las que me llevaron a la misma conclusión. A dejar constancia de esto y de lo que pienso sobre el particular se concreta este voto.

A mi juicio debió decirse sencillamente en la sentencia lo que sigue: que la escritura pública en que alguien declara haber recibido de otro una cantidad de dinero a mutuo, forma plena prueba del contrato de mutuo y trae aparejada ejecución, aunque aquél a quien se reconoce como acreedor no haya comparecido al otorgamiento de esa escritura, y aunque el cartulario no haya dado fe de que ante él se celebró el contrato de mutuo, ni de que ante él se entregó el dinero mutuado, porque así lo disponen los arts. 1571 C., 586 y 587 Pr. Acaso podría haberse agregado -pero esto solamente porque la recurrente se queja de que la Cámara no estudió y meditó lo suficiente sobre la cuestión- que el contrato de mutuo, como contrato real que es, queda perfecto desde el momento de la tradición, es decir, desde que una parte le entrega dinero a título de mutuo a otra y ésta lo recibe al mismo título. (Aquí está la otra parte contratante que no ha querido ver la

recurrente). Las declaraciones que hace el deudor en escritura pública de haberse celebrado y perfeccionado al contrato de mutuo, que además de real es unilateral, constituyen la prueba de que dicho contrato le suministra el deudor al acreedor. Está fuera de discusión lo que dejo expuesto que hasta ahora -lo afirmo con certeza- ningún abogado le ha aconsejado a sus clientes que destruyan como papeles inútiles las escrituras públicas de esa clase otorgadas a su favor por deudores, ni ningún Tribunal de la República las ha considerado sin ningún valor probativo.

Y es que la recurrente ha confundido lo que es el contrato de mutuo con los medios que la ley da para probarlo”.

Por su parte, el Dr. Góchez Castro, opinó lo siguiente:

A mi juicio el Magistrado disidente está en lo cierto. No tiene base legal ninguna considerar una escritura pública en que se confiesa una deuda, sea simplemente un principio de prueba por escrito; es por el contrario, una prueba plena de la existencia de la obligación, con la misma fuerza de una confesión judicial.

Por otra parte, que el deudor sólo, sin la concurrencia del acreedor, puede otorgar la escritura en que reconoce la deuda y la garantiza, lo demuestra con sólidos razonamientos el Tribunal, apoyados finalmente con la oportuna transcripción del inc. 8 del art. 606 Pr. que dice: "se entiende que hay convenio sobre precio, siempre que el deudor lo haya fijado en la escritura y el acreedor hiciere uso de ella, aunque no haya concurrido a su otorgamiento”.

Este caso que tuvo su origen en el juego entre personas muy conocidas de nuestra alta sociedad, motivó la reforma del art. 1902 del mandato, en el sentido que para vender, hipotecar o constituir cualquier derecho real o personal en inmueble, deberá constituirse por medio de Poder Especial o en uno General con cláusula especial en los que se determine el inmueble o inmuebles que sean objeto del contrato y se autorice al mandatario para recibir el precio o cantidad de dinero procedente de estos actos. Si la venta no fuere al contado, se expresará en el poder el plazo máximo que podrá conceder el mandatario.

Hay muchos otros más casos de nulidades cometidas por violación de ley expresa y terminante, pero que no vamos a estudiar ni a transcribir en este trabajo, porque sería interminable.

Por tal motivo, veremos dos casos de nulidades cometidas en el art. 1131. que son subsanables o ratificables, excepto cuando la parte no la subsanare. Dichas nulidades son las siguientes:

1) Cuando se trata de casación de fondo contra una sentencia interlocutoria que declara una nulidad por falta de emplazamiento o de legitimidad de una de las partes, las disposiciones que se supone infringidas, necesariamente son de naturaleza arjetiva.

El vocablo "ausente" no está definido en la Ley, ni es de naturaleza técnica, por consiguiente, debe interpretarse en su sentido natural y obvio, según el uso general del mismo, art. 20 C., y en relación con la aplicación de este término dentro del contexto del art. 141 Pr., se debe preferir la acepción amplia, o de carácter general, que señala el Diccionario de la Real Academia Española, esto es, la de que ausente es el que "está separado de alguna persona o lugar". Además de eso, el elemento de que el demandado como ausente, haya tenido domicilio en el país, no figura en el artículo citado; más, al contrario, del inc. 2º de esa disposición aparece que la circunstancia del domicilio no puede servir para determinar el concepto.

Como consecuencia de lo expresado en las doctrinas anteriores, es evidente que en la sentencia recurrida se ha interpretado de manera errónea el art. 141 Pr., al estimar que fue ilegal el nombramiento de Curador de unos ausentes demandados, por no tener domicilio en la República.

No hay duda que en el caso contemplado en la sentencia recurrida, de acuerdo con el art. 1131 Pr., el Juez o Cámara estaban obligados a requerir al Curador del ausente para que justificara su personería dentro de tercero día, pues durante este término pudo el actor comprobar dicha personería. El requerimiento siempre debe ordenarse, aunque el reo no ratifique lo actuado, porque el plazo de prueba también beneficia al actor, que es el principal interesado en legitimar la personería del demandado. Art. 1274 Pr.

Así, pues, la omisión de dicho requerimiento constituye violación del art. 1131 Pr. y debe casarse la sentencia en que se haya incurrido en esa omisión. R. J. de 1970 Tomo LXXV, pág. 465.

2) No es casable la sentencia interlocutoria de una Cámara en la cual declara indebidamente la apelación de una sentencia definitiva, pro-

nunciada en juicio civil ejecutivo, basándose en que dicho recurso fue renunciado en el documento base de la acción.

No es aceptable el razonamiento del impetrante, sobre que el art. 600 del Código de Procedimientos Civiles se violó en forma indirecta, es decir, que no se aplicó por una interpretación errónea del art. 986, numeral 2º, del mismo cuerpo de leyes, que niega la apelación cuando entre las partes hubo pacto de no apelar, fundándose en que en el documento base de la acción, el deudor hizo una declaración unilateral, manifestando "que para el caso de acción ejecutiva se compromete a no apelar del decreto de embargo y sentencia de remate...". En efecto: en Derecho Privado se admite como principio general la renuncia de los derechos subjetivos que sólo miran al interés del renunciante, con la única limitación contenida en el art. 12 C., y para que esta renuncia tenga eficacia basta la simple declaración de voluntad del titular del derecho que se renuncia, sin necesidad de que el beneficiado con la renuncia comparezca en el mismo acto a manifestar su aceptación. En el documento base de la ejecución se empleó la expresión: "se compromete". La palabra "compromete" -inflexión del verbo comprometer- se tomó en las declaraciones del otorgante, en la acepción castellana "de constituirse en una obligación" -negativa- de no apelar, equivalente esa obligación, en el caso occurrente a la renuncia del derecho a reclamar de la sentencia que hubiere creído el ejecutado le causaba agravio. De manera pues, que si el deudor limitó su libertad, obligándose a no apelar de la sentencia de remate le está vedado en derecho, hacer uso del recurso de cuyo beneficio se despojó en escritura pública, estando facultado el acreedor por la ley, para hacer que se respete esa renuncia, y el juzgador a reconocerle su derecho. R. J. de 1969, Tomo LXXIV, pág. 527.

Hay otras seis sentencias de principios de siglo que aparecen publicadas en el primer volumen del índice de la jurisprudencia salvadoreña desde 1901 hasta 1932 del Dr. Angel Góchez Castro, que conviene transcribir en este trabajo, por contener todas ellas doctrinas de suma importancia.

La primera, dice así: procede la resolución de la venta, cuando habiéndose estipulado el pago del precio por contados, no se paga el primero, aunque el comprador haya consignado la cantidad después del plazo. La verdadera interpretación del art. 1676 C., parte final, no es favorable al demandado. Si la acción se instaura contra el representante de dos menores y uno de estos había fallecido antes de la demanda, es nulo

el juicio en la parte que se refiere al menor fallecido, si no se emplazó al heredero; pero no respecto al otro, pues aunque se trate de un derecho hereditario relativo a determinados bienes, ese derecho admite división intelectual o de cuota. R. J. agosto 15 de 1901, pág. 371.

La segunda, dice: para que prospere la acción de alimentos, hay que probar la necesidad de ello y la posibilidad de darlo de parte del alimentante. Se deben alimentos desde la notificación de la demanda; y los atrasados se deben aunque antes de la sentencia hayan cesado los motivos para pedir alimentos... Un Curador ad litem, tiene sólo las facultades que le confiere el discernimiento: si es para representar a una persona, no puede extenderse esa representación a otra v. gr. si representa a una madre no puede representar a la hija, aunque sea menor. Si, no obstante, se entabla demanda a nombre de las dos, hay nulidad; pero queda subsanada por la manifestación expresa de la parte interesada. La falta de la venta para litigar contra el padre no produce nulidad. R. J. Enero a Marzo de 1920, pág. 92.

La tercera dice: Es aplicable el art. 1168 C., cuando hay disputa sobre derechos a la sucesión; pero no cuando las partes están de acuerdo en cuanto a quienes son los herederos, versando la cuestión entre dos cesionarios de los mismos herederos para decidir cual de los dos tienen preferencia. En todo caso si existe otro heredero que también cedió su derecho sin que sobre éste haya disputa alguna, el cesionario que aceptó, tiene la representación de la herencia por lo menos respecto al derecho indisputado. El art. 1168 C., racionalmente interpretado se refiere al caso de que en general se disputen los derechos hereditarios. El juicio ejecutivo seguido sin la intervención del cesionario que aceptó la herencia, es nulo y debe reponerse desde la demanda, si no aparece hecha la notificación a que se refiere el art. 1257 C. El recurrente puede renunciar las costas, daños y perjuicios a que debiera ser condenado el Tribunal culpable. R. J. Septiembre de 1923, pág. 192.

La cuarta dice: Si se ha incurrido en nulidades y la parte perjudicada no la ratifica, deben declararse y ordenarse la reposición. Si el Juez, al mismo tiempo absuelve al demandado, esa sentencia también es nula. R. J. Julio de 1926, pág. 252.

La quinta dice: Si el demandado no fue emplazado legalmente y requerido, no manifiesta que ratifica lo actuado, no se subsana la nulidad por la intervención del apoderado. En tales condiciones, hay nulidad desde el

auto que ordenó el traslado exclusivo, en adelante. R. J. Abril de 1928, pág. 205; y

La sexta, dice así: No hay nulidad por inejecutividad de la personería de alguna de las partes, si el juicio se siguió sin que ninguno de los interesados reclamara nada al respecto (ratificación tácita), ni los Tribunales hicieron el requerimiento a que se refiere el art. 1131 Pr. En este caso, debe tenerse como legítima la personería de un Receptor Fiscal, como representante del Fisco, sin que tal punto pueda controvertirse una vez terminado el procedimiento Judicial. R. J. Enero de 1931, pág. 50.

CLASIFICACION DE LAS CAUSALES DE NULIDAD

De acuerdo con el Profesor, Hernando Devis Echandía, las causales de las nulidades en el nuevo Código de Colombia, están enumeradas en forma rigurosamente taxativa, en los arts. 152 y 153, de manera, agrega, que los jueces no podrán ampliarlas por analogía, ni recurriendo a teorías de ninguna clase.

En El Salvador, aunque no existe esa numeración taxativa, existe un principio general absoluto contenido en el art. 1115, de que no hay nulidad sin ley específica que la establezca, y que además cause perjuicio al derecho o defensa de la parte en cuyo favor se ha establecido.

De acuerdo con este principio, dividiremos nuestras causales de nulidad, en las siguientes formas, tal como la hace el Dr. Padilla en su tesis doctoral; así:

1.- Causales de Nulidad de procedimiento o de Nulidad de fondo.

Dentro de esta clasificación, las causales de nulidad de procedimiento, son aquellas que contienen alguna falla o transgresión de la ley, en aquellos trámites o solemnidades más esenciales, y su consecuencia más inmediata es la de invalidarse éste desde el acto defectuoso, tramitándose de nuevo el juicio desde el vicio cometido como si nada se hubiese hecho.

En sentencia pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia del cuatro y nueve de Septiembre de mil novecientos treinta, publicada en la R. J. de 1930, N° 7 a 9 págs. 241 y 244, respectivamente, del Tomo XXXV, se estableció la diferencia doctrinal con nombres, así:

"Las nulidades susceptibles de cometerse en el desarrollo judicial de un litigio, son de dos clases: de forma o de fondo. Las primeras afectan al procedimiento y su declaración lleva consigo la anulación de todo lo actuado con posterioridad. La segunda anula únicamente el fallo en que se han cometido, como contravenciones en él incurridas por los Tribunales, al decidir acerca del fondo del litigio, infringiendo leyes expresas y terminantes.

Es decir, de acuerdo con ese fallo, las nulidades se denominan de forma o de fondo, que equivale a lo mismo de procedimiento y de fallo, respectivamente.

II.- También se dividen las nulidades o causales de nulidad en absolutas, subsanables y ratificables.

Las primeras están comprendidas en los arts. 1130 y 1131.

Las nulidades no ratificables ni subsanables, se subdividen a su vez en tres grupos:

1º Nulidades que consistan en incompetencia de jurisdicción que no ha pedido prorrogarse. En el literal c) de las consecuencias que distinguen a las tres nulidades, dijimos que este tipo de nulidad equivale a la inexistencia de todo el proceso, porque se trata de algo que no ha tenido valor legal alguno, como los ejemplos que pone la misma ley en los arts. 1204 y 1260:

2º En no haberse autorizado el fallo en la forma legal. De este caso, ya pusimos el ejemplo de que no se expresa en la sentencia la fecha o nombre de las partes u objeto que se dispute o que no se firme por el Juez, etc.; y

3º En haberse pronunciado el fallo contra ley expresa y terminante. Pusimos varios ejemplos y citamos jurisprudencia al respecto.

III.- La tercera clasificación de las nulidades lo es de absolutas y relativas, estudiaremos primeramente las absolutas:

NULIDADES ABSOLUTAS

Estudiaremos en primer lugar, las nulidades absolutas: De acuerdo con lo que dejamos dicho, están comprendidas en dos disposiciones

legales: 1130 y 1131.

Las del 1130, comprenden tres tipos de nulidades; pero desde el punto de vista del Derecho Procesal, en verdad se trata únicamente de dos nulidades: la primera, que podríamos llamar nulidad de Ley o de fondo, consiste en haberse pronunciado el fallo contra ley expresa o terminante; que la ley de casación llama infracción de Ley; y la segunda, en no haberse autorizado el fallo en la forma legal, que la ley de casación denomina quebrantamiento de las formas esenciales del proceso.

Para una mejor comprensión pondremos dos ejemplos: Fallo contra ley expresa y terminante: por ejemplo: El art. 283 del Código Civil, expresa que el reconocimiento o declaratoria judicial de hijo natural, procederá en el estupro, violación o raptó cuando la época en que estos hechos se consumaron coinciden con la de la concepción, según el art. 74, que establece la regla que de la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho (no admite prueba en contrario) que la concepción se ha procedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.

Si no obstante las reglas anteriores, en un caso de violación la mujer concibe y da a luz una criatura, que nace dentro de ese lapso después de los ciento ochenta días y antes de los trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento, el Juez en su sentencia dijere que como nació en el día doscientos ochenta, la criatura no es hija del violador, porque generalmente nacen a los nueve meses o sean después de doscientos setenta días de la concepción. Eso es, lo normal; en el presente caso hay una presunción de derecho, de que esa criatura es hija del violador, y así debe declararse en la sentencia respectiva. Si no lo hiciere, dicho fallo ha sido pronunciado contra ley expresa y terminante, y por consiguiente es nulo.

Veamos el segundo caso, cuando la sentencia no se hubiere autorizado en la forma legal. De acuerdo con los arts. 427 y siguientes, los jueces deberán firmar con firma entera, las sentencias definitivas; supongamos que un Juez por un error o descuido firmare esa sentencia con media firma o rúbrica, la sentencia sería nula, por no estar autorizada en la forma legal.

El tercer caso que comprende el art. 1130, dice que las nulidades que

consistan en incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse; por ejemplo: que un Juez de Hacienda declare un divorcio, de acuerdo con los Procesalistas, ese acto o sentencia no es nulo, sino que jurídicamente inexistente, o como dice Gallinal: el acto procesal inexistente, es aquél que le falta un elemento esencial en su formación, de tal manera que no se puede concebir el acto, ausente aquél elemento.

La inexistencia así entendida, es distinta del caso de nulidad; cuando un acto es inexistente, la ley no tiene necesidad de anularlo, desde luego que es un acto que no se ha hecho en realidad, que no existe más que en apariencia y como en la realidad no existe, no puede ser anulado; por eso se afirma que la inexistencia es incompatible con la nulidad.

Por su parte, Couture agrega: Es en cierto modo el problema del ser o no ser del acto. No se refiere a la eficacia, sino a su vida misma. No es posible a su respecto hablar de desviación, ya que se trata de algo que ni siquiera ha tenido la aptitud para estar en el camino. Una sentencia dictada por quien no es Juez, no es una sentencia, sino una no sentencia, no es un acto, sino un simple hecho.

La fórmula que define esta condición sería, pues la de que el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado.

Las nulidades anteriores, aún el acto inexistente, no podrán cubrirse ni aún por expreso consentimiento de las partes, y deberán declararse a pedimento de éstas o de oficio, en cualquiera de las instancias, aunque no se hubieren reclamado en el tiempo indicado en los artículos precedentes (1124 al 1129).

Dice Couture: En tanto el acto inexistente no tiene la categoría de acto, sino de simple hecho, el acto absolutamente nulo tiene la condición de acto jurídico, aunque gravemente afectado.

En tal caso se decide, que una vez comprobada la nulidad, el acto debe ser invalidado, aún de oficio y sin requerimiento de parte interesada, y que una vez invalidado el acto, no es posible la ratificación y homologación (o aportación, o sea el consentimiento tácito que dan las partes a un acto nulo).

El acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta

el día de su efectiva invalidación.

De lo anterior se deduce que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada.

Con respecto a las nulidades relativas, en ellas existe un vicio de apartamiento de las formas dadas para la realización del acto; pero el error no es grave, sino leve. Sólo cuando haya derivado en efectivo perjuicio, podrá ser conveniente su invalidación. Pero si no lo trajera aparejado, o si trayéndolo, la parte perjudicada cree más conveniente a sus intereses no acudir a la impugnación, el acto nulo puede subsanarse. El consentimiento purifica el error y opera la homologación o convalidación del acto. Sus efectos subsisten hasta el día de la invalidación, y si ésta no se produjera, la ratificación da firmeza definitiva a esos efectos.

El acto relativamente nulo admite ser invalidado y puede ser convalidado.

El segundo grupo de nulidades absolutas que si son ratificables, las enumera el art. 1131 o sean las siguientes:

- 1) Las nulidades que consistan en falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda;
- 2) En incapacidad absoluta de una de las partes que han intervenido en el Juicio, por ejemplo: como un adulto, no habilitado de edad sin guardador;
- 3) En ilegitimidad de una de las partes que han intervenido en el juicio, como un Procurador sin poder.

En los tres casos anteriores, siguiendo el principio de que la ley no quiere que existan actos nulos, sino que por el contrario que todos sean válidos, dice el artículo en estudio, lo siguiente: dichas nulidades se declararán siempre que requerida la parte por el Juez o Cámara, no legitime su personería, o no se ratifica lo actuado por quien tiene derecho a hacerlo, dentro de tercero día del requerimiento, más el término de la distancia, si fuere necesario.

También puede ratificarse tácitamente la falta de citación o emplazamiento si el demandado contesta la demanda o interviene en el juicio sin alegar la nulidad.

Si el Juez tuviere que declarar la nulidad porque no se cumplieron los requisitos indicados o como dice Couture, si no interpone los recursos con tiempo o las facilidades que le proporciona el legislador, agrego yo, la injusticia queda cubierta por el consentimiento tácito de la parte. La nulidad se convalida, porque vencidos los plazos de impugnación, no existe manera de atacar la cosa juzgada.

En todos esos casos, el Juez queda obligado a declarar la nulidad conforme lo indican los artículos 1132 y 1095, es decir, deberá declarar nula la sentencia, la diligencia que tenga tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata, mandando se repongan a costa del funcionario que resulte culpable. Si la reposición no fuere posible, será éste el responsable por los daños y perjuicios.

Si el vicio fuere absoluto por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa y terminante, de conformidad con el art. 1093, la Cámara de Segunda Instancia la anulará, pronunciando la conveniente y condenando al Juez que la dictó en las costas, daños y perjuicios del recurso.

NULIDADES RELATIVAS

Las nulidades relativas, aparecen comprendidas en diferentes disposiciones legales.

El Capítulo II del Título II del Libro Tercero, parte Segunda de nuestro vigente Código de Procedimientos Civiles, señalan las distintas nulidades relativas, comenzando por el art. 1116, las cuales enumeramos de la siguiente forma:

1) INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El Código no dice a qué clase de incompetencia de jurisdicción se refiere, pero en verdad, se refiere a la incompetencia de jurisdicción territorial y no por razón de la materia, porque ésta última, es nulidad absoluta; excepto en los siguientes: El art. 1116 en estudio, dice que existe esta nulidad, a) a no ser que la competencia (o jurisdicción) del Juez hubiere sido legalmente prorrogada; b) que habiéndose reclamado la incompetencia se haya declarado sin lugar por el Juez en Primera Instancia; c) que habiéndose apelado, la Cámara de Segunda Instancia haya confirmado la incompetencia del Juez o sea la declaratoria del Juez en Primera instancia;

y d) que la parte no hubiere apelado de la sentencia. En los cuatro casos mencionados subsiste la nulidad por incompetencia del Juez por razón del territorio. Esta competencia se denomina declinatoria de jurisdicción (o competencia).

Todas las demás causales de incompetencia del Juez, ya sea por razón de la materia, de la cuantía, de la calidad del demandado, incluyendo entre ellos al Estado, son nulidades absolutas comprendidas en el art. 1130, es decir, si el asunto se tratare de un caso de Hacienda -art. 45; si lo fuere por razón de la cuantía art. 32, inc. 3º, los Jueces de Paz no pueden conocer en las demandas de más de dos mil colones o de valor indeterminado; si fuere un caso de Inquilinato, cuando se tratare de vivienda, art. 3 L. I.; porque si pueden los Jueces de Primera Instancia aplicar la Ley de Inquilinato, cuando sólo se tratare de la terminación y desocupación de un contrato de arrendamiento de un inmueble urbano, dedicado exclusivamente al comercio, por mora o por otras causales que señala la misma ley de Inquilinato como la de que el inmueble amenaza ruina, la construcción de otro edificio, etc.; los casos de accidentes de tránsito que están sometidos a las de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito y conocen los Jueces Especiales de Tránsito; los casos Laborales, que conocen únicamente los Jueces de lo

En lo único que si pueden conocer los Jueces de lo Civil, es en lo Mercantil, porque aún no se han creado los Jueces de Comercio o Mercantil, y también, porque la Ley de Procedimientos Mercantiles, los faculta para conocer de dichos casos. Por supuesto, si todos los asuntos que la Ley señala son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia, del Presidente de la Corte, de la Sala de lo Civil o de las Cámaras de Segunda Instancia, no pueden los Jueces de Primera Instancia conocer de ellos a menos que se les den comisiones especiales para practicar ciertas diligencias por medio de exhortos u órdenes.

2) FALTA DE RECEPCION A PRUEBA

A) EN PRIMERA INSTANCIA

La falta de recepción a prueba, hay que distinguir la clase de juicio:

Primera Instancia: a) En principio todos los Juicios Ordinarios, se abren a pruebas por veinte días, con excepción de los Juicios de mero

derecho a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro Segundo, art. 514 al 520, o cuando el demandado al contestar la demanda confiesa clara y positivamente la misma; en tal caso, se determinará por ella la causa principal, sin necesidad de otra prueba ni trámite; conforme lo prescribe el art. 230, si el juicio no se abre a prueba hay nulidad.

b) En los OTROS VARIOS PROCEDIMIENTOS SUMARIOS, también se sigue la misma regla que los ordinarios, con la modificación de que en varios casos la Ley dice que se abrirá la causa a pruebas por ocho días si fuere necesario -por ejemplo art. 805; pero hay otros casos más.

c) La misma regla se sigue en los Juicios Posesorios, ya se trate de amparo de posesión o de despojo, conforme lo expresan los arts. 779 y 784 Pr.

d) Y el mismo trámite se sigue en los Juicios Sumarios que no Tengan Trámites Señalados, de acuerdo con lo que dice el art. 975.

e) En los Juicios Verbales, se pueden presentar dos situaciones: una, si las partes estuvieren conformes con los hechos, el Juez dictará desde luego la sentencia, y si no estuvieren conformes en los hechos, se sentenciará sin abrir la causa a pruebas, si se hubiesen presentado todas las pruebas, o el demandante y el reo dijeren que no tienen pruebas que producir, conforme lo expresan los arts. 476 y 477, respectivamente.

La otra es en el caso que las partes no estuvieren de acuerdo, ni pidieren justificarse en la misma audiencia los hechos; en tal caso, si se recibirá la causa a pruebas por ocho días, art. 478 Pr.

f) En los juicios ejecutivos, debe también abrirse la causa a pruebas conforme lo ordena el art. 595 Pr., ya sea a solicitud de parte o de oficio, con calidad de todos cargos, durante los cuales el ejecutado deberá oponer y probar las excepciones de toda clase que obren a su favor.

El siguiente art. 596, dice que los ocho días encargados al ejecutado, son fatales y comunes a las partes y correrán desde el día siguiente al de la última notificación.

En muchas de las disposiciones de nuestro Código de Procedimientos Civiles, se expresa en los arts. 521, 566, 595, 779, 783, 791, 805, 807,

813, 814, 825, 833, 848, 851, 854, 906, 913, 926, 960 y 968, que en la tramitación de los distintos procesos, ordinarios y extraordinarios, después de referirse a la contestación de la demanda se agregan: "El Juez (o se) recibirá la causa a prueba... (por el término de ley, o por tantos días, según los casos)", para referirse a la apertura del término probatorio y solamente en cinco de sus disposiciones, o sean los arts. 801, 804, 822, 838 y 831, dice que: "Se abrirá la causa a pruebas..." Esa uniformidad del legislador en el uso de las expresiones anteriores, revela que toma como sinónimo la frase "abrir un juicio a pruebas" que recibir la causa a pruebas", de manera que la falta de recepción a pruebas, significa no conceder términos de prueba en un juicio para que las partes presente las que estimen pertinentes.

El concepto dado sobre la falta de recepción a pruebas, está muy bien defendido por la sentencia que cita el Dr. Padilla y Velasco, de la Cámara de Tercera Instancia, de 13 de noviembre de 1913, que dice: "Habiéndose pronunciado sentencia como juicio de mera derecho, no obstante haberse pedido la recepción a prueba, se ha incurrido en la nulidad de falta a recepción a prueba, y debe declararse que no ha sido ratificada". R. J. de 1912, Nos. 23 y 24, del Tomo XVII, pág. 544.

Luego cita a continuación, otra sentencia pronunciada por la misma Cámara el 22 de febrero de 1919 sobre los casos fortuitos que pueden suspender un término probatorio de un litigio.

La primera dice así:

I.- Habiendo comenzado a correrse el término probatorio en un juicio civil se suspendió la actuación del Juzgado respectivo por haber permanecido cerrado varios días con motivo de la ruina del siete de Junio de mil novecientos diecisiete; tal suspensión debe considerarse como una fuerza mayor que vino a paralizar la Administración de Justicia.

II.- La apertura a prueba no es una simple ritualidad, sino una concesión a las partes para presentar todas las evidencias legales, de los hechos que discuten, en un tiempo determinado.

III.- Si bien las leyes sobre tal materia revisten gran severidad, debe entenderse que son para las condiciones normales de la vida nacional y no para momentos en que todo se paraliza o trastorna, como aconteció en la catástrofe mejorada.

IV.-La resolución de Juez denegando la reposición del término probatorio, por el tiempo que estuvo suspendido por motivo de la ruina, constituye la nulidad absoluta estatuida por el art. 1117 Pr.

La expresión nulidad absoluta que emplea dicha sentencia, está equivocada, porque la nulidad es relativa. Lo que si tiene de importancia dicha sentencia, como lo expresa el Dr. Padilla, es que revela en sus autores un gran sentimiento de equidad y una excelente amplitud de criterio, cuya doctrina merece ser aplicada siempre que por fuerza mayor o causa fortuita, se suspende un término probatorio u otro término fatal, tal como lo prescribe el Código en el art. 229, al decir que: "Al impedido con justa causa, no le corre término, ni se la considera rebelde para tener por contestada la demanda ni por desierta la acción. "O como en el caso del 251, cuando en cualquiera clase de juicio la parte hubiere estado pronta a presentar sus testigos en el término probatorio y por alguna circunstancia independiente de su voluntad no se hubieren examinado, deberán recibirse sus declaraciones dentro de los tres días siguientes al último del término.

En todos esos casos el legislador obra con verdadera justicia y equidad.

La sentencia arriba citada, aparece publicada en la Revista Judicial de 1919, Tomo XXIV, N° 11, página 20.

En cambio en la sentencia publicada en la Revista Judicial de 1913, Tomo XVII, Nos. 13 y 14, página 318, expresamente se dice que no hay nulidad: I.- Cuando el tercer opositor pida, en conformidad al art. 659 Pr., que se haga pago a prorrata de los bienes embargados, el término de prueba que se concede en dicha disposición es común al ejecutado, para discutir los derechos que se derivan de la obligación contraída.

II.- No existe, en consecuencia, la nulidad que se alega por no haber concedido el término legal al demandado para establecer sus derechos".

En otra sentencia que cita el Dr. Padilla, se dice lo siguiente:

III.- En tercerista coadyuvante no puede alegar en Segunda o Tercera Instancia, nulidad del juicio por no haberse abierto a prueba por el término de ley, considerándolo el Juez como de mero derecho, porque debe tomar el asunto en el estado en que lo halla, sin poder hacerlo retroceder, y porque

la misma ley le ha franqueado un término especial en cualquiera de las Instancias para aducir las justificaciones pertinentes que le favorezcan”.

Esta nulidad de falta de recepción a prueba, es relativa, porque no puede declararse de oficio, sino sólo a solicitud de parte, siéndole aplicable la parte final del art. 1115, que no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido. La misma Cámara mencionada, en sentencia del 11 de noviembre de 1908, sentó sobre ambos puntos la tesis siguiente:

“La falta de recepción a prueba en juicio ordinario de hecho produce nulidad, pero no se puede declarar de oficio, si las partes no la reclaman, y principalmente si el actor o sea la parte a quien pudiera perjudicarte, por ser el obligado a probar, pidió que se resolviera sin más trámite que la contestación de la demanda, equivalente a una conformidad con la omisión del trámite o procedimiento aludido”.

Luego copia el Dr. Padilla y Velasco, otras dos sentencias y hace a continuación un comentario, que transcribiré en su mayor parte porque es apropiado al tema de nuestro estudio.

Dice así el Dr. Padilla y Velasco:

“De las dos sentencias últimas que he mencionado y las cuales no he transcrito en este trabajo, la primera declara, que habiendo apertura a prueba, no hay falta de recepción a prueba por el término de ella, y la segunda, si la considera como una nulidad relativa subsanable. Me inclino, más por considerar que en verdad la restricción del término probatorio, por tramitar un asunto en la forma sumaria en vez de la ordinaria, es la nulidad relativa de falta de recepción a pruebas”.

Después el Dr. Padilla explica porqué razón el legislador concede un término más amplio en los juicios ordinarios que en los extraordinarios, o sea, porque en los primeros la discusión de los asuntos es más amplia y las partes necesitan de mayor tiempo para presentar una variedad de prueba, entre ellas, instrumentos, testigos, inspección, avalúos, etc., en cambio en los sumarios, el término es más breve, porque en unos, como en los ejecutivos, la prueba ya está justificada con el documento que se presentó con la demanda, base de la acción y en otros, como en los sumarios, bastan

dos testigos y de vez en cuando un instrumento, para comprobar los fundamentos de la acción incoada.

Y al final concluye manifestando lo siguiente:

"Si tales razonamientos parecen insuficientes, recuérdese la sentencia citada sobre el caso fortuito de la ruina de la ciudad de San Salvador, dictada el 22 de febrero de 1919, que consideró como una falta de recepción a prueba, la resolución del Juez, rechazando la reposición del término probatorio, que había sufrido restricción por la catástrofe memorada", y que "tanto se infringe ese trámite, suprimiéndolo como restringiendo el término señalado por la Ley", Revista Judicial, 1919, Tomo XXIV, N° 1, página 2 y 23". Concluyo, pues (dice el Dr. Padilla), que la restricción del término probatorio, por tramitar un asunto en la forma sumaria en vez de la ordinaria, es la nulidad relativa de falta de recepción a prueba".

De mi parte, agrego que no solamente hay nulidad por falta de recepción a prueba en los casos que menciona el Dr. Padilla y Velasco, sino en todos los que dejo mencionados en los literales a) al 1) del numeral 2) FALTA DE RECEPCION A PRUEBA -A- EN PRIMERA INSTANCIA.

Además, hay que tomar en consideración las disposiciones de nuestro Código que prescriben que al impedido con justa causa no le corre término, principio contenido en el art. 229 Pr., que aunque está contenido en el Capítulo III, que trata de la contestación a la demanda y de la reconvencción o mutua petición, del Título III, del Libro PRIMERO, también es aplicable, como dice el referido artículo, de que no se considera rebelde al demandado para tener por contestada la demanda, ni por desierta la acción; tampoco se tendrá por reconocido un documento privado o por confesa a una persona, si por un justo impedimento no concurriere a la segunda cita que se le hiciere, en ambos casos, a absolver posiciones, pues el reconocimiento de firma equivale a una absolución de posiciones; conforme lo expresan los Arts. 265 ord. 1º, 387 y 376 Pr. La deserción está regulada en los Arts. 537 al 540, en Primera Instancia, 1035, 1039 y 1043 en Segunda Instancia. O también en el caso de que la parte hubiere estado pronta a presentar sus testigos en el término probatorio, y por alguna circunstancia independiente de su voluntad no se hubieren examinado, deberán recibirse sus declaraciones dentro de los tres días siguientes al último del término conforme lo prescribe el art. 251; o cuando el testigo no pudiere concurrir al Tribunal por enfermedad u otra imposibilidad, el Juez le concederá término suficiente o irá a recibirle su

deposición según fuere el impedimento, tal como lo ordena el art. 302; en Segunda Instancia, se permite el examen de los testigos, que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no fueron examinados en Primera Instancia, por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte. En todos esos casos, hubo un impedimento con justa causa y no corre el término de ley, o lo que es lo mismo equivaldría a que hay nulidad si se negare el examen de esos testigos fuera del término probatorio; al igual que en el caso fortuito del término, hay nulidad por falta de recepción a prueba.

De acuerdo con nuestra Jurisprudencia, la nulidad consiste en la falta de recepción a prueba especial para verificar documentos, sólo puede reclamarla la parte perjudicada, tanto más, si quien la alega había contestado un traslado sin mencionarla.

No son nulas las declaraciones en que se omitió consignar que los testigos no tenían incapacidad para declarar, si de los demás datos resulta que son personas conocidas. Si tal nulidad no se alega al evacuar un traslado, queda ratificada. R. J. 1939, pág. 461.

En diligencias de Título Supletorio, al declararse sin lugar una oposición tendiente a que se extienda el Título solicitado en parte de uno de los terrenos, la resolución no puede ser atacada alegando que se ha omitido la recepción a pruebas en el procedimiento respectivo, porque para ello sería indispensable que la controversia hubiese sido admitida por el Juez ante quien se presentó y hubiere efectuado el trámite correspondiente. Revista Judicial, 1959, pág. 531, Tomo LXIV.

EN SEGUNDA INSTANCIA

a) En los juicios ordinarios, la recepción a prueba en Segunda Instancia, está limitada a los casos enumerados en el Art. 1019; y de concurso y juicios sumarios, de la naturaleza que fueren.

b) En los juicios ejecutivos, de concurso y juicios sumarios, de la naturaleza que fueren, solamente en el caso de compulsas de algún instrumento, de acuerdo con el art. 1024. Aunque también se pueden presentar instrumentos sin necesidad de recibir la causa a pruebas por autorizarlo el art. 270.

3) DENEGACION DE PRUEBAS

La falta de denegación de prueba cuando es legalmente admisible, según la naturaleza del proceso, ya sea en Primera o en Segunda Instancia, es otra causa de nulidad.

En principio, todas las pruebas admitidas por nuestra ley, en el art. 253 en relación con el 1569 del Civil, son legalmente admisibles en toda clase de procesos, siempre que sean pertinentes, refiriéndose al asunto de que se trata, ya en lo principal, ya en los incidentes, ya en las circunstancias importantes, conforme lo prescribe el art. 240

Se ha discutido si en lo civil se pueden admitir una serie de pruebas científicas, tales como las de balísticas, prueba de sangre, de tierras, tolas, piel y pelos humanos y otras series de pruebas de laboratorios, que son muy corrientes en lo Penal. Algunos sostienen que como la enumeración que hace la ley en el art. 253, es taxativa, ya no pueden admitirse otro tipo de pruebas. Más no estoy de acuerdo, en primer lugar, porque muchas de esas pruebas se pueden practicar mediante dictámenes periciales, o mediante inspección personal del Juez, las cuales si son admitidas, y en segundo lugar, porque el Sabio, Doctor Menéndez, Padre de nuestra Legislación, ordenó en el art. 1238, tercer inciso, que los Jueces deben acceder asimismo, a todo lo que no estuviere prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante o mayor expedición en el despacho, sin perjudicar a la defensa de la otra parte.

Este principio, lo reconoce nuestra vigente Constitución de mil novecientos sesenta y dos, al establecer en los derechos individuales que nadie está obligado hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que la ley no prohíbe.

Si se tratare de hechos que propuestos en primera Instancia no fueron admitidos no hay nulidad, sino que es un caso en los que la ley permite que se solicite la recepción a prueba en Segunda Instancia, conforme lo expone el art. 1019 ordinal 2º al decir que en Segunda Instancia, podrán recibirse la causa a pruebas... para probar hechos propuestos en Primera Instancia que no fueron admitidos.

Lo mismo sucedería en el caso de que habiendo sido designados los testigos con sus nombres y apellidos que se deseaban examinar en Primera

instancia y no lo fueron por enfermedad, ausencia, u otro motivo independiente de la voluntad de la parte, dichos testigos podrán también ser examinados solicitando la apertura a prueba en Segunda Instancia, de acuerdo con lo prescrito en el ordinal 3º del art. 1019 ya citado.

En cambio, si la parte hubiere estado pronta a presentar sus testigos para que fueran examinados en el día y hora señalado en el término probatorio, y éste lo hubiere sido el último del mismo, y por alguna circunstancia independiente de su voluntad, no se hubieren examinado, tampoco será caso de nulidad, sino que la parte en ese caso, lo que debe hacer, es solicitarle al Juez en Primera Instancia que se reciban las declaraciones de los testigos dentro de los tres días siguientes al último de término. Si no lo solicita, no hay nulidad; pero si lo pide y el Juez se lo deniega, entonces si hay nulidad por falta de denegación de prueba.

Nuestra Jurisprudencia ha declarado que es inadmisibile el Recurso de Casación por quebrantamiento de forma, fundado en el motivo de denegación de prueba legalmente admisible, contemplado en el ordinal 5º del art. 4 L. C. si la parte interesada no ha reclamado previamente en el curso de las instancias la subsanación de dicha falta, haciendo uso de los recursos que para ese fin establecen las Leyes, R. J. Tomo LXVII, página 258 de 1962.

La sentencia relacionada, se refiere al art. 1117 Pr. y al art. 7 de la L. C., el primero habla de la denegación de prueba, y el segundo de que para admitir el recurso por quebrantamiento de forma, es indispensable de quien lo interponga, haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, o sean los señalados en los Arts. 1124 al 1128 Pr., que ya estudiamos.

El Dr. Padilla y Velasco, expresa que la denegación de prueba, consiste en rechazar pedimentos pertinentes sobre prueba, tal como lo especificamos al comienzo de este párrafo 3) que trata de la denegación de prueba. Más adelante agrega que la nulidad se produce cuando el Juez deniega alguna de las pruebas pedidas por cualquiera de las partes y transcribe la siguiente doctrina de la jurisprudencia; "No hay nulidad del juicio por denegación de prueba, en uno de mero derecho, como es el que versa sobre la validez o nulidad de un contrato de sociedad, pues para resolver, la única prueba que se necesita, es la escritura social de su constitución, que se presentó con los escritos de demanda. Sentencia

pronunciada por la Cámara de Tercera Instancia, el 13 de octubre de 1903, publicada en la Revista Judicial del mismo año, Tomo IX, N° 13, páginas 300 y 304.

Luego agrega: aunque el juicio sea de hecho, otro tanto puede hacer el Juez en rechazar aquéllas pruebas, que por la naturaleza del asunto no tienen pertinencia, tal como lo declaró la misma Cámara en Sentencia de 4 de Julio de 1929, publicada en la Revista Judicial de ese año, Tomo XXXIV, Nos. 7 a 12, páginas 297 y siguientes, con la siguiente doctrina: "Es de la pertinencia privativa de los Jueces o Tribunales la apreciación de las pruebas que ante ellos se presenten y que indica el art. 240 Pr. El rechazo que ellos hagan por esta razón de dichas pruebas, no puede ser motivo para impetrar nulidad como fundado en una denegación de prueba".

Comentando esa sentencia, el Dr. Padilla, explica: "Que la parte hizo mal en solicitar dicha nulidad en Recurso Extraordinario de Nulidad, pues calificándola la Ley como relativa, sólo podía reclamarse en el curso de las Instancias. La misma doctrina de denegación de prueba, fue sostenida por la misma Cámara en la Sentencia de 21 de Septiembre de 1917, publicada en la Revista Judicial de ese año, Tomo XXII, N° 9, páginas 435 y siguientes, al decir: No hay denegación de prueba en rechazar posiciones que no son hechos personales de la parte a quien se le ha pedido". Revista Judicial, 1917, Tomo XXII, N° 9, págs. 435 y siguientes.

Y en sentencia de 20 de enero de 1925, se falló diciendo:

"No es nulo el fallo por denegación de prueba cuando ésta no se pidió en el término legal otorgado para el efecto, sino cuando ya había concluido, aunque fuera para valuar por peritos los bienes a que se refiere la demanda". Revista Judicial, 1925, Tomo XXX, Nos. 1 a 3, págs. 45 y siguientes.

Sobre esta sentencia, hace el Dr. Padilla un comentario, manifestando que es muy cuerda, en cuanto a considerar que no hay nulidad del fallo, sino que lo que habría es nulidad relativa del procedimiento que debe alegarse en el curso de las Instancias; pero no me parece correcta en cuanto al argumento de que había concluido el término probatorio cuando se pidió la prueba pericial, pues ésta ya se sabe que puede pedirse en cualquier tiempo antes de la sentencia.

Sobre lo dicho anteriormente por el Dr. Padilla hay una sentencia que

niega su tesis, o sea de que no hay ni nulidad relativa del procedimiento, publicada en la Revista Judicial de 1960, Tomo LXXV, págs. 601, que tengo anotada en mi Código y que dice así: "Agotado el término para probar, es el juicio prudente del Juez el condicionante de la práctica del examen pericial, lo que equivale a decir que el Juez puede decretar la prueba de mérito facultativamente como un medio ilustrativo para mejor proveer o resolver más esta facultad inquisitiva no permite al titular traer elementos probatorios no alegados por las partes o alegados intespectivamente supliendo de esta suerte la inactividad de las partes, porque ésto sería una desviación de la potestad jurisdiccional. Y si la práctica de tales diligencias, quedan al criterio del Juez, es evidente que no se viola ninguna ley, cuando dicho funcionario no las estimó valederas de donde no procede entonces casar la sentencia por éste motivo.

Dentro del nuevo sistema del Derecho Procesal, tampoco habría nulidad, si legalmente se le concediera al Juez el derecho y la obligación de la iniciativa probatoria, no como actualmente existe en nuestra legislación, cuando dice en el art. 364 Pr. que: "el Juez puede de oficio acordar la prueba pericial... siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad", porque conforme a esa redacción en la práctica, raramente los jueces estudian a fondo las sentencias que pronuncian, y no podría determinar cuando deben o no usar de su iniciativa probatoria judicial; porque tampoco el Juez puede ponerse del lado de unas de las partes y ayudarle a producir las pruebas que aquélla se le olvidó verter.

La nulidad, indudablemente es relativa, conforme lo confirman dos sentencias que relaciona el Dr. Padilla la primera proveida por la Cámara el 23 de mayo de 1901, y la segunda, el 22 de diciembre de 1918, que respectivamente, dicen:

"La denegación de prueba es un vicio penado por nulidad relativa, que debió ventilarse en el recurso ordinario de apelación, y no en el extraordinario de nulidad". Revista Judicial, 1901, Tomo VII, No. 13, pág. 302 y siguientes.

Y la segunda: "La declaración del Juez de no haber lugar a la inspección de un Protocolo, no acarrea nulidad por denegación de prueba, según nuestra Ley Procesal; y en caso la hubiera, ella sería relativa, y quedó subsanada por la devolución de un traslado sin alegarla". R. J., 1918, Tomo XVIII, No. 12, págs. 1178 y 1185.

Observa el Dr. Padilla, que esta última sentencia, al hablar de la prueba, declara que no hay inspección de Protocolo ni de los documentos, sino que debió solicitarse de la confrontación del documento con sus originales, y su denegación era correcta, y si hubiese nulidad, ella es relativa.

Sobre este tema, tengo anotado en mi Código, dos casos: el primero se refiere al art. 271. o sea que en el término probatorio, puede pedirse compulsas, en consideración a que la compulsas es un simple medio de producir en juicio la prueba instrumental, como lo es también, la agregación original de los instrumentos que se aducen como prueba, art. 270 de acuerdo con la doctrina contenida en la R. J. de 1963, pág. 209.

Pero también se aclara en dicha sentencia, o sea el segundo caso, que en los artículos 272 al 274, se supone al Juez actuando fuera de todo juicio y en función notarial encaminada a formar el documento autónomo e independiente que ha de servir de prueba preconstituida de un derecho; las compulsas a las que se refiere el art. 271 que claramente aluden a las que se verifican dentro de un proceso como diligencias encaminadas a recibir la prueba instrumental; si en este caso se negare la compulsas, habría denegación de prueba, más no en el caso que se refiere el Dr. Padilla y menciona el principio del párrafo anterior.

El caso a que se refiere el Dr. Padilla, está comprendido en el art. 256 que aunque la ley lo llama confrontación, jurídicamente su nombre es cotejo.

El Dr. Padilla plantea a continuación dos problemas: el primero es de que si el Juez no deniega la prueba solicitada, sino solamente se queda callado y no resuelve sobre el particular.

Según su opinión puede recibirse esa prueba en cualquier tiempo, aún la de testigos, y aún también concluido el término probatorio, no debe pues, conceptuarse como denegación de prueba para ocasionar nulidad de procedimiento. Sin embargo, no cita ninguna disposición legal en la cual apoye su tesis.

Hay varias disposiciones legales, algunas de ellas ya citadas en este trabajo en las que se autoriza expresamente al Juez a recibir, por ejemplo: las declaraciones de testigos en el caso del art. 251, cuando la parte hubiere estado pronta a presentarlos en el término probatorio, y por una circunstancia independiente de su voluntad, no se hubieren examinado; en tal caso,

deberán recibirse sus declaraciones en los tres días siguientes al último del término. Pero en este caso, así como en el del 1019, ord. 3o., se supone que el Juez admitió la prueba y señaló día y hora para el examen de testigos, pero por causas independientes de su voluntad, no fueron examinados. El problema planteado por el Dr. Padilla, es más interesante; al Juez le pide la parte le señale día y hora para el examen de los testigos, previa cita de la parte contraria; más el Juez no resuelve nada. En tal caso, no hay disposición legal alguna que diga que los testigos se podrán examinar después de concluido el término probatorio. Lo correcto en este caso, sería lo que el mismo Dr. Padilla propone más adelante, que la parte se queje ante el Tribunal Superior para que éste ordene al inferior resuelva sobre el pedimento de prueba.

También podría interpretarse amplia y justamente el art. 1238 inc. 3º de que los Jueces deberán acceder a todo lo que no estuviere prohibido y proporcione alguna facilidad al solicitante o mayor expedición en el despacho, sin perjudicar a la defensa de la otra parte, en consideración a que la prueba se vertería con intervención de ella y a que la otra parte la había pedido en tiempo y forma, aunque se practique fuera de término.

Ahora bien, si se tratare de prueba instrumental, como ésta puede agregarse al proceso en cualquier estado de la causa antes de la sentencia y en cualquiera de las instancias, con citación de la contraria, no habría tampoco ningún problema, conforme lo prescribe el art. 270 Pr.

Si se tratare de posiciones, la ley también faculta tanto a las partes como al Juez, para que las pidan, las primeras, desde que la causa se abre a prueba en Primera Instancia y en las demás que corre el proceso y en cualquier momento antes de la sentencia, aún cuando no hubiere recepción a prueba, art. 376.

Si fuere la prueba pericial o de inspección, la ley autoriza al Juez a practicarlas de oficio en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, y con mayor razón si se lo hubieran pedido las partes. De acuerdo con lo que dicen los artículos 304 y 368 Pr.

Y por último, en la del juramento, ya sea decisorio o estimatorio, de acuerdo con el art. 395, puede pedirse desde que la causa se abre a pruebas y en cualquier instancia antes de la sentencia, el primero y el segundo, conforme el art. 402 por falta absoluta de prueba o insuficiencia de ella por

estimación real de la cosa o sobre el daño padecido o sobre los perjuicios ocasionados; con tal que por otra parte esté plenamente justificada la existencia de la obligación.

El segundo problema que plantea el Dr. Padilla, es el que, ambas nulidades, que la ley las contempla en una sola frase: «La falta de recepción a prueba o denegación de ella», aunque se trate de nulidades diferentes, debiera la ley calificarlas como absolutas, tal como las comprendía en la primitiva legislación salvadoreña, en el Código de Procedimientos Judiciales de 1857, que las conceptuaba como absolutas por quebrantamiento de algunas de las formas esenciales de los Juicios y así se conceptúan actualmente en muchas legislaciones, aclarando que la misma tesis traía sobre la primera de las dos nulidades, la Ley de Casación de 1883. El art. 904 del Código de Procedimientos Hondureño, conceptúa ambas faltas como quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, dando motivo para interponer el Recurso de Casación; y así lo consideraron los que elaboraron nuestra Ley de Casación, que en parte fue copiada de la hondureña, al prescribir en el art. 4 que: «El recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del Juicio, tendrá lugar:

4º. Por falta de recepción a prueba en cualquiera de las Instancias, cuando la Ley la establezca;

5º) Por denegación de prueba legalmente admisible y cuya falta ha producido perjuicio al derecho o defensa de la parte que la solicitó».

4) La falta de emplazamiento, citación o notificación que no sea para contestar la demanda, conceptuada como nulidad relativa. Cuando la falta de emplazamiento es relativa y cuando es absoluta. Quien puede alegarla, forma de subsanarse. Jurisprudencia.

En la segunda parte del art. 1117, se indica otra nulidad relativa, o sea: la nulidad que produce la infracción de las formalidades prevenidas para los emplazamientos, citaciones y notificaciones, queda subsanada; si la parte emplazada o citada; hace uso de su derecho sin reclamarla o se muestra sabedora por escrito de la diligencia notificada informalmente, comprendida en el art. 221.

Nuestro Código, no especifica al decir que la nulidad que produce la infracción de las formalidades para los emplazamientos, si se está refiriendo

al emplazamiento para contestar la demanda, al emplazamiento para comparecer en Segunda Instancia, o cuando no se ha admitido la apelación, o a otro tipo de emplazamiento. Pero como luego agrega que esa nulidad, lo mismo que la falta de citación y notificación, queda subsanada, si la parte emplazada o citada hace uso de su derecho sin reclamarla o se muestra sabedora por escrito de la diligencia notificada *informalmente*, se deduce que se trata de una nulidad relativa y no de la nulidad absoluta que menciona el art. 1131, al decir que: las nulidades que consistan en falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda, pueden también subsanarse por la ratificación tácita, que consiste en contestar o intervenir en el juicio sin alegar la nulidad.

De acuerdo con la redacción de ambas disposiciones legales 1117 y 1131, la subsanación de la falta, ya sea citación o emplazamiento para contestar la demanda, o del emplazamiento 221 y 1131 de cualquier otra índole, en ambos casos queda subsanada, en la del 1117, si la parte emplazada hace uso de su derecho sin reclamarla o se muestra sabedora por escrito de la diligencia notificada *informalmente*; y en el caso del artículo 1131, tácitamente, si el demandado contesta la demanda o interviene en el juicio sin alegar la nulidad; y con mayor razón, en ambos casos, si expresamente se ratifica lo actuado.

La diferencia sustancial entre una y otra nulidad, de acuerdo con las dos disposiciones citadas art. 117 y 1131, estriba en que la primera se refiere a los emplazamientos, citaciones y notificaciones en general y serán nulidades relativas y la segunda, en la falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda. De lo anterior se deduce que los emplazamientos que el Juez hace a las partes cuando alguna de ellas apela, conforme lo prescriben los arts.: 995 y 1031 inc. 2o., en el caso de apelación o en el recurso de hecho, no son nulidades absolutas, sino relativas. Sin embargo, de acuerdo con el art. 4 ord. 1o. L. C., la falta de emplazamiento para contestar la demanda o para comparecer en Segunda Instancia, las equipara la ley como una sola clase de quebrantamiento de las formas esenciales del proceso. Aunque más adelante, considera la falta de citación para alguna diligencia de prueba, cuya infracción ha causado perjuicio al derecho o defensa de la persona en cuyo favor se estableciere, como una nulidad o quebrantamiento de las formas esenciales del proceso que dan motivo al recurso de casación judicial por violación de la ley, en su fondo o en su forma.

Estas nulidades se cometen debido al rigorismo de la Ley de señalar las formas en que se deben efectuar los emplazamientos, sobre todo,

cuando lo fuere para contestar la demanda. Ha habido casos, que de momento no tengo las doctrinas judiciales a la mano, en los que se ha declarado la nulidad por falta de emplazamiento para contestar la demanda, porque el notificador, al redactar el acta respectiva, por la que emplazó al demandado, no expresó que había leído el decreto que ordena el emplazamiento o el escrito, es decir la demanda, por el cual se dictó dicho decreto, en virtud de que el art. 208, exige que se expresen ambas formalidades en la diligencia (del emplazamiento) y que el mismo artículo dice que todo, (es decir cualquier omisión) se sanciona con pena de nulidad. Sin embargo, se ha dado casos en que el notificador encuentra en la calle al demandado, y le dice: «para su Buffette iba, con el objeto de emplazarlo de la demanda que le promueve fulano de tal», y aquél le contesta: «mejor llega mañana» y el notificador redacta una acta muy completa, «diciendo que lo emplazó leyéndole íntegramente la demanda y el decreto que le ordena, que el demandado quedó entendido y no firmó por no querer»; y como lo afirmado por el notificador se tiene por cierto, mientras no se pruebe lo contrario, dicho emplazamiento, hecho informalmente es válido.

El Dr. Padilla, expresa en su tesis, que la falta de citación la produce, no sólo en los casos que sea personal, sino también, en las distintas maneras de notificaciones que existen en la ley, por ejemplo: por Cédula, por Edictos y por el Diario Oficial. Luego agrega que la Jurisprudencia está unánime en considerar también como vicios, aquellas citaciones y notificaciones, que aunque no estén en el Código de Procedimientos, son necesarias para la iniciación de un juicio o en la tramitación de un procedimiento cualquiera, así en materia de titulación, como en la notificación de los créditos del difunto o sus herederos. A mi juicio no son nulos en virtud del principio de especificidad, contenido en el art. 1115 Pr. y cita como ejemplo, la sentencia pronunciada por la Cámara de Segunda Instancia de la Sección de Occidente, de 18 de mayo de 1906, que dijo: «La falta de citación que indica la Ley de 27 de marzo de 1897 sobre titulación de terrenos que fueron ejidales o comunales, vicia de nulidad, respecto de los no citados», R. J. 1908, Tomo XIII, pág. 232.

Sobre la falta de notificación a los herederos, hay también, dos sentencias: La primera, de la Cámara de Segunda Instancia de la Segunda Sección del Centro de 30 de junio de 1919, publicada en la R. J. del mismo año, Tomo XXIV, Nos. 4 y 5, pág. 200 y siguientes, que dice:

- I. Aunque los títulos ejecutivos contra el difunto lo son igualmente

contra los herederos, los acreedores no podrán entablar la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus créditos.

II. El hecho de que los herederos hayan tenido conocimiento extrajudicial de la existencia de tales créditos o la circunstancia de haberlo confesado así en el juicio, no dispensa al acreedor de la notificación judicial a que se refiere el art. 1257 C.

III. «No es válida la notificación hecha por el Juez a los herederos después de haberse promovido y contestado la demanda y practicado el embargo». En este caso la acción no era ejecutiva, porque le faltaba la notificación del crédito a los herederos y que transcurrieran los ocho días de hecha.

Y la segunda sentencia de la Cámara de Segunda Instancia de la Primera Sección del Centro, de 15 de junio de 1929, publicada en la R. J. de 1929, Tomo XXXIV, Nos. 7 a 12, págs. 392 y siguientes.

«Si se entabla ejecución contra herederos, con un título ejecutivo que no les ha sido notificado judicialmente, procede declarar la nulidad de todo lo actuado». No lo que se debe declarar es la no ejecutividad del documento base de la acción.

Luego copia el Dr. Padilla otras sentencias que tienen importancia, en las que se declara sin lugar la nulidad. La primera, es de la Tercera Instancia de 15 de mayo de 1900 que no cita la Revista Judicial, que sienta la doctrina, que dice así: «No hay nulidad de procedimiento en no haberse notificado el auto de apertura a prueba al apoderado de una de las partes, cuando éste apoderado ha dejado de figurar como tal en Primera Instancia, y además, la notificación se hizo al poderdante en persona».

La segunda sentencia, es de la misma Cámara de 20 de junio de 1903, publicada en la Revista Judicial, del mismo año, Tomo IX, No. 6, págs. 122 y 124, en lo que se dice: «No hay nulidad de una inspección practicada, por no citarse para ella al apoderado del demandado, quien, según se pretende, representa dicha parte, en la fecha de aquéllas diligencias, pues tal nulidad no existe, porque aunque sea cierto que no fue citado tal apoderado, si lo fue en legal forma su poderdante, quien era el que precisamente debía ser citado, y a que el poder que había conferido era en su carácter de guardador de menores y no personalmente». Y la tercera sentencia que cita, lo es de la Cámara de Segunda Instancia de la Primera

Sección del Centro, de 13 de Diciembre de 1917, que dice: «El auto que declara rebelde al demandado, no es de las providencias que deban notificarse personalmente a éste, por consiguiente, la notificación de este auto hecha por edicto, no es nula».

Esta última sentencia, es para mí de suma importancia, y así lo he sostenido en mi cátedra, en virtud de que el art. 532, dice expresamente: «Declarada la rebeldía, se notificará al rebelde en la forma legal...» Y la forma legal de hacer las notificaciones, es la que indica el art. 220, en el sentido de que: Las notificaciones se harán leyendo a la parte, la providencia del Juez, y si no se encontrare, se le dejará una esquila con alguna de las personas y de la manera expresada en el art. 210...» Y con mayor razón si la parte no tiene casa y no la hubiere designado, porque en tal caso, las notificaciones y citaciones se harán en extracto por un edicto que se fijará en el tablero o en la puerta del Tribunal o Juzgado por doce horas, pasadas las cuales, se tendrá por hecha la notificación o citación.

Dentro de las sentencias que yo he buscado personalmente, con base en el Segundo Volumen del Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña, del Dr. Angel Góchez Castro, que comprende los años de 1953 hasta 1950 y el Índice de la Jurisprudencia Civil de Casación de los años 1953 a 1973, publicado por el Ministerio de Justicia, he encontrado diferentes casos, todos ellos muy importantes, relativos siempre a la falta de emplazamiento, de los cuales transcribiré algunos en este trabajo, por ejemplo:

1) El publicado en el Tomo LXXVII, pág. 436 de 1972, en la que se dice:

I) No hay disposición legal que obligue al litigante a declarar formalmente la dirección en que su contra parte puede ser hallada para el efecto de citaciones, notificaciones y emplazamiento, de modo que las circunstancias de que no conste en autos que el demandante indicó tal dirección, carece de consecuencias procesales que destruyan la validez del emplazamiento.

II. Es aceptable que el Secretario Notificador, debe cerciorarse de la identidad del emplazado para notificarle personalmente en cualquier lugar; y caso de que ese funcionario sólo tenga como elemento de identificación el nombre del demandado, siempre puede hacerse el emplazamiento en el lugar en donde se dice trabaja ese emplazado, pues cabe recordar que el art. 193 Pr., que regula los elementos que debe condenar la demanda, sólo exige en el No. 2o. el nombre del reo, sin referirse a sus otras generales, por lo que la omisión de éstas en el libelo de demanda no vicia la nulidad el procedimiento.

2) De acuerdo con el art. 1276 Pr., al mostrarse parte cualquier interesado en Segunda Instancia, deberán las partes indicar las casas en que debe buscárseles en el lugar del juicio para las notificaciones, citaciones y

demás diligencias que ocurran; y no sólo en los escritos de demanda y contestación de Primera Instancia. Por consiguiente, si en Segunda Instancia no señaló casa la parte, y por tal motivo se le notificó por edicto, no existe la nulidad por falta de citación en la forma legal, conforme lo resuelve la sentencia publicada en la R. J. Tomo LXIV de 1959, pág. 570.

3) Una notificación hecha por la tarde de un día sábado, no es nula por no tratarse de día feriado, aunque los empleados gocen de asueto, conforme sentencia publicada en la R. J. de julio a diciembre de 1936, pág. 403.

4. Cuando se dicta una resolución definitiva o interlocutoria sin audiencia de parte legítima. Cuando la ley lo ordena.

Nuestra Constitución Política de 1962, prescribe en el art. 164, el principio de audiencia, ordenando que ninguna persona pueda ser privada de su ... propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes».

Con fundamento en la disposición legal anterior, el art. 1118, prescribe que toda resolución, sea definitiva o interlocutoria, dada sin audiencia de parte legítima cuando la ley prescribe expresamente, es nula, salvo el caso del art. 1115, y excepto las que se toman para rechazar artículos impertinentes, que no tienen otro objeto que el de demorar el curso de la causa. Exceptúanse también las resoluciones interlocutorias favorables en todo a la parte que debió oír.

En primer lugar, observamos que la disposición transcrita comprende, como se dijo en el título de este párrafo, tanto las resoluciones definitivas como a las interlocutorias.

Para que haya nulidad, será necesario que la resolución se dicte sin audiencia de parte legítima, cuando la ley la prescribe expresamente.

Esos son los dos requisitos principales que la ley exige para que haya nulidad.

A CONCEPTO DE SENTENCIA

Primeramente se refiere a las sentencias. Nuestro Código define en el art. 417 como sentencia, la decisión del Juez sobre la causa que ante él se controvierte. Dicha definición tiene como fundamento Constitucional el art. 162 cuando establece el derecho de que toda persona puede dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas y a que se le resuelvan (esta es la sentencia), y a que se les haga saber lo resuelto.

El mismo artículo dice que dichas sentencias se dividen en interlocutorias o definitivas.

El siguiente art. 418 en su parte final dice que se llaman también autos. Define a la interlocutoria como la que se da sobre algún artículo o incidente.

B. SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

Las interlocutorias, de acuerdo con el art. 984 inc. 2º tienen fuerza de definitivas cuando producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva. Y conforme el inc. 3º del mismo art. 964, dichas interlocutorias pueden ser de tal naturaleza que pongan término a cualquier clase de juicio haciendo imposible su continuación.

En otras palabras, y tomando en cuenta si son o no apelables y en qué efecto son apelables, las interlocutorias las podemos clasificar en tres grupos, a saber:

a) Las simplemente interlocutorias, o sean aquéllas que resuelven algún artículo o incidente, pero que no admiten apelación, o sean a las que se refieren el art. 986 ord. 1º Pr.;

b) La interlocutorias con fuerza de definitivas, que producen daños irreparables o de difícil reparación por la definitiva, que generalmente admiten apelación en unos o en ambos efectos, conforme lo prescriben los arts. 984 inc. 2º, 986, ord. 10º, etc. Pr.; y

c) Las sentencias interlocutorias que pongan término a cualquier clase de juicio, haciendo imposible su continuación, que siempre admiten apelación, como por ejemplo: la comprendida en el art. 265 ord. 1º.

C. SENTENCIA DEFINITIVA

La segunda clase de sentencias, son las definitivas que conforme al art. 418 segunda parte, son aquéllas en que el Juez concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado.

De acuerdo con el Profesor Couture, las sentencias definitivas, son las que el Juez dicta para decidir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido.

Según lo aclara, pueden haber sentencias que absuelvan de la demanda en consideración a que las condiciones particulares del proceso concreto en que se expide el fallo, a las partes que se han constituido en él o al tiempo en que se emite la decisión.

En otros casos, la sentencia, es el pronunciamiento emitido con relación a un juicio determinado, limita sus efectos a las condiciones que se tuvieron presentes para decidirlo.

Fuera de esos casos, la sentencia definitiva, concluye, normalmente, estimando o desestimando la demanda, en los términos expuestos oportunamente.

Más adelante, hace la clasificación de las sentencias, en consideración al Derecho sustancial o material que ellas ponen en vigor; y así las clasifica en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares.

Pero sea cual fuere la clase de sentencia que se provea, si la ley ordena expresamente que deba dictarse con audiencia de parte legítima, si se omite dicha audiencia, la sentencia, ya sea interlocutoria o definitiva, es nula.

D. CONCEPTO DE AUDIENCIA

En consecuencia, lo que nos interesa saber, es qué se entiende por audiencia.

De acuerdo con los expositores del Derecho: Escriche, Pallares, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y nuestro Código, «la palabra audiencia, dice Alcalá Zamora en sus notas al sistema de Carnelutti, (tomado del Diccionario de Pallares) que en nuestra legislación procesal (española),

tiene diferentes significados aunque todos ligados con la acción de oír (de manera más o menos próxima, directa o figurada); «Audiencia» designa, en efecto, dos peldaños de la organización judicial española, el edificio en que tales Tribunales radican, la especie de proceso monitorio disciplinario de los artículos 451 al 456 de la Ley Procesal (incidente de audiencia en justicia); el recurso de rescisión a favor del demandado rebelde; la actuación procesal acompañada de publicidad; la sesión de un Tribunal la bilateralidad de la intervención de las partes, mientras que otras veces se extiende a la recepción de las pruebas, ya sola, ya acompañada de la primera». En general, significa el acto en que el Juez o Tribunal oye a las partes o recibe pruebas.

De acuerdo con nuestra legislación, en primer lugar, el art. 135 L. O. P. J., después de decir que el despacho ordinario de todos los Tribunales o Juzgados durará cinco horas diarias por lo menos, correspondiendo a la Corte

Suprema de Justicia determinar las horas de trabajo. En el segundo inciso agrega: «No podrá recibirse fuera de las horas de audiencia, ninguna petición, salvo el caso de grave urgencia contemplado en el art. 1297 Pr.

En estos artículos, el término «Audiencia», se refiere al tiempo; aunque no dice cuáles serán los efectos que produciría la presentación de un pedimento vencida la hora de la audiencia; como por ejemplo, una apelación, se ha discutido mucho si dicha apelación ha sido presentada en tiempo o extemporáneamente. Sobre el particular, este punto, lo tengo comentado al hablar sobre el término de la apelación en la página cuarenta y cuatro y siguiente, especialmente la página cuarenta y nueve y de acuerdo con lo que expreso en ellas, en principio no se admite ninguna petición fuera de las horas de audiencia por razones de disciplina u orden. Pero por excepción, se admiten en casos de fuerza mayor o cuando el interesado demuestra que tuvo un justo impedimento para no concurrir a la oficina a las horas de audiencia, reglamentada en el art. 135 de la L. O. P. J. Por consiguiente, si el Secretario del Tribunal, por cualquier motivo recibiere un escrito de apelación, fuera de las horas de audiencia, por ejemplo: a las dieciséis horas, o sean las cuatro de la tarde, dicha apelación fue interpuesta extemporáneamente y no valdría como tal; pero no sería nula.

E. NULIDAD POR FALTA DE AUDIENCIA

En nuestro Código y siguiendo el orden del articulado, nos encontramos, en primer lugar, en el caso de la fianza de costas, cuando la parte actora consigna la cantidad mandada afianzar o pruebe sumariamente con

audiencia de la parte contraria, poseer en el Estado, bienes raíces, suficientes para cubrir la cantidad de la fianza, quedará absuelto de ella. Si en este caso, el Juez absolviera al acreedor de la obligación de rendir fianza, sin audiencia de la contraria, dicha resolución sería nula, de acuerdo con el art. 1118, en estudio.

En el mismo caso de la fianza de costas, el inciso tercero del mismo art. 19 Pr. ordena que presentada la fianza, se oirá dentro de tercero día a la parte contraria y.... aprobándola o no dentro de los tres días siguientes. Si en este segundo caso aunque la ley no habla de audiencia a la parte contraria, pero si la de oírla, si se omite este requisito y aprueba la fianza, la resolución también sería nula, por falta de audiencia, porque, como dice el Maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo «Audiencia»,..... en nuestra legislación procesal (española y también salvadoreña, puesto que nuestro Código copió en gran parte del español), tiene diferentes significados, aunque todos ligados con la acción de oír (de manera más o menos próxima, directa o figurada).

En el caso del secuestro de bienes del demandado, como acto previo a la demanda, el art. 147, prescribe que si el demandado consigna el valor u objeto reclamado o da fianza bastante a juicio del Juez con audiencia del acreedor, no se llevará a cabo el secuestro; también en este caso si se omite esa audiencia y se decreta el secuestro, esta resolución sería nula.

En el caso del art. 426, si una de las partes le pidiera al Juez la mutación o revocación de un auto o resolución, el Juez deberá sustanciarla oyendo a la parte contraria, para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad, como expresamente lo dice el art. 1270. Así como esos casos, hay muchos. Con respecto a las sentencias definitivas, estoy en un todo de acuerdo con lo que razona el Dr. Padilla y Velasco en su tesis doctoral, tantas veces citada, o sea que la ley no prescribe en ningún caso que se dicten, oyendo antes o con previa audiencia de alguna o de ambas partes, de manera que bien podría decirse que para las sentencias definitivas el art. 1118 no tiene aplicación. Pero si aplicamos fielmente la definición que sobre audiencia hemos dado, de acuerdo con los Expositores del Derecho, no solamente cuando la ley dice que deba preceder la audiencia o que deba oírse a una de las partes, se incurre en nulidad al dictarse alguna sentencia definitiva o interlocutoria, por consiguiente, si un Juez dictare sentencia definitiva en juicio ordinario, sin correr traslado a alguna de las partes para el alegato de buena prueba, ha dejado de oír a la misma parte, y se incurre por tanto en la nulidad relativa de que se trate; otro tanto ocurriría en Segunda Instancia si los Tribunales de Apelación dictaren las sentencias definitivas sin recibir de las partes los escritos de expresión y contestación

de agravios. En ambos casos el Juez o Cámara de Segunda Instancia ha dejado de oír a las partes o alguna de ellas, y dejado de enterarse de las razones en que apoyan sus negocios pendientes o pretensiones.

Además de los casos señalados en los párrafos anteriores, hay otros que indicaré únicamente para conocimiento de mis lectores o estudiantes, entre ellos están los arts. 158, en la exhibición de documentos, 848 en los procedimientos especiales para la interdicción del demente o del sordomudo, y otros que no recuerdo.

F. EXCEPCIONES

Todos los casos que dejamos expuestos, tienen su excepción, contenida en el principio de trascendencia, o sea de que no hay nulidad sin perjuicio, que nuestro Código lo expresa claramente en el art. 1115, al decir: «Que ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la Ley (Principio de especificidad). Y aún en este caso, no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido (principio de trascendencia). No hay nulidad sin perjuicio; es decir, de que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio.

A continuación indicaré las principales excepciones, para cada caso particular, en virtud de las cuales no hay nulidad.

1) En principio y de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 771 y 1290, que dicen: los traslados sobre articulaciones, no sólo pueden renunciarse en el acto de la notificación, sino que el Juez debe omitirlos, siempre que la resolución haya de ser negativa al solicitante y favorable a la parte a quien hubiere de darle el traslado. Este principio, se basa siempre en el general de que «no hay nulidad sin perjuicio», y

2) Consecuente con lo anterior, el art. 1270, ordena que las solicitudes sobre revocaciones y explicaciones de sentencias, se sustanciarán oyendo a la parte contraria para la siguiente audiencia, bajo pena de nulidad, salvo lo dispuesto en los arts. 1118 y 1290. Siendo aplicable esta regla a los casos a que se refieren los arts. 1086 y 1087, en las sentencias de las Cámaras de Segunda Instancia e inciso 2º del art. 76, cuando se admiten y se sustanciarán las solicitudes sobre aclaración o reforma de la sentencia o laudo en los arbitramentos; y

3) Cuando estuviere declarado rebelde el demandado, art. 532 Pr.;

4) También no serán nulas las resoluciones que se dicten para rechazar artículos impertinentes que no tienen otro objeto que demorar el curso de la causa, sobre todo, cuando el comportamiento anterior de la parte los autorizare para ello, es decir, si la parte fuere conocida como promotora de artículos moratorios e ilegal, tal como lo expresa el inc. 2º del art. 1238 y que se mencionan como excepciones en los arts. 1118 y 1270, ya citados.

G. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD POR FALTA DE AUDIENCIA QUIEN PUEDE ALEGARLA Y TRAMITE.

Si comparamos la nulidad absoluta de la sentencia definitiva, por las causales a que se refieren los arts. 1130 y 1131, con la nulidad relativa de la sentencia definitiva por la causal que se enumera en el art. 1118, de falta de audiencia, veremos que hay una gran diferencia entre una y otra. En efecto, la causal del 1118, se refiere específicamente a un vicio en el procedimiento anterior a la sentencia, el cual, si se repone, todo lo actuado es válido desde el último acto viciado; en otras palabras y como lo expresa el Dr. Padilla, el vicio radica en el procedimiento anterior a la sentencia y no en la sentencia misma, como en el caso del art. 1130, de haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa y terminante; en ese caso el vicio radica en la propia sentencia.

En la nulidad relativa, por el vicio anterior a la sentencia, declarada la nulidad, se repone la audiencia omitida, la sentencia y toda la tramitación posterior a la misma, es válida.

Luego agrega el Dr. Padilla: Por la misma razón de que dicha nulidad no está expresamente nominada en los arts. 1130 y 1131 Pr., no puede declararse de oficio y cuando existía el recurso extraordinario de nulidad, no podía interponerse por dicha causal el expresado recurso, sino que únicamente declararse a solicitud de parte y alegarse en el curso de las instancias, teniendo también perfecta aplicación todo lo relativo a la forma de subsanarse o ratificarse, ya sea porque expresamente lo haga la parte interesada, o por que sobre ella guarde silencio la misma parte al contestar un traslado, sin que haya lugar a alegar después la nulidad.

En nuestra vigente Ley de Casación, tampoco está comprendida, como causal de Casación la falta de audiencia para pronunciar la sentencia.

De acuerdo con lo que expone el Dr. Padilla, dicha nulidad relativa, sin trascendencia de ninguna clase y subsanable por el silencio de la parte, a cuyo favor se encuentra establecida, choca que sea una simple nulidad relativa, cuando en verdad debería ser absoluta, para que pudiera declararse aún de oficio, pues con una omisión de esa naturaleza, se quebranta una de las formalidades esenciales del juicio.

Sobre esta tesis, no estoy de acuerdo con el estimado colega y amigo, Dr. René Padilla y Velasco; más aún, de mi parte considero innecesario ese traslado que ordena el art. 526, se le haga a la parte actora, entregándole al proceso, con las pruebas que se supone agregadas hasta ese momento al mismo, art. 252, por el término de seis días, contados desde el siguiente al de la última notificación, para que alegue de buena prueba y concluya por su parte. Previamente el art. 525, ha dicho: que concluido el término de prueba o el señalado para las tachas, el Juez mandará de oficio se den los traslados alegando de bien probado. La última parte del 526, agrega: que del alegato del actor, se dará traslado al colitigante, es decir al demandado, quien en igual tiempo y forma hará otro tanto.

Por último, el 527, expresa que el Juez después de los alegatos de buena prueba, pronunciará la sentencia dentro del término señalado por el art. 434.

Para mí, esos traslados resultan completamente innecesarios. En la práctica, significa perder uno o dos meses para que el proceso quede para sentencia y después separar el mes o meses que el Juez se llevará para pronunciarla.

En vez de esos alegatos, he propuesto, desde la Segunda Convención Nacional de Abogados y lo he enseñado así en la cátedra que tuve en la Universidad, que se introduzca el «DESPACHO SANEADOR», también propuse incluyeran en nuestro Código, en la «PRIMERA JORNADA DE ESTUDIOS DE LOS ABOGADOS DE EL SALVADOR», pero en ambos Congresos no fue aceptado.

EXPLICACION SOBRE EL DESPACHO SANEADOR

Cuando concurrí a Caracas y Valencia (Venezuela), a la IV JORNADA LATINOAMERICANA DE DERECHO PROCESAL, celebradas del 27 de marzo al 3 de abril de 1967, el Profesor Brasileño, Dr. Alfredo Buzaid, presentó un trabajo denominado: «DEL DESPACHO SANEADOR». Dicho trabajo se compone de 27 páginas; por tal motivo, sólo extraeré lo fundamental, para una fácil comprensión del mismo.

I. El profesor Buzaid, afirma que algunos autores, estudiando los antecedentes históricos del despacho saneador, lo entroncan en la contentio de ordinando indicio del Derecho Romano (y cita tres autores brasileños), considerando separadamente la *ordinatio iudicil* y la *sententia iudicis*.

II. Después de hacer otras relaciones históricas sobre el origen del despacho saneador; a la página 17 de su trabajo el Profesor Buzaid, expresa que: «El objeto del despacho saneador está expresado en el art.: 294 del Código del Proceso Civil que le agota todo su contenido. Del análisis de esta regla se desprende que son tres las cuestiones principales que el Juez debe decidir:

- a) Legitimidad de las partes y de su representación;
- b) Interés procesal; y
- c) Nulidades e irregularidades.

Delimitado así el despacho saneador, se ve bien que el Código del Proceso Civil no incluyó en su objeto, la decisión del mérito.

A continuación explica las tres cuestiones arriba mencionadas, así:

1) La primera que se refiere al control de la legitimidad de las partes y de su representación, así como a la citación de litisconsortes necesarios y del ómo del Ministerio Público, manifiesta que la Ley se preocupó, en todos estos casos, con el elemento subjetivo de la relación jurídica procesal.

a) El Código Procesal Civil Brasileño, en su art. 294, I (edición anterior, hoy art. 267 Edición de 1 de octubre de 1973), distingue claramente la legitimidad *ad causa* de la legitimidad *ad processum*. La expresión legitimidad de parte, designa la titularidad de la acción, es decir, el sujeto activo y pasivo de la *lid*. La legitimidad *ad processum*, es, al contrario, la idoneidad de la persona para actuar en juicio. Quien no tiene el libre ejercicio de sus derechos, no puede tomar parte en la realización procesal, sino representado, asistido o autorizado conforme a la ley que rige el estado y la capacidad. Cuando el Código quiere referirse a la legitimidad *ad processum*, emplea, ordinariamente, los vocablos capacidad procesal, autorización y legitimidad de representación, como lo hace nuestro Código, por ejemplo: en el art. 16 y 1131 Pr., en relación con los arts.: 1316 ordinal 1o. y 1318 C.

b) En el despacho saneador, es punto indiscutido por los autores que al Juez le corresponde resolver la cuestión de legitimidad *ad processum*, como nuestra ley lo dice en el art. 1131 Pr.; el Juez puede de oficio, antes

de la sentencia, en caso de incapacidad absoluta o de ilegitimidad de las partes que han intervenido en el juicio y pone los ejemplos, como un adulto no habilitado de edad sin guardador, un procurador sin poder, etc., siempre que, requerida la parte por el Juez o Cámara, no legitimen su personería, o no se ratifica lo actuado por quien tiene derecho a hacerlo dentro de tercero día del requerimiento, más el término de la distancia, si fuere necesario.

c) En cuanto a la legitimidad ad causam, expresa el Profesor Buzaid que las opiniones de los expositores, se dividen; pero que a él le parece que la mejor hermenéutica del sistema del Código (Brasileño), es aquella que autoriza al Juez a decidir la legitimidad ad causam en el despacho saneador. En realidad el Código del Proceso Civil (Brasileño), exige, en dos oportunidades a que el Magistrado conozca de la legitimidad ad causam: a) al despachar la petición inicial (cita el art. 160 de la Edición anterior, equivalente al 154 del Código actual, que no existe en nuestro Código); b) al Proferir el despacho saneador (art. 294, I y 331 Edición actual).

d) En nuestro Código, lo único que se exige en el artículo 193, al referirse a lo que debe contener la demanda, expresa en el ordinal 4o. «La causa o razón por que se pide; y pueden unirse muchas causas para mayor seguridad de sus derechos».

Aquí es donde existe la legitimación ad causam; de tal manera que si de la demanda aparece que el actor no sólo no probó su acción o el reo su excepción, sino que obraron de malicia o que la demanda es inepta, será el culpable condenado además en los daños y perjuicios, art. 439 Pr. Pero no faculta al Juez expresamente rechazar la demanda si de ella no apareciere la causa legítima del actor. Lo que si se admite es que el demandado lo alegue como excepción perentoria y pida se declare inepta aquella. También es obligación del Juez declarar de oficio la ineptitud de la demanda en la sentencia definitiva, aunque el demandado no lo haya pedido ni opuesto esa excepción, porque el Juez no puede sentenciar si no se le presenta prueba plena y perfecta de todas las cuestiones que tenga que resolver en la sentencia, conforme lo expresa el art. 422 Pr.

e) Por las razones expuestas, es que he propuesto en los Congresos arriba mencionados se incluya en nuestra legislación el despacho saneador.

f) En cuanto a la cita de los litisconsortes necesarios y del Ministerio Público, puedo explicar lo siguiente: En lo que a los primeros se refiere, ellos tienen derecho de apersonarse en cualquier estado de la causa y en

cualquiera de las instancias antes de la sentencia, derecho que les concede el art. 459 Pr. Por su parte el Juez está obligado a que todo decreto, mandato o sentencia, se notifique a quienes intereses y hayan intervenido o deban intervenir en la causa, pena de nulidad respecto de la parte no notificada, quien tiene derecho a exigir se le haga la notificación para usar de los recursos que le competan, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1248 Pr.

g) Con respecto al Ministerio Público, lo que la Ley Orgánica del mismo obliga a los Jueces, es avisarle al Procurador General de Pobres o al Fiscal General de la República, en su caso, de los juicios o procedimientos civiles, comerciales, criminales o administrativos ya iniciados o que se iniciaren en los casos siguientes:

a) De aquéllos en que esté interesado el orden público, el Estado, la Hacienda, los Municipios, los Establecimientos Públicos y de los que se refieran a donaciones y legados a beneficio de los pobres;

b) De los relativos al estado civil de las personas, tutelas, curatelas, divorcios y a los de nulidad de matrimonio;

c) De los recursos extraordinarios de queja y de nulidad;

d) De los que interesen a personas ausentes o a pobres de solemnidad; y que hayan de ser representadas por otra, por no tener capacidad legal para comparecer en juicio o que de alguna manera afecten al interés público.

e) De los que en general interesen a personas que hayan de ser representadas por otra, por no tener capacidad legal para comparecer en juicio o que de alguna manera afecten al interés público.

Las declaratorias de rebeldía en los casos a que se refiere el presente artículo, se comunicarán por el funcionario respectivo a la Fiscalía o a la Procuraduría, según el caso.

Lo anterior lo expresa el art. 95 de la referida Ley.

h) El art. 93 prescribe que: sin la presencia del Procurador General de Pobres o de sus Delegados en su caso, no pueden celebrarse consejos de familia ni tramitarse diligencias en que se trate de vender o agravarse la propiedad de los incapaces o de emanación de los menores.

i) Por su parte, la Ley de Casación, en su art. 12, expresa que el Tribunal oírá dentro de tercero día al Fiscal de la Corte (Miembros del Ministerio Público).

j) Pero no hay un artículo expreso que diga que la no citación del Ministerio Público, producirá nulidad absoluta del proceso, como si lo dice expresamente el art. 84 del vigente Código Procesal Civil Brasileño. Y hay que recordar que en nuestra Legislación Procesal Civil, impera el principio de la especificidad, o lo que es lo mismo que no hay nulidad si no hay disposición legal que lo prescriba o si lo actuado no tiene trascendencia, o sea que no ha producido daño o perjuicio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido. Pero si puede sostenerse que hay nulidad en virtud de la disposición general del art. 1118 Pr., de que toda resolución, sea definitiva o interlocutoria, dada sin audiencia de parte legítima, cuando la ley la prescribe expresamente, es nula. Según mi opinión en esta disposición legal, estarían comprendidos los casos en que la Ley ordena, por ejemplo, en el art. 93, arriba citado, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que sin la presencia del Procurador General de Pobres o de sus Delegados, no podrán celebrarse consejos de familia, etc. En todos esos casos, si podría alegarse que hay nulidad por falta de presencia de parte legítima; pues en todos ellos es necesaria la intervención del Ministerio Público. Por consiguiente, el despacho saneador en este caso, ejercería sus funciones como tal, lo mismo que en los de los casos a que se refieren los arts. 1131 y 1243 Pr

h) Para terminar este primer tema, de la legitimidad de las partes y de su representación, el ilustre Profesor Buzaid manifiesta que en el sistema tradicional brasileño, el proceso ordinario se desenvolvía en cuatro momentos: a) Proposición de la acción; b) Contestación; c) Réplica; y d) Tríplica. No habiendo réplica, obviamente no había tríplica. El Código del Proceso Civil Nacional, rompe con la tradición heredada del Derecho anterior, suprimiendo la réplica y la tríplica. Considerando, sin embargo -agrega-, que el reo puede reconocer que el hecho constitutivo en que se funda el actor, y puede alegar su extinción o la ocurrencia de otro que obste a sus efectos, determinó que el actor se le diese la oportunidad de contestar la alegación constante de la defensa. Oído en el plazo de tres días, el Juez proferirá el despacho saneador.

Esta providencia legal (manifiesta a continuación) se funda en el principio de la audiencia bilateral de la parte el cual constituye una de las conquistas más importantes de la ciencia procesal civil.

1) En nuestro centenario Código de Procedimientos Civiles, sobre este punto, los arts. 237 y 236 Pr., que tienen su origen en los aforismos latinos: «Onus probandi incumbit actori» -"Reus in exceptione fit actor» o «actor est» (Ulpiano) y «Onus probandi incumbit ei qui dicit», disponen: el

art. 237, la obligación de producir pruebas corresponde al actor: si no probase, será absuelto el reo; más si este opusiere alguna excepción, tiene la obligación de probarla». O como dice el Primer inciso del art. 1569 C. «Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquélla o ésta». Y el art. 238: «El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación y esté contra ella la presunción». Por ejemplo, cuando el demandado al contestar la demanda dice: «no debo nada», no tiene obligación de probar. Pero si él dice: «no debo nada, porque ya pagué», su negativa contiene una afirmación, al decir que ya pagó. En otros casos, aunque niegue está contra él la presunción, o sea que es cierto lo afirmado por el actor; por ejemplo: en el caso del juicio de divorcio por abandono, al decir el art. 581: «que el Juez, como acto previo, ordenará el requerimiento personal del demandado, si éste estuviere en la República, o si no estando, se supiere su paradero, para que cumpla con la obligación de vivir con el cónyuge abandonado. Si transcurridos tres meses no lo verificare, se presumirá legalmente el abandono y se continuará el juicio por los trámites legales». En este caso, aunque niegue el abandono el demandado, esta contra él la presunción y que probar que no es cierto el abandono. En el caso de la jactancia, al decir la ley que si el demandado no la niega (es decir, guarda silencio) o si la confesare, el Juez le ordenará que dentro de ocho días perentorios proponga su demanda en la forma debida, art. 161 Pr. En este caso, el silencio equivale a una afirmación (confirmando el dicho de que «el que calla otorga»). Sin embargo, es una excepción al principio de que el que guarda silencio, niega lo que se le reclama; como sucede, por ejemplo: cuando el demandado no contesta la demanda dentro del término legal según lo expresa el art. 230 Pr. que se tendrá por contestada negativamente.

m) Hay otros casos en los que la ley sanciona al que no concurre a las dos citas que se le hacen, en el sentido de que se tiene por reconocida su firma en una obligación, art. 265 ordinal 1º y en las posiciones, que se le tiene por confeso, art. 385, ordinal 1º; ambos arts. del Pr. Lo importante es lo referente a los arts. 237 y 238 Pr., los que tienen relación con el despacho saneador.

n) Por último, si el demandado opone alguna excepción a la pretensión del actor, tendrá que probarlo, según lo dejamos expuesto, con citación del actor, con lo cual se cumple el principio de la audiencia bilateral de la parte, a que se refiere el Profesor Bugaid.

2) La segunda, establece que el Juez verifique si concurre el requisito del interés procesal. El Profesor Buzaid, dice que es preciso

distinguir entre interés procesal e interés material. El Código Brasileño prescribe que: «para proponer o contestar acción es necesario legítimo interés económico o moral». Dicho requisito no existe en nuestra legislación procesal. Luego agrega: aunque esta forma legal no sea digna de encomios, la finalidad de la ley, fue en realidad restringir el concepto únicamente al interés procesal, cuyo control se hace también en el despacho saneador. Se dice que el interés es legítimo cuando se funda en la ley. El Juez, aprecia en el despacho saneador, específicamente el procesal y consiste en la necesidad de recurrir al Poder Judicial, a fin de no sufrir un daño injusto. En cambio, cuando de la exposición de los hechos y de la indicación de las pruebas en que se fundan la pretensión del actor, resulta que su interés es inmaterial o ilícito; es en verdad el interés material o mejor dicho interés calificado, que constituye uno de los elementos del derecho subjetivo. El interés procesal, es el que justifica el ingreso al juicio. El interés material es, al contrario, aquél que está en la esencia del derecho subjetivo y justamente por eso puede ser lícito o ilícito, moral o inmaterial.

a) De esta distinción entre las dos especies de interés, resulta una importante consecuencia jurídica. El enjuiciamiento del interés material, es decisión de mérito, mientras que el del interés procesal, se refiere a una de las condiciones de admisibilidad de la acción. Cuando el Magistrado juzga que el interés material es ilícito o inmaterial, queda esta materia cubierta por la autoridad de la cosa juzgada, no pudiendo jamás ser renovada en juicio. La falta del interés procesal, al contrario, puede constituir objeto de nueva apreciación, desde que surja realmente la necesidad de ocurrir al Poder Judicial.

b) Aplicando los principios expuestos a nuestra legislación procesal civil, podemos poner ejemplos para que se entienda mejor lo expuesto.

Por ejemplo: Una persona ha perdido la posesión sobre un inmueble; en tal caso puede entablar la acción posesoria a que se refiere el art. 927 C., denominada querrela de restitución o despojo. Pero si en vez de esa acción entabla la querrela de amparo a que se refiere el art. 922 C. y que tiene por objeto pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le de seguridad contra el que fundamentalmente teme, se trata de un error en el interés procesal, el actor perdería su acción de restitución o despojo, pero siempre tendría la facultad de ocurrir al Poder Judicial demandando la querrela de amparo.

Si ya se discutió en un proceso, por ejemplo: la posesión sobre un inmueble y el actor no pudo probar su posesión y nuevamente intentare otra acción sobre el mismo fin, ese interés material, sería ilícito, porque ya hay

cosa juzgada, por concurrir en ambos procesos los siguientes requisitos: que entre los dos procesos a analizar el antiguo ya resuelto y el nuevo que se instaura: a) existe identidad en las personas de los litigantes; b) identidad en el objeto perseguido en ambos juicios y, c) finalmente, identidad en la causa en que se fundamenta la nueva petición con la que dió lugar a la primitivamente juzgada.

3) La tercera, se refiere al hecho de que compete al Juez apreciar la existencia de nulidades o irregularidades, a fin de que el proceso se desenvuelva en la seguridad de que será pronunciada válidamente una decisión definitiva de mérito. El legislador moderno incluye la apreciación de nulidades e irregularidades procesales en la oportunidad de pronunciar el despacho saneador, porque ella cierra la fase de postulación, propiciando la realización de las pruebas en la audiencia de instrucción y decisión.

a) Lo anterior, lo expresa así el Profesor Buzaid, porque en el Código del Proceso Civil Brasileño, el despacho saneador existe antes de las pruebas y por supuesto, de la sentencia. De mi parte, propongo que el despacho saneador se verifique después del término probatorio y antes de dar por cerrado el proceso.

b) En cuanto al saneamiento de las nulidades, nosotros tenemos un procedimiento muy claro y fácil. En efecto: de acuerdo con los arts. 1122 y 1123 Pr., las nulidades pueden declararse en el curso de las instancias o mediante el recurso de casación (antes recurso extraordinario de nulidad).

Para declarar la nulidad en el curso de las instancias los arts. 1124 y 1129, facultan al Juez o Cámara que si notaren que durante la instrucción del proceso, en cualquiera de las instancias, se ha cometido alguna nulidad de procedimiento, lo hagan presente a las partes por decreto en el mismo proceso, y si la parte a quien perjudica ratifica lo actuado seguirá la instrucción, haciéndose constar en la notificación su allanamiento. Esta facultad la tienen los Jueces en cualquier estado de la causa y no solamente antes de pronunciar la sentencia.

c) Hace poco en un proceso, el Juez constató que no se había notificado a las partes el decreto de apertura a pruebas y quería declarar la nulidad de las verdades por una de las partes; como me consultara el caso, le aconsejé que en vez de declarar la nulidad, primero le diera cumplimiento al art. 1124, pues si la parte contraria se conformaba con lo actuado, no habría necesidad de declarar la nulidad. Y eso es precisamente lo que busca

o pretende nuestro Legislador, que no se declaren las nulidades por gusto, en virtud del principio de convalidación.

d) Siguiendo con el estudio de nuestro procedimiento el siguiente art. 1125, dispone que si la parte a quien perjudica la nulidad no ratifica lo actuado, se repondrá la diligencia que la tenga y las que sean su consecuencia inmediata a costa del funcionario culpable. Si la reposición no fuere posible, será responsable por los daños y perjuicios.

e) Ahora bien, si después de cometida la nulidad las partes hubieren recibido un traslado y lo devolviesen sin reclamar la nulidad cometida, ésta quedará por el mismo hecho cubierta y la actuación ratificada; sin que haya lugar a alegar después la nulidad (art. 1127 Pr.). Esta convalidación se llama tácita, a contrario de la anterior que se denomina expresa.

f) Si al contestar el traslado de que habla el artículo anterior, dice el art. 1127, alguna de las partes solicitare la enmienda de la nulidad cometida, el Juez o Tribunal, previo traslado por tercero día a la otra parte, mandará o no la reposición, según le pareciere de justicia. La resolución del Juez o Cámara que desestime la nulidad reclamada, no admite apelación; pero podrá reclamarse la enmienda de la misma nulidad si se apelase de la sentencia de Primera Instancia o se interpusiere el recurso de casación de la Segunda Instancia, conforme lo prescribe el art. 7 L. C.

g) El siguiente artículo, expresa: que las nulidades que no hayan quedado cubiertas en Primera Instancia, conforme al art. 1126, deberán precisamente alegarse en Segunda Instancia, si ésta tuviere lugar, al tiempo de expresar o contestar agravios, para que se declaren en la sentencia de vista, y si no se reclamaren en ese tiempo, no podrán declararse de oficio ni alegarse después para ningún efecto.

h) Conforme el art. 1129, las nulidades no cubiertas en Primera Instancia, que habiéndose reclamado en Segunda Instancia no se hubiesen tomado en consideración y las cometidas en Segunda Instancia, no cubiertas, o que habiéndose alegado en ellas no se hubiesen considerado como se ha dicho, solamente podrán reclamarse mediante el recurso de casación, el que exige, en el art. 7, citado, que para admitir el recurso por quebrantamiento de forma, es indispensable que quien lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, salvo que el reclamo fuera imposible; por ejemplo: si la nulidad se hubiese cometido en la sentencia de Segunda Instancia:

i) Todas esas nulidades que se dejan mencionadas, son relativas,

porque se cometen en el curso de las Instancias y no están comprendidas en las nulidades absolutas que se cometen en la sentencia, que señala el art. 1130 Pr., o las que se refieren a la falta de personalidad o ilegitimidad de las partes, o falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda comprendidas en el art. 1131 Pr. las cuales ya estudiamos en su oportunidad. Por consiguiente, las primeras y últimas pueden quedar comprendidas dentro del despacho saneador, tal como existe en el Código del Proceso Civil Brasileño.

j) Finalmente, afirma el Profesor Buzaid, en el despacho saneador, le corresponde al Juez determinar exámenes, inspecciones y diligencias «ex officio» o a requerimiento de las partes. El propósito del Legislador fué el de exigir que el Magistrado conociese atentamente de los articulados de la causa, de modo que al pronunciar el despacho saneador, estuviese enterado de la necesidad de todas las pruebas que han de producirse en la audiencia, determinando su realización, no tanto para suplir deficiencias de la parte como para formar su libre convicción. De acuerdo a la estructura del proceso moderno, compete a la partes la obligación de alegar y probar los hechos, sin embargo, puede el Juez ordenar de oficio las providencias necesarias para formar su convicción.

k) Como conclusión, el Profesor Buzaid expresa:

El Instituto del Despacho Saneador, tiene, en el Derecho Brasileño, la función de expurgar de vicios y defectos al proceso, verificar los presupuestos procesales y la concurrencia de los requisitos de admisibilidad de la acción. El representa bajo este aspecto, una valiosa contribución del Derecho Luso-Brasileño, a fin de racionalizar el proceso civil.

1) Con respecto a lo que expresa el Profesor Buzaid en el párrafo marcado con j), en nuestro Código Procesal Civil, existen varias disposiciones legales en las que se le permite al Juez, para mejor proveer, ordenar la práctica de varias pruebas que no se hayan vertido en el proceso, comenzando por la prueba testimonial, que en el art. 316, el Juez puede, ya de oficio o ya a pedimento de las partes o de una de ellas, hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su disposición, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Las respuestas del testigo se escribirán, leerán y firmarán del mismo modo que sus declaraciones, pena de nulidad. También puede el Juez, de oficio o a pedimento de partes, hacer la inspección en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya la inspección personal para hacerse formar una idea perfecta del asunto e instruirlo completamente; pero en semejantes

casos, la inspección se haría señalando previamente el día y la hora, y poniéndolo en noticia de las partes, por si quisiera concurrir. También puede en caso de estar oscura, a juicio del Juez, la relación de los Peritos, exigir explicaciones de oficio, o a petición de parte, o nombrar otros (art. 362), o el Juez puede de oficio acordar la prueba pericial en cualquier estado de la causa antes de la sentencia, siempre que a su juicio contribuya al esclarecimiento de la verdad. Con respecto a la prueba instrumental, puede el Juez ordenar de oficio o a petición de partes, cuando aquél lo juzgue necesario, confrontar el protocolo con la escritura que se presenta de prueba. En tal caso, el Juez con su Secretario, previa citación de las partes y con señalamiento de lugar, día y hora, pasará al oficio del cartulario a confrontarla, poniendo escrupulosamente el resultado de la confrontación. Lo mismo practicará por exhorto si la diligencia hubiera de evacuarse en otra jurisdicción; más en circunstancias particulares en que las Cámaras de Justicia crean indispensable, para fallar con acierto, la inspección ocular del protocolo y confrontación con la escritura, proveerán la presentación de dicho protocolo con las precauciones debidas para evitar su extravío o alteración, tal como lo permite el art. 256 Pr.

m) Por último, conforme el art. 402, el juramento estimatorio, se defiere por el Juez, sólo al actor por falta de prueba o insuficiencia de ella sobre la estimación real de la cosa, o sobre el daño padecido o de los perjuicios ocasionados; con tal que, por otra parte, esté plenamente justificada la existencia de la obligación, como por ejemplo al caso a que se refiere el art. 438 C., cuando el tutor o curador no de verdadera cuenta de su administración, exhibiendo a la vez el inventario, el libro y las existencias o que en su administración fuere convencido de dolo o culpa grave, en tal caso, habrá por parte del pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada y jurada; salvo que el Juez haya tenido a bien moderarla.

n) Como se ve, en todos esos casos, el Juez podría pronunciar su despacho saneador después del término de prueba y antes del cierre del proceso, ordenando de oficio cualquiera de las pruebas arriba relacionadas.

6) TODA SENTENCIA, DECRETO O DILIGENCIA JUDICIAL QUE NO ESTE AUTORIZADA EN LA FORMA LEGAL ES NULA. SEXTA NULIDAD.

Así lo expresa el art. 1119 y la razón fundamental de ello estriba en que, siendo el Derecho Procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el proceso, las que deben

practicarse sin omitir ninguna formalidad, con el fin de que garanticen la legalidad del acto, su pureza e identidad del mismo, la omisión de ellas, como por ejemplo: no consignar la hora, día, mes y año en que se provea; que no las firme el Juez, o las partes, o los testigos en las declaraciones o informaciones, o los Peritos, o no las autorice el Secretario. La falta de cualquiera de esas formalidades, hace que la sentencia, decreto o diligencia judicial, sean nulos.

Estoy en un todo de acuerdo con el Dr. Padilla que al mencionar el art. 1119 la palabra sentencia, está tomada sin especificar si se trata de sentencia interlocutoria o definitiva; pero debe entenderse que sólo se refiere a las sentencias interlocutorias, porque el art. 1130, expresa que será nulidad absoluta el no haberse autorizado el fallo en la forma legal, y es sabido que fallo es sinónimo de sentencia definitiva, que decide lo principal del asunto, absolviendo o condenando al reo.

Los decretos, de acuerdo con la definición que de ellos da el art. 419, son las otras providencias que expide el Juez en el curso de la causa, para la sustanciación de la misma.

Diligencia judicial, de acuerdo con lo expresado por el Maestro Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil son las actuaciones del Secretario Judicial en un procedimiento criminal o civil; o los actos procesales en los que se cumple o ejecuta lo ordenado por el Juez; por ejemplo, cuando se dice «diligenciar un exhorto», «diligencia de embargo», «diligencia de lanzamiento», etc. Por lo general se caracterizan por consistir en una serie de actos procesales, coordinados entre sí por el fin que con ellos se trata de obtener para formar un todo unitario. Las diligencias se distinguen de los demás actos procesales porque son actos de ejecución y no actos de declaración o de comunicación o de decisión, tales como la sentencia, los autos, las notificaciones y demás de esta especie. Evacuar una diligencia significa concluirla debidamente.

El art. 81 inc. 2º, tiene relación con el art. 1119 en estudio, al decir que lo actuado sin la concurrencia del Secretario, es nulo, salvo lo dispuesto en el art. 1115, cuando la infracción de que se trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido, que se basa, como lo dijimos atrás en la máxima: «no hay nulidad sin perjuicio».

7) LA SEPTIMA NULIDAD APARECE EN EL ART. 1120

Dicho artículo, dice: la omisión de todo acto o trámite prescrito por la

ley, bajo pena de nulidad, la produce, salvo las excepciones legales

En el caso del artículo anterior, expresamos que la razón fundamental para declarar nula toda sentencia, decreto o diligencia judicial que no estuviere autorizada en la forma legal, estribaba en el hecho de que siendo el Derecho Procesal un conjunto de formas dadas de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el proceso, y que deben practicarse sin omitir ninguna formalidad, producen nulidad. Por supuesto, este artículo se refiere no a los trámites y nulidades ya establecidos por los artículos anteriores, sino a todas aquellas disposiciones legales que aparecen en distintas partes del Código que establecen la nulidad por la omisión del acto procesal o del trámite que respectivamente prescribe la ley.

De acuerdo con los apuntes de mi Código de Estudiante, Juez, Profesor y Litigante, tengo citados como ejemplos, en primer lugar, los arts. 315, 356 y 389.

El art. 315, se refiere al hecho de que el tiempo de la lectura que le haga al testigo el Juez, podrá aquél hacer las alteraciones y enmiendas que juzgue oportunas. Estas se escribirán a continuación, haciéndose mención de todo por el Juez, y también le serán leídas, pena de nulidad, salvo los casos expresados en los dos artículos anteriores, o sea de que no hay nulidad sin perjuicio, principio contenido en el art. 1115.

El otro artículo mencionado, o sea el 356, se refiere al caso de que el Juez de la causa o aquél a quien se cometiere la diligencia, después de juramentados los peritos, les indicará por un decreto, el lugar, el día y la hora de la operación con citación de las partes, para que concurran, si quisieren, pena de nulidad. Si no encontraren las partes ni sus apoderados en el lugar del Juez requerido, se pondrá razón y se procederá a evacuar la diligencia. Por supuesto, si la parte o apoderado citados, no concurrieren a la diligencia, a la hora, día y lugar señalados, no por eso se diferirá aquélla, ni será nula, conforme lo expresa el art. 244.

Y el último, 389, a la confesión, la cual se le deberá leer al confesante para que la ratifique o enmiende: en el entendido que si añade o corrige algo, se hará constar la adición o enmienda, repitiendo la lectura o consignando lo que conteste. La confesión, terminada que sea en la forma indicada, será firmada por el confesante y su contraria si estuviere presente, por el Juez y por el Secretario. Si alguno de ellos no pudiere o no quisiere firmar, se expresará así, todo pena de nulidad.

Por supuesto, no sólo esos artículos son a los que se refiere el art

1120, sino que hay otro más, como lo son los arts. 61, 69, 79 que están todos comprendidos en el arbitramento; 175, 176, 177 y 181, incluidos los casos de la conciliación; 306, 307, 309, 310, 313, 315, 116, 325, que se refieren a las declaraciones de testigos; 473 en el juicio verbal, el 606 inc. 2o., 603 y 645 inc. último en el juicio ejecutivo.

Con las disposiciones legales citadas, creemos haber dado bastantes ejemplos, suficientes para comprender el artículo en estudio.

1) NULIDADES EN EL ARBITRAMIENTO

a) El Dr. René Padilla y Velasco, estudia en capítulo separado las nulidades de los juicios por arbitramento y critica los artículos 61, 69 y 79, que las decreta. La razón que invoca, es la de que los nombramientos de los Jueces árbitros o arbitradores, es nulo si no se hace en escritura pública de compromiso, en la que también debe designarse el objeto del litigio, las personas elegidas por las partes y las facultades que les concede. Dicho artículo tal como está redactado hoy, resulta contradictorio con el art. 74, que dice: que los terceros en discordia, se nombrarán en todo caso, por una diligencia que conste en la causa, firmada por los que los nombren y por el Secretario. Y no dice que esa diligencia deba consignarse en escritura pública.

b) Luego le hace la crítica al art. 69, al expresar que los Jueces-Arbitros y los arbitradores, sólo podrán fallar en la forma y sobre el negocio o punto especial que se hubiere comprometido; no lo podrán hacer ni en otra forma ni sobre otro negocio o punto, aunque sea con el pretexto de incidentes, como réditos o frutos, so pena de nulidad en la sentencia, en la parte en que ésta se hubiere excedido; pero bien pueden declarar cual de la partes puede satisfacer las costas procesales. Y por último, dice que es nulo el procedimiento y lo actuado por los Jueces árbitros después de haber cesado el compromiso o después de ser removidos. Luego aclara que las tres nulidades son distintas: de todo el juicio arbitral, sólo de la sentencia y sólo del procedimiento posterior, que tienen como fundamento único, la falta de potestad de los Jueces Arbitros en conocer de los puntos fuera del compromiso, o mejor dicho la ausencia de compromiso o jurisdicción, (o mejor dicho competencia). Pero de las tres nulidades, solamente la segunda da lugar a interponerse por ella el recurso extraordinario del mismo nombre, quedando las otras dos como nulidades de trámites, que sólo pueden alegarse a instancia de parte, y en el curso de las Instancias, lo cual lo parece al Dr. Padilla absolutamente anómalo e incongruente.

c) Indudablemente el Dr. Padilla tiene razón, pues en nuestra Ley de Casación, sólo admite Casación, cuando los amigables compondores hubieren dictado la sentencia fuera del término señalado en el compromiso o resuelto puntos no sometidos a su decisión y no los otros dos, como expresa el Dr. Padilla que no admitía antes el recurso extraordinario de nulidad, hoy no admite el de Casación, sino sólo el de nulidad relativa en el curso de la instancia.

En las reformas propuestas a la I Jornada de Estudio de los Abogados; los tres artículos en estudio, se modificaron así: el 61, que actualmente habla que el nombramiento de los Jueces Arbitros o Arbitradores se haga por escritura Pública de Compromiso e indica lo que dicha escritura debe contener, en las reformas, se expresa:

1º) Que si en la escritura se indica la manera de hacer el nombramiento, deberá observarse lo prescrito en ella, pudiendo inclusive fijarse la designación en manos de un tercero;

2º) Si la escritura no contiene nada al respecto, corresponde a las partes en disputa hacer la designación dentro del plazo que el Juez señale....;

3º) Si dentro del plazo indicado las partes no hacen la designación, ésta corresponde al Juez....;

4º) El tercero en discordia, será nombrado por los árbitros, salvo que las partes hubiesen hecho dicho nombramiento o lo hubiesen confiado... Si los árbitros no se pusiesen de acuerdo... lo hará el Juez...

d) Al art. 69, se le da un procedimiento más sencillo: 1º) el Juez admite la demanda, emplaza al demandado o demandados, y les da traslado por tres días para que contesten; 2º) Si el reo en su contestación se allana al arbitraje, podrá proponer nuevos puntos o hechos que deban ser controvertidos. Si no se oponen expresamente o no contestan la demanda, se entiende que se allana al arbitraje sin necesidad de declaratoria de rebeldía; y 3º) Si hubiere oposición a la constitución del arbitraje, se procederá como se indica en el artículo siguiente (de la reforma)....

e) Y sobre el último art. 79, se expresa que cesa el compromiso:

1º) Por faltar algunos de los árbitros, salvo que se verifique su reemplazo, conforme se ha dicho;

2º) Por haberse cumplido el plazo o sus prórrogas en su caso, sin que

hayan fallado los árbitros; y

3º) Por aniquilación o pérdida del objeto disputado, no siendo por culpa de ninguno de los litigantes.

Todo procedimiento de los árbitros, después de haber cesado el compromiso, es nulo, lo mismo que en los demás casos cuya violación es sancionada con nulidad del proceso. En todos los demás casos de este artículo, las Partes pueden volver a comprometer la causa.

8) NULIDADES DE LAS PRUEBAS EN LOS JUICIOS CONCILIATORIOS VERBALES Y EJECUTIVOS

En los juicios conciliatorios, conforme lo expresan los arts. 175, 176, 177 y 181, son nulas las actas en las que no se consignen, lo dicho por las partes, el juramento e intervención de los hombres buenos, el empeño del Juez de Paz, su resolución y la firma de todos los que intervengan o que no firman por no saber o no querer.

De acuerdo con lo que expresa el Dr. Padilla y Velasco, no interesan en estos procesos o actos previos a la demanda, las nulidades establecidas por la falta de citación para algún acto del juicio o para alguna diligencia de prueba, ni mucho menos las que ocasionan la falta de emplazamiento para contestar la demanda, ni que los procesos se lleven a cabo en días de fiesta, porque si la parte no concurriere a la primera citación o emplazamiento, se le emplazará segunda vez a su costa; y si aún así no lo verificare, dará el Juez por terminado el acto, de que asentará razón en el Libro (a que se refiere el art. 181 y que en la práctica no se lleva, si no que se forman expedientes separados), firmada por él mismo y por el Secretario, franqueando al demandante certificación de haberse intentado el Juicio Conciliatorio y de que no tuvo efecto por culpa del demandado, tal como lo expresan los arts. 183 y 171 Pr.

En los juicios verbales; cuando se examinen testigos, en primer lugar, serán examinados y oídos cada uno de por sí y separadamente, pena de nulidad; cada testigo, antes de declarar, expresará su nombre, edad, profesión y domicilio, si tiene alguna incapacidad legal para ser testigo y hará juramento de decir verdad, pena de nulidad, además las declaraciones contendrán la fecha entera con expresión de la hora y si alguno de los interesados o testigos no supiere o no quisiere firmar, se expresará así en la diligencia, que será firmada por el Juez y Secretario, todo pena de nulidad, conforme lo expresan los arts. 309, 310, 313 y 478 Pr.

Además también, serán nulas las declaraciones de los testigos en que no conste que le fué leída toda su declaración para que la ratifique o enmiende, o que al tiempo de la lectura el testigo hizo las alteraciones y enmiendas que juzgó oportunas, las que se escribirán a continuación de la lectura, haciéndose mención de todo por el Juez y de que también le fueron leídas dichas enmiendas, pena de nulidad, conforme lo dispuesto en los arts. 314 y 315, aplicables a los procesos verbales.

En cuanto a los testigos, también les es aplicable el art. 325, en el sentido de que si ignoran el idioma Castellano, serán examinados por medio de intérprete, pena de nulidad.

Si se tratare de las relaciones de los peritos, que no están suscritas por ellos y si alguno no supiere firmar y no constare de autos que el Juez se la leyó y preguntó si está firmada a su nombre, y escrita en la forma acordada, serán nulas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 359, aplicable a los procesos verbales.

En cuanto a las posiciones, en que no constare las adiciones o enmiendas hechas por el confesante, la lectura que se le hizo, su ratificación y la firma del mismo, como la de la contraria, si estuviere presente, y la del Juez y Secretario y que no se expresó dicha circunstancia de no poder firmar alguno de ellos, si así lo fuere, produce nulidad conforme lo prescrito en el art. 389, aplicable a los juicios verbales.

En los procesos ejecutivos, en primer lugar, hay nulidad si al ejecutado no se le notifica en la forma legal el decreto de embargo, el cual equivale al emplazamiento, conforme lo expresa el art. 595 Pr.

También serían nulas todas las omisiones ya vistas anteriormente en los procedimientos ordinarios.

Pero tiene unas nulidades especiales, como lo son la omisión de la publicación de los edictos o carteles que deberán publicarse por tres veces en el periódico oficial del gobierno, en el que se ordena la venta de los bienes embargados, en la que se designarán los nombres del ejecutante y ejecutado, la designación de los bienes que se venden, y el juzgado en el que se ha de verificar la venta. También sería nula la renuncia de esa publicación, hecha por el ejecutado en el documento ejecutivo de obligación, conforme lo expresan los incisos 1o. y 2o. del art. 606. Asimismo sería nula la omisión de la publicación de los nuevos carteles, en los que se expresen el día y hora del remate, lo mismo que el valúo que deba servir de base, de acuerdo con

el art. 607. Conforme el art. 608, intentada una vez la vía ordinaria y contestada la demanda, no es permitido volver a la ejecutiva, sino después de terminada aquélla, pena de nulidad.

Por último, el Doctor Padilla y Velasco, hace una observación muy importante sobre las nulidades que dejamos relacionadas, o sea: que excluidas las nulidades del juicio arbitral y las infracciones de citación o emplazamientos, las demás son nulidades de poca monta, de las cuales las del art. 606, anulan también el procedimiento posterior, mientras que las otras o restantes, sólo anulan la diligencia hecha informalmente, sin que haya necesidad ni razón para que vicie el resto del procedimiento.

9) RATIFICACION EXPRESA Y TACITA DE LAS NULIDADES RELATIVAS

Este tema ya lo tratamos al referirnos a las nulidades relativas en el Despacho Saneador. Los arts. correspondientes en el código, lo son: el 1124 y 1127, respectivamente.

10) PROCEDIMIENTOS PARA ALEGAR UNA NULIDAD RELATIVA EN PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA

También este tema lo tratamos al explicar en qué consistía el Despacho Saneador y está comprendido en los arts. 1124 al 1129 Pr. Como hoy ya no existe la tercera instancia, algunas de las nulidades relativas, la Ley de Casación las considera como nulidades o faltas de quebrantamiento de las formas esenciales del proceso; como lo son: a) la falta de emplazamiento para comparecer en Segunda Instancia, a que se refiere el art. 995 Pr.; b) La incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente, comprendida en el art. 1116 Pr.; c) la falta de recepción aprueba en cualquiera de las instancias, cuando la ley la establezca, a que alude el art. 1117); d) la denegación de prueba legalmente admisible y cuya falta ha producido perjuicios al derecho o defensa de la parte que la solicitó, incluida también en el mismo art. 1117; e) La falta de citación para alguna diligencia de prueba cuya infracción ha causado perjuicios al derecho o defensa de la persona en cuyo favor se estableciere, comprendida en los arts. 242 y en todos aquéllos artículos que señalan día y hora para verificar una prueba, lo mismo que en el 1120 Pr.

Todas esas nulidades, que nuestro Código califica como nulidades relativas, las acepta la Ley de Casación en el art. 4, ordinales 1o., 2o., 4o.,

5o., y

6o., respectivamente, como quebrantamiento de las formas esenciales del juicio; pero para que puedan admitirse el Recurso por Quebrantamiento de Forma (en Casación), es indispensable que quien lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, salvo que el reclamo fuere imposible, tal como lo prescribe el art. 7 C. !

Con lo anterior lo que quiero explicar es que esas nulidades, si no fueren declaradas en la sentencia de apelación, el perjudicado puede interponer recurso de casación, como antes podía interponer recurso extraordinario de nulidad, o el de súplica, según el caso.

II) EN QUE FORMA SE DECIDE UNA NULIDAD RELATIVA

Este punto o tema lo trata el Dr. Padilla y Velasco en su Tesis Doctoral, expresando que "la ley hablando únicamente de las Instancias Superiores, previene que las nulidades alegadas en ellas deben declararse o en las sentencias de vista o en las de revista (apelación y súplica) según el caso; pero no dice en qué ocasión deben declararse las nulidades alegadas en Primera Instancia".

En verdad tiene razón el Dr. Padilla y Velasco en la observación que hace; pero según mi criterio de la misma lectura de los arts. 1124 y 1125 Pr., se deduce que al hacer presente el Juez a las partes por decreto en el proceso, la nulidad cometida; si la parte a quien perjudica se allana en la notificación de dicho decreto, la nulidad quedó ratificada, pues el mismo artículo dice que se seguirá la instrucción.

Si no la ratificare la ley dice en el 1125 que se repondrá la diligencia que la tenga y las que sean su consecuencia inmediata a costa del funcionario culpable; y si la reposición no fuere posible, será responsable por los daños y perjuicios. En este artículo puede haber duda de si un Juez se condene a sí mismo a la reposición de un proceso o a los daños causados a la contraparte, si dicha reposición no fuere posible. Pero según mi criterio, bien puede el Juez hacerlo, ya que la ley no se lo prohíbe; y aplicando el principio Constitucional de que lo que la Ley no prohíbe, lo permite, basado en el principio de libertad art. 152 C. P., el Juez puede declarar la nulidad y condenarse a sí mismo.

Lo dicho puede aplicarse también al trámite que señala el art. 1127, cuando la nulidad se alegare al contestar un traslado, por ejemplo: de alegar

de bein probado al final del juicio ordinario, desde luego que el artículo dice que el Juez, previo traslado por tercero día a la otra parte, mandará o no la reposición, según le pareciere de justicia y que su resolución que desestime la nulidad reclamada, no admite apelación; pero podrá reclamarse la enmienda de la misma si se apelase de la sentencia definitiva, la que se supone que aún no se ha pronunciado. En lo demás estoy en un todo de acuerdo con el Dr. Padilla y Velasco. Y como lo dije este tema ya lo tratamos al explicar en qué consiste el Despacho Saneador.

12) NATURALEZA DE LA SENTENCIA QUE DECIDE UNA NULIDAD RELATIVA

El Dr. Padilla y Velasco sobre este tema se pregunta si la sentencia de vista o de revista (de apelación o súplica) que declara o desistime una nulidad relativa, ¿es definitiva o interlocutoria?

La contestación la da la doctrina que transcribe de las sentencias de la Cámara de Tercera Instancia, pronunciadas los días 4 y 9 de septiembre de 1930, cuando declararon: «La sentencia que no decide el fondo de la cuestión que se ventila condenando o absolviendo de la demanda a la parte demandada, sino que se limita resolver algún punto incidental del pleito, no obstante que revista la forma de la primera». R. J., 1930, Tomo XXXV, Nos. 7 a 9, págs. 241 y 244 y siguiente.

13) RECURSOS CONTRA DICHAS SENTENCIAS, YA SEA QUE SE DECLARE Y SE DENEGUE LA NULIDAD JURISPRUDENCIA.

En principio la sentencia que deniegue una nulidad no admite apelación, como expresamente lo dice el art. 1126. Pero agrega: que podrá reclamarse la enmienda de la misma nulidad si se apelase de la sentencia definitiva. Por supuesto aquí se está refiriendo a que se le negó en Primera Instancia.

Si se denegare en Segunda Instancia, como ya no existe en nuestra Legislación la súplica ni el recurso extraordinario de nulidad, el interesado podría interponer recurso de casación, si la nulidad alegada por él está comprendida dentro de los casos que enumera el art. 4 L. C., como quebrantamiento de las formas esenciales del proceso; de lo contrario no podría ya interponer ningún recurso de esa nulidad, por ejemplo: si se tratase de una nulidad que produce la infracción de las formalidades prevenidas para las notificaciones, como lo sería la nulidad que produce la resolución interlocutoria que declara sin lugar una petición extemporánea de una de las partes.

De acuerdo con sentencia publicada en la R. J. de 1939, pág. 461, la nulidad consistente en la forma de recepción a prueba especial para verificar documentos, sólo puede reclamarla la parte perjudicada, tanto más si quien la alega había contestado un traslado, sin mencionarla.

No son nulas las declaraciones en que se omitió consignar que los testigos no tenían incapacidad para declarar, si de los demás datos resulta que son personas conocidas. Si tal nulidad no se alega al evacuar un traslado, queda ratificada.

En sentencia de la R. J. de 1940, pág. 419, se expresa: una notificación hecha por la tarde de un día sábado, no es nula, por no tratarse de día feriado, aunque los empleados gocen de asueto.

Esta sentencia tiene relación con los arts. 1126 y 1277. El último ordena que ninguna citación, emplazamiento, notificación o diligencia judicial en negocio civil, podrá practicarse antes de las seis de la mañana ni después de las siete de la tarde, pena de nulidad; y que tampoco podrá practicarse en día feriado si no es con habilitación hecha por el Juez, a petición de parte y por motivo grave y urgente.

El Dr. Padilla cita en su tesis una sentencia publicada en la R. J. de 1930, Tomo XXXV, número 7 a 9, págs. 241 y 244 y sig., que dice: «la resolución del Juez o Cámara que desestime la nulidad reclamada no admite apelación, ni súplica; pero podrá reclamarse la enmienda de la misma nulidad, si se apelase o suplicase de la sentencia definitiva. Esa alegación debe hacerse conforme a lo que ya se dijo, en los escritos de expresión de agravios, o en la contestación de dicho escrito, ya en Segunda o ya en Tercera Instancia, si tuviesen lugar.

Hay otra sentencia análoga a la anterior, con la diferencia de que la Cámara de Segunda Instancia declaró la nulidad alegada por la parte fundándose en el art. 1277 en su primera parte, arriba transcrito, publicada en la R. J. de 1965, Tomo LXX, pág. 190, que sentó la siguiente doctrina: «Si una diligencia judicial se practica comenzándose en hora hábil para ello y con tiempo suficiente para verificarla, pero se concluye minutos después de la hora señalada por el art. 1277 Pr., es válida; por consiguiente, no es legal el criterio que estima como rendida la declaración de un testigo al momento de ser ella ratificada, firmada por el declarante y autorizada por Juez y Secretario, sin tomar en consideración la hora en que en el acta respectiva aparece que fue tal diligencia comenzada.

Si la práctica de tal diligencia se inicia en las primeras horas de la respectiva audiencia y se prolonga por más de diez horas debido a las continuas repreguntas de las partes, finalizando después de las siete de la noche, no procede declarar la nulidad de ella, porque aunque hubiese habido infracción del artículo citado, no se ha producido perjuicio del derecho de las partes, y menos puede invocar la nulidad aquélla cuyas continuas repreguntas hicieron que la diligencia se prolongase más allá de la indicada hora»

La sentencia anterior, contesta hasta cierto punto el comentario que hace el Dr. Padilla sobre este tema, al decir: «Pero la ley guarda silencio cuando la resolución del Juez o Cámara declara la existencia de la nulidad procesal y manda reponer lo actuado desde el primer acto válido sin decir si admite o no recurso de alguna naturaleza».

Y digo que contesta el comentario referido porque la Cámara de Segunda Instancia declaró la nulidad de la declaración con base en la petición que en el traslado para elegir de bien probado le hiciera la parte apelada, pues también el Juez de Primera Instancia y apelante en Segunda sostuvo que la nulidad no existía por las razones que expresa la Sala de lo Civil en su Sentencia.

El punto recurrido lo perdió la parte que interpuso el Recurso de Casación por no haber alegado la infracción de Ley consistente en que en la apreciación de las pruebas testimoniales, tanto el Juez como la Cámara, habían cometido un error de Derecho, desde luego que las declaraciones de los tres testimonios, eran mayores de toda excepción o sin tacha, conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, haciendo por consiguiente plena prueba de los hechos que se invocaron en la demanda, o sea la posesión notoria del estado civil invocado, como tal, conforme lo prescriben los arts. 3 ordinal 7o. L. C., 321 Pr. y 283 ordinal 1o. C.

Si la resolución del Juez declara la existencia de una nulidad relativa; dicha sentencia es interlocutoria, de acuerdo con lo que se deja expuesto y jurisprudencia citada; ahora bien, como esa interlocutoria tiene fuerza de definitiva, por causar a las partes daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva, puesto que se anulan muchos actos procesales que deben reponerse, dicha sentencia es apelable en ambos efectos, si hubiere sido pronunciada en juicio ordinario, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del art 984 Pr según lo dejamos expuesto al tratar de las resoluciones apelables

Luego, si se apelare de esa sentencia la competencia de la Cámara quedaría circunscrita, precisamente a decidir sobre el punto apelado, como lo ordena el art. 1026 Pr., o sea si existe o no la nulidad declarada por el Tribunal inferior. Si el Tribunal Superior confirma la interlocutoria del Juez o Tribunal a quo que declara la nulidad relativa mandando a reponer lo actuado, etc. y ordena se devuelva el proceso al Tribunal de origen de acuerdo con lo prescrito en los arts. 1088, 1089 y 1090, el Juez cumplirá la sentencia en la forma legal.

14) DIFERENCIA ENTRE ANULARSE EL PROCESO Y ANULAR EL ACTO PROCESAL

De acuerdo con el art. 1285, cuando se manda a reponer una causa (proceso), se entiende que debe instruirse lo nuevo desde el pasaje que manda a reponerse, guardándose las dilaciones, estaciones y trámites de ley, como si nada se hubiese hecho; pero si se manda a reponer algún trámite, sólo se subsanará éste, sin reponer lo demás de la causa. Un ejemplo de éstos últimos, serían los comprendidos en los arts. 309, 310, 313, 314 y 315, todos relativos a la prueba testimonial y otros semejantes. Pero si se manda a reponer toda la causa o proceso, conforme el art. 1095, se declara nula la sentencia, la diligencia que tenga tal vicio y las que sean su consecuencia inmediata, mandando se repongan a costas del funcionario que resulte culpable. Si la reposición no fuere posible, será éste responsable de los daños y perjuicios. Otro caso sería, el caso de nulidad de incompetencia de jurisdicción que no puede prorrogarse; en tal caso habría que comenzar o interponer la demanda ante el Juez competente, por razón de la materia y seguir todo el proceso.

15) EN PRINCIPIO NINGUNA NULIDAD PUEDE SER DECLARADA DE OFICIO SINO SOLO A SOLICITUD DE PARTE

El art. 1121, sienta la regla del título anterior, o sea que: «Ninguna nulidad de procedimiento podrá declararse de oficio sino a solicitud de parte».

Esta es la regla general, pero como toda regla tiene su excepción, hay tres casos únicos de nulidades absolutas que el Juez o Cámara puede declarar de oficio, o sean las comprendidas en el art. 1130 Pr. La primera de ellas, se refiere a la incompetencia de jurisdicción no prorrogable por razón de la materia; por ejemplo: cuando la ley dice expresamente en el art. 32 inc. 3º «La jurisdicción (o más bien la competencia) de los Jueces de paz es improrrogable para demandas de más de dos mil colones, o de valor indeterminado». O cuando dice el art. 45, que «En las causas en que

estuviere interesada la Hacienda Pública, conocerán los Jueces Generales de Hacienda (y hablo en plural, porque el art. 13 de la L. O. P. J., dice hoy que "Habrá dos Jueces de Hacienda que conocerán en Primera Instancia y a prevención, de todos los asuntos civiles y penales en que estuviere interesada la Hacienda Pública" y de los demás que, conforme a las leyes, fueren de su competencia) salvo lo dispuesto en leyes especiales, cualquiera que sea la cantidad que se litigue". Este último artículo de la Ley Orgánica, reformó tácitamente el art. 45 del Pr. después del paréntesis citado.

"El Segundo caso en que el Juez o la Cámara debe declarar de oficio la nulidad, lo será cuando el fallo no estuviere autorizado en la forma legal; es decir, que le faltare la firma del Juez o Secretario o no expresare la fecha o lugar en que se hubiere pronunciado dicho fallo, etc.; o, en otras palabras, cuando la sentencia definitiva, y digo definitiva, porque son las únicas que contienen un fallo en que resuelven la pretensión del demandado o la excepción perentoria del demandado, con base en las pruebas presentadas por ambas partes, tal como lo expresan los arts. 427 y 428, en relación con el art. 421.

Y por último, cuando la sentencia hubiese sido pronunciada contra ley expresa y terminante; o como dicen los comentaristas de Casación: "Cuando se cometiese violación de ley", ya sea por omisión, permitiendo su recta aplicación a casos que la requieren y la reclaman; o por omisión, aplicándola en un sentido que no tiene a casos no pertinentes, es decir, se viola una ley por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida.

Existe un cuarto caso en el que el Juez declara también de oficio la nulidad de una diligencia, o sea al que se refiere el art. 619 Pr., en su parte final; el cual fue reformado en su parte primera por el Decreto Legislativo de 22 de febrero de 1963, publicado en el Diario Oficial del 26 del mismo mes y año, que señala el porcentaje que se les puede embargar a los trabajadores, en caso de ejecución contra ellos. El artículo citado decía en su parte final, y aún así aparece en la edición del Código Vigente, que cuando se embargara más del veinte por ciento del sueldo del trabajador, será nulo lo embargado en exceso, aún con el consentimiento del deudor, nulidad que el Juez de la causa deberá declarar de oficio sobre tal excedente. Yo opino que está vigente esa parte del Código, porque la reforma solamente señala el porcentaje que se les embarga a los trabajadores que ganan más de cien colones, pues los primeros cien colones no son embargables; y comienza con el cinco por ciento hasta llegar al veinte por ciento y, también, porque el art. 5 de dicho Decreto expresa que prevalecerá sobre otras disposiciones legales que no estuvieren conformes con él; y en lo relativo a la nulidad por

el embargo de exceso no dice nada; excepto únicamente en los casos de deudas que el empleado o pensionado contraiga por créditos concedidos por bancos, compañías aseguradoras, instituciones de créditos o sociedades cooperativas, en los cuales podrá extender el deudor autorización para que de su sueldo o pensión y en su nombre, se efectúen los descuentos necesarios para la extinción de tales deudas, si él propio no lo hiciere, como lo expresa el art. 3 del Decreto mencionado, en relación con el art. 78 de la Ley de Instituciones de Créditos, denominada comunmente Ley de Bancos.

Fuera de esos casos, el Juez no puede declarar de oficio ninguna nulidad, sin antes hacer presente a las partes la existencia de la misma, y sólo en el caso que no la ratifique o guardare silencio, podrá decretar. O en el caso del art. 1131 siempre que, requerida la parte por el Juez o Cámara, no legitime su personería o no se ratifica lo actuado por quien tiene derecho a hacerlo, dentro de tercero día del requerimiento más el término de la distancia, si fuere necesario. Además, siempre existe en este artículo en el caso de la falta de emplazamiento o en las demás nulidades relativas, la ratificación tácita, que consiste, en lo primero, cuando el demandado contesta o interviene en el juicio sin alegar la nulidad de falta de emplazamiento, o como en el caso del 1117, cuando dice si la parte emplazada o citada hace uso de su derecho sin reclamarla o se muestra sabedora por escrito de la diligencia notificada informalmente; principio que está también contenido en idéntica forma en el inciso 2º del art. 221, al referirse también, a la falta de citación, emplazamiento y notificaciones.

Existe también otra ratificación tácita de la nulidad cometida, cuando la parte a quien perjudica hubiese recibido un traslado y lo devolviese sin reclamar la nulidad cometida, a que se refiere el art. 1126 y que ya estudiamos.

Por último, siempre hay que tener presente que ninguna nulidad será declarada por el Juez, aún cuando se la pidiere la parte interesada, si conforme lo expresa el principio de trascendencia, contenido en la parte final del art. 1115, no ha producido ni puede producir ningún perjuicio al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido.

16) VARIEDAD Y DESORDEN DEL CODIGO EN EL TRATADO DE LAS NULIDADES

De acuerdo con el Profesor Gallinal, Uruguayo (de donde copiamos mucho de nuestro Código), el modo como se ha formado en nuestro Código de Procedimientos Civiles (que así se llama oficialmente), en el Capítulo

Especial de las Nulidades, que estamos estudiando, es la combinación sin métodos de distintos Institutos Extranjeros, que se han reunido en un todo y en el que las diversas partes son inarmónicas.

El art. 1115, al establecer que no existe nulidad sin perjuicio, es un principio proclamado también por el Código de Ginebra, Suiza; y ambos siguen el sistema francés en la regla general de que no hay nulidad sin ley, pero se separan en la consideración de los distintos casos que puede producir la nulidad. Otro punto importante que debe tomarse en cuenta en este capítulo, es el de si la parte ha alegado la nulidad, tanto en Primera como en Segunda Instancia y los Tribunales, se la han declarado sin lugar, lo queda por último la Casación, conforme el art. 7 ya citado.

En cambio, en las nulidades de fondo de la ley o doctrina legal, si el Juez y la Cámara hubiesen declarado sin lugar la nulidad, la parte puede siempre usar el recurso de Casación, aunque no hubiere intervenido en el proceso, ni fuera él quien la hubiera reclamado, si el Juez de oficio hubiera declarado sin lugar la nulidad. Porque si existe la infracción de ley, el recurso siempre procederá, excepto en los juicios ejecutivos posesorios y demás sumarios y diligencias de jurisdicción voluntaria, cuando sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia, con excepción de los sumarios que niegan alimentos, en los que siempre procederá el recurso por violación de ley o doctrina legal, por razones obvias, conforme lo prescriben los arts. 1, 2 literal a), 3 y 5, inciso 2º L. C.

RECURSO DE RESPONSABILIDAD

Nuestra ley no desampara a la parte que hubiere perdido su derecho, no solo en las dos instancias que permite la ley, sino aún en el Recurso de Casación. Hay disposiciones legales en nuestro mismo Código, que dicen expresamente que la resolución o sentencia que se provea, no admite más recurso que el de responsabilidad como por ejemplo, en el art. 60 de la Ley del Arancel Judicial, 504 de los Juicios Verbales y el 1206 que comprende todos los casos de competencia, que dice "no habrá recurso".

Pero en otros casos, la ley dice que la sentencia pronunciada, no admite recurso de apelación; por ejemplo en los casos a que se refieren los arts. 355, 612, 1192, 1127, 1180, 833, el 232 inciso último del nuevo Código de Comercio, 120 número 3º de la Ley del Banco Hipotecario y el 15 del Decreto Legislativo de 1884, que se refiere a los lanzamientos.

Por último, aún suponiendo que la resolución hubiere llegado en

grado de apelación a la Cámara y no admitiere casación o en cualquiera de los casos en que el perdidoso u ofendido o gravado, no hubiere podido interponer el recurso de apelación o de casación por cualquier motivo, siempre tiene derecho el recurso de responsabilidad contra los funcionarios que dictaron la sentencia en virtud del principio establecido por nuestra Constitución Política en el art. 210, al decir que todo funcionario civil... antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ateniéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes.

Además, todo Juez ya fuere de Paz, de Primera Instancia o Magistrado de Cámara o de la Corte Suprema de Justicia, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, deberá prestar juramento conforme lo prescribe el art. 210 C. P. (Magistrados), Jueces de Primera Instancia y de Paz, según lo ordenan los arts. 28 y 42 de la L. O. P. J.

Sólo en el caso de que los Jueces de paz fueren legos, el Secretario será responsable solidariamente, de acuerdo con lo que expresa el art. 67 L. O. P. J. lo mismo que en el caso en que el Juez de Paz consulte con Abogado para dictar su sentencia en los casos a que se refiere el art. 485.

En todos los demás casos, todos los Jueces de Primera Instancia que fueren Abogados, son responsables personalmente, por las resoluciones o sentencias que dicten, art. 91 Pr.; por esa razón, cuando se declara nula una sentencia, se les condena en costas, daños y perjuicios del proceso y recurso causados a las partes, conforme lo expresan los arts. 1093 y 1095.

Volviendo nuevamente al recurso de responsabilidad, el inciso 4º del art. 49, establece que la responsabilidad civil de los funcionarios deberá deducirse en juicio sumario de hecho o de derecho, seguido por el funcionario o funcionarios respectivos.

El siguiente inciso, o sea el 4º, expresa que el Juez competente para conocer en las causas contra los Jueces de paz, será el Juez de Primera Instancia correspondiente superior en grado.

El inciso 5º dice que si el asunto fuere contra el Juez de Primera Instancia o los de Hacienda, conocerá la respectiva Cámara de Segunda Instancia, conforme lo expresan los arts. 5 al 7 de la L. O. P. J.

Si fuere contra los Magistrados de una de éstas, conocerá, ya sea la Sala de lo Civil de lo Penal conforme los mismos artículos de la L. O. P. J.

La resolución será apelable y admitirá el recurso de casación, el cual lo conocerá la Corte en Pleno, con excepción de los Magistrados de la Sala que hayan conocido en grado de apelación, de acuerdo con lo que prescribe el artículo preliminar de la Ley de Casación.

En el proyecto de reformas aprobado por la Primera Jornada de Estudios de El Salvador, tantas veces citada, el procedimiento para deducir la responsabilidad de los funcionarios judiciales, se señaló en la siguiente forma:

"La responsabilidad civil de los Jueces se deducirá ante el respectivo tribunal superior en grado, y la de los Magistrados ante la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro; y la de los Magistrados de este Tribunal ante la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, debiendo procederse en juicio sumario en ambos casos.

De las resoluciones que se pronuncien en el juicio de responsabilidad, conocerá en Segunda Instancia el Tribunal superior a quien las han dictado, y del recurso de casación el Tribunal Superior a éste último. Pero si en Segunda Instancia hubiere conocido la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, conocerá del recurso de casación la Corte en Pleno con exclusión de los titulares de dicha Sala que se integrará con los suplentes, o con Jueces. Cuando la demanda fuere contra los Magistrados de la Sala de lo Civil, en Segunda Instancia conocerá la Sala de Amparos de la Corte Suprema de Justicia, y se estará a la regulación anterior para el caso de conocer en recurso de casación.

Regirán las reglas anteriores siempre que la responsabilidad se origine de actos oficiales del funcionario judicial respectivo, aunque haya dejado de serlo a la fecha de la demanda; pero no serán aplicables, si dicha responsabilidad se originare de sentencia ejecutoriada por delito cometido con ocasión de ejercer funciones, pues en este caso la competencia estará sujeta a las reglas especiales establecidas.

OBRAS CITADAS O CONSULTADAS

- 1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3a. Edición Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, por EDUARDO J. COUTURE, Páginas 1, 7, 11, 12 y 14 y otras.
- 2) Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo II, por RAFAEL GALLINAL, Montevideo, «Casa Barreiro y Ramos», S. A. Editores, 1930, Páginas 1 y otras.
- 3) Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, por don JOAQUIN ESCRICHE. Nueva Edición Librería de la Vda. de Ch. Bouret, París, 23 Rue Visconti, 23, México, Avenida del Cinco de Mayo 15, 1925, Páginas 1 y 2 y otras.
- 4) Las siete partidas o Código Alfonsino, las Leyes compiladas por el Rey Alfonso X el Sabio, que las dividió en siete partes citadas por varios de los autores consultados (ver Escriche que las relaciona).
- 5) Fuero Juzgo: en la edad media se denominaron Fueros: 1o. Las compilaciones o Códigos Generales de Leyes, como el Fuero Juzgo, el Fuero Real, etc. (Ver Escriche para una mejor comprensión).
- 6) Dr. René Padilla y Velasco Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño Tesis Doctoral premiada con Medalla de Oro, Tomos I y II Editados por la Universidad de El Salvador, en Talleres Gráficos Cisneros 5a. C. O. N.º. 26, San Salvador, El Salvador, C. A. en 1948 y 1949, Folios 14 23 y varios más.
- 7) Informe de la Comisión Revisora de los Códigos Patrios, del 12 de Octubre de 1901 Folios 26 y otros más.
- 8) Primera Jornada de Estudios de los Abogados de El Salvador, celebrada del 25 al 27 de Febrero de 1982, pág. varias.
- 9) Obras del Dr. Eusebio Bracamonte.
- 10) Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española Madrid 1956 Págs. varias.

- 11) Diccionario de Carabantes (citado por el Dr. Padilla y Velasco).
- 12) HERNANDO DEVIS ECHANDIA, Compendio de Derecho Procesal Civil, Parte General Editorial TEMIS Bogotá, 1963 Páginas 229 230 y otras.
- 13) Separatas del Dr. Francisco Arrieta Gallegos. Nos. Varios y en especial; el VII Iniciación del Proceso 31), Emplazamiento Página 132 y en otras
- 14) JAIME GUASP, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Derecho Procesal Civil Tercera Edición Tomo 2a. Parte Especial Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1968, Página 146 y en otras más.
- 15) El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña, por el Dr. HUMBERTO TOMASINO, Tesis premiada con Mención Honorífica Biblioteca Universitaria, Volumen 5, de la Universidad Autónoma de El Salvador, 1947, Página 184 y en varias más.
- 16) Enciclopedia Jurídica Española en varias páginas.
- 17) Índice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña, Tomo 1o. y 2o. Página 323, del Dr. ANGEL GOCHEZ CASTRO, Páginas 237 y 270 y en muchas más.
- 18) Adolfo Gelsi Bidart Uruguayo (Citado por Pallares), Página 305.
- 19) Ortiz de Zúniga, Prácticas Forenses, página 235. (citado por el Dr. Padilla y Velasco) Página 306.
- 20) Dr. NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO (Citado por Pallares). Páginas 375 377.
- 21) Carnelutti (citado por Pallares) Página 375.
- 22) Del Despacho Saneador por el Profesor Brasileño, Dr. ALFREDO BUZAID Trabajo presentado a la IV JORNADA LATINOAMERICANA DE DERECHO PROCESAL, celebrado en Caracas, y Valencia, del 27 de Marzo al 3 de abril de 1967, Página 383 y en otras.

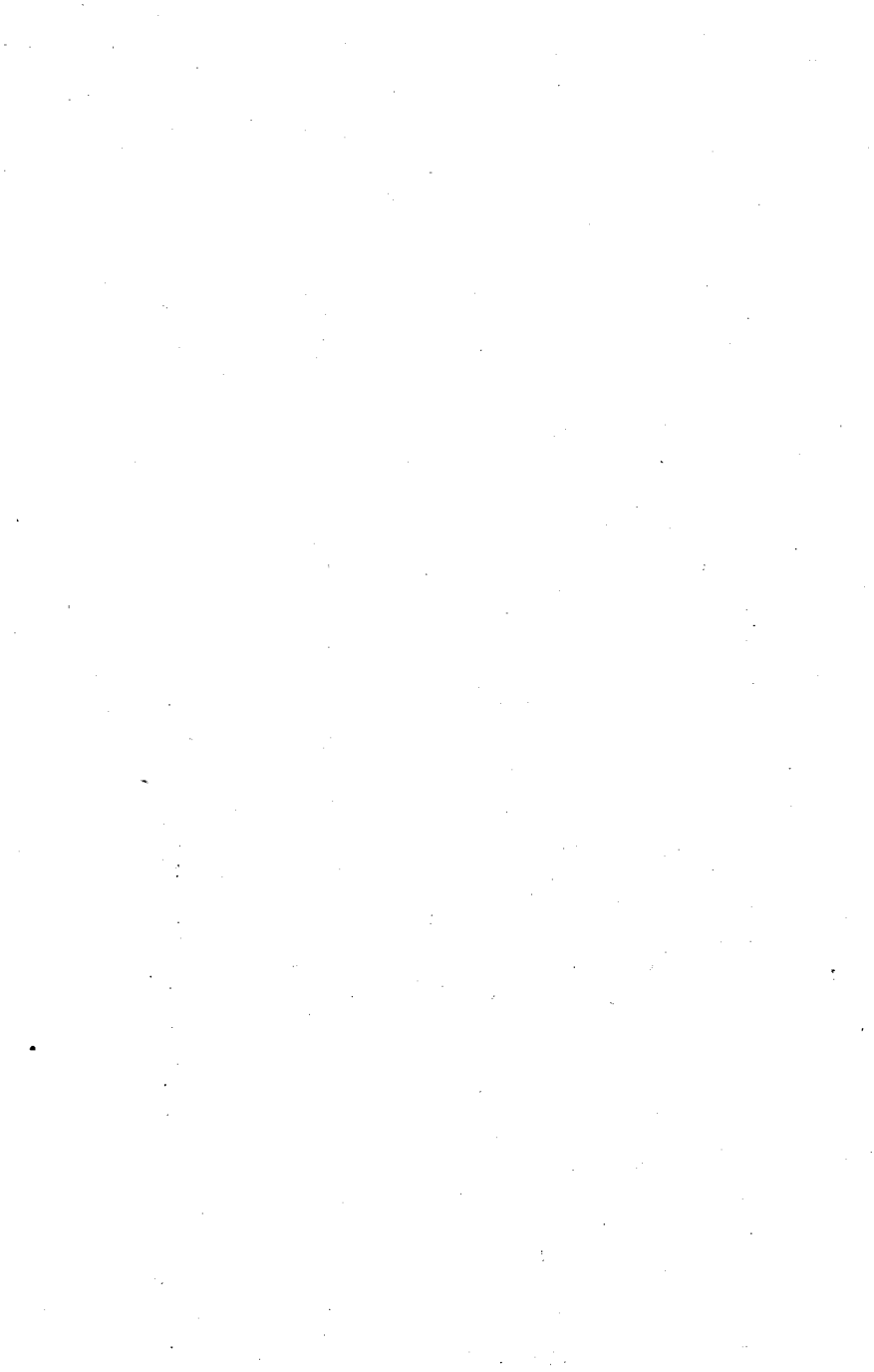
LEYES CITADAS O CONSULTADAS

- 1) Constitución Política del 8 de Febrero de 1962, vigente desde el 24 de Enero de 1962, Impresa en la Imprenta Nacional de El Salvador.
- 2) Código de Procedimientos Civiles, 5a. y 7a. Edición Vigentes desde el 1 de Enero de 1882. La 5a. Edición, que fué la que estudié en la Universidad de El Salvador y me sirvió durante los 18 y pico de años que fué Juez y Magistrado, y los 29 años, Profesor en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y 29 años de litigante. Fue editada en la «Imprenta Elzeviriana y Librería El Camí, S. A., Calle Torres Amat, 9 Barcelona, España, y la 7a., impresa en los Talleres de la Dirección General de Publicaciones del Ministerio de Educación.
- 3) Código Civil 6a y 8a. Edición, vigentes desde el 22 de Octubre de 1859, puesto que fué aprobado el 22 de Septiembre de 1859, y su artículo final, expresa que el Código comenzará a regir a los 30 días de su publicación, aunque la 1a. Edición se imprimió en la Ciudad de Nueva York, E.E.U.U. Imprenta de Eduardo O Jentris, 26, Calle Frankfort; la 6a. Edición fue editada en la misma imprenta, y la 5a. Edición del Código de Procedimientos Civiles.
- 4) Código de 1857, elaborado por el Presbítero Doctor y Licenciado, ISIDRO MENENDEZ, denominándose Código de Procedimientos y de Fórmulas Judiciales, editado en la Imprenta Luna de Guatemala, el 20 de Noviembre de 1857, fecha en que se promulgó como Ley de la República, por Decreto del Presidente, don Rafael Campos con la firma de su Ministro de Gobernación, Licenciado IGNACIO GOMEZ.
- 5) Código de Procedimientos Civiles de 1863, que entró en vigencia el 12 de Enero de 1863, por Decreto del Poder Ejecutivo, (Ver explicaciones en Padilla Fs. 60 y 61).
- 6) Proyecto de Reformas al Código de Procedimientos Civiles, Párrafo CLXVIII Informe de la Comisión Revisora de los Códigos Patrios, del 12 de Octubre de 1901, a la Corte Suprema de Justicia.
- 7) Legislación Española Ley de Enjuiciamiento Procesal Civil, citado a fs. 9 y otros.

- 8) Código de Proceder de Sana Cruz fs. 113.
- 9) Códigos de Procedimientos de Louissiana U.S.A Pág. 113
- 10) Códigos Procesales Suizos, Pág. 113 (Citado por Pallares).
- 11) Ley de Notariado, Edición de 1966, Publicación de la Corte Suprema de Justicia. Imprenta Nacional. San Salvador, El Salvador, C. A. en varios folios.
- 12) Ley Orgánica del Poder Judicial, Edición de 1979, Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, El Salvador, C. A. Pág. 220 y otras.
- 13) Ley de Inquilinato, Edición de 1953, Publicaciones del Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, C. A. Pág. 255 346 y otras.
- 14) Ley de Procedimientos Especiales Sobre Accidentes de Tránsito, Edición de 1979 publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, C. A. Páginas 255, 346 y otras.
- 15) Ley de Procedimientos Mercantiles, Edición de 1973, publicaciones del Ministerio de Justicia, San Salvador, El Salvador, C. A. Pág. 347.
- 16) Códigos de Procedimientos Civiles Hondureño. Página 364.
- 17) Ley de Casación de El Salvador de 1883 (transcrita por el Dr. René Padilla y Velasco en su 2o. Volumen de su Tesis Doctoral, ya citada).
- 18) Ley de Casación, Decretada el 31 de Agosto de 1953, publicada en el Diario Oficial del 4 de Septiembre del mismo año, que entró en vigencia el 14 de Septiembre del referido año de 1953, Edición de 1966, publicada por la Corte Suprema de Justicia.
- 19) Código del Proceso Civil Brasileño, Edición anterior y Edición de 1 de Octubre de 1973, Páginas 383 y 384.
- 20) Código de Ginebra Suiza, (Citado por el Dr. Padilla).
- 21) Ley Orgánica del Ministerio Público. Varias Páginas.
- 22) Ley de Papel Sellado y Timbres. Varias páginas.

ABREVIATURAS USADAS

1. C Código Civil
2. C. P. Constitución Política
3. L. O. P. J. Ley Orgánica del Poder Judicial
4. L. C. Ley de Casación
5. L. P. E. A. T. Ley de Procedimientos Especiales Sobre Accidentes de Tránsito
6. L. I. Ley de Inquilinato
7. L. P. S. T. Ley de Papel Sellado y Timbres
8. L. M. P. Ley Orgánica del Ministerio Público
9. L. S. G. Ley de Gravamen de las Sucesiones
10. L. E. P. C. Ley de Enjuiciamiento Procesal Civil Español
11. L. N. Ley del Notariado
12. Pr Código de Procedimientos Civiles
13. Pr. M. Ley de Procedimientos Mercantiles
14. P. N. Código Penal 15. R. J. Revista Judicial



REVISTAS JUDICIALES

Pág.	Año	Tomos	Pág. Revista	Números
15	51901	VII	1	11 al 12
15	Rep. en 1958	VII	1	11 al 12
17	1910	XV	273	11 al 12
17	1910	XV	173	7 al 8
17	1958	LXIII	519	1 al 12
17	1959	LXIV	479	1 al 12
17	1963	LXVIII	248	1 al 12
17	1964	LXIX	130	1 al 12
17	1966	LXXI	135	1 al 12
17	1969	LXXIV	490	1 al 12
17	1970	LXXV	478	1 al 12
20	1931	XXXVI	444	7 al 12
21	1920	XXV	398	8 al 10
24	1910	XV	173	7 al 8
24	1929	XXXIV	161	4 al 6
25	1966	LXXI	135	1 al 12
26	1901	VII	548	21
26	Rep. en 1958	VII	548	21
43	1963	LXXIII	258	1 al 12
45	1969	LXIV	464	1 al 12
46	1955	LX	336	1 al 12
47	1958	LXIII	524	1 al 12
48	1972	LXXVII	433	1 al 12
51	1969	LXXIV	477	1 al 12
51	1956	LXI	376	1 al 12
65	1956	LXI	371	1 al 12
65	1969	LXXIV	544	1 al 12
70	1891	-----	-----	28 Nov.
71	1917	XXII	307	6
74	1963	LXXIII	252	1 al 12
75	1901	VII	516	22
78	1962	LXXII	33	1 al 12
89	1959	LXIV	440	1 al 12

Pág	Año	Tomo	Pág. Revista	Números
110	1919	XXIV	371	Dic.
112	1919	XXIV	371	Dic.
112	1954	LIX	380	1 al 12
112	1955	LX	390	1 al 12
112	1961	LXVI	176	1 al 12
112	1962	LXVII	202	1 al 12
112	1966	LXXI	113	1 al 12
112	1969	LXXIV	523	1 al 12
112	1969	LXXIV	527	1 al 12
116	1924	XXIX	586	6 al 12
119	1968	LXXIII	252	1 al 12
124	1964	LXIX	159	1 al 12
151	1963	LXIII	469	1 al 12
151	1963	LXIII	572	1 al 12
151	1964	LXIV	624	1 al 12
152	1965	LXV	638	1 al 12
152	1967	LXXII	246	1 al 12
161	1906	XI	488	Enero
161	1964	LXIV	560	1 al 12
161	1925	XXX	400	Dic.
166	1964	LXIV	560	1 al 12
173	1965	LXV	617	1 al 12
199	1959	LCIV	524	1 al 12
204	1908	XIII	487	20 oct.
224	1965	LXX	172	1 al 12
225	1967	LXXII	227	1 al 12
226	1970	LXXV	451	1 al 12
227	1972	LXXVII	436	1 al 12
238	1926	XXXI	118	1,2 y 3
253	1960	LXV	673	1 al 12
267	1969	LXXIV	477	1 al 12
270	1908	XIII	34	15 enero
272	1954	LIX	406	1 al 12
277	1908	XIII	351	15 de julio
279	1964	LXIX	159	1 al 12
290	1924	XXIX		1 al 12
294	1974	LXXIX	690	1 al 12

Pág.	Año	Tomo	Pág. Revista	Números
295	1974	LXXIX	696	1 al 12
295	1974	LXXIX	698	1 al 12
308	1927	XXXII	255	10 al 12
308	1931	XXXVI	50	1 al 3
309	1918	XXII	389	2
309	1920	XXV	38	1, 2 y 3
309	1908	XIII	418	10 al 12
309	1925	XXX	391	13 al 24
310	1946	LIX	454	13 al 24
310	1949	LIV	264	1 al 12
319	1939	XLIV	401	1 al 12
320	1935	XXXX	139	1 al 6
323	1934	XXIX	108	
323	1947	LII	321	1 al 12
323	1934	XXIX	108	1 al 6
323	1947	LII	321	1 al 12
324	1933	XXXVIII	198	10 al 12
324	1935	XXXX	375	7 al 12
326	1939	XLIV	547	1 al 12
327	1935	XXXX	136	1 al 6
327	1948	LIII	285	1 al 12
328	1940	XLV	374	1 al 12
328	1942	XLVII	172	1 al 36
328	1935	XXXX	149	1 al 6
329	1940	XLV	392	1 al 12
329	1942	XLVII	183	1 al 36
329	1933	XXXVIII	156	4 al 9
330	1938	XLIII	85	1 al 6
334	1970	LXXL	465	1 al 12
336	1969	LXIV	527	1 al 12
337	1920	XXV	92	1 al 3
337	1923	XXVIII	192	7 al 12
337	1926	XXXI	252	7 al 12
337	1928	XXXIII	205	4 al 6
338	1931	XXXVI	50	1 al 3
339	1930	XXXV	241 Y 244	7 al 9
351	1919	XXIV	20	11

Pág.	Año	Tomo	Pág. Revista	Números
351	1913	XVII	318	13 al 14
352	1908	XIV	54 y 57	11 Nov.
353	1919	XXIV	2 Y 23	1
355	1939	XLIV	461	1 al 12
355	1959	LXIV	531	1 al 12
358	1962	LXVII	258	1 al 12
356	1903	IX	300 Y 34	13
358	1929	XXXIV	297	7 al 12
358	1917	XXII	435	9
359	1925	XXX	45	1 al 3
360	1960	LXXV	601	1 al 12
361	1901	VII	302	13
361	1918	XVIII	1178 Y 1185	12
361	1983	LXVIII	209	1 al 12
368	1908	XIII	232	5
368	1919	XXIV	200	4 al 5
369	1929	XXXIV	392	7 al 12
369	1900	VI		15 de Mayo
369	1903	IX	122 Y 124	6
370	1917	XXII	597	12
371	1972	LXXVII	436	1 al 12
372	1959	LXIV	570	1 al 12
372	1950	LX	419	1 al 12
411	1930	XXV	241 Y 244	7 al 9
412	1939	XLIV	461	1 al 12
412	1940	XLV	419	1 al 12
413	1930	XXXV	241 Y 244	7 al 9
413	1965	LXX	190	1 al 12