

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2010
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



**LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA
PROCESAL CIVIL**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

TOBAR MOLINA, DAVID ORLANDO

DR. SAÚL ERNESTO MORALES

DOCENTE DIRECTOR DEL SEMINARIO DE GRADUACION

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ

RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS

VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES

DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS

SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO

DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DOCTOR SAÚL ERNESTO MORALES

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

DEDICATORIA

Educación, la virtud más importante que todo hombre debería poseer, y el regalo más grande que a una persona se le puede dar. Solo la educación permite a los hombres buscar la verdadera liberación, pues nos enseña, la esclavitud eterna a la ignorancia en la que hemos vivido toda nuestra vida.

La historia la han construido los hombres, por ello dedico este esfuerzo:

Al hombre que con su arduo esfuerzo y trabajo inestimable, me dio la oportunidad única en mi vida de estudiar esta carrera, mi PADRE JOSÉ DAVID TOBAR SERRANO;

Al hombre que me enseñó a ver el mundo y la vida tal cual es, sin maquillajes, sin disfraces, sin mentiras, mi Maestro de Filosofía;

A la mujer que me convenció de mi capacidad de alcanzar todas las metas que me propusiera en la vida, mi Novia;

A los Verdaderos Estudiantes;

Y a nadie más.

La locura consiste en *“hacer siempre lo mismo y esperar un resultado diferente”*. *Albert Einstein*

AGRADECIMIENTO

Únicamente es merecedor de este agradecimiento mi asesor de tesis DR. SAÚL ERNESTO MORALES, por las horas de su inestimable tiempo invertidas en la revisión literal de cada una de las paginas de este trabajo, admirando siempre, su absoluta ética profesional en el desempeño de cada una de sus responsabilidades, su magna calidad humana, y su apoyo y respeto al trabajo y las ideas de la juventud.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art: Artículo

CC: Código Civil

Pr. C.: Código de Procedimientos Civiles

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil

Cns: Constitución de la República de El Salvador

CPRES: Constitución Política de la República de El Salvador

Inc.: Inciso

LC: Ley de Casación

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil de España

LMCA: Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje

Ord: Ordinal

INDICE

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO I.....	1
MARCO HISTÓRICO DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	1
1.1 INTRODUCCIÓN.....	1
1.2 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA CASACIÓN.....	2
1.3 EL RECURSO DE CASACIÓN DURANTE EL DERECHO ROMANO.....	3
1.4 EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL DERECHO COMÚN.....	8
1.5 NACIMIENTO DE LA CASACIÓN EN LAS MONARQUÍAS ABSOLUTISTAS.....	9
1.6 EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA.....	12
1.7 ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LATINOAMERICA.....	18
1.8 DERECHO COMPARADO SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN FRANCIA Y ESPAÑA.....	18
1.9 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL SALVADOR.....	20
1.9.1 GÉNESIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA CASACIÓN.....	22
1.9.2 SUPRESIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA CASACIÓN.....	24
1.9.2.1 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886.....	24
1.9.2.2 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1939.....	28
1.9.2.3 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1945.....	30
1.9.3 RENACIMIENTO DE LA CASACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1950 Y LA SEGUNDA LEY DE CASACIÓN EN 1953.....	31
1.9.4 EL RECURSO DE CASACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1962.....	34
1.9.5 SUPRESIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CASACIÓN EN 1983.....	37
1.9.6 CODIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010.....	40
CAPITULO II.....	42

PRESUPUESTOS PROCESALES PREVIOS A LA IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN.....	42
2.1 INTRODUCCIÓN.....	42
2.2 LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	43
2.2.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	43
2.2.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES.....	44
2.2.3 DEFINICIÓN DOCTRINARIA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL	45
2.2.4 CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	46
2.2.4.1 RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS.....	48
2.2.4.2 LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS	51
2.2.5 CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL 2010.....	53
2.2.5.1 LOS DECRETOS.....	54
2.2.5.2 LOS AUTOS	55
2.2.5.3 LAS SENTENCIAS	64
2.2.6 CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	64
2.2.7 FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	66
2.2.8 RESOLUCIONES RECURRIBLES	68
2.2.9 PLAZOS PARA DICTAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	70
2.3 LOS PLAZOS PROCESALES.....	71
2.3.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS PLAZOS PROCESALES	71
2.3.2 DEFINICIÓN DE PLAZO PROCESAL.....	71
2.3.3 DISTINCIÓN ENTRE PLAZO Y TÉRMINO	72
2.3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL 2010.....	73
2.3.4.1 ATENDIENDO A SU ORIGEN.....	73
2.3.4.2 EN ATENCIÓN A LA POSIBILIDAD DE AMPLIARSE	75
2.3.4.3 EN ATENCIÓN A LA FORMA QUE EL PLAZO PRODUCE SUS EFECTOS.....	76
2.3.4.4 EN RELACIÓN A QUIENES AFECTAN.....	78
2.3.5 CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	79
2.3.5.1 INICIO DEL PLAZO	79

2.3.5.2 DÍAS Y HORAS HÁBILES.....	79
2.3.5.3 LUGAR DE LA ACTIVIDAD PROCESAL.....	80
2.3.5.4 LOS PLAZOS FIJADOS EN MESES O AÑOS.....	81
2.3.6 LOS PLAZOS EN CASO DE LITISCONSORCIO.....	82
2.3.7 LOS PLAZOS EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS.....	82
2.3.8 DISTINCIÓN ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.....	83
CAPITULO III.....	88
LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010.....	88
3.1 INTRODUCCIÓN.....	88
3.2 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.....	89
3.2.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACION.....	89
3.2.2 DISTINCIÓN ENTRE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN SENTIDO AMPLIO Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.....	90
3.2.3 RECURSOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.....	91
3.3 LOS RECURSOS.....	92
3.3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS.....	92
3.3.2 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA RECURSO.....	93
3.3.3 DEFINICIÓN DE LOS RECURSOS.....	94
3.3.4 FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS.....	96
3.3.5 FINALIDAD DE LOS RECURSOS.....	97
3.3.6 CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS.....	99
3.3.6.1 POR EL ÓRGANO COMPETENTE.....	99
3.3.6.2 POR EL ÁMBITO DEL RECURSO.....	100
3.3.6.3 POR EL CONTENIDO DEL PRONUNCIAMIENTO QUE ES OBJETO DEL RECURSO.....	101
3.3.7 EL DERECHO AL RECURSO.....	102
3.3.8 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS.....	103
3.3.8.1 PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LOS RECURSOS.....	104
3.3.8.2 PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LOS RECURSOS.....	107
3.3.9 ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.....	110
3.3.9.1 EL PLAZO PARA RECURRIR.....	111

3.3.9.2 LA FORMA DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO.....	112
3.3.10 SISTEMATIZACIÓN DE LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	114
3.4 EL RECURSO DE REVOCATORIA.....	115
3.4.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL RECURSO DE REVOCATORIA ..	115
3.4.2 TERMINOLOGÍA SOBRE EL RECURSO DE REVOCATORIA	115
3.4.3 DEFINICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.....	116
3.4.4 EL RECURSO DE REVOCATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	118
3.4.5 RESOLUCIONES RECURRIBLES MEDIANTE EL RECURSO DE REVOCATORIA	120
3.4.5.1 LOS DECRETOS.....	120
3.4.5.2 LOS AUTOS NO DEFINITIVOS	121
3.4.5.3 RESOLUCIONES IRREVOCABLES	123
3.4.6 EL AGRAVIO EN LA REVOCATORIA.....	124
3.4.7 COMPETENCIA PARA CONOCER Y DECIDIR EL RECURSO DE REVOCATORIA	126
3.4.8 LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE REVOCATORIA	127
3.4.9 PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO DE REVOCATORIA	128
3.4.10 FORMA DEL RECURSO DE REVOCATORIA	130
3.4.11 PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE REVOCATORIA.....	130
3.4.11.1 INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.....	130
3.4.11.2 PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA	131
3.4.11.3 ADMISIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA.....	131
3.4.11.4 AUDIENCIA A LA PARTE CONTRARIA.....	132
3.4.11.5 RESOLUCIÓN DEL RECURSO.....	133
3.4.12 EL RECURSO DE REVOCATORIA ORAL.....	133
CAPITULO IV	135
EL RECURSO DE APELACIÓN	135
4.1 INTRODUCCIÓN.....	135
4.2 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL RECURSO DE APELACIÓN	136
4.3 DEFINICIÓN DE LA APELACIÓN	136
4.4 CARACTERÍSTICAS DE LA APELACIÓN.....	141

4.4.1 ES UN RECURSO DEVOLUTIVO	141
4.4.2 ES UNA REVISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA	143
4.4.3 ES UN RECURSO ORDINARIO.....	144
4.4.4 ES UN RECURSO MATERIAL Y PROCESAL.....	144
4.4.5 ES UN RECURSO SUSPENSIVO	145
4.4.6 ES UN RECURSO UNIVERSAL.....	146
4.5 DISTINCIÓN ENTRE APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA	147
4.6 FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN: OBJETO DE LA APELACIÓN.....	149
4.7 LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN	154
4.7.1 LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN PRIMERA INSTANCIA	156
4.7.2 LOS AUTOS DEFINITIVOS PRONUNCIADOS EN PRIMERA INSTANCIA	158
4.7.3 LAS RESOLUCIONES QUE LA LEY SEÑALE EXPRESAMENTE	160
4.7.4 RESOLUCIONES INAPELABLES.....	161
4.8 EL AGRAVIO EN LA APELACIÓN	162
4.9 LA LEGITIMACIÓN PARA APELAR	165
4.9.1 LAS PARTES: DEMANDANTE Y DEMANDADO	166
4.9.2 QUIENES PUEDAN SUFRIR LOS EFECTOS MATERIALES DE LA COSA JUZGADA: LOS TERCEROS EXCLUYENTES.....	171
4.9.3 OTROS TIPOS ESPECIALES DE LEGITIMACIÓN PARA APELAR:	172
4.10 LA COMPETENCIA PARA CONOCER Y DECIDIR EL RECURSO DE APELACIÓN.....	175
4.11 FORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	179
4.12 EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	180
CAPITULO V (Continuación)	182
PROCEDIMIENTO DE LA APELACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010.....	182
5.1 INTRODUCCIÓN.....	182
5.2 INTERPOSICIÓN ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA O A QUO	183
5.3 COMPETENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DURANTE LA APELACIÓN.....	186
5.4 REMISIÓN DEL ESCRITO DE APELACIÓN POR EL JUEZ A QUO AL JUEZ AD QUEM.....	187

5.5 CALIFICACIÓN DE LA APELACIÓN POR EL JUEZ AD QUEM.....	188
5.6 CONVOCATORIA A AUDIENCIA Y TRASLADO DE LA APELACIÓN A LA PARTE RECURRIDA	190
5.7 ADHESIÓN A LA APELACIÓN	192
5.8 PRACTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA.....	195
5.8.1 LA PRUEBA QUE HUBIERE SIDO INDEBIDAMENTE DENEGADA EN PRIMERA INSTANCIA.	201
5.8.2 LA PRUEBA ADMITIDA EN PRIMERA INSTANCIA PERO NO PRACTICADA POR CAUSA NO IMPUTABLE AL QUE LA SOLICITA	205
5.8.3 LAS PRUEBAS SOBRE HECHOS NUEVOS ACAECIDOS CON POSTERIORIDAD O DESPUÉS DE INICIADO EL PLAZO PARA DICTAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	208
5.8.4 LA PRUEBA DOCUMENTAL DESCONOCIDA ANTERIOR A LA AUDIENCIA PROBATORIA DEL PROCESO COMÚN O A LA AUDIENCIA DEL PROCESO ABREVIADO	212
5.8.5 LA PRUEBA DOCUMENTAL INDISPONIBLE POR LA PARTE POR ALGUNA CAUSA JUSTA.....	215
5.9 FORMAS ANORMALES DE TERMINAR LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN	217
5.9.1 IMPROCEDENCIA DE LA APELACIÓN	217
5.9.2 INADMISIÓN DE LA APELACIÓN	218
5.9.3 DESISTIMIENTO DE LA APELACIÓN	221
5.9.4 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN GRADO DE APELACIÓN	222
5.10 AUDIENCIA DE APELACIÓN	223
5.11 RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	228
CAPITULO VI	234
GENERALIDADES DEL RECURSO DE CASACIÓN	234
6.1 INTRODUCCIÓN.....	234
6.2 ETIMOLOGÍA DEL TERMINO CASACIÓN.....	235
6.3 BREVES APUNTES HISTÓRICOS DEL RECURSO DE CASACIÓN	236
6.4 DEFINICIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	241
6.5 ENSAYO Y PROPUESTA DE UNA DEFINICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN NUESTRO PAÍS	245
6.6 CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	246
6.6.1 ES UN RECURSO	248

6.6.2 ES EXTRAORDINARIO	251
6.6.3 NO CONSTITUYE INSTANCIA	258
6.6.4 PRIMA SU FUNCIÓN PÚBLICA.....	261
6.6.5 SU OBJETO ES ESTRICTAMENTE JURÍDICO.....	263
6.6.6 ES DE ESTRICTO RIGOR FORMAL	268
6.7 FINALIDAD O FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN	272
6.7.1 LA DEFENSA DEL <i>IUS CONSTITUTIONIS</i> : Función Pública del Recurso de Casación	272
6.7.1.1 FUNCIÓN PROTECTORA DE LA NORMA JURÍDICA: Función <i>Nomofilactica</i>	274
6.7.1.2 FUNCIÓN UNIFORMADORA DE LA JURISPRUDENCIA	277
CAPITULO VII (Continuación)	283
GENERALIDADES DEL RECURSO DE CASACION	283
7.1 INTRODUCCIÓN.....	283
7.2 LA DEFENSA DEL IUS LIGATORIS: FUNCIÓN DIKELÓGICA	284
7.3 CRITERIO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN NUESTRO PAÍS SOBRE LOS FINES DE LA CASACIÓN	289
7.4 NUESTRO CRITERIO SOBRE LAS FUNCIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN: DEPENDENCIA Y RESULTADO	295
7.5 LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES MEDIANTE EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL	297
7.6 RESOLUCIONES IRRECURRIBLES EN CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL.....	307
7.6.1. POR LA CLASE DE RESOLUCIÓN	308
7.6.2 POR EL GRADO EN QUE LA RESOLUCIÓN ES PRONUNCIADA	309
7.6.3 POR EL TIPO DE PROCESO EN QUE LA RESOLUCIÓN ES PRONUNCIADA	310
7.6.4 POR SER PRONUNCIADA LA RESOLUCIÓN EN DILIGENCIAS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.....	313
7.7 EL AGRAVIO EN CASACIÓN	314
7.8 LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR EN CASACIÓN.....	321
7.9 LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE CASACIÓN.....	323
7.10 EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	324
7.11 LA FORMA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	328
CAPITULO VIII	333

FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PROCESAL CIVIL	333
8.1 INTRODUCCIÓN.....	333
8.2 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DE LA CASACIÓN EN NUESTRO PAÍS.....	334
8.3 DEFINICIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN....	335
8.4 REQUISITOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN ..	337
8.4.1 REQUISITOS EXTERNOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.....	337
8.4.2 REQUISITOS INTERNOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: ESTUDIO DE LA TÉCNICA DE CASACIÓN	339
8.5 LA IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE SE IMPUGNA.....	345
8.6 LOS MOTIVOS GENÉRICOS DE CASACIÓN: separación en el escrito de interposición, entre la casación por motivos de forma y la casación por motivos de fondo	348
8.7 MOTIVOS DE FORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: Identificación de los Motivos Específicos	353
8.7.1 ABUSO, EXCESO O DEFECTO DE JURISDICCIÓN	357
8.7.2 FALTA DE COMPETENCIA	362
8.7.3 INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO.....	369
8.7.4 FALTA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE, DE ACTUACIÓN PROCESAL Y DE POSTULACIÓN.....	373
8.7.5 CADUCIDAD DE LA PRETENSIÓN	378
8.7.6 LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA.....	384
CAPITULO IX (Continuación).....	395
FORMALIZACION DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	395
9.1 MOTIVOS DE FORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: identificación de los motivos específicos	395
9.1.1 SUMISIÓN AL ARBITRAJE Y EL PENDIENTE COMPROMISO	395
9.1.2 RENUNCIA, DESISTIMIENTO, ALLANAMIENTO, Y TRANSACCIÓN SI EL OBJETO NO FUERE DISPONIBLE O SE HICIERE EN CONTRAVENCIÓN AL INTERÉS PUBLICO.	400
9.1.3 FALTA DE EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR LA DEMANDA.....	401
9.1.4 DENEGACIÓN DE PRUEBA LEGALMENTE ADMISIBLE	404
9.1.5 NO HABERSE PRACTICADO UN MEDIO PROBATORIO ADMITIDO EN LA INSTANCIA.....	406

9.1.6 POR HABERSE DECLARADO INDEBIDAMENTE LA IMPROCEDENCIA DE UNA APELACIÓN.....	408
9.1.8 POR INFRACCIÓN DE REQUISITOS INTERNOS Y EXTERNOS DE LA SENTENCIA.....	413
9.2 MOTIVOS DE FONDO DEL RECURSO DE CASACIÓN: identificación de los motivos específicos	414
9.2.1 INFRACCIÓN DE LEY	417
9.2.2 INFRACCIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL	434
9.3 LA MENCIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS.....	437
CAPITULO X	449
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	449
10.1 CONCLUSIONES.....	449
10.2 RECOMENDACIONES	451
BIBLIOGRAFÍA.....	453
ANEXOS	464

INTRODUCCIÓN

El problema práctico, que el Recurso de Casación plantea a todo jurista, es su correcta Formalización. En este orden de ideas, el objeto principal de esta investigación es la Formalización del Recurso de Casación. Siendo esta la respuesta, que corresponde a la interrogante, sobre cual es la causa determinante de la estimación o desestimación del Recurso de Casación en nuestro país. Por el carácter sistemático del conocimiento científico, previamente a introducirnos en el tema de la Formalización del Recurso de Casación, debemos construir una base Doctrinaria, Jurisprudencial y Legal, sobre los presupuestos procesales previos a la impugnación en Casación. Naturalmente, el primer tópico que ineludiblemente debe abordarse en este estudio, es la evolución histórica del Recurso de Casación, tanto a nivel extranjero, como a nivel nacional, dicho estudio del recurso de casación comprende, desde su nacimiento en las monarquías absolutistas de gobierno que imperaban antes de la Revolución Francesa, el proceso de adaptación de la casación a las ideas del liberalismo político surgido en la Revolución Francesa, como mecanismo destinado a proteger las normas jurídicas, creadas por el poder legislativo, de las posibles transgresiones de los juzgadores, su nacimiento en nuestro país en la Constitución Política de 1883, el periodo de supresión del Recurso de Casación, desde la emisión de la Constitución Política de 1886, hasta la emisión de la Constitución de 1950, y su evolución desde entonces, hasta la emisión del Código Procesal Civil y Mercantil.

Asimismo es imprescindible, un estudio sobre los Presupuestos Procesales previos a la Impugnación en Casación, en esta parte de la investigación se hace un estudio doctrinario, jurisprudencial y legal sobre las resoluciones judiciales y los plazos procesales. En el estudio de las resoluciones judiciales

destaca principalmente su clasificación y su forma de adopción en la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, pues, por la configuración legal de todo recurso, incluido el recurso de casación, este no procede de manera abierta o ilimitada contra cualquier resolución, sino contra un determinado tipo de resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso que la ley determina con antelación. Los plazos procesales, nos interesan fundamentalmente, como fenómeno regulador dentro del cual debe de realizarse válidamente la actividad impugnativa, por ello es importante establecer en este estudio su clasificación, las consecuencias de interponer un recurso fuera del tiempo previsto en la ley, es decir, extemporáneo, y los momentos procesales oportunos para deducir cada recurso.

El capítulo cuatro y cinco, destacan principalmente, porque en ellos se hace un estudio Doctrinario, Jurisprudencial y Legal sobre el Recurso de Apelación. El recurso de apelación se configura para nuestro estudio, en un marco delimitador, subjetiva y objetivamente, en la impugnación de las resoluciones judiciales mediante el Recurso de Casación. Subjetivamente, todo error, sea de fondo o de forma, debe de haberse cometido por el tribunal de apelación. Objetivamente, este error únicamente puede haberse cometido en la sustanciación y decisión del Recurso de Apelación. Así, el capítulo cuatro, comprende principalmente, un estudio del objeto del Recurso de Apelación, que es una revisión total de lo sucedido en primera instancia o *revisio prioris instantiae*. Además se analizan los presupuestos de procedencia y admisibilidad del recurso de apelación en la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil. Sin dejar de lado en nuestro capítulo cinco el estudio del procedimiento de la apelación en el Código Procesal Civil y Mercantil, desde su presentación ante el mismo órgano que pronuncio la resolución sujeta apelación, los supuestos excepcionales de prueba en grado de apelación que autoriza el Código Procesal Civil y Mercantil, y la resolución

del recurso de apelación. Temas todos estos, imprescindibles, antes de entrar a hablar sobre la Formalización del Recurso de Casación.

En un nivel mas intenso de nuestro estudio, nos corresponde, analizar las Generalidades del Recurso de Casación. En esta parte de esta investigación, se exponen, fundamentalmente, las características principales atribuidas por la doctrina y la jurisprudencia al Recurso de Casación, asimismo se expone al lector el polémico tema de las funciones que la doctrina y la jurisprudencia le ha venido atribuyendo históricamente al recurso de casación, según si la casación tenga por objeto la protección de la norma jurídica, la unificación del criterio de interpretación de las normas jurídicas o la defensa de los derechos subjetivos de los litigantes. El criterio jurisprudencial y legal sobre los fines del recurso de casación. Así como nuestro criterio sobre los fines a los que debe servir la instauración de este recurso en nuestro país. Asimismo en este punto se abordan los presupuestos de procedencia y admisibilidad del Recurso de Casación.

Ya en el clímax de esta investigación, nos corresponde analizar, los elementos esenciales de la Formalización del Recurso de Casación, es decir, un estudio sobre los elementos básicos y esenciales a que debe ajustarse el escrito de Formalización del Recurso de Casación, de acuerdo a la normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, como son, la identificación de la resolución que se impugna, la separación en el escrito de interposición del tipo de casación que se deduce, según si el recurso tenga como fundamento un motivo de forma o de fondo, la identificación de cada uno de los motivos específicos de forma o de fondo en que puede fundamentarse el recurso de casación, así como la mención de las normas jurídicas susceptibles de ser alegadas como infringidas en casación. Finalmente se dejan planteadas nuestras conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO DEL RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO: 1.1 Introducción; 1.2 Etimología de la palabra Casación; 1.3 El Recurso de Casación durante el Derecho Romano; 1.4 El Recurso de Casación en el Derecho Común; 1.5 Nacimiento de la Casación en las Monarquías Absolutistas; 1.6 El Recurso de Casación en la Revolución Francesa; 1.7 Origen del Recurso de Casación en Latinoamérica; 1.8 Derecho Comparado sobre el Recurso de Casación en Francia y España; 1.9 Evolución Histórica del Recurso de Casación en El Salvador; 1.9.1 Génesis Constitucional y Legal de la Casación; 1.9.2 Supresión Constitucional y Legal de la Casación; 1.9.2.1 Durante el Periodo de Vigencia de la Constitución de 1886; 1.9.2.2 Durante el Periodo de Vigencia de la Constitución de 1939; 1.9.2.3 Durante el Periodo de Vigencia de la Constitución de 1945; 1.9.3 Renacimiento de la Casación en la Constitución de 1950 y la Segunda Ley de Casación en 1953; 1.9.4 El Recurso de Casación durante la Vigencia de la Constitución de 1962; 1.9.5 Supresión Constitucional de la Casación en 1983; 1.9.6 Codificación en el Código Procesal Civil y Mercantil de 2010.

1.1 INTRODUCCIÓN

Para hablar del tema de la Historia del Recurso de Casación, debemos partir de la idea, de que este magno instituto del Derecho Procesal, destinado a impugnar las resoluciones judiciales, no ha existido siempre, y que, aun después de su nacimiento, se ha ido configurando y desarrollando de diversas formas y características, que han condicionado su estudio y revisión principalmente a dos aspectos, el primero, esta referido al momento de la historia humana¹ en el que lo ubiquemos, y el segundo, por el lugar² en el que este se hubiera desarrollado. Iniciaremos para ello, realizando un

¹ Nos referimos a las grandes fases de evolución de desarrollo de la humanidad como son: el periodo Romano, el periodo de la Edad Media y el periodo de la Edad Moderna.

² Nos referimos a los diversos ámbitos espaciales o geográficos en que tuvo lugar el nacimiento de la casación.

estudio de los diversos medios de impugnación que existieron en el Derecho Romano; después haremos una revisión de la evolución de estos recursos luego de la caída del Imperio Romano con el advenimiento del Derecho Común; posteriormente, como antecedentes más próximos del recurso de casación, ubicaremos nuestro estudio y análisis en el régimen monárquico anterior a la Revolución Francesa; a continuación centraremos nuestra atención en la casación después de la Revolución Francesa; determinaremos el origen de la casación en Latinoamérica y la evolución Histórica de este recurso en El Salvador.

1.2 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA CASACIÓN

Para iniciar nuestro estudio histórico del recurso de casación, consideramos básico, como punto de partida, establecer una definición etimológica de la palabra, que nos permita aproximarnos a un entendimiento sobre la acción y el efecto de la casación, así, según Mario Casarino Viterbo *“La noción etimológica de la palabra “casación” la encontramos en el verbo latino “cassare”, que significa “quebrar”, “anular”, “destruir”, etc.; y en sentido figurado, equivale a “derogar”, “abrogar”, “deshacer”, etc. En un sentido restringido, y de acuerdo a los usos forenses, “casar” significa “anular”, “invalidar”, “dejar sin efecto”, etc.³”*. De lo anterior podemos inferir, si la palabra casación significa anular o invalidar, corresponde en este estudio histórico del recurso de casación responder las siguientes preguntas: ¿En que momento se empieza a anular? ¿Qué es lo que se anula? ¿Porque se anula? ¿Quién tiene la facultad de anular? ¿Los actos o decisiones de quien se anulan? La respuesta a todas estas preguntas no es unánime, ni

³ CASARINO VITERBO, Mario. Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Quinta edición. Editado en Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Pág. 287.

absoluta, lo que significa, que la respuesta correcta a esta pregunta, solo responderá a un momento histórico y a un lugar determinado.

1.3 EL RECURSO DE CASACIÓN DURANTE EL DERECHO ROMANO

La primera pregunta que cualquier persona haría, al plantearle el tema referente a la historia del recurso de casación, sería: ¿existió el recurso de casación en el derecho romano, tal y como lo conocemos en la actualidad?, para responder, de manera acertada a esta pregunta, dividiremos este primer estudio histórico del recurso de casación, en las diversas fases de evolución del Derecho Romano, nos referimos concretamente, a dos de los tres periodos históricos del Derecho Romano, como son: el periodo de la República Romana y el periodo del Imperio Romano.

Inicialmente, en el periodo de la República Romana⁴, debemos partir de la inexistencia de medios destinados a impugnar las resoluciones judiciales, previéndose únicamente el ejercicio de una acción de nulidad o inexistencia en contra de la sentencia, debido a que según Manuel de la Plaza *“era extraña a la mentalidad romana la idea de que la sentencia nace en estado de pendencia y no adquiere fuerza ni vigor ejecutorios sino a través del ejercicio de un recurso, quede o no en potencia”*,⁵ lo que significa, un desconocimiento en esta época, de lo que hoy conocemos como la ineficacia provisional de la sentencia, según la cual, después de emitida la resolución por el juzgador, se abre un periodo de tiempo en el cual la resolución o sentencia esta sujeta a impugnación, por medio de los recursos que las partes puedan aducir en contra de esta, que impiden la ejecución o

⁴ El segundo gran periodo de la historia de Roma, que se define por el régimen republicano que la gobierna desde que en el 510 a.C. puso fin a la monarquía hasta que en el 27 a.C. da comienzo el régimen imperial. Tomado de la Enciclopedia Microsoft Student con Encarta Premium 2009.

⁵ DE LA PLAZA, Manuel. *La Casación Civil*. Primera edición. España, 1944. Pág. 46.

cumplimiento efectivo de la misma, lo que llevaba en este periodo de la República Romana, a la ejecución inmediata de la sentencia después de pronunciada, pues, no existían medios destinados a impugnarla.

Esta acción de nulidad, evolucionó según este mismo autor, en dos etapas: *“primero, la declaración de inexistencia o nulidad, se engendraba en la infracción de normas formales y, por tanto, con abstracción del juicio que sobre el fondo, como ahora diríamos, pronunciaba el juez (falta de presupuestos procesales, interrupción de la relación procesal válidamente constituida, exceso de poder, desviación de las normas procesales a que el juez debe atenerse). Mas tarde, se admitió la posibilidad de invalidar la sentencia, repetimos que sin construir aun el recurso, por errores en el juicio;”*⁶. Aunque sin constituir un recurso, en esencia, es aquí donde encontramos el primer antecedente remoto de la anulación, si bien como una acción autónoma, y no como recurso, que permite a la parte declarar la nulidad o inexistencia de la sentencia, mediante un nuevo proceso, pues esta acción de nulidad, no se ejercitaba en un proceso pendiente.

Encontramos además, como aspecto importante y trascendental para nuestro estudio, y para el estudio de cualquier recurso, una división entre los vicios de la sentencia susceptibles de ser atacados mediante esta acción de nulidad, según sea por infracción de normas procesales, o por errores en el juicio de la sentencia, cuya distinción de la lengua latina romana, llegara hasta nuestros días, como errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, que constituyen, por excelencia, el dúo de motivos en que puede fundamentarse la impugnación de las resoluciones judiciales. No obstante todo ello, debemos ser objetivos en nuestro análisis, y establecer la siguiente afirmación: la inexistencia de medios destinados a impugnar las resoluciones judiciales en la época de la República Romana, hace imposible ubicar el

⁶ DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 46.

nacimiento de cualquier recurso, incluido el nacimiento del recurso de casación.

Posteriormente, de un análisis de los institutos procesales que existieron en el periodo del Imperio Romano⁷, podemos decir, que si bien, ninguno de estos institutos puede asimilarse a la naturaleza y finalidad del recurso de casación, si existieron institutos procesales destinados a impugnar las resoluciones judiciales; en principio, encontramos la aparición de un instituto procesal que ya podemos calificarlo como recurso, la nulidad de la sentencia, que según Kohler citado por Manuel de la Plaza *“ha observado que la extensión del concepto de nulidad a las sentencias que violen el jus constitutionis, fue una medida política sugerida a los emperadores por la necesidad de hacer prevalecer la legislación central sobre los derechos locales, que trataban de afirmarse en los confines mas remotos del Imperio Romano;”*⁸. Surge así, el fundamento político de la anulación de las sentencias, hoy si como recurso de anulación, para la defensa de las normas fundamentales del Imperio, las del *ius constitutionis*, cuya supremacía sobre las normas locales, tenían por objeto la expansión y centralización del poderío del imperio, por encima de las disgregaciones locales.

Luego, siempre en el periodo del Imperio, encontramos la existencia de un verdadero recurso ordinario, que se va a imponer hasta nuestros días, la *appellatio* o apelación, que tenía lugar en contra de la sentencia que resolvía el recurso de nulidad, la *appellatio* o apelación, era según Marcos Loredó Colunga *“un recurso,... que permite a las partes acudir al órgano superior para que revise íntegramente el asunto por la vía ordinaria de la impugnación*

⁷ Tercer Periodo de la historia de Roma caracterizado por un régimen político dominado por un emperador, que comprende desde el momento en que Octavio recibió el título de augustus (27 a.C.) hasta la disolución del Imperio romano de Occidente (476 d.C.). **Tomado de la Enciclopedia Microsoft Student con Encarta Premium 2009.**

⁸ DE LA PLAZA, Manuel. *Op cit.* Pág. 47.

con carácter devolutivo^{9, 10}; si bien, se configura la existencia de un recurso ordinario, observamos, según la definición anterior, que mediante la apelación se efectuaba una revisión total del proceso, no limitándose la impugnación, a los vicios denunciados por el recurrente, pues, se efectuaba una revisión íntegra del proceso, sin hacer distinción entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*.

Finalmente, en el periodo del Imperio, se configura además, un medio de impugnación extraordinario, dirigido en contra de la sentencia que resolvía la apelación, la *supplicatio* o suplica, que era según este mismo autor *“una vía extraordinaria de impugnación, ... que se dirigía frente a las resoluciones dictadas en apelación pero como concesión graciosa”*¹¹... aunado a todo ello, hay que agregar, que se mantiene en la época del Imperio, la distinción entre vicios de la sentencia contrarios al *ius constitutionis*, y vicios de la sentencia contrarios al *ius ligatoris*, que de acuerdo con Enrique Vescovi constituyen *“algunas de las ideas básicas de la casación, tales como la posibilidad de impugnar –en cualquier tiempo- las sentencias en los casos de grave injusticia y cuando se tratare de la violación de las normas fundamentales del Derecho (las de ius constitutionis, opuesto al ius ligatoris, distinción de la época del imperio). Aparece, entonces, cuando existe un peligro de carácter constitucional (político) por encima de la controversia inter partes”*¹². Encontramos acá, lo que será la finalidad posterior del recurso de casación,

⁹ LOREDO COLUNGA, Marcos. *La Casación Civil*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2004. Pág. 58 y 59.

¹⁰ Nos referimos a la clasificación de los recursos que los divide en devolutivos y no devolutivos, en atención al órgano competente para su conocimiento y decisión, siendo los primeros, aquellos cuyo conocimiento y decisión es competencia de un órgano distinto y superior al que pronunció la resolución objeto de impugnación, por ejemplo: el recurso de apelación y el recurso de casación, y los segundos, aquellos cuyo conocimiento y decisión es competencia del mismo órgano que pronunció la resolución objeto de impugnación, por ejemplo: el recurso de revocatoria.

¹¹ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit.* Pág. 59.

¹² VESCOVI, Enrique. *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*. Segunda edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1988. Pág. 229.

como es, la defensa del derecho objetivo, es decir, la legalidad de las resoluciones judiciales, ya que la impugnación en esta época estaba destinada en contra de las sentencias que violaban las normas fundamentales del Imperio.

Sin ánimo de hacer una interpretación extensiva o arbitraria de estos medios de impugnación, que existieron en el derecho vigente durante el Imperio Romano, algunas conclusiones básicas e importantes podemos extraer de estos institutos procesales, que contribuyeron a la posterior configuración del recurso de casación, en principio, notamos en el periodo del Imperio Romano, un verdadero sistema de recursos destinado a impugnar las resoluciones judiciales, que introduce al mismo tiempo una clasificación de los recursos, al dividirlos en ordinarios, a la nulidad y a la apelación, y en extraordinarios, a la suplica; el establecimiento de este sistema de recursos, creaba el estado de pendencia de la sentencia, facultando a las partes para aducir los recursos establecidos en contra de las sentencias; observamos además, en esta época un claro interés público en la impugnación por encima del interés de las partes, pues solo se prevé la impugnación de las sentencias que contenían vicios contrarios al *ius constitutionis*, es decir, contra las normas fundamentales del ordenamiento jurídico del imperio, debido a que, la procedencia de la impugnación es limitada a ciertos vicios de la sentencia, y no cualquiera de ellos era susceptible de impugnación; además se configura ya en esta época un verdadero recurso ordinario, la apelación, que posteriormente será el presupuesto de procedencia para la impugnación mediante el recurso de casación, encontramos además la existencia de un recurso extraordinario¹³, la suplica, de esta manera se introduce ya la distinción entre un recurso ordinario (la apelación) y un recurso extraordinario (la suplica); se establece además, el carácter

¹³ Los recursos extraordinarios son aquellos que proceden contra determinadas resoluciones y por los motivos taxativamente previstos en la ley.

devolutivo de los recursos, cuando el conocimiento y decisión del recurso es competencia de un órgano distinto y superior al que pronunció la resolución objeto de impugnación, estos son los primeros indicios del recurso de casación, empero, sería un error de nuestra parte, equipararlo con la verdadera esencia y finalidad del recurso de casación.

1.4 EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL DERECHO COMÚN

Habiendo establecido, la verdadera existencia de institutos procesales destinados a impugnar las resoluciones judiciales, en el periodo del Imperio Romano, pasaremos, a realizar una revisión de la evolución de estos recursos luego de la caída del Imperio, y el avenimiento del Derecho Común en la baja Edad Media, el cual es una combinación del Derecho Romano, del Derecho Canónico y del Derecho Feudal o Intermedio, nos encontramos en esta época, con la existencia de evolucionados institutos procesales encaminados a impugnar las resoluciones judiciales, destacando para nuestro estudio, principalmente la *querella nullitatis insanabilis* o queja de nulidad insubsanable, que según Colunga “era un verdadero medio extraordinario de impugnación. Esta ultima se presenta como un remedio extraordinario, aplicable en defecto de cualquier otro medio de impugnación y dirigido frente a sentencias en las que se ha producido un defecto procesal, abuso o exceso de poder, contradicción con lo ya juzgado o para asegurar la observancia de la ley y, en todo caso, dando prioridad a los intereses públicos sobre los privativos de las partes, en cuanto cumple una función esencialmente nomofilactica”¹⁴. Observamos, que este medio de impugnación, mantiene la distinción del derecho romano, entre errores *in iudicando* y errores *in procedendo*, pues este recurso procedía contra determinados vicios de la resolución, y no cualquiera de ellos era susceptible

¹⁴ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit.* Pág. 61.

de ser impugnado mediante la *querella nullitatis*, configurándose con ello, la procedencia limitada del recurso, a ciertos vicios de la sentencia. A esto hay que agregarle el elemento introducido por el derecho canónico, que según Enrique Vescovi era “*la necesidad de que ese vicio o esa violación fuera manifiesto (“notorius”, “manifestus”, “expresus”), dando lugar a la querella nullitatis. Porque, se decía, la notoria injusticia y la nulidad aparecen hermandadas (notoria injustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur)*”¹⁵. En conclusión, lo importante de esta época, en que tuvo vigencia el derecho común, en relación a nuestro estudio es el surgimiento de un nuevo recurso extraordinario, la *querella nullitatis insanabilis*, mas próximo al recurso de casación, debido a las siguientes razones: uno, el carácter último y extraordinario de este recurso; dos, la procedencia limitada del recurso a ciertos vicios de forma de la sentencia; tres, el interés público en la impugnación de la sentencia; y por último, el fundamento político en la impugnación mediante este recurso de queja de nulidad insubsanable;

1.5 NACIMIENTO DE LA CASACIÓN EN LAS MONARQUÍAS ABSOLUTISTAS

En las monarquías existentes anteriores a la Revolución Francesa, será, el momento histórico, en el que tendrá lugar el nacimiento del recurso de casación, siendo, esta forma absolutista de gobierno, la que determinara y heredara los aspectos principales del recurso de casación. Los factores históricos de la época, que determinaron el nacimiento del recurso de casación, fueron, según Marcos Loredó Colunga, debido a que “*la appellatio, se va imponiendo progresivamente: el conocimiento será en un primer momento competencia del rey asistido por su Consejo y, posteriormente y*

¹⁵ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 230.

ante el elevado numero de recursos, se atribuyo a unos órganos específicos creados al efecto, los Parlements, Parlamentos, inicial sección especializada del Conseil du roí, consejo del rey, que se acaban convirtiendo en la Corte de Apelaciones por excelencia, las llamadas Cortes Soberanas... el aumento de Poder de los Parlamentos, que van acumulando funciones y ganando autonomía como órganos jurisdiccionales que administraban justicia en nombre del rey en los territorios del monarca, será el factor determinante del origen de la casación como derecho real a revocar, casar o anular las resoluciones emanadas en ultima instancia de esos órganos cuando las considere contrarias a las ordenanzas reales, a las normas por el dictadas”¹⁶.

He aquí entonces, los factores históricos de la época, que determinaron el nacimiento del recurso de casación: la lucha en la administración de justicia entre el monarca y los parlamentos, de ahí entonces los caracteres esenciales de la configuración del recurso de casación: primero, un fundamento esencialmente político, la defensa de la autoridad de las normas creadas por el monarca; segundo, el fin centralizador en la administración de justicia, ejercida directamente por el Rey y su Consejo; tercero, la facultad única y exclusiva del monarca de casar o anular las resoluciones pronunciadas por los parlamentos contrarias a las normas por el dictadas.

Es aquí, el momento determinante del nacimiento del recurso de casación, como facultad del monarca de casar, anular o revocar las resoluciones pronunciadas por los parlamentos cuando eran contrarias a las ordenanzas por el dictadas, en un principio, esta será una facultad ejercida directamente por el Rey y su Consejo, pero posteriormente, y ante el elevado numero de casos, se creo el *Conseil des Parties* o Consejo de las Partes, que era una división del *Conseil du Roí* o Consejo del Rey, encargado de anular las resoluciones de las Cortes de Apelaciones o Parlamentos que eran

¹⁶ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit.* Pág. 64.

contrarias a la voluntad y ordenanzas del monarca, *“de ahí que en 1578 – según el mismo Colunga- se cree una sección especializada dentro del mismo que se encargaba de conocer de los recursos de casación, el Conseil des parties, el Consejo de las partes,... será el antecedente del Tribunal de Cassation, Tribunal de Casación, fruto de la revolución”*¹⁷, y el ejercicio de la demanda en casación, según Enrique Vescovi *“se disciplina por un reglamento de 1738, como medio de impugnación”*¹⁸. Si bien debemos admitir, que el recurso de casación tuvo su nacimiento en las monarquías absolutistas, que imperaron antes de la revolución francesa, debemos advertir, las características y limitaciones principales de esta casación, uno, la naturaleza política de este órgano encargado de conocer del recurso de casación, el Consejo de las Partes; dos, la defensa de la ley, no como expresión de la voluntad general, sino como la voluntad individual del monarca; tres, la casación o anulación de las resoluciones pronunciadas por los parlamentos contrarias a las ordenanzas del monarca, no para mantener la separación de poderes, sino con un fin totalmente contrario, mantener la concentración de poderes del monarca, y la autoridad de este, sobre las resoluciones de los parlamentos en la administración de justicia. Será esta naturaleza política en la administración de justicia, la concentración de poderes por parte del monarca, y el concepto arbitrario de la ley en las monarquías, las causas determinantes del surgimiento del nuevo Régimen Liberal, instaurado por los Reformadores de la Revolución Francesa, y el fin del régimen monárquico absolutista, no así, de la casación.

¹⁷ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit.* Pág. 67

¹⁸ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 231.

1.6 EL RECURSO DE CASACIÓN EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Es menester reconocer, que la técnica casacional tuvo su nacimiento en el régimen monárquico anterior a la revolución francesa, y que este mecanismo, lo retomó la Revolución Francesa, inspirado y adaptado a las nuevas ideas filosóficas de la Ley y del principio de la División de Poderes. Con lo cual queremos decir y dejar por establecido, que la configuración moderna del recurso de casación es el resultado de factores históricos y de factores filosóficos¹⁹. En relación a este último factor, que determinó la configuración moderna del recurso de casación, es importante destacar, el nuevo concepto que de la Ley se introduce después de la Revolución Francesa, según la cual, esta es la voluntad soberana y general del pueblo y no la voluntad tirana, individual y arbitraria del monarca, entonces, lo que se defiende mediante el recurso de casación, es, esa voluntad soberana y general del pueblo; y un segundo postulado filosófico, que determinó la configuración del recurso de casación, fue, el estricto respeto al principio de la división de poderes, según el cual, el único órgano facultado para crear normas jurídicas generales y abstractas de obligatorio cumplimiento, era el poder legislativo, quedando entonces, expresamente prohibido a los juzgadores, inmiscuirse, mediante la interpretación de las normas jurídicas, en la función del poder legislativo, al aplicar las normas jurídicas a los casos concretos.

Este postulado filosófico de la división de poderes, fue inspirado, en las ideas de Montesquieu, quien sostenía *“en cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de*

¹⁹ Así lo ha sostenido Piero Calamandrei en la página 15 de su majestuosa obra *La Casación Civil*, Enrique Vescovi en su obra *sobre Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Marcos Loredó Colunga en la página 69 de su obra denominada *La Casación Civil*, entre otros.

gentes, y el poder judicial de las cosas que dependen del derecho civil”²⁰, asignándole a cada poder, funciones principales, que se excluyen mutuamente, así, “en virtud del primero (poder legislativo) el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, (el poder ejecutivo) hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, (el poder judicial) castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares”²¹. Tanto los reformadores, como Montesquieu, vieron con recelo el ejercicio del poder judicial, pues para Montesquieu “no hay libertad si el poder de juzgar no esta bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no esta separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no esta separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”²². Este era el postulado filosófico, que en la mente de los reformadores, debía mantener incólume la casación: la división de poderes, como garantía de la libertad ciudadana ante las arbitrariedades de los juzgadores al interpretar las normas jurídicas.

A este postulado filosófico de la división de poderes, según el cual, el único poder facultado, para crear normas jurídicas generales y de obligatorio cumplimiento, es el poder legislativo, hay que sumarle el nuevo concepto de Ley introducido por Rousseau, para quien: “la voluntad general –es la que puede únicamente dirigir las fuerzas del Estado de acuerdo con los fines de su institución, que es el bien común... -y- ... la voluntad es general, o no lo es; la declaración de esta voluntad constituye un acto de soberanía y es

²⁰ MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondat, Barón de la Brede y de. *Del Espíritu de las Leyes*. Segunda edición. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador, 2005. Pág. 110.

²¹ *Ibidem*. Pág. 110.

²² *Ibidem*. Pág. 110

ley²³, - porque- *“cuando todo el pueblo estatuye sobre si mismo, no se considera mas que a si propio y se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin ninguna división. La materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye. A esto le llamo ley”*²⁴. Aceptada esta idea, Rousseau sostiene *“es superfluo preguntar a quienes corresponde hacer las leyes, puesto que ellas son actos que emanan de la voluntad general, ni el príncipe esta por encima de ellas, toda vez que es miembro del Estado; ni la ley puede ser injusta, puesto que nadie lo es consigo mismo...las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes debe ser su autor”*²⁵. Junto con el postulado, de que la Ley es expresión de la voluntad general del pueblo, también Rousseau considera que *“desde cualquier punto de vista que se examine la cuestión, llegamos siempre a la misma conclusión, a saber: que el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos se obligan bajo las mismas condiciones y todos gozan de idénticos derechos”*²⁶. Siendo la Ley, expresión de la voluntad general del pueblo, cuya elaboración correspondía únicamente al poder legislativo, era necesario, que los conflictos sometidos a conocimiento del poder judicial, se decidieran conforme a esta, para evitar que los juzgadores al interpretar las normas jurídicas emanaran disposiciones de carácter general, violentando de esta manera la voluntad del pueblo que es la ley, y la elaboración exclusiva de esta, por el poder legislativo, cuya doble defensa tenía por objeto garantizar la casación.

Estos son, los postulados filosófico políticos, en que se inspiraron los reformadores de la Revolución Francesa, que se concretaron en la

²³ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Tercera edición. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador, 2005. Pág. 31 y 33.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 44.

²⁵ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Op Cit*. Pág. 45

²⁶ *Ibíd.* Pág. 39.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al disponer esta declaración: sobre el principio de la división de poderes: artículo 16: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*; el nuevo concepto de Ley, y la igualdad de los hombres ante la misma: artículo 6: *“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”*; y el artículo 1: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”*. Era necesario, que estos postulados filosóficos, no quedaran en letra muerta, y que se mantuviera vigente en la práctica, la separación de poderes, la legalidad en la administración de justicia por los juzgadores, y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, siendo de justicia reconocer, que la casación se configuró, por excelencia, en el medio destinado a mantener vigentes estos postulados filosófico políticos.

El medio para defender la ley y mantener incólume el principio de la división de poderes, fue, según Calamandrei, *“la anulación (...) de las sentencias de los jueces que hubieran sido pronunciadas con desprecio del principio de la separación de poderes. Como, no obstante las rigurosas prohibiciones incluidas en textos de derecho positivo y no obstante la facultad del referé²⁷ con la que se trataba de garantizar que tales prohibiciones pudieran ser observadas en la práctica, se podía pensar que algún juez intentaría también*

²⁷ Era un medio preventivo en virtud del cual se les daba a los jueces permiso de dirigirse para aclaraciones al cuerpo legislativo: referé legislatif facultativo, en contraposición al referé obligatorio que era el medio represivo para anular las sentencias de los jueces que hubieran sido pronunciadas en violación al principio de la división de poderes: la casación.

bajo el nuevo régimen emanar en forma de sentencias disposiciones de carácter general, o, caso mas frecuente, que pronunciara sentencias contrarias a la ley o basadas sobre interpretaciones mas o menos arbitrarias de la misma ley, era necesario conseguir que tales actos del juez, contrarios al principio de la separación de los poderes, no pudieran tener validez jurídica alguna. Se pensó, pues, en garantizar el medio para invalidar estos actos del juez en interés del legislador; y se reconoció, a tal fin, en el Estado, el poder de casar las sentencias que contuvieran una contravención al principio de la división de poderes. Para ejercer este poder Estatal de casación, se pensó en instituir un órgano a propósito,..., el Tribunal de Cassation²⁸. Este era un órgano adscrito al poder legislativo, era el que tenia la facultad de anular o casar las resoluciones de los tribunales inferiores, dictados, en contravención a la Ley y al principio de la división de poderes, el cual fue creado según Lino Enrique Palacio “por las leyes del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790”²⁹.

Al respecto de la naturaleza de este tribunal de casación, creado por los Reformadores Franceses, es importante señalar, como bien lo ha destacado Marcos Loredo Colunga: *“con todo, vemos que el órgano de casación se define como tribunal y que se compone por jueces, pero en puridad no es un órgano jurisdiccional, pues no estaba en la mente de los constituyentes la creación de un tribunal supremo como vértice de la organización judicial”*³⁰. En relación al carácter político originario del Tribunal de Casación, Enrique Vescovi a señalado *“que esto evoluciona prontamente; de órgano político (adscrito al órgano legislativo) pasa a ser jurisdiccional; el simple control del texto legal se amplía a la interpretación de la ley (es decir, se invoca también*

²⁸ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1945. Pág. 48 y 49.

²⁹ PALACIO, Lino Enrique. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998. Pág. 74.

³⁰ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit*. Pág. 74.

*el espíritu), para finalizar con un control general de la actividad in iudicando (mas tarde, también, de la in procedendo). Asimismo de la función puramente negativa, ejercida, cuando era órgano político, al convertirse en tribunal jurisdiccional, comienza a ejercer un influjo verdaderamente positivo sobre la jurisprudencia*³¹.

No existe acuerdo en la doctrina, sobre el momento exacto, en que se produjo ese cambio cualitativo de *Tribunal de Cassation* adherido al poder legislativo, a *Cour de Cassation* como órgano jurisdiccional, según Lino Enrique Palacio³² y Fernando de la Rúa³³ en consonancia consideran que este cambio se dio a partir del Senado consulto de 28 Floreal año XII (18 de Mayo de 1803), mientras que Marcos Loredo Colunga³⁴ sostiene que la conversión de su denominación se dio a través del Senado consulto de 28 Floreal año XII (18 de Mayo de 1804); por ultimo a estas divergencias se agrega la de Enrique Vescovi³⁵ quien sostiene que esta evolución (del tribunal de casación) -....- culmina con la ley del 1 de Abril de 1837, la cual,... desde entonces se le denomina “*Cour de Cassation*” y comienza a influir en la jurisprudencia.

Para el procesalista Uruguayo Enrique Vescovi el recurso de casación “*De Francia pasa a los demás países, en especial a Italia, Alemania, Austria, Suiza, etc. También pasa a España, aunque allí tiene un desarrollo paralelo y autóctono*³⁶, y también, más adelante, a los países latinoamericanos”³⁷. No

³¹ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 231 y 232.

³² PALACIO, Lino Enrique. *Op cit.* Pág. 75.

³³ DE LA RUA, Fernando. *La Casación Penal: El Recurso de Casación Penal en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación.* Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994. Pág. 17

³⁴ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op cit.* Pág. 76.

³⁵ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 232.

³⁶ Esto se debió probablemente a que Napoleón Bonaparte Rey de Francia después de la Revolución Francesa de 1789 impuso en España como Rey a su hermano José Bonaparte

obstante el origen francés de la casación, su ámbito espacial de vigencia, se exportó a la mayoría de Estados, que lo establecieron dentro de sus ordenamientos jurídicos como mecanismo destinado a controlar la legalidad de las resoluciones de los juzgadores.

1.7 ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LATINOAMERICA

Enrique Vescovi a sostenido respecto al origen del recurso de casación en Latinoamérica *“Los autores de nuestro continente señalan, como primera proposición para establecer la casación, la del libertador Simón Bolívar³⁸, quien en 1817 acompañó su mensaje al Congreso de Angostura (1819), con un proyecto de Constitución en la cual se creaba una alta Corte de Justicia con una Sala de Apelación y otra de Casación³⁹”*.

1.8 DERECHO COMPARADO SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN EN FRANCIA Y ESPAÑA

Enrique Vescovi, desarrolla, un estudio detallado de las características y diferencias principales, existentes entre el sistema de casación francés, y el sistema de casación español, los cuales, considero conveniente, retomarlos literalmente en esta investigación, ya que de la combinación de ambos sistemas, se configura nuestro sistema casacional salvadoreño, es así, como

tras la invasión francesa de 1808, de ahí el influjo y desarrollo paralelo de la Casación en España.

³⁷ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 232.

³⁸ Simón Bolívar fue discípulo de Andrés Bello, este fue el principal y casi exclusivo redactor del Código Civil chileno, el cual es considerado como una de las obras más originales de la legislación americana, de ahí entonces la influencia sobre Simón Bolívar en el proyecto de Constitución que creaba la Sala de Casación.

³⁹ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 235.

Vescovi, sostiene, que al efectuar un estudio muy abreviado del derecho comparado, y desde nuestra óptica iberoamericana, destacan el régimen casacional de Francia y España.

En relación al sistema de casación Francés, Vescovi a sostenido, *“En Francia la casación nace y se desarrolla conforme a estos caracteres, los cuales, en su mayoría, se transmiten a todos los países: a) El recurso de casación tienen por fin anular las sentencias judiciales que incurran en una violación de ley; esto es, se diferencia entre el hecho y el derecho, quedando excluida toda consideración fáctica por el tribunal; b) El recurso procede tanto cuando se viole la ley en la forma como en el fondo, es decir, que el análisis de los errores en la aplicación de la ley se agregan las violaciones al procedimiento; c) Existe un único órgano, de carácter nacional, con sede en París, para cumplir la función de unificación de la jurisprudencia que se persigue, d) Por regla general, para que proceda el recurso se necesita la iniciativa del particular perjudicado por la sentencia; solo por excepción se admite un recurso “en interés de la ley”, que puede ser planteado por el ministerio publico; e) La Función de la Corte se limita a analizar si existe violación de la ley; en caso afirmativo, debe anular (casar) la sentencia y enviar el caso (reenvió) a otro tribunal similar al que la dicto, el cual podrá resolver libremente, de acuerdo con la Corte o no; si no lo hace, cabe una segunda casación; f) El recurso procede (en la generalidad de los casos) contra las sentencias definitivas de segunda instancia (inapelables); g) La interposición del recurso no impide la ejecución de la sentencia; h) El órgano de casación esta limitado –salvo casos de excepción- por los motivos (causales) invocados por el recurrente; no se puede casar por otras razones”⁴⁰*. Estos son, los caracteres principales, del sistema de casación francés, que se han retomado en nuestro sistema de casación salvadoreño.

⁴⁰ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 232- 233.

Veamos ahora, como se desarrollo la casación en España, según Vescovi *“En España la casación tiene un desarrollo autóctono, pese a los orígenes que ya mencionamos, el cual es desconocido por parte de la doctrina encabezada por Calamandrei, pero resaltado por la doctrina española y aun la argentina. Entre sus caracteres mas destacados cabe mencionar los siguientes: a) La judicialidad del instituto desde su origen, contrastando con el carácter político que tuvo en Francia y demás países; b) La supresión del reenvió cuando se casa la sentencia por razones de fondo, en cuyo caso el tribunal de casación dicta la sentencia que corresponda. Solo hay reenvió cuando se trata de infracción a la forma; c) La tutela, no solo de la ley, sino primero de la doctrina legal y ahora de la jurisprudencia; d) La facultad de controlar lo que primero se llamó “error de hecho en la apreciación de la prueba, si este ultimo resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador”, y ahora (1984), “error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”⁴¹. Estas son las variantes, respecto al sistema de casación francés, que nosotros hemos introducido en nuestro sistema de casación, variantes, que han sido retomadas, del sistema de casación Español.*

1.9 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL SALVADOR

Antes de hablar de la Historia del Recurso de Casación en El Salvador, debemos establecer las siguientes observaciones, como son: uno, que la demanda en casación se disciplinó por un reglamento de 1738; dos, que el

⁴¹ VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 234.

tribunal de casación fue creado por las leyes del 27 de noviembre y 1° de diciembre de 1790; y tres, que si aceptamos la tesis de Vescovi según la cual la conversión cualitativa de *Tribunal de Cassation* adherido al poder legislativo, a *Cour de Cassation* como órgano jurisdiccional se dio con la ley del 1 de Abril de 1837, tardamos, aproximadamente cuarenta y seis años, en retomar en nuestro sistema jurídico, el recurso de casación al emitirse la Constitución Política de la República de El Salvador de 1883.

Debido a lo anterior, es importante hacer notar y destacar, que nuestro propio sistema jurídico, fue uno de los primeros en Latinoamérica en retomar el recurso de casación en la Constitución Política de 1883, al disponer esta Constitución “*el Poder Judicial, sería ejercido por una Corte de Casación, por Cortes de Apelación y por los demás tribunales y jueces que estableciera la ley*”⁴². Es notable, la importancia, que el constituyente de esta época, le otorgaba al recurso de casación, pues no organizaba al poder judicial, en una Corte Suprema de Justicia, ni preveía el conocimiento y decisión del recurso de casación, como simple atribución de un órgano jurisdiccional inferior, sino que, organizaba al poder judicial, en una Corte de Casación, como vértice del órgano jurisdiccional, encargado de controlar la legalidad de las resoluciones de los tribunales inferiores, para la uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho, en semejanza con la *Cour de Cassation* o Corte de Casación, instaurada en el sistema Francés, después de su conversión en órgano jurisdiccional. Aunque fue una vida muy efímera, la que tuvo el recurso de casación, en su configuración inicial en nuestro país, pues, tres años mas tarde, se derogo esta constitución, y se pronuncio la Constitución de 1886, es importante reconocer y determinar, el momento exacto, en que

⁴² La Constitución Política de la República de El Salvador de 1883, fue decretada a los cuatro días del mes de noviembre de mil ochocientos ochenta y tres, sancionada el día seis de diciembre de mil ochocientos ochenta y tres.

este recurso formo parte de nuestro sistema jurídico, para comprender su evolución posterior en nuestro sistema judicial.

1.9.1 GÉNESIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA CASACIÓN

El doctor Ricardo Gallardo a señalado *“estando ya para concluir el primer mandato del doctor Francisco Zaldívar,..., se planteo el problema de las futuras elecciones presidenciales. Tres caminos quedaban abiertos al mandatario Zaldívar: o cumplía y acataba su propia constitución o se proclamaba en gobierno dictatorial..., o se reformaba la constitución. El mandatario prefirió este último procedimiento... El cuatro de diciembre de 1883 la Asamblea votaba y aprobaba una nueva constitución, que... -fue sancionada dos días mas tarde por el ejecutivo”*⁴³. En relación a nuestro objeto de estudio, la promulgación de esta nueva Constitución, tiene una especial trascendencia, debido a que, marca el nacimiento del magno instituto procesal de la casación en nuestro país, y el punto de partida de cualquier estudio histórico de la casación en El Salvador. Pues, como anteriormente lo establecimos, el recurso de casación, como medio extraordinario de impugnación de las resoluciones judiciales, tiene su origen en la Constitución Política de la República de 1883, al disponer el titulo décimo tercero de esta constitución *“el Poder Judicial, será ejercido por una Corte de Casación, por Cortes de Apelación y por los demás tribunales y jueces que estableciera la ley”*, artículo 103 CPRES de 1883. El rango constitucional, que el Constituyente de esta época, otorgaba al recurso de casación, impedía, su derogatoria por parte del legislador secundario, quien según esta, solo estaba facultado, para establecer, mediante una ley

⁴³ GALLARDO, Ricardo. *Las Constituciones de El Salvador*. Tomo I. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1961. Pág. 668.

secundaria, las resoluciones contra las cuales procedía, los motivos en que podía fundarse y el procedimiento.

Fue así como, el día catorce de diciembre de 1883, el legislador secundario, decreto la primera Ley de Casación⁴⁴ de El Salvador, y fue publicada en el Diario Oficial número 298, Tomo15 del día domingo 23 de diciembre de 1883, esta casación se configuro bajo los siguientes caracteres: primero, el recurso de casación tenia por fin anular las sentencias judiciales definitivas que incurran en una violación de ley, quedando excluida toda consideración fáctica por el tribunal, artículo 29 LC 1883; segundo, el recurso procede tanto cuando se viole la ley en la forma como en el fondo, artículo 8 y 9 LC 1883; tercero, existía un único órgano para conocer y decidir el recurso, la Corte de Casación, artículo 4 LC 1883, para cumplir la función de unificación de la jurisprudencia que se persigue; cuarto, la impugnación en casación era iniciativa exclusiva del particular perjudicado por la sentencia; quinto, el recurso procede contra las sentencias definitivas pronunciadas en segunda instancia por las Cortes de Apelación, artículo 7 LC 1883; séptimo; la Corte de Casación estaba limitada a casar la sentencia únicamente por los motivos invocados por el recurrente en casación, artículo 28 LC 1883; octavo, la judicialidad del instituto, pues la Corte de Casación formaba parte integrante y suprema del órgano judicial, artículo 103 CPRES de 1883; noveno, la supresión del reenvió cuando se casaba la sentencia por vicios de fondo, debiendo pronunciar la Corte de Casación la sentencia que corresponda, ordinal 1º del artículo 29 LC 1883; y decimo, el reenvió⁴⁵, en caso de que la resolución se casara por vicios de forma, ordinal 4º del artículo 29 LC 1883.

⁴⁴ La primera Ley de Casación fue decretada el día catorce de diciembre de 1883 y publicada en el Diario Oficial número 298, Tomo15 del día domingo 23 de diciembre 1883.

⁴⁵ El reenvió en materia de casación consiste en la anulación de las actuaciones o resoluciones judiciales retrotrayendo el proceso hasta el ultimo acto valido, para que en lo sucesivo se repongan dichos actos o resoluciones sustanciando válidamente el proceso.

Es claro, que esta primera Ley de Casación, no tenía nada que envidiarle, a la Ley de Casación que se promulgo en 1953, que estuvo vigente hasta el mes de junio del año 2010, siendo notable, en esta primera Ley de Casación, la evidente influencia del sistema Francés y Español de casación.

Sera la misma existencia efímera de esta Constitución, la que condiciono la corta vida inicial de la casación en nuestro país, pues, tres años más tarde, se pronuncio un nuevo ordenamiento Constitucional, no obstante todo ello, es importante establecer lo siguiente, en relación al nacimiento de la casación en nuestro país: uno, la creación de una Corte de Casación como vértice del órgano jurisdiccional, y dos, la creación de una evolucionada Ley de Casación en esta época, según los caracteres anteriormente mencionados.

1.9.2 SUPRESIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA CASACIÓN

1.9.2.1 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886

Según el insigne poeta salvadoreño Roque Dalton, el veintidós de junio de mil ochocientos ochenta y cinco, *“se hizo cargo del poder, por medio de otra “revolución liberal” el General Francisco Menéndez. Su periodo fue un lapso de reconstrucción económica del país, agobiado por las constantes guerras. Menéndez dio un nuevo impulso a la instrucción pública, promulgo una nueva Constitución Política, la de 1886, que consagró el triunfo de las ideas liberales en la legislación salvadoreña”*⁴⁶, si bien, la casación moderna, es producto de los reformadores liberales de la Revolución Francesa, y si

⁴⁶ DALTON, Roque. *El Salvador (Monografías)*. Sin año. Pág. 66.

aceptamos la naturaleza liberal de esta Constitución, en materia de casación los constituyentes de esta época, dieron, un evidente retroceso en la organización del poder judicial, con la derogación del recurso de casación de nuestro ordenamiento jurídico, con un claro desconocimiento del principio liberal de la división de poderes, y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, al sustituir la casación por la tercera instancia, a menos que dicha sustitución tuviera una finalidad política opuesta a estos principios liberales.

Es, a partir de la Constitución de 1886, que se suprimió, del ordenamiento jurídico Constitucional y legal, el recurso de casación, ya que esta Constitución, al organizar al poder judicial, establecía: *“El Poder Judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera Instancia, Cámaras de Segunda Instancia y demás tribunales y jueces inferiores que establece esta constitución”*, artículo 94 CPRES 1886^{47, 48}, debido a que, al crearse las Cámaras de Tercera Instancia, se abre un tercer conocimiento del litigio, lo cual resulta incompatible, con la naturaleza estrictamente jurídica del recurso de casación, y al no prever su procedencia ni en la Constitución, ni en ninguna Ley secundaria, este recurso, no formaba parte integrante, en esta época, de la tutela judicial, no pudiendo, en consecuencia las partes, deducir este medio impugnativo contra las resoluciones que les causaren agravio, aunque la sentencia o resolución adoleciera de vicios o errores que infrinjan o violen la ley sustantiva o procesal. Según el doctor Roberto Romero Carrillo en su obra titulada “Normativa de Casación”, *“La cámara de*

⁴⁷ La Constitución Política de la República de El Salvador de 1886, fue decretada y sancionada a los trece días del mes de Agosto de 1886.

⁴⁸ Según el doctor René Padilla y Velasco: “la primera instancia comprende desde que se interpone la demanda hasta la sentencia; la segunda instancia, comprende desde que se interpone el recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia de primera instancia hasta que se resuelve; y la tercera instancia, comprende desde que se interpone el recurso ordinario de suplica en contra de la sentencia que resuelve el recurso de apelación hasta la resolución del recurso”. PADILLA Y VELASCO, René. *Apuntes de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. (Principios de Derecho Procesal Civil, Jurisdicción y Competencia). Universidad Autónoma de El Salvador, 1948. Pág. 88 y 89.

tercera instancia que creó la constitución de 1886, si tenía sus propios magistrados, por lo que su existencia era real; y con la creación de este tribunal precisamente es que se produjo la supresión del recurso de casación, puesto que un tribunal de instancia no puede conocer de aquel recurso por ser extraordinario y no constituir instancia; y, por lo mismo, se estaba implantando el recurso ordinario de suplica, que es del que esencialmente conocen los tribunales de tercera instancia, de modo que no podía figurar ya como una de las atribuciones de la Corte, “conocer de los recursos de casación”⁴⁹.

De esta manera, se decretó la Ley Orgánica del Poder Judicial, el día primero de abril de mil ochocientos noventa y ocho, la cual establecía, en su título primero, del capítulo uno, referido a las autoridades judiciales, específicamente en el artículo 1, *“El Poder Judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, una cámara de tercera instancia, cinco cámaras de segunda instancia, un juez general de hacienda, jueces de primera instancia departamentales o de distrito, jurados de calificación y de paz”*. En relación a la Cámara de Tercera Instancia, que fue la que sustituyó a la Corte de Casación, que establecía la Constitución de 1883, tenía como competencia, según la atribución 1º del artículo 32 de esta misma ley: *“conocer en grado de suplica⁵⁰ y en los casos determinados por la ley, de las causas resueltas por las cámaras de segunda instancia en apelación o consulta”*. Es importante resaltar, que aunque ni la constitución, ni la ley secundaria de esta época, regulaba la procedencia legal del recurso de casación, contra resoluciones judiciales contrarias al principio de legalidad, existía una

⁴⁹ ROMERO CARRILLO, Roberto. *Normativa de Casación*. Segunda Edición. Centro de Informática Jurídica. Pág. 32.

⁵⁰ Según el Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallares “la suplica es la apelación de la sentencia de vista de los Tribunales superiores, interpuesta ante ellos mismos, o bien, la petición que se hace ante los tribunales superiores para que corrijan o revoquen la primera sentencia que se llama de vista, por la segunda llamada de revista”.

prohibición expresa contra los jueces, establecida en el artículo 9 LOPJ 1898, según la cual, *“los tribunales y jueces no ejercerán mas funciones que las que esta ley u otras les señalen expresamente; ni dictaran reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes”*. De manera tácita, y sin que exista un mecanismo legal para impedir tal actitud de los jueces, es notable, la necesidad del legislador secundario, de defender la ley creada por el mismo, impidiendo que los jueces, al interpretar la norma jurídica en los casos particulares que han de aplicarla, creen mandatos generales de obligatorio cumplimiento, y de esta manera inmiscuirse en la función del poder legislativo, que constituye uno de los fines tradicionales del recurso de casación.

Más notable y radical, es, el apéndice introducido al Código de Instrucción Criminal, en la reforma de 1904, que se había establecido, considerando *“que son en gran manera numerosas y frecuentes las quejas del publico contra los jueces de primera instancia, por su conducta incorrecta e ilegal en la secuela y resolución de los casos ocurrentes: que las quejas en ese sentido presentadas a los tribunales superiores, permanecen sin resolverse, dando así lugar a que los malos jueces, animados por la impunidad, continúen sus abusivos y criminales procedimientos”*⁵¹. Es evidente, en esta época, la necesidad de crear mecanismos de control en la conducta y resoluciones de los juzgadores, orientadas a someterlos a la legalidad, sin bien no mediante el recurso de casación, pero si, mediante prohibiciones punitivas en contra de los juzgadores; no obstante, las anteriores prohibiciones dirigidas a los jueces, ni la Constitución, durante sus aproximadamente cincuenta y tres años de vigencia, ni la Ley Secundaria,

⁵¹ Apéndice del Código de Instrucción Criminal introducido mediante reforma, decretada a los veintitrés días del mes de Abril de 1904 y sancionada a los dos días del mes de Mayo de 1904.

regularon, la procedencia del recurso de casación, como mecanismo contralor de la actividad judicial.

1.9.2.2 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1939

Según el doctor José María Méndez, en su obra titulada “El Constitucionalismo y la vida Institucional Centroamericana”, en 1931 el General Maximiliano Hernández Martínez asumió la presidencia, mediante un golpe de Estado que fraguó siendo vicepresidente. En mil novecientos treinta y cinco fue electo en una elección fraudulenta para el periodo de marzo de mil novecientos treinta y cinco a marzo de mil novecientos treinta y nueve. La constitución de 1886 tenía a esta fecha cincuenta y tres años de vigencia, la cual se mantuvo intacta hasta 1939, fecha en que la reforma el General Martínez con el objeto de mantenerse en el poder, esta nueva Constitución vino a derogar expresamente la Constitución de 1886, y fue dada, según el doctor Ricardo Gallardo *“estando en vigor el Estado de Sitio fue aprobada y promulgada la Constitución el 20 de enero de 1939, derogándose así en forma expresa la de 13 de agosto de 1886”*⁵². En materia de casación, este nuevo ordenamiento Constitucional, no tuvo especial significación, pues, mantenía la misma estructura orgánica del poder judicial, que establecía la Constitución de 1886; ni la Constitución, ni ninguna Ley Secundaria atribuían el conocimiento del recurso de casación a un determinado órgano jurisdiccional.

En este orden de ideas, el artículo 109 de la Constitución de 1939, disponía *“el Poder Judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera Instancia, Cámaras de Segunda Instancia y demás Tribunales y*

⁵² GALLARDO, Ricardo. *Op cit.* Pág. 757.

Jueces inferiores que establezcan las leyes secundarias". Como anteriormente lo establecimos, las Cámaras de Tercera Instancia, fueron las que sustituyeron a la Corte de Casación, pues estas, tenían competencia funcional para conocer del recurso de suplica, el cual, tanto en la instancia que constituye el mismo, como por el objeto y finalidad, resulta incompatible con la naturaleza estrictamente jurídica del recurso de casación, pues, la casación no constituye instancia, y versa sobre la estricta aplicación del derecho en la sentencia.

En este sentido y con el objeto de desarrollar y dar cumplimiento efectivo a este precepto Constitucional, el poder legislativo, decretó el día quince de mayo de Mil Novecientos Treinta y Nueve la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo en su artículo 1, *"El poder judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, dos Cámaras de Tercera Instancia, seis Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia Departamentales y de Distrito, Juez General de Hacienda, Jueces Militares, Jueces de Paz y Jurados"*⁵³. A diferencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1898, esta Ley Orgánica de 1939, creaba dos Cámaras de Tercera Instancia, especializadas, la primera, con competencia en materia civil, y la segunda, con competencia en materia penal, según el artículo 2 de esta misma ley. Teniendo como competencia específica, ambas cámaras, según el artículo 31 LOPJ 1939: *"primero, conocer en grado de suplica o consulta en los casos determinados por la ley, de las causas resueltas por las cámaras de segunda instancia en apelación o consulta; y segundo, conocer de todos los recursos extraordinarios y ordinarios que permitan las leyes, en los juicios de que conozcan las cámaras de segunda instancia"*. Hay un elemento común de esta Ley Orgánica del Poder Judicial, con la Ley Orgánica del Poder Judicial

⁵³ La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1939, fue decretada el día quince de Mayo de Mil Novecientos Treinta y Nueve y publica en el Diario Oficial de Veinticuatro de Junio de Mil Novecientos Treinta y Nueve.

de 1898, establecida en el artículo 9 LOPJ 1939, según la cual, *“los tribunales y jueces no ejercerán mas funciones que las que está ley u otras les señalen expresamente; ni dictaran reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes”*. No obstante, que ni la Constitución, ni la Ley Secundaria de esta época, previeron, la procedencia del recurso de casación, se mantuvieron vigentes, las prohibiciones dirigidas a los juzgadores, al interpretar las normas jurídicas, prohibiciones que tenían por finalidad fiscalizar la legalidad de las actuaciones judiciales en el ejercicio de la jurisdicción al administrar justicia.

1.9.2.3 DURANTE EL PERIODO DE VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1945

En este periodo, según el doctor José María Méndez *“a consecuencia de – un- golpe -de Estado- obtiene el cargo de presidente el General Salvador Castaneda Castro, -quien- para legalizar su situación jurídica y terminar con la anarquía constitucional que trajo consigo la caída del General Martínez, promulga una nueva constitución el veintinueve de noviembre de 1945. Esta constitución se decreta como Constitución Política de 1886 con enmiendas. Se conserva la estructura de la Constitución de 1886 casi en su totalidad”*⁵⁴. Esta Constitución, no introduce nada relativo al recurso de casación, pues, mantenía, la misma estructura orgánica del Poder Judicial, que establecía la constitución de 1886, al disponer en el artículo 94, del título X, de esta nueva Constitución, *“el poder judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera y Segunda Instancia y demás tribunales que establezcan la ley. A este poder corresponde exclusivamente la potestad de*

⁵⁴ MÉNDEZ, José María y CARIAS DELGADO, Leonel. *El Constitucionalismo y la vida Institucional Centroamericana*. Primera edición. Editorial Universitaria. San Salvador, El Salvador, 1964. Pág. 24.

*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia civil, comercial y criminal*⁵⁵, manteniéndose de esta manera, al igual que en la Constitución de 1886 y en la Constitución de 1939, la supresión Constitucional del recurso de casación, debido a que fueron estas Cámaras de Tercera Instancia las que suprimieron a la Corte de casación que tenía competencia para conocer este recurso, tanto en su parte orgánica, como en su parte dogmática, sin desarrollar la procedencia del recurso de casación, ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en ninguna Ley Especial de Casación, desde que se emitió la Constitución de 1886 hasta antes de la emisión de la Constitución de 1950.

1.9.3 RENACIMIENTO DE LA CASACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1950 Y LA SEGUNDA LEY DE CASACIÓN EN 1953

Debieron pasar, aproximadamente sesenta y siete años, desde que se derogó la Constitución de 1883, para que la conciencia política de la época, estableciera nuevamente el recurso de casación, como mecanismo destinado a controlar la legalidad de las resoluciones judiciales. En esta época, dice Roque Dalton, *“El Consejo de Gobierno Revolucionario, estuvo al frente del Estado Salvadoreño del catorce de diciembre de 1948, al catorce de septiembre de 1950. Como es tradicional en el acontecer político salvadoreño, este gobierno, surgido de un golpe de Estado*⁵⁶*,... la “Revolución” poseída del afán de institucionalizarse en las paginas de los textos legales, había promulgado una nueva constitución –la constitución de 1950- que en el plano teórico significaba un paso de avance con respecto a*

⁵⁵ La Constitución Política de la República de El Salvador de 1945, fue decretada a los veinte días del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y sancionada a los veintinueve días del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco

⁵⁶ Al respecto a señalado el doctor José María Méndez que “al final de su periodo, en 1948, Castaneda Castro pretende continuar bajo su subterfugio legal, dos años más en la presidencia. Castaneda Castro es derrocado en diciembre de 1948”. Op cit. Pág. 24.

*las anteriores Cartas Magnas salvadoreñas*⁵⁷. En relación al contenido de esta Constitución, el doctor José María Méndez a sostenido, *“este Código Político si representa una nueva concepción de la vida jurídico política del país. Se abandona la postura liberal de la Constitución de 1886 y se adoptan nuevos principios inspirados en las doctrinas socialistas*⁵⁸. Sin negar, el contenido social, introducido por esta Constitución, en la vida jurídica de nuestro país, en relación al Recurso de Casación, esta Constitución, reafirma las ideas del liberalismo político, surgido de la revolución Francesa, en nuestro país, pues, será en este contexto político, en el que se emitió esta nueva carta magna, en el que volverá a establecerse la procedencia Constitucional del recurso de casación, después de haber transcurrido un periodo de sesenta y siete largos años, sin que existiera este medio de impugnación en nuestro país, desde que se derogo la Constitución de 1883 en 1886.

Lo anterior debido a que, es en la Constitución de 1950, donde nuevamente el constituyente, vuelve a otorgar rango Constitucional al recurso de casación, en semejanza, con el carácter Constitucional del que se había revestido a este recurso, en la Constitución de 1883, si bien, no mediante la misma estructura orgánica del poder judicial que establecía la Constitución de 1883, pero si, como función principal de un órgano jurisdiccional Constitucional, al que la misma constitución, le atribuía el conocimiento y decisión del recurso de casación, fue así, como esta Constitución, organizaba al poder judicial en su artículo 81, de la siguiente manera: *“el poder judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. Corresponde a este poder la potestad de juzgar y hacer*

⁵⁷ DALTON, Roque. *Op cit.* Pág. 103.

⁵⁸ MÉNDEZ, José María y CARIAS DELGADO, Leonel. *Op cit.* Pág. 24.

*ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil y laboral*⁵⁹, siendo, la primera de las atribuciones de esta Corte Suprema de Justicia, “1ª conocer de los juicios de amparo y de los recursos de casación...”, según el ordinal 1º del artículo 89 CPRES de 1950. Podemos notar, como el constituyente, decidió suprimir las Cámaras de Tercera Instancia, que tenían como atribución principal, conocer el recurso ordinario de suplica, por una Corte Suprema de Justicia, que tenía como atribución principal, conocer el recurso extraordinario de casación. Para dar ejecución y desarrollo a este precepto Constitucional se creó una Ley Secundaria denominada “Ley de Casación”.

Esta segunda Ley de Casación fue creada mediante el decreto legislativo número 1135, del día treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, y publicada en el Diario Oficial número 161, Tomo número 160, del 4 de septiembre de 1953, desde entonces, la casación se ha configurado en nuestro país con base a los siguientes caracteres, y bajo una eminente influencia del sistema francés y español de casación: a) el recurso de casación tiene por fin anular las resoluciones judiciales que incurran en violación a la ley sustantiva o procesal, artículo 18 LC 1953; b) El recurso procede tanto cuando se viole la ley en la forma como en el fondo, artículo 2 LC 1953; c) por regla general, la impugnación mediante el recurso de casación se inicia a instancia de la parte agraviada, artículo 24 LC 1953, artículo 1 LC 1953⁶⁰; d) es limitada la procedencia del recurso de casación a determinadas resoluciones pronunciadas en apelación⁶¹; e) existen motivos

⁵⁹ La Constitución Política de la República de El Salvador de 1950, fue decretada a los siete días del mes de Septiembre de mil novecientos cincuenta.

⁶⁰ Debido a que según el artículo 24 de la LC de 1953 también puede interponer el recurso de casación el Ministerio Público en Interés de la ley.

⁶¹ Según el artículo 1 de LC de 1953 solamente puede interponerse el recurso de casación en contra de las sentencias definitivas y las interlocutorias que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación, quedando excluidas de esta impugnación, por tanto, los

taxativamente previstos en la ley que fundamentan el recurso de casación, artículo 3 y 5 LC 1953; f) existe un único órgano, la Sala de lo Civil, con competencia en todo el territorio de la república, para conocer el recurso de casación, y de esta manera lograr la uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho, artículo preliminar LC 1953; g) se suprime el reenvío cuando se casa la sentencia por motivos de fondo, en cuyo caso la Sala de lo Civil dicta la sentencia que corresponda, si se casa la sentencia por motivos de forma se declara la nulidad de la resolución y se manda a reponer el proceso desde el primer acto válido, artículo 18 LC 1953.

Inicialmente, el ámbito material de aplicación de la Ley de Casación comprendía, tanto a la materia procesal civil, como a la materia procesal penal, dedicado el capítulo segundo de esta ley “a los casos en que procede el recurso de casación en lo civil” y el capítulo tres “a los casos en que procede el recurso de casación en lo penal”. De ahí en adelante, será esta ley, por excelencia, la que establecerá la regulación del recurso de casación con base a los caracteres anteriormente mencionados, en materia procesal civil, laboral, mercantil y de familia, normativa legal, cuya vigencia en el tiempo, perdurara aun después de pronunciadas dos nuevas Constituciones (la de 1962 y la de 1983) en nuestro país.

1.9.4 EL RECURSO DE CASACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1962

Según el insigne poeta salvadoreño Roque Dalton *“En octubre de 1960, invocando el principio constitucional del derecho a la insurrección, sectores progresistas de la burguesía y de la oficialidad intermedia del ejército,*

decretos de sustanciación, las interlocutorias simples y las interlocutorias con fuerza de definitivas.

*juntamente con grupos políticos bien determinados,..., dieron un exitoso golpe de Estado que termino con la dictadura del Teniente Coronel José María Lemus que venia desde el catorce de septiembre de 1956 hasta el 26 de Octubre de 1960, y se instaló en el poder un gobierno encabezado por el organismo que se denominó Junta Cívico Militar de Gobierno*⁶² posteriormente a este golpe de Estado, a señalado el doctor José María Méndez, *“un golpe militar derroca a la Junta de Gobierno el veinticinco de enero de 1961 y se organiza un Directorio Cívico Militar... El Directorio convoca a una Asamblea Constituyente para declarar vigente la Constitución de 1950 y revalidar los actos jurídicos efectuados desde la caída de Lemus. La Asamblea Constituyente convocada a ese efecto se declara ante si y por si soberana, amplía el ficticio mandato popular y declara que no tiene limite alguno en su labor legislativa. Así se dicta la Constitución de 1962 que es la misma de 1950*⁶³. Lo que en relación a nuestro estudio significaba, que se mantuvo la misma estructura orgánica del poder judicial, y que la Constitución atribuía el conocimiento y decisión del recurso de casación aun órgano jurisdiccional específico, es decir, se organizaba al poder judicial en una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias⁶⁴, y se atribuía el conocimiento y decisión del recurso de casación a la Corte Suprema de Justicia⁶⁵.

No obstante que se emitió un nuevo ordenamiento Constitucional, la Ley de Casación mantuvo su vigencia aun después de haberse dictado y promulgado la Constitución de 1962, y fue incluso, durante el periodo de Gobierno de la Junta Cívico Militar, que el ámbito material de aplicación de la

⁶² DALTON, Roque. *Op cit.* Pág. 110

⁶³ MÉNDEZ, José María y CARIAS DELGADO, Leonel. *Op cit.* Pág. 25.

⁶⁴ Artículo 81 de la Constitución Política de El Salvador de 1962, decretada a los ocho días del mes de Enero de Mil Novecientos Sesenta y Dos.

⁶⁵ Atribución primera del artículo 89 de la Constitución Política de El Salvador de 1962.

Ley de Casación, se extendió a la materia laboral, pues, según el doctor Roberto Romero Carrillo “*cuando por decreto numero cuarenta y ocho de la Junta de Gobierno de El Salvador, de fecha veintidós de diciembre de 1960, se crearon los tribunales de trabajo, se dijo en el articulo dos que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocería de los recursos de casación en materia laboral*”⁶⁶ y al emitirse el Código de Trabajo”⁶⁷, a los veintitrés días del mes de junio de mil novecientos setenta y dos, se adicionó, tácitamente a la Ley de Casación, una regulación propia sobre los requisitos especiales de procedencia, admisibilidad y fundamentación del recurso de casación en materia laboral; aunado a esto, al emitirse la Ley de Procedimientos Mercantiles, se adiciono, siempre de manera tacita, la extensión del ámbito material de aplicación de la Ley de Casación a la materia procesal mercantil, según decreto del catorce de junio de mil novecientos setenta y tres, al establecer en el inciso 2º del articulo 63 de esta ley, “*los procedimientos en segunda instancia y en los recursos extraordinarios, serán los mismos que se han establecido en el Libro Tercero del Código de Procedimientos Civiles y en la Ley de Casación, en su caso*”, articulo 63 LPM⁶⁸; posteriormente, con la emisión del Código de Procedimientos Penales, por decreto legislativo de once de octubre de 1973, se estableció una regulación propia del recurso de casación en materia procesal penal, debiendo derogarse en consecuencia, el capitulo tres de la Ley de Casación, que se referían, a la casación en materia penal, que van

⁶⁶ ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op cit.* Pág.

⁶⁷ Código de Trabajo de El Salvador, decretado a los veintitrés días del mes de junio de mil novecientos setenta y dos y publicado en el Diario Oficial de numero 142, Tomo numero 236 del treinta y uno de Julio de Mil Novecientos Setenta y Dos.

⁶⁸ La Ley de Procedimientos Mercantiles, fue decretada a los catorce días del mes de Junio de Mil Novecientos Setenta y Tres y Publicada en el Diario Oficial numero 120, Tomo numero 239, del veintinueve de Junio de Mil Novecientos Noventa y Tres.

desde el artículo 26 al 44, según lo dispuesto en el literal b) del artículo 738 de este Código de Procedimientos Penales⁶⁹.

1.9.5 SUPRESIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CASACIÓN EN 1983

En el año de 1983 se emitió un nuevo ordenamiento Constitucional en nuestro país, el cual vino a derogar expresamente la Constitución de 1962. En relación a nuestro estudio, esta nueva Constitución introdujo un cambio profundo en materia de casación, pues a diferencia de la Constitución de 1883, que organizaba al poder judicial en una Corte de Casación, y le atribuía a esta el conocimiento y decisión del recurso de casación; y la Constitución de 1950 y la de 1962, que organizaban al poder judicial en una Corte Suprema de Justicia, y le atribuía a esta el conocimiento y decisión del recurso de casación, la Constitución de 1983, si bien organizaba al órgano judicial, en una Corte Suprema de Justicia, no le atribuía a esta el conocimiento y decisión del recurso de casación civil; en relación a la organización del poder judicial, esta Constitución establecía, en su artículo 172: *“La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el órgano judicial”*⁷⁰, disponiendo además, en el inciso 2º del artículo 173 de esta Constitución, *“La ley determinara la organización interna de la Corte Suprema de Justicia, de modo que las atribuciones que le corresponden se distribuyan en diferentes Salas”*, concediendo únicamente, rango Constitucional, a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

⁶⁹ El Código de Procedimiento Penales, fue decretado a los once días del mes de octubre de 1973 y publicado en el Diario Oficial de número 208, tomo 241 de fecha nueve de noviembre de 1973.

⁷⁰ Constitución de El Salvador, decretada a los quince días del mes de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres y publicada en el Diario Oficial número 234, Tomo 281 del día dieciséis de Diciembre de 1983.

Justicia, y las demás Salas, que integran la Corte Suprema de Justicia, son creadas mediante una Ley secundaria denominada “Ley Orgánica Judicial”, entre estas, la Sala de lo Civil, que es la que tiene competencia para conocer y decidir el recurso de casación.

Es a partir de este momento hasta nuestros días, que se eliminó el rango Constitucional que se le había otorgado al recurso de casación en las constituciones de 1883, 1950 y 1962, debido a que, el constituyente consideró que esta no era una materia de orden constitucional, quedando desde entonces, hasta nuestros días, la impugnación de las resoluciones judiciales mediante el recurso de casación prevista en la Ley Secundaria. En relación a lo anterior, el doctor Roberto Romero Carrillo, sostuvo, acerca de esta supresión, *“en la exposición de motivos: “se ha eliminado del proyecto la atribución de la Corte relativa al conocimiento de los recursos de casación, no porque la comisión este a favor de que se suprima este recurso, sino porque estima que no debe ser materia de orden constitucional, a efecto de que en el futuro puedan modificarse los procedimientos en la forma en que mejor sirvan los intereses de la justicia”*⁷¹. Si bien la Constitución de 1983, no ha dicho nada expresamente en su texto, sobre el recurso de casación, esta carta magna recoge los principios liberales que debía mantener incólume la casación en su origen como son: la división de poderes, artículo 86 CRES 1983 y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, artículo 3 CRES 1983, fines tradicionales de la casación.

Si bien esta Constitución, no estableció expresamente en su texto, la procedencia Constitucional del recurso de casación, el legislador secundario, si previo la procedencia legal de este recurso, es por ello, que el día seis de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, se decretó la Ley Orgánica

⁷¹ ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op cit.* Pág. 41.

Judicial⁷², dicha Ley, disponía en su artículo 4, respecto a la estructura orgánica del Poder Judicial, *“La Corte Suprema de Justicia estará organizada en cuatro Salas, que se denominarán: Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso Administrativo”*, siendo, la primera de las atribuciones de esta Sala de lo Civil, *“conocer del recurso de casación en materia civil, de familia, mercantil y laboral”*, según el ordinal 1º del artículo 54 LOJ, además, se mantuvo vigente La Ley de Casación de 1953, extendiendo inclusive, su ámbito material de aplicación, no solo a la materia procesal civil, laboral y mercantil, sino también, a la materia procesal de familia, pues, al emitirse el decreto legislativo de fecha catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que creó la Ley Procesal de Familia, se establecía en el inciso 2º del artículo 147, del capítulo sexto, referido a los recursos, del título tres de esta ley, *“también procederá el recurso de casación el cual se interpondrá y tramitará conforme a las reglas de la casación civil”*⁷³.

En nuestros días, no obstante la existencia del recurso de casación, tanto en materia procesal penal, civil, laboral, mercantil y de familia son numerosas las disposiciones legales, que tienen por objeto someter a los juzgadores a la legalidad, que van, desde prohibiciones dirigidas a limitar al juzgador en su actividad interpretativa, hasta la criminalización de conductas de los juzgadores, que no se someten a la legalidad en sus actuaciones y resoluciones judiciales; fue así, como mediante una reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales, se disciplinó el ejercicio de la facultad de los juzgadores de declarar inaplicables las normas jurídicas en los casos concretos, cuando la consideren que vulnera o contradice los preceptos

⁷² Ley Orgánica Judicial, decretada el día seis de junio de mil novecientos ochenta y cuatro y publicada en el diario oficial número 115, tomo 283, del día veinte de junio de 1984,

⁷³ La Ley Procesal de Familia, fue decretada a los catorce días del mes de septiembre de Mil Novecientos Noventa y Cuatro y Publicada en el Diario Oficial número 173, Tomo 324, de fecha veinte de septiembre de Mil Novecientos Noventa y Cuatro.

establecidos en la Constitución: esta reforma disponía básicamente en el artículo 77-E que el juzgador debe remitir certificación de la sentencia interlocutoria o definitiva por la que declara la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, a la Sala de lo Constitucional; 77- F que la remisión constituye un requerimiento para que la Sala de lo Constitucional, determine la constitucionalidad o no de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios y que si en sentencia definitiva, la Sala declara que en la ley, disposición o acto, no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarla, y en el 77-G que el incumplimiento de la sentencia de la Sala de lo Constitucional por parte del Juez, constituye delito de desobediencia, y será penado, de conformidad con el artículo 322 del Código Penal. No obstante la inconstitucionalidad de la misma reforma, notamos una evidente necesidad de someter al juzgador a la legalidad en sus actuaciones y resoluciones judiciales; un segundo mecanismo, cuyo propósito es someter al juzgador a la ley, ha sido, el establecimiento en el Código Penal del delito de prevaricato en el artículo 310, según el, cual el juez que ha sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años.

1.9.6 CODIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010

El Código Procesal Civil y Mercantil fue decretado el día catorce de noviembre del año dos mil ocho, y publicado en el Diario Oficial Numero 224, Tomo numero 381, el día veintisiete de noviembre de 2008; este Código, fue decretado, según el legislador secundario, considerando principalmente: “que el Código de Procedimientos Civiles fue promulgado el 31 de diciembre de

1881, siendo incuestionable que cada vez evidencia los males del proceso heredado de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, de donde fue tomado, por lo que como es obvio, no satisface los derechos sustanciales de una justicia pronta y cumplida a que se refiere el artículo 182 ordinal 5º de la Constitución”, y responde, según el pensamiento del legislador, en su exposición de motivos, en esencia, al designio político de agilizar y modernizar la administración de justicia salvadoreña, de esta manera, este nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, deroga expresamente, en su artículo 705, entre otras leyes, la Ley de Casación de 1953, el Código de Procedimientos Civiles de 1881, y la Ley de Procedimientos Mercantiles de 1973. No fue sino hasta el día uno de julio del año dos mil diez en que entro en vigencia esta nueva normativa procesal civil y mercantil.

CAPITULO II

PRESUPUESTOS PROCESALES PREVIOS A LA IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN

SUMARIO: 2.1 Introducción; 2.2 Las Resoluciones Judiciales; 2.2.1 Importancia del Estudio de las Resoluciones Judiciales; 2.2.2 Fundamento Constitucional de las Resoluciones; 2.2.3 Definición Doctrinaria de Resolución Judicial; 2.2.4 Clasificación de las Resoluciones Judiciales; 2.2.4.1 Resoluciones Interlocutorias; A) Los Decretos; B) Los Autos; 2.2.4.2 Las Resoluciones Definitivas 2.2.5 Clasificación de las Resoluciones Judiciales en el Código Procesal Civil Y Mercantil 2010; 2.2.5.1 Los Decretos; 2.2.5.2 Los Autos; A) Los Autos Simples; B) Los Autos Definitivos; 2.2.5.3 Las Sentencias; 2.2.6 Congruencia de las Resoluciones Judiciales; 2.2.7 Firmeza de las Resoluciones Judiciales; 2.2.8 Resoluciones Recurribles; 2.2.9 Plazos para dictar las Resoluciones Judiciales; 2.3 Los Plazos Procesales; 2.3.1 Importancia del Estudio de los Plazos Procesales; 2.3.2 Definición de Plazo Procesal; 2.3.3 Distinción entre Plazo y Término; 2.3.4 Clasificación de los Plazos Procesales en el Código Procesal Civil y Mercantil; 2.3.4.1 Atendiendo a su Origen; 2.3.4.2 En Atención a la Posibilidad de Ampliarse; 2.3.4.3 En Atención a la Forma que el Plazo Produce sus Efectos; 2.3.4.4 En Relación a Quienes Afectan; 2.3.5 Cómputo de los Plazos Procesales en el Código Procesal Civil Y Mercantil; 2.3.5.1 Inicio del Plazo; 2.3.5.2 Días y Horas Hábiles; 2.3.5.3 Lugar de la Actividad Procesal; 2.3.5.4 Los Plazos Fijados en Meses o Años; 2.3.6 Los Plazos en caso de Litisconsorcio; 2.3.7 Los Plazos en Relación con los Recursos; 2.3.8 Prescripción y Caducidad.

2.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tienen por objeto construir una teoría doctrinaria, jurisprudencial y legal sobre los presupuestos procesales previos a la impugnación en casación. Pues bien, este capítulo relativo a los presupuestos procesales previos a la impugnación en casación, está dividido en tres grandes temas de estudio indispensables, que necesariamente deben de ser abordados antes de entrar a hablar de la fundamentación del recurso de casación, estos tres temas son: primero, el tema referente a las resoluciones

judiciales, en este punto exponemos un análisis doctrinario y legal de las resoluciones judiciales, que comprende desde el fundamento constitucional de este instituto procesal hasta temas relativos a la congruencia y firmeza de las resoluciones judiciales; segundo, el tema referente a los plazos procesales, como fenómeno jurídico regulador de la actividad impugnativa, dentro de la cual debe realizarse la impugnación. Todo lo anterior, con un especial enfoque y análisis en la nueva normativa del Código Procesal Civil y Mercantil, que entró en vigencia el día uno de julio del año dos mil diez.

2.2 LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

2.2.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En medicina cada remedio sirve o esta en función de o para curar una determinada enfermedad. En derecho procesal cada recurso sirve para corregir o señalar el vicio, injusticia, ilegalidad o error de una determinada resolución judicial que ha pronunciado un juzgador en el proceso, esto significa, en materia de derecho que el recurso no se interpone de manera antojadiza o caprichosa por parte del litigante recurrente, sino que cada recurso esta reservado o procede exclusivamente contra un determinado tipo de resolución, de ahí entonces la necesidad de establecer doctrinaria y legalmente en este estudio los diversos tipos de resoluciones que pronuncia el juez en el proceso y el recurso que la ley ha reservado para cada una de ellas.

2.2.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES

El fundamento constitucional de las resoluciones judiciales, lo encontramos, en el artículo 18 de nuestra carta magna, al disponer que “toda persona tienen derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; *a que se le resuelvan y a que se le haga saber lo resuelto*”, esta disposición además de establecer el derecho constitucional de acceso a la función jurisdiccional del Estado y algunos requisitos de forma de los actos procesales, como es que, la petición sea por escrito y de manera decorosa, establece el deber constitucional de toda autoridad legalmente establecida, incluido el órgano judicial⁷⁴, de resolver a las peticiones formuladas por cualquier persona ante estos, una vez ejercitado el derecho de acción, siendo en los procesos judiciales donde estas resoluciones cobran la mayor trascendencia jurídica, pues mediante estas se deciden los derechos controvertidos por los particulares y se propende al desarrollo de los procesos mediante los cuales se deciden aquellos. Resoluciones que, en todo caso, necesariamente deben estar debidamente fundamentadas por el órgano jurisdiccional resolutor.

⁷⁴ Así lo ha sostenido la Jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia: **REF. 218-C-2007. 27/03/2008.** “el Derecho de Acción es un acto de contenido estrictamente procesal, cuyo objeto es efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, quien una vez conoce de esta petición, se encuentra obligada a iniciar un proceso judicial, el que deberá ajustarse a la ley y respetar los derechos fundamentales que forman parte de un debido proceso. Es un derecho en cuyo merito cualquier persona puede demandar a otra en cualquier concepto, y cualquiera sea la cuota de poder o razón que la asista; una vez ejercitado tal derecho de acción, el Órgano Jurisdiccional se ve en la necesidad de emitir un pronunciamiento, el cual puede encontrarse enmarcado dentro del Art. 197 Pr. C. rechazando tal demanda declarándola improponible; con el fin de no vulnerar el debido proceso, el referido Art. dispone, que el juez expresara el fundamento de su decisión”. De lo cual se desprende que, dentro del derecho de petición general, consagrado en el artículo 18 de nuestra constitución, se integra o comprende también, la pretensión procesal ejercitada ante los órganos de la jurisdicción, de donde surge la obligación del órgano jurisdiccional de resolver a todas las peticiones planteadas por los sujetos del proceso. Entonces la pretensión es una especie dentro del género del derecho de petición.

2.2.3 DEFINICIÓN DOCTRINARIA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL

Podemos afirmar que la palabra resolución proviene del verbo resolver, que significa solucionar, solventar, disipar, satisfacer, remediar o desvanecer, lo que en materia de derecho procesal significa que por medio de las resoluciones el juzgador satisface las peticiones de las partes que se suscitan en el curso o desarrollo del proceso o soluciona definitivamente el litigio sometido a su conocimiento. Para el tratadista Jaime Guasp, las resoluciones judiciales “*son todas las declaraciones de voluntad producidas por el juez unipersonal o tribunal colegiado, que tiendan a ejercer sobre el proceso su influencia directa o inmediata*”⁷⁵, es decir, son un conjunto de decisiones que toma el juez para sustanciar el proceso, resolver un incidente o resolver la pretensión sometida a su conocimiento. En relación a lo anterior, el Doctor Carlos Amílcar Amaya ha sostenido en su tesis doctoral que “*en su sentido más genérico, entendemos por resolución, la decisión del juez sobre un determinado punto a el sometido Esta decisión puede referirse, bien a lo principal litigado; bien a artículos o incidentes del proceso o a simples cuestiones de impulso procesal*”⁷⁶. Esta definición responde al diverso objeto sobre el que la resolución puede recaer: uno, impulsar el proceso; dos, resolver en el sentido más genérico cualquier cuestión incidental, y tres, decidir el litigio de fondo.

Luego de haber establecido una definición doctrinaria del concepto denominado resolución judicial, debemos señalar dos puntos esenciales en relación a este tema, lo primero que debemos tener bien claro de acuerdo con el procesalista español José Almagro Nosete⁷⁷ en su obra de Derecho

⁷⁵ CITADO por AMAYA, Carlos Amílcar. *Actos, Formas y Términos en el Derecho Procesal Civil: Tesis Doctoral*. Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 1975. Pág. 25.

⁷⁶ AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit*. Pág. 24.

⁷⁷ NOSETE, José Almagro, *eat al. Derecho Procesal*. Tomo I. Volumen I. Parte General. Proceso Civil. Sexta edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1992

Procesal que existen ciertos actos del juzgador que no constituyen formalmente resoluciones, como la recepción a pruebas y la dirección de las audiencias por ejemplo, de ahí que no todo acto procesal que provenga o emane del órgano jurisdiccional puede ser considerado en sentido estricto una resolución judicial y lo segundo, debemos advertir que *“en todo proceso se advierten dos relaciones jurídicas desarrollándose paralela y proyectivamente; por eso, también las providencias se especifican según que el juzgador diga el derecho por lo que atañe a la relación formal o lo diga por lo que toca con la relación sustancial: el proceso o litigio”*⁷⁸, esto nos permite establecer dos conclusiones básicas de identificación de las resoluciones judiciales, uno, si el objeto sobre el que recae la resolución judicial lo constituye la relación jurídica procesal nos encontramos en presencia de una resolución denominada interlocutoria, las cuales se subdividen en decretos y autos; y dos, si la resolución judicial recae sobre la resolución jurídica sustancial nos encontramos en presencia de una resolución definitiva o de fondo denominada sentencia.

2.2.4 CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Es importante advertir, previamente ha establecer una clasificación de las resoluciones judiciales, que no existe uniformidad de criterios en la doctrina para establecer una clasificación, pues la mayoría de estudios en esta materia, por no decir todos, responden a criterios estrictamente legales, que los mismos códigos contemplan en las legislaciones propias de cada país de los autores, de ahí entonces la relatividad de toda clasificación que podamos

⁷⁸ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2000. Pág. 470.

establecer, en cuanto a la denominación⁷⁹, objeto⁸⁰, y cantidad⁸¹ de las resoluciones judiciales, no obstante todo ello, consideramos como criterio uniforme, legal y doctrinariamente, que las resoluciones judiciales pueden clasificarse o dividirse siguiendo a Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga⁸² en dos grupos principales, en resoluciones judiciales interlocutorias y en resoluciones judiciales definitivas o de fondo. La importancia de establecer una clasificación de las resoluciones judiciales, al menos a nivel interno de nuestro ordenamiento jurídico radica en dos razones, uno, para conocer las formas que deben observarse para dictarlas, y dos, para saber cual es el recurso que procede contra cada tipo de resolución⁸³.

Importa señalar además, que tanto en la legislación, como en la práctica judicial de los litigantes y juzgadores, se utilizan a veces indistintamente como sinónimos los términos resolución y sentencia, siendo que esta última es un tipo de aquella, pues el termino resolución tal y como lo ha señalado

⁷⁹ Así para el caso nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles denominaba y dividía a las Resoluciones Judiciales: en decretos de sustanciación, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas; mientras que el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil las ha dividido y denominado: decretos, autos y sentencias.

⁸⁰ Así, según la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en el Artículo 206.2.2ª: se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, anotaciones e inscripciones registrales, medidas cautelares, nulidad o validez de las actuaciones y cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial; mientras que para nuestro Código Procesal Civil y Mercantil los autos son simples si se dictaren entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades.

⁸¹ Así según el artículo 158 del Código Procesal de Chile las resoluciones judiciales pueden ser: sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos; mientras que según el artículo 195 del Código General del Proceso de Uruguay las resoluciones judiciales pueden ser: providencias de tramite, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.

⁸² DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa. México D.F., México, 1996. Pág. 319.

⁸³ DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág. 28.

Ramiro Podetti⁸⁴ es comprensiva de todas las decisiones que se toman en el proceso por el juzgador.

2.2.4.1 RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS

Entrando en materia de la clasificación, para el insigne procesalista salvadoreño el doctor Carlos Amílcar Amaya “*el vocablo interlocutoria, está compuesto por las voces latinas inter y locutio que significan, “lo que el magistrado dicta en el curso de la sentencia”*”⁸⁵, siendo mejor decir que la resolución interlocutoria es aquella que dicta el juzgador en el curso o desarrollo del proceso antes de emitir la sentencia definitiva o de fondo, pues lo que verdaderamente esta en curso es el proceso, no la sentencia, que es la forma normal de concluir aquel, al respecto de las resoluciones interlocutorias, que podemos definir las como aquel tipo de resolución que el juzgador dicta en el curso o desarrollo del proceso, que recaen sobre la relación jurídica procesal o formal, con el objeto de dar impulso y ordenación al proceso, decidir en el sentido mas genérico cualquier cuestión incidental que en el curso del proceso sobrevengan, para que se produzca posteriormente el pronunciamiento de la sentencia. Víctor de Santos ha señalado de manera acertada que “*la sentencia definitiva es precedida de numerosos actos directivos del órgano judicial de distinta naturaleza, destinados a producir efectos únicamente en ese concreto proceso, que encauzan la actividad procesal y correlativamente preparan o facilitan su pronunciamiento*”⁸⁶, en el mismo orden de ideas lo ha sostenido Claria Olmedo para quien las sentencias “*son pronunciadas una vez desarrollado*

⁸⁴ PODETTI, J Ramiro. *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. Volumen II. Tratado de los Actos Procesales. Editorial Ediar S.A. Buenos Aires, Argentina, 1955. Pág. 406.

⁸⁵ AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit*. Pág. 29

⁸⁶ DE SANTO, Víctor. *Op Cit*. Pág. 27.

todo el proceso de conocimiento, resolviendo las cuestiones previas o de fondo⁸⁷, de ahí entonces el carácter instrumental y mediático⁸⁸ que la doctrina le atribuye a las resoluciones interlocutorias, respecto de la sentencia definitiva. Las resoluciones interlocutorias o formales como las denomina Víctor Moreno Catena⁸⁹, se subdividen a su vez en, decretos y autos.

A) LOS DECRETOS: o providencias meré interlocutorias, de trámite o de simple sustanciación como las denominaba Couture⁹⁰, pueden ser definidas como aquel tipo de resolución interlocutoria, dictada en el curso del proceso, que tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso, sin sustanciación previa, ni motivación por el juzgador. Son notas distintivas de este tipo de resolución, uno, la naturaleza interlocutoria, pues son dictadas en el curso del proceso; dos, el objeto, que es impulsar el proceso a través de sus distintas etapas preclusivas para evitar su paralización; tres, la no sustanciación, debido a que no requieren previamente a ser pronunciadas que el juzgador mande a oír a las partes del proceso, (*audiatur et altera pars*); y cuatro, la no motivación, este tipo de resoluciones son pronunciadas sin necesidad de que el juzgador fundamente fáctica, jurídica y probatoriamente su decisión, basta, con que establezca la parte dispositiva de la resolución. Según Víctor Moreno Catena “*con el impulso procesal el*

⁸⁷ CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal II*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1991. Pág. 218.

⁸⁸ Así lo ha sostenido Ramiro Podetti en su obra titulada *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, para quien: todas las resoluciones dictadas en el curso del proceso (interlocutorias), tienen por fin y se encaminan, directa o indirectamente, a preparar o facilitar la decisión final (sentencia). PODETTI, J Ramiro. *Op Cit*. Pág. 407.

⁸⁹ CATENA, Víctor Moreno, *eat al. Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1993. Pág. 266.

⁹⁰ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1958. Pág. 298.

órgano judicial hace lo necesario para que el proceso prosiga su marcha, dando ocasión a las partes para que realicen los actos que son efecto directo de los anteriormente realizados; de otra parte, los jueces dirigen el proceso desde el punto de vista material dando al mismo la ordenación que se requiere en cada caso... el juez ordena materialmente el proceso, por ejemplo, cuando decide recibir el pleito a prueba, cuando rechaza la practica de un medio probatorio, cuando pide explicaciones al perito..”⁹¹. Lo que nos deja claro, que son un tipo de resoluciones de mero tramite, dictadas por el juzgador en el curso del proceso, con el único propósito de llevar a este último, a través de sus distintas etapas preclusivas, para el pronunciamiento posterior o final de la sentencia de fondo.

B) LOS AUTOS: la resolución judicial dice Víctor Moreno Catena *“toma forma de auto cuando deciden recursos contra providencias, o cuando resuelve cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad de procedimiento o en aquellos otros supuestos en los que las leyes procesales imponen la forma de auto”⁹², esta definición literal que transcribe Víctor Moreno Catena de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, si bien es muy amplia en su objeto y contenido, excluye un tipo fundamental de resoluciones interlocutorias, que existen en la mayoría de legislaciones de los países, las cuales recaen sobre la relación jurídica formal y tiene por objeto ponerle fin al proceso haciendo imposible su continuación, nos referimos a los autos definitivos, que en el decir de Couture *“la clasificación corriente en materia de interlocutorias es la que distingue entre interlocutorias simples e interlocutorias con fuerza de definitivas. Estas ultimas difieren de las primeras en que, teniendo la forma de interlocutorias, hacen imposible, de**

⁹¹ CATENA, Víctor Moreno, *eat al. Op Cit.* Pág. 265.

⁹² *Ibídem.* Pág. 266.

*hecho y de derecho, la prosecución del juicio*⁹³. Debido a ello, consideramos pertinente, definir el auto, como aquel tipo de resolución interlocutoria, dictada en el curso del proceso sobre la relación jurídica formal, que tiene por objeto resolver, en el sentido más genérico, cualquier cuestión incidental sobrevenida en el curso del proceso o ponerle fin a la resolución jurídica procesal, que requieren para ser pronunciadas sustanciación previa y motivación por el juzgador. Siendo notas distintivas de este tipo de resolución, primero, la naturaleza interlocutoria, debido a que son dictadas en el curso o desarrollo del proceso; segundo, el objeto, que es, como se dijo anteriormente, en el sentido más genérico, resolver cualquier incidente surgido en el desarrollo del proceso, comprensivo de nulidades, medidas cautelares, incidentes procesales, cuestiones meramente accesorias, etc., o ponerle fin a la relación jurídica procesal; tercero, la sustanciación, debido a que constituye requisito previo para su pronunciación, que este precedido de una contradicción entre ambas partes del proceso para su decisión; y, cuarto, requieren además para ser pronunciadas que la resolución sea motivada fáctica, jurídica y probatoriamente por el juzgador.

2.2.4.2 LAS RESOLUCIONES DEFINITIVAS

Las resoluciones de fondo reciben el nombre de sentencias y son las que deciden la pretensión aducida por las partes estimándola o rechazándola, *“el vocablo sentencia proviene -según el doctor Amaya- de la voz latina “sintiendo”, vale decir “sintiendo”, es decir, juzgando, opinando, criticando”*⁹⁴, mediante la sentencia el juez aprecia, considera, juzga y decide la pretensión aducida por las partes, modernamente la doctrina ha reservado

⁹³ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 302.

⁹⁴ AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit.* Pág. 25.

exclusivamente el nombre de sentencia para la resolución final que estima o desestima la pretensión de las partes, al respecto Montero Aroca ha dicho que *“La sentencia es el acto procesal del juez (unipersonal) o del tribunal (colegiado) en el que se decide, sobre la estimación o desestimación (total o parcial) de la pretensión ejercitada por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de la clase de resolución judicial que se prevé para decidir sobre el fondo del asunto. Si las resoluciones interlocutorias (providencias y autos) sirven para la ordenación formal y material del proceso, la sentencia atiende al fondo del asunto, es decir, por medio de ella se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión”*⁹⁵, en relación a este tipo de resolución sería importante señalar además como lo ha sostenido la doctrina de manera unánime, que la sentencia constituye la forma normal de concluir el proceso. Siendo notas distintivas por ello, de este tipo de resolución, uno, el carácter de definitivo, pues con su pronunciamiento, el juzgador le pone fin tanto a la relación jurídica material controvertida, como a la relación jurídica procesal; dos, su contenido, este tipo de resolución declara estimada o desestimada la pretensión del demandante; tres, es un acto proveniente exclusivamente del órgano jurisdiccional, pues es a este, a quien con carácter exclusivo corresponde en el ejercicio de la jurisdicción dirimir los conflictos surgidos entre los particulares mediante la aplicación del derecho. No entraremos en mayor análisis respecto de las resoluciones de fondo denominadas sentencia, debido a que es unánime la doctrina en cuanto a la naturaleza, objeto, requisitos, efectos y finalidad de este tipo de resolución.

⁹⁵ MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Derecho Jurisdiccional Civil II Proceso Civil*. Decima edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001. Pág. 341

2.2.5 CLASIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL 2010

Nuestro CPCM ha establecido una clasificación tripartita de las resoluciones que pueden existir legalmente en el proceso, manteniendo la tradicional clasificación de resoluciones que contemplaba el centenario Código de Procedimiento Civiles derogado, con la variante de que respecto de los autos que el anterior código denominaba sentencias interlocutorias los ha subdividido únicamente en autos simples y en autos definitivos, los cuales aunque con idéntico objeto el anterior código los subdividía en sentencias interlocutorias simples, interlocutorias con fuerza de definitiva e interlocutorias que le ponían fin al proceso haciendo imposible su continuación, según los artículos 417, 418 y 419 del Pr. C⁹⁶. Habiendo señalado la anterior variante, encontramos que el artículo 212 del CPCM ha dispuesto que “las resoluciones judiciales pueden ser decretos, autos y sentencias”, esta clasificación y denominación tripartita de las resoluciones judiciales fue propuesta por el tratadista J. Ramiro Podetti⁹⁷ en su obra sobre Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, para facilitar una elaboración jurisprudencial y doctrinaria de las diversas clases de resoluciones judiciales y evitar lo multivoco y ambiguo de las denominaciones empleadas, Este criterio de clasificación de las resoluciones judiciales responde según Claria Olmedo⁹⁸ a la finalidad concreta que las resoluciones persiguen, es decir,

⁹⁶ Respecto a la clasificación de las resoluciones judiciales el artículo 417 Pr. C derogado establecía: “sentencia es la decisión del Juez sobre la causa que ante él se controvierte. Es interlocutoria o definitiva”. En relación a las sentencias interlocutorias y definitivas este código disponía en el artículo 418: “sentencia interlocutoria es la que se da sobre algún artículo o incidente. Definitiva es aquella en que el Juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado. Las sentencias interlocutorias se llaman también autos”. Y respecto de los decretos de sustanciación este código disponía también, en el artículo 418 que: “las otras providencias que expide el Juez en el curso de la causa se llaman decretos de sustanciación”.

⁹⁷ PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 410.

⁹⁸ CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Op Cit.* Pág. 218.

sobre el diverso objeto que puede recaer la decisión del juzgador durante el desarrollo del proceso. Este criterio de clasificación tripartita de las resoluciones judiciales, que las divide en decretos, autos y sentencias, fue propuesto por Podetti⁹⁹, en el artículo 86 del Anteproyecto Nacional del Código Procesal Civil de Mendoza, y trasladado directamente a nuestro nuevo CPCM.

2.2.5.1 LOS DECRETOS

Este tipo de resolución, cuya denominación en el Código de Procedimientos Civiles era decretos de sustanciación¹⁰⁰, son según el inciso 1º del artículo 212 del CPCM aquel tipo de resoluciones que “tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso”, es importante relacionar este tipo de resoluciones, con el principio de dirección y ordenación del proceso contemplado en el artículo 14 del CPCM, pues es ahí donde se desarrolla lo atinente al objeto de estas resoluciones, en relación al impulso procesal este artículo dispone que *“iniciado el proceso, el juez impulsará su tramitación, disponiendo las actuaciones oportunas y adecuadas para evitar su paralización, adelantando su tramite con mayor celeridad posible”*, y respecto a la ordenación material del proceso este mismo artículo dispone que *“el juez... será responsable de la ordenación del proceso”*; como ejemplos de resoluciones que toman la forma de decretos podemos mencionar la resolución que señala día, lugar y hora para la celebración de la audiencia preparatoria o a la audiencia probatoria, artículo 290 y 311 inc. 2 CPCM, el decreto por medio del cual se convoca a la partes a la practica de un reconocimiento judicial, artículo 392 CPCM.

⁹⁹ PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 410.

¹⁰⁰ Según el artículo 419 Pr. C “las otras providencias que expide el Juez en el curso de la causa se llaman decretos de sustanciación”.

2.2.5.2 LOS AUTOS

Se subdividen a su vez en autos simples y en autos definitivos.

A) LOS AUTOS SIMPLES

Los autos son simples de conformidad al inciso 2º del artículo 212 del CPCM “si se dictaren, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades”, tenemos, de acuerdo a esta definición legal, que el objeto sobre el cual recae el auto simple puede ser quíntuple, veamos cada uno de los supuestos que puede tener por objeto el auto simple:

Primero, resolver un incidente, “la palabra viene del latín incidere, “sobrevinir”, interrumpir. De manera que incidente es lo que sobreviene en el curso de algún asunto o pleito, según dijera Escriche. Se explica que por incidente, en general, se ha de entender la cuestión accesoria que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o procesamiento de la pretensión. En doctrina, los incidentes también se denominan artículos o articulaciones: pequeños procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo, que tienen relación inmediata y directa con el asunto principal. Una cuestión puede ser calificada de incidente, en tanto origine una resolución con independencia de la cuestión principal en que aparece. Si caminando el proceso, una actividad extraña a la proyectividad natural del mismo afecta la eficacia procesal, se debe hablar de un incidente. Hay todo un conjunto de manifestaciones en el proceso que no atañan a su marcha y a las cuales se les ha calificado de incidentes con trámite separado: un incidente es algo que interfiere, algo que se inserta en

*el recorrido procedimental. Al lado de la cuestión principal pueden presentarse en el curso del proceso, cuestiones accesorias a las cuales la ley indica un tramite decisorio especial previo*¹⁰¹, a tono con la definición anterior el doctor Carlos Amílcar Amaya ha sostenido que debe entenderse por incidente *“todo acontecimiento o cuestión que se susciten durante la tramitación del pleito, que tiene alguna conexión directa o indirecta con el proceso, y por lo tanto ajena a la cuestión principal”*¹⁰², como ejemplo de cuestiones incidentales que se resuelven mediante autos simple, podemos mencionar la resolución que resuelve el incidente de falta de competencia, según el artículo 41 del CPCM, la decisión sobre el incidente de integración de un litisconsorcio, según el artículo 79 CPCM, la resolución que decide el incidente sobre la intervención de un tercero en el proceso, según el artículo 84 del CPCM, la decisión sobre el incidente de sucesión procesal, según artículos 86 y 88 del CPCM, la decisión que recae sobre el incidente de acumulación de recursos, según el artículo 96 del CPCM, la resolución que recae sobre el incidente de acumulación de procesos, según los artículos 114 y 117 del CPCM, etc., todos estos ejemplos constituyen articulaciones procedimentales dentro de la estructura normal y general del proceso, que se insertan, sobrevienen o surgen en el curso o desarrollo del proceso que se deciden mediante las resoluciones interlocutorias denominadas en nuestra legislación autos simples. En todos estos casos, en que la resolución, adopta la forma de auto simple, procede, contra esta resolución, el recurso de revocatoria, según artículo 503 CPCM.

Segundo, acordar medidas cautelares, que a nuestro criterio debería decir “para acordar o denegar medidas cautelares”, pues debe de contemplarse

¹⁰¹ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 485 y 486.

¹⁰² AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit.* Pág. 30.

tanto el aspecto positivo como negativo de la decisión del juzgador, pues la misma no necesariamente ha de ser favorable al demandante que solicita la medida cautelar, debido a que su otorgamiento esta sujeto al cumplimiento de ciertos presupuestos procesales; superado lo anterior debemos entender por medida cautelar aquellas medidas que tienen por objeto asegurar al demandante el efectivo cumplimiento de la eventual sentencia que le resulte favorable, el CPCM ha sido claro en los presupuestos que deben cumplirse para acordar las medidas cautelares, lo primero que exige para su otorgamiento es que exista peligro de cumplimiento de la sentencia, inc. 1º artículo 433, conocido doctrinariamente este requisito como peligro de fuga o *periculum in mora*, y segundo que la sentencia pueda resultar eventualmente favorable al demandante, inc. 2º artículo 433, conocida doctrinariamente como apariencia de buen derecho o el famoso *fomus bonus iuris*; dentro del catalogo de medidas cautelares que ha enumerado el código podemos mencionar principalmente como ejemplos la anotación preventiva de la demanda, el embargo, el secuestro preventivo de bienes, la orden judicial para cesar provisionalmente una actividad, todas establecidas en el artículo 436 del CPCM; en todos estos casos, y en otros, el acuerdo o denegatoria de la medida cautelar debe decidirse por medio de una resolución interlocutoria denominada auto simple, y contra este auto simple procede, tanto cuando se concede, como cuando se deniega la adopción de la medida cautelar, el recurso de apelación, de acuerdo al artículo 508 y 453 inc. 4º CPCM.

Tercero, para definir cuestiones accesorias, accesorias son las pretensiones que se subordinan o dependen de la cuestión principal, es decir, de la pretensión principal, de ella se derivan normalmente pretensiones accesorias, que requieren un pronunciamiento judicial especial mediante resolución, para determinar si serán o no parte del objeto litigioso, prueba y

pronunciamiento en la resolución final, este es el objeto al que hace referencia la disposición cuando establece que los autos simples sirven entre otros propósitos para definir cuestiones accesorias, como ejemplo de cuestiones accesorias que decide el juzgador mediante autos simples tenemos los intereses, frutos, rentas, daños y perjuicios, costas procesales, etc., de estas pretensiones accesorias nos hablan el inciso 2º del artículo 243 y el inciso 2º del artículo 305, ambos del CPCM y se resuelven mediante las resoluciones interlocutorias denominadas autos simples.

Cuarto, para resolver una nulidad, para abordar correctamente el tema de las nulidades procesales debemos acudir a la doctrina, *“la nulidad procesal es -según Beatriz Quintero- una sanción que priva al acto procesal de sus efectos formales... cuando el acto procesal no llena los requisitos de forma, aparece un defecto o falta de naturaleza procesal, un vicio formal... Las faltas formales pueden referirse a los actos de las partes, o del juez, o afectar la expresión del objeto litigioso, o la forma del acto o el tiempo. Mas aun, por la mayor o menor trascendencia de la falta, puede viciar un solo acto o producir efectos en una serie de ellos o en todo el proceso. Si un acto procesal es perfecto en su forma pero equivocado en su contenido, es un acto injusto, contrario a derecho, pero no un acto nulo. La nulidad procesal nace del apartamiento de las formas, jamás tiene referencia con el contenido del acto. La nulidad procesal es un error en las formas, no en los fines de justicia queridos por la ley o la Constitución, sino en los medios para hacer esos fines”*¹⁰³, la formalidad del acto procesal esta señalada en la ley, pero esto no significa que toda infracción a la forma del acto procesal produce la nulidad automática del mismo, al efecto el CPCM a dispuesto como regla

¹⁰³ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 470.

general que “*los actos procesales serán nulos solo cuando así lo establezca la ley*”, artículo 232 CPCM, lo que significa, que no toda infracción a los requisitos de forma del acto han de producir su nulidad, sino solo cuando la ley expresamente así lo disponga, aunque como excepción a esta regla se ha dispuesto que deberán declararse nulos: primero, si los actos procesales se producen o realizan ante o por un tribunal que carece de jurisdicción o competencia que no pueda prorrogarse; segundo, si el acto procesal se realiza mediante violencia o intimidación o mediante la comisión de un acto delictivo; y tercero, si se han infringido los derechos constitucionales de audiencia o defensa, en estos casos aunque la ley no disponga taxativamente la nulidad del acto procesal, si se realiza bajo los anteriores supuestos podrá denunciarse y declararse la nulidad en cualquier estado del proceso debido a que en estos se atiende a la trascendencia de la infracción a la forma y a la protección del derecho de defensa¹⁰⁴, de la parte perjudicada.

Las nulidades procesales se dividen o clasifican según la normatividad del CPCM en *absolutas y relativas*, la nulidad absoluta es aquella que afecta a la totalidad de actos procesales realizados en el proceso, mientras que la nulidad es relativa, cuando solo afecta a uno o ha determinados actos procesales de la totalidad de ellos realizados en el proceso; *subsanales e*

¹⁰⁴ Según nuestra Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia **REF. 284-C-2007. 08/10/2008.** “existen dos principios fundamentales -entre otros tantos- que rigen en materia de nulidades: el de protección y el de trascendencia. El primero, encaminado a garantizar los derechos de la parte afectada por el vicio, y el segundo, referido a que resulta insuficiente la concurrencia de una irregularidad para que se produzca la nulidad, si ello no conlleva perjuicio a cualquiera de las partes en el juicio. El Art. 1115 Pr. C. sustenta esos principios cuando estatuye que «Ningún trámite o acto de procedimiento será declarado nulo si la nulidad no está expresamente determinada por la ley. 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”.

insubsanales, artículo 236 CPCM, una nulidad es subsanable cuando el vicio de forma de que adolece el acto procesal es susceptible de ser convalidado expresa o tácitamente por la parte a la cual perjudica o afecta la misma, mientras que la nulidad es insubsanable, cuando el vicio de que adolece el acto procesal no es susceptible de ser convalidado ni expresa, ni tácitamente por la parte a la cual afecta o perjudica el vicio de forma del acto; *preclusivas y no preclusivas*, artículo 235 CPCM, la nulidad procesal, es preclusiva cuando el vicio de forma de que adolece el acto procesal solo puede ser denunciado en un único y perentorio momento procesal por la parte a quien afecta, mientras que la nulidad procesal no es preclusiva, cuando puede declararse en cualquier estado del proceso de oficio por el tribunal o a instancia de parte; *dispositivas y oficiosas*, artículo 235 CPCM, la nulidad procesal es dispositiva cuando el vicio del que adolece el acto procesal únicamente puede ser denunciado por la parte a quien este afecta o perjudica, mientras que la nulidad oficiosa, es aquella que puede ser denunciada además de la parte a quien perjudica por el tribunal de oficio en cualquier estado del proceso.

Respecto de la clasificación que divide a las nulidades en insubsanales y absolutas, conviene plantearnos a manera de ejemplo el siguiente caso hipotético: si se declara la nulidad del proceso por falta de competencia por razón de la materia, cuantía o grado, mediante que tipo de resolución se va a declarar este tipo de nulidades, mediante el auto simple que la ley ha dispuesto que debe de hacerse o mediante un auto definitivo, claro esta que el juzgador que carece de este tipo de competencia no puede seguir conociendo del proceso, pero consideramos que en este caso lo correcto es, primero, declarar la nulidad absoluta e insubsanable mediante el auto simple que la ley ha dispuesto, y simultáneamente ponerle fin al proceso mediante un auto definitivo.

Y quinto, entre otros propósitos, según la disposición legal citada, el auto es simple, si tiene, *entre otros propósitos*, resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades, de estos últimos cuatro aspectos que puede tener por objeto el auto simple hablamos en las líneas anteriores, pero cuales pueden ser otros propósitos que pueden tener por objeto los autos simples, este objeto del auto simple, viene a constituir una categoría genérica de agrupación de las resoluciones judiciales, en la que han de quedar comprendidas o incluidas todo aquel tipo de resolución: uno, que no sean decretos; dos, que sean autos simples pero que no tengan por objeto resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; tres, los autos que no sean definitivos; y cuatro, las resoluciones que no sean sentencias, de ahí que podamos establecer la siguiente conclusión, si el objeto sobre el que recae la resolución no tiene ninguno de los cuatros supuestos anteriormente enumerados, nos encontramos ante una resolución interlocutoria denominada, auto simple. Como ejemplos de estos otros propósitos que puede tener por objeto el auto simple podemos mencionar, el auto por medio del cual se admite la demanda, artículo 279 del CPCM; el auto por medio del cual se admite o deniega un medio probatorio, artículo 317 del CPCM; el auto por medio del cual el juez ordena el aseguramiento de la prueba, artículo 324 CPCM; el auto por medio del cual se resuelve el recurso de revocatoria, artículo 505 del CPCM, entre otros; en todos estos casos y en otros la resolución interlocutoria ha de tomar la forma de auto simple.

B) LOS AUTOS DEFINITIVOS

Los autos son definitivos, si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este

código, artículo 212 CPCM; aunque con una denominación diferente, pero con idéntica naturaleza y finalidad a las sentencias interlocutorias que le ponían fin al proceso haciendo imposible su continuación del Código de Procedimientos Civiles derogado, nos encontramos ante las figuras que tradicionalmente se han conocido como formas anormales de terminar o poner fin al proceso que se deciden mediante las resoluciones denominadas autos definitivos, pues aunque no constituyen sentencias, por no pronunciarse sobre el objeto del proceso, que es la pretensión, como su nombre lo indica, el efecto de este tipo de resolución es que le ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación, independientemente de que el proceso se encuentre en primera instancia o en grado de apelación o casación, a lo anterior se refiere la disposición cuando dice que los autos son definitivos si le ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación por vía de recurso, ya sea el de apelación que abre la segunda instancia, artículo 508 CPCM, o el de casación, que aunque no constituye una tercera instancia del proceso, es un medio extraordinario de impugnación de las resoluciones judiciales, artículo 519 CPCM.

El CPCM contempla diversas figuras procesales que se resuelven mediante autos definitivos, cuya característica esencial de este tipo de resoluciones, es que le ponen fin al proceso haciendo imposible su continuación, entre todas debemos resaltar principalmente la resolución que declara: la improponibilidad de la demanda¹⁰⁵, entendida esta en su sentido estricto y no

¹⁰⁵ Según Jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil: **REF. 218-C-2007. 27/03/2008** “Jurídicamente, existen tres supuestos de Improponibilidad jurídica de la demanda: “a) Improponibilidad subjetiva o falta de legitimación. Es la facultad oficiosa del juez para decidir antes de dar traslado de la demanda si las partes tienen legitimación para demandar o ser demandadas, y si esta carencia es manifiesta, el juez rechaza in limine la demanda. b) Improponibilidad objetiva. Cuando de forma grave y evidente la pretensión carece de sustento legal o la demanda tiene por objeto algo que es inmoral o prohibido c) Falta de interés. El interés de las partes para litigar debe ser real, con el objeto que la resolución judicial recaiga en algo concreto, evitándose declaraciones a abstractas”

en el sentido legal del código procesal que pueda inducir a errores procesales o *in procedendo*, según el artículo 277 del CPCM, la inadmisibilidad de la demanda por el incumplimiento de sus requisitos formales¹⁰⁶, según el artículo 278 del CPCM, el desistimiento como manifestación expresa del demandante de no querer continuar con la tramitación del proceso o recurso, según el artículo 130 del CPCM, la caducidad de la instancia como inactividad procesal del demandante o recurrente por un lapso determinado de tiempo, según el artículo 133 del CPCM, la estimación de la excepción de falta de litisconsorcio, cuando sea necesaria u obligatoria la intervención de varios sujetos procesales en calidad de demandantes o demandados, según el artículo 77 del CPCM, la estimación de la excepción de litispendencia, cuando se estén sustanciando simultáneamente dos o mas procesos entre los mismos sujetos, el mismo objeto procesal y la misma causa de pedir, según el artículo 109 del CPCM, la estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando se pretenda iniciar nuevamente un proceso sobre el que ya existe un juzgamiento anterior entre las mismas partes, el mismo objeto procesal y la misma causa de pedir, según el artículo 302 del CPCM, la incomparecencia de las partes a la audiencia preparatoria, según el artículo 291 del CPCM, en todos estos casos que se le pone fin al proceso haciendo imposible su continuación, el juzgador dicta una resolución interlocutoria denominada auto definitivo; no así respecto del allanamiento y la renuncia como actos dispositivos del objeto procesal por las partes, debido a que aunque son formas anormales de ponerle fin al proceso, el mismo código a dispuesto que deben resolverse

¹⁰⁶ Así lo ha sostenido la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil: **REF. 218-C-2007. 27/03/2008.** “Los presupuestos procesales de forma, son aquellos requisitos sin los cuales no se constituye una relación procesal válida; cuya ausencia deja al tramite seguido como un proceso inválido, entre estos esta la observancia de los requisitos de la demanda (o la demanda en forma, por lo que la demanda debe reunir los requisitos de forma que la ley procesal señala)”.

mediante sentencia y no mediante auto definitivo, artículo 129 y 131 CPCM. En esencia, esto se debe, a que se ha producido un pronunciamiento sobre el objeto del proceso, la pretensión, y simultáneamente se le ha puesto fin a la relación jurídica formal o procesal.

2.2.5.3 LAS SENTENCIAS

Según el inciso final del artículo 212 del CPCM las sentencias “*deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso*”, inciso 3º del artículo 212 CPCM. De manera muy acertada el nuevo CPCM a reservado exclusivamente el termino “sentencia” para la resolución final que decide la relación jurídica material y que constituye el objeto del proceso, la pretensión, superando de esta manera la errada denominación del Código de Procedimientos Civiles que consideraba a algunas resoluciones que no constituían en esencia sentencias¹⁰⁷, pero que les otorgaba dicho titulo, sin agregar a la denominación el calificativo de definitiva que le daba el anterior Código de Procedimientos Civiles.

2.2.6 CONGRUENCIA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Según el procesalista Colombiano Devis Echandia “*Se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido y alcance de las resoluciones judiciales que deben proferirse a instancia de parte y de acuerdo al sentido y alcance de tal instancia, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones de los litigantes, oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue*

¹⁰⁷ Según el artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles: “sentencia es la decisión del juez sobre la causa que ante el se controvierte. Es interlocutoria o Definitiva”.

*facultades especiales para separarse de ellas*¹⁰⁸, la congruencia de las resoluciones judiciales es entonces la correspondencia exacta entre estas y las peticiones formuladas por las partes durante el inicio, desarrollo y terminación del proceso. Este principio según Devis Echandia¹⁰⁹ no es exclusivo de la sentencia, sino de toda resolución judicial, pero dice: “*es en la sentencia en donde este principio reviste su mayor importancia, por tratarse del acto procesal del juez que satisface la obligación de proveer, impuesta por el ejercicio de la acción, y del derecho de contradicción, y que resuelve sobre las pretensiones incoadas en la demanda y las excepciones que tienden a desvirtuarla*”¹¹⁰, la congruencia, entonces, de las resoluciones judiciales, es un principio limitador de la facultad decisoria del tribunal, que debe ser respetado en todo tipo de resolución, no siendo exclusivo, en consecuencia, únicamente de la sentencia, a manera de ejemplo, nuestro código ha dispuesto, respecto de las medidas cautelares que se deciden mediante un auto simple: que estas se decretaran a petición de parte y que el juez no podrá ordenar otras medidas cautelares mas gravosas que las solicitadas, de conformidad al artículo 432 del CPCM, esta demás comentar que esta es una manifestación del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, aplicable a los autos simples.

Las incongruencias de que pueden adolecer las resoluciones judiciales pueden ser de tres tipos, uno, incongruencia por *plus o ultra petita*, “*significa esta incongruencia que la sentencia no debe otorgar cuantitativamente mas de lo pretendido en la demanda; pero, en cambio, no se afecta la congruencia cuando la sentencia concede menos de lo pedido por el demandante, porque entonces esta resolviendo sobre la totalidad de la*

¹⁰⁸ ECHANDIA, Hernando Davis. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Aguilar S.A de Ediciones. Madrid, España, 1966. Pág. 536.

¹⁰⁹ *Ibidem*. Pág. 536.

¹¹⁰ *Ibidem*. Pág. 536.

*pretensión, aunque limitándola a lo que el juez considere probado*¹¹¹; dos, incongruencia por *extra petita*, “*existe esta incongruencia cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra y cuando, además de otorgar las primeras, concede algo adicional*”¹¹²; y tres, incongruencia por *citra petita*, “*se trata de dejar de resolver sobre el litigio o no hacerlo sobre algún punto de la pretensión o sobre alguna excepción perentoria o dilatoria*”^{113, 114}. Esta limitante jurídica para el juzgador al pronunciar las resoluciones judiciales la contempla expresamente nuestro CPCM al disponer que “*el juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. No podrá otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes*”, de conformidad al inciso 2º del artículo 218 de nuestro CPCM.

2.2.7 FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Punto importante en materia de recursos es saber en que momento las resoluciones judiciales son firmes o han adquirido firmeza, pues, es a partir de ese momento que la resolución no admite ni puede ser modificada,

¹¹¹ ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 541.

¹¹² *Ibidem.* Pág. 543.

¹¹³ *Ibidem.* Pág. 543.

¹¹⁴ La incongruencia de las resoluciones judiciales, como motivo específico, fundante del recurso de casación, se da según el criterio de la Sala de lo Civil: **REF. 277-C-2007. 10/12/2008**, “Cuando no existe conformidad entre lo resuelto en el fallo con las pretensiones hechas valer en el juicio por las partes”. **REF. 26-C-2007. 24/11/2008**. “Además se ha sostenido por la Sala que el submotivo de casación alegado (fallo incongruente) forma parte del principio de congruencia en las resoluciones judiciales, que es la correspondencia o conformidad de lo resuelto en el fallo, con las pretensiones hechas valer en el juicio, por las partes. La falta de congruencia entre lo pedido y lo resuelto, produce el submotivo de casación. Este vicio puede presentarse en tres formas: a) cuando se otorga más de lo pedido, b) cuando se otorga algo distinto a lo pedido y c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido”.

revocada o anulada por ningún tipo de recurso o medio de impugnación en sentido estricto. Según Beatriz Quintero y Eugenio Prieto *“la firmeza de las providencias es lo que la doctrina conoce como la ejecutoria de las mismas. Una providencia es firme o esta ejecutoriada cuando en su contra no caben recursos. No caben, bien sea porque no los tiene o porque teniéndolos se dejó transcurrir el tiempo sin interponerlos. O porque los recursos previstos para la providencia fueron interpuestos y han sido debidamente resueltos”*¹¹⁵. De lo anterior podemos inferir que la ejecutoria o firmeza de la resolución puede derivar de tres supuestos, cada uno de ellos independiente del otro, uno, porque no existen recursos que interponer contra la resolución, nos encontramos frente aquellos supuestos en los que la ley no ha previsto, ni determinado la procedencia legal de ningún tipo de recurso en contra de la resolución o la ha declarado así misma expresamente irrecurrible, en estos casos la firmeza es automática, esto se debe a que el recurso es de configuración legal, y las partes solo tienen derecho a interponer los recursos previstos en la ley; dos, porque existiendo recurso legalmente contra la resolución no se interpuso, nos encontramos en este supuesto ante una aceptación tácita del contenido decisorio de la resolución por la parte agraviada con la resolución, en este caso la ley si ha previsto el recurso que procede en contra de la resolución, pero la parte agraviada no hizo uso del mismo en el tiempo de interposición¹¹⁶; y tercero, porque se interpuso el

¹¹⁵ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 495.

¹¹⁶ Así lo ha sostenido nuestra Sala de lo Civil: **REF. 286-CAC-2008. 09/09/2011.** “Para que una sentencia produzca efecto, es necesario que cause ejecutoria, lo cual tiene lugar cuando de ella no hay recurso alguno, bien sea porque la ley lo niega o bien porque las partes no hayan querido hacer uso de lo que aquélla les franquea, independientemente de que lo resuelto pueda o no volverse a discutir en juicio posterior. En cambio, las sentencias que no solo causan ejecutoria, por no ser ya atacables mediante recursos ordinarios, sino que son inmutables, porque lo resuelto en ellas no puede volverse a discutir en juicio posterior, se dice que pasan en autoridad de cosa juzgada, o que causan estado. A los efectos de una sentencia que causa ejecutoria se le denomina doctrinariamente "cosa juzgada formal", y a

recurso previsto contra la resolución y este ya fue resuelto confirmando la resolución recurrida, en estos casos la firmeza proviene del acto decisorio del recurso que ha sido desestimado por el órgano judicial que lo resolvió.

Ahora bien, el CPCM ha establecido un tratamiento distinto, para la firmeza de cada tipo de resolución judicial, dependiendo del tipo de estas, así: si la resolución es un decreto, el código ha dispuesto en el artículo 227 que estos pueden ser rectificadas y ampliadas en cualquier momento, por razones de forma o fondo, siempre y cuando no cause un perjuicio para alguna de las partes; si la resolución es un auto simple, el código ha establecido en el artículo 228 que estos pueden ser modificados al dictarse la sentencia, siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento; sin embargo, si la resolución es un auto definitivo o una sentencia estos adquirirán firmeza en los tres supuestos doctrinarios anteriormente abordados: primero, cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y ya no existieren otros recursos que procedan contra la resolución, segundo, cuando las partes consientan expresamente la resolución, y tercero, cuando se hubiere dejado transcurrir el plazo de interposición del recurso correspondiente contra la resolución, todo ello de conformidad al artículo 229 del CPCM.

2.2.8 RESOLUCIONES RECURRIBLES

En materia de impugnación de las resoluciones judiciales, es básico e indispensable saber identificar las diversas resoluciones que pronuncia el juzgador en la sustanciación, desarrollo y fin del proceso, esto para saber determinar cual es el recurso que la ley a previsto o reservado contra cada

los efectos de una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada o que causan estado, se le denomina "cosa juzgada material".

tipo de resolución, esto se conoce doctrinariamente con el tema que se refiere a la configuración legal del recurso, es decir, que solo son recurribles las resoluciones que la ley así lo dispone y por el recurso que la misma ha establecido. En respeto a esta configuración legal del recurso, nuestro CPCM a dispuesto que son recurribles: *a) mediante el recurso de revocatoria*: los decretos de sustanciación y los autos no definitivos, es decir, los autos simples, de conformidad al artículo 503 del CPCM; *b) mediante el recurso de apelación*: las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso (los autos definitivos), así como las resoluciones que la ley señala expresamente, según lo establecido en el artículo 508 del CPCM¹¹⁷; y *c) mediante el recurso de casación*: las sentencias¹¹⁸ y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor;

¹¹⁷ Es importante señalar la dependencia de las resoluciones recurribles en casación, de la recurribilidad de las resoluciones mediante el recurso de apelación, según criterio de nuestra Sala: **REF. 56-CAC-2008. 04/11/2008.** “La Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, por medio de la interlocutoria pronunciada a las doce horas y treinta minutos del diecisiete de enero del año en curso, declaró ilegal la alzada puesto que la resolución de la cual se apeló, no admite el recurso en referencia por ser una interlocutoria simple, de conformidad a lo que establece el Art. 986 Pr.C. En ese orden de ideas tratándose de la resolución de la que ahora se recurre en casación, de aquellas a las que la ley les niega tal recurso (alzada), por el hecho que se recurrió de una resolución inapelable en base al Art.986 Pr.C, se infiere que el recurso de casación que ahora se interpone resulta improcedente, pues no siendo posible apelar de la interlocutoria referida, la misma no estaría dentro de aquellas a las que la "Ley de Casación" les concede dicho recurso. Art. 1 L. de C. Y es que al permitir el recurso de casación en esas circunstancias, se estaría frente a una casación persaltum, lo cual es improcedente. En consecuencia, se impone declarar improcedente el recurso que se ha hecho mérito”.

¹¹⁸ Según criterio de nuestra Sala de lo Civil en relación a las resoluciones recurribles mediante el recurso de casación: **REF. 221 -C-2007. 17/11/2008.** “Es importante aclarar que las sentencias definitivas para que sean susceptibles de casación, deben haber sido pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia, y de ninguna manera es posible relacionar las infracciones de los preceptos legales supuestamente violados en relación al Tribunal a quo, circunstancia que ha quedado demostrada, cuando la interponente, menciona reiteradamente en cada folio que compone el escrito de interposición, que es la resolución dictada por la Juez a quo, la que infringe las normas legales mencionadas como violadas”.

asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial, según lo dispuesto en el artículo 519 del CPCM.

2.2.9 PLAZOS PARA DICTAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Cuestión delicada, es, en el CPCM el tema de los plazos procesales para que el juzgador dicte las resoluciones judiciales, pues, a diferencia del anterior Código de Procedimientos Civiles, que le establecía al juzgador límites máximos de tiempo para dictar cada una de las resoluciones judiciales en el desarrollo, sustanciación y decisión de los procesos, el nuevo Código ha omitido establecer al juzgador el lapso de tiempo máximo dentro del cual debe emitir sus resoluciones judiciales, a excepción del plazo para dictar la sentencia, que es el único caso en que si existe un lapso de tiempo para que el juzgador dicte este tipo de resolución e inclusive establece una sanción pecuniaria para el juzgador ante el incumplimiento de este plazo, según el artículo 417 y 430 CPCM. El anterior Código de Procedimientos Civiles, solucionaba la anterior problemática, de manera expresa al disponer que: los decretos de sustanciación se proveerán en veinticuatro horas, artículo 424 Pr. C; las sentencias interlocutorias se pronunciaran dentro de tres días, artículo 423 Pr. C; y, en el caso de las sentencias definitivas, si el proceso fuere ordinario el juzgador debía resolver en el plazo de doce días y si el proceso fuere sumario en el plazo de tres días, artículo 434 Pr. C. Ahora bien, aunque el legislador no ha fijado un límite máximo de tiempo para que el juzgador dicte las resoluciones judiciales denominadas decretos y autos, consideramos que acudiendo a los principios de economía procesal, celeridad procesal, de dirección y ordenación del proceso por el juzgador, al deber del juzgador de resolver y al espíritu del legislador al promulgar el

nuevo CPCM, mínimamente los juzgadores deben de pronunciar sus resoluciones en los plazos establecidos en el anterior Código de Procedimientos Civiles, cuando la resolución sea un decreto o auto.

2.3 LOS PLAZOS PROCESALES

2.3.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS PLAZOS PROCESALES

Toda la actividad procesal realizada en el proceso, incluso la impugnativa, tanto por el juez y por las partes, debe desarrollarse en una determinada oportunidad temporal preclusiva, pues el proceso no está diseñado para durar perpetuamente, sino que -como dijo el Doctor Amaya¹¹⁹- se encuentra ordenado cronológicamente a fin de limitar su duración. En materia de impugnación de las resoluciones judiciales la interposición en el plazo legal, es un presupuesto procesal de admisión de cualquier recurso, pues, si el recurso se interpone extemporáneamente, es decir, fuera del plazo que la ley ha establecido, el recurso se declara inadmisibile, de ahí entonces la necesidad de realizar un estudio y análisis doctrinario y legal de los plazos procesales.

2.3.2 DEFINICIÓN DE PLAZO PROCESAL

Los plazos procesales son según Ramiro Podetti “*los lapsos de tiempo dentro de los cuales pueden o deben cumplirse los actos procesales*”¹²⁰, esta definición comprende varios aspectos distintivos de los plazos procesales, uno, el “lapso”, es decir un periodo o espacio temporal para realizar el acto;

¹¹⁹ AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit.* Pág. 70.

¹²⁰ PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 235

dos, el “tiempo”, no como fenómeno natural ininterrumpido e irrepetible, como lo ha señalado Humberto Briseño Sierra¹²¹, sino como fenómeno medido jurídicamente, mediante el cual se produce el conteo o computo del plazo para realizar el acto procesal, decimos que el tiempo como fenómeno natural no coincide con el tiempo como fenómeno jurídico, pues aquel es constante, sin posibilidad de suspensión o interrupción, mientras que el segundo es inconstante y susceptible de interrupción y suspensión; tres, “dentro del cual”, es decir que para que el acto sea realizado válidamente se establece un límite mínimo y máximo para ejecutar el acto procesal; cuatro “pueden o deben” lo cual depende de si la realización del acto procesal es facultad o carga procesal para el sujeto procesal; y quinto el “acto procesal”, aunque son variados los actos procesales que se realizan en el desarrollo del proceso y su realización depende de la situación procesal de cada sujeto, nos interesan especialmente los actos procesales de las partes que tienen por objeto impugnar una resolución judicial por medio de los recursos procesales.

2.3.3 DISTINCIÓN ENTRE PLAZO Y TÉRMINO

Aunque ordinariamente se confunden e utilizan indistintamente como sinónimos los conceptos plazo y termino en nuestra legislación y en la practica, doctrinariamente son conceptos diferentes, el plazo como anteriormente se dijo es el lapso de tiempo dentro del cual puede o debe

¹²¹ Para Humberto Briseño Sierra: “Astronómicamente, el tiempo sigue una línea interminable, con un punto de actualidad que es el presente. El momento actual, irrepetible y evanescente, se muda del cercano porvenir al pasado inmediato en un constante fluir, cuya instantaneidad resulta imperceptible y apenas captable en la objetividad del hacer diario. Pero en lo jurídico, el tiempo reposa en mediciones exactas. El ayer tienen una ubicación precisa y el mañana una determinación concreta. El presente jurídico no requiere ni adiciones momentáneas, ni de un asiento en las coordenadas de sus extremos; convencionalmente puede estipularse, arbitrariamente cabe extenderlo o reducirlo”. AMAYA, Carlos Amílcar. *Op Cit.* Pág. 71.

cumplirse un acto procesal, el termino a diferencia del plazo “es el límite de tiempo fijado por la ley, por disposición judicial o convenio para realizar válidamente un acto procesal, es decir, es el extremo legal del plazo”¹²², lo que significa que el termino esta dentro o es parte del plazo, pues se refiere esencialmente al límite máximo para realizar el acto procesal. Según Couture “en la terminología española habitual, las palabras plazo y termino se utilizan indistintamente. No ocurre lo mismo en el derecho alemán, en que el termino es el conjunto de días que separan de un momento dado (una audiencia por ejemplo) y plazo el margen de tiempo dentro del cual pueden realizar los actos”¹²³, esta confusión ha sido superada actualmente con la emisión del nuevo CPCM, pues consolida una clara distinción entre los plazos procesales y los términos, y este ha de ser el termino correcto con que han de entenderse ambos conceptos en este estudio.

2.3.4 CLASIFICACIÓN DE LOS PLAZOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL 2010

2.3.4.1 ATENDIENDO A SU ORIGEN

Los plazos se clasifican en legales, judiciales y convencionales. “Los plazos legales son aquellos fijados en su extensión por la ley. Los plazos judiciales son los fijados por el juez para la realización de un acto procesal o la comparecencia al proceso, cuando la ley no los establece. Plazo convencional es aquel que acuerdan los litigantes mediante una convención procesal o bilateral”¹²⁴. En principio respecto a esta clasificación de los

¹²² PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 235

¹²³ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 174 y 175.

¹²⁴ PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 236.

plazos procesales que los divide en atención a su origen en legales, judiciales y convencionales, la mayoría de plazos procesales son fijados o establecidos en su extensión por el legislador en la ley, podemos mencionar como ejemplos de este tipo de plazos legales, el plazo para contestar la demanda en los procesos declarativos comunes, que es de veinte días legales, según lo dispone el artículo 283 del CPCM; el plazo para interponer el recurso de revocatoria, que es de tres días legales, de conformidad al artículo 504 del CPCM; el plazo para interponer el recurso de apelación, que es de cinco días legales, según lo establece el inciso 1º del artículo 511 del CPCM; el plazo para interponer el recurso de casación, que es de quince días legales, de conformidad al artículo 526 del CPCM; el plazo para dictar la sentencia en los procesos comunes, que es de quince días legales, según el artículo 430 CPCM. En defecto de este señalamiento legal o porque la misma lo faculta, se permite que los plazos procesales para realizar un determinado acto procesal sean establecidos en su extensión, por el juzgador, podemos mencionar como ejemplos de este tipo de plazos judiciales, el plazo dado al perito judicial para la realización del correspondiente dictamen, de conformidad al inciso 4º del artículo 381 del CPCM, el plazo señalado por el juez para el reconocimiento de un inmueble, según lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 392 del CPCM, el plazo que concede el juez a una de las partes para que exhiba un documento que se encuentra en poder de esta, según lo contemplado en el inciso 2º del artículo 336 del CPCM; en relación a los plazos convencionales, se ha considerado que estos responden a un estudio mas bien doctrinario, sin ningún tipo de vigencia practica en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

2.3.4.2 EN ATENCIÓN A LA POSIBILIDAD DE AMPLIARSE

Los plazos se dividen en prorrogables e improrrogables. Según el maestro Couture “*son plazos prorrogables aquellos que tienen la posibilidad de extenderse a un numero mayor de días del señalado por la ley o por el juez*”¹²⁵, a contrario *sensu* un plazo es improrrogable cuando no es susceptible de ser ampliado a un numero mayor de días del fijado o establecido por la ley o el juez. En lo referente a esta clasificación de los plazos procesales prorrogables e improrrogables en atención a la posibilidad de ampliarse o no, el CPCM ha establecido como regla general, que los plazos procesales son improrrogables, salvo que la ley disponga lo contrario, artículo 143 CPCM, es decir, que los lapsos de tiempo no son susceptibles de ser ampliados a un numero mayor de días para la realización del acto procesal correspondiente mediante solicitud de la parte o partes. Solo como excepción se ha recogido el principio que también recogía el anterior Código de Procedimientos Civiles, este es, que al impedido por justa causa no le corre término, artículo 146 CPCM. Constituye un ejemplo de plazo prorrogable, el plazo para que el notario diligencie el emplazamiento, que debe realizarlo a mas tardar en el plazo de cinco días después de la entrega de la esquila de emplazamiento, pero prorrogables hasta por un lapso igual, si el demandante alega y prueba causa razonable para la prorroga y la solicita dentro del plazo original, artículo 185 CPCM; el plazo de duración de las medidas cautelares de intervención y administración judicial, según el artículo 441 del CPCM, en estos casos existe la posibilidad de ampliar a un numero mayor de días, la realización o duración de estos actos procesales a petición de la parte interesada.

¹²⁵ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 176.

2.3.4.3 EN ATENCIÓN A LA FORMA QUE EL PLAZO PRODUCE SUS EFECTOS

Los plazos se dividen en perentorios y no perentorios, también conocidos como plazos fatales y no fatales o plazos preclusivos y no preclusivos. El plazo preclusivo, perentorio o fatal según Podetti *“es aquel que por su simple expiración hace imposible el ejercicio de la facultad o el cumplimiento del deber o la liberación de la carga, para los cuales se concedió, sin necesidad de que la contraria pida (...), ni que el juez haga declaración alguna”*¹²⁶, para Couture *“plazos perentorios son aquellos que, vencidos, producen la caducidad del derecho, sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. La extinción del derecho se produce por la sola naturaleza del termino, lo que quiere decir que se realiza por ministerio de ley... la perentoriedad supone que, vencido el ultimo día, se extinguió definitivamente la posibilidad de realizar el acto procesal”*¹²⁷, mientras que los plazos no perentorios *“por oposición a los... perentorios, que producen una caducidad automática... En ellos se necesita un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho procesal”*¹²⁸. Respecto a esta clasificación que divide a los plazos procesales en perentorios y no perentorios en atención a sus efectos, nuestro CPCM ha dispuesto al efecto, como regla general, que los plazos procesales han de ser perentorios, salvo que la ley disponga lo contrario, así lo dispone en el artículo 143 del CPCM, lo que significa en esencia, que los plazos para la realización de un determinado acto procesal, vencen o precluyen de pleno derecho sin necesidad de que la parte contraria lo pida y sin necesidad de declaración del órgano judicial, este ha sido el criterio de nuestra Sala de lo Civil, para distinguir cuando un plazo es

¹²⁶ PODETTI, J Ramiro. *Op Cit.* Pág. 244.

¹²⁷ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 177.

¹²⁸ *Ibidem.* Pág. 177.

perentorio o es no perentorio¹²⁹, y solo como excepción se ha recogido el principio que también recogía el anterior Código de Procedimientos Civiles, este es, que al impedido por justa causa no le corre término, artículo 146 CPCM, son ejemplos de plazos perentorios, el plazo para interponer el recurso de revocatoria, artículo 504 CPCM, el plazo para interponer el recurso de apelación, artículo 511 CPCM, el plazo para interponer el recurso de casación, artículo 526 CPCM; podemos mencionar como ejemplo de plazo no perentorio, el plazo para ejercitar la pretensión de ejecución, que prescribe en dos años después de que quedo firme la resolución, de conformidad al artículo 553 del CPCM, en este caso no basta el simple transcurso del lapso de tiempo fijado en la ley, para que se produzca la caducidad del derecho, sino que es necesario, para que precluya la oportunidad de realizar el correspondiente acto procesal, que la parte contraria pida la caducidad del derecho a realizar un determinado acto procesal y esta sea declarada por el juzgador.

¹²⁹ Este es el criterio de nuestra Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación a esta clasificación de los plazos procesales: **REF. 36-C-2007. 26/05/2011.** “Siendo que estamos frente a un caso en el que se discute la declaratoria de deserción en segunda instancia, por haberse presentado el apelante fuera del plazo del emplazamiento contenido en el Art. 995 Pr. C., es necesario hacer algunas aclaraciones sobre la clasificación de los plazos procesales, siendo para el caso, los plazos perentorios y no perentorios, ya que sus efectos en el Derecho Procesal tienen una especial aplicación. En ese orden de ideas, definiremos ambos plazos. El plazo Perentorio o Preclusivo, es aquel que, vencido, produce caducidad del derecho o el cierre de una instancia, sin necesidad de actividad alguna del Juez ni de la parte contraria, Vgr: el término para apelar, Art. 981 Pr. C.; el término de prueba en los juicios ejecutivos y sumarios civiles, Art. 246 Inc. 3° Pr. C.; el término para recurrir en casación, Art. 8 L.C.; etc., etc. En síntesis, en los plazos perentorios el derecho a realizar un acto procesal, se pierde sólo por el efecto de la ley, o lo que es igual, precluye por el paso del término. A contrario sensu, los plazos no perentorios son aquellos que, vencidos, necesitan de un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho, Vgr.: el demandado para la contestación de la demanda en un juicio ordinario tiene seis días, Art. 516 Pr. C.; sin embargo la no contestación en ese plazo, no hace caducar el derecho de contestarla, pues para hacer perder ese derecho, es necesario que la otra parte pida al juez de la causa que lo declare rebelde, Art. 530 Pr. C. Consecuentemente, en los plazos no perentorios para que se pierda la oportunidad de realizar el acto procesal, la otra parte, tiene que realizar otro acto: pedir el decaimiento del derecho de la parte contraria”.

2.3.4.4 EN RELACIÓN A QUIENES AFECTAN

Los plazos se clasifican en comunes e individuales. *“Se dice que un plazo es común cuando dentro de el la posibilidad de realizar actos procesales corresponde a ambas partes... En cambio, se habla de plazo particular –o individual- cuando el margen de tiempo dado por la ley se refiere tan solo a una de las partes que ha de realizar el acto procesal”*¹³⁰. En relación a esta clasificación que divide a los plazos en comunes o individuales en atención a quienes afectan, nuestro CPCM lo ha contemplado expresamente al disponer en el artículo 145 que *“los plazos establecidos para las partes comenzarán, para cada una de ellas, el día siguiente al de la notificación respectiva, salvo que, por disposición legal o por la naturaleza de la actividad que haya de cumplirse, tengan el carácter de comunes, en cuyo caso aquellos comenzarán a correr el día siguiente al de la última notificación”*, artículo 145 CPCM, haciendo referencia en el primer caso a los plazos individuales o particulares y en el segundo a los plazos comunes. Podemos mencionar como ejemplos de plazos comunes, el plazo fijado para comparecer a la audiencia preparatoria, artículo 290 CPCM; el plazo fijado para comparecer al reconocimiento judicial, artículo 392 CPCM; en estos casos el plazo para la realización del correspondiente acto procesal comienza a correr para ambas partes del proceso, por igual. Son ejemplos de plazos individuales, el plazo para contestar la demanda, que es de veinte días en el proceso declarativo común, 283 CPCM; en estos casos la realización del correspondiente acto procesal solo afecta a una de las partes.

¹³⁰ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 176.

2.3.5 CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

2.3.5.1 INICIO DEL PLAZO: En principio el cómputo de los plazos procesales comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación respectiva, es decir, se excluye el mismo día de la notificación de la resolución como parte del plazo para la realización del correspondiente acto procesal de cada una de las partes del proceso, esto de conformidad al artículo 145 del CPCM.

2.3.5.2 DÍAS Y HORAS HÁBILES: los actos procesales deben de realizarse en días y horas hábiles, de conformidad al artículo 142 del CPCM, pero cuales son los días y horas hábiles a que se refiere esta disposición: según el artículo 84 del Decreto Legislativo sobre las Disposiciones Generales de Presupuestos: *“en todas las oficinas públicas el despacho ordinario será de lunes a viernes, en una sola jornada de las ocho a las dieciséis horas, con una pausa de cuarenta minutos para tomar los alimentos”*¹³¹; Respecto de los días hábiles del año para realizar los actos procesales es la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos la que determinando los días de asueto, que son días inhábiles, nos permite determinar a *contrario sensu* cuales son los días hábiles, el artículo 1 de esta ley dispone así: *“los Empleados Públicos gozarán de Asueto remunerado durante los siguientes días: Todos los domingos y sábados del año; el 1 de mayo, “Día del Trabajo”; el 10 de mayo, “Día de la Madre”; el 15 de septiembre, “Día de la*

¹³¹ Artículo 84 del Decreto Legislativo sobre Disposiciones Generales de Presupuestos, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, Publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y nueve, Tomo doscientos ochenta y uno, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

*Independencia Patria"; y, el 2 de noviembre, "Día de los Difuntos"; además los educadores que prestan sus servicios como tales en el sector público, gozarán de asueto remunerado el 22 de junio, "Día del Maestro". Gozarán de licencia a título de vacaciones, durante tres períodos en el año: uno de ocho días, durante la Semana Santa; uno de seis días del 1º al 6 de agosto, y uno de diez días del 24 de diciembre al 2 de enero inclusive; y el artículo 3 dispone que Los empleados de los departamentos, fuera de San Salvador, gozarán de vacaciones durante los días principales de las respectivas fiestas patronales, según lo indique el reglamento de la presente ley; pero la vacación de agosto se recortará para ellos, en el número de días de vacaciones, que se les conceda con motivo de aquellas fiestas"¹³². Estos días, que la ley ha determinado como inhábiles, nos permite identificar a *contrario sensu* cuales son los días hábiles del año para la realización de los actos procesales.*

2.3.5.3 LUGAR DE LA ACTIVIDAD PROCESAL: cuestión interesante y novedosa que introduce el nuevo CPCM, es, la supresión de la facultad que tenían los sujetos procesales, de presentar escritos en horas y días inhábiles en los juzgados de turno, esta opción queda suprimida a nuestro criterio con base a tres fundamentos: uno, la disposición expresa del inciso 5º del artículo 145 del CPCM que establece que "*los plazos vencen en el último momento hábil del horario de oficina del día respectivo*"¹³³, inciso 5º del artículo 145

¹³² Artículo 1 y 3 de la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, decretada a los cuatro días del mes de Marzo de 1940 y publicada en el Diario Oficial Numero 56, Tomo 128, de fecha siete de Marzo de 1940.

¹³³ Así lo ha sostenido el doctor Oscar Antonio Canales Cisco en el Código Procesal Civil y Mercantil Comentado: "la instauración del precepto aludido rompe con la costumbre insana tolerada por la legislación procesal recién derogada y practicada por algunos abogados litigantes, consistente en presentar escritos mas allá del horario de oficina; estos eran presentados a los juzgados de turno con competencia en lo penal, o bien llevados a la casa de habitación de los funcionarios jurisdiccionales. En ambos supuestos se utilizaba hasta la

CPCM; dos, la regla general contenida en el artículo 142 del CPCM que dispone que la actividad procesal deberá realizarse en días y horas hábiles, días y horas hábiles que anteriormente quedaron establecidos cuales eran; y tres, la obligación que impone el artículo 140 del CPCM de realizar la actividad procesal en la sede del tribunal que conozca de la pretensión, de ahí entonces, que queda excluida, toda posibilidad, de realizar un acto procesal ante un juzgado distinto del que esta conociendo de la pretensión o de realizar la actividad procesal en días inhábiles o en horas inhábiles.

2.3.5.4 LOS PLAZOS FIJADOS EN MESES O AÑOS: según el inciso 3º del artículo 145 del CPCM, estos plazos se computarán de fecha a fecha; pero si en el mes de vencimiento no existiera el día equivalente, se entenderá que el plazo expira el último día del mes, tenemos por ejemplo que el plazo para que se produzca la caducidad de la instancia, es de seis meses, si el proceso se encuentra en primera instancia, y de tres meses, si el proceso se encuentra en segunda instancia, según el artículo 133 CPCM, este por ser un plazo dado en meses su cómputo no se ha de realizar en días hábiles sino en días corridos desde la última notificación, comprendiendo dentro de él tanto los días hábiles como los inhábiles.

medianoche del vencimiento del plazo procesal. Con la vigencia de la nueva normativa, deberán rechazarse aquellas peticiones presentadas fuera del horario normal de oficina por extemporáneos; aunque el tribunal labore para la conclusión de una actuación pendiente". CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Código Procesal Civil y Mercantil Comentado*. Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2010. Pág. 167.

2.3.6 LOS PLAZOS EN CASO DE LITISCONSORCIO

La palabra litisconsorcio proviene del latín *litis*, pleito o litigio, y *consortes*, varios sujetos, y hace referencia a la pluralidad de sujetos que intervienen en el proceso en calidad de demandantes o demandados, o ambos casos. Ahora bien, cual es la forma de computar los plazos procesales en los casos que intervienen una pluralidad de sujetos en calidad de demandantes o demandados, la respuesta a ésta interrogante no es unánime, pues dependerá del tipo de litisconsorcio de que se trate, ya sea un litisconsorcio facultativo o voluntario o un litisconsorcio necesario u obligatorio, en caso del litisconsorcio facultativo la situación es fácil de solventar, debido a que en ese supuesto el plazo comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación respectiva que a cada uno de los litisconsortes se haga, artículo 80 CPCM, y cada litisconsorte se encuentra facultado para nombrar un procurador propio, artículo 85 CPCM; mientras que en el caso del litisconsorcio obligatorio, el plazo no comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación respectiva que se haga a cada uno de los litisconsortes, sino a partir del día siguiente de la última notificación que se haga al último litisconsorte emplazado, citado o notificado, artículo 76 CPCM; aunque posteriormente al emplazamiento de cada uno de los litisconsortes necesarios, se exija, una representación común, artículo 85 CPCM, en cuyo caso, el plazo comienza a correr a partir del día siguiente que se haga la notificación al procurador común de los litisconsortes necesarios, 145 CPCM.

2.3.7 LOS PLAZOS EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS

Los plazos dentro de los cuales deben interponerse los recursos constituyen presupuestos, condiciones o requisitos para la admisibilidad de estos, pues si estos se interponen extemporáneamente, es decir, fuera del lapso de tiempo

previsto en la ley para interponerlos, son declarados inadmisibles, es decir, son rechazados sin entrar al conocimiento de fondo de la impugnación, el fallo. Cada recurso tiene un plazo propio de interposición, plazo que por la naturaleza legal de la configuración del recurso, su extensión esta determinada o fijada por la ley, así tenemos, que el recurso de revocatoria se interpondrá en el plazo de tres días hábiles, de conformidad al artículo 504 del CPCM; el recurso de apelación se interpondrá en el plazo de cinco días hábiles, según lo dispuesto en el artículo 511 del CPCM; y el recurso de casación se interpondrá en el plazo de quince días hábiles, según lo establecido en el artículo 526 del CPCM. En todos estos plazos procesales, las reglas generales de cómputo de estos plazos para la interposición de cualquier recurso son: primero, que los plazos para interponer los recursos son por regla general perentorios e improrrogables; segundo, que el plazo para interponer los recursos comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación de la resolución respectiva; tercero, se toman en cuenta como parte del plazo únicamente los días hábiles; y, cuarto, solo pueden interponerse los recursos en las horas hábiles de cada día del plazo para la interposición, esto es desde las ocho horas del día hasta las dieciséis horas del día.

2.3.8 DISTINCIÓN ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Siguiendo a René Abeliuk Manasevich podemos definir a la prescripción extintiva o liberatoria como *“un modo de extinguir los derechos y acciones ajenos, por no haberlos ejercitado el acreedor durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales”*¹³⁴. Severas críticas ha recibido este instituto jurídico debido a que consideran que mediante ella se puede

¹³⁴ ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Tomo II. Cuarta edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2001. Pág. 1072.

amparar un despojo o que los deudores inescrupulosos puedan eludir el cumplimiento de sus obligaciones, no obstante todo ello, dos argumentos expone la doctrina civil para justificar la existencia de este instituto en el mundo jurídico, una de ellas es, según este mismo autor¹³⁵, la necesidad de estabilizar las relaciones jurídicas de manera que no queden perpetuamente inciertas o indeterminadas, y dos, que la ley no puede suplir la negligencia del acreedor en la protección de su derecho. En nuestro país la prescripción es regulada y establecida a partir del artículo 2231 del Código Civil, disponiendo al efecto, este artículo que, *“la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir los derechos y acciones ajenas, por haberse poseído las cosas o no haber ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”*, artículo 2231 CC. De acuerdo a la anterior definición legal, tenemos que la prescripción se divide en adquisitiva y en extintiva, aunque algún sector de la doctrina niega tal división, pues consideran que la prescripción es una sola, debido a que, la que es adquisitiva para una de las partes es necesariamente extintiva para la otra; nos interesa en este apartado la prescripción que extingue los derechos u acciones judiciales.

Entrando en materia, el inciso 2º de este artículo, dispone, respecto a esta última clase de prescripción, que *“una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción”*, luego, en el artículo 2253 del Código Civil, nos establece los requisitos para que se produzca este tipo de prescripción, así: *“la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercitado dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la acción o derecho ha nacido”*, según esta disposición los requisitos legales para que se produzca la prescripción son: uno, el transcurso del tiempo, que es en

¹³⁵ ABELIUK MANASEVICH, René. *Op Cit.* Pág. 1073.

general de diez años para las acciones ejecutivas y de veinte para las ordinarias, y dos, la inactividad del acreedor durante dicho lapso de tiempo sin que este ejercite mediante demanda la exigencia del cumplimiento efectivo de la obligación por el deudor, la doctrina exige además, aunque la ley no lo establece expresamente como requisito, que la acción sea prescriptible. El segundo requisito que exige la ley para que se produzca la prescripción nos lleva a determinar cuales son las formas mediante las cuales se interrumpe la prescripción: estas son dos, de conformidad a nuestro Código Civil, la prescripción se puede interrumpir naturalmente o civilmente, naturalmente dice el inciso 2º del artículo 2257, por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya sea expresa, ya tácitamente; y se interrumpe civilmente, dice el inciso 3º de esta misma disposición por la demanda judicial, ahora bien, respecto a esta ultima forma de interrumpir la prescripción extintiva, nuestra Sala de lo Civil ha sostenido¹³⁶, que no basta la simple y sola presentación de la demanda para que se interrumpa la prescripción, sino que es necesario además que haya sido contestada la demanda, pues es a partir de este momento que queda trabada la litis y se

¹³⁶ Nuestra Sala de lo Civil ha señalado respecto a la interrupción de la prescripción, como modo de extinción de las acciones judiciales: **REF. 113-C-07. 15/10/2011.** "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente". El inciso segundo expresa: "Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya sea expresa, ya tácitamente. El que reconoce la firma de un documento privado de obligación, reconoce por el mismo hecho que contrajo la obligación expresada en el documento". El inciso final dice: "Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2242". La situación planteada es precisamente esa, si la prescripción extintiva se interrumpe por la simple presentación de la demanda ejecutiva, o si es necesario además el emplazamiento, para que pueda computarse el tiempo desde que la acción o derecho ha nacido; todo de conformidad al Art. 222 Pr. C., que se estima mal interpretado por el tribunal de apelaciones, en relación con el Art. 2242 OS. 1º C. y Art. 2257 Inc. últ. C. Es de acotar, que no es sino al contestarse la demanda que se traba la litis y se tiene por reconocida implícitamente la jurisdicción del tribunal. Aceptar lo que considera la Cámara sentenciadora, se llegaría al extremo que cualquier demanda aunque no sea admitida por falta de requisitos legales bastaría para interrumpir la prescripción extintiva, lo que no es aceptable; sin omitir mencionar, la violación a garantías constitucionales que involucra ese criterio, por la falta de emplazamiento".

tiene por reconocida implícitamente la jurisdicción del tribunal. Ahora bien, como opera la prescripción en el proceso, en principio diremos que no basta para exonerar de responsabilidad al deudor demandado en el cumplimiento de la obligación, la simple concurrencia de los requisitos exigidos en la ley, sino que es necesario además, que sea alegada como excepción perentoria, por el demandado en el proceso, pues no puede ser declarada de oficio por el juzgador, aunque este la haya advertido en la demanda, este plazo debe de computarse tomando como base las reglas establecidas en el Código Civil a partir del artículo 46 y siguientes, y no con base a las reglas de computo de los plazos procesales anteriormente analizados.

Según Abeliuk *“existen tres instituciones en el derecho que tienen alguna proximidad en cuanto a sus efectos y relacionados con plazos: prescripción, caducidad y preclusión”*¹³⁷. Entre estas tres instituciones del derecho, nos interesa distinguir especialmente en este estudio, dos: la prescripción y la caducidad por la relación que tienen ambos con los plazos. La caducidad dice Abeliuk *“se presenta en los casos que la ley establece un plazo para ejercitar un derecho o ejecutar un acto, de manera que si vencido el plazo no se ha ejercitado el derecho o ejecutado el acto, ya no puede hacerse posteriormente”*¹³⁸, y se fundamenta, según este mismo autor¹³⁹, en la necesidad de que determinadas situaciones jurídicas se consoliden definitivamente en los términos, generalmente breves, que establece el legislador en la ley. La doctrina ha establecido, partiendo de las anteriores consideraciones, las siguientes diferencias fundamentales entre la prescripción extintiva y la caducidad: *“1º En la caducidad prima antes que nada el interés señalado del legislador de estabilizar rápidamente una situación jurídica; es su único fundamento, mientras en la prescripción*

¹³⁷ ABELIUK MANASEVICH, René. *Op Cit.* Pág. 1075.

¹³⁸ *Ibidem.* Pág. 1075.

¹³⁹ *Ibidem.* Pág. 1075.

extintiva... la militancia de varios intereses confluyentes; 2º Por la misma razón la caducidad puede y debe ser declarada de oficio; mientras que, la prescripción extintiva debe ser alegada, y puede renunciarse una vez cumplidos su plazo; 3º La prescripción extintiva supone generalmente la existencia de un vínculo jurídico entre las partes, no así la caducidad, y 4º La prescripción por regla general admite suspensión e interrupción, mientras que la caducidad no tolera ni una ni otra”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. *Op Cit.* Pág. 1076.

CAPITULO III

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010

SUMARIO: 3.1 Introducción; 3.2 Los Medios de Impugnación; 3.2.1 Importancia del Estudio de los Medios de Impugnación; 3.2.2 Distinción entre Medios de Impugnación en Sentido Amplio y Medios de Impugnación en Sentido Estricto; 3.2.3 Recursos y Medios de Impugnación; 3.3 Los Recursos; 3.3.1 Fundamento Constitucional de los Recursos; 3.3.2 Etimología de la Palabra Recurso; 3.3.3 Definición de los Recursos; 3.3.4 Fundamento de los Recursos; 3.3.5 Finalidad de los Recursos; 3.3.6 Clasificación de los Recursos; 3.3.6.1 Por el Órgano Competente; 3.3.6.2 Por el Ámbito del Recurso; 3.3.6.3 Por el Contenido del Pronunciamiento que es Objeto del Recurso; 3.3.7 El Derecho al Recurso; 3.3.8 Presupuestos de Procedencia de los Recursos; 3.3.8.1 Presupuestos Objetivos de los Recursos; A) Recurribilidad de la Resolución; B) El Agravio para Recurrir; 3.3.8.2 Presupuestos Subjetivos de los Recursos; A) Competencia del Órgano; B) La Legitimación para Recurrir; 3.3.9 Admisibilidad del Recurso; 3.3.9.1 El Plazo para Recurrir; 3.3.9.2 La Forma de Presentación del Recurso; 3.3.10 Sistematización de los Recursos en El Código Procesal Civil y Mercantil; 3.4 El Recurso de Revocatoria; 3.4.1 Importancia del Estudio del Recurso de Revocatoria; 3.4.2 Terminología sobre el Recurso de Revocatoria; 3.4.3 Definición del Recurso de Revocatoria; 3.4.4 El Recurso de Revocatoria en el Código Procesal Civil y Mercantil; 3.4.5 Resoluciones Recurribles Mediante el Recurso de Revocatoria; 3.4.5.1 Los Decretos; 3.4.5.2 Los Autos no Definitivos; 3.4.5.3 Resoluciones Irrevocables; 3.4.6 El Agravio en la Revocatoria; 3.4.7 Competencia para Conocer y Decidir el Recurso de Revocatoria; 3.4.8 Legitimación para Interponer el Recurso de Revocatoria; 3.4.9 Plazo para Interponer el Recurso de Revocatoria; 3.4.10 Forma del Recurso de Revocatoria; 3.4.11 Procedimiento del Recurso de Revocatoria; 3.4.11.1 Interposición del Recurso de Revocatoria; 3.4.11.2 Procedencia del Recurso de Revocatoria; 3.4.11.3 Admisión del Recurso de Revocatoria; 3.4.11.4 Audiencia a la Parte Contraria; 3.4.11.5 Resolución del Recurso; 3.4.12 El Recurso de Revocatoria Oral.

3.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto realizar un estudio y análisis doctrinario, jurisprudencial y legal del tema referido a los medios de impugnación. En esta parte expondremos un estudio y análisis sobre la teoría general de los

medios de impugnación en sentido estricto: los recursos, lo cual comprende, entre otros temas, definición, fundamento, finalidad, presupuestos de procedencia y admisibilidad de los recursos. Seguidamente, analizaremos uno de los tres medios de impugnación de las resoluciones judiciales que ha contemplado el Código Procesal Civil y Mercantil: el recurso de revocatoria. En esta parte se expone al lector un estudio doctrinario de la revocatoria, cuyo contenido temático comprende definición, terminología, los presupuestos de procedencia y admisibilidad del recurso de revocatoria, la estructura procedimental de la revocatoria en el Código Procesal Civil y Mercantil y sus variaciones principales respecto del anterior Código de Procedimientos Civiles.

3.2 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

3.2.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACION

Es imprescindible, antes de entrar hablar del recurso de casación, que tengamos bien claro, el tema referente a los medios de impugnación, entendidos estos medios en sentido estricto, pues la casación pertenece a ese genero de medios impugnativos, aunque con características muy especiales y extraordinarias, que lo diferencian de los demás medios impugnativos, todo ello para construir una base teórica, sobre las características generales de los recursos, su fundamento, su finalidad y sus presupuestos de procedencia y admisibilidad de los medios de impugnación aplicables a la casación.

3.2.2 DISTINCIÓN ENTRE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN SENTIDO AMPLIO Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Iniciemos este punto, aclarando lo que el maestro español Juan Montero Aroca ha expuesto con una gran claridad y precisión, distinguir entre medios de impugnación en sentido amplio y medios de impugnación en sentido estricto o verdaderos recursos, *“cuando se utiliza la expresión medios de impugnación –en sentido amplio- pueden quedar comprendidos aquellos instrumentos jurídicos por medio de los cuales se pide la rescisión de las sentencias que han alcanzado firmeza, refiriéndose, pues, a los procesos que han terminado ya, por lo que la impugnación abre un nuevo proceso, por medio de una pretensión distinta de la que fue resuelta en el proceso cuya resolución final se impugna”*¹⁴¹, veamos, de acuerdo a lo anterior, en sentido amplio, dentro del genero medios de impugnación, pueden quedar incluidos, los procesos autónomos de revisión de las sentencias que han alcanzado firmeza, o mas bien dicho, las resoluciones que han adquirido calidad de cosa juzgada formal, así lo ha hecho nuestro CPCM que ha incluido en el libro referente a los medios de impugnación, a la revisión de las sentencias firmes como medio de impugnación, artículo 540 CPCM.

Habiendo advertido lo anterior, si en sentido amplio, dentro de los medios de impugnación pueden quedar comprendidos los procesos autónomos de rescisión o revisión de las sentencias firmes, que debemos de entender por medios de impugnación en sentido estricto o restringido, para este mismo autor, los medios de impugnación en sentido estricto *“se refieren a resoluciones que no han alcanzado firmeza, incidiéndose así sobre un proceso todavía pendiente y prolongando su pendencia, por lo que impiden que llegue a producirse, la llamada cosa juzgada formal. Se trata de los*

¹⁴¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Los Recursos en el Proceso Civil*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2001. Pág. 30

*verdaderos recursos, en los que la impugnación se produce en un proceso aun pendiente, pidiendo el recurrente que se produzca un nuevo examen de lo que fue resuelto en la resolución que se recurre y en cuanto la misma le sea desfavorable, para que se dicte otra resolución modificándola o anulándola*¹⁴², según lo anterior, dentro de los medios de impugnación en sentido estricto, únicamente pueden quedar comprendidos, los recursos, no así los procesos autónomos de revisión de las sentencias firmes, debido a que, las notas distintivas de los medios de impugnación en sentido estricto o recursos, son: primero, su objeto, atacar una resolución judicial; segundo, el estado de la resolución, no firme, es decir susceptibles de interposición del recurso previsto en la ley; tercero, su efecto, suspender el proceso de formación de la cosa juzgada formal, es decir, evitar que la resolución sea coercible e inimpugnable; cuarto, su finalidad, que la resolución sometida a impugnación o recurso sea revocada o modificada por otra favorable al recurrente; es por estas notas distintivas que se niega a la revisión el carácter de recurso, pues este se interpone contra resoluciones firmes pronunciadas en procesos no pendientes o mas bien autónomos, en los que se introduce una nueva pretensión.

3.2.3 RECURSOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Existe entonces, una relación de género a especie, entre los medios de impugnación en sentido genérico o amplio y los recursos, pues estos últimos, son medios de impugnación, pero no agotan su contenido, pudiendo quedar comprendidos además los procesos de revisión de las sentencias firmes. En este sentido, Julio Picatoste Bobillo ha señalado, *“el recurso es una categoría particular que forma parte de otra mas general que denominamos medios de*

¹⁴² MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 30.

*impugnación*¹⁴³. Pasemos ahora, aclarado todo lo anterior, a realizar en las siguientes líneas un estudio sobre los medios de impugnación en sentido estricto: los recursos.

3.3 LOS RECURSOS

3.3.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS

Es unánime la doctrina constitucional, en considerar a los recursos, como el control *intra* orgánico¹⁴⁴, por excelencia del órgano judicial, debido a que al estructurar a este órgano en una Corte Suprema de Justicia, dividida en Salas, Cámaras de Segunda Instancia, y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, se establece, a instancia de las partes, un sistema vertical de fiscalización de la legalidad de las actuaciones y decisiones de los órganos jurisdiccionales inferiores por parte de los superiores. Este sistema vertical de recursos permite, primero, abrir la segunda instancia de los procesos mediante el recurso de apelación, cuyo conocimiento se atribuye generalmente a las Cámaras de Segunda Instancia, y segundo, el control estricto del derecho aplicado en la sentencia mediante el recurso de casación, cuyo conocimiento se atribuye como regla general a

¹⁴³ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2009. Pág. 24.

¹⁴⁴ Así lo ha sostenido Francisco Bertrand Galindo y otros autores en su Manual de Derecho Constitucional: “En virtud del principio de independencia judicial, los Magistrados y Jueces no están sujetos a ningún control de sus superiores jerárquicos en lo que se refiere a la forma en que deben fallar los procesos sometidos a su conocimiento; lo están solamente a la Constitución y a las Leyes,... pero, sus fallos están sujetos a ser controlados por el tribunal inmediato superior, por medio del sistema de recursos o medios impugnativos y únicamente a través de tal sistema”. BERTRAND GALINDO, Francisco, *eat al. Manual de Derecho Constitucional*. Tomo I. Tercera Edición. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, 1998. Pág. 275.

la Sala de lo Civil y de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia respectivamente, mediante esta forma de organizar al poder judicial se fiscaliza internamente el ejercicio de la jurisdicción por parte de los funcionarios judiciales superiores las decisiones de los inferiores.

3.3.2 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA RECURSO

Partiendo de la idea, de que en sentido estricto, los únicos que pueden ser considerados medios de impugnación, son los recursos, analicemos la teoría general de estos. Según el procesalista español, Julio Picatoste Bobillo *“recurso viene del latín recurrere, que significa “volver a correr”, con lo que se alude a la idea de repetición de la andadura procesal, es decir, del enjuiciamiento hecho por el tribunal cuya resolución se impugna. Esta raíz etimológica del termino responde a la idea nuclear de aquello a que se aspira mediante el recurso: que el tribunal al que se acude revise lo hecho por otro distinto, cuya decisión se estima injusta”*¹⁴⁵. En similares términos era entendido el concepto por Couture para quien *“recurso quiere decir literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, 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 de cual se recorre el proceso”*¹⁴⁶, esta definición, que es perfectamente aplicable al recurso de apelación, excluye de su ámbito, al recurso de casación, pues considera que el nuevo recorrido se hace mediante otra instancia, lo cual no es cierto en materia de casación, debido a

¹⁴⁵ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 21.

¹⁴⁶ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 340.

que este recurso no constituye instancia¹⁴⁷, pues versa sobre la estricta aplicación del derecho en la resolución.

3.3.3 DEFINICIÓN DE LOS RECURSOS

Existen, numerosas definiciones sobre lo que son los recursos, pero en la mayoría de ellas encontramos elementos comunes por parte de la doctrina, así, para José María Rives Seva el recurso es *“aquel mecanismo procesal que la ley establece y facilita a los litigantes para atacar resolución judicial preexistente, y solicitar, del mismo órgano que la dicto o de su superior jerárquico, su revocación total o su modificación parcial y, en consecuencia, su sustitución por otra mas favorable, porque aquella resolución no le otorga la tutela jurídica o bien porque no se la otorga suficientemente”*¹⁴⁸; según Julio Picatoste Bobillo los recursos son *“instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución dictada sobre la dirección del proceso o sobre el objeto del mismo, para que sea declarada su nulidad, o sea anulada, o sea reformado su contenido”*, de conformidad a Montero Aroca, los recursos son *“aquellos medios de impugnación por los que quien es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le*

¹⁴⁷ Este es el criterio de nuestra Sala de lo Civil: **REF. CAS. 250-C-05. 26/02/2008.** “El recurso –de casación- es de estricto derecho, de carácter de extraordinario, No es instancia, lo cual se refleja en la necesidad de cumplir con las formalidades prescritas para su interposición; presupuesto respecto de los cuales este tribunal no puede suplir o subsanar oficiosamente. Consecuentemente, sin perjuicio que el recurso se encuentra en estado de dictar sentencia, la Sala advierte que de la manera cómo esta planteado el sub-motivo específico casacional de mérito, se encuentra en la situación contemplada en el Art. 16 de la Ley de la materia, por lo que se impone declarar inadmisibile el mismo”.

¹⁴⁸ RIVES SEVA, José María. *Los Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales y el Sistema de Recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2004. Pág. 17.

resulta perjudicial, a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o anulada”.

En todas estas definiciones encontramos como elementos comunes y distintivos¹⁴⁹ de los recursos, uno, la naturaleza, son un medio de impugnación; dos, el objeto, atacar una resolución judicial pronunciada en un proceso pendiente; tres, la configuración legal, debido a que es la ley la que determina la procedencia del recurso que la parte puede utilizar para impugnar la resolución; cuatro, el carácter dispositivo, debido a que los recursos solo pueden considerarse como tales cuando provengan de las partes del proceso, esto excluye toda revocación que de oficio haga el tribunal; quinto, la finalidad, que sea modificada o anulada la resolución sujeta a impugnación; sexto, la competencia, pues consideran que el conocimiento del recurso puede corresponder bien al mismo órgano o a uno distinto y superior; y siete, la legitimación, consideran que son las partes a quienes corresponde y faculta la ley para interponer el recurso.

Si bien todas estas definiciones coinciden en la mayoría de elementos, todas estas, excluyen un elemento esencial en la definición del recurso: el fundamento, por ello, consideramos pertinente establecer la siguiente definición de los recursos, como: aquel medio de impugnación previsto en la ley, que pueden utilizar los litigantes, con el objeto de atacar un determinado tipo de resolución judicial, que le perjudica, ante el mismo juez o uno distinto y superior, para que sea sustituida, modificada o anulada total o parcialmente por otra que le favorezca, por considerar que la primera adolece de un vicio,

¹⁴⁹ Para Julio Picatoste Bobillo únicamente son notas que definen el recurso: a) se trata de un acto de parte; en consonancia, en modo alguno valdrán como recursos las actuaciones de oficio que puedan promover los tribunales en supuestos de nulidad de actuaciones. b) Tienen por objeto una resolución judicial –interlocutoria o definitiva- que aun no ha adquirido firmeza, a la que combate con objeto de que sea sustituida por otra de signo diverso, favorable al recurrente”. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 26.

error, injusticia o ilegalidad. Esta definición comprende, la naturaleza, la configuración, el objeto, el fundamento, la finalidad, la legitimación, la dispositividad, la competencia, como elementos esenciales y distintivos en la definición de los recursos.

3.3.4 FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS

El fundamento del recurso, es decir, la razón de existencia de estos en la estructura del proceso, es la sola y natural posibilidad del error humano en el desarrollo y decisión de los litigios por parte de los juzgadores, ya sea este error voluntario o involuntario, material o procesal, así lo ha sostenido la doctrina de manera unánime, *“la razón primera a que se acude para justificar y fundamentar los recursos es la falibilidad humana, la posibilidad de error en las decisiones judiciales, tanto en la aplicación de normas sustantivas o procesales como en la valoración de las pruebas que conduce a la determinación de los hechos”*¹⁵⁰, según lo anterior, la contingencia del error del juzgador, que fundamenta la existencia del recurso, puede darse cuando aplica e interpreta las normas procesales y estar contenido en las resoluciones interlocutorias o formales, como también cuando aplica e interpreta las normas sustantivas, y estar contenido en las resoluciones de fondo o definitivas, sentencias, y además en la valoración de las pruebas con la que se tienen por establecidos los hechos.

En la misma línea, Montero Aroca considera, que *“el fundamento de los recursos radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada antes de que se convierta en firme, así como en la garantía que supone someter la corrección de un posible error en la*

¹⁵⁰ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 22.

*interpretación y aplicación de la ley, o en la valoración de las pruebas practicadas, o en la observancia de las normas procesales, a la decisión de otro tribunal distinto, colegiado y de mayor experiencia*¹⁵¹, este autor, además de justificar la conveniencia de que sea el mismo juzgador quien enmiende su error, considera que es una garantía para las partes someter el conflicto al conocimiento y decisión de un juzgador distinto y superior.

A diferencia de la justificación anterior de la existencia de los recursos, basado en la falibilidad humana del juzgador, para Rives Seva, uno de los fundamentos principales del recurso, esta basado *“en el impulso o estímulo psicológico que siente todo perjudicado de reaccionar contra resolución judicial que le es desfavorable”*¹⁵². Sin duda que el agravio, es, requisito indispensable para la procedencia de la impugnación de las resoluciones judiciales, pero esta postura subjetiva, nos llevaría a la errada consideración, de que toda resolución, sería recurrible, por el simple hecho de ser perjudicial al litigante, y a la ilimitada procedencia del recurso contra cualquier resolución, lo cual resulta atentatorio a la naturaleza legal de la configuración del recurso, si partimos de la idea de que el legislador establece un recurso partiendo de la posibilidad del error del juzgador en la decisión¹⁵³.

3.3.5 FINALIDAD DE LOS RECURSOS

El sistema de recursos que el legislador establece, en la estructura de cada proceso, para que las partes puedan controlar la legalidad de las resoluciones, se hace *“partiendo de la posibilidad del error de un primer tribunal y para que el segundo corrija ese error, con lo que se esta pretendiendo una mas perfecta aplicación del derecho en el caso concreto,*

¹⁵¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 32.

¹⁵² RIVES SEVA, José María. *Op Cit.* Pág. 18.

¹⁵³ Así lo ha sostenido MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 32.

*pero también es posible que la finalidad del establecimiento de un recurso sea mas bien la unificación en la interpretación del derecho, es decir, la unificación de la jurisprudencia, con la seguridad jurídica general que ello supone*¹⁵⁴. La finalidad del recurso, resulta evidente, si el fundamento de estos es, la falibilidad humana, la finalidad debe estar encaminada a la corrección de ese error, vicio, injusticia o ilegalidad contenido en la resolución, ya sea por el mismo juzgador que cometió el error o por uno distinto y superior, pero este autor, va mas allá en la finalidad del recurso, no limitándola exclusivamente, a corregir el error contenido en la resolución, sino que también, considera que puede perseguirse con el establecimiento de un recurso, además de corregir el error contenido en la resolución, un fin unificador en la aplicación del derecho, finalidad que, como paradigma tipo, la doctrina considera que persigue actualmente el recurso de casación¹⁵⁵, y no únicamente la defensa del derecho objetivo que anteriormente se le atribuía, al respecto del recurso de casación, este es el criterio con que se ha establecido la casación en el nuevo CPCM, pues, existe norma específica al respecto que dispone *“las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que mas favorezca la uniformidad de la jurisprudencia*

¹⁵⁴ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 32.

¹⁵⁵ Este ha sido el criterio reiterado de la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil respecto a la finalidad del recurso de casación: **REF. 244-CAC-2008. 30/03/2011.** “La casación tiene por finalidad uniformar la jurisprudencia, a efecto de evitar en la medida de lo posible, las interpretaciones varias y distintas sobre lo que ordena una misma disposición, sin que ello signifique afectar la independencia judicial, por el contrario de lo que se trata es de guardar el derecho a la igualdad en el tramite de los procesos, lo que lleva a impartir una justicia equitativa, fin este de todo el ordenamiento jurídico”. **REF. 101-CAC-2009. 18/05/2009.** El recurso de casación, extraordinario, de estricto derecho, que no constituye instancia, tiene por objeto no simplemente el saneamiento del error cometido en segunda instancia (sea éste in iudicando o in procedendo), sino la uniformidad en la aplicación de la ley, con la finalidad de evitar sentencias contradictorias entre tribunales. La Seguridad Jurídica constituye el fundamento de lo relacionado, a fin de que los tribunales no interpreten ni apliquen de manera contradictoria la ley; pero dejando claro que la facultad de revisión en actuaciones del Órgano judicial realizada por la vía casacional, es **de mera legalidad**”

como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica”, artículo 524 del CPCM.

3.3.6 CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

3.3.6.1 POR EL ÓRGANO COMPETENTE

Se dividen en recursos devolutivos y en recursos no devolutivos. Los recursos devolutivos son aquellos cuyo conocimiento y decisión es competencia de un órgano distinto y superior al que dictó la resolución objeto de impugnación, son ejemplo tipo de esta clase de recursos en nuestro país, el recurso de apelación y el recurso de casación, artículo 508 y 519 CPCM, mientras que, un recurso es no devolutivo, cuando su conocimiento y decisión es competencia del mismo órgano que dictó la resolución impugnada, el ejemplo tipo de esta clase de recursos que subsiste actualmente en nuestro país es el recurso de revocatoria, artículo 503 CPCM, anteriormente, encontrábamos también como ejemplo, de esta clase de recursos no devolutivos, al denominado recurso de reforma en lo accesorio y el recurso de explicación que establecía el Código de Procedimientos Civiles, según artículo 436 Pr. C. La nota distintiva de esta clase de recursos es la competencia funcional para conocer de el; esta clasificación, es conocida doctrinariamente también, como recursos verticales para referirse a los devolutivos, y como recursos horizontales para referirse a los no devolutivos.

3.3.6.2 POR EL ÁMBITO DEL RECURSO

Se clasifican en recursos ordinarios y recursos extraordinarios. Según Montero Aroca, en los recursos ordinarios, *“la ley no establece un numerus clausus de motivos que condicionan su admisión, tampoco la limitación de los poderes del tribunal ad quem”*¹⁵⁶; mientras que en los recursos extraordinarios *“la ley fija unos motivos cuya alegación por la parte recurrente es requisito de admisión, sirviendo al mismo tiempo para delimitar el marco de los poderes del tribunal ad quem”*¹⁵⁷. En el mismo sentido, Julio Picatoste Bobillo, ha sostenido, que en los recursos ordinarios *“la admisión del recurso no esta condicionada a la invocación de alguno de los motivos previamente determinados por la ley; a la parte recurrente le basta con la alegación del perjuicio (gravamen) que la resolución le causa. En el caso de los recursos extraordinarios, su admisión esta condicionada a que el recurrente base su impugnación en alguno de los motivos legalmente tasados”*¹⁵⁸. Lo distintivo de esta clase de recursos radica, en la existencia o no, de ciertos motivos taxativamente previstos en la ley, que deben alegarse por el recurrente, para que el recurso sea admitido, motivos que, simultáneamente delimitan las facultades del tribunal *ad quem* en el juzgamiento. Son ejemplos de recursos ordinarios en nuestro medio, el recurso de revocatoria y el recurso de apelación, artículo 503 y 508 CPCM, y de recursos extraordinarios, el paradigma tipo único de esta clase de recurso en nuestro medio es el recurso de casación, artículo 519 CPCM, así lo ha sostenido en numerosos fallos la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil,

¹⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 34.

¹⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 34.

¹⁵⁸ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 28.

que ha reconocido el carácter estrictamente extraordinario, técnico y de estricto derecho¹⁵⁹ del recurso de casación.

3.3.6.3 POR EL CONTENIDO DEL PRONUNCIAMIENTO QUE ES OBJETO DEL RECURSO

Se dividen en recursos procesales y en recursos materiales. *“En todos los supuestos en que una resolución judicial no se pronuncia sobre la pretensión, esto es, sobre el objeto del proceso en sentido estricto, estamos ante una resolución meramente procesal, y el recurso que se admita contra la misma perseguirá únicamente la adecuación de lo decidido a la norma procesal, lo que se resolverá normalmente en la nulidad de la resolución mas que en una modificación de la misma, por lo que puede hablarse de recurso procesal”*¹⁶⁰; mientras que, *“cuando la resolución procede a aplicar las normas materiales, que sirven para decidir sobre el objeto del proceso, es decir, sobre la estimación o desestimación de la pretensión interpuesta por el actor,*

¹⁵⁹ Al respecto ha manifestada nuestra Sala de lo Civil en su jurisprudencia: **REF. 221-C-2007. 17/11/2008.** “Nuestra jurisprudencia casacional, en reiterados fallos, ha dejado preceptuada la naturaleza extraordinaria de estricto derecho y el carácter eminentemente técnico del recurso de casación, el cual condiciona su admisibilidad, a la puntual observancia y exactitud de los presupuestos que indica la ley de la materia, requerimientos respecto de los cuales el tribunal casacional no puede suplir o subsanar oficiosamente”. **REF. 114-C-2007. 30/03/2009.** “La correcta fundamentación del recurso de casación es necesaria por la naturaleza del mismo, pues dicho recurso, como es incuestionable, se limita a situaciones de Derecho y sólo por motivos específicamente previstos. De consiguiente, como regla de principio tal recurso debe bastarse así mismo. Debe revestir cierta autonomía didáctica que lo haga suficiente, ya que en la casación se reduce la vigencia del principio "iura novit curia", que permite suplir de oficio las omisiones del recurrente. En suma, pues, es un recurso de estricto Derecho, extraordinario y no constituye ninguna instancia”. **REF. 293-CAC-2008. 27/10/2009.** “Siendo la casación, un recurso extraordinario de estricto derecho, de carácter eminentemente técnico, cuya naturaleza lleva implícita la exactitud y el rigor formal que exige la precitada ley, no se conforma con la simple intención o interés del recurrente de que se resuelva el supuesto agravio, por el contrario, para que el recurso proceda, es necesario, que se ajusten de manera precisa, los requisitos que distinguen al recurso de casación, los cuales deberán perfilarse en su idoneidad para poder ser admitidos en casación”

¹⁶⁰ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 35.

*estamos ante una resolución material y los recursos contra ella se dirigirán a obtener otra resolución en la que se modifique la impugnada*¹⁶¹. Este criterio de clasificación de los recursos, parte de la base de determinar, el tipo de resolución objeto de impugnación mediante el recurso, según sea interlocutoria o formal, o definitiva o de fondo, consideramos, que no existe en la práctica, en puridad, un recurso que exclusivamente tenga por objeto atacar únicamente resoluciones que versan sobre la aplicación de normas procesales o recursos que tengan únicamente por objeto atacar resoluciones que versan sobre la aplicación de normas sustantivas, pues la mayoría de ellos tienen por objeto o están reservados para atacar ambos tipos de resoluciones, así por ejemplo, el recurso de apelación que procede tanto contra las resoluciones definitivas, sentencias, como también procede contra las resoluciones interlocutorias o formales, autos definitivos, según lo dispone el artículo 508 del CPCM.

3.3.7 EL DERECHO AL RECURSO

Por la naturaleza legal de la configuración del recurso, es decir, que solo son recurribles las resoluciones que la ley establece y por el recurso que la misma ley ha dispuesto, conviene determinar si el derecho a recurrir forma parte integrante de la tutela judicial, *“el derecho a la tutela judicial efectiva no obliga al legislador a regular un recurso, pero previsto este en la ley, el mismo se integra en ese derecho, y la aplicación de la norma en un caso concreto puede llegar a significar vulneración del mismo. De lo que se deriva la consecuencia de que no existe propiamente un derecho al recurso en cuanto a tal, sino un derecho a interponer los recursos previstos en la ley”*¹⁶², esta posición estrictamente positivista del derecho a recurrir, que considera

¹⁶¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 35.

¹⁶² *Ibidem.* Pág. 36.

como tales, únicamente a los recursos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y del cual se origina la facultad de recurrir contra las resoluciones judiciales, pugna con el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶³, pugna además, aunque limitado al ámbito penal, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁴ y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁵ que reconocen como derecho humano, y como garantía mínima del proceso, el derecho a recurrir de las resoluciones judiciales.

3.3.8 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS

La procedencia de los recursos según la doctrina *“esta condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos procesales, esto es, a la de determinadas condiciones que son necesarias no solo para que aquellos se admitan a tramite y se sustancien, sino para que el tribunal pueda llegar a resolver la cuestión suscitada en los mismos”*¹⁶⁶, lo anterior es de suma importancia en la impugnación de las resoluciones judiciales, debido a que el incumplimiento o inobservancia de estos presupuestos procesales, conlleva a la declaratoria de improcedencia del recurso. Estos presupuestos de

¹⁶³ Con el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que “Toda persona tienen derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del diez de Diciembre de 1948.

¹⁶⁴ Con el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal”. Ratificado por El Salvador, mediante decreto legislativo numero 27, de fecha 23 de Noviembre de 1979 y Publicado en el Diario Oficial numero 218, de fecha 23 de Noviembre de 1979.

¹⁶⁵ Artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, que dispone al respecto que: considera que es una garantía mínima del inculpado de delito, el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

¹⁶⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 42.

procedencia de los recursos, se dividen, a su vez, en presupuestos objetivos, y, en presupuestos subjetivos.

3.3.8.1 PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LOS RECURSOS

Este tipo de presupuestos procesales, se subdividen, a su vez, en la recurribilidad de la resolución y el agravio.

A) RECURRIBILIDAD DE LA RESOLUCIÓN: dice Montero Aroca, respecto a este presupuesto objetivo de procedencia de los recursos, *“en principio, todas las resoluciones judiciales son recurribles, a no ser que la ley disponga expresamente lo contrario. La admisión del recurso solo es posible si la resolución recurrida por la parte es susceptible de impugnación y precisamente por el recurso que la parte interpone”*¹⁶⁷, de lo anterior podemos inferir, en principio, que toda resolución es recurrible, por el recurso que la ley de manera previa establece, excepto aquellas resoluciones, que de manera expresa o tacita, la ley declara como irrecurribles; y segundo, para que un recurso sea procedente objetivamente, es menester, que el recurso interpuesto por el recurrente sea aquel que legalmente procede contra la resolución. Importa un análisis particular esto último, debido a que, la resolución puede ser recurrible por un determinado recurso, pero la parte impugnante interpone uno que no es el que legalmente procede contra la resolución. Esto nos lleva a establecer la siguiente afirmación: la resolución para que sea recurrible no basta la procedencia legal del recurso sino que es

¹⁶⁷ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 44.

necesario además que la parte use aquel medio de impugnación adecuado¹⁶⁸ que la ley ha reservado contra la resolución que impugna.

Nuestro CPCM, estructura, un sistema tripartito de impugnación de las resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza, así tenemos, que mediante el recurso de revocatoria, son recurribles, las resoluciones interlocutorias denominadas decretos y autos no definitivos, según el artículo 503 del CPCM; mediante el recurso de apelación, son recurribles, las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señala expresamente, según lo dispone el artículo 508 del CPCM¹⁶⁹; y mediante el recurso de casación, son recurribles,

¹⁶⁸ La importancia de invocar correctamente el recurso que la parte interpone contra la resolución que recurre, es de vital importancia, así ha sido declarado por nuestra Sala de lo Civil en un caso concreto: **REF. 22-CAC-2009. 17/09/2009.** “En el primero de los escritos, los impetrantes interponen recurso de revisión de la interlocutoria que declara inadmisibile el recurso de casación, y por medio del segundo de los escritos, solicitan sea modificada la petición hecha en el primero, en el sentido que debe entenderse que lo pedido es un recurso de revocatoria, estimando que con esta modificación no se altera de ninguna manera el contenido de fondo de su petición original, pues es solo una forma de aclarar lo pedido en el primero de los escritos, el cual, según los recurrentes, en el fondo siempre es un recurso de revocatoria. Analizado el contenido de lo solicitado en los escritos interpuestos, se aclara que lo solicitado en los mismos, no es procedente, ni en virtud del recurso de revisión, ni como recurso de revocatoria; pues, el primero no está contemplado para este tipo de resoluciones, y tratándose de una revocatoria, ésta debe interponerse el mismo día o al siguiente de la notificación, Art. 426 Pr. C.; en el caso de autos, la resolución que declara inadmisibile la casación, fue notificada el día veinticinco de marzo del corriente año; y, el primero de los escritos, es decir en el cual se solicita recurso de revisión fue interpuesto el día treinta de marzo del mismo año, es decir fuera del plazo estipulado por la ley para la interposición del recurso de revocatoria, por lo que, aún en el caso que entendiéramos que estamos frente a un recurso de revocatoria, éste siempre resulta inadmisibile por extemporáneo, debiendo declararse lo solicitado por los impetrantes en el sentido que ha quedado expuesto”.

¹⁶⁹ Es importante señalar la dependencia de las resoluciones recurribles en casación, de la Recurribilidad de las resoluciones mediante el recurso de apelación, según criterio de nuestro Sala: **REF. 56-CAC-2008. 04/11/2008.** “La Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, por medio de la interlocutoria pronunciada a las doce horas y treinta minutos del diecisiete de enero del año en curso, declaró ilegal la alzada puesto que la resolución de la cual se apeló, no admite el recurso en referencia por ser una interlocutoria simple, de conformidad a lo que establece el Art. 986 Pr.C. En ese orden de ideas tratándose de la resolución de la que ahora se recurre en casación, de aquellas a las que la ley les niega tal recurso (alzada), por el hecho que se recurrió de una resolución inapelable

las sentencias¹⁷⁰ y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor; asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial, según lo establece el artículo 519 del CPCM. Estas son las resoluciones contra las cuales proceden objetivamente los recursos en el CPCM.

B) EL AGRAVIO PARA RECURRIR: el agravio, constituye un presupuesto objetivo de procedencia de los recursos, que exige, que el recurso o medio de impugnación sea interpuesto, para que proceda, por la parte a quien la resolución perjudica, lesiona o infiere agravio, es menester para que el recurso sea procedente objetivamente *“que la resolución cause un perjuicio a la parte que la impugna, es decir, que le sea total o parcialmente desfavorable o, lo que es igual que le suponga un gravamen”*¹⁷¹. Como una fórmula matemática, el doctor Juan Carlos Cabañas García, en sus comentarios al CPCM, nos ha explicado, con mucha precisión y claridad, la

en base al Art.986 Pr.C, se infiere que el recurso de casación que ahora se interpone resulta improcedente, pues no siendo posible apelar de la interlocutoria referida, la misma no estaría dentro de aquellas a las que la "Ley de Casación" les concede dicho recurso. Art. 1 L. de C. Y es que al permitir el recurso de casación en esas circunstancias, se estaría frente a una casación persaltum, lo cual es improcedente. En consecuencia, se impone declarar improcedente el recurso que se ha hecho mérito”

¹⁷⁰ Según criterio de nuestra Sala de lo Civil: **REF. 221 -C-2007. 17/11/2008.** “En relación a las resoluciones recurribles mediante el recurso de casación es importante aclarar que las sentencias definitivas para que sean susceptibles de casación, deben haber sido pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia, y de ninguna manera es posible relacionar las infracciones de los preceptos legales supuestamente violados en relación al Tribunal a quo, circunstancia que ha quedado demostrada, cuando la interponente, menciona reiteradamente en cada folio que compone el escrito de interposición, que es la resolución dictada por la Juez a quo, la que infringe las normas legales mencionadas como violadas”.

¹⁷¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 45.

forma de determinar cuando una resolución determinada infiere agravio a una de las partes del proceso, así, según este autor *“el gravamen para impugnar se mide, en primer lugar, cotejando el contenido del fallo de la resolución atacada, de un lado, con el petitum del escrito principal presentado en ese procedimiento por la parte (demanda, contestación, reconvencción y en su caso el de interposición de la apelación), de otro lado; esto es, el escrito donde se contengan las solicitudes de tutela jurisdiccional formuladas y de tal guisa desestimadas, total o parcialmente”*¹⁷², el agravio excluye por tanto, toda posibilidad, de que la resolución pueda ser impugnada por aquella parte a quien la resolución beneficia o favorece, acogiendo sus pretensiones, así las cosas, nuestro CPCM ha establecido, a tono con la doctrina, que únicamente tendrán derecho a recurrir las partes *gravadas* por la resolución que se impugna, de conformidad al artículo 501 del CPCM.

3.3.8.2 PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LOS RECURSOS

Estos requisitos se refieren a los sujetos que intervienen en la actividad impugnativa, y se subdividen, en la competencia del órgano jurisdiccional y en la legitimación.

A) LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR: exige, como presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, que el recurso sea interpuesto, por la persona o parte, en el sentido mas genérico, que esta facultada para actuar o debieron actuar en el proceso, pues solo ha estas la resolución puede inferir agravio, los medios de impugnación, dice Juan Carlos Cabañas

¹⁷² CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 536.

*“corresponde instarlos a aquellos sujetos que puedan considerarse directamente concernidos pero, además de eso, perjudicados, por la resolución judicial dictada”*¹⁷³, ahora bien, quienes son estas personas que están legitimadas para interponer los recursos, tenemos, de conformidad al artículo 501 del CPCM, que las personas que tienen derecho a impugnar las resoluciones judiciales son las partes, pero que debemos entender por el término partes, siguiendo la normatividad del CPCM, las partes del proceso son, de conformidad al artículo 58 de este cuerpo normativo, el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada, de ahí entonces, que la legitimidad para interponer los recursos, no está limitada únicamente, al demandante y al demandado, sino a toda persona, natural o jurídica, que pueda sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada, así lo ha sostenido el doctor Cabañas en sus comentarios al CPCM: *“el concepto de parte... –dice- no puede limitarse a quien de manera efectiva alcanzo esa condición en el procedimiento previo, sino que la dicción legal ha de tomarse con un alcance amplio, esto es, también respecto de quienes podían haber sido parte y no lo fueron por causas ajenas a su voluntad y a quienes, además, la ley les inviste del derecho a ser oídos y en este caso a cuestionar el tenor de la decisión adoptada a sus espaldas”*¹⁷⁴.

Tenemos, de acuerdo a lo anterior, que la legitimación para impugnar las resoluciones judiciales, es decir, quienes están facultados para instar o interponer los recursos previstos en el CPCM son, uno, el demandante, independientemente de que esta calidad sea asumida en el proceso por un solo demandante, por una pluralidad de sujetos, litisconsorcio, o por un sucesor procesal de la parte originaria; dos, al demandado, igualmente corresponde el derecho a interponer recursos al demandado

¹⁷³ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 533.

¹⁷⁴ *Ibidem.* Pág. 534.

independientemente de que esta calidad sea asumida en el proceso por un solo demandante, por una pluralidad de sujetos, litisconsorcio, o por un sucesor procesal de la parte originaria; y tres, toda persona que pueda sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada, en esta categoría quedan comprendidos los terceros hayan o no intervenido como tales en el proceso, tanto el tercero de dominio, como el de preferencia de pago, artículo 636 y 643 del CPCM respectivamente, no así al coadyuvante de una de las partes originarias, pues, este último en realidad, pasa a integrar un litisconsorcio sobrevenido, y la legitimidad para recurrir de este, queda contemplada, en la legitimidad de los litisconsortes arriba mencionada.

B) COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO: este presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, exige, que el recurso sea interpuesto ante el órgano jurisdiccional al que corresponde funcionalmente el conocimiento y decisión del recurso, así según Montero Aroca *“la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso forma parte de la llamada competencia funcional, y la misma se fija atendiendo, bien al tipo de recurso (devolutivo o no), bien al órgano que conoció la anterior instancia, bien a los motivos del recurso”*¹⁷⁵, estos últimos, constituyen, según este autor, criterios para determinar a quien corresponde funcionalmente el conocimiento de los recursos, para que sean interpuestos ante el órgano competente, y evitar la declaratoria de improcedencia del recurso por ser interpuesto ante un órgano incompetente al cual no corresponde su decisión y conocimiento. Funcionalmente, en nuestro sistema de recursos, la competencia para conocer y decidir: el recurso de revocatoria corresponde al mismo órgano que dictó la resolución objeto de impugnación,

¹⁷⁵ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 42.

artículo 503 CPCM; el recurso de apelación corresponde por regla general a las Cámaras de Segunda Instancia y por excepción a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando la Cámara conozca en primera instancia, artículo 508, 29 ord 1º, y 28 ord 3º CPCM; el recurso de casación, corresponde su conocimiento y decisión, por regla general, a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y por excepción, a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, cuando la Sala de lo Civil haya conocido en apelación, artículo 28 ord 2º y 27 ord 2º CPCM.

En conclusión, es pertinente dejar bien claro esto, respecto de los presupuestos procesales de procedencia de los recursos: no basta que concurra uno o algunos de los presupuestos de procedencia, sino que es necesaria e imprescindible la concurrencia de todos, y la ausencia de uno de ellos deviene en la improcedencia del recurso, por tanto, solo si se cumplen todos los anteriores presupuestos debe declararse la procedencia del recurso, pero faltando cualquiera de los anteriores presupuestos, recurribilidad, agravio, competencia o legitimación, debe declararse improcedente el recurso.

3.3.9 ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

La admisibilidad del recurso, esta condicionada, al cumplimiento estricto de los requisitos establecidos en la ley, estos requisitos son: el plazo y la forma. Ahora bien, el incumplimiento de los presupuestos procesales produce la declaratoria de improcedencia del recurso, mientras que el incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, produce la declaratoria de inadmisibilidad del recurso.

3.3.9.1 EL PLAZO PARA RECURRIR: este requisito de admisibilidad del recurso supone, que este, ha de interponerse, para ser admitido, en el lapso de tiempo que establece la ley, dicho plazo es de naturaleza legal, sin que sea posible ampliarlo a un número mayor de días, ni siquiera a petición de parte, y no requiere, en principio, para que el recurso sea declarado inadmisibile, que la contraparte así lo solicite, de ahí entonces la facultad del tribunal de declarar de oficio inadmisibile un recurso, cuándo sea interpuesto extemporáneamente, de lo dicho podemos inferir que el incumplimiento de este requisito de admisibilidad produce la declaración de inadmisibilidat del recurso¹⁷⁶, sin entrar a conocer el fondo del mismo. Cada recurso tiene un plazo propio de interposición, plazo que por la naturaleza legal de la configuración del recurso, su extensión esta determinada o fijada por la ley, así tenemos que el recurso de revocatoria se interpondrá en el plazo de tres días hábiles, de conformidad al artículo 504 del CPCM; el recurso de apelación se interpondrá en el plazo de cinco días hábiles, según lo dispuesto en el artículo 511 del CPCM; y el recurso de casación se interpondrá en el plazo de quince días hábiles, según lo establecido en el artículo 526 del CPCM.

¹⁷⁶ Así ha quedado establecida por nuestra Sala de lo Civil la consecuencia de la interposición extemporánea de los recursos: **REF. 22-CAC-2009. 17/09/2009.** “Analizado el contenido de lo solicitado por los señores Gil Castro y Galeano Escalante en los escritos interpuestos, se aclara que lo solicitado en los mismos, no es procedente, ni en virtud del recurso de revisión, ni como recurso de revocatoria; pues, el primero no está contemplado para este tipo de resoluciones, y tratándose de una revocatoria, ésta debe interponerse el mismo día o al siguiente de la notificación, Art. 426 Pr. C.; en el caso de autos, la resolución que declara inadmisibile la casación, fue notificada el día veinticinco de marzo del corriente año; y, el primero de los escritos, es decir en el cual se solicita recurso de revisión fue interpuesto el día treinta de marzo del mismo año, es decir fuera del plazo estipulado por la ley para la interposición del recurso de revocatoria, por lo que, aún en el caso que entendiéramos que estamos frente a un recurso de revocatoria, éste siempre resulta inadmisibile por extemporáneo, debiendo declararse lo solicitado por los impetrantes en el sentido que ha quedado expuesto”.

3.3.9.2 LA FORMA DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO: la forma de interposición del recurso, constituye en esencia un presupuesto de su admisibilidad, cuyo incumplimiento o inobservancia produce la declaratoria de inadmisibilidad del recurso por parte del tribunal¹⁷⁷, siendo que en algunos casos, como en el recurso de casación, la forma del recurso, es de tal importancia, que no admite ningún tipo de prevención¹⁷⁸. Podemos dividir los

¹⁷⁷ En Materia del Recurso de Casación el cumplimiento de los requisitos de forma reviste una especial importancia pues su incumplimiento deviene en la inadmisibilidad del recurso de casación, así según criterio de Nuestra Sala de lo Civil: **REF. 226-CAC-2009. 12/10/2009.** “La técnica casacional exige, Art. 10 de la Ley de Casación, que al interponer el recurso el impetrante deberá puntualizar la causa genérica y sub-motivo en que se fundamenta el mismo, las disposiciones que se consideran infringidas en relación a tal sub-motivo invocado y el concepto en que -a su juicio-, éstas han sido vulneradas por el Tribunal Ad-quem. Lo anterior implica, que el recurrente debe atender los anteriores requisitos, exponiendo en forma detallada y precisa, el concepto en que a su criterio la norma fue infringida en la sentencia pronunciada por el Ad-quem, y en relación al sub-motivo que invoca. Partiendo de lo relacionado en el acápite precedente, la Sala, está vinculada a declarar la inadmisibilidad del recurso de que se trata, ello debido a la falta de cumplimiento de los requerimientos técnicos casacionales a que el impetrante está obligado a desarrollar al plantear el recurso de que se ha hecho mérito. En el caso de autos, se ha realizado un desarrollo de las infracciones en forma de alegatos, que no permiten a este Tribunal determinar qué disposición legal denunciada como infringida corresponde a cada sub-motivo invocado, lo cual -en forma absoluta- no da lugar a la verificación de una prevención o aclaración al impetrante; dado que ello daría lugar al replanteamiento del recurso, cuestión que la ley de la materia proscribe”.

¹⁷⁸ Este ha sido el criterio de nuestra Sala de lo Civil respecto a la posibilidad de realizar prevenciones en materia del recurso de casación: **REF. 43-CAC-2008. 24/09/2009.** “Al respecto, se aclara al recurrente que la casación, constituye un recurso extraordinario y de estricto derecho, cuya finalidad es la protección de la norma jurídica y del derecho de los litigantes a través del cumplimiento de la Ley; en tal virtud, no constituye una tercera instancia, sino un medio para denunciar las infracciones jurídicas en los casos establecidos por la Ley. En ese sentido, no es válido, a través del recurso de casación, pretender que por la vía de la prevención, puedan corregirse errores manifiestos, como la legitimación de la personería, ya que este tipo de subsanaciones, han sido otorgadas para las instancias, pues la casación únicamente admite la prevención, respecto del número de copias y para aquellos casos en los que habiéndose interpuesto el recurso en tiempo y forma, según los requisitos que exige el Art. 10 Ley de Casación, sea necesaria la ampliación de uno de ellos; bajo ningún argumento, es válida una prevención encaminada a probar hechos que debieron quedar establecidos en las instancias. Hacerlo de esta manera sería coadyuvar con una de las partes dejando en desventaja a la otra, al mismo tiempo significaría presentar prueba en este grado de conocimiento, lo cual no es permitido. En consecuencia, el primero de los argumentos alegados por el recurrente, no es suficiente para motivar la revocatoria de la inadmisibilidad de la casación”.

requisitos de forma en generales y especiales. Los generales son aquellos que deben observarse en todos los escritos presentados ante el tribunal, entre ellos tenemos, de conformidad al artículo 160 del CPCM, los requisitos mínimos de todo escrito son: primero, deben ser legibles, evitando cualquier confusión, oscuridad, ambigüedad; segundo, no deben contener expresiones ofensivas, tanto para referirse al juzgador como para referirse a la contraparte; tercero, debe de consignarse el encabezamiento de los datos identificadores del expediente, número de asignación al proceso, identificación del tribunal al que va dirigida, identificación de las partes y procuradores, etc.; cuarto, se debe expresar con claridad lo que se pretende, es decir, la pretensión, lo que se espera recibir de el tribunal con la presentación del escrito; quinto, deben ser suscritos y sellados por el abogado que los presenta; sexto, de todo escrito se debe de acompañar tantas copias como sujetos procesales hayan de ser notificados, mas una, según lo establecido en el artículo 162 del CPCM; y séptimo, deben de estar escritos en castellano, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 148 del CPCM. Los requisitos especiales, son aquellos que corresponden exclusivamente a cada tipo de recurso, requisitos de forma que serán analizados posteriormente en el estudio de cada uno de los recursos, debido a ello, no entraremos en este momento, al análisis de cada uno de los requisitos especiales de forma para la admisión de cada tipo de recurso.

Al igual que los presupuestos de procedencia, en los requisitos de admisibilidad deben de observarse todos, y la ausencia de uno de estos dos requisitos, plazo o forma, deviene en la inadmisibilidad del recurso.

3.3.10 SISTEMATIZACIÓN DE LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

El CPCM estructura, un sistema de recursos triple, para que las partes puedan atacar o impugnar las resoluciones judiciales, cuando las considere que adolecen de un vicio, error, injusticia o ilegalidad así: para que el mismo juzgador corrija los vicios de los decretos y los autos no definitivos se ha previsto el recurso de revocatoria, artículo 503 CPMC; para llevar el proceso de primera a segunda instancia, para que un órgano distinto y superior decida la cuestión objeto de la resolución impugnada, se ha reservado la procedencia legal del recurso de apelación, artículo 508 CPCM; mientras que para revisar la estricta aplicación del derecho en las resoluciones pronunciadas en apelación se ha reservado el recurso de casación, artículo 519 CPMC. Así, con este nuevo sistema, se ha abandonado la multiplicidad y variedad de recursos que establecía el Código de Procedimientos Civiles derogado, como el recurso de reforma en lo accesorio y el recurso de explicación regulados en el artículo 436 Pr. C., recursos que actualmente con la entrada en vigencia del CPCM han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico como tales. Este Código anterior, incluía además, erradamente, con tal titulo, a algunos institutos procesales de naturaleza y esencia distinta a los recursos, los cuales estaban incluidos en el titulo referido a los recursos extraordinarios, entre estos podemos mencionar el denominado “recurso extraordinario de queja”, regulado en el artículo 1104 y siguientes del Pr. C, el “recurso extraordinario de nulidad”, regulado en el artículo 1115 y siguiente del Pr. C, y el “recurso extraordinario de recusación”, regulado en el artículo 1152 y siguientes del Pr. C.

3.4 EL RECURSO DE REVOCATORIA

3.4.1 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL RECURSO DE REVOCATORIA

Normalmente, la revocatoria, se configura como el único mecanismo legal, que tienen las partes para impugnar un determinado tipo de resoluciones interlocutorias, consideradas de menor rango o importancia, debido a que generalmente este tipo de resoluciones o sirven para el impulso y ordenación material del proceso, decretos, o para resolver cualquier cuestión incidental sobrevenida en el curso o desarrollo del proceso, autos simples, siendo en realidad que estas, son verdaderas resoluciones judiciales, que no están exentas de la falibilidad humana del juzgador, y que por ello, perfectamente pueden inferir agravio a los derechos subjetivos de las partes, de ahí que la instauración de la revocatoria en el Código Procesal Civil y Mercantil, no es producto del azar, el capricho, ni la inercia del legislador, sino de la necesidad de establecer, un mecanismo legal contralor, de un determinado tipo de resoluciones interlocutorias, dictadas por el juzgador, y la importancia que reviste la revocatoria en la primera instancia, en grado de apelación o la sustanciación del recurso de casación, es que en muchas ocasiones la revocatoria es el único mecanismo legal para impugnar las resoluciones interlocutorias, denominadas, decretos y autos simples, artículo 503 CPCM.

3.4.2 TERMINOLOGÍA SOBRE EL RECURSO DE REVOCATORIA

El recurso de reposición, como lo denomina Enrique Vescovi¹⁷⁹, es también conocido en otros sistemas procesales como recurso de revocatoria o reconsideración. El sistema de recursos procesales que estructura nuestro

¹⁷⁹ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 85.

CPCM lo ha denominado recurso de revocatoria, consideramos que se debe a la larga tradición con que tuvo vigencia en el centenario Código de Procedimientos Civiles¹⁸⁰, y de ahí la inercia del legislador de trasladarlo a este nuevo ordenamiento jurídico bajo el nombre de reposición como es titulado en España¹⁸¹.

3.4.3 DEFINICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA

Veamos ahora, mediante tres definiciones doctrinarias las notas esenciales y distintivas de este recurso. Para Ramiro Podetti y Lino Enrique Palacio citado por Enrique Vescovi *“el recurso de reposición o revocatoria constituye un remedio procesal tendiente a obtener que en la misma instancia donde una resolución fue emitida, se subsanen, por contrario imperio, los agravios que aquella pudo haber inferido”*¹⁸². En el entender de Rives Seva la reposición como el la llama o revocatoria *“es el recurso... que puede utilizar todo litigante que se considere agraviado por una resolución judicial interlocutoria, esto es, las que se refieren a cuestiones procesales que requieren una decisión judicial, bien revistan la forma de providencias o autos, para que sea reformada o revocada por el mismo juez o tribunal que la hubiese dictado, acordando en su lugar la que proceda con arreglo a*

¹⁸⁰ Así según el artículo 425 del Código de Procedimientos Civiles: “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”. Y según el artículo 426 de este mismo Código: “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 artículo 436”.

¹⁸¹ Establecido a partir del artículo 451, del Capítulo II Titulado Recurso de Reposición, del Título IV Referido a los Recursos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

¹⁸² VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 86.

*derecho*¹⁸³. Según Montero Aroca y Flors Maties, la reposición, como se denomina en España a la revocatoria “es un recurso ordinario y no devolutivo que procede contras las resoluciones interlocutorias, por medio del cual se solicita del propio juzgado o tribunal que hubiera dictado la que se impugne, que declare la ilegalidad de una resolución (por ser contraria a una norma o garantía procesal) y la consiguiente ineficacia de la misma, dictando, con unidad de acto, la resolución que proceda legalmente”¹⁸⁴.

Dice Picatoste Bobillo, la reposición “es un recurso ordinario y no devolutivo, contra resoluciones interlocutorias, por el que se pretende del mismo tribunal que ha dictado la resolución impugnada para que la deje sin efecto y dicte otra ajustada a derecho”¹⁸⁵ precisamente, las notas distintivas de este recurso, son, en principio, su carácter ordinario, pues su procedencia no esta limitada a la alegación de ciertos motivos o vicios de la resolución taxativamente previstos; segundo, su carácter de no devolutivo, debido a que su conocimiento y decisión es competencia del mismo órgano emisor de la resolución objeto de impugnación, para que el mismo enmiende o corrija su error; tercero, esta reservado para atacar únicamente las resoluciones que hemos denominado interlocutorias o formales, que son las de menor rango normalmente que emite el juzgador; cuarto, tiene como finalidad inmediata que la resolución impugnada se deje sin efecto y se sustituya por otra apegada a derecho; y quinto, es un acto de parte, lo que nos lleva a establecer lo siguiente: los actos de oficio de los juzgadores que tienen por objeto revocar una resolución interlocutoria, no constituyen recurso, pues la actividad recursiva debe provenir únicamente de las partes y no del juzgador.

¹⁸³ RIVES SEVA, José María. *Los Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales y el Sistema de Recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2004. Pág. 29.

¹⁸⁴ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit*. Pág. 143.

¹⁸⁵ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al*. *Op Cit*. Pág. 103.

Debido al carácter no devolutivo de la revocatoria, existe un sector de la doctrina, que le niega la naturaleza de recurso, pues consideran, como elemento esencial de estos, que su conocimiento y decisión sea competencia de un órgano distinto y superior al que dictó la resolución objeto de recurso, en nuestro parecer y siguiendo a Julio Picatoste Bobillo¹⁸⁶ en su obra titulada “Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, no es de la esencia de un recurso la competencia para su conocimiento, sino su objeto, atacar una resolución judicial, y que sea un acto proveniente exclusivamente de parte.

3.4.4 EL RECURSO DE REVOCATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

No obstante las críticas que ha recibido este recurso, por considerar su inoperancia práctica, debido a que, es difícil en la práctica, que el mismo juzgador rectifique su decisión, y la consecuente retardación del proceso que su tramitación implica, el legislador ha decidido mantenerlo en nuestro sistema de recursos para impugnar un determinado tipo de resoluciones, los decretos y los autos no definitivos, artículo 503 CPCM. El doctor Juan Carlos Cabañas, sin ignorar la anterior crítica, al establecimiento del recurso de revocatoria en nuestro sistema, ha sostenido en sus comentarios al CPCM que *“si el sistema legal contempla un recurso –de revocatoria- de estas características y no opta por su eliminación, es, precisamente por la confianza que deposita en la figura del juez, del que este debe hacer un uso correspondiente, no convirtiendo a la revocatoria en un simple adorno, sino en un instrumento real de mejoramiento de la justicia”*¹⁸⁷. Si bien compartimos la idea, de que la revocatoria puede ser una herramienta jurídica que contribuya

¹⁸⁶ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 26.

¹⁸⁷ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 551.

al mejoramiento de la administración de justicia, no compartimos la idea, de que su establecimiento por el legislador en nuestro sistema de recursos, sea por la confianza que se deposita en el mismo juez, sino que es precisamente lo contrario, la desconfianza en el juzgador y la contingencia del error¹⁸⁸ que este pueda cometer, en los decretos y en los autos no definitivos, de lo contrario, si se confiara en el juez, ni siquiera se habría establecido como recurso; y la segunda razón, por la que ha sido establecida la revocatoria, es, porque los decretos y autos no definitivos, no obstante que son consideradas resoluciones de menor categoría, pueden afectar derechos subjetivos de las partes, y de ahí la necesidad de prever algún tipo de recurso contra esta clase de resoluciones que permita controlar la legalidad de las mismas.

Es así como el CPCM, ha establecido, dentro de los medios de impugnación, la procedencia legal del recurso de revocatoria contra los decretos y los autos simples, la configuración nueva de este recurso, introduce cuatro variantes, respecto de la revocatoria que regulaba el Código de Procedimiento Civiles, una de ellas simplemente de naturaleza procedimental, el plazo de interposición¹⁸⁹, y otras de naturaleza esencial como la modalidad de la revocatoria oral, las resoluciones recurribles¹⁹⁰, y la constatación en el escrito de la infracción legal que se considera infringida.

¹⁸⁸ Así, según Julio Picatoste Bobillo ha sostenido en su obra sobre Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que: “la razón primera a que se acude para justificar y fundamentar los recursos es la falibilidad humana, la posibilidad de error en las decisiones judiciales, tanto en la aplicación de normas sustantivas o procesales como en la valoración de las pruebas que conduce a la determinación de los hechos”. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 22.

¹⁸⁹ Según el artículo 426 del Código de Procedimientos Civiles la revocatoria contra los decretos de sustanciación podía interponerse en cualquier Estado del Proceso; y de conformidad al artículo 427 de este mismo Código la revocatoria de las sentencias interlocutorias podía interponerse el mismo día o al siguiente de la notificación.

¹⁹⁰ De conformidad al artículo 425 y 426 del Código de Procedimientos Civiles, el recurso de revocatoria procedía contra los decretos de sustanciación y contra todas las sentencias interlocutorias, actualmente con la entrada en vigencia del CPCM, ha quedado excluida de la procedencia del recurso de revocatoria los autos definitivos, según el artículo 503 del CPCM.

3.4.5 RESOLUCIONES RECURRIBLES MEDIANTE EL RECURSO DE REVOCATORIA

La recurribilidad de la resolución constituye un presupuesto objetivo de procedencia de la revocatoria, cuya inobservancia o incumplimiento produce la declaratoria de improcedencia del recurso, la procedencia del recurso de revocatoria esta dada en la ley, en consonancia con lo anterior el artículo 503 del CPCM ha dispuesto que: los decretos y los autos no definitivos admitirán recurso de revocatoria. Pues bien, pasemos a realizar un estudio particular de cada una de las resoluciones contra las cuales se ha reservado la procedencia legal del recurso de revocatoria, de lo anterior tenemos que las resoluciones recurribles mediante el recurso de revocatoria son:

3.4.5.1 LOS DECRETOS: entendiéndose por estas, según fueron definidas en el capítulo anterior, como aquellas resoluciones que tienen por objeto el impulso y la ordenación material del proceso, pronunciadas sin sustanciación previa, ni motivación por el juzgador. Según el inciso 1º del artículo 212 del CPCM los decretos tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso. Entre algunos ejemplos de resoluciones interlocutorias, que toman la forma de decretos, que admiten recurso de revocatoria, podemos mencionar: la resolución que señala día, lugar y hora para la celebración de la audiencia preparatoria o a la audiencia probatoria, artículo 290 del CPCM; el decreto por medio del cual se convoca a las partes a la práctica de un reconocimiento judicial, según el inciso 2º del artículo 392 del CPCM. En conclusión toda resolución interlocutoria que adopte la forma de decreto es recurrible siempre y cuando la ley no la declare expresa o tácitamente irrecurrible.

3.4.5.2 LOS AUTOS NO DEFINITIVOS: dándonos a entender, por exclusión, que son recurribles mediante revocatoria, los autos simples¹⁹¹, entendiendo por estas, según lo dicho anteriormente, que son aquellas resoluciones interlocutorias, dictadas en el curso del proceso, que tienen por objeto, en el sentido más genérico, resolver cualquier cuestión incidental, sobrevenida en el curso del proceso, pronunciadas previa sustanciación de parte y motivación por el juzgador, para que se produzca el posterior pronunciamiento de la sentencia. Este sentido genérico que puede tener por objeto el auto simple, puede comprender, en sentido estricto, siguiendo la normatividad de nuestro CPCM: entre otros propósitos, resolver incidentes, acordar o denegar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades, según el inciso 2º del artículo 212 del CPCM. Si la resolución tiene alguno de estos objetos, podemos afirmar, que es un auto simple, y por tanto, susceptible de interposición del recurso de revocatoria, ante el mismo órgano que la pronuncia, con el único límite que la ley no la haya declarado expresa o tácitamente irrecurrible. Entre algunos ejemplos concretos de autos simples, que admiten recurso de revocatoria, tenemos: el auto que deniega la suspensión del proceso por una prejudicialidad penal, artículo 49 CPCM; el auto que declara la falta de prejudicialidad civil y mercantil, según el inciso 2º del artículo 51 CPCM; el auto simple que resuelve el incidente sobre acumulación de procesos pendientes ante el mismo tribunal, de conformidad al inciso final del artículo 114 del CPCM;

En relación a la modalidad de la revocatoria oral, que se interpone en el curso de las audiencias, esta es procedente siempre y cuando la resolución sea un decreto o un auto simple, pronunciado en la audiencia de manera oral por el juzgador, pues aunque la ley obliga al juzgador a dictar la sentencia o

¹⁹¹ Los autos son simples, de conformidad al inciso 2º del artículo 212 del CPCM, si se dictaren, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades.

mínimamente la parte dispositiva de esta, el fallo, oralmente en algunos procesos, esta no es susceptible de interposición del recurso de revocatoria, debido a que este tipo de resolución no es ni decreto, ni auto simple.

A diferencia del CPCM, que ha reservado únicamente el recurso de revocatoria para los decretos y autos simples, el Código de Procedimientos Civiles derogado, lo reservaba, para los decretos de sustanciación y las sentencias interlocutorias simples, según el artículo 425 y 426 Pr. C., y además para las resoluciones que denominaba el Código como interlocutorias con fuerza de definitivas, e incluso, eran susceptibles de este recurso, las sentencias interlocutorias que le ponían fin al proceso haciendo imposible su continuación, según lo dispuesto en el artículo 426 del Pr. C, respecto de las sentencias interlocutorias con fuerza de definitiva, la razón de la irrecurribilidad actual es sencilla, pues han sido un tipo de resoluciones que han desaparecido de este nuevo ordenamiento jurídico¹⁹², y respecto de las resoluciones interlocutorias que le ponían termino al juicio haciendo imposible su continuación, cuyo equivalente actual en el CPCM son los autos definitivos, se ha reservado, para este tipo de resoluciones, el recurso de apelación, cuando son pronunciadas en primera instancia, según el artículo 508 del CPCM, y el recurso de casación, cuando son pronunciadas en grado de apelación, según el ordinal 1º del artículo 519 del CPCM.

Consideramos, que esta modificación, es producto de que el legislador considero, que el uso del recurso de revocatoria, respecto de estas ultimas

¹⁹² Actualmente, las únicas resoluciones que pueden existir legalmente en el proceso son, de conformidad al artículo 212 del CPCM, uno, los decretos; dos, los autos, que únicamente pueden ser simples o definitivos; y tres, las sentencias. Mientras que el anterior Código de Procedimientos Civiles establecía, que las resoluciones podían ser: uno, decretos de sustanciación, artículo 419 Pr. C; dos, sentencias interlocutorias, que se subdividían en, sentencias interlocutorias simples, interlocutorias con fuerza de definitiva e interlocutorias que le ponían termino al juicio haciendo imposibles su continuación; y tres, sentencias definitivas.

resoluciones, dilatava excesivamente el proceso, porque resultaba en la practica, que las interlocutorias que le ponían termino al juicio haciendo imposible su continuación, eran susceptibles de impugnación mediante dos recursos, de revocatoria ante el mismo juzgador que emitió la resolución, según los artículos 425 y 426 Pr. C., y de apelación ante el órgano superior, si se impugnaba una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva o que le ponía termino al juicio haciendo imposible su continuación en primera instancia, artículo 985 Pr. C.

3.4.5.3 RESOLUCIONES IRREVOCABLES: tenemos, de acuerdo a lo anterior, que las resoluciones que no admiten revocatoria, o contra las cuales no procede el recurso de revocatoria son: en principio y por exclusión de las resoluciones que admiten revocatoria, todas las sentencias y los autos definitivos; en segundo lugar, las resoluciones interlocutorias que no obstante sean decretos o autos simples la ley les niegue expresa o tácitamente el recurso de revocatoria. Así por ejemplo, el auto simple mediante el cual el juzgador declara inadmisibile un medio probatorio en la primera instancia, no admite recurso de revocatoria, inciso 3º del artículo 317 del CPCM; el auto simple que admite la intervención de un tercero coadyuvante al proceso no admite recurso de revocatoria, inciso 2º del artículo 81 del CPCM; el auto que resuelve la recusación de un funcionario judicial no admite recurso de revocatoria, según el inciso final del artículo 57 del CPCM; el auto simple que deniega la acumulación de procesos, artículo 110 del CPCM; el auto simple que desestima la improponibilidad sobrevenida de la demanda ordenando la continuación del proceso, según el inciso 5º del artículo 127 del CPCM; etc.

3.4.6 EL AGRAVIO EN LA REVOCATORIA

El agravio, como presupuesto objetivo de procedencia de la impugnación de las resoluciones judiciales mediante el recurso de revocatoria, exige, que la parte que recurre en revocatoria, sea aquella, a quien la resolución perjudica, lesiona o infiere agravio respecto de su pretensión. El agravio, como presupuesto objetivo de la procedencia de la revocatoria, debemos analizarlo, como presupuesto general de todos los medios de impugnación, y no como presupuesto especial del recurso de revocatoria, debido a que, nuestro sistema de recursos, acertadamente, ha normado el agravio, en las disposiciones generales del libro referido a los medios de impugnación, como un principio de aplicación general a todos los recursos, de ahí entonces que valgan en este apartado las explicaciones dadas anteriormente en este estudio, sobre el agravio. En sintonía, con la forma en que regula el agravio nuestro CPCM Enrique Vescovi¹⁹³ ha entendido que el agravio es un principio general de todo recurso. Es por ello, que el artículo 501 de CPCM, ha dispuesto, que tendrán derecho a recurrir las partes **gravadas** por la resolución que se impugna. El doctor Juan Carlos Cabañas¹⁹⁴ ha señalado que el parámetro para determinar o medir si la resolución impugnada infiere agravio, es cotejar el contenido decisorio de la resolución con las pretensiones sustentadas por la parte, y de tal análisis comparativo entre lo pretendido por la parte y lo decidido en la resolución por el juez, determinar el agravio concreto que la resolución infiere a la parte que recurre en revocatoria. El agravio además, constituye, un marco delimitador de los poderes decisorios del tribunal que conoce y decide el recurso de revocatoria y de la impugnación de la parte.

¹⁹³ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 32.

¹⁹⁴ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 536.

En materia del recurso de revocatoria, la doctrina considera, que existen supuestos excepcionales, en los que la resolución puede causar perjuicio a ambas partes del proceso, y la denuncia del vicio, error o ilegalidad de que adolece la resolución corresponde a ambas partes, todo ello para lograr la sanidad procesal, para que no se llegue a producir una nulidad, así según el tratadista español Julio Picatoste Bobillo, en materia de revocatoria *“sin duda, habrá una parte a quien de manera especial afecte negativamente la resolución que se impugna y que, por consiguiente, tenga particular interés en su anulación y sustitución por otra que le favorezca. Pero, por encima del interés de parte, hay otro superior, común a ambas partes: el de la regularidad del proceso; por ello podrá pedir la reposición no solo aquel especialmente agraviado por la resolución, sino la otra parte a quien también importa se vele por la pureza del procedimiento antes de aventurar posibles nulidades”*¹⁹⁵; a manera de ejemplo, podría ser el caso, que el juzgador, después de haber sido contestada la demanda en el proceso común, convoque mediante decreto, a la audiencia preparatoria, ordenando sea celebrada en un plazo mayor a los sesenta días que establece el artículo 209 del CPCM, en este caso es indiscutible, que este decreto adolece de una ilegalidad, por salirse del marco legal que se le ha permitido al juzgador, configurándose de esta manera un perjuicio para ambas partes del proceso, de ahí entonces, la legitimidad de ambas para impugnar la resolución mediante el recurso de revocatoria.

¹⁹⁵ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 106.

3.4.7 COMPETENCIA PARA CONOCER Y DECIDIR EL RECURSO DE REVOCATORIA

Siendo la revocatoria un recurso de tipo no devolutivo, su conocimiento y decisión, es competencia del mismo órgano que dicto la resolución objeto de impugnación, de ahí entonces, que algún sector de la doctrina, considera, que la revocatoria en sentido estricto no es un recurso, sino un remedio, pues consideran como elemento esencial de los recursos, que su conocimiento sea competencia de un órgano distinto y superior al que dicto la resolución recurrida. Ya, anteriormente, habíamos advertido, el carácter no devolutivo del recurso de revocatoria, y la negativa, de algún sector de la doctrina, de negar ha este, la naturaleza de recurso, y nuestra posición respecto a la naturaleza recursiva de la revocatoria, debido a dos razones, uno, porque consideramos que es de la esencia de un recurso atacar una resolución judicial, y la revocatoria tiene por objeto atacar las resoluciones denominadas decretos y autos simples, artículo 503 del CPCM; y dos, que la impugnación sea un acto procesal proveniente exclusivamente de parte.

Pues bien, independientemente de la anterior discrepancia doctrinaria, nuestro CPCM ha dispuesto en el artículo 503 que, el recurso de revocatoria, será resuelto por el mismo juzgador que dicto la resolución recurrida, debiendo entenderse el termino juzgador, según Enrique Vescovi¹⁹⁶ en sentido objetivo, referido al órgano, y no a la persona física del juzgador; podemos afirmar como regla absoluta, en relación a al órgano competente para conocer de la revocatoria, en nuestro sistema de recursos que ha establecido el CPCM, lo siguiente: si la resolución impugnada mediante la revocatoria es dictada por un Juzgado de Primera Instancia, una Cámara de Segunda Instancia, la Sala de lo Civil o incluso por la Corte Suprema de

¹⁹⁶ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 95.

Justicia en Pleno, será a este mismo órgano al que funcionalmente le corresponde el conocimiento y decisión del recurso de revocatoria

3.4.8 LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER EL RECURSO DE REVOCATORIA

La legitimación, permite saber identificar o determinar, quienes son los sujetos que están facultados por la norma jurídica para interponer los recursos, y es un presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, cuyo efecto inmediato, de que un recurso sea interpuesto por quien no esta legitimado para hacerlo, es, la declaratoria de improcedencia del recurso. Este, resulta un tema complejo, que debe ser abordado cuidadosamente por dos razones fundamentales, primero, para no extender o ampliar la facultad de interponer los recursos a sujetos que no deben hacer uso de ellos, y segundo, para no reducir, limitar o negar la facultad de interponer los recursos a quienes puedan sufrir un perjuicio material o procesal por una determinada resolución. Está legitimado para interponer el recurso de revocatoria la parte gravada por la resolución que se impugna, así lo dispone el inciso 1º del artículo 501 CPCM, resulta entonces, que el requisito subjetivo de procedencia de la revocatoria es: tener la calidad de parte en el proceso. El termino partes, debe de ser entendido en un sentido amplio y no restringido, esta interpretación amplia de la legitimación para recurrir, necesariamente debe partir y fundamentarse en el artículo 58 del CPCM, así según este articulo, son partes en el proceso, el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

La legitimación, al igual que la competencia, es un presupuesto subjetivo de procedencia del recurso de revocatoria, produciendo en ambos casos, su inobservancia la declaratoria de improcedencia del recurso. Ahora bien, en el

caso de los decretos y autos simples podría darse el supuesto de que la resolución cause un perjuicio a ambas partes del proceso, entonces ¿quien es la parte legitimada para interponer el recurso de revocatoria?, consideramos que en estos casos, la solución correcta en estos supuestos es, que ambas partes están legitimadas para interponer el recurso, pues, a ambas la resolución causa un gravamen o perjuicio.

3.4.9 PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO DE REVOCATORIA

El plazo, constituye un requisito legal de admisibilidad del recurso de revocatoria, cuyo incumplimiento produce la declaratoria de inadmisibilidad del mismo. El lapso de tiempo dado por la ley, para la interposición del recurso de revocatoria es de tres días hábiles, en el caso de la modalidad de revocatoria escrita, e inmediatamente después de pronunciada la resolución, en el caso de la modalidad de la revocatoria oral, si el decreto o auto es pronunciado en las audiencias. Respecto a este plazo debemos decir, que es de naturaleza legal, pues esta dado en su extensión por la ley, plazo que además de perentorio es improrrogable, perentorio por que no se requiere para que la oportunidad de interponer este recurso precluya, que sea solicitado por la parte contraria¹⁹⁷, e improrrogable, porque no es susceptible de ser ampliado en su extensión a un numero mayor de días.

¹⁹⁷ Este es el criterio de nuestra sala de lo Civil respeto a los plazos perentorios de interposición de los recursos: **REF 36-C-2007 26/05/2008**. “El plazo Perentorio o Preclusivo, es aquel que, vencido, produce caducidad del derecho o el cierre de una instancia, sin necesidad de actividad alguna del Juez ni de la parte contraria, Vgr: el término para apelar, Art. 981 Pr. C.; el término de prueba en los juicios ejecutivos y sumarios civiles, Art. 246 Inc. 3° Pr. C.; el término para recurrir en casación, Art. 8 L.C.; etc., etc. En síntesis, en los plazos perentorios el derecho a realizar un acto procesal, se pierde sólo por el efecto de la ley, o lo que es igual, precluye por el paso del término. A contrario sensu, los plazos no perentorios son aquellos que, vencidos, necesitan de un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho, Vgr.: el demandado para la contestación de la demanda en un juicio

Este plazo de interposición del recurso, comienza a correr a partir del día siguiente de la notificación respectiva, no incluyéndose dentro del plazo el mismo día de la notificación de la resolución en el caso de la revocatoria escrita. La interposición para que sea valida debe realizarse por el recurrente en días y horas hábiles. La consecuencia del incumplimiento de todos estos requisitos exigidos en la ley, produce la declaratoria de inadmisibilidad del recurso: si se interpone fuera del plazo legal, si se interpone en un día u hora inhábil, en todos estos supuestos no se entra a conocer el fondo de la impugnación, por ser el recurso inadmisibile.

A diferencia del CPCM, que ha dispuesto, un plazo común tanto para interponer la revocatoria contra los decretos y los autos simples, el Código de Procedimientos Civiles, establecía, un plazo diferente para su interposición, según se pidiera revocatoria de un decreto de sustanciación, o de una sentencia interlocutoria, pues en el primero de los casos, el código disponía que, podía pedirse la revocatoria en cualquier estado del proceso antes de la sentencia definitiva, según lo regulado en el artículo 425 Pr. C, pero si la revocatoria se pedía respecto de una sentencia interlocutoria, debía hacerse el mismo día o al día siguiente de la notificación respectiva, según lo disponía en el artículo 426 Pr. C.

ordinario tiene seis días, Art. 516 Pr. C.; sin embargo la no contestación en ese plazo, no hace caducar el derecho de contestarla, pues para hacer perder ese derecho, es necesario que la otra parte pida al juez de la causa que lo declare rebelde, Art. 530 Pr. C. Consecuentemente, en los plazos no perentorios para que se pierda la oportunidad de realizar el acto procesal, la otra parte, tiene que realizar otro acto: pedir el decaimiento del derecho de la parte contraria”.

3.4.10 FORMA DEL RECURSO DE REVOCATORIA

Punto esencial, en materia del recurso de revocatoria, lo ha sido, la forma de su interposición, pues la forma, constituye en esencia, un presupuesto de su admisibilidad, cuyo incumplimiento o inobservancia produce la declaratoria de inadmisibilidad del recurso por parte del tribunal. Podemos dividir los requisitos de forma en generales y especiales. Los generales, que anteriormente fueron analizados son aquellos que deben observarse en todos los escritos presentados ante el tribunal. Dentro de los requisitos especiales, que corresponden exclusivamente al escrito de interposición del recurso de revocatoria, tenemos: este escrito debe de contener, primero, una constatación de la infracción legal que se estima cometida, y segundo, debe de formularse una sucinta explicación sobre la ilegalidad de la infracción, pues no basta, el simple señalamiento de la infracción a una determinada norma procesal, para que la resolución sea susceptible de ser revocada por el tribunal, según el artículo 504 CPCM.

3.4.11 PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE REVOCATORIA

3.4.11.1 INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA: la revocatoria debe de interponerse, en el plazo de tres días hábiles, perentorios e improrrogables, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución respectiva, de manera escrita, que contenga la constatación de la infracción cometida y una explicación sucinta sobre la ilegalidad de la infracción, artículo 504 CPCM. Dentro de los requisitos especiales, que corresponden exclusivamente al escrito de interposición del recurso de revocatoria, mencionamos anteriormente que: este escrito debe de contener, primero, una constatación de la infracción legal que se estima

cometida, y segundo, debe de formularse una sucinta explicación sobre la ilegalidad de la infracción, pues no basta el simple señalamiento de la infracción a una determinada norma procesal, para que la resolución sea susceptible de ser revocada por el tribunal.

3.4.11.2 PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVOCATORIA: la resolución será recurrible mediante revocatoria, solo si tiene por objeto atacar un decreto o un auto simple, artículo 503 CPCM; estará legitimada para recurrir, si el interponente de la revocatoria es parte del proceso, artículo 501 CPCM; será competente para conocer y decidir la revocatoria, si se interpone ante el mismo órgano que dictó la resolución objeto de impugnación; y será procedente además, si se interpone por el sujeto a quien la resolución perjudica, artículo 501 CPCM, es pertinente dejar bien claro esto: no basta que concurra alguno o algunos de los anteriores presupuestos, sino que es necesaria e imprescindible la concurrencia de todos, y la ausencia de uno de ellos deviene en la improcedencia del recurso, por tanto si se cumplen todos los anteriores presupuestos debe declararse la procedencia del recurso de revocatoria, pero faltando cualquiera de los anteriores presupuestos debe declararse improcedente.

3.4.11.3 ADMISIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA: respecto a los requisitos exigidos en la ley, para la admisión del recurso tenemos que, el recurso de revocatoria será admisible si se interpone en el plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución, en día y hora hábil; será admisible además, si se interpone de forma escrita, que contenga la constatación de la infracción cometida, y una explicación sucinta sobre la ilegalidad de la infracción. Al igual que los presupuestos de

procedencia, en los requisitos de admisibilidad deben de observarse todos, y la ausencia de uno de estos dos requisitos, deviene en la inadmisibilidad de la revocatoria. Si luego del examen anterior el juzgador concluye que se cumplen todos los requisitos de procedencia y admisibilidad de la revocatoria, debe de admitir el recurso, y dar audiencia a la parte contraria, si ya comparecido al proceso, por el plazo de tres días hábiles, para que manifieste lo que ha su derecho corresponda, respecto de la revocatoria interpuesta, para entrar a examinar la cuestión de fondo de la resolución objeto de impugnación.

3.4.11.4 AUDIENCIA A LA PARTE CONTRARIA: admitido el recurso de revocatoria, el juzgador, que esta conociendo de este, debe mandar a oír a la parte contraria si ha intervenido en el proceso, para que formule su oposición, en el plazo de tres días hábiles, respecto de la revocatoria interpuesta por su contraparte. Ahora bien, será que siempre habrá oposición por la parte recurrida, o puede haber una adhesión a la revocatoria, por considerar también que la resolución adolece de una infracción procesal, debemos responder afirmativamente esta interrogante, debido a que, como lo expresamos en párrafos anteriores, existen algunas resoluciones de contenido meramente procedimental, que se deciden mediante los decretos, que por la sanidad del proceso, no conviene para ninguna de las partes su asentimiento tácito, ni expreso, pues puede devenir posteriormente, en la configuración de una nulidad procesal, como por ejemplo cuando el juez omite mediante auto simple ordenar el emplazamiento, en este caso la misma parte demandante puede interponer revocatoria de esta resolución, pues de lo contrario, podría configurarse una nulidad, por haberse infringido el derecho constitucional de audiencia y defensa.

3.4.11.5 RESOLUCIÓN DEL RECURSO: dos soluciones posibles caben al juzgador que conoce y decide el recurso de revocatoria, la primera de ellas, puede resolver confirmando la resolución recurrida, en este caso la decisión recurrida mantiene sus efectos, y adquiere firmeza; y la segunda, revocar la resolución recurrida, en este caso, la resolución impugnada en revocatoria es dejada sin ningún efecto, y es sustituida por otra apegada a derecho, artículo 505 CPCM. Es de señalar dos cosas, uno, que siendo que las resoluciones recurribles mediante la revocatoria son los decretos y los autos no definitivos estos pueden ser modificados por el juez en cualquier estado del proceso, artículo 227 y 228 CPCM, y dos, que la resolución que resuelve el recurso de revocatoria no admite ningún otro recurso, artículo 506 CPCM.

3.4.12 EL RECURSO DE REVOCATORIA ORAL

Dice Julio Picatoste Bobillo *“en un procedimiento dominado por el principio de la oralidad y concentración, es claro que en las vistas, audiencias o comparecencias que se celebran se produzcan en forma sucesiva resoluciones del tribunal que necesariamente han de revestir la forma oral... cuando de resoluciones orales se trata, no es posible la reposición en el modo que conocemos... que regulan una tramitación escrita con unos plazos para recurrir y traslados para eventual impugnación; tampoco parece solución idónea que, terminado el acto, las partes pudiesen recurrir en reposición lo acordado”*¹⁹⁸, según este mismo autor, lo correcto, en los supuestos de resoluciones orales, dictadas en el curso de las audiencias, es, que su impugnación mediante revocatoria, observe la misma modalidad que la decisión del juzgador impugnada, es decir que, interposición, fundamentación, audiencia a la parte contraria, y resolución del recurso,

¹⁹⁸ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág.

deben de ser oral, al igual que la revocatoria escrita, la revocatoria oral, debe observar los mismos presupuestos de procedencia y admisibilidad.

Esta modalidad de la revocatoria oral, contra los decretos y autos no definitivos dictados en el curso de las audiencias por el juzgador, se ha introducido en el sistema de recursos procesales que ha establecido el CPCM, en el artículo 507, contra las resoluciones dictadas en el curso de las audiencias, figura que en el anterior código no existía, debido a que era un sistema estricta o preponderantemente escritural, pero con el establecimiento en el nuevo código de un sistema adversativo acusatorio, caracterizado por la oralidad, es lógico, que el juzgador puede emitir en el curso de las audiencias, resoluciones que adolezcan de algún vicio, error, injusticia o ilegalidad, y por tanto, causen un agravio a alguna de las partes, para evitar que en estos supuestos pueda darse indefensión, se ha previsto la revocatoria oral, en contra de los decretos y autos simples dictados en audiencia. A diferencia de la revocatoria escrita, esta modalidad de la revocatoria, debe interponerse inmediatamente después de pronunciada la resolución, de manera verbal por el litigante que recurre en la audiencia, cuyo contenido siempre debe de ser la constatación de la infracción cometida y una explicación sucinta sobre la ilegalidad de la infracción.

CAPITULO IV

EL RECURSO DE APELACIÓN

SUMARIO: 4.1 Introducción; 4.2 Importancia del Estudio del Recurso de Apelación; 4.3 Definición de la Apelación; 4.4 Características de la Apelación; 4.4.1 Es un Recurso Devolutivo; 4.4.2 Es una Revisión de la Primera Instancia; 4.4.3 Es un Recurso Ordinario; 4.4.4 Es un Recurso Material y Procesal; 4.4.5 Es un Recurso Suspensivo; 4.4.6 Es un Recurso Universal; 4.5 Distinción entre Apelación y Segunda Instancia; 4.6 Finalidad del Recurso de Apelación: Objeto de la Apelación; 4.7 Las Resoluciones Recurribles en Apelación; 4.7.1 Las Sentencias Pronunciadas en Primera Instancia; 4.7.2 Los Autos Definitivos Pronunciados en Primera Instancia; 4.7.3 Las Resoluciones que la Ley Señale Expresamente; 4.7.4 Resoluciones Inapelables; 4.8 El Agravio en la Apelación; 4.9 La Legitimación para Apelar; 4.9.1 Las Partes: Demandante y Demandado; 4.9.2 Quienes Puedan Sufrir los Efectos Materiales de la Cosa Juzgada: Los Terceros Excluyentes; 4.9.3 Otros Tipos Especiales de Legitimación para Apelar; 4.10 La Competencia para Conocer y Decidir el Recurso de Apelación; 4.11 Forma del Recurso de Apelación; 4.12 El Plazo de Interposición del Recurso de Apelación.

4.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto el estudio del recurso de apelación, excluida toda posibilidad en materia de derecho procesal civil, la casación *per saltum*, la apelación se configura para nuestro estudio en un marco delimitador subjetiva y objetivamente del recurso de casación, objetivamente todo error ya sea *in procedendo* o *in iudicando* debe de haberse cometido, en la sustanciación del recurso de apelación, subjetivamente este error únicamente puede ser cometido por el juzgador de la apelación, el juez *ad quem*. En esta parte desarrollamos un estudio doctrinario y jurisprudencial de los principales tópicos y problemas que presenta la apelación, entre ellos su definición, sus caracteres y notas esenciales, su distinción con la segunda instancia, los presupuestos de procedencia y admisibilidad del recurso de

apelación. Todo lo anterior con un especial enfoque, en la nueva normativa en materia procesal civil y mercantil.

4.2 IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL RECURSO DE APELACIÓN

De especial y particular importancia para nuestro estudio, es el tema referente al recurso de apelación, excluida totalmente la posibilidad de una casación *per saltum* en materia procesal civil y mercantil, el recurso de apelación es un medio de impugnación cuyo estudio necesariamente debe de abordarse y prácticamente agotarse, para acceder a la impugnación en casación, pues la procedencia legal del recurso de casación esta reservada única y exclusivamente para las resoluciones dictadas en grado de apelación y por los motivos taxativamente previstos en la ley. La apelación se configura para nuestro estudio en un marco delimitador subjetiva y objetivamente del recurso de casación, objetivamente, todo error, ya sea *in procedendo* o *in iudicando*, debe de haberse cometido en la sustanciación del recurso de apelación, subjetivamente, este error únicamente puede ser cometido por el juzgador de la apelación, el juez *ad quem*.

4.3 DEFINICIÓN DE LA APELACIÓN

Se han propuesto muchas definiciones sobre el recurso de apelación, cada una de las cuales responde a un momento histórico y a un lugar determinado. Ahora bien, algunas de las definiciones propuestas por la doctrina, no responden actualmente a la esencia y finalidad del recurso de apelación, no porque sus autores en su momento hayan errado en definirla, sino porque, estas definiciones, modernamente no responden a la evolución necesaria e inevitable de todas las instituciones del derecho procesal,

evolución de la cual según lo estableceremos en este estudio, el recurso de apelación no es ajeno.

Para José Chiovenda “*la apelación ha de considerarse como la prosecución del procedimiento del primer grado reanudado en la condición en que se encontrara antes del cierre de la discusión*”¹⁹⁹. Esta definición actualmente es incompleta en su contenido por las siguientes razones: uno, no integra en su definición el carácter devolutivo esencial del recurso de apelación, limitándose a considerar la apelación como una simple continuación del proceso, sin especificar, que si bien eventualmente²⁰⁰, la apelación puede implicar la prosecución del procedimiento, esta continuación de la prosecución del procedimiento necesariamente debe ser competencia de un órgano distinto y superior al que dicto la resolución objeto de impugnación; dos, no incluye ni al agravio, ni a la recurribilidad de la resolución, como presupuestos objetivos de la procedencia de los recursos; tres, no incorpora además en su contenido, la legitimación como presupuesto subjetivo de la procedencia de la apelación; cuatro, confunde la apelación con la segunda instancia, siendo que esta última únicamente se abre o inicia cuando la apelación se interpone contra la resolución de fondo, la sentencia.

Para el maestro uruguayo Eduardo Couture la apelación o alzada como el la denomina, “*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*”²⁰¹. Puntos importantes ya en esta definición que nos

¹⁹⁹ CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana del Profesor José Casáis y Santalo. Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1925. Pág. 489.

²⁰⁰ Debido a que si bien toda segunda instancia se abre o inicia mediante el recurso de apelación, no toda apelación tiene por objeto abrir la segunda instancia, sino solamente cuando la apelación se interponer contra la resolución de fondo que estima o desestima la pretensión, la sentencia.

²⁰¹ COUTURE, Eduardo J. *Op Cit*. Pág. 351.

brinda Couture son: primero, el carácter devolutivo esencial de la apelación, pues considera que mediante la apelación el litigante reclama de la sentencia ante un juez superior; segundo, el agravio como presupuesto objetivo de la procedencia de la apelación; tercero, la legitimación como presupuesto subjetivo de procedencia del recurso de apelación; no obstante las anteriores virtudes de la definición, esta también adolece de algunos defectos esenciales que debemos señalar: incurre en el error de reservar la apelación únicamente contra la sentencia, siendo que son recurribles también mediante la apelación las resoluciones interlocutorias denominadas autos actualmente y carece del fundamento y finalidad del recurso de apelación.

Barrios de Angelis ha sostenido que la apelación “*es un recurso que tiene por objeto una sentencia a la cual se atribuye por el recurrente un defecto de fondo, que se deduce para obtener su sustitución ante el juez superior*”²⁰². Esta definición adolece del mismo defecto de la definición anterior: reserva la apelación únicamente contra las sentencias, y contiene un error mas, considera que con la apelación el recurrente únicamente puede denunciar o atacar un error o defecto de fondo de la sentencia, dejando a un lado la posibilidad de atacar mediante la apelación, los errores *in procedendo* o de procedimiento cometidos por el juzgador en la primera instancia en el desarrollo del proceso.

Héctor Fix Zamudio y José Ovalle Favela han sostenido que “*el recurso ordinario por antonomasia y que posee prácticamente carácter universal, es el de apelación, a través del cual, a petición de la parte agraviada por una resolución judicial, el tribunal de segundo grado, generalmente colegiado, examina todo el material del proceso, tanto factico como jurídico, así como las violaciones tanto del procedimiento como de fondo, y como resultado de*

²⁰² VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 99.

*esta revisión, confirma, modifica o revoca la resolución impugnada, sustituyéndose al juez de primera instancia, o bien ordena la reposición del procedimiento, cuando existen motivos grandes de nulidad del mismo*²⁰³. Esta definición es mas completa en su alcance y contenido, debido a las siguientes razones: uno, incluye en su definición el carácter devolutivo y ordinario del recurso de apelación; dos, no reserva la procedencia del recurso de apelación exclusivamente contra la sentencia, dejando un margen mas abierto de resoluciones susceptibles de impugnación mediante la apelación; tres, considera que la apelación puede tener por objeto tanto el examen de los errores *in iudicando*, como también el examen de los errores *in procedendo*; y cuatro, hace alusión a la finalidad que persigue el recurrente con la apelación, que se confirme, modifique o se revoque la resolución impugnada. No obstante todas las anteriores ventajas de esta definición, consideramos que le faltan dos elementos esenciales: el fundamento del recurso de apelación y los efectos del recurso de apelación. Además confunde e utiliza como sinónimos el término apelación y segunda instancia.

La apelación, dice Lino Enrique Palacio “*constituye el más importante y usual de los recursos ordinarios, es el remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba*”²⁰⁴. El error mas importante de que adolece esta definición, es que atribuye únicamente como finalidad de la apelación la revisión de los errores *in iudicando*, siendo que modernamente, y según lo veremos mas adelante, la

²⁰³ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México Distrito Federal, México, 1991. Pág. 105

²⁰⁴ PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimo Séptima Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003. Pág. 585.

doctrina considera que la apelación puede servir al menos en potencia, también para revisar los errores *in procedendo*.

La doctrina española mas reciente define a la apelación como: “*un recurso ordinario y devolutivo, cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita del órgano jurisdiccional de orden jerárquico superior al que dicto la resolución recurrida, que examine su corrección y regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión en ella, y dicte otra favorable o mas favorable para el recurrente, o la anule*”²⁰⁵; en similares términos, se define a la apelación también como “*aquel recurso ordinario y devolutivo mediante el cual se pretende del tribunal superior la revocación de la resolución –auto o sentencia- dictada por otro tribunal –el de la primera instancia- y se dicte otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las cuestiones –de hecho y de derecho- que el recurrente someta al tribunal ad quem, conforme al material producido en la primera instancia y el que se aporte en la segunda instancia en los casos permitidos por la ley*”²⁰⁶. El doctor Juan Carlos Cabañas en sus comentarios al CPCM define a la apelación como “*un recurso ordinario que tiene por finalidad el re-examen de las infracciones procesales y sustantivas contra resoluciones de primera instancia, a través de un procedimiento único con el que el tribunal competente (ad quem) ejercita una potestad de jurisdicción similar a la desplegada por el órgano inferior (a quo)*”²⁰⁷.

Nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles definía a la apelación en el artículo 980 en los siguientes términos: “*la apelación o alzada es un recurso ordinario que la ley concede a todo litigante cuando cree haber recibido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella ante*

²⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 175.

²⁰⁶ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 126.

²⁰⁷ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 552.

el tribunal superior". Esta definición, la del maestro Eduardo Couture y la de otros dos autores son las que nos brinda el doctor Francisco Arrieta Gallegos²⁰⁸ en su obra sobre la Impugnación de las Resoluciones Judiciales.

Efectuadas las anteriores razones y observaciones, no podemos adaptar literalmente las anteriores definiciones a nuestra realidad jurídica, sin efectuar ningún tipo de acomodación, por ello consideramos pertinente definir al recurso de apelación como: un recurso devolutivo y ordinario, que puede utilizar un litigante, para atacar las sentencias y determinados autos interlocutorios y definitivos, que les infieren agravio, con el objeto de corregir mediante la revisión del juez *ad quem* los errores materiales o anular los errores procesales producidos en la primera instancia por el juzgador *a quo* e impedir simultáneamente la formación de la cosa juzgada formal, sustituyendo, modificando o anulando total o parcialmente la resolución impugnada, por otra que le favorezca al recurrente, por considerar que la primera adolece de un vicio, error, injusticia o ilegalidad. Esta definición que se propone, pretende ser completa en su alcance y contenido, integrando en ella los elementos y caracteres esenciales del recurso de apelación.

4.4 CARACTERÍSTICAS DE LA APELACIÓN

Del análisis de las anteriores definiciones, tenemos que, resultan evidentes los caracteres y notas distintivas del recurso de apelación, así:

4.4.1 ES UN RECURSO DEVOLUTIVO: la primera nota característica y esencial del recurso de apelación, es, de que es un recurso devolutivo, ello

²⁰⁸ ARRIETA GALLEGOS, Francisco. *Impugnación de las Resoluciones Judiciales*. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador. Pág. 33.

en razón de que su conocimiento y decisión necesariamente debe de ser competencia de un órgano distinto y superior al que dicto la resolución sometida a apelación. El maestro Enrique Vescovi nos recuerda en relación al efecto devolutivo de la apelación que este *“responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dicto el acto y, frente a la impugnación, entrega la jurisdicción (facultad de juzgar) al superior. Proviene de la época en que, por derivar la facultad de juzgar del emperador y este la delegaba en sus jueces, por lo que al recurrir ante aquel se producía realmente una devolución de dicho poder”*²⁰⁹. Picatoste señala que actualmente, el término devolutivo, ha perdido su significado y sentido original, y que hoy en día, el efecto devolutivo *“corresponde con la idea de una delegación de jurisdicción procedente de una concepción jerarquizada y piramidal de la justicia”*²¹⁰. Íntimamente relacionado al carácter devolutivo de la apelación, esta, el principio del doble grado de jurisdicción, principio que según el maestro Chiovenda *“consiste en que todo litigio excepto en los casos expresamente previstos por la ley, debe poder pasar para su pleno conocimiento por dos tribunales sucesivamente: y este doble grado, en la intención del legislador representa una garantía de los ciudadanos bajo tres aspectos: a) En cuanto un juicio reiterado hace, por si mismo, posible la corrección de los errores. b) En cuanto los dos juicios están confiados a jueces diferentes. c) En cuanto el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero”*²¹¹. En relación al efecto devolutivo de la apelación nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles disponía en su artículo 983 que: “dos son los efectos de la apelación: el uno suspensivo y el otro devolutivo, por el segundo se da únicamente conocimiento de la causa al superior”.

²⁰⁹ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 55.

²¹⁰ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 126.

²¹¹ CHIOVENDA, José. *Op Cit.* Pág. 488 y 489.

4.4.2 ES UNA REVISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA: esta característica responde a la naturaleza de la apelación según si la apelación es un nuevo proceso *novum iudicium* o una revisión de la primera instancia o *revisio prioris instantiae*. En el primer caso nos encontramos ante una apelación plena²¹² y en el segundo ante una apelación limitada²¹³. “Se caracteriza a la apelación limitada como una *revisio prioris instantiae* para resaltar que lo propio de este modelo es la mera revisión de la primera instancia mediante el control de la actividad procesal del juez a quo y de la corrección sobre la revisión sobre el fondo”²¹⁴. Nótese, que lo propio de este sistema de apelación limitada, es, una revisión de toda la actividad procesal y de juzgamiento hecho por el juez de la primera instancia sin la posibilidad de incluir nuevos hechos o nuevas pruebas en grado de apelación. La doctrina española²¹⁵ caracteriza a la apelación como *revisio prioris instantiae* con concesiones al *ius novorum*, que supone un elemento propio del sistema de apelación plena. En nuestro país el doctor Juan Carlos Cabañas²¹⁶ al comentar el CPCM caracteriza nuestra apelación como una mera revisión en potencia de la totalidad de la primera instancia.

²¹² Dice al respecto Julio Picatoste Bobillo “En el modelo de la apelación plena la segunda instancia se configura como procedimiento con sustantividad, sin límites al *ius novorum*, en cuanto que permite la incorporación de material fáctico y probatorio y la posibilidad de desplegar nuevos medios de ataque y de defensa, por lo que el tribunal de segunda instancia contara para un nuevo enjuiciamiento, por lo que el tribunal de la segunda instancia contara para un nuevo enjuiciamiento de la cuestión con el material de que dispuso el tribunal de primer grado y todo el que las partes adicionen en la segunda”. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 132.

²¹³ Según Picatoste Bobillo “este sistema parte del respeto al material –hechos y prueba- ya aportado en la primera instancia, que pasa al tribunal de apelación con el mismo contenido que adquirió en el primer grado jurisdiccional. En cuanto a aportación de material fáctico y jurídico, rige de modo riguroso el principio de preclusión”. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 133.

²¹⁴ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 136.

²¹⁵ VER: MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 177, 178 y 196. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 136 y 137.

²¹⁶ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 555 y 560.

4.4.3 ES UN RECURSO ORDINARIO: ello en virtud de que su admisión no esta sujeta a que el recurrente alegue un *numerus clausus* de motivos taxativamente previstos en la ley, basta con que el recurrente alegue el perjuicio que le infiere la resolución respecto de su pretensión para que proceda la apelación. Dice Bobillo que por el carácter ordinario del recurso de apelación “*el recurrente puede fundar su impugnación en cualquier vicio o error in procedendo o in iudicando sin límite que venga impuesto en un repertorio de causas legalmente tasadas*”²¹⁷. A diferencia de la apelación, en la que los motivos de impugnación son amplios e indeterminados, el recurso de casación necesariamente debe fundamentarse para ser admisible en alguno de los motivos taxativamente previstos en la ley. Es común en nuestra practica docente, que el termino ordinario en materia de recursos, sea entendido, en relación a la frecuencia o periodicidad con que se interpone un recurso, o a la limitada procedencia de estos contra un determinado tipo de resoluciones, siendo que todo recurso procede siempre contra un determinado tipo de resoluciones, lo ordinario o extraordinario de un recurso en esencia, debe ser entendido, en relación a si la impugnación ha de fundarse para ser admisible en un *numerus clausus* de motivos taxativamente previstos en la ley, y si solo por estos motivos puede recurrirse, de lo contrario el recurso deviene en inadmisibile. Este último, es el caso del recurso de casación, que únicamente puede fundarse para ser admisible en alguno de los motivos taxativamente previstos en la ley, artículo 522 y 523 CPCM.

4.4.4 ES UN RECURSO MATERIAL Y PROCESAL: debido a que, mediante la apelación el recurrente puede atacar tanto los errores de procedimiento o

²¹⁷ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 126.

in procedendo, como también los errores *in iudicando* o de juzgamiento. Modernamente el recurso de apelación está diseñado tanto para corregir y atacar los errores en el desarrollo procedimental, errores *in procedendo*, como también para atacar y corregir, los errores cometidos por el juzgador de la primera instancia, en el juzgamiento, al aplicar o interpretar la norma jurídica o en la valoración de las pruebas. Aunque, según veremos más adelante, inicialmente el objeto de la apelación lo constituía únicamente la revisión de los errores *in iudicando* y fue en una etapa posterior de la evolución de este recurso, que se produjo una unificación en los fines de la apelación, que subsumía en su objeto, también la revisión de los errores *in procedendo*. De ahí entonces que algunos autores en sus definiciones, reserven la procedencia del recurso de apelación únicamente contra las sentencias. Este es el objeto que el legislador le atribuye al recurso de apelación en el nuevo CPCM en el artículo 510, la revisión de los errores *in procedendo*, los errores *in iudicando* y la práctica o producción excepcional de la prueba.

4.4.5 ES UN RECURSO SUSPENSIVO: aunque ordinariamente se admita la ejecución provisional de las resoluciones judiciales²¹⁸, el efecto suspensivo de la apelación se da en el sentido de que con su interposición se impide o suspende la formación de la cosa juzgada formal, prolongando de esta manera la pendencia del proceso, artículo 229 ord 1º CPCM. El efecto suspensivo de la apelación ha sido contemplado expresamente en el artículo 509 del CPCM en los siguientes términos: “las resoluciones definitivas

²¹⁸ Montero Aroca y Flors Maties son de la idea de que el efecto suspensivo de la apelación consiste básicamente en dos cosas: uno, en impedir el proceso de formación de la cosa juzgada de la resolución e impedir la ejecución definitiva de la resolución sometida a impugnación mediante el recurso de apelación. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 177, 178 y 196.

recurridas en apelación no podrán ser ejecutadas. Sin embargo, de conformidad con las previsiones de este código, las sentencias condenatorias podrán ser ejecutadas provisionalmente”. Tanto el anterior Código de Procedimientos Civiles como el nuevo CPCM han admitido la ejecución provisional²¹⁹ de las resoluciones judiciales, según artículo 592 y siguientes del CPCM.

4.4.6 ES UN RECURSO UNIVERSAL: es un principio universal, en todo sistema procesal, la apelabilidad de la sentencia. Es unánime la doctrina, en admitir, el principio del doble grado de jurisdicción, en razón de que toda sentencia definitiva debe ser recurrible mediante el recurso de apelación, entonces, conforme al principio del doble grado de jurisdicción en el proceso civil, *“las partes dispondrán de la posibilidad de que el mismo asunto a que la contienda se refiere pueda ser examinado sucesivamente por dos tribunales distintos. El doble grado supone, por consiguiente, la intervención de dos órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la existencia de dos decisiones de las cuales será la del segundo tribunal la que ha de prevalecer”*²²⁰, dicho principio de recurribilidad, esta contenido en el artículo 508 del CPCM, y se desprende, de que este artículo al determinar las resoluciones que son recurribles en apelación nos habla de las sentencias, sin hacer ningún tipo de distinción del proceso en que la sentencia haya sido

²¹⁹ El anterior Código de Procedimientos Civiles contemplaba la facultad de ejecución provisional de las resoluciones judiciales en el artículo 983 así: “Dos son los efectos de la apelación: el uno suspensivo y el otro devolutivo. Por el segundo se da únicamente conocimiento de la causa al superior, sin quedar embarazo al inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias”. El CPCM contempla la posibilidad de ejecución provisional de las resoluciones judiciales en los siguientes términos en el artículo 592: “podrán ser ejecutadas provisionalmente, en tanto se sustancien los recursos interpuestos contra ellas, todas las sentencias de condena dictadas por los tribunales de la República en los procesos civiles y mercantiles”.

²²⁰ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 128.

dictada, por tanto, tanto la sentencia dictada en el Proceso Común, artículo 417 CPCM, Proceso Abreviado, artículo 430 CPCM, Proceso Ejecutivo, artículo 470 CPCM, Proceso Posesorio, artículo 476 CPCM, Proceso de Inquilinato, artículos 486 y 487, y en el Proceso Monitorio, artículo 496 CPCM, todas estas sentencias, independientemente del tipo de proceso en que sean dictadas, son recurribles en apelación.

4.5 DISTINCIÓN ENTRE APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA

Es frecuente en nuestra práctica judicial, que se confundan e utilicen indistintamente como sinónimos los términos apelación y segunda instancia, siendo que en realidad son cosas diferentes, así tenemos, que la segunda instancia se abre o inicia únicamente cuando la apelación se interpone contra la resolución de fondo, es decir, la que se pronuncia sobre la estimación o desestimación de la pretensión, la sentencia; mientras que cuando la apelación se interpone contra las resoluciones interlocutorias, contra los autos principalmente, la apelación no abre la segunda instancia, sino solamente una fase de impugnación recursiva pero no una segunda instancia, esta anterior confusión entre apelación y segunda instancia nos la explica con mucha claridad Bobillo, así para este autor *“toda segunda instancia presupone un recurso de apelación, -pero- no toda apelación conduce a una segunda instancia, sino solo aquella que se interpone frente a una sentencia definitiva sobre el fondo”*²²¹, debido a lo anterior, según este autor, *“solo puede hablarse de segunda instancia respecto de una primera ya agotada, y esto no se produce sino cuando el juez a quo ha resuelto sobre el fondo del asunto; en este caso, es llamado el juez de la apelación para que, mediante nuevo enjuiciamiento del asunto, dicte sentencia sobre el fondo.*

²²¹ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 131.

*Por ello, cuando la apelación se deduce contra una resolución interlocutoria, no cabe hablar de segunda instancia, sino de apelación simplemente, toda vez que la cuestión sometida al órgano ad quem no es susceptible, por su propia naturaleza, de una segunda instancia, en la medida que no hay nuevo enjuiciamiento de lo que es objeto de la primera, pues se pretende únicamente la anulación o modificación de una resolución de ordenación procesal dictada en primera instancia*²²². Esta explicación de este autor, resulta mas que clara para distinguir los términos de apelación y segunda instancia, y de ahí podemos inferir que toda segunda instancia es producto de un recurso de apelación, pero que no toda apelación tiene por objeto abrir la segunda instancia, sino solamente cuando la apelación se interponga contra la resolución de fondo, es decir, la que estima o desestima la pretensión aducida por las partes en el proceso, la sentencia.

Esta distinción entre apelación y segunda instancia es clave para recurrir en casación y no sin razón nuestro legislador, al establecer las resoluciones recurribles mediante el recurso de casación, prefirió utilizar el termino apelación en lugar del termino segunda instancia, así según el ordinal 1º del artículo 519 del CPCM las resoluciones recurribles mediante el recurso de casación son los autos y las sentencias pronunciadas en apelación. En materia de casación el confundir e utilizar indistintamente como sinónimos los términos apelación y segunda instancia puede generar una consecuencia práctica muy grave: negar la procedencia del recurso de casación cuando la apelación se haya interpuesto contra una resolución interlocutoria, ya sea un auto simple o un auto definitivo, pues en este caso la apelación no abre la segunda instancia sino solamente una fase de impugnación y la casación procedería únicamente contra las resoluciones dictadas en grado de apelación cuando este fue interpuesto contra la sentencia, pues solo cuando

²²² BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 131.

la apelación se interpone contra la sentencia de primera instancia se abre la segunda.

4.6 FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN: OBJETO DE LA APELACIÓN

El mismo Enrique Vescovi reconoce que el fin original de la apelación era únicamente revisar los errores *in iudicando*, pero admite que se va produciendo una evolución de la apelación, cuyo objeto se amplía también a la revisión de los errores *in procedendo*, así según este autor el fin original del recurso de apelación es “*revisar los errores in iudicando, sean los de hecho como los de derecho*”²²³. También Montero Aroca y Flors Maties son partidarios de la idea que inicialmente el objeto de la apelación lo constituía únicamente la revisión de los errores *in iudicando* y nos recuerda que esto es producto del aspecto histórico en que nació la apelación. En el derecho Romano la apelación se daba únicamente contra la sentencia que se había pronunciado sobre el fondo del asunto, pero que “*actualmente la unificación de la verdadera apelación (material) y de la nulidad (procesal) se produjo ya en el siglo XIX, en el que se admitió que el recurso de apelación podía servir para los dos fines, es decir, por un lado, para que el tribunal superior controlara la legalidad de fondo de la sentencia y, por otro, para que controlara la legalidad en la tramitación del proceso*”²²⁴. El doctor Juan Carlos Cabañas en sus comentarios al CPCM caracteriza nuestra apelación como una revisión total de la primera instancia o *revisio prioris instantiae*, así según el “*en apelación pueden revisarse, en principio... todas las parcelas de la actuación jurisdiccional que subyacen a la emisión de la resolución judicial*

²²³ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 99

²²⁴ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 182.

*impugnada*²²⁵. Nosotros, al definir y caracterizar el recurso de apelación, señalamos que era un recurso material y procesal, debido a que mediante la apelación el recurrente puede atacar tanto los errores de procedimiento o *in procedendo*, como también los errores *in iudicando* o de juzgamiento. En virtud de que el recurso de apelación está diseñado tanto para corregir y atacar los errores en el desarrollo procedimental, errores *in procedendo*, como también para atacar y corregir, los errores cometidos por el juzgador de la primera instancia, en el juzgamiento o errores *in iudicando*, al aplicar o interpretar la norma jurídica o en la valoración de las pruebas. Es de señalar, como aspecto relevante para el posterior estudio del recurso de casación, que nuestra Sala de lo Civil es del criterio que los errores *in iudicando* como motivos genéricos del recurso de casación únicamente pueden ser cometidos por el juzgador de la apelación en la sentencia, y no en el desarrollo procedimental del proceso que es donde se cometen los errores *in procedendo*²²⁶.

Nuestra apelación tal y como ha sido configurada en el CPCM tiene por objeto, al menos en potencia, la revisión de todo lo actuado en la primera instancia, tanto errores materiales o *in iudicando*, como también errores procesales o *in procedendo*, y además con una concesión excepcional y limitada a la producción de prueba en la segunda instancia, así de la

²²⁵ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 555.

²²⁶ Sobre este punto nuestra jurisprudencia ha sostenido: **REF. 22-CAC-2008 06/11/2009**. “Es de significar que el error de fondo o *in iudicando* ocurre en el juicio lógico y jurídico que el Juzgador realiza al momento de dictar sentencia. Es decir, tal vicio se produce cuando el Juzgador incumple o vulnera los preceptos legales que debió de tener en cuenta al tratar el fundamento de su decisión, lo que deviene -en definitiva- en un desajuste a derecho de la base o sustancia misma del pronunciamiento que se dicta. Por el sub-motivo Violación de Ley, pueden denunciarse infracciones a normas de naturaleza sustantiva, y la ley de la materia admite que también puedan denunciarse incluso preceptos de carácter adjetivo, siempre y cuando se haya afectado el verdadero fondo del asunto de que se trate. Art. 3 ordinal 1° L. Cas”.

literalidad del artículo 510 del CPCM podemos inferir que los fines de la apelación tal y como se ha diseñado en el CPCM comprende: **uno**, la revisión de los errores *in iudicando*, ya que dos de los cuatro fines de la apelación son, revisar los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba y el derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto del debate; **dos**, la revisión de los errores *in procedendo*, ya que uno de los primeros fines atribuidos a la apelación es revisar la aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso; **y tres**, una concesión excepcional y limitada a la producción de prueba en la segunda instancia, ya que uno de los fines de la apelación es la práctica de la prueba que no hubiera sido admitida en la primera instancia. Al respecto de la posibilidad de revisión de los errores *in iudicando* y errores *in procedendo* en grado de apelación, nuestra Sala de lo Civil, reiteradamente a sostenido, que como motivo específico de casación, únicamente la ley sustantiva puede ser objeto de violación y además que la naturaleza sustantiva o material o adjetiva, formal o procesal de la norma jurídica no la determina la simple ubicación que aquella pueda tener en un cuerpo normativo, sino la finalidad concreta que la norma jurídica persiga²²⁷.

No obstante la eventual posibilidad o en potencia de que el tribunal *ad quem* pueda revisar toda la actividad procesal o errores *in procedendo* y de

²²⁷ En relación a este aspecto a dicho nuestra Sala de lo Civil: **REF. 99-C-2007 14/10/2008**. "Se ha sostenido que únicamente la ley sustantiva puede ser objeto de violación, en materia casacional, porque sólo ella puede regular la actividad lógica que realiza el Juez al sentenciar, ya sea que el precepto de se encuentre en un cuerpo de leyes sustantivo o procesal, ya que la naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto, así: si su finalidad es establecer y resguardar derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva, si su finalidad es determinar el modo de hacer valer el derecho subjetivo, sea para pedirlo o para otorgarlo, su naturaleza es procesal. Excepcionalmente procede el recurso de fondo por infracción a preceptos procedimentales, lo cual tiene lugar cuando la infracción de tales preceptos influye en la decisión del juzgador. La jurisprudencia salvadoreña se ha pronunciado en el sentido de que procede el recurso de fondo por infracción de "normas procesales decisorias de la litis".

juzgamiento o errores *in iudicando* de la primera instancia la doctrina reconoce algunos límites a la apelación: así según el doctor Juan Carlos Cabaña²²⁸ el recurso de apelación se haya limitado en su plenitud desde cuatro parámetros distintos: uno, la posible limitación del objeto de cognición resuelto en la resolución impugnada; dos, la limitación de no poder plantear pretensiones impugnatorias que supongan modificar el objeto litigioso tratado en la primera instancia²²⁹; tres, la apelación no puede concebirse como un nuevo intento para discutir sobre las mismas pretensiones iniciales – demanda y contestación- de las partes; y cuatro, rige en apelación el principio de justicia rogada o dispositivo, el órgano judicial *ad quem* deberá ceñir su análisis a los temas alegados en los escritos de partes sin extenderse a otros ámbitos de la resolución impugnada diversos a los sometidos a cuestionamientos: *tantum appellatum quantum devolutum*²³⁰.

Montero Aroca y Flors Maties²³¹ admiten también que no obstante que el ámbito de la apelación puede extenderse a todos los puntos discutidos en la primera instancia aceptan que la apelación se haya limitada desde dos puntos de vista: uno, por el principio *tantum appellatum quantum devolutum* que limita la facultades decisorias del tribunal *ad quem*; y dos, a la admisión de hechos nuevos en apelación; solo excepcionalmente estos autores admiten que el ámbito del recurso de apelación puede extenderse a nuevos hechos y a hechos anteriores no conocidos.

²²⁸ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 556 – 558.

²²⁹ Según el inciso 1º del artículo 282 del CPCM: “establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente”. Lo anterior implica la imposibilidad de modificar lo que sea objeto del proceso mediante el recurso de apelación.

²³⁰ De conformidad al inciso 2º del artículo 515 del CPCM: “la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión”. Esta es la concretización en nuestro sistema de apelación del principio *tantum appellatum quantum devolutum* que limita junto con el principio de congruencia de las resoluciones judiciales los poderes decisorios del tribunal *ad quem*.

²³¹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 198 – 204.

Para Julio Picatoste Bobillo las facultades de revisión del tribunal de segundo grado se hallan limitadas: “*por una parte, por la prohibición de la reformatio in peius y, en segundo lugar, por la imposibilidad de entrar a conocer o decidir sobre los extremos que hayan sido consentidos por las partes por no haber sido objeto de impugnación, siendo las concretas pretensiones que el apelante o apelantes hayan formulado las que, en consecuencia, delimitan el ámbito del recurso, según la máxima de todos conocida “tantum appellatum, quantum devolutum”*”²³², este mismo autor²³³, reconoce además, que el ámbito de la apelación no puede modificar el objeto del proceso fijado en la primera instancia.

El maestro Enrique Vescovi²³⁴ atinadamente y con mucha precisión y claridad, también considera, que los poderes decisorios del tribunal *ad quem* se hayan limitados desde cuatro parámetros diferentes: uno, por el objeto del proceso fijado en la primera instancia; dos, por el principio *tantum appellatum quantum devolutum*; tres, por la expresión de agravios del recurrente en la apelación; y cuatro, como elemento nuevo y distinto a los señalados por los anteriores autores incluye además como principio limitador de los poderes del tribunal *ad quem* el principio de la *nec reformatio in peius*, este último límite que introduce Enrique Vescovi en los poderes decisorios del tribunal *ad quem* encuentra su fundamento y base legal en nuestro sistema de recursos, en el artículo 502 del CPCM que a la letra dispone que: “*las sentencias que resuelven el recurso no podrán ser mas gravosas que la impugnada*”.

²³² BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 182 y 183.

²³³ *Ibidem.* Pág. 179 y 180.

²³⁴ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 156 – 166.

4.7 LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES EN APELACIÓN

La recurribilidad de la resolución es presupuesto objetivo de procedencia de cualquier recurso. En otra parte de nuestro estudio señalamos que en materia de recursos existe un principio según el cual todas las resoluciones son recurribles excepto aquellas a las que la ley expresa o tácitamente declara irrecurribles. Por la configuración legal del recurso, dicho principio, no significa, que la resolución es recurrible por el recurso que al litigante se le antoje interponer contra cualquier resolución, sino por aquel que la ley previamente ha previsto que puede interponer en contra de la resolución. Así el principio de recurribilidad se concreta en que toda resolución debe ser susceptible de ser controlada o impugnada mediante un determinado tipo de recurso. Tenemos que nuestro CPCM ha establecido un sistema tripartito de clasificación de las resoluciones judiciales: decretos, autos y sentencias; y en sentido estricto se ha estructurado un sistema triple de impugnación de las resoluciones judiciales: el recurso de revocatoria, artículo 503 CPCM, el recurso de apelación, artículo 508 CPCM, y el recurso de casación, artículo 519 CPCM.

Ahora bien, contra cuales de estas tres resoluciones judiciales procede o se ha reservado el recurso de apelación: según el artículo 508 del CPCM “son recurribles mediante el recurso de apelación las sentencias y los autos definitivos pronunciados en primera instancia, así como toda resolución que expresamente lo ordene la ley”. Este binomio inseparable –resolución-recurso- en la configuración del recurso nos permite determinar: cuales de todas las resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso son recurribles mediante el recurso de apelación, de ahí que la procedencia del recurso no puede ser indeterminada pues conllevaría consecuencias prácticas de que cualquier recurso pudiera interponerse contra cualquier resolución al gusto del litigante, así tenemos, de acuerdo a lo anterior, que las resoluciones

recurribles mediante el recurso de apelación son las sentencias y los autos definitivos pronunciados en primera instancia, asimismo toda resolución que expresamente lo ordene la ley.

El anterior Código de Procedimientos Civiles, incluía, en la impugnación mediante el recurso de apelación, además de las sentencias y autos definitivos, a las resoluciones interlocutorias denominadas con fuerza de definitiva y determinados decretos de sustanciación²³⁵, así como también procedía a enumerar taxativamente un conjunto de resoluciones judiciales contra las cuales procedía el recurso de apelación solamente en el efecto devolutivo²³⁶. Estas variaciones que introduce el CPCM respecto del anterior Código de Procedimientos Civiles se deben a las siguientes razones: uno, porque las sentencias con fuerza de definitivas son un tipo de resolución que ha desaparecido del nuevo CPCM, artículo 212 CPCM; dos, contra los

²³⁵ Así según el artículo 984 del Código de Procedimientos Civiles derogado: “La ley concede apelación en ambos efectos, salvo 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 quinientos colones, o alguna acción de valor indeterminado. Se llaman interlocutorias con fuerza de definitivas las sentencias que producen daño irreparable o de difícil reparación por la definitiva. También se concede apelación en ambos efectos, salvo los casos expresamente exceptuados, de las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios sumarios o en las solicitudes que se tramitan sumariamente; de las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicios, haciendo imposible su continuación y de los decretos de sustanciación que en seguida se expresan: 1º Del que ordenaría una acción ejecutiva; 2º Del que ordenaría una acción sumaria; 3º Del que ordena que se legitime la persona en el caso del artículo 1273”.

²³⁶ Estas resoluciones que admitían apelación solo en el efecto devolutivo según el artículo 985 del Código de Procedimientos Civiles derogado son: “1º De aposición de sellos o levantamiento de éstos; 2º De las que ordenen la práctica de inventarios; 3º De las que versen sobre reparaciones urgentes; 4º De las que ordenen el apremio personal o la rendición de una cuenta; 5º Del nombramiento de guardadores; 6º De prestación de alimentos en juicio sumario; 7º De interdicción provisoria; 8º De restitución de un despojo o de amparo de posesión; 9º Sobre acciones posesorias especiales de que habla el Título XIII, Libro II del Código Civil; 10º De prestación de fianzas o aprobación de ellas; 11º De depósitos judiciales; 12º De declaratoria de pobreza; 13º De mandar caucionar las resultas de un juicio; 14º De declarar sin lugar las excusas de un curador especial; 15º Del auto que ordena el embargo de bienes en el juicio ejecutivo; 16º De todas las demás sentencias en que la ley admite expresamente la apelación sólo en el efecto devolutivo”.

decretos, se ha reservado la procedencia legal, únicamente del recurso de revocatoria, pues este tipo de resoluciones actualmente únicamente tienen por objeto el impulso y ordenación material del proceso, artículo 503 CPCM; y tres, el efecto devolutivo como lo ha señalado la doctrina es consustancial²³⁷ a la apelación y siendo que ya la ley, a determinado en que supuestos una resolución puede ser ejecutada provisionalmente, resulta innecesario enumerar un conjunto de resoluciones que solo admiten apelación en el efecto devolutivo. Señaladas las anteriores diferencias pasemos ahora a analizar concretamente cada una de las resoluciones contra las cuales se ha reservado o procede el recurso de apelación:

4.7.1 LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS EN PRIMERA INSTANCIA

La primera y más importante categoría de resoluciones judiciales, contra las cuales se ha reservado la procedencia legal del recurso de apelación, es, para las sentencias pronunciadas en primera instancia. Por el principio del doble grado de jurisdicción, toda sentencia definitiva debe ser susceptible de impugnación mediante el recurso de apelación, de esta manera dice Bobillo *“las partes dispondrán de la posibilidad de que el mismo asunto a que la contienda se refiere pueda ser examinado sucesivamente por dos tribunales distintos. El doble grado supone, por consiguiente, la intervención de dos órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la existencia de dos decisiones de las cuales será la del segundo tribunal la que ha de prevalecer”*²³⁸. Es de señalar que este principio de doble grado de jurisdicción se admite unánimemente respecto de la sentencia. La sentencia según lo definimos anteriormente, es una resolución definitiva, que tiene por objeto dirimir el

²³⁷ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 176.

²³⁸ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 128.

conflicto surgido entre las partes mediante la aplicación del derecho, estimando o desestimando la pretensión aducida por las partes. Esta sentencia para ser susceptible de impugnación mediante el recurso de apelación debe de haber sido pronunciada en primera instancia, esto excluye toda posibilidad de interponer el recurso de apelación contra las sentencias pronunciadas en grado de apelación, pues para esta última se ha reservado la procedencia del recurso de casación, según lo establecido en el artículo 519 del CPCM. El tipo de resolución de que se trate y la instancia en la que esta resolución es pronunciada, es clave para interponer el recurso de apelación, de ahí entonces que el artículo 508 ha dispuesto que las resoluciones recurribles mediante el recurso de apelación son la sentencias pronunciadas en primera instancia.

El artículo dispone que son recurribles o admiten apelación las sentencias, independientemente del tipo de proceso en que estas hayan sido pronunciadas, de ahí tenemos que el recurso de apelación procede tanto para la sentencia del proceso común, de conformidad al artículo 417; la sentencia del proceso abreviado, según el artículo 430 del CPCM; la sentencia del proceso ejecutivo, según lo dispone el artículo 470 del CPCM; la sentencia del proceso posesorio, de acuerdo a lo que establece el artículo 476 del CPCM; la sentencia del proceso de inquilinato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 486 y 487 del CPCM; y la sentencia del proceso monitorio, de conformidad al artículo 496 del CPCM. Esto si partimos de las siguientes premisas, primero, que a ninguna de las sentencias pronunciadas en cada proceso el CPCM le ha negado expresamente la procedencia del recurso de apelación, y segundo, del principio enunciado en el capítulo anterior, de que toda resolución es recurrible por el recurso que la ley ha dispuesto excepto aquellas a las que expresamente se les niega recurso. Rige acá entonces el principio del doble grado o instancia en virtud de que

toda sentencia, independientemente del tipo de proceso en que sea pronunciada debe ser susceptible de apelación para que lo decidido por el juez inferior sea revisado por un juez superior.

4.7.2 LOS AUTOS DEFINITIVOS PRONUNCIADOS EN PRIMERA INSTANCIA

Otra categoría importante de resoluciones que son susceptibles, admiten o contra las cuales procede el recurso de apelación, es contra los autos definitivos pronunciados en primera instancia; los autos definitivos, según los definimos anteriormente, son aquel tipo de resolución definitiva que sin pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la pretensión, le pone fin anticipado al proceso haciendo imposible su continuación, pronunciada previa audiencia de las partes y motivada por el juzgador. El principio del doble grado o instancia es admitido unánimemente, sin discrepancias por la doctrina respecto de la sentencia, no así respecto de los autos definitivos, de ahí entonces, que el legislador limita en ciertos supuestos, la recurribilidad de algunas resoluciones que adoptan el carácter de autos definitivos. La regla general, entonces, es, que todo auto definitivo admite recurso de apelación, excepto aquellos autos, que aunque tomen la forma de definitivos, poniéndole fin al proceso, la ley les niega expresa o tácitamente el recurso de apelación.

Como ejemplos de autos definitivos que admiten recurso de apelación tenemos dentro del CPCM: el auto definitivo que declara la falta de jurisdicción del juez, según el artículo 24 del CPCM; el auto definitivo que estima la falta de competencia indisponible, según el artículo 45 del CPCM; el auto definitivo que declara la falta de integración de un litisconsorcio, de conformidad al inciso 3º del artículo 77 del CPCM; el auto definitivo que

estima la excepción de litispendencia, según lo establece el inciso 2º del artículo 109 del CPCM; el auto definitivo que declara la improponibilidad de la demanda, según lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 127 del CPCM; el auto definitivo que declara la caducidad de la instancia, según el inciso 3º del artículo 133 del CPCM; el auto definitivo que resuelve una cuestión incidental, que le pone fin al proceso, según lo estatuye el inciso 1º del artículo 270 del CPCM; contra todos estos autos definitivos que le ponen fin anticipado al proceso, haciendo imposible su continuación, y la norma específica no disponga expresa o tácitamente la inapelabilidad de la resolución, procede el recurso de apelación, independientemente de si la norma específica de cada figura procesal establezca o no la procedencia del recurso de apelación. El requisito especial, para que estas resoluciones sean recurribles mediante el recurso de apelación, es, que hayan sido pronunciadas en primera instancia, pues contra los autos definitivos pronunciados en apelación se ha reservado la procedencia del recurso de casación según lo dispone el ordinal 1º del artículo 519 del CPCM.

Dentro de los autos, que aunque tomen el carácter de definitivos, por ponerle fin al proceso haciendo imposible su continuación, que son irrecurribles o contra los cuales no procede el recurso de apelación, podemos mencionar como ejemplos: el auto definitivo que declara inadmisibile la demanda en el proceso común, según el inciso 2º del artículo 278 del CPCM; el auto definitivo que erradamente²³⁹ declara “la improponibilidad de la demanda”²⁴⁰

²³⁹ Lo correcto sería que al artículo dispusiera que el auto definitivo que estima la falta de competencia territorial, y no redactado en el sentido de que la falta de competencia territorial producirá la declaratoria de improponibilidad de la demanda, por lo efectos de cosa juzgada que la declaratoria de improponibilidad produce respecto del derecho de las parte demandante, que le impediría plantear nuevamente su demanda ante el juez competente en razón del territorio.

²⁴⁰ Según Jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil **REF 218-C-2007 27/03/2008**. “jurídicamente, existen tres supuestos de Improponibilidad jurídica de la demanda. a)

por falta de competencia territorial, según el inciso 1º del artículo 46 del CPCM.

4.7.3 LAS RESOLUCIONES QUE LA LEY SEÑALE EXPRESAMENTE

Como el CPCM ha reservado la procedencia del recurso de apelación contra las sentencias y autos definitivos pronunciados en primera instancia, cuales pueden ser esas otras resoluciones a las que la ley expresamente les señale la procedencia del recurso de apelación, haciendo una interpretación por exclusión, y siendo que las sentencias y autos definitivos ya han sido mencionadas expresamente como recurribles en apelación, las resoluciones que sobran son dos: los decretos y autos simples. A estas últimas dos resoluciones hace referencia el CPCM cuando dispone que serán recurribles en apelación las resoluciones que la ley señale expresamente, pero no basta para que sean recurribles en apelación la simple naturaleza de la resolución, ya sea decreto o auto simple, sino que es necesario además que contra esta resolución la ley haya señalado expresamente la procedencia del recurso de apelación. Habría que realizar un estudio detenido, de cada tipo de resolución pronunciada en el proceso, a la que el CPCM le determine, expresamente, la procedencia del recurso de apelación, a manera de ejemplo de resoluciones, que sin ser sentencias, ni autos definitivos, la ley les reserve de manera expresa el recurso de apelación, podemos mencionar: la apelación que procede contra el auto simple que desestima los motivos de

Improponibilidad subjetiva o falta de legitimación. Es la facultad oficiosa del juez para decidir antes de dar traslado de la demanda si las partes tienen legitimación para demandar o ser demandadas, y si esta carencia es manifiesta, el juez rechaza in limine la demanda. b) Improponibilidad objetiva. Cuando de forma grave y evidente la pretensión carece de sustento legal o la demanda tiene por objeto algo que es inmoral o prohibido c) Falta de interés. El interés de las partes para litigar debe ser real, con el objeto que la resolución judicial recaiga en algo concreto, evitándose declaraciones a abstractas”.

oposición a la ejecución forzosa, según el artículo 584 del CPCM; la apelación que procede contra el auto simple que acuerda suspender el proceso por prejudicialidad penal, según el inciso 2º del artículo 49 del CPCM; la apelación que procede contra el auto simple que deniega la intervención procesal del coadyuvante, de conformidad al inciso 2º del artículo 81 del CPCM; la apelación que procede contra el auto simple que acuerda o deniega una medida cautelar, de conformidad al inciso 2º del artículo 453 del CPCM;

4.7.4 RESOLUCIONES INAPELABLES

Actualmente, con esta nueva configuración del recurso de apelación, únicamente son inapelables dos categorías de resoluciones judiciales: primero, tenemos que son inapelables todas aquellas resoluciones a las que la ley niegue expresa o tácitamente la procedencia del recurso de apelación, entre estas podemos mencionar como ejemplos el auto definitivo que declara inadmisibile la demanda en el proceso común, según el inciso 2º del artículo 278 del CPCM; el auto definitivo que erradamente declara “la improponibilidad de la demanda” por falta de competencia territorial, según el inciso 1º del artículo 46 del CPCM; el auto simple que resuelve el recurso de revocatoria, según el artículo 506 del CPCM; y segundo, todos los decretos y autos simples a los que la ley expresamente no reserve la procedencia del recurso de apelación. El anterior Código de Procedimientos Civiles a diferencia del CPCM elaboraba un número de resoluciones judiciales a las cuales declaraba expresamente como inapelables²⁴¹. Vale señalar en esta

²⁴¹ Según el artículo 986 del Código de Procedimientos Civiles: La ley niega la apelación: “1º De las sentencias interlocutorias que no tienen fuerza de definitivas y de los decretos de mera sustanciación; excepto los comprendidos en el artículo 984; 2º Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar; 3º De las sentencias pronunciadas en virtud de juramento decisorio

parte, que según criterio de nuestra Sala de lo Civil, cuando la resolución es inapelable, tampoco es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación, porque ello significaría admitir una casación *per saltum* en materia procesal civil²⁴².

4.8 EL AGRAVIO EN LA APELACIÓN

En este punto, no ha sido unánime la doctrina en cuanto, a si el agravio, es un presupuesto objetivo o subjetivo de la procedencia de los recursos, así Enrique Vescovi²⁴³ y Víctor de Santos²⁴⁴ lo analizan como presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, mientras que Montero Aroca²⁴⁵ y Picatoste Bobillo²⁴⁶ lo estudian como presupuesto objetivo de los recursos.

o confesión judicial expresa; 4º De las sentencias de los arbitradores; 5º De la de los árbitros cuando las partes no se reservaron en el compromiso el derecho de apelar; 6º De las que declaran pasada en autoridad de cosa juzgada o ejecutoriada una sentencia; 7º De las que recaigan sobre tachas de peritos; 8º De las que declaren desierta una apelación; 9º 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; 10º De las sentencias interlocutorias pronunciadas en los juicios ejecutivos o sumarios, salvo el caso del número 15º del artículo anterior; 11º En todos los demás casos en que la ley la niega expresamente”.

²⁴² **REF. 56-CAC-2008 04/10/2008.** “La Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, por medio de la interlocutoria pronunciada a las doce horas y treinta minutos del diecisiete de enero del año en curso, declaró ilegal la alzada puesto que la resolución de la cual se apeló, no admite el recurso en referencia por ser una interlocutoria simple, de conformidad a lo que establece el Art. 986 Pr.C. En ese orden de ideas tratándose de la resolución de la que ahora se recurre en casación, de aquellas a las que la ley les niega tal recurso (alzada), por el hecho que se recurrió de una resolución inapelable en base al Art.986 Pr.C, se infiere que el recurso de casación que ahora se interpone resulta improcedente, pues no siendo posible apelar de la interlocutoria referida, la misma no estaría dentro de aquellas a las que la "Ley de Casación" les concede dicho recurso. Art. 1 L. de C. Y es que al permitir el recurso de casación en esas circunstancias, se estaría frente a una casación *persaltum*, lo cual es improcedente. En consecuencia, se impone declarar improcedente el recurso que se ha hecho mérito”.

²⁴³ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 40.

²⁴⁴ DE SANTOS, Víctor. *Op Cit.* Pág. 258

²⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 44 y 45.

²⁴⁶ BOBILLO, Julio Picatoste, eat al. *Op Cit.* Pág. 53.

Filosóficamente, lo objetivo, es lo que existe independientemente de la conciencia, la voluntad, el pensamiento o los sentimientos del hombre, mientras que lo subjetivo, es aquello que existe en la conciencia o el pensamiento del hombre. Si traemos estas ideas al mundo jurídico, es evidente que el agravio que una resolución infiere a una parte del proceso no es una decisión que dependa de su voluntad. El agravio, como presupuesto objetivo de la procedencia de la apelación, debemos analizarlo, como presupuesto general de todos los medios de impugnación, y no como presupuesto especial del recurso de apelación, debido a que nuestro sistema de recursos acertadamente, ha normado el agravio, en las disposiciones generales del libro referido a los medios de impugnación, como un principio de aplicación general a todos los recursos, de ahí entonces que valgan en este apartado las explicaciones dadas en el capítulo anterior de este estudio, sobre el agravio. En sintonía, con la forma en que regula el agravio nuestro CPCM Enrique Vescovi²⁴⁷ ha entendido que el agravio es un principio general de todo recurso.

Señalado lo anterior, el agravio como presupuesto objetivo de procedencia de todo recurso, incluido el recurso de apelación, exige, que el recurso sea interpuesto por la parte, en el sentido más genérico de este término²⁴⁸, a quien la resolución perjudica, lesiona o infiere agravio o gravamen respecto de su pretensión o defensa, para que la impugnación recursiva sea procedente objetivamente. Retomando las palabras del doctor Juan Carlos Cabañas²⁴⁹, el agravio, se refiere a las consecuencias negativas que infiere la resolución respecto a las pretensiones sustentadas por las partes; ahora

²⁴⁷ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 32.

²⁴⁸ Debido a que deben quedar comprendidos en el término parte que usa el CPCM: primero, las partes en sentido estricto, demandante y demandado; segundo, los litisconsortes necesarios o voluntarios, y los terceros excluyentes o coadyuvantes; y tercero, toda persona que pueda sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

²⁴⁹ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 536.

bien, este perjuicio puede ser de dos tipos, material o procesal, según Julio Picatoste Bobillo, “*se habla, ... de un gravamen material cuando el perjuicio se causa con el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo; o procesal, cuando se estima una excepción procesal propuesta por el demandado... o, en fin, cuando el perjuicio se produce con el pronunciamiento sobre costas*”²⁵⁰, otros autores, como Enrique Vescovi²⁵¹ siguiendo la tradición del maestro Eduardo Couture²⁵² distinguen entre un perjuicio material y un perjuicio moral, consideramos que el perjuicio moral no tiene cabida en el mundo del derecho, consecuentemente, tampoco lo tiene en el mundo de los recursos, debido al carácter incoercible que este sistema normativo supone, y la imposibilidad que reviste en el derecho exigir el cumplimiento coactivo de una norma moral. Como regla general, se excluye toda posibilidad, de que la parte vencedora pueda interponer el recurso de apelación, aunque excepcionalmente la doctrina acepta la posibilidad de que recurra la parte vencedora, así según Lino Enrique Palacio citado por Enrique Vescovi, puede apelar el vencedor “*en el supuesto de que la declaración de derecho de la sentencia difiera de la reclamada y pueda resultar frustratoria de su interés*”²⁵³.

Este agravio, como anteriormente lo adelantábamos nuestro CPCM lo ha contemplado como principio general de aplicación a todos los recursos, disponiendo al efecto en el artículo 501 del CPCM que tendrán derecho a recurrir las partes **gravadas** por la resolución que se impugna. El doctor Juan Carlos Cabañas²⁵⁴ ha señalado que el parámetro para determinar o medir si la resolución impugnada infiere agravio, es cotejar el contenido decisorio de la resolución con las pretensiones sustentadas por la parte, y de

²⁵⁰ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 53.

²⁵¹ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 106.

²⁵² COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 346.

²⁵³ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 106.

²⁵⁴ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 536.

tal análisis comparativo entre lo pretendido por la parte y lo decidido en la resolución por el juez, determinar el agravio concreto que la resolución infiere a la parte que recurre en apelación. El agravio además constituye un marco delimitador de los poderes decisorios del tribunal *ad quem*, y de la impugnación de la parte.

4.9 LA LEGITIMACIÓN PARA APELAR

La legitimación, permite saber identificar o determinar quienes son los sujetos que están facultados por la norma jurídica para interponer los recursos, y es un presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, cuyo efecto inmediato de que un recurso sea interpuesto por quien no esta legitimado para hacerlo es la declaratoria de improcedencia del recurso. Este resulta un tema complejo que debe ser abordado cuidadosamente por dos razones fundamentales, primero, para no extender o ampliar la facultad de interponer los recursos a sujetos que no deben hacer uso de ellos, y segundo, para no reducir, limitar o negar la facultad de interponer los recursos a quienes puedan sufrir un perjuicio material o procesal por una determinada resolución. A la base de las anteriores consideraciones partiremos de determinar la legitimación para recurrir de lo que preceptúa nuestro CPCM, según el artículo 501 de este cuerpo normativo: “Tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna. Igual derecho asistirá a los litisconsortes que resulten gravados, aun cuando no se hubieren convertido en partes”. Siguiendo lo establecido por esta norma resulta que la legitimación para recurrir y concretamente para apelar corresponde ha:

4.9.1 LAS PARTES: DEMANDANTE Y DEMANDADO

La primera y más importante categoría de sujetos a quienes la norma jurídica reconoce el derecho a interponer los recursos en general, lo cual incluye a la apelación en particular, es, a las partes. El termino partes, debe de ser entendido en un sentido amplio y no restringido, esta interpretación amplia de la legitimación para recurrir, necesariamente debe partir y fundamentarse en el artículo 58 del CPCM, así según este articulo son partes en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada. Pues bien, la calidad de partes puede asumir muchas variables en el proceso, esta calidad de parte puede ser asumida o presentarse bajo las siguientes figuras en el proceso, así:

a) Singularidad de partes, en principio, la calidad de partes, puede presentarse en el proceso bajo una modalidad de una relación procesal simple, en la que un solo sujeto ocupa la calidad de demandante y otro sujeto la calidad de demandado, esta singularidad de los sujetos que conforman las partes del proceso, demandante y demandado, es la forma normal en que el proceso se desarrolla; al igual que la relación jurídica procesal es simple, la legitimidad para recurrir en apelación no ofrece mayores complicaciones, pues en este caso la legitimidad para recurrir corresponde única y exclusivamente, ya sea al demandante o al demandado que actúa individualmente en el proceso.

b) Pluralidad de partes, tratamiento distinto, no en cuanto a la legitimación para recurrir, sino en cuanto a los efectos del recurso se da cuando la calidad de partes en el proceso, es asumida por una pluralidad de sujetos, ya sea en

calidad de demandantes o demandados, o ambos a la vez, el litisconsorcio. Es en este supuesto donde la legitimidad para recurrir plantea algunos problemas, primero, si la legitimidad para recurrir corresponde a todos los litisconsortes que ocupan una determinada calidad de parte, y segundo, si el recurso interpuesto por uno de los litisconsortes beneficia o perjudica a los demás litisconsortes en caso de ser estimado o desestimado el recurso, ante la anterior problemática la solución mayoritariamente aceptada por la doctrina parte de determinar si se trata de un litisconsorcio voluntario o facultativo o si se trata de un litisconsorcio necesario u obligatorio, así según Enrique Vescovi *“resulta de suma importancia, desde el punto de vista procesal, por sus efectos, la distinción entre litisconsorcio voluntario o necesario. Así debe de ser encarada dicha distinción en cuanto al recurso de apelación se refiere: en cuanto al litisconsorcio voluntario, la sentencia puede afectar en forma diferente a los litisconsortes, aunque sea una sola, como lo es el proceso; puede condenar a uno y absolver a otro, etc. Por lo mismo los recursos son independientes y no afectan a los demás; así, si apela uno, y no otro, la sentencia queda ejecutoriada parcialmente. Cuando el litisconsorcio es necesario la sentencia afecta por igual a todos, puesto que la relación jurídica es inescindible. Entonces la recurrencia de uno beneficia a los demás”*²⁵⁵; la misma solución se le ha dado a la figura del litisconsorcio en España, distinguir según si se trate de un litisconsorcio facultativo o si se trate de un litisconsorcio necesario, así lo sostiene Julio Picatoste Bobillo para quien *“el litisconsorcio voluntario,.., no es como lo ha señalado la doctrina, un auténtico litisconsorcio, sino mas bien un supuesto de acumulación de acciones. Aunque se dicta una única sentencia, habrá tantos pronunciamientos (individualizables) como pretensiones; en consecuencia podrá cada litisconsorte recurrir separada e independientemente contra el*

²⁵⁵ VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 108.

pronunciamiento que le afecta, pero lo resuelto solo a el aprovecha o perjudica. En el litisconsorcio necesario..., pese a la pluralidad de sujetos, hay unidad de objeto procesal, es decir, pretensión única, respecto de la cual los varios sujetos están –activa o pasivamente- legitimados. Pues bien, en este caso, cualquiera de ellos estará legitimado para apelar, sin que sea necesario que lo hagan todos a la vez, y la sentencia que recaiga afectara a todos, es decir, incluso a los que se aquietaron sin recurrir. Para ser más precisos, si el recurso prospera, beneficia a los demás litisconsortes”²⁵⁶. Este beneficio para la parte que no recurrió es producto del denominado efecto extensivo de los recursos, que constituye una excepción al principio de personalidad de los recursos, según el cual, los efectos positivos o negativos del recurso únicamente se extienden a la parte que recurrió, dicho principio encuentra su excepción en el caso del litisconsorcio necesario, que extiende sus efectos positivos a la parte que no interpuso recurso.

Nuestro CPCM ha contemplado y regulado las dos figuras de litisconsorcio, el necesario y el facultativo. Respecto del primero, el litisconsorcio obligatorio o necesario, en este los actos procesales del litisconsorte activo afectan a los inactivos en la medida que los benefician, según el inciso 3º del artículo 76 del CPCM, de aquí se infiere la legitimación para recurrir de cualquiera de los litisconsortes necesarios y el efecto extensivo del recurso, respecto de los demás litisconsortes necesarios que no hubieren recurrido en apelación. En relación al litisconsorcio facultativo o voluntario, los litisconsortes serán considerados como sujetos independientes y los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, según el artículo 80 CPCM. En este caso la legitimación para recurrir corresponde a cada litisconsorte respecto de los pronunciamientos de la resolución que ha el le perjudican, por ello, los efectos positivos o negativos del recurso se

²⁵⁶ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 144 y 145.

extienden exclusivamente, por el principio de personalidad de los recursos, únicamente al litisconsorte que recurre en apelación.

c) Sucesores de las partes originarias, la palabra sucesión viene del verbo suceder que significa sustituir, y sustituir significa a su vez ocupar el lugar de otro, en materia de derecho procesal, la sucesión consiste en ocupar el lugar de una de las partes originarias, ya sea el lugar del demandante o del demandado, y esta sucesión procesal puede darse por causa de muerte o por acto entre vivos. Respecto de la sucesión procesal por causa de muerte, nuestro CPCM la ha contemplado y regulado expresamente en los siguientes términos: cuando por causa de muerte se transmita lo que sea objeto del proceso, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando la misma posición procesal que su causante a todos los efectos, según el inciso 1º del artículo 86 del CPCM; En relación a la sucesión procesal producida por actos entre vivos, el CPCM la contempla también en el artículo 88 en los siguientes términos: cuando se haya transmitido o cedido lo que sea objeto del proceso, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente, sucediéndole en el proceso; en ambas clases de sucesión, el sucesor procesal es en realidad parte, y tiene los mismos derechos que la parte originaria o sustituida, dentro de estos derechos se comprende la facultad de interponer los recursos previstos en la ley, de ahí entonces la legitimidad del sucesor procesal, que en realidad es parte, de interponer el recurso de apelación.

d) El coadyuvante de una de las partes, una modalidad especial que puede integrar la calidad de partes en el proceso se da cuando se adhiere a

una de las partes originarias un tercero que colabora o ayuda en el éxito de la pretensión o defensa de una de las partes originarias, nos referimos al tercero adhesivo simple o coadyuvante que se adhiere a una de las partes originarias, ya sea que se adhiera al demandante o al demandado. El tercero coadyuvante que se adhiere a una de las partes originarias en realidad pasa a integrar o constituir un litisconsorcio sobrevenido, es decir, un litisconsorcio que surge después de haber iniciado el proceso, debido a ello, en relación a la legitimidad para recurrir estaremos a lo dispuesto en las líneas anteriores, identificar el tipo de litisconsorcio sobrevenido de que se trate, según si es un litisconsorcio facultativo o necesario. Esta intervención procesal del coadyuvante esta regulada en el artículo 81 del CPCM de la siguiente manera: mientras un proceso se encuentre pendiente, podrá ser admitido como coadyuvante del demandante o del demandado quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del proceso, y siempre que dicho interés guarde relación de subordinación o dependencia con el objeto principal en litigio; además de este derecho de intervenir en el proceso del coadyuvante colaborando o ayudando al éxito o triunfo de la pretensión de la parte a la cual se adhiere con su ayuda, se reconoce a este tercero coadyuvante una legitimidad especial respecto de dos resoluciones: la legitimidad para impugnar mediante el recurso de apelación el auto que deniega su intervención en el proceso, según se desprende de la parte final del inciso 2º del artículo 81 del CPCM, y la legitimidad de interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia.

En todo caso, lo determinante para identificar quienes son partes del proceso, es saber quien es la persona que ha presentado la demanda, el demandante, y la persona contra quien se ha presentado la demanda, el demandado, independientemente de que cualquiera de estas dos calidades o ambas pueda ser asumida eventualmente en el proceso: por un solo sujeto,

por una pluralidad de sujetos o por un sucesor procesal, la legitimidad para recurrir corresponde entonces a las partes, demandante y demandado, independientemente de la forma en que esta calidad o posición este compuesta o integrada en el proceso.

4.9.2 QUIENES PUEDAN SUFRIR LOS EFECTOS MATERIALES DE LA COSA JUZGADA: LOS TERCEROS EXCLUYENTES

Una segunda categoría de sujetos a quienes nuestro CPCM le ha concedido legitimación para recurrir en apelación, es a las personas que puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada, ello en virtud de la normatividad de nuestro CPCM, que considera que las partes del proceso son el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada, según lo establece el artículo 58 del CPCM. Por el principio de congruencia de las resoluciones judiciales que delimitan el ámbito subjetivo y objetivo de la cosa juzgada, sus efectos se extienden subjetivamente a las partes del proceso y objetivamente a las pretensiones deducidas en el proceso, así según el inciso 2º del artículo 230 del CPCM la cosa juzgada afectara a las partes del proceso en que se dicte y a sus sucesores; y se puede extender a los terceros cuyos derechos dependan de los de las partes, si hubieran sido citados a raíz de la demanda, de acuerdo a lo anterior, subjetivamente, la cosa juzgada únicamente puede afectar a tres personas: a las partes, a los sucesores de las partes, y a los terceros citados al proceso; objetivamente, según la anterior disposición, la cosa juzgada se extiende a las pretensiones de la demanda y de la reconvención y comprenderá todos los hechos anteriores al momento en que hubieran precluido las alegaciones de las partes, de lo anterior se desprende que objetivamente la cosa juzgada se extiende a las pretensiones introducidas en la demanda, a las

pretensiones introducidas en la reconvención, según si haya o no existido reconvención por el demandado.

Aunque la cosa juzgada normalmente únicamente extiende sus efectos, subjetiva y materialmente, a los sujetos directa y literalmente mencionados en la resolución, existen determinados sujetos a quienes la resolución puede afectar subjetiva o materialmente sin necesidad de que estén especialmente vinculados por la resolución. Pues bien, los sujetos a quienes normalmente la sentencia extiende o amplía sus efectos sin que hayan sido directamente mencionados en la resolución son: los terceros excluyentes, estos a su vez, se subdividen en el tercero de dominio, artículo 636 CPCM, y el tercero de preferencia de pago, artículo 643 CPCM, ha estas dos figuras de intervención en el proceso se ha referido nuestro CPCM en el Libro Quinto referido a la Ejecución Forzosa, y consideramos que no obstante que su regulación esta contenido en este libro, su ámbito de aplicación no se reduce única y exclusivamente en la ejecución forzosa, sino que su regulación se amplía y extiende a la fase de conocimiento y de impugnación del proceso, y de intervención, que puede tener lugar ya se en la fase de conocimiento, de impugnación y de ejecución se deriva la legitimidad de estos terceros, ya sea el de dominio o el de preferencia de pago para impugnar las resoluciones judiciales mediante el recurso de apelación.

4.9.3 OTROS TIPOS ESPECIALES DE LEGITIMACIÓN PARA APELAR:

a) El solicitante de una diligencia preliminar: algo interesante y novedoso que introduce el CPCM es la facultad especialmente reconocida al solicitante de una diligencia preliminar de interponer el recurso de apelación, esto viene

a constituir en la practica una negación, a la idea de dependencia de los recursos de la existencia del proceso, debido a que en las diligencias preliminares o actos previos a la demanda como los denominaba nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles, no se ha iniciado o ingresado al proceso, ello en virtud de que el único mecanismo para abrir la instancia y poner en movimiento la función jurisdiccional del estado, es, la demanda, este tipo o modalidad especial de legitimación para recurrir en apelación tiene su fundamento legal en el articulo 259 del CPCM, al disponer literalmente que: “el auto por el cual se decide sobre la petición de diligencias preliminares solo será apelable cuando las deniegue, esta legitimación para recurrir mediante el recurso de apelación corresponde exclusivamente al solicitante de la diligencia preliminar”.

b) La facultad de la parte y de cualquier perjudicado de apelar el acuerdo conciliatorio previo al proceso: la conciliación, como acto de disposición sobre la pretensión que tienen las partes, tiene por objeto evitarlo, y se produce ante el juez de paz, esta figura procesal tiene su fundamento legal en los artículos 6 inciso 2º, 32 y 246, todos del CPCM. Lo que importa para nuestro estudio, el acuerdo conciliatorio previo al proceso, es por la legitimidad que se reconoce a las partes del acuerdo conciliatorio o quienes puedan sufrir un perjuicio de este, para impugnar este acuerdo conciliatorio mediante el recurso de apelación, según se infiere del inciso 1º del artículo 253 del CPCM. En principio, parece, aparentemente contradictorio, que una de las partes de la conciliación pueda impugnar mediante recurso, su mismo acuerdo conciliatorio, esto como inicialmente se dijo es mas aparente que real, debido a que la impugnación del acuerdo conciliatorio mediante el recurso de apelación ha de basarse según el inciso final del articulo 253 del CPCM en las causas que invalidan los contratos.

Este artículo 253 del CPCM dispone literalmente que: “el acuerdo de conciliación podrá ser apelado por las partes y por quienes pudieran sufrir perjuicio por aquel ante el juzgado competente para conocer del asunto objeto de la conciliación, por las causas que invalidan los contratos”. La legitimación de la parte y de cualquier perjudicado con el acuerdo conciliatorio para interponer el recurso de apelación resulta claro y sin mayores complicaciones. El problema se presenta en determinar quien ha de ser el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir la apelación, dado que la apelación es un recurso por esencia devolutivo y el juez de paz no constituye instancia, debido a que las diligencias preliminares pertenecen a la mal llamada jurisdicción voluntaria y por tanto, no nos encontramos ante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, cuyo antecedente inmediato de su iniciación necesariamente es la presentación del instrumento jurídico procesal denominado demanda; de la literalidad de la disposición podemos inferir que la apelación, en este caso, ineludiblemente debe obedecer a la regla absoluta contenida en el artículo 511 de que el recurso de apelación ha de interponerse ante el mismo órgano que dicto la resolución que se impugna, en este caso, ante el mismo órgano ante el que se produjo el acuerdo conciliatorio, el juez de paz.

El verdadero problema en este caso es determinar, quien ha de ser el órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso de apelación. Solo dos soluciones posibles caben ante la anterior problemática: primero, seguir la regla general, que la competencia para conocer y decidir el recurso de apelación corresponde a las Cámaras de Segunda Instancia, lo que significaría obviar la jerarquía de superioridad que los juzgados de primera instancia representan respecto al juez de paz, y segundo, atribuir en atención a la estructura jerárquica del órgano judicial el conocimiento y decisión del recurso de apelación al juez de primera instancia o al de primera instancia de

menor cuantía, con competencia en materia civil y mercantil, según sea el caso, que conocerá como juez *ad quem* o de segunda instancia. Esta última parece la solución más acertada si tomamos como base las razones siguientes: uno, que el recurso de apelación deberá presentarse ante el mismo juez que dictó la resolución impugnada, según el artículo 511, y dos, que el juez ante el que se presenta la apelación es quien deberá remitir el escrito de apelación al tribunal superior. Pues bien, cual es, entonces, el tribunal jerárquicamente superior en grado del juzgado de paz. Nuestro órgano judicial presenta básicamente la siguiente estructura orgánica de mayor a menor jerarquía: primero, la Corte Suprema de Justicia en Pleno; segundo, las Salas de la Corte Suprema de Justicia, que son cuatro: la Sala de lo Constitucional, la Sala de lo Civil, la Sala de lo Penal, y la Sala de lo Contencioso Administrativo; tercero, las Cámaras de Segunda Instancia; cuarto, los Juzgados de Primera Instancia; y quinto, por último los Juzgados de Paz. De lo anterior podemos inferir, que, como el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior en grado del juzgado de paz, es el juzgado de primera instancia, es a este a quien corresponderá el conocimiento y decisión del recurso de apelación que se interponga contra el acuerdo de conciliación producido como acto previo a la demanda.

4.10 LA COMPETENCIA PARA CONOCER Y DECIDIR EL RECURSO DE APELACIÓN

Por el carácter devolutivo y de la esencia del recurso de apelación, el conocimiento y decisión de este recurso siempre corresponde a un órgano distinto y superior al que dictó la resolución sometida a recurso, esta competencia funcional para conocer el recurso de apelación es un presupuesto subjetivo de procedencia de los recursos, cuya inobservancia o

incumplimiento produce la declaratoria de improcedencia de la apelación. Pues bien, analicemos el tema de la competencia desde dos puntos de vista, el primero, respecto a la competencia del juez *a quo* o de primera instancia en la apelación; y el segundo, respecto a la competencia del juez *ad quem* o de segunda instancia en la apelación.

El primero de ellos, el juez *a quo*, únicamente tiene competencia según se desprende del artículo 512 del CPCM para recibir el escrito de interposición del recurso de apelación, para notificar a la parte contraria la interposición de la apelación, para remitir el escrito de apelación al tribunal superior, y para ejecutar en su caso, la ejecución provisional de las resoluciones que lo admitan. Dentro de la competencia del juez de primera instancia durante la apelación, interesa analizar especialmente, que el nuevo CPCM no contempla dentro de la competencia del juez *a quo*, la facultad calificadora del recurso de apelación que el anterior Código de Procedimientos Civiles le autorizaba de conformidad a los artículos 990²⁵⁷ y 991²⁵⁸ del Pr. C, por el principio de legalidad en sentido positivo que rige para todos los funcionarios públicos, según el cual los funcionarios públicos no tienen mas atribuciones que las que expresamente les da la ley, esto impide al juez *a quo* cualquier función calificadora del recurso de apelación interpuesto, lo que simultáneamente hace desaparecer en consecuencia de nuestro sistema la

²⁵⁷ Según el artículo 990 del Pr. C: “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”.

²⁵⁸ De conformidad al artículo 990 del Pr. C: Siempre que se interpusiere apelación está obligado el Juez, antes de toda otra cosa y sin tramitación alguna, a concederla o negarla, conforme a la ley, debiendo expresarse 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 el auto. Nunca podrá admitir el Juez la apelación con la fórmula: en cuanto ha lugar en derecho.

apelación de hecho²⁵⁹ que contemplaba el anterior Código de Procedimientos Civiles en el artículo 1028 del Pr. C, cuando la apelación era inadmitida por el juez *a quo* y la parte interponía la apelación directamente ante el órgano superior en grado que correspondía conocer la apelación, el *ad quem*.

El segundo, el juez *ad quem*, tiene competencia para calificar, conocer y decidir el recurso de apelación, dicha competencia funcional se desprende de: la facultad calificadora del recurso de apelación por el juez *ad quem* o de segunda instancia del artículo 513 del CPCM que dispone que inmediatamente después de recibido el recurso de apelación por el tribunal superior, este examinara su admisibilidad. Si fuese inadmisibile, lo rechazara, expresando los fundamentos de su decisión; la competencia funcional para conocer el recurso de apelación se deriva de lo que dispone el inciso 3º de este mismo artículo, admitido el recurso, dentro de los tres días siguientes se convocara a las partes a una audiencia en la sede del tribunal, es ha partir de este momento que inicia la función de conocimiento del recurso de apelación por parte del juez *ad quem*; y la facultad decisora del recurso de apelación del juez de segunda instancia, se infiere de lo que establece el artículo 515 del CPCM, que contempla la decisión final del recurso de apelación, la sentencia que resuelve el recurso.

Concretamente la competencia funcional para conocer el recurso de apelación, puede corresponder principalmente a dos órganos de la

²⁵⁹ La Apelación de Hecho que permitía al recurrente interponer la apelación directamente ante el juez *ad quem* o de segunda instancia cuando se declara inadmisibile la apelación por el juez de primera instancia estaba contemplada en el 1028 del Pr. C. en los siguientes términos: “Negada la apelación por el Juez, debiendo 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”.

jurisdicción, así: como regla general, a las Cámaras de Segunda Instancia según el ordinal 1º del artículo 29 del CPCM, y como excepción, a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando las Cámaras de Segunda Instancia hayan conocido en primera instancia, según lo dispone el ordinal 3º del artículo 28 del CPCM. Debemos notar que la modificación sustancial que introduce el CPCM en relación al anterior Código de Procedimientos Civiles es la supresión de la competencia del juez de primera instancia de calificar el recurso de apelación, lo que simultáneamente conlleva a la supresión de la apelación de hecho que permitía el anterior Código de Procedimientos Civiles cuando el juez *a quo* o de primera instancia declaraba inadmisibles la apelación. En lo demás se mantienen las mismas reglas generales de la competencia para conocer y decidir el recurso de apelación, así: por regla general, el conocimiento y decisión del recurso de apelación corresponde a las Cámaras de Segunda Instancia, y por excepción, la competencia para conocer y decidir el recurso de apelación corresponde a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando las Cámaras de Segunda instancia hayan conocido como juez *a quo* o de primera instancia. Pero como una gran excepción, señalamos y concluimos, que el conocimiento y decisión del recurso de apelación puede corresponder al juzgador de primera instancia de lo civil y mercantil, cuando se apele del acuerdo conciliatorio producido como diligencia preliminar ante el juez de paz.

En conclusión, es pertinente dejar bien claro esto, respecto de los presupuestos procesales de procedencia de los recursos: recurribilidad de la resolución, agravio, legitimación y competencia, que no basta que concurra uno o algunos de los presupuestos de procedencia, sino que es necesaria e imprescindible la concurrencia de todos, y la ausencia de uno de ellos deviene en la improcedencia del recurso, por tanto, solo si se cumplen todos los anteriores presupuestos debe declararse la procedencia del recurso, pero

faltando cualquiera de los anteriores presupuestos, recurribilidad, agravio, competencia o legitimación, debe declararse improcedente el recurso.

4.11 FORMA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La forma de la apelación es un requisito exigido en la ley cuyo incumplimiento o inobservancia produce la declaración de inadmisibilidad del recurso. Estos requisitos de forma se dividen en generales y especiales. Los requisitos generales, son aquellos que deben observarse en la interposición de cualquier recurso, incluido el recurso de apelación; mientras que los requisitos especiales son aquellos cuya observación únicamente corresponde al recurso de apelación, de acuerdo con ello tenemos, que los requisitos especiales de interposición del recurso de apelación para que sea admitido son: uno, el escrito de interposición debe expresar con claridad y precisión las razones en que se funda el recurso; dos, debe de hacerse distinción o separación entre las razones que se refieren a la revisión e interpretación del derecho aplicado y las razones que se refieran a la fijación de los hechos y la valoración de las pruebas; tres, deben determinarse con claridad los pronunciamientos de la resolución impugnados; cuatro, si se alega la infracción de normas o garantías procesales en primera instancia, se deberán citar en el escrito las normas o garantías que se consideren infringidas y alegar la indefensión sufrida; quinto, anexar al escrito de interposición de la apelación, los documentos relativos al fondo del asunto que contengan elementos de juicio necesarios para la decisión del pleito, únicamente en los casos de que estas pruebas hayan sido posteriores a la realización de la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado, todo lo anterior de conformidad al artículo 511 del CPCM.

4.12 EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El plazo de interposición del recurso de apelación, es el lapso de tiempo que la ley ha concedido al recurrente para interponer el recurso de apelación. Como anteriormente fue señalado en nuestro estudio, y valga la iteración, la inobservancia o incumplimiento de este requisito exigido en la ley, produce la declaratoria de inadmisibilidad del recurso por ser interpuesto extemporáneamente. Señalamos además que cada recurso tiene un plazo propio de interposición²⁶⁰, para el caso que nos interesa en este momento tenemos, según lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 511 del CPCM, que el plazo para interponer el recurso de apelación es de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución.

Una variante, respecto del anterior Código de Procedimientos Civiles, que introduce el CPCM, es el plazo de interposición del recurso de apelación, así el anterior código establecía que el termino para apelar de toda sentencia será el de tres días, según el artículo 981 Pr. C²⁶¹; mientras que,

²⁶⁰ Dependerá de la política procesal de cada Estado el plazo concedido por el legislador a las partes para interponer el recurso de apelación: según el artículo 457.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 2000 “El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla”; Según el artículo 253.1 del Código General del Proceso de Uruguay: “El recurso de apelación contra las sentencias definitivas se interpondrá en escrito fundado, dentro del plazo de quince días. Se sustanciará con un traslado a la contraparte por el término de quince días”, y según el artículo 254 de este mismo Código “El recurso de apelación contra las sentencias interlocutorias se regirá por lo dispuesto para las sentencias definitivas, con las siguientes modificaciones: 1) Si se tratare de providencia fuera de audiencia, el plazo para la interposición del recurso será de seis días, al igual que el del traslado y el de la contestación a la adhesión a la apelación. 2) Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia, deberá anunciarse la apelación en ella e interponerse y sustanciarse dentro del plazo y trámites indicados en el numeral anterior. 3) Si se tratare de providencia pronunciada en audiencia y procediere la apelación con efecto diferido, el recurso se interpondrá en la propia audiencia procediéndose en lo demás, según lo dispuesto en el artículo 251. Numeral 3º”.

²⁶¹ De acuerdo al artículo 981 del Código de Procedimientos Civiles derogado: “El término para apelar de toda sentencia será el de tres días, contados desde el siguiente al de la notificación respectiva, conforme al artículo 212. Este término es fatal y no puede prorrogarse jamás por ningún motivo”.

actualmente, con el CPCM, este plazo de interposición se ha ampliado a un número mayor de días, así de conformidad al artículo 511 del CPCM, el plazo para interponer el recurso de apelación es de cinco días, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución. En relación a este plazo para interponer el recurso de apelación, que es de cinco días, debemos hacer las siguientes consideraciones: uno, que este es un plazo legal, en virtud de que su extensión está dada en la ley; dos, que es un plazo, por regla general improrrogable, en virtud de que este plazo de cinco días para interponer el recurso de apelación no puede ser ampliado a un número mayor de días ni siquiera a solicitud de la parte recurrente; tres, es por regla general un plazo, perentorio, ello en razón de que para que la oportunidad de interponer el recurso de apelación precluya, no es necesario que la parte contraria lo pida; cuatro, el plazo comienza a correr, a partir del día siguiente de la notificación respectiva; quinto, se computan como parte del plazo únicamente los días hábiles, en virtud de que su extensión está dada en días; sexto, debe de interponerse en el horario de oficina del tribunal, el cual es desde las ocho horas del día hasta las dieciséis horas del día; y por último, el recurso debe interponerse en la sede del tribunal que está conociendo de la pretensión.

CAPITULO V (Continuación)

PROCEDIMIENTO DE LA APELACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010

SUMARIO: 5.1 *Introducción*; 5.2 *Interposición ante el Juez de Primera Instancia o A Quo*; 5.3 *Competencia del Juez de Primera Instancia durante la Apelación*; 5.4 *Remisión del Escrito de Apelación por el Juez A Quo al Juez Ad Quem*; 5.5 *Calificación de la Apelación por el Juez Ad Quem: Procedencia Y Admisibilidad*; 5.6 *Convocatoria a Audiencia y Traslado de la Apelación a la Parte Recurrída*; 5.7 *Adhesión a la Apelación*; 5.8 *Practica de Prueba en Segunda Instancia*; 5.8.1 *La Prueba que Hubiere sido Indebidamente Denegada en Primera Instancia*; 5.8.2 *La Prueba Admitida en Primera Instancia pero no Practicada por Causa no Imputable al que la Solicita*; 5.8.3 *Las Pruebas sobre Hechos nuevos acaecidos con Posterioridad o después de Iniciado el Plazo Para dictar la Sentencia de Primera Instancia*; 5.8.4 *La Prueba Documental Desconocida Anterior a la Audiencia Probatoria del Proceso Común o a la Audiencia del Proceso Abreviado: Los Nova Reperta (Hechos Anteriores Desconocidos)*; 5.8.5 *La Prueba Documental Indisponible por la Parte por Alguna Causa Justa*; 5.9 *Formas Anormales de Terminar la Sustanciación del Recurso de Apelación*; 5.9.1 *Improcedencia de la Apelación*; 5.9.2 *Inadmisión de la Apelación*; 5.9.3 *Desistimiento de la Apelación*; 5.9.4 *Caducidad de la Instancia en Grado de Apelación*; 5.10 *Audiencia de Apelación*; 5.11 *Resolución del Recurso de Apelación: la Sentencia*.

5.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo, tiene por objeto, desarrollar un estudio de la estructura procedimental del recurso de apelación en el nuevo CPCM. En principio, analizaremos la interposición del recurso de apelación ante el juez de primera instancia, y la competencia de este durante la tramitación del recurso de apelación. En segundo lugar, nos corresponde analizar la calificación del recurso por parte del tribunal de apelación o *ad quem*. También exponemos, en este capítulo, el tema de la convocatoria a audiencia, y el traslado de la apelación a la parte recurrida, ello sin dejar por fuera la posibilidad de la

adhesión a la apelación por la parte originariamente recurrida. Asimismo, nos introducimos al importante tema de los supuestos excepcionales de prueba que autoriza el CPCM, incluyendo el estudio de algunas formas anormales de ponerle fin a la sustanciación del recurso de apelación. Seguidamente, estudiaremos el tema referente a la audiencia especial del recurso de apelación, donde se concentra la mayor parte de actividad procesal, tanto de las partes, como del tribunal de apelación. Finalmente, nos corresponde analizar el tema referente a la sentencia que resuelve el recurso de apelación. Todo lo anterior, teniendo a la base, la regulación legal que contempla el CPCM de 2010, sin dejar de analizar las principales variaciones respecto del anterior Código de Procedimiento Civiles derogado.

Importa señalar, que es en el desarrollo procedimental del recurso de apelación, donde se configuran fundamentalmente, la mayoría de los errores *in procedendo*, que sirven de fundamento para la impugnación de las resoluciones judiciales mediante el recurso de casación, por ello, intentaremos ir advirtiendo en cada momento del proceso de la sustanciación del recurso de apelación, los distintos errores de forma o de procedimiento que puede cometer el tribunal *ad quem* y que eventualmente pueden fundamentar el recurso de casación.

5.2 INTERPOSICIÓN ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA O A QUO

Según el artículo 511 del CPCM el recurso de apelación deberá presentarse ante el juez que dicto la resolución impugnada, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución recurrida. Respecto a este punto, no hay variación alguna respecto del anterior Código de Procedimientos Civiles, que al igual que actualmente el CPCM, disponía que el recurso de apelación debía plantearse por escrito

ante el mismo juzgador que pronuncio la resolución sometida a impugnación, según el artículo 988 Pr. C²⁶². y habiendo desaparecido la apelación de hecho, por la supresión de la facultad calificadora del recurso de apelación que tenia el juzgador *a quo* seria imposible o nula toda posibilidad de presentar el escrito de interposición del recurso de apelación, directamente ante el órgano jerárquicamente superior en grado que le corresponde el conocimiento y decisión del recurso de apelación, de ahí entonces, que basta con saber, quien es el órgano emisor de la resolución, para determinar que es ante este mismo y contra su resolución que debe presentarse el recurso de apelación, esto en la practica, no debe ofrecer mayores complicaciones para el litigante, debido a que normalmente, ya hay toda una actividad procesal realizada ante el mismo órgano, previamente a impugnar alguna de sus resoluciones.

Los requisitos especiales que debe contener el escrito de interposición del recurso de apelación para que sea admitido son: uno, el escrito de interposición debe expresar con claridad y precisión las razones en que se funda el recurso; dos, debe de hacerse distinción o separación entre las razones que se refieren a la revisión e interpretación del derecho aplicado y las razones que se refieran a la fijación de los hechos y la valoración de las pruebas; tres, deben determinarse con claridad los pronunciamientos de la resolución impugnados; cuatro, si se alega la infracción de normas o garantías procesales en primera instancia, se deberán citar en el escrito las normas o garantías que se consideren infringidas y alegar la indefensión sufrida; quinto, anexar al escrito de interposición de la apelación, los documentos relativos al fondo del asunto que contengan elementos de juicio

²⁶² Según el artículo 988 del Código de Procedimientos Civiles derogado: “La apelación deberá proponerse por escrito ante el mismo Juez que pronunció la sentencia, y nunca de palabra ni en la notificación”.

necesarios para la decisión del pleito, únicamente en los casos de que estas pruebas hayan sido posteriores a la realización de la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado, todo lo anterior de conformidad al artículo 511 del CPCM. En todo caso, es de señalar, que no es el tribunal *a quo* quien debe examinar el cumplimiento de estos y otros requisitos y presupuestos del recurso de apelación, sino el tribunal de apelación o *ad quem*, quien es al que funcionalmente compete el examen de procedencia y admisibilidad del recurso de apelación. En todos los sistemas, la apelación es un recurso que se presenta o interpone ante el mismo órgano que pronunció la resolución objeto de impugnación²⁶³. Excepto en los sistemas que admiten la apelación de hecho²⁶⁴, cuando la apelación es denegada por el juez *a quo* y el recurrente interpone el recurso directamente ante el juez *ad quem* o de segunda instancia que es a quien corresponde calificar, conocer y decidir el recurso de apelación.

²⁶³ El relación a lo anterior podemos mencionar como ejemplos: La Ley de Enjuiciamiento Civil de España 2000 que establece: artículo 457.1. “El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla”; El Código Procesal Civil de Perú dispone en su artículo 367: “La apelación se interpone dentro del plazo legal ante el Juez que expidió la resolución impugnada, acompañando el recibo de la tasa respectiva cuando esta fuera exigible”; igual forma de presentación de la apelación puede inferirse del Código General del Proceso de Uruguay que establece la facultad del tribunal *a quo* de calificar el recurso de apelación, de conformidad al artículo 257 de este Código: “Resolución del tribunal inferior. Interpuesta en tiempo y forma la apelación, el tribunal la admitirá, si fuere procedente, y expresará el efecto con que la admite. Si el recurso no fuera admitido, el apelante podrá recurrir conforme con lo establecido en la Sección V de este Capítulo”.

²⁶⁴ Para el caso nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles admitía la apelación de hecho cuando esta era denegada por el juez de primera instancia, así según el artículo 1028 del anterior Código de Procedimientos Civiles: “Negada la apelación por el Juez, debiendo 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”.

5.3 COMPETENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DURANTE LA APELACIÓN: *supresión de la calificación por el juez a quo*

Trascendente novedad y reforma introduce el nuevo CPCM al suprimir la facultad calificadora del recurso de apelación interpuesto, por el tribunal *a quo*, respecto del anterior Código de Procedimientos Civiles derogado, que facultaba al tribunal *a quo* para realizar un examen de procedencia y admisibilidad del recurso, así según el artículo 991 Pr. C²⁶⁵, siempre que se interpusiere apelación esta obligado el juez, antes que otra cosa y sin tramitación alguna, a concederla o negarla, esta facultad calificadora del recurso volvía en la practica nugatoria la apelación y obligaba al litigante agravado por la resolución a interponer la apelación conocida tradicionalmente bajo la modalidad de apelación de hecho, cuando la apelación era denegada por el juez de primera instancia o *a quo*, este nombre, apelación de hecho respondía a que la apelación se interponía directamente ante el mismo órgano que debía conocer y decidir la apelación, que normalmente eran las Cámaras de Segunda Instancia.

Así con esta nueva reforma en la sistematización del recurso de apelación que introduce el CPCM, la competencia del juez de primera instancia o *a quo* se circunscribe o limita concretamente a cuatro aspectos: uno, a ser un simple receptor del recurso de apelación; dos, notificar a la parte contraria la interposición del recurso de apelación; tres, a remitir el escrito de interposición del recurso al tribunal jerárquicamente superior en grado a quien corresponde calificar, conocer y decidir el recurso de apelación

²⁶⁵ Según el artículo 991 del Código de Procedimientos Civiles anterior: “Siempre que se interpusiere apelación está obligado el Juez, antes de toda otra cosa y sin tramitación alguna, a concederla o negarla, conforme a la ley, debiendo expresarse 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 el auto. Nunca podrá admitir el Juez la apelación con la fórmula: en cuanto ha lugar en derecho”.

interpuesto; y cuarto, según se el caso, también tiene competencia para ejecutar provisionalmente la resolución apelada, según el artículo 512 CPCM. Los efectos prácticos de la supresión de esta facultad calificadora del tribunal de primera instancia o *a quo* de la apelación son consustancialmente la supresión de la apelación de hecho, no existiendo por parte del tribunal *a quo* la facultad de examinar la procedencia y admisibilidad de la apelación, no puede admitirla o inadmitirla, pues dicha facultad actualmente únicamente corresponde al órgano judicial jerárquicamente superior en grado como lo veremos en las siguientes líneas.

5.4 REMISIÓN DEL ESCRITO DE APELACIÓN POR EL JUEZ A QUO AL JUEZ AD QUEM

Presentado el recurso de apelación ante el juez de primera instancia o *a quo*, como lo señalamos anteriormente, una de las pocas competencias de este órgano receptor de la apelación, es remitir el escrito de interposición del recurso de apelación al tribunal superior, para que este decida sobre la procedencia o improcedencia del recurso, y sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la apelación. Dicha remisión al tribunal superior o *ad quem* debe de realizarse por el tribunal *a quo* en el plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la presentación del escrito de interposición del recurso de apelación, así según el inciso 1º del artículo 512 del CPCM presentada la apelación, el juez notificara a la parte contraria y se limitara a remitir el escrito de apelación al tribunal superior dentro de los tres días siguientes. Este plazo para realizar la remisión, es con base a las reglas generales de los plazos procesales estudiados anteriormente: es un plazo legal, perentorio e improrrogable, que comprende dentro de su cómputo únicamente los días hábiles.

Concretamente, la remisión habrá de realizarse: uno, del juez de paz al juez de primera instancia de lo civil y mercantil; dos, por regla general, del Juez de Primera Instancia de lo Civil y Mercantil a la Cámara de Segunda Instancia; y tres, por excepción, de la Cámara de Segunda Instancia a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando la Cámara haya actuado como órgano *a quo* o de primera instancia, esta remisión por el órgano *a quo* habrá de realizarse al *ad quem* respetando los criterios básicos de competencia: materia, grado, y territorio. Este deber del juez *a quo* de remitir el escrito de interposición de la apelación al tribunal *ad quem* no ofrece ninguna variación en comparación con el anterior Código de Procedimientos Civiles, que también imponía dicho deber de remitir el escrito de interposición del recurso de apelación al mismo juzgador de primera instancia, según se infiere de lo que establecía el artículo 1000 Pr. C²⁶⁶; con la variante de que todos los gastos de la remisión y certificaciones debían ser costeados por el apelante, según el artículo 998 Pr. C²⁶⁷, actualmente dicha carga económica para el apelante a desaparecido, en virtud de que, tanto la Constitución de la República, como el CPCM reconocen que la administración de justicia es gratuita, según los artículos 181 de la Constitución y 16 del CPCM.

5.5 CALIFICACIÓN DE LA APELACIÓN POR EL JUEZ AD QUEM: PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD

²⁶⁶ Según el artículo 1000 del Código de Procedimientos Civiles anterior: “Todo proceso civil será remitido por el Juez, con persona de su confianza, a costa del apelante. Cuando alguno de los litigantes solicitare ser el conductor de un proceso civil, el Juez lo mandará entregar bajo conocimiento si la otra parte estuviere anuente; pero si se resistiere, sólo se entregará previa fianza de seguridad otorgada en una boleta por persona abonada. Si el apelante y el apelado lo pretendiesen al mismo tiempo, deberá hacerse la entrega al que el Juez creyere que 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”.

²⁶⁷ De conformidad al artículo 998 del Código de Procedimiento Civiles derogado: “Todos los gastos de remisión de procesos y saca de certificaciones en tales casos, serán costeados siempre por el apelante o por las dos partes, si ambas apelaron”.

Según lo advertimos anteriormente, la calificación del recurso de apelación corresponde única y exclusivamente al órgano jerárquicamente superior en grado, al que dicto la resolución objeto de impugnación, y nunca al mismo órgano *a quo* o de primera instancia que pronunció la resolución apelada. La calificación del recurso consiste, o más bien comprende, un examen de procedencia y admisibilidad del recurso de apelación interpuesto que realiza el tribunal *ad quem* o de apelación.

El examen de procedencia del recurso de apelación comprende: primero, la recurribilidad de la resolución, es decir, determinar si procede legalmente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución impugnada, resoluciones que según lo establecimos anteriormente son las sentencias pronunciadas en primera instancia, los autos definitivos pronunciados en primera instancia, y las resoluciones que la ley señale expresamente, según el artículo 508 CPCM; segundo, determinar si el recurso de apelación ha sido interpuesto por quien está legitimado para hacerlo, legitimación que corresponde a las partes en cualquiera de sus modalidades, a quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada y a quienes gocen de una legitimación especial para recurrir en apelación, artículo 501 inciso 1º CPCM; tercero, determinar si la resolución apelada inflige agravio a la parte que está legitimada para interponer este recurso, artículo 501 inciso 1º CPCM; y cuarto, si el órgano jerárquicamente superior en grado que ha recibido el escrito de apelación es competente por razón de la materia, grado y cuantía para conocer y decidir la apelación, el incumplimiento de cualquiera de todos los anteriores presupuestos deviene en la declaratoria de improcedencia del recurso de apelación. En este punto, es importante señalar, que la declaratoria indebida de improcedencia del recurso de apelación por parte del tribunal *ad quem*, puede fundamentar eventualmente la procedencia del recurso de casación, pues dicha declaratoria de

improcedencia del recurso de apelación se resuelve mediante un auto definitivo que finaliza anticipadamente la sustanciación de la apelación, así según el ordinal 13º del artículo 523 del CPCM, “el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, tendrá lugar por: 13º haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación”.

El examen de admisibilidad de la apelación comprende por su parte, dos requisitos exigidos en la ley, uno, el plazo, el recurso debe de interponerse para ser admisible en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución recurrida en apelación, y dos, la forma, el recurso de apelación debe de interponerse por escrito, y debe contener a cabalidad todos los requisitos que establece el artículo 511 CPCM. Cumplidos, todos los anteriores presupuestos de procedencia y admisibilidad de la apelación, debe de admitirse el recurso y entrar al conocimiento de fondo del mismo, sino obstante el apelante ha cumplido todos los anteriores presupuestos y requisitos, el recurso es declarado improcedente o inadmisibile, contra este auto definitivo, que rechaza darle tramite al recurso de apelación interpuesto procede el recurso de casación, según lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 519 del CPCM.

5.6 CONVOCATORIA A AUDIENCIA Y TRASLADO DE LA APELACIÓN A LA PARTE RECURRIDA: EL APELADO.

En virtud del principio de bilateralidad de la audiencia una vez que el recurso de apelación ha sido admitido por el juzgador *ad quem*, este debe mandar a oír a la parte contraria, al apelado, dando traslado del escrito de interposición del apelante para que manifieste lo que ha su derecho convenga respecto de la apelación interpuesta, dicha convocatoria a audiencia habrá de realizarse dentro de los tres días siguientes a la admisión

de la apelación, y la audiencia, deberá realizarse en un plazo máximo de un mes contado a partir del día siguiente de la convocatoria. Según el inciso 3º del artículo 513 del CPCM admitido el recurso de apelación, dentro de los tres días siguientes se convocara a las partes a una audiencia en la sede del tribunal, que habrá de realizarse a más tardar dentro del mes contado a partir del día siguiente al de la convocatoria.

En esta audiencia, es la oportunidad procesal que tiene el apelado, para oponerse a la apelación o para adherirse a la apelación. Durante la vigencia del anterior Código de Procedimientos Civiles el traslado al apelado se configuraba como la oportunidad procesal del apelado para contestar a los agravios alegados por el apelante, según el artículo 1006 Pr. C²⁶⁸, y en su caso también para adherirse a la apelación, de acuerdo al artículo 1010 Pr, C²⁶⁹. Este traslado para contestar o para adherirse a la apelación debía realizarse por escrito en un plazo de seis días, de conformidad al artículo 1007 Pr. C²⁷⁰. Esto según veremos más adelante, se configura, como una gran innovación del CPCM, que tiene por objeto, mejorar la administración de justicia en materia procesal civil, concentrando la mayor cantidad de actos procesales en una sola etapa o momento procesal: la audiencia del recurso de apelación. La cual a manera de síntesis adelantaremos, tiene como objeto principal: uno, que el apelado se oponga a la apelación interpuesta; dos, que el apelado se adhiera a la apelación; tres, la proposición, admisión y producción de la prueba permitida en grado de apelación; cuatro, que las

²⁶⁸ Con base al artículo 1006 del anterior Código de Procedimientos Civiles: “Se correrá traslado al apelado para que conteste la expresión de agravios bajo el noma: Responde”.

²⁶⁹ Según el artículo 1010 del Código de Procedimientos Civiles derogado: “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. Puede hacer uso de este derecho al contestar la expresión de agravios”.

²⁷⁰ De acuerdo al artículo 1007 del Código de Procedimientos Civiles anterior: “Tanto para expresar agravios como para su contestación, la ley concede el término de seis días a cada parte, contado desde el siguiente al de la última notificación”.

partes efectúen sus alegatos finales; y cinco, resolver el recurso, o al menos, dejarlo en estado de dictar sentencia, poniendo fin a la audiencia, todo lo anterior con base al artículo 514 del CPCM.

5.7 ADHESIÓN A LA APELACIÓN

En principio debemos advertir que el término adhesión a la apelación no significa que la parte recurrida o apelada coadyuva o colabora al éxito de la apelación de la parte contraria²⁷¹, apelante, sino que su objeto es precisamente lo contrario, impugnar una resolución respecto de los pronunciamientos que la resolución le infiere agravio, de ahí entonces que la adhesión a la apelación se configura en la práctica como una excepción al principio de la no reforma en perjuicio o *nec reformatio in peius*, ello en virtud de que solo mediante la adhesión a la apelación un recurrente puede obtener una situación más gravosa que la que tenía antes de recurrir, dicha excepción a este principio la contempla nuestro CPCM en el artículo 502 en los siguientes términos: “las sentencias que resuelven el recurso no podrán ser más gravosas que la impugnada, a menos que la parte contraria hubiere a su vez recurrido o se hubiere adherido al recurso”; y se configura también como una excepción, al principio de preclusión de la impugnación, en razón de que mediante la adhesión a la apelación puede interponerse un recurso fuera del lapso legal previsto en la ley para interponerlo, así tenemos según el artículo 514 del CPCM que la adhesión a la apelación se realizara en la

²⁷¹ Para evitar lo confuso y ambiguo de este término en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 2000 se ha preferido utilizar para referirse a esta figura la denominación de impugnación de la resolución apelada en lo que resulte desfavorable, así según número 1 del artículo 461 de esta ley, “Del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable”.

audiencia especial del recurso de apelación, siendo este el momento procesal oportuno para que el apelado realice la adhesión a la apelación, de lo contrario el plazo de la apelación en este momento ya habría precluido.

Montero Aroca y Flors Maties han sostenido que la adhesión a la apelación consiste en *“un nuevo y propio recurso, subordinado solo temporalmente al interpuesto por el apelante inicial por virtud del cual el apelado, aprovechando la oportunidad que le brindaba la impugnación efectuada por la otra parte, recurría en aquellos extremos que le fueren perjudiciales”*²⁷²; podemos notar en esta definición, que para estos autores, la adhesión a la apelación, depende únicamente, de que la apelación inicial, haya sido interpuesta en tiempo, mientras que Julio Picatoste Bobillo²⁷³ hace depender la adhesión a la apelación, de que la apelación inicial, haya sido interpuesta válidamente, y no únicamente subordinada al factor temporal, de nuestra partes se considera, que la adhesión a la apelación, no depende únicamente de que la apelación inicial haya sido interpuesta en tiempo, sino que debe de haber sido interpuesta válidamente, en cuanto a requisitos de procedencia y admisibilidad, así si la resolución no es recurrible en apelación, si la parte no esta legitimada para apelar, si la resolución no infiere agravio al que la interpone, o si la apelación se ha interpuesto incumpliendo los requisitos de forma, la adhesión a la apelación simultáneamente devendrá en improcedente o inadmisibile, por no haber sido interpuesta la apelación inicial válidamente.

Nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles regulaba la adhesión a la apelación con mayor precisión y claridad, en los siguientes términos: “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. Puede

²⁷² MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 294.

²⁷³ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 274.

hacer uso de este derecho al contestar la expresión de agravios”, según el artículo 1010 Pr. C. De la anterior disposición derogada, podemos inferir que los presupuestos previos de la adhesión a la apelación son: uno, que exista una resolución que contenga una pluralidad de pronunciamientos, que favorezcan y perjudican en una parte al demandante, y que favorezcan y perjudiquen por otra al demandado; dos, que una de estas dos partes haya consentido inicialmente de manera tácita el contenido decisorio perjudicial de la resolución no interponiendo la apelación en el plazo previsto para esta; y tres, que la parte contraria haya interpuesto la apelación válidamente respecto del contenido decisorio de la resolución que le perjudicaba. Este es el criterio de Julio Picatoste Bobillo respecto de los presupuestos de la adhesión a la apelación: previa apelación, legitimación, y tiempo y forma²⁷⁴. Lo mas importante de la anterior legislación es, que contenía una disposición expresa sobre el régimen al que quedaba supeditada la adhesión, haciendo un paralelo entre esta y la reconvención disponía que aquella debía observar las reglas de esta y en el modo de proceder y decidir, según el artículo 1003 Pr. C. Nuestro CPCM no contiene disposición expresa sobre los presupuestos de la adhesión a la apelación, ni sobre las consecuencias del decaimiento de la apelación inicial respecto de la adhesión. En otros sistemas procesales, para solventar la anterior problemática, existen normas específicas sobre los efectos de la adhesión a la apelación en caso de decaimiento de la apelación inicial, así por ejemplo, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica en su artículo 224 titulado “régimen de la adhesión a la apelación” dispone que “la adhesión a la apelación tienen carácter secundario decayendo en todos los casos en que quede privada de efecto la apelación principal o se desista de la misma”. En otros sistemas sin embargo, como el peruano, se ha dispuesto en el inciso último del artículo

²⁷⁴ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 274 – 278.

373 del Código Procesal Civil de Perú que “el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión”.

El momento procesal oportuno para efectuar la adhesión a la apelación, es, en la audiencia especial del recurso de apelación de manera oral, ello se desprende de que el artículo 514 establece que: en la audiencia, el tribunal oír a la parte apelada para que se oponga o para que se adhiera a la apelación. El termino oír debe de ser entendido en el sentido de que tanto la oposición, como la adhesión a la apelación deben de realizarse de forma verbal, y no mediante escrito presentado al juzgador. En el anterior Código de Procedimientos Civiles derogado, la oportunidad que tenia la parte inicialmente apelada para adherirse a la apelación, era al contestar los agravios, y la forma de efectuarla, era de manera escrita, así según el articulo 1010 Pr. C, “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. Puede hacer uso de este derecho al contestar la expresión de agravios”.

5.8 PRACTICA DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

Es propio de los sistemas de apelación que tienen por objeto, la mera revisión de la primera instancia, es decir, los de apelación limitada²⁷⁵, el

²⁷⁵ “Estamos ante una apelación limitada cuando el tribunal superior ha de basar su examen y decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o nuevas pruebas (salvo supuestos excepcionales que no desvirtúan lo dicho). A pesar de esta limitación, la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 178. “Este sistema parte del respeto al material –hechos y prueba- ya aportado en la primera instancia, que pasa al tribunal de apelación con el mismo contenido que adquirió en el primer grado jurisdiccional. En cuanto a aportación de material factico y jurídico, rige de modo riguroso el principio de preclusión” BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 133.

carácter excepcional y limitado de la producción de prueba en segunda instancia o más bien de la apelación, pues, permitir alegar nuevos hechos, pruebas o pretensiones en segunda instancia, implicaría una modificación del objeto de litigio, lo cual no es permitido en los sistemas de apelación limitada y ello es propio de los sistemas de apelación plena²⁷⁶, cuyo objeto es un *novum iudicium*, sistema de apelación en el que se permite a las partes modificar el objeto de litigio, introduciendo en la segunda instancia, nuevos hechos, nuevas pruebas, nuevas pretensiones, nuevas alegaciones o nuevas excepciones. Esta prohibición de modificación del objeto litigioso en la segunda instancia tiene su fundamento legal en el artículo 282 del CPCM que claramente dispone que, el objeto del proceso se define con la demanda, la contestación de la demanda y en su caso con la reconvención, y que las partes no podrán alterarlo posteriormente. Esta imposibilidad de modificación posterior del objeto litigioso, abarca no solo a la primera instancia, sino también a la segunda instancia y a la sustanciación del recurso de casación.

La mayoría de sistemas procesales de los países de apelación limitada o mas bien que tienen por objeto la mera revisión de todo lo actuado en la primera instancia, la producción de la prueba es excepcional y limitada a los

²⁷⁶ “La apelación plena supone que el tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que conto el tribunal de la primera instancia, mas aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento de la segunda. Esto es, manteniéndose el objeto del proceso, la apelación plena implica permitir a las partes adicionar alegaciones de hechos... y proponer y practicar nuevos medios de prueba, con lo que el tribunal superior puede contar, para tomar su decisión, con elementos de los que no conoció el órgano de la primera instancia”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 177. “En el modelo de la apelación plena la segunda instancia se configura como procedimiento con sustantividad, sin limites al ius novorum, en cuanto que permite la incorporación de material factico y probatorio y la posibilidad de desplegar nuevos medios de ataque y de defensa, por lo que el tribunal de segunda instancia contara para un nuevo enjuiciamiento, por lo que el tribunal de la segunda instancia contara para un nuevo enjuiciamiento de la cuestión con el material de que dispuso el tribunal de primer grado y todo el que las partes adicionen en la segunda. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 132.

supuestos que la ley lo autoriza. Entre los paradigmas más importantes que autorizan la producción limitada de pruebas en segunda instancia, debemos mencionar por la relevante influencia que tienen en nuestro Sistema Procesal Civil y especialmente respecto del nuevo CPCM, en primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 2000, que establece entre algunos supuestos de prueba en segunda instancia: las pruebas indebidamente inadmitidas en la primera instancia, las pruebas admitidas pero no practicadas por causa no imputable al que la solicita, y la pruebas que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia, todo lo anterior según el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España 2000²⁷⁷. También cabe mencionar, el sistema de prueba en apelación que consagra el Código General del Proceso de Uruguay, que establece, entre otras hipótesis de prueba en segunda instancia: cuando se trata de presentar pruebas desconocidas anteriores o posteriores a la conclusión de la causa y cuando se trate de acreditar hechos nuevos, todo ello de conformidad al artículo 253.2 del Código General del Proceso de Uruguay²⁷⁸, supuestos que

²⁷⁷ De conformidad al artículo 460 de La ley de Enjuiciamiento Civil de España 2000: “1. Sólo podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia. 2. En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 1ª Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista. 2ª Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales. 3ª Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad. 3. El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho”.

²⁷⁸ Según el artículo 253.2 del Código General de Proceso de Uruguay: 253.2 “Las partes podrán solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia, tanto en el escrito de

básicamente son los mismos que contempla el artículo 223.2 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica²⁷⁹. Cabe mencionar también, los supuestos de prueba en segunda instancia que contempla el Código Procesal Civil de Perú, que es permitida, según el artículo 374²⁸⁰ de este Código, en los siguientes casos: cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso, y cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y

interposición del recurso como en el de contestación al mismo, exclusivamente en los siguientes casos: 1) Si se tratare de producir la prueba regulada por los artículos 148 y 153 con referencia a hechos que no hubieren sido objeto de la misma probanza en la instancia anterior. 2) Si se tratare de presentar documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando, en este último caso, se afirmare bajo juramento no haber tenido antes conocimiento de los mismos, circunstancia que apreciará al tribunal para admitir o rechazar la prueba. A tal efecto, podrá requerir o recabar la información sumaria que la acredite. 3) Si se tratare de acreditar hechos nuevos conforme con lo dispuesto por el artículo 121.2. En todos los casos, se solicitará el diligenciamiento de la prueba correspondiente, conforme con lo prescrito por el artículo 118”.

²⁷⁹ Así según el artículo 223.2. del Código Procesal Modelo para Iberoamérica: “Tanto en el escrito de interposición del recurso como en el de contestación al mismo, podrán las partes solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia exclusivamente en los siguientes casos: 1) Si se tratare de producir la prueba regulada por los artículos 138 y 143, con referencia a hechos que no hubieren sido objeto de esa misma probanza en la instancia anterior; 2) Si se tratare de presentar documentos de fecha posterior a la de conclusión de la causa o anteriores, cuando en este último caso se afirmare, bajo juramento, no haber tenido antes conocimiento de los mismos; circunstancia que el Tribunal apreciará, pudiendo requerir información sumaria que la acredite. 3) Si se tratare de acreditar hechos nuevos, conforme con lo dispuesto por el artículo 114.2”.

²⁸⁰ De acuerdo al artículo 374 del Código Procesal Civil de Perú: “Sólo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y, 2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad. Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el Juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado”.

obtener con anterioridad. Estos supuestos de prueba en segunda instancia, que consagran estos sistemas, son los que con menor o mayor precisión terminológica, contempla nuestro CPCM según lo veremos en los siguientes párrafos.

Según lo advertimos anteriormente, nuestro sistema de apelación que consagra el CPCM tienen por objeto, al menos en potencia, la mera revisión de la primera instancia, tanto en el aspecto procedimental, como en el aspecto de juzgamiento, pero con una concesión excepcional y limitada a la producción de prueba en la segunda instancia, ello con base al ordinal 4º del artículo 510 del CPCM que atribuye como uno de los fines de la apelación, además de la revisión de los errores *in iudicando e in procedendo*, que contienen los ordinales 1º, 2º y 3º, de este mismo artículo, la producción de la prueba que no hubiere sido admitida en primera instancia. El CPCM contempla básicamente cinco supuestos distintos, que permiten a las partes de la apelación, la producción de prueba en segunda instancia, en los siguientes casos: uno, cuando las pruebas hubieren sido indebidamente denegadas en primera instancia; dos, cuando no obstante las pruebas haber sido admitidas en primera instancia no hayan sido practicadas por causa no imputable al que las solicita; tres, cuando las pruebas estén referidas a hechos nuevos acaecidos con posterioridad o después de iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia: *los nova producta* (hechos nuevos posteriores); cuatro, cuando se trate exclusivamente de prueba documental desconocida anterior a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado; y quinto, cuando se trate exclusivamente de una prueba documental indisponible por la parte por alguna causa justa. En este momento nos limitaremos a mencionar únicamente los supuestos de prueba en segunda instancia. Posteriormente ahondaremos en el estudio de cada uno de ellos.

El derecho de producir pruebas en la segunda instancia corresponde a ambas partes del recurso, tanto para el apelante, como para el apelado, aunque si son limitadas las causas o supuestos en las que las partes han de basarse para proponer una determinada prueba en segunda instancia ante el tribunal *ad quem* y no solo con base a los presupuestos de procedencia y admisibilidad con que se proponen en la primera instancia, pertinencia, utilidad, idoneidad, licitud, tiempo y forma, etc. Según se desprende de esto último, la facultad de producir pruebas en apelación no corresponde exclusivamente al apelante o recurrente sino también a la parte apelada o recurrida pero no de manera absoluta e ilimitada para ambos, sino solamente en los supuestos que la ley lo autoriza. Así según el inciso 2º del artículo 514 del CPCM tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de prueba en segunda instancia.

Nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles derogado admitía o contemplaba además como supuestos de prueba en segunda instancia: las pruebas para acreditar la ampliación de sus peticiones en lo accesorio, sobre réditos y frutos; las pruebas para establecer las nuevas excepciones alegadas en segunda instancia; para establecer la falsedad de un escritura publica presentada en la segunda instancia; la prueba exclusivamente testimonial admitida en la primera instancia pero no practicada por causa no imputable al que la solicita, y las pruebas inadmitidas para probar hechos propuestos en primera instancia, todo lo anterior con base en el artículo 1019 del Pr. C²⁸¹. Estos últimos dos supuestos, aunque con sus propias

²⁸¹ Según el artículo 1019 del Código de Procedimientos Civiles derogado: “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

limitaciones, son mas próximos a dos de los cinco supuestos de prueba que con mayor amplitud autoriza actualmente el CPCM, referidos uno, a las pruebas indebidamente denegadas en primera instancia, y dos, el referido a las pruebas admitidas en primera instancia pero no practicadas por causa no imputable al que la solicita. Advertido lo anterior pasemos ahora a analizar cada uno de los supuestos en que la ley ha autorizado la producción excepcional de prueba en segunda instancia. Nuestra jurisprudencia anterior al CPCM, admitía, como motivo específico de forma del recurso de casación, la falta de recepción a prueba en segunda instancia cuando la ley lo estableciera²⁸².

5.8.1 LA PRUEBA QUE HUBIERE SIDO INDEBIDAMENTE DENEGADA EN PRIMERA INSTANCIA.

El primer supuesto en que el legislador autoriza la producción o practica de prueba en segunda instancia, es, cuando la prueba hubiere sido indebidamente denegada en primera instancia. Dado que el auto simple que declara inadmisibile un medio probatorio en la primera instancia es irrecurrible, esto únicamente puede discutirse y volverse a plantear cuando

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”.

²⁸² Sobre el anterior motivo específico de casación que contemplaba la Ley de Casación derogada “falta de recepción a pruebas en segunda instancia cuando la ley lo establezca”, nuestra jurisprudencia ha dicho REF. **56-C-2007 25/08/2008**. “Ante todo, la Sala considera importante señalar, que el sub-motivo en examen hace mención a “recepción a prueba”, que se traduce en abrir a pruebas para demostrar hechos, es decir, establece la verdad de un hecho controvertido, Art. 235 Pr. C., desde luego, cuando sea procedente, porque la recepción a prueba en segunda instancia, en el caso del juicio ejecutivo es limitada, Art. 1024 Pr. C., por la misma naturaleza del proceso; sin que por ello pueda hablarse de violación a garantías constitucionales, ya que en el caso de autos, la oportunidad se tuvo en primera instancia, pero por haber sido declarado extemporáneo el incidente de falsedad, no procedía abrir a prueba el juicio ejecutivo”.

se recurra de la sentencia definitiva en apelación, según el inciso 3º del artículo 317 del CPCM. Es así, como el ordinal 1º del inciso 3º del artículo 514 del CPCM establece: “además de la –prueba- documental dicha, solo podrá proponerse prueba: 1º cuando la prueba hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia”. Un primer punto que debe quedar definitivamente claro al lector es que este supuesto de prueba en segunda instancia es de aplicación a cualquiera de los medios probatorios reconocidos por nuestro CPCM, sin ningún tipo de restricción, y por ello no es exclusivo de un medio probatorio en especial, sino a cualquier medio probatorio en general que fue indebidamente inadmitido en la primera instancia. Siendo el único límite que reconoce este supuesto de prueba en segunda instancia la necesaria identidad entre el medio de prueba propuesto en la primera instancia y el medio de prueba propuesto en apelación (identidad objetiva) y además la necesaria identidad entre la parte que propuso la prueba en la primera instancia y la que lo propone en apelación (identidad subjetiva). Esta necesaria identidad objetiva y subjetiva de la prueba para ser admisible en la segunda instancia impide que se proponga un medio de prueba distinto al propuesto en la primera instancia o que se proponga por una parte distinta de quien la propuso en la primera instancia.

Advertido lo anterior, corresponde analizar el término indebidamente denegada, pues bien, ello significa, que no obstante la prueba haber sido propuesta cumpliendo con sus presupuestos de procedencia: necesidad, pertinencia, utilidad, idoneidad, licitud y de aspectos de tiempo y forma, el juez *a quo* declaró inadmisibles un determinado medio probatorio en la primera instancia. Recordemos que las fases principales de la actividad probatoria son: uno, la proposición de la prueba por la parte interesada (inc. 1º y 2º art. 317 CPCM); dos, la admisión de la prueba por el tribunal (inc. 3º art. 317 CPCM); tres, la recepción, producción o práctica de la prueba por la

parte que la propuso con la intermediación del juzgador y la presencia de la contraparte (art. 402 al 406 CPCM); y cuatro, la valoración de la prueba por el juzgador (art. 416 CPCM). En el supuesto de estudio la actividad probatoria culminó en la fase de admisión de la prueba, lo que simultáneamente conlleva a la derogación de las siguientes fases de la actividad probatoria, la práctica y valoración de la prueba. Recordemos además que la prueba para ser admisible debe de ser pertinente, es decir, relacionada con los hechos controvertidos (art. 318 CPCM), útil, para que sirva de manera efectiva al esclarecimiento de los hechos (art. 319 CPCM); idónea, usando el medio de prueba exacto para esclarecer determinado hecho (art. 319 CPCM), debe además ser una prueba lícita (art. 316 CPCM).

La prueba además, debe de solicitarse en tiempo y forma, el momento procesal oportuno para proponer la práctica de la prueba en primera instancia es en la audiencia preparatoria del proceso común o en la audiencia del proceso abreviado (inc. 1º art. 317 CPCM), la forma de proponer la prueba es, de manera oral por la parte, singularizando el medio de prueba y el contenido específico del mismo (inc. 2º art. 317 CPCM). Solo si todo lo anterior fue respetado en la primera instancia por la parte que solicitó la prueba, y no obstante ello, fue declarada inadmisibile por el juzgador *a quo*, podemos afirmar, que la prueba fue indebidamente denegada, de lo contrario, también resultara inadmisibile la prueba en segunda instancia bajo este supuesto.

Ahora bien, analicemos este supuesto de prueba en segunda instancia en dos momentos diferentes, uno, el momento en que la prueba fue indebidamente denegada en la primera instancia por el juzgador *a quo* siendo la prueba admisible, por ser pertinente, útil, idónea, lícita y solicitada en tiempo y forma, esto permitirá al tribunal *ad quem* determinar si la prueba fue indebidamente denegada en la primera instancia; pero un segundo y

diferente momento lo es, determinar si la prueba indebidamente denegada en la primera instancia, continua actualmente siendo admisible en la segunda instancia, es decir, si la prueba actualmente continua siendo pertinente²⁸³, útil, idónea, lícita y especialmente solicitada en tiempo y forma, ya que este requisito se cumple de manera diferente en la apelación, pues el momento procesal oportuno para proponer la prueba en segunda instancia es en la audiencia especial del recurso de apelación, además de la identidad necesaria que debe guardar la prueba propuesta respecto de la prueba indebidamente denegada en la primera instancia, ya que no puede proponerse una prueba distinta, sino únicamente la que fue indebidamente denegada. Este examen de admisibilidad de la prueba, propio del juez *ad quem* se infiere de lo que preceptúa el inciso 4º del artículo 514 que establece que propuesta la prueba, el tribunal resolverá, admitiendo únicamente los medios que resulten procedentes.

En síntesis, este supuesto de prueba en segunda instancia se configura respecto de cualquier medio probatorio, que propuesto en la primera instancia, fue indebidamente declarado inadmisibile por el juzgador *a quo*, y se propone esta misma prueba en la segunda instancia ante el tribunal de

²⁸³ Según nuestra Sala de lo Civil el submotivo error de derecho en la valoración de la prueba consiste **REF. 227-C-2006 16/01/2008**. “en que el juzgador al apreciar la prueba le da un valor diferente al señalado en la ley. Para entrar a apreciar las pruebas, el juzgador debe apreciar en primer lugar su pertinencia, es decir que se debe considerar su eficacia probatoria con relación a los extremos de la demanda. En el presente caso se está solicitando se declare la prescripción adquisitiva de un inmueble, por haberlo poseído por más de treinta años; lo que se debe probar es la posesión de la persona que lo solicita, por el término señalado en la ley, no el nacimiento de la poseedora en el inmueble. La certificación de la partida de nacimiento de una persona comprueba plenamente su nacimiento, su filiación y su nacionalidad, no su posesión de determinado inmueble, y el DUI es el documento con el cual comprueba su identidad, no la posesión del inmueble poseído. Por consiguiente, las pruebas relacionadas, que el recurrente manifiesta que no se tomaron en cuenta, no son pertinentes para probar la acción ejercitada en el presente caso; en consecuencia no se presenta el error de derecho alegado, por lo que no es procedente casar la sentencia por este submotivo”.

apelación, para subsanar este yerro, guardando la necesaria identidad objetiva y subjetiva con el medio probatorio propuesto en la primera instancia y especialmente observando los requisitos de tiempo y forma de la prueba en apelación. Sino obstante, la prueba haber sido indebidamente denegada en la primera instancia, y el tribunal de segunda o *ad quem*, confirma o mantiene en segunda, la inadmisión de esta prueba, al recurrirse de la sentencia que resuelve el recurso de apelación en casación, puede alegarse el motivo genérico “quebrantamiento de las formas esenciales del proceso”, y fundar el recurso de casación en el motivo específico “denegación de pruebas legalmente admisibles”, de conformidad al artículo 523 ordinal 10º CPCM.

5.8.2 LA PRUEBA ADMITIDA EN PRIMERA INSTANCIA PERO NO PRACTICADA POR CAUSA NO IMPUTABLE AL QUE LA SOLICITA.

Un segundo supuesto que permite la producción de prueba en segunda instancia, es, cuando la prueba no obstante haber sido admitida en primera instancia, no pudo ser practicada, por causa no imputable al que la solicita o propone. Pues bien, según el ordinal 1º del inciso 3º del artículo 514 del CPCM: además de la –prueba- documental dicha, solo podrá proponerse prueba: cuando, por cualquier causa no imputable al que solicita la prueba, no se hubiera podido practicar, en todo o en parte, aquella prueba que hubiera sido propuesta en primera instancia. Lo primero que corresponde esclarecer, es, esta parte última de la disposición: “la prueba que hubiera sido **propuesta** en la primera instancia”, pues pareciera, de su literalidad, que basta, para que se produzca este supuesto de prueba en segunda instancia, la simple proposición de la prueba, sin necesidad de que el juzgador de la primera instancia haya calificado la admisibilidad de la misma. En el supuesto de inadmisión, que es la segunda fase de la actividad

probatoria, se produce una supresión de la tercera fase de la actividad probatoria, la producción o practica de la prueba. Pero necesariamente a la practica de la prueba le antecede la admisión de la prueba, no puede haber practica sin admisión, pero si puede existir admisión sin practica. Por ello se considera, que el presente supuesto de prueba, se refiere, a diferencia del anterior, que se refiere a la prueba propuesta, pero no admitida ni practicada, a la prueba propuesta y admitida pero no practicada. De ahí entonces que se ha titulado a este supuesto de prueba en segunda instancia para diferenciarlo del anterior como: la prueba admitida en primera instancia pero no practicada por causa no imputable al que la solicita. En España la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 es más clara y no da lugar a confusiones, ni ha interpretaciones divergentes, pues, regula este supuesto de prueba en el artículo 460.2. 2ª, en los términos siguientes: “En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes: 2ª Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”.

El fundamento para admitir la practica de estas pruebas en segunda instancia es *“la necesidad de remediar, mediante nueva oportunidad, la lesión que en el derecho a la prueba se produce a la parte proponente cuando algún acontecimiento o circunstancia, ajenos a su propio incuria o negligencia, impide la practica de una prueba cuya pertinencia había sido ya reconocida por el tribunal a quo”*²⁸⁴. Según el doctor Juan Carlos Cabañas *“resulta tan lesivo al derecho a la prueba del justiciable el que esta no se haya admitido, a que habiéndolo sido el órgano judicial no ponga los esfuerzos necesarios para procurar que la misma se practique y con ello acceda al proceso la información que contenía, a fin de ser valorada en*

²⁸⁴ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 312.

*sentencia*²⁸⁵. Al igual que el anterior supuesto, este también, no reduce su ámbito de aplicación, a un determinado medio probatorio, sino a cualquier medio probatorio, ya sea personal o documental, que admitido en la primera instancia no pudo practicarse por una causa no imputable al que solicitó la prueba. Pero si debe existir como requisito indispensable, la necesaria identidad entre el sujeto proponente de la prueba (identidad subjetiva), y el medio de prueba (identidad objetiva) admitido en la primera instancia, pero no practicada por causas ajenas a la voluntad del proponente o solicitante. De ahí entonces que este supuesto de prueba en apelación, no permite ser utilizado por un litigante que no fue quien propuso la prueba en primera instancia, e incluso, si el medio de prueba que se propone es uno distinto al admitido en primera instancia.

En el supuesto de estudio y a diferencia del anterior, aquí la prueba propuesta por la parte si supero el filtro de admisibilidad del juzgador *a quo* pero la actividad probatoria no observo una de sus fases principales, la producción de la prueba, y consecuencia de ello, no habiendo sido introducida la prueba al proceso por no haberse practicado, simultáneamente la prueba no puede ser valorada por el juzgador de primera instancia. El requisito especial para la practica de estas pruebas en segunda instancia, además de la necesaria identidad objetiva y subjetiva de la prueba, es que la falta de practica o producción de la prueba en la primera instancia sea por una causa no imputable o atribuible al que la solicita en segunda instancia, es decir, que este fuera de la responsabilidad propia que a la parte le corresponde en la producción de ese medio de prueba propuesto en la segunda instancia, por ejemplo que el testigo no haya comparecido a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado.

²⁸⁵ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 560 y 561.

Sino obstante haberse demostrado, la falta de práctica de un medio probatorio admitido en la primera instancia, por causa no imputable al que la solicita en segunda, el tribunal *ad quem* la inadmite en segunda instancia, o habiéndola admitido, no realiza los actos necesarios que sean de su responsabilidad para garantizar a la parte la efectiva realización o practica de la prueba en segunda instancia. Esto puede fundar eventualmente el recurso de casación en el motivo genérico “quebrantamiento de las formas esenciales del proceso” y en el motivo específico “denegación de pruebas legalmente admisibles en segunda instancia” o en el motivo específico “no haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia”, según el artículo 523 ordinales 10º y 11º CPCM respectivamente.

5.8.3 LAS PRUEBAS SOBRE HECHOS NUEVOS ACAECIDOS CON POSTERIORIDAD O DESPUÉS DE INICIADO EL PLAZO PARA DICTAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: los *nova producta* (hechos nuevos posteriores).

Otra hipótesis que permite a las partes proponer y producir pruebas en segunda instancia, es, cuando sobrevengan hechos nuevos acaecidos después de iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia que sean decisivos o relevantes para decidir la cuestión de fondo: *los nova producta* (hechos nuevos posteriores). “*La admisión de los nova producta tiene por finalidad que el tribunal pueda resolver la cuestión litigiosa de acuerdo con el estado real de las cosas al tiempo de resolver la controversia, en el caso de que se haya producido algún cambio relevante... la novedad a predicarse del hecho, no del medio de prueba, por lo que no valdrá como tal el documento nuevo pero relativo a un hecho anterior. Por otra parte, el hecho que como nuevo trata de incorporarse al proceso no puede convertirse*

*en el injerto de un cuerpo extraño que venga a alterar la causa petendi, sino que ha de respetar los límites que vienen impuestos por lo que ha quedado configurado como objeto del proceso*²⁸⁶. El inciso 2º del artículo 514 del CPCM dispone: “solo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios para la decisión de la causa, pero solo **en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado**”; y el ordinal 3º del inciso 3º de este mismo artículo, establece que, “además de la prueba documental dicha solo podrá proponerse prueba: 3º cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, **pero acaecidos después de iniciado el plazo para dictar sentencia en primera instancia**” (*nova producta*). En ambos casos, se refiere, a pruebas nuevas que son relevantes para decidir la cuestión de fondo, es decir, el derecho controvertido, que han surgido posteriormente o después de iniciado el plazo para dictar sentencia. Por ello, parece irrelevante y repetitivo el tratamiento particular o especial que se le da a la prueba documental, siendo que perfectamente este supuesto queda subsumido en el ordinal 3º del inciso 3º del artículo 514, cuyo ámbito de aplicación no se reduce a ningún medio probatorio en específico, y, bien puede extenderse y quedar comprendida en el, la prueba documental nueva que contenga elementos de juicio necesarios para decidir la cuestión de fondo que hayan surgido después de la audiencia probatoria del proceso común o después de la audiencia del proceso abreviado. Dado que lo posterior a la audiencia probatoria del proceso común, y a la audiencia del proceso abreviado, es la sentencia, cuando el Código dispone, que únicamente serán proponibles la prueba documental posterior a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado, esta diciendo lo mismo

²⁸⁶ BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al. Op Cit.* Pág. 323.

que dispone el ordinal 3º del inciso 3º de este artículo, la prueba surgida después de iniciado el plazo para dictar sentencia. En ambos casos, se exige como requisito especial, que el nuevo hecho, que se pretende probar en segunda instancia sea decisivo o relevante para decidir la cuestión de fondo o el derecho controvertido por las partes.

Los presupuestos de esta hipótesis de prueba en segunda instancia son: la temporalidad y la relevancia del hecho nuevo que se pretende probar. Siguiendo la doctrina más relevante, debemos advertir, que lo nuevo, no es en sí mismo el medio de prueba, sino el hecho, hecho que necesariamente debe de probarse mediante un determinado medio de prueba, que sea lícito, útil, pertinente e idóneo etc. Respecto de la temporalidad del hecho nuevo que pretende probarse en segunda instancia, para ser admisible, este debe de haberse producido o acaecido después de iniciado el plazo para dictar la sentencia, es decir, después de haber concluido la audiencia probatoria del proceso común o la audiencia del proceso abreviado, siendo en ambos casos este plazo de quince días posteriores a la audiencia de cada proceso, según artículos 417 y 430 del CPCM respectivamente, esto excluye toda posibilidad de proponer prueba sobre hechos anteriores al plazo para dictarse la sentencia, a no ser, según veremos en el siguiente supuesto, que se trate exclusivamente de la prueba documental.

El momento mínimo, en que debe surgir la prueba, para ser admisible en segunda instancia, es, después de iniciado el plazo para dictar la sentencia, o lo que es lo mismo después de haber concluido la audiencia probatoria del proceso común o la audiencia del proceso abreviado. El problema se presenta, en determinar el momento inicial en que debe surgir la prueba en los procesos especiales, dado que, en estos procesos, no existe norma específica en el CPCM, que establezca un lapso de tiempo máximo para emitir la sentencia, como si existe en el proceso común y en el proceso

abreviado, en los que se ha dispuesto que el juzgador deberá pronunciar su sentencia en un plazo máximo de quince días, según artículos 417 y 430 del CPCM respectivamente. Pues bien, como lo inmediatamente anterior, a la emisión de la sentencia, en los procesos especiales, son los alegatos finales de las partes, se considera que la prueba sobre hechos nuevos, que sean decisivos para decidir el derecho o interés discutido, para ser admisibles en segunda instancia deben de haber surgido con posterioridad o después de concluido los alegatos finales de las partes y solo a partir de este momento nos encontraremos ante los *nova producta*, es decir, la prueba nueva posterior.

El momento máximo, en que debe surgir esta prueba, para que sea admisible en la segunda instancia, es, hasta antes del momento señalado por el tribunal *ad quem* para realizar la audiencia del recurso de apelación, según se desprende del inciso ultimo del artículo 513 del CPCM, e incluso, podría ser admisible, siendo extremos, la prueba que surja antes del momento procesal de la audiencia del recurso de apelación, en que deba hacerse la proposición de la prueba según se infiere del inciso 2º y 3º del artículo 514 del CPCM. Por ello podemos concluir que la prueba sobre hechos nuevos o *nova producta*, puede surgir en el plazo para dictar la sentencia, en la fase de interposición del recurso de apelación, durante el traslado al apelado y la convocatoria a la audiencia del recurso de apelación, durante el lapso de tiempo entre la convocatoria y el momento concreto señalado por el tribunal *ad quem* para celebrar o realizar la audiencia especial del recurso de apelación, e inclusive, si la prueba surge antes del momento de proponerla durante el desarrollo de la audiencia del recurso de apelación.

En relación a la relevancia del hecho que pretende ser probado, este supuesto exige, que el medio de prueba sea relevante para decidir el derecho o interés discutido, de ahí entonces que este nuevo hecho que

pretende probarse en la segunda instancia, no puede ser secundario o accesorio para decidir el litigio sino que debe ser de tal trascendencia que sea decisivo para decidir la cuestión de fondo.

5.8.4 LA PRUEBA DOCUMENTAL DESCONOCIDA ANTERIOR A LA AUDIENCIA PROBATORIA DEL PROCESO COMÚN O A LA AUDIENCIA DEL PROCESO ABREVIADO: los *nova reperta* (hechos anteriores desconocidos).

Una hipótesis especial, que permite a las partes, aportar prueba documental en segunda instancia, es, cuando los documentos sean anteriores a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado y la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad a aquel. Este supuesto de prueba en segunda instancia, está comprendido en el inciso 2º del artículo 514 del CPCM de la siguiente manera: solo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios para la decisión de la causa, pero solo en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado; ***los documentos anteriores a dicho momento se admitirán cuando la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad a aquel.*** Se trata de una hipótesis especial, cuyo ámbito de aplicación se refiere única y exclusivamente a la prueba documental, debido a ello, cualquier otro medio de prueba, anterior a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado, que no sea documental, no puede ser propuesto como medio de prueba en la sustanciación del recurso de apelación, caso contrario deberá ser rechazada por el tribunal *ad quem*, pues, de lo dicho en la anterior hipótesis, las demás pruebas solo serán

admitidas cuando se refieran a la ocurrencia de hechos relevantes para decidir la cuestión de fondo acaecidos después de iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia.

También aquí, al igual que en el anterior supuesto, se exige, que la prueba documental que se propone en segunda instancia, sea relevante para decidir el derecho o interés discutido, de ahí entonces que esta prueba documental no puede referirse a cuestiones secundarias o accesorias del litigio, sino que, esta prueba, debe de ser de tal trascendencia, que sea decisiva para resolver la cuestión de fondo, es decir, el derecho o interés discutido por las partes. Así, podría darse el caso, que se trate de un instrumento público que contenga el pago de la obligación por un tercero, y no obstante, ser la prueba anterior al inicio del plazo para dictar sentencia, la parte no la propuso en la primera instancia, porque no sabía de su existencia. El pago es un modo de extinguir las obligaciones que consiste en el cumplimiento efectivo de la prestación, por ello, si esta prueba constare en documento público o privado es decisiva para resolver la cuestión de fondo, por tal motivo, el legislador ha permitido introducirla al proceso, en la segunda instancia, cuando la parte la haya desconocido.

Este supuesto de prueba, a diferencia del anterior, se refiere exclusivamente a una prueba documental que existía con anterioridad a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado, pero la parte desconociendo la existencia de la misma no la propuso en la primera instancia, es decir, se trata de una prueba de origen anterior al inicio del plazo para dictar sentencia, plazo que en ambos procesos es de quince días, según los artículos 417 y 430 del CPCM. En ambos casos, el momento anterior, al inicio del plazo para dictar la sentencia, es, en el proceso común la audiencia probatoria y en el proceso abreviado la audiencia única de este proceso. El problema que lo anterior plantea, es, determinar si su regulación,

se refiere únicamente a la prueba documental desconocida, en los procesos declarativos, el común y el abreviado, o si se refiere incluso a los procesos especiales, particularmente al Proceso Ejecutivo.

Como requisito especial, este supuesto de prueba en segunda instancia, exige, que la parte justifique, al proponer esta prueba, que ha tenido conocimiento de ella después de haber iniciado el plazo para dictar la sentencia. Esta justificación según el doctor Juan Carlos Cabañas implica *“la carga de alegar las circunstancias en que se ha descubierto el documento y de las que pueda inferirse, con arreglo a la experiencia y el sentido común, que la parte ignoraba o bien su existencia como tal, o bien su concreto contenido”*²⁸⁷. En otros sistemas como el de Uruguay, se exige, para justificar el conocimiento posterior de los documentos, que la parte declare bajo juramento, no haber tenido conocimiento de ellos antes, según el artículo 253.2.2 del Código General del Proceso de Uruguay²⁸⁸, solución igual presenta el artículo 223.2.2 del Código Procesal Modelo para Iberoamérica²⁸⁹.

²⁸⁷ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 564.

²⁸⁸ Según el artículo 253.2 del Código General del Proceso de Uruguay: “Las partes podrán solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia, tanto en el escrito de interposición del recurso como en el de contestación al mismo, exclusivamente en los siguientes casos: 2) Si se tratare de presentar documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando, en este último caso, se afirmare bajo juramento no haber tenido antes conocimiento de los mismos, circunstancia que apreciará al tribunal para admitir o rechazar la prueba. A tal efecto, podrá requerir o recabar la información sumaria que la acredite”.

²⁸⁹ De acuerdo al artículo 223 .2. del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “Tanto en el escrito de interposición del recurso como en el de contestación al mismo, podrán las partes solicitar el diligenciamiento de prueba en segunda instancia exclusivamente en los siguientes casos: 2) Si se tratare de presentar documentos de fecha posterior a la conclusión de la causa o anteriores, cuando en este último caso se afirmare, bajo juramento, no haber tenido antes conocimiento de los mismos; circunstancia que el Tribunal apreciará, pudiendo requerir información sumaria que la acredite”.

Los presupuestos de esta hipótesis de prueba en segunda instancia son según lo dicho hasta aquí: uno, que se trate única y exclusivamente de la prueba documental; dos, que esta prueba documental se refiera a la cuestión de fondo; tres, que esta prueba haya acaecido antes de haber iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia; cuatro, que esta prueba haya sido desconocida por la parte que la propone en segunda instancia; y quinto, que justifique que ha tenido conocimiento de ella con posterioridad al inicio del plazo para dictar sentencia. Obsérvese, que el momento procesal oportuno para introducir la prueba documental al proceso, es, para el demandante al presentar la demanda y para el demandado al contestar la demanda o efectuar la reconvención, según el artículo 288 del CPCM. Por ello, esta hipótesis se configura como una excepción al principio de preclusión en la aportación de la prueba documental, que autoriza su aportación en la segunda instancia, cuando esta prueba no obstante ser anterior a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado dicha prueba era desconocida por la parte que la propone en apelación.

5.8.5 LA PRUEBA DOCUMENTAL INDISPONIBLE POR LA PARTE POR ALGUNA CAUSA JUSTA.

La última hipótesis de prueba en segunda instancia, que corresponde analizar, es, la referida, a la prueba documental indisponible por la parte por alguna causa justa. Nos encontramos acá, igual que en el supuesto anterior, ante una hipótesis de aplicación exclusiva para la prueba documental, que difiere de la anterior, en que, en este, la parte sabía de la existencia de la prueba pero no disponía de esta por alguna causa justa que le impedía proponer o practicar la prueba ante el juez de primera instancia, así según la

parte final del inciso 2º del artículo 514 del CPCM, también podrá proponerse prueba documental en el caso de que la parte no aportara los documentos en primera instancia por alguna causa justa. Este supuesto de prueba en segunda instancia, es admitida, independientemente del momento en que esta haya surgido, antes o después de haber iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia, siendo necesario, únicamente que la prueba no haya podido ser obtenida y propuesta al tribunal para su posterior producción y valoración por la parte por alguna causa justa.

En conclusión, tres aspectos importantes nos interesan resaltar acá en este tema sobre los supuestos de prueba en segunda instancia, sucede que, también aquí el tribunal *ad quem* puede cometer errores *in procedendo*: uno, declarar indebidamente inadmisibles algunas pruebas en segunda instancia siendo pertinentes y legalmente admisibles, con lo cual se produce un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio según jurisprudencia de nuestra sala de lo civil²⁹⁰; dos, también puede ser que habiendo declarado admisible la prueba en segunda instancia no proceda a realizar los actos necesarios para su práctica o efectiva realización; y tercero, puede ser que el tribunal *ad quem*, admita y realice la práctica de un medio probatorio ilícito. En todos estos casos, se configuran motivos específicos de forma o *in procedendo*, que pueden eventualmente fundamentar el recurso de casación, así según el artículo 523 del CPCM: el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, tendrá lugar por: 10º denegación de prueba legalmente admisible; 11º No haberse practicado un

²⁹⁰ Sobre el motivo específico denegación de prueba legalmente admisible nuestra Sala de lo Civil ha sostenido **REF. 56-C-2007 25/08/2008**. “Efectivamente, cuando se deniega prueba presentada en tiempo, que sea pertinente y legalmente admisible, se produce un quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio y la sentencia puede ser impugnada en casación; con el requisito de que la falta de esa prueba haya producido perjuicios al derecho o defensa de la parte solicitante. Art. 4 ordinal 5º de la Ley de Casación”.

medio probatorio admitido en la instancia; 12º practicarse un medio de prueba ilícito; Esta decisión de admisión indebida, denegación indebida o practica ilícita de un medio probatorio en segunda instancia puede fundar el recurso de casación en los motivos de forma contemplados en los ordinales 10º, 11º y 12º del artículo 523 del CPCM..

5.9 FORMAS ANORMALES DE TERMINAR LA SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.9.1 IMPROCEDENCIA DE LA APELACIÓN

La improcedencia de la apelación, es, una forma anticipada de finalizar la sustanciación del recurso de apelación, producida por la interposición o presentación de un recurso de apelación, incumpliendo alguno de sus presupuestos procesales, exigidos para entrar a conocer el fondo de la impugnación, cuyo objeto es evitar la sustanciación de un recurso que de todas maneras devendrá en desestimable en la resolución final. Estos presupuestos procesales del recurso de apelación son según lo hemos venido señalando a lo largo de este estudio: 1) La recurribilidad de la resolución, es decir, determinar si procede legalmente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución impugnada, resoluciones, que según lo establecimos anteriormente, son las sentencias pronunciadas en primera instancia, los autos definitivos pronunciados en primera instancia y las resoluciones que la ley señale expresamente, inc. 1º art. 508 CPCM; 2) La legitimación para apelar, lo que significa, determinar si el recurso de apelación ha sido interpuesto por quien está legitimado para hacerlo, legitimación que corresponde a las partes en cualquiera de sus modalidades,

a quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada y a quienes gocen de una legitimación especial para recurrir en apelación, inc. 1º art. 501 CPCM; 3) El agravio, determinar si la resolución apelada infiere agravio a la parte que está legitimada para interponer este recurso, inc. 1º art. 501 CPCM; y 4) La competencia, es decir, determinar si el órgano jerárquicamente superior en grado que ha recibido el escrito de apelación es competente por razón de la materia, grado y cuantía para conocer y decidir la apelación, inc. 2º art. 508 y inc. 1º art. 512 CPCM.

Si falta cualquiera de los anteriores presupuestos: recurribilidad, legitimidad, agravio o competencia el recurso deviene en improcedente. Solo, cuando concurren todos y cada uno de estos presupuestos a la vez, debe declararse la procedencia del recurso, y entrar al conocimiento de fondo del mismo, de lo contrario el recurso de apelación derivara en improcedente. En este punto, es importante señalar, que la declaratoria de improcedencia del recurso de apelación por parte del tribunal *ad quem*, se resuelve mediante un auto definitivo, que es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación, según el art 519 ord. 1º CPCM; que la declaratoria indebida de improcedencia del recurso de apelación por el tribunal de apelación, puede fundamentar el recurso de casación en el motivo genérico de “quebrantamiento de las formas esenciales del proceso” y el motivo específico “haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación”, según el art 519 ord 1º y art. 523 ord. 13º CPCM.

5.9.2 INADMISIÓN DE LA APELACIÓN

La inadmisión del recurso de apelación, es, también, al igual que la improcedencia, una forma anticipada de poner fin a la sustanciación del recurso de apelación, pero producida por la presentación o interposición del

recurso de apelación incumpliendo alguno de sus requisitos exigidos en la ley. El examen de admisibilidad del recurso de apelación, comprende, por su parte, dos requisitos exigidos en la ley: uno, el plazo, el recurso debe de interponerse para ser admisible en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución recurrida en apelación, inc. 1º art. 511 CPCM; dos, la forma, el recurso de apelación debe de interponerse por escrito, y debe contener como requisitos propios y especiales, según lo hemos venido advirtiendo a lo largo de este estudio: señalar los pronunciamientos concretos de la resolución que se impugnan; debe fundarse, para ser admisible, bien en la infracción de normas o garantías procesales (errores *in procedendo*) o bien en la errónea interpretación del derecho aplicado²⁹¹, o la errónea fijación de los hechos o en la errónea valoración de la prueba²⁹² (errores *in iudicando*); de manera

²⁹¹ La interpretación errónea de la norma jurídica consiste según nuestra Sala de lo Civil **REF. CAS. 113-C-07. 15/10/2008.** “en darle a la norma un sentido distinto del que lógicamente tiene, o una interpretación equivocada, desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma, es decir, el tribunal sentenciador selecciona correctamente la norma legal aplicable al caso controvertido, pero le da un alcance o sentido que realmente no tiene. **REF. 120-C-2007. 25/03/2008.** “La Interpretación errónea de Ley, como motivo específico de casación, se configura cuando el Juzgador, no obstante haber elegido adecuadamente la norma aplicable al caso de que se trata, le da un sentido, alcance o limitación que no tiene”.

²⁹² Según Jurisprudencia de Nuestra Sala de lo Civil, el error en la valoración de la prueba, puede ser de hecho o de derecho así: **REF. 249-CAC-2008. 18/08/2009.** “Respecto al único sub-motivo admitido, Error de Derecho en la Apreciación de las Pruebas, es de significar que éste se configura cuando el Juzgador atribuye a los elementos de prueba un valor que la ley no les asigna, surgiendo una discrepancia o inconformidad entre el valor asignado y el que por disposición vinculativa corresponde. Es un yerro ubicado no en una alteración del contenido de las piezas del expediente, sino en el juicio del Juez, a la hora de realizar el razonamiento entre la ley que asigna un determinado valor a una prueba y el supuesto de hecho consistente en la pieza probatoria, que lo lleva a una conclusión incorrecta, DESAJUSTADA CON LA LITERALIDAD DE LA LEY, EN LO QUE AL VALOR DE AQUELLA PROBANZA SE REFIERE”. Pero aun durante la vigencia del anterior Código de Procedimientos Civiles, que consagraba como sistema de valoración de la prueba, la prueba tazada o de la tarifa legal, la Sala de lo Civil, admitida la sana crítica como sistema de valoración de la prueba testimonial: **REF. 244-C-2006. 07/10/2008.** “En jurisprudencia reiterada, la Sala ha manifestado que el motivo de error de derecho en la apreciación de la prueba, es aplicable al sistema de valoración de la sana crítica, especialmente en el caso de

facultativa, el apelante podrá anexar al escrito de interposición de la apelación, los documentos relativos al fondo del asunto que contengan elementos de juicio necesarios para la decisión del pleito, únicamente en los casos que estas pruebas hayan sido posteriores a la realización de la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado, todo lo anterior de conformidad al artículo 511 del CPCM.

El incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos exigidos en la ley, el plazo o la forma deriva en la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de apelación. Esta inadmisión del recurso de la apelación, no obstante resolverse mediante un auto definitivo, que le pone fin anormal o anticipado al proceso, no admite recurso de casación, ello, en virtud, del carácter extraordinario y de estricto derecho del recurso de casación, que únicamente procede por los motivos taxativamente previstos en la ley, y la inadmisión,

prueba testimonial, produciéndose cuando el juzgador de modo flagrante y notorio ha faltado a las reglas del criterio racional, estimando irracional, arbitraria y abusivamente la prueba aportada, en discrepancia completa con los criterios a seguir por el sistema mencionado". El error de hecho en la valoración de la prueba por su parte, significa, según Jurisprudencia de Nuestra Sala de lo Civil: **REF. 113-C-2006 15/11/2008**. "En el caso sub-judice se admitió el recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba, considerando que esta modalidad de error se presenta en los siguientes dos supuestos: A) cuando el juez da por demostrado un hecho sin existir en los autos la prueba de él; y, B) cuando no da por acreditado un hecho, a pesar de existir en el proceso la prueba idónea de él; dentro de la primera hipótesis caben todos los casos de suposición de prueba; y, dentro de la segunda, los de preterición de prueba". **REF. 160- C-2006. 21/07/2008**. El submotivo alegado, "error de hecho en la apreciación de la prueba", requiere, para que tenga aplicación, que el juzgador no haya tomado en consideración lo que aparece de un documento auténtico, público o privado reconocido, capaz de variar el fallo. En el caso sub lite, el recurrente sostiene que el Juzgador le dio el mismo valor probatorio a la partida de nacimiento asentada con todos los requisitos legales, a la que no lo fue, circunstancia que no encaja en el submotivo invocado, ya que la partida de nacimiento a la que se refiere el recurrente, sí fue considerada por el juzgador, dándole el mismo valor probatorio de la partida presentada por el demandante. El error de hecho en la apreciación de la prueba, no pretende evaluar si los documentos presentados tienen o no validez, o si el juzgador ha aplicado el valor correcto para cada uno de ellos, ya que eso está regulado en otro submotivo, lo que la infracción alegada pretende amparar, es el hecho que el juzgador no tomo en consideración un documento del cual se desprende un elemento determinante para el fallo, circunstancia que no ocurrió en el caso de autos.

como motivo específico de forma del recurso de casación, no ha sido contemplado como tal, en la configuración de este recurso. La inadmisión únicamente admite recurso de revocatoria, de acuerdo al inciso 2º del artículo 513 del CPCM.

5.9.3 DESISTIMIENTO DE LA APELACIÓN

El desistimiento es una forma anticipada de ponerle fin al proceso, en virtud del cual, el demandante o recurrente, manifiesta expresamente ante el tribunal, su voluntad de no continuar con la tramitación de la demanda o recurso interpuesto. Como tal, el desistimiento es un acto expreso, proveniente exclusivamente del demandante o recurrente. En cuanto a sus efectos, el desistimiento producido en primera instancia, difiere del desistimiento producido en segunda instancia o apelación, así, si el desistimiento se produce en primera instancia, el efecto inmediato es ponerle fin al proceso, pero deja a salvo el derecho del demandante para volver a plantear la pretensión nuevamente en un nuevo proceso, mientras que el desistimiento producido en segunda instancia o apelación, si bien también le pone un fin anticipado a la sustanciación del recurso, el efecto es que deviene en firme la resolución recurrida. El desistimiento, nos interesa en esta parte, por tres razones, por el grado en que se produce, apelación; por la resolución mediante la que se resuelve, un auto definitivo, y por el recurso que procede contra esta resolución, el recurso de casación, según art. 519 ord. 1º CPCM.

Nuestro CPCM regula el desistimiento en su artículo 130 y dispone al efecto de esta figura procesal que el demandante podrá desistir unilateralmente del proceso siempre que lo haga antes de que el demandado sea emplazado para contestar la demanda, o sea citada para audiencia, y también en

cualquier momento cuando el demandado se encontrare en rebeldía. En cualquier otro caso, el desistimiento deberá contar con la conformidad del demandado. De acuerdo a lo anterior el desistimiento puede ser unilateral o bilateral, unilateral si se produce con la sola declaración de voluntad del demandante, en este caso el momento procesal oportuno para que el desistimiento unilateral se produzca es: antes de que el demandado se emplazado para contestar la demanda si se trata del proceso común, antes de que sea citada para la audiencia si se trata de un proceso abreviado, o en cualquier momento cuando el demandado se encuentre en rebeldía. Fuera de esta oportunidad el desistimiento se vuelve bilateral debiendo contar para que se produzca válidamente con la voluntad o conformidad del demandado.

El desistimiento, como forma anticipada de ponerle fin al proceso, nos interesa cuando se produce en grado de apelación, en virtud de que se resuelve mediante un auto definitivo y este auto definitivo es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación, que se fundamenta en el motivo genérico “quebrantamiento de las formas esenciales del proceso”, y el motivo específico “desistimiento si el objeto fuere indisponible o se hiciere en contravención al interés público”, según art. 523 ord. 8º CPCM.

5.9.4 CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN GRADO DE APELACIÓN

La caducidad de la instancia, es, una forma anticipada de ponerle fin al proceso o a la sustanciación de un recurso, producido como consecuencia de la inactividad de la parte demandante o recurrente, durante cierto lapso determinado de tiempo, solicitada por el demandado o recurrido y declarada por el juzgador. La caducidad de la instancia exige como primer requisito que el demandante o recurrente no haya realizado la correspondiente carga procesal durante un determinado periodo de tiempo, este periodo de tiempo

es diferente según si la caducidad se produce en primera o segunda instancia o mas bien recursiva, así según el artículo 133 del CPCM en toda clase de procesos se considera que las instancias y recursos han sido abandonados cuando, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produzca actividad procesal alguna en el plazo de seis meses, si el proceso estuviere en primera instancia; o en el plazo de tres meses, si se hallare en segunda instancia. Pues bien, amén del error en la redacción de esta disposición que confunde e utiliza como sinónimos los términos apelación y segunda instancia, ya que la segunda instancia únicamente se abre o inicia cuando la apelación se interpone contra la sentencia, y no cuando la apelación se interpone contra una resolución interlocutoria, de ahí entonces lo que afirmamos anteriormente, que toda segunda instancia se inicia con la interposición del recurso de apelación, pero que no toda apelación tiene por objeto abrir la segunda instancia. La caducidad de la instancia, como forma anticipada de ponerle fin al proceso, nos interesa cuando se produce en grado de apelación, en virtud de que se resuelve mediante un auto definitivo y este auto definitivo es susceptible de impugnación mediante el recurso de casación que constituye un motivo de forma que puede fundamentar eventualmente en determinados supuestos el recurso de casación.

5.10 AUDIENCIA DE APELACIÓN: *supresión de los traslados para contestar agravios, oportunidad para adherirse a la apelación y proponer la prueba permitida*

El momento más importante, en la sustanciación del recurso de apelación, es, la audiencia, pues, es en esta, donde se realizan la mayor parte de actos procesales que prosiguen a la presentación, admisión y traslado del recurso de apelación. Es en la audiencia, donde tiene lugar, la mayor parte de

actividad procesal de las partes y del juzgador. De manera especial el artículo 514 del CPCM ha regulado, aunque de manera un poco dispersa, inclusiva de los supuestos de prueba en segunda instancia, el desarrollo de la audiencia especial del recurso de apelación. Como es propio de este nuevo Sistema Procesal Civil y Mercantil que introduce el nuevo CPCM la audiencia especial del recurso de apelación debe de ser oral, artículo 8 CPCM, con predominancia del contradictorio, artículo 4 CPCM y la inmediación del juzgador, artículo 10 CPCM.

De aplicación general, a esta audiencia especial del recurso de apelación, lo son, las reglas generales de desarrollo de las audiencias, contenidas en la sección segunda (régimen de las audiencias), capítulo quinto (sustanciación del proceso y audiencias), título cuarto (actividad procesal), del libro primero (disposiciones generales), específicamente a partir del artículo 200 del CPCM, en todo lo que resulten aplicables a esta audiencia del recurso de apelación. Pero de aplicación particular y exclusiva, a esta audiencia, lo son, las normas especiales que regulan el desarrollo de la audiencia del recurso de apelación. Así, de manera concreta, y tomando como base legal, lo que dispone el artículo 514 del CPCM, resulta, que la audiencia del recurso de apelación se desarrollara básicamente y teniendo como objeto principal:

En primer lugar, el deber del tribunal de dar efectividad al derecho constitucional y legal de audiencia, mandando a oír al recurrido, o apelado para que se oponga al recurso de apelación interpuesto, parte primera del inciso 1º del artículo 514 CPCM, es en esencia la oportunidad del apelado para contestar a los agravios de la apelación interpuesta por el apelante, que anteriormente, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, debían realizarse, de manera escrita, en el plazo de seis días, así según el artículo 1007 Pr. C, “Tanto para expresar agravios como para su

contestación, la ley concede el termino de seis días a cada parte, contado desde el siguiente al de la ultima notificación”.

En segundo lugar, es este también, el momento procesal oportuno para que el apelado se adhiera al recurso de apelación, recurriendo sobre los pronunciamientos de la resolución que le son desfavorables, parte primera del inciso 1º del artículo 514 CPCM, anteriormente, el momento procesal oportuno para adherirse a la apelación, era, al contestar la expresión de agravios, así según el artículo 1007 Pr. C, “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. Puede hacer uso de este derecho al contestar la expresión de agravios”.

En tercer lugar, el tribunal debe oír al apelante respecto de los motivos de oposición del apelado y en su caso sobre la adhesión a la apelación, parte ultima del inciso 1º del 514 CPCM; antes, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, había que dar traslado al apelante por un plazo de seis días para que el apelante contestara respecto de la adhesión a la apelación ejercitada por el apelado, así, de acuerdo al artículo 1012 Pr. C “El nema del escrito en que el apelado se adhiere al escrito de apelación será: responde y alega. De el se dará traslado al apelante en la siguiente audiencia y su contestación tendrá por nema: responde”.

En cuarto lugar, es en esta audiencia, el momento procesal oportuno que tiene las partes, tanto el apelante, como el apelado para la proposición, admisión y producción de la prueba, actividad probatoria que según lo advertimos anteriormente es de carácter excepcional y en los supuestos que lo autoriza el inciso 2º, 3º y 4º del mismo artículo 514 del CPCM, la recepción a prueba, anteriormente, se proponía en el plazo para expresar y contestar agravios o al promoverse los incidentes de falsedad o de verificación de

escrituras, para el caso el artículo 1020 Pr. C. establecía “la recepción a prueba se pedirá en el tiempo señalado para expresar o contestar agravios, o al promoverse los incidentes de falsedad o de verificación de escrituras”, y el término de prueba en segunda instancia, era, la mitad del que la ley concedía para probar en la primera instancia, según art. 1023 Pr. C.

En quinto lugar, de igual manera que en las audiencias de los procesos declarativos, el tribunal debe conceder a las partes la oportunidad de formular sus alegatos finales, inciso último del artículo 514 del CPCM, alegatos, que deberán efectuar las partes, por el lapso máximo de tiempo permitido por el juzgador, de conformidad al artículo 411 del CPCM; especialmente, respetando el contenido y formato permitido por el legislador en el 412 del CPCM en la formulación de estos alegatos finales; teniendo, asimismo las partes de la apelación, la facultad de hacer objeciones a estos alegatos, de conformidad al artículo 413 del CPCM.

Y, en sexto lugar, el tribunal *ad quem* tiene la facultad de dictar la sentencia inmediatamente después de los alegatos finales de las partes o dar por concluida la audiencia y dictar la sentencia por separado en los veinte días siguientes a aquel en que haya finalizado la audiencia especial del recurso de apelación según el inciso 1º del artículo 515 del CPCM.

Nótese, como el legislador ha pretendido, concentrar en esta audiencia, la mayor cantidad de actividad procesal de las partes y del juzgador, para dar mayor celeridad al proceso suprimiendo plazos para cada acto procesal: para expresar agravios, el recurrente lo debe de hacer, simultáneamente y no mediante acto separado, en el mismo escrito de interposición del recurso de apelación²⁹³, para que el apelado conteste a los agravios o se adhiera a la

²⁹³ Anteriormente, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, la apelación se formulaba en dos y distintos momentos, primero se presentaba el escrito de interposición del

apelación²⁹⁴, para que el apelante responda a los motivos de oposición o a la adhesión del apelado²⁹⁵, para la proposición, admisión y producción de la prueba²⁹⁶, y para efectuar los alegatos finales, se ha concentrado en un único y perentorio momento procesal: la audiencia del recurso de apelación. Durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, todo lo anterior, debía realizarse, en actos separados, con plazos propios para cada uno de ellos, para expresar agravios se concedía al apelante un plazo de seis días, art. 1007 Pr. C; para contestar agravios y adherirse a la apelación, se concedía al apelado un plazo de seis días, art. 1006, 1007 y 1010 Pr. C; para la proposición, admisión y producción de la prueba, se abría la causa a prueba por la mitad del plazo para probar en la primera instancia, art. 1023 Pr. C; para efectuar los alegatos de bien probado se corría traslado a las partes de la apelación, apelado y apelante, por un plazo de seis días, según art. 1025 Pr. C. Se considera, que estas modificaciones sustanciales, en la

recurso de apelación y posteriormente en el plazo de seis días el apelante expresaba los agravios del recurso de apelación. Actualmente, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil en el año 2010, la expresión de agravios debe de ir contenida, en el mismo escrito de interposición del recurso de apelación (y no mediante acto separado), cuyo incumplimiento de este requisito de forma, en la elaboración del recurso de apelación, produce su declaratoria de inadmisibilidad.

²⁹⁴ El Código de Procedimientos, luego de la oportunidad concedida al apelante para expresar los agravios, se confería, durante un plazo de seis días, al apelado, la oportunidad de contestar a los agravios alegados por el apelante y simultáneamente para adherirse a la apelación, en el caso de que la resolución contuviera más de dos pronunciamientos y alguno de ellos le resulte desfavorable. Luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, tanto para contestar a los agravios del apelante, como para adherirse a la apelación el único y perentorio momento procesal del apelado, es, en la audiencia del recurso de apelación.

²⁹⁵ Durante la vigencia del anterior Código de Procedimientos Civiles, en el caso de darse la adhesión a la apelación, se daba la oportunidad al apelante, por un plazo de seis, para que contestara respecto de la adhesión a la apelación del apelado. Hoy en día, con el fin de agilizar la administración de justicia y efectivizar el principio de economía procesal, se han concentrado, en un solo acto procesal –la audiencia del recurso de apelación– tanto para adherirse a la apelación como para que el apelado conteste o se oponga a la misma.

²⁹⁶ En cuanto a la actividad probatoria en segunda instancia, el anterior Código de Procedimientos Civiles establecía un plazo diferente para abrir la causa a pruebas, según si tratara de un proceso ordinario o extraordinario, debido a que disponía que en segunda instancia la causa se abrirá a prueba en la mitad del plazo para probar en la primera instancia.

nueva configuración del recurso de apelación, se deben a la necesidad de efectivizar la administración de justicia en nuestro país, efectivizar temporal y materialmente los recursos de las partes y del órgano judicial, responder a los motivos que llevaron a la elaboración de esta nueva legislación procesal Civil y Mercantil, y el deber del Estado, de garantizar al ciudadano, el derecho constitucional de una pronta y cumplida justicia, consagrada en el art. 182 ord. 5º Constitución. Resta por advertir además, que, siendo, por regla general, un órgano colegiado, el que ha de conocer el recurso de apelación, la dirección de esta audiencia especial del recurso de apelación, ha de estar confiada al magistrado presidente de la Cámara de Segunda Instancia o Sala de lo Civil, según sea el caso, que corresponda el conocimiento y decisión del recurso de apelación, quien de conformidad al artículo 204 del CPCM dirigirá el debate.

5.11 RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN: LA SENTENCIA

La sentencia, es el acto procesal mediante el cual se resuelve el recurso de apelación. Esta sentencia, es, al igual que la sentencia de primera instancia, una resolución definitiva, que le pone fin a la sustanciación del recurso de apelación, que confirma, revoca o anula la resolución de primera instancia, sometida a impugnación. Esta sentencia, no obstante ser, una resolución definitiva, que le pone fin a la sustanciación del recurso de apelación, tiene caracteres muy especiales y propios que la diferencian de la sentencia de primera instancia, principalmente, en cuanto a dos aspectos, uno, en cuanto a que esta sentencia que resuelve el recurso de apelación, es dictada por un órgano colegiado, y dos, en cuanto a que este órgano haya limitada sus facultades decisorias por algunos parámetros.

La sentencia, que resuelve el recurso de apelación, puede tener dos soluciones posibles, uno, si se desestima el recurso de apelación, se confirma la resolución apelada; y dos, estimar el recurso de apelación, en dicho caso la sentencia puede presentar dos variables, según si se estima el recurso por la infracción de normas o garantías procesales (errores *in procedendo*) o si se estima por la infracción de las normas sustantivas aplicadas en la sentencia o la valoración de la prueba (errores *in iudicando*). En el primer caso, se anula la resolución apelada y se ordena la reposición del proceso desde el último acto válido, así, según el artículo 516 CPCM “si al revisar las normas o garantías del proceso aplicadas a la sentencia impugnada se observara alguna infracción pero hubiere elementos de juicio suficientes para decidir, el tribunal anulara la sentencia apelada y resolverá sobre la cuestión o cuestiones que sean objeto del proceso. Si careciera de dichos elementos, anulara las actuaciones, devolviéndose al momento procesal oportuno”. En el segundo caso, se revoca la resolución apelada y se dicta la que conforme a derecho corresponda, para el caso, de conformidad al artículo 517 CPCM “si al revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada o las razones de derecho aplicadas en la misma el tribunal observara alguna infracción revocara la sentencia y resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueron objeto del proceso”.

Las facultades del tribunal *ad quem*, al resolver el recurso de apelación, en la sentencia, según lo adelantamos antes, se haya limitada desde cuatro parámetros distintos, a) por el objeto de cognición resuelto en la resolución impugnada; b) por el objeto litigioso fijado en la primera instancia²⁹⁷; c) por la expresión de agravios del recurrente en apelación, lo que significa, que el

²⁹⁷ Según el inciso 1º del artículo 282 del CPCM: “establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente”. Lo anterior implica la imposibilidad de modificar lo que sea objeto del proceso mediante el recurso de apelación.

órgano judicial *ad quem* debe ceñir su análisis a los temas alegados en los escritos de partes sin extenderse a otros ámbitos de la resolución impugnada diversos a los sometidos a impugnación: *tantum appellatum quantum devolutum*²⁹⁸, dicho límite encuentra su fundamento legal en el artículo 515 del CPCM que dispone que “la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión” principio que es, mas bien, una derivación del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, consagrado en el artículo 218 del CPCM; y d) por el principio de la no reforma en perjuicio o *nec reformatio in peius*, principio según el cual, la sentencia que resuelve el recurso de apelación no puede colocar al recurrente en una situación mas gravosa, que, la que le imponía la resolución apelada antes de recurrir, para el caso el artículo 502 del CPCM recoge dicha limitante para el tribunal *ad quem* de manera expresa en los siguientes términos: las sentencias que resuelven el recurso no podrán ser mas gravosas que la impugnada.

En cuanto al sistema de valoración de la prueba que debe utilizar el juzgador *ad quem*, de segunda instancia o apelación, es el mismo sistema que uso el juzgador *a quo* para valorar la prueba el que debe utilizar el tribunal de segunda instancia o *ad quem*, lo único que ahora como un cuerpo colegiado que requiere una unidad o mayoría mínima para decidir la cuestión de fondo. Nuestro CPCM reconoce un sistema mixto de valoración de la prueba, así para la valoración de la prueba documental ha dispuesto que debe hacerse con base al sistema de la prueba tazada o de la tarifa legal, según el inciso

²⁹⁸ De conformidad al inciso 2º del artículo 515 del CPCM: “la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión”. Esta es la concretización en nuestro sistema de apelación del principio *tantum appellatum quantum devolutum* que limita junto con el principio de congruencia de las resoluciones judiciales los poderes decisorios del tribunal *ad quem*.

2º del artículo 416 del CPCM, y asigna, un valor probatorio de plena prueba, para los instrumentos públicos, y para los instrumentos privados que no ha sido impugnada su autenticidad, de conformidad al artículo 341 del CPCM. El resto de medios probatorios, es decir, la prueba testimonial, artículo 354 CPCM, la prueba pericial, artículo 375 CPCM, la declaración de parte, artículo 344 CPCM, el reconocimiento judicial, artículo 390 CPCM, e incluso los medios de reproducción del sonido, la voz o de la imagen y almacenamiento de información, artículo 396 CPCM, deben de valorarse con base al sistema de la sana crítica. El anterior Código de Procedimientos Civiles únicamente reconocía como sistema de valoración de la prueba, la prueba tazada o tarifa legal, confiriéndole el juzgador a cada medio probatorio, el valor que el legislador le había asignado a cada medio probatorio en la ley, y otorgarle un valor distinto del asignado en la ley, configuraba un error de derecho en la valoración de la prueba²⁹⁹. No

²⁹⁹ Sobre el sub motivo error de derecho en la valoración de la prueba la Sala considera que este consiste **REF. 234-CAC-2008. 30/03/2009.** “en omitir la aplicación de una regla jurídica, relativa a la eficacia o valoración de aquella, o atribuirle un valor distinto del que le da la ley, ninguno de los preceptos señalados como violados se refiere a la valoración de prueba, y al señalar el concepto de la violación: señala que la Cámara sentenciadora consideró que la inspección judicial realizada probaba suficientemente los hechos, pero a su juicio se necesitaba un procedimiento técnico o científico para determinar la realidad, señalando no un error de derecho sino acaso un error de hecho, de manera que por estas razones el recurso deviene inadmisibile”. **REF. 249-CAC-2008 18/08/2009.** “Respecto al único submotivo admitido, Error de Derecho en la Apreciación de las Pruebas, es de significar que éste se configura cuando el Juzgador atribuye a los elementos de prueba un valor que la ley no les asigna, surgiendo una discrepancia o inconformidad entre el valor asignado y el que por disposición vinculativa corresponde. Es un yerro ubicado no en una alteración del contenido de las piezas del expediente, sino en el juicio del Juez, a la hora de realizar el razonamiento entre la ley que asigna un determinado valor a una prueba y el supuesto de hecho consistente en la pieza probatoria, que lo lleva a una conclusión incorrecta, **DESAJUSTADA CON LA LITERALIDAD DE LA LEY, EN LO QUE AL VALOR DE AQUELLA PROBANZA SE REFIERE**”.

obstante ello, la jurisprudencia de nuestra Sala de lo Civil reconocía el sistema de valoración de la sana crítica respecto de la prueba testimonial³⁰⁰.

El plazo que tiene el tribunal *ad quem* o de segunda instancia para dictar esta sentencia resolutive del recurso de apelación, es de veinte días, contados a partir del día siguiente al de la conclusión de la audiencia del recurso de apelación, de conformidad al inciso 1º del artículo 515 del CPCM. Siendo la resolución del recurso de apelación, una decisión tomada por un órgano colegiado, esta decisión debe ser tomada por unanimidad o mayoría de los miembros que integran el tribunal de apelación, decisión que necesaria e inevitablemente debe de estar precedida por una deliberación a puerta cerrada de los magistrados de la Cámara de Segunda Instancia o de la Sala de lo Civil, según artículo 219 y 220 del CPCM. Particular mención, merecen las Cámaras de Segunda Instancia, pues son órganos colegiados, integrados por dos magistrados, y en caso de discrepancia debe de llamarse a un tercero en discordia, para adoptar la resolución por mayoría, y el magistrado restante tiene el deber de motivar su voto discrepante, según el inciso 2º del artículo 220 del CPCM. Respecto de la Sala de lo Civil, cuando conoce como tribunal de segunda instancia o *ad quem*, no hay mayor problema, pues no obstante ser un órgano colegiado, esta integrada por tres magistrados, y la mayoría requerida para decidir el recurso de apelación la hace el voto de dos magistrados, volviendo innecesaria la intervención de otro magistrado.

El acto procesal, que por excelencia, el recurrente en casación debe someter a un estricto y riguroso examen, es, la sentencia que resuelve el recurso de

³⁰⁰ **REF. 244-C-2006 07/10/2008.** “En jurisprudencia reiterada, la Sala ha manifestado que el motivo de error de derecho en la apreciación de la prueba, es aplicable al sistema de valoración de la sana crítica, especialmente en el caso de prueba testimonial, produciéndose cuando el juzgador de modo flagrante y notorio ha faltado a las reglas del criterio racional, estimando irracional, arbitraria y abusivamente la prueba aportada, en discrepancia completa con los criterios a seguir por el sistema mencionado”.

apelación, ello, porque es en esta sentencia, donde están contenidos y se configuran todos los errores *in iudicando* que sirven de motivos de fondo para fundamentar el recurso de casación. Tanto es así, que es criterio de nuestra Sala de lo Civil, que es únicamente en la sentencia que resuelve el recurso de apelación donde el tribunal *ad quem* puede cometer los errores de fondo o *in iudicando*³⁰¹. Esto se debe a que es en la sentencia resolutoria del recurso de apelación donde el juzgador ejerce el poder decisorio de la jurisdicción, así es en la sentencia donde el juzgador selecciona e interpreta la norma jurídica sustantiva aplicable al caso concreto; es en la sentencia donde el juez manifiesta el respecto a los sistemas legales de valoración de la prueba; es en la sentencia donde el principio de congruencia de las resoluciones judiciales tiene su mayor trascendencia y significado de ser; es en la sentencia donde el juzgador puede interpretar erróneamente la norma jurídica; es en la sentencia donde el juzgador puede aplicar indebidamente la norma jurídica; es en la sentencia donde el juzgador puede violar la norma jurídica; y es además, en la sentencia que resuelve el recurso de apelación donde se identifican las disposiciones contradictorias del fallo, todos estos, se configuran como errores *in iudicando* o de fondo fundadores del recurso de casación.

³⁰¹ **REF. 22-CAC-2008 06/11/2009.** “Es de significar que el error de fondo o *in iudicando* ocurre en el juicio lógico y jurídico que el Juzgador realiza al momento de dictar sentencia. Es decir, tal vicio se produce cuando el Juzgador incumple o vulnera los preceptos legales que debió de tener en cuenta al tratar el fundamento de su decisión, lo que deviene -en definitiva- en un desajuste a derecho de la base o sustancia misma del pronunciamiento que se dicta. Por el sub-motivo Violación de Ley, pueden denunciarse infracciones a normas de naturaleza sustantiva, y la ley de la materia admite que también puedan denunciarse incluso preceptos de carácter adjetivo, siempre y cuando se haya afectado el verdadero fondo del asunto de que se trate. Art. 3 ordinal 1° L. Cas”.

CAPITULO VI

GENERALIDADES DEL RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO: 6.1 Introducción; 6.2 Etimología del Termino Casación; 6.3 Breves Apuntes Históricos del Recurso de Casación; 6.4 Definiciones Doctrinarias del Recurso de Casación; 6.5 Ensayo y Propuesta de una Definición del Recurso de Casación Civil en Nuestro País; 6.6 Características del Recurso de Casación; 6.6.1 Es un Recurso; 6.6.2 Es Extraordinario; 6.6.3 No Constituye Instancia; 6.6.4 Prima su Función Pública; 6.6.5 Su Objeto es Estrictamente Jurídico; 6.6.6 Es de Estricto Rigor Formal; 6.7 Finalidad o Función del Recurso de Casación; 6.7.1 La Defensa del *Ius Constitutionis*; 6.7.1.1 Función Protectora de la Norma Jurídica; 6.7.1.2 Función Uniformadora de la Jurisprudencia.

6.1 INTRODUCCIÓN

La prodigiosa aventura del conocimiento comienza al entrar en contacto nuestros órganos de los sentidos con el mundo exterior. Nuestro mundo exterior, es decir, nuestro objeto de estudio principal, lo es, el estudio del recurso de casación. En este capítulo presentamos al lector, un esfuerzo propio, por construir una teoría del recurso de casación, que responda a las características particulares de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro sistema judicial, respaldado con la doctrina de los expositores del derecho, nacional y extranjero, la jurisprudencia y la legislación nacional. Para ello, hemos decidido dividir el estudio de este tema, en dos capítulos, este, que se titula “generalidades del recurso de casación” y el noveno denominado “la formalización del recurso de casación en materia procesal civil”. En el primero, como su nombre lo indica, abordamos los aspectos generales del recurso de casación. Partiendo por establecer la etimología del término casación. Seguidamente exponemos unos breves apuntes históricos del

recurso de casación, tanto a nivel extranjero, como por su puesto, a nivel nacional. Posteriormente nos introducimos en el estudio de las diversas definiciones expuestas por la doctrina a nivel extranjero y también a nivel nacional, proponiendo de nuestra parte, una definición propia del recurso de casación en nuestro país, para que sea analizada y discutida por la doctrina y la jurisprudencia. Se analizan las características principales atribuidas por la doctrina al recurso de casación. Abordamos posteriormente el análisis del polémico tema de las funciones del recurso de casación, sentando, nuestro propio criterio, sobre estos fines en nuestro país.

6.2 ETIMOLOGÍA DEL TERMINO CASACIÓN

Según el Diccionario de la Lengua Española el termino casación significa acción de casar o anular³⁰²; y el termino casar viene del latín *cassare*, de *cassus*, vano, nulo, que traducido significa anular, abrogar, derogar³⁰³. Por tanto, dice Jaime Maldonado Ramos, casar o casación hace referencia a anulación, ruptura de una cosa, en nuestro caso, anulación o ruptura de una sentencia³⁰⁴. En conclusión, jurídicamente casación es la acción de casar o anular una resolución judicial³⁰⁵.

³⁰² Diccionario de la Lengua Española. Decimo Sexta Edición. Talleres Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1936. Pág. 265.

³⁰³ *Ibidem*. Pág. 265.

³⁰⁴ MALDONADO RAMOS, Jaime, *eat al. Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2009. Pág. 481.

³⁰⁵ Sin embargo para Julio Fausto Fernández la acepción jurídica de la palabra casación proviene del latín: "CASSO" cuyos significados son: quebrantar, anular, destruir, romper y rescindir. Sin embargo el vocablo no paso directamente del latín a la terminología jurídica castellana, sino que lo hizo a través de la palabra francesa "CASSER", la cual significa anular, romper, quebrantar, etc. La razón de que la palabra haya dado ese rodeo por Francia, antes de naturalizarse en España, hay que buscarla en el hecho histórico de que la casación, con las características jurídicas que tiene hoy en muchas legislaciones del mundo, tuvo su verdadero e inmediato origen durante la etapa legislativa de la Revolución Francesa, en el decreto promulgado por la Asamblea Constituyente, el 27 de noviembre de 1790, cuyo

6.3 BREVES APUNTES HISTÓRICOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

En nuestro capítulo primero abordamos el tema de la historia del recurso de casación con mayor amplitud, en este momento, haremos unas breves remembranzas, de los aspectos más importantes establecidos y destacados en aquel capítulo. Pues bien, el verdadero germen del recurso de casación, lo encontramos en el régimen anterior a la revolución francesa, el *ancien regime* francés³⁰⁶, es decir, en el régimen monárquico anterior a la revolución Francesa del catorce de julio de mil setecientos ochenta y nueve, que derroco aquel sistema de gobierno, entendida la casación en aquel momento, como facultad del rey o monarca de anular las resoluciones de los parlamentos o *parlements* cuando estas eran contrarias a la voluntad del rey o los reglamentos u ordenanzas creados por el. Este instituto lo retoma la revolución Francesa³⁰⁷ mediante la Ley Gala de 27 de Noviembre -1 de

artículo primero estableció el Tribunal de Casación”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Casación Penal*. Publicaciones del Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, 1977. Pág. 1.

³⁰⁶ “El antecedente inmediato de la casación se encuentra en el derecho francés del *ancien regime*. Debido a los enfrentamientos entre el rey y los *parlements*, dispuso aquel a fin de proteger su potestad legislativa de estos, decretaría de oficio la nulidad de las sentencias dadas contra las ordenanzas reales (Ordonnance de Blois, Mayo 1579 y otras, especialmente la de 1667). El fundamento político de la institución que era de carácter político, radicaba, como ya lo hemos señalado, en la protección de la potestad legislativa del rey frente a las injerencias de los *parlements*”. MORALES SUAREZ, Hugo. *La Casación Civil en España*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág. 100 y 101.

³⁰⁷ “El recurso de casación nace como tal, cuando se crea el tribunal de *cassation* francés de (*casser*: romper, anular) por decreto del 27 de Noviembre y 1 de Diciembre de 1790 como órgano adjunto y dependiente de la Asamblea Legislativa (Asamblea Nacional Revolucionaria Francesa). La función de este tribunal, que como sus antecesores desde su nacimiento fue de carácter político, consistió en velar la observancia de la ley por parte de los tribunales (función *nomofiláctica*). Para tal efecto anulaba las sentencias violatorias de la ley. No interesaba la justicia del caso concreto, ni la prueba sobre los hechos, sino únicamente la *contravention expresse au texte de la loi* (legalidad simple). Al decir de Manuel Ortells Ramos, en la creación del tribunal de *cassation* influyeron dos tipos de factores: 1. Históricos: se tenía presente la existencia del *ancien regime* sobre el enfrentamiento de los parlamentos con el poder legislativo del rey. 2. Ideológico: era necesario crear instrumentos que favorecieran la efectividad práctica de los fundamentales postulados revolucionarios: a. protección de la ley como expresión de la voluntad general; b. vigencia del principio de igualdad ante la ley; y c. rígida división de poderes: en un principio llegó a concebirse de

Diciembre de 1790³⁰⁸, inspirado en los postulados filosóficos de la concepción de la ley como voluntad general del pueblo, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y el estricto respeto al principio de la división de poderes, como mecanismo político adscrito al poder legislativo destinado a proteger el texto de la ley de las posibles contravenciones de los juzgadores, ley que se presumía absoluta, sin necesidad de ser interpretada por el juzgador. La posterior evolución de la casación en Francia consistió, en pasar de ser un órgano político adscrito al poder legislativo, a ser un órgano vértice de la organización jurisdiccional. De Francia se importó el sistema casacional al resto de países del mundo como consecuencia de las invasiones napoleónicas por Europa³⁰⁹, entre ellos España³¹⁰. En España, la casación presentó especiales características desde su origen, como la de ser la casación, conocimiento y decisión desde sus inicios competencia de un órgano jurisdiccional y la de la supresión del reenvío en caso de casarse la sentencia por motivos de fondo.

forma tan radical, que el órgano encargado de resolver las dudas interpretativas fue la Asamblea Legislativa... (en la vía preventiva “refere facultatif”; o represiva, incardinada en la estructura inicial de la casación: “refere obligatorie”). MORALES SUAREZ, Hugo. *Op Cit.* Pág. 101 y 102.

³⁰⁸ “No es desconocido el origen de la presencia de “motivos” en la regulación procedimental de los recursos de casación. Desde el principio, la originaria casación francesa de la época revolucionaria tuvo dichos motivos, si bien de un modo rudimentario. La Ley institutiva de la casación de 27 noviembre–1 diciembre de 1790 (Loi pour la formation d’un tribunal de Cassation) aludió, por una parte, a la anulación “toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées” porque se tratara de “formes de procédure prescrites sous peine de nullité”, y por otra a la “contravention expresse au texte de la loi”. NIEVA FENOLL, Jordi. *Los Motivos de Casación en la Ley Procesal Laboral Venezolana*. Venezuela, 2006. Pág. 90.

³⁰⁹ “Como consecuencia de la difusión de las leyes francesas por toda Europa (en buena medida a causa de las invasiones napoleónicas), y de ahí al resto del mundo, se fueron dibujando regulaciones que contenían ya un listado de motivos de casación inspirado indudablemente en aquella exposición embrionaria de la Ley de 1790”. NIEVA FENOLL, Jordi. *Op Cit.* Pág. 90.

³¹⁰ “España como la mayoría de los países Europeos, importaron de la Francia revolucionaria, entre otras muchas instituciones, el recurso de casación”. MORALES SUAREZ, Hugo. *Op Cit.* Pág. 98.

En nuestro país la casación surge exactamente, aunque efímeramente, en el año de mil ochocientos ochenta y tres, con la Constitución de esa misma fecha³¹¹. Constitución que organizaba al poder judicial en una Corte de Casación como vértice de la organización jurisdiccional³¹². Desarrollada la casación mediante la ley secundaria denominada Ley de Casación³¹³, sancionada por el presidente de la República Rafael Zaldívar, el día veinte de diciembre de mil ochocientos ochenta y tres, y publicada en el Diario Oficial el día veintitrés de diciembre de ese mismo año. No obstante, este notable avance en la administración de justicia en nuestro país, pronto habrá de ser suprimida la casación por la tercera instancia con la promulgación de la

³¹¹ Dice el doctor Julio Fausto Fernández al respecto “La casación fue establecida en El Salvador por la Constitución Política de 1883, pero la vida de la institución en aquella época fue efímera, la Constitución de 1886 la suprimió y, en su lugar, estableció la Tercera Instancia”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 5.

³¹² El artículo 103 de la Constitución Salvadoreña de 1883 disponía al respecto: “el poder judicial será ejercido por una Corte de Casación, por Cortes de Apelación y por los demás tribunales y jueces que establece la ley”. He aquí entonces el germen efímero del recurso de casación en nuestro país.

³¹³ El título segundo de la Ley de Casación de 1883 denominado “del recurso de casación en lo civil” disponía en su artículo 7 respecto a las resoluciones recurribles en casación “se establece el recurso de casación, en los negocios civiles contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cortes de Apelación y contra las de los arbitradores o amigables componedores y solo en los casos determinados expresamente en esta ley”; en relación a los motivos que permitían fundamentar el recurso de casación establecía el artículo 8 “el recurso de casación, para ser admisible, solo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1ª ser la sentencia contraria a alguna ley expresa; 2ª haberse quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio; 3ª haber los arbitradores o amigables componedores fallado sobre puntos no sometidos a su decisión, o fuera del plazo en que legalmente podrían hacerlo. En relación a la casación por errores de forma o in procedendo disponía el artículo 9 de esta ley, se consideran como infracciones de las formas esenciales del juicio para los objetos del artículo anterior: 1ª la falta de citación o emplazamiento para contestar la demanda o para acudir a usar de su derecho ante el tribunal superior en caso de apelación, bajo la salvedad establecida en el artículo 1106 No 1º del Código de Procedimientos. 2ª la incapacidad absoluta de alguna de las partes, o su falta de personalidad o del procurador que le hubiese representado. 3ª la falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando se hubiere solicitado por el recurrente y hubiere sido procedente con arreglo a derecho. 4ª la falta de citación para alguna diligencia de prueba, cuando la parte que debía ser citada no hubiere concurrido al acto, ni hubiere recibido el proceso en traslado después de cometida la falta. 5ª la incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, cuando este punto no haya sido resuelto por la corte, dirimiendo una cuestión de competencia; y 6ª haber sido dictada la sentencia por menor número de jueces del señalado en la ley.

Constitución de mil ochocientos ochenta y seis³¹⁴. Supresión que se mantendrá por aproximadamente un periodo de setenta largos años³¹⁵ hasta la emisión de la Constitución Salvadoreña de 1950 y la segunda Ley de Casación³¹⁶ decretada el día treinta y uno de Agosto de mil novecientos

³¹⁴ En la Constitución de 1886 se suprimió la casación por la tercera instancia al disponer el artículo 94 de esta Constitución que: “el poder judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera y Segunda Instancia y demás tribunales y jueces inferiores que establece la ley”.

³¹⁵ Antes de la emisión de la Constitución de 1950 y la Segunda Ley de Casación de 1953, ninguna constitución, ni ley secundaria instauró la casación, todas en cambio preferían la instauración de la tercera instancia en lugar de la casación, así la Constitución de 1939 Salvadoreña establecía al respecto: “el poder judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera y Segunda Instancia, que establece esta constitución y demás tribunales y juzgados inferiores que establezcan las leyes secundarias. A este poder corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, según el artículo 109 de esta Constitución. La Constitución de 1944 de El Salvador disponía sobre este tema: “el poder judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera y Segunda Instancia y demás tribunales y juzgados inferiores que establezcan las leyes secundarias. A este poder corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en materia civil, comercial y criminal”, según el artículo 108 de esta Constitución. La Constitución 1945 dispuso al respecto: “el poder judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, Cámaras de Tercera y Segunda Instancia y demás tribunales que establezca la ley. A este poder corresponde exclusivamente la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en materia civil, comercial y criminal”, según el artículo 94 de esta Constitución. Como puede verse, ninguna de estas constituciones posteriores a la Constitución de 1883, instauró la procedencia del recurso de casación, en cambio se prefirió la instauración de la tercera instancia en lugar del recurso de casación. Teniendo la tercera instancia rango constitucional, limitaba al legislador secundario, la instauración del recurso de casación al menos mediante una ley secundaria.

³¹⁶ El fin de la tercera instancia en nuestro sistema judicial y el resurgimiento del recurso de casación, después de aproximadamente un periodo de setenta largos años de supresión, desde la promulgación de la Constitución Salvadoreña de 1886, acabara con la promulgación de la Constitución Salvadoreña de 1950, al disponer esta Constitución en su artículo 81 que: “el poder judicial será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias. Corresponde a este poder la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil y laboral, así como en las otras que determine la ley”. y el artículo 89 de esta misma Constitución disponía: “son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 1ª conocer de los juicios de amparo y de los recursos de casación”. Nótese como el constituyente de 1950 decidió suprimir la tercera instancia por la instauración del recurso de casación, y lo más importante le dio rango constitucional al recurso de casación, lo que volvía imperativo para el legislador secundario el desarrollo y regulación del recurso de casación mediante una ley secundaria, no quedando la casación, simplemente como un recurso de configuración legal, que los poderes constituidos pudieran discrecionalmente establecer. Desarrollándose, en esa época, el recurso de casación mediante la ley secundaria denominada Ley de Casación. Recurso de casación que se impondrá desde entonces hasta nuestros días.

cincuenta y tres, sancionada el día tres de septiembre de ese mismo año, y publicada en el Diario Oficial el día cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Inicialmente, esta Ley de Casación regulaba el recurso, tanto en materia procesal civil, como en materia procesal penal, pero con la emisión del Código de Procedimientos Penales en mil novecientos setenta y tres, que sustituyó al Código de Instrucción Criminal, se suprimieron mediante la reforma de fecha once de octubre de mil novecientos setenta y tres, publicada en el Diario Oficial de fecha nueve de noviembre de ese mismo año, las disposiciones de la Ley de Casación referentes a la casación en materia procesal penal³¹⁷, siendo exactamente derogado el titulado tercero de la Ley de Casación denominado “del recurso de casación en lo criminal” y que comprende los artículos del veintiséis al cuarenta y cuatro. Quedando regulada la casación únicamente en materia civil. Posteriormente se hicieron reformas a la Ley de Casación para extender el ámbito del recurso de casación primero a la materia laboral³¹⁸, posteriormente a la materia

³¹⁷ Lo dice así el doctor Roberto Romero Carrillo que: “Por decreto Legislativo de once de octubre de mil novecientos setenta y tres, se promulgo el Código de Procedimientos Penales –que sustituyo al Código de Instrucción Criminal- en el cual se estableció entre los recursos extraordinarios el recurso de casación. Al establecerse en el Código de Procedimientos Penales el recurso de casación, con regulación propia, tenían que ser derogados los artículos de la Ley de Casación que se referían a la casación penal, derogación que hizo ese propio código. Esos artículos van del veintiséis al cuarenta y cuatro, por lo que dicha ley, aunque conservo la misma numeración de sus disposiciones, quedo reducida a veintinueve artículos, mas el preliminar que constituye todo el contenido del capitulo uno”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 50 y 52.

³¹⁸ Al respecto también ha sostenido el doctor Roberto Romero Carrillo en su obra sobre la normativa de casación que: “Cuando por decreto numero cuarenta y ocho de la Junta de Gobierno de El Salvador, de fecha veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta, se crearon los tribunales de trabajo, se dijo en el articulo segundo que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia conocería de los recursos de casación en lo laboral”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 53.

mercantil³¹⁹ y finalmente también a la materia de familia. Ley de Casación que se mantendrá vigente aproximadamente cincuenta y siete años desde su promulgación hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil el día uno de Julio del año dos mil diez³²⁰.

6.4 DEFINICIONES DOCTRINARIAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Según el Diccionario de la Lengua Española el recurso de casación es: “*el que se interpone ante el tribunal supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas las leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento*”³²¹. Para Ramírez Gronda casación es la “*acción de casar o anular el tribunal superior la sentencia del juez o tribunal inferior en virtud del recurso de casación interpuesto contra ella*”³²². De manera mas técnica, el recurso de casación ha sido definido, por la doctrina mas relevante en esta materia, de la siguiente manera, así para Fernando de la Rúa la casación es “*un recurso dentro de los medios de*

³¹⁹ En este sentido ha sostenido el doctor Roberto Romero Carrillo que: “Al decretarse la Ley de Procedimientos Mercantiles, el catorce de junio de mil novecientos setenta y tres, se prescribió en el capítulo doce –disposiciones generales- que en todo lo que no estuviera expresamente previsto en esa ley y en el código de comercio, se aplicarían las normas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles y en la Ley de Casación”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 57.

³²⁰ El artículo 705 del CPCM dispone al efecto de la derogatoria de la Ley de Casación: “Derogase el Código de Procedimientos Civiles hecho ley por medio de Decreto Ejecutivo de fecha 31 de diciembre de 1881, publicado en el Diario Oficial No. 1, Tomo 12, Publicación del 01/01/1882, y sus reformas posteriores; la Ley de Procedimientos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial No. 120, Tomo 239, publicación del 29/06/1973; La ley de Casación promulgada por Decreto Legislativo 1135 de fecha 31/08/1953, publicado en el Diario Oficial No. 161 Tomo 160, publicación de fecha 4/09/53 y sus reformas posteriores; las normas procesales de la Ley de Inquilinato publicada en el Diario Oficial No. 35, Tomo 178, publicación del 20 de febrero de 1958 y sus reformas posteriores, así como todas aquellas leyes o disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos referidos a las materias que regula este código”.

³²¹ Diccionario de la Lengua Española. *Op Cit.* Pág. 1078.

³²² RAMÍREZ GRONDA, Juan D. *Diccionario Jurídico.* Onceava Edición Actualizada, Corregida y Ampliada. Editorial Claridad. Buenos Aires, Argentina, 1994. Pág. 74.

*impugnación de la sentencia, mediante el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos de la sentencia de merito que le perjudica, reclamando la correcta aplicación de la norma sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión, con o sin reenvío a nuevo juicio*³²³.

Para Eduardo Pallares la casación “*es un recurso ordinario cuya finalidad, no es revocar o modificar la sentencia definitiva sino nulificar un procedimiento o dicha sentencia*”³²⁴. De acuerdo a Darío Benavente la casación es “*un recurso procesal que la ley otorga a las partes para obtener la invalidación de una sentencia cuando esta ha sido dictada en un procedimiento vicioso o cuando el tribunal ha infringido la ley decisora del conflicto al resolverlo*”³²⁵.

Para Manuel Barquín Álvarez la casación es “*un medio impugnativo que se dirige contra las sentencias definitivas o interlocutorias dictadas en segunda instancia (con excepción de la casación per saltum en que procede contra las sentencias de primera instancia)*”³²⁶.

Para José Almagro Nosete la casación “*es un recurso extraordinario (devolutivo y suspensivo) que cabe contra sentencias y autos determinados dictados en segunda instancia por las audiencias (a excepción del recurso per saltum) y procede, con respecto a los hechos que se declaran probados conforme a las reglas de la sana critica, por motivos tasados de inobservancia grave de las formas legales del proceso o de infracción de ley o jurisprudencia para que se resuelva mediante sentencia que en su caso,*

³²³ DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 54.

³²⁴ PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil.* Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974. Pág. 479.

³²⁵ BENAVENTE, Darío. *Derecho Procesal y Juicio Ordinario y Recursos Procesales.* Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, 1991. Pág. 217.

³²⁶ BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Los Recursos y la Organización Judicial en Materia Civil.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México Distrito Federal, México, 1976. Pág. 135.

*anule la resolución recurrida y mande reponer las actuaciones al momento en que se vulneraron aquellas formas, con prosecución de las mismas o reemplace las anuladas por otra mas ajustada a derecho*³²⁷.

Vicente C. Guzmán Fluja define el recurso de casación como *“un medio de impugnación extraordinario, del que conoce el tribunal supremo..., que se interpone por los motivos tasados en la ley contra las resoluciones judiciales expresamente previstas por ella*³²⁸. Según Marcos Loredó Colunga la casación es *“un recurso de naturaleza extraordinaria, dirigido frente a determinadas sentencias dictadas... en segunda instancia, a través del cual el órgano ad quem procede al control de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, llegando en su caso a anular la sentencia de la instancia y dictando una nueva que pondrá fin definitivamente a la tramitación del asunto*³²⁹.

El doctor Juan Carlos Cabañas define al recurso de casación en sus comentarios al CPCM como *“un recurso extraordinario que procede contra determinadas resoluciones judiciales y en atención a motivos tasados, cuya finalidad es velar por una correcta y uniforme aplicación del ordenamiento jurídico por los tribunales de instancia, al tiempo que tutela los derechos concretos de quienes actúan como partes en cada recurso*³³⁰.

Según el doctor Julio Fausto Fernández el recurso de casación es *“un recurso procesal de excepción y de derecho estricto, cuya finalidad principal no es enmendar los fallos injustos o erróneos en beneficio de los particulares, sino que radica en la necesidad de fijar, con suprema autoridad, la correcta y*

³²⁷ ALMAGRO NOSETE, José y TOME PAULE, José. *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*. Segunda Edición. Editorial Trívium. Madrid, España, 1994. Pág. 513.

³²⁸ GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El Recurso de Casación Civil (Control de Hecho y de Derecho)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España 1996. Pág. 13.

³²⁹ LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit*. Pág. 176.

³³⁰ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit*. Pág. 579.

genuina interpretación de la ley en interés del orden publico. Mejor dicho, la casación responde a una doble consideración de derecho público: primordialmente, satisfacer el interés del Estado asegurando la exacta observancia de los preceptos legales en la administración de justicia y, a la vez, unificar la aplicación de la ley para dar cumplimiento al principio de igualdad de todos los hombres ante la norma jurídica. Secundariamente, cumple la función jurisdiccional en interés privado de los litigantes, dando a cada uno lo que le corresponde, como prescribe el celebre aforismo romano. Pensar lo contrario, conduciría a desvirtuar la naturaleza de esta institución, confundiéndola con la tercera instancia”³³¹.

En todas estas definiciones, se observan como elementos comunes, en la definición del recurso de casación: el carácter extraordinario de la casación debido a que procede por motivos jurídicos taxativamente enumerados por el legislador en la ley, artículo 522 y 523 CPCM, el carácter supremo en la organización jurisdiccional que ocupa el órgano que conoce y decide el recurso de casación, artículo 27 ord. 2º y 28 ord. 2º CPCM, la función publica que desempeña el instituto, independientemente de si se prime la defensa del ordenamiento jurídico o la unificación de la jurisprudencia, artículo 524 CPCM, el efecto anulador del recurso cuando se casa la resolución, ya sea por motivos de fondo o motivos de forma, artículo 537 CPCM, y su estricto rigor formal, tanto para su admisión como para su estimación, ya que requiere un completo y profundo dominio de parte del abogado, de la técnica de casación, para lograr el éxito en la impugnación de las resoluciones judiciales mediante este recurso, artículo 528 CPCM. Carácter que finalmente es el que condiciona y determina la operancia practica del instituto de la casación en nuestro sistema judicial. Tesis a la cual esta orientada la demostración de nuestra hipótesis de investigación.

³³¹ FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 7 y 8.

De entre todos estos caracteres, este estudio se enfoca principalmente a dar preponderancia al tema de la formalización del recurso de casación.

6.5 ENSAYO Y PROPUESTA DE UNA DEFINICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN NUESTRO PAÍS

Proponemos, para que sea analizada y discutida por la doctrina y la jurisprudencia, la siguiente definición del recurso de casación: es un recurso que procede por motivos estrictamente jurídicos taxativamente previstos en la ley, que se decide por el máximo tribunal de justicia del orden jurisdiccional civil, cuya admisión y estimación depende de un estricto rigor formal suministrado por el recurrente, para la anulación exclusivamente de los vicios jurídicos, de fondo o de forma, de las resoluciones judiciales pronunciadas por los tribunales de apelación, cuyo objeto principal es la tutela de los derechos subjetivos de los litigantes y la correcta y uniforme aplicación de la norma de derecho.

Esta definición comprende, en sus elementos esenciales: uno, *la naturaleza*: se considera que la casación es un recurso porque tiene por objeto de impugnación un determinado tipo de resoluciones judiciales, artículo 519 CPCM; dos, *su carácter extraordinario*: porque la casación procede por motivos estrictamente jurídicos taxativamente previstos en la ley, artículo 522 y 523 CPCM; tres, *su carácter supremo*: pues siempre el conocimiento y decisión de este recurso es competencia del máximo órgano de justicia de nuestro orden jurisdiccional civil, según sea la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia o bien la Corte Suprema de Justicia en Pleno, artículo 27 ord. 2º y 28 ord. 2º CPCM; cuatro, *su estricto rigor formal*: del que se haya revestido el recurso de casación, tanto para su admisión, como para su estimación, y que debe ser suministrado por el recurrente en casación,

artículo 528 CPCM; cinco, *su carácter estrictamente jurídico*: pues se parte de la idea, de que la casación únicamente tiene por objeto la revisión de los errores de derecho cometidos por los tribunales de merito, y nunca los errores de hecho, artículo 521 CPCM; y seis, *su finalidad principal*: cual es la defensa de los derechos subjetivos de los litigantes, artículo 527 CPCM.

6.6 CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Partiendo de las definiciones arriba señaladas, la doctrina analiza básicamente como notas esenciales y distintivas del recurso de casación, con mayor o menor precisión, su carácter impugnativo, su carácter extraordinario, su función defensora y uniformadora del derecho objetivo, su carácter no constitutivo de instancia³³², y lo más importante su estricto rigor formal para su admisión y estimación. En igual sentido, se ha pronunciado

³³² Así, según Marcos Loredó Colunga: “podemos afirmar que la institución que nos ocupa responde a las siguientes características: presenta carácter extraordinario, no constituye una tercera instancia, se trata de un recurso de naturaleza jurisdiccional, el objeto se ciñe exclusivamente al control jurídico de las normas aplicadas, se sitúa en la cima del sistema de recursos y viene a satisfacer tanto intereses públicos como intereses privados” LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág.176. Para Vicente Guzmán Fluja, la casación presenta las siguientes características y lo dice de la siguiente manera: “se debe afirmar que la casación es un autentico recurso, una fase mas del proceso, del que conoce un autentico órgano jurisdiccional. Por otro lado, hay que insistir en el carácter extraordinario que tiene el recurso de casación. Igualmente clásica es la atribución de dos finalidades esenciales: la protección de la norma jurídica, “del ius constitutionis”, desdobladas en función nomofilactica y uniformadora, y la protección del derecho de los litigantes, del “ius ligatoris”. Es tradicional enseñar que el recurso de casación no constituye una tercera instancia”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 13–18. Para Juan Montero Aroca la casación presenta las siguientes características: “1ª) es un recurso extraordinario que solo se puede interponer contra determinadas resoluciones y por un determinado motivo. 2ª) No constituye una nueva instancia capaz de provocar otro examen del asunto. 3ª) La actividad de las partes y la actuación del tribunal están limitadas al planteamiento y al examen y decisión, respectivamente, de la cuestión relativa a la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo realizado en la sentencia, sin alcanzar a los hechos; 4ª) se refuerza el carácter publico de la casación”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 556 y 557. Jaime Maldonado Ramos siguiendo a Ortells Ramos considera que son características de la casación: “es un recurso extraordinario, no es una tercera instancia, solo permite revisar el juicio de derecho sobre el objeto del proceso y su función es fijar y unificar la jurisprudencia”. MALDONADO RAMOS, Jaime *eat al.* *Op Cit.* Pág. 484.

en su jurisprudencia nuestra sala de lo civil y de lo constitucional, reconociendo de manera directa los anteriores caracteres de la casación civil en nuestro país³³³. En este orden de ideas, se señalan, tanto por la doctrina y la jurisprudencia, como características fundamentales del recurso de casación: su carácter recursivo, su carácter extraordinario, su carácter no constitutivo de instancia, su carácter estrictamente jurídico y su función pública.

³³³ Nuestra Sala de lo Civil, en armonía con la doctrina, en números sentencias ha dejado señalados los anteriores caracteres de la casación en nuestro país: **REF. 221-C-2007. 17/11/2008.** “Nuestra jurisprudencia casacional, en reiterados fallos, ha dejado preceptuada la naturaleza extraordinaria de estricto derecho y el carácter eminentemente técnico del recurso de casación, el cual condiciona su admisibilidad, a la puntual observancia y exactitud de los presupuestos que indica la ley de la materia, requerimientos respecto de los cuales el tribunal casacional no pudo suplir o subsanar oficiosamente. El escrito de interposición sub examine se asemeja, más bien, a un extenso alegato, carente de toda la exactitud y el rigor formal y objetivo que requiere un recurso de casación. Para la válida interposición del recurso, es necesario que el impetrante exprese el motivo en que se funde; el precepto que se considere infringido; y el concepto en que lo haya sido, en relación a la sentencia del tribunal ad-quem. Art. 10 Ley de Casación. Pero no basta sólo con denunciar las normas supuestamente violadas, sino que hay que argumentar en forma puntual y específica y por separado para cada una de las normas señaladas como infringidas, en qué consiste la vulneración de parte del Ad-quem en la sentencia de mérito. Para que un recurso de casación sea admisible es preciso que el concepto de la infracción de las disposiciones legales que se estimaren infringidas, corresponda al motivo denunciado; si esa correspondencia falta, equivale a no haberse expresado dicho concepto. Resulta obvio, que en el caso sub-examine, no ha cumplido con ninguno de los requisitos enunciados, pues su libelo lo orienta a rebatir los argumentos del Juzgado de Primera Instancia, pero sin puntualizar los aspectos fundamentales que la técnica procesal de la casación indica que deben cumplirse para la interposición exitosa del recurso”. En esta jurisprudencia podemos constatar como nuestra Sala de lo Civil es del criterio que la casación en nuestro país es considerada como un recurso, de naturaleza extraordinario, de estricto derecho y de un eminente rigor técnico formal, en el cual no procede suplir de oficio el yerro del recurrente”. Este también ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Constitucional al respecto: **REF. 405-2007. 08/09/2010.** “Resulta menester destacar que el recurso de casación, al ser un medio impugnativo extraordinario de estricto derecho, tiene las características de ser rigurosamente a instancia de parte. Ello lleva aparejada como consecuencia que cualquier deficiencia advertida y prevenida por el tribunal de casación debe ser absolutamente evacuada por la parte interesada, sin posibilidad alguna de que el juzgador realice una subsanación oficiosa”.

6.6.1 ES UN RECURSO

Actualmente, esta característica de ser la casación un recurso, puede parecer a primera vista evidente, sin embargo, en sus orígenes el recurso de casación fue creado por los revolucionarios franceses, como un organismo político adscrito al poder legislativo, encargado de reprimir las transgresiones que los juzgadores hicieran al texto de la ley, bajo el pretexto de interpretarla³³⁴. Por ello actualmente, la primera nota característica esencial de la casación que debemos destacar, es que se trata de un recurso³³⁵, es decir, la casación es un medio de impugnación en sentido estricto, previsto en la ley, al servicio de las partes, con el objeto de atacar un determinado tipo de resoluciones judiciales, pronunciadas en un proceso pendiente, impidiendo de esta manera el proceso de formación de la cosa juzgada formal³³⁶. De lo anterior podemos inferir, que la casación es un recurso por las siguientes notas definidoras de ellos: la casación es un recurso porque

³³⁴ Dice al respecto Marcos Loredó Colunga: “analizando la génesis de la casación en el ordenamiento jurídico francés, se observan unos orígenes indecisos marcados por la consideración del tribunal de casación como un órgano político, lo que aparta al recurso de casación de la naturaleza jurisdiccional a la que se ira aproximando con el tiempo, conforme evoluciona adaptándose a las necesidades de la vida jurídica”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 186.

³³⁵ En relación a esta característica de ser la casación un recurso el doctor Julio Fausto Fernández ha señalado en nuestro medio que “considerada a la luz del derecho procesal, la casación es ante todo y sobre todo un medio de impugnación de la sentencia, el cual permite al tribunal competente hacer un examen crítico de la resolución impugnada”. Autor que también se ha pronunciado sobre la naturaleza jurisdiccional de la casación así: “en forma concisa se puede afirmar que la casación consiste en el ejercicio por parte del Estado, del poder soberano (jurisdiccional) de anular resoluciones judiciales que tienen el carácter de definitivas”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 3.

³³⁶ Para Julio Picatoste Bobillo son notas que definen a un recurso: a) se trata de un acto de parte; en consonancia, en modo alguno valdrán como recursos las actuaciones de oficio que puedan promover los tribunales en supuestos de nulidad de actuaciones. b) Tienen por objeto una resolución judicial –interlocutoria o definitiva- que aun no ha adquirido firmeza, a la que combate con objeto de que sea sustituida por otra de signo diverso, favorable al recurrente³³⁶. BOBILLO, Julio Picatoste, *eat al.* *Op Cit.* Pág. 26. En ese sentido la casación es un verdadero recurso por que cumple con las anteriores notas señaladas, pues la casación tiene por objeto atacar un determinado tipo de resoluciones judiciales, según el artículo 519 CPCM, y opera única y exclusivamente a instancia de parte, de acuerdo al artículo 527 CPCM.

opera única y exclusivamente a instancia de parte³³⁷, según el artículo 527 CPCM, es decir, persiste aun acá el principio dispositivo del proceso³³⁸, no procediendo la casación de las resoluciones pronunciadas en apelación, de oficio por el tribunal de casación, ni se contempla actualmente la invigente modalidad de la casación en interés de la ley, que como en nuestro país contemplaba la anterior Ley de Casación derogada³³⁹, en el artículo 24 de esta ley; la casación es un recurso porque tiene por objeto atacar un determinado tipo de resoluciones judiciales pronunciadas en el proceso³⁴⁰, en este sentido, la casación esta destinada a fiscalizar la legalidad de un determinado tipo de resoluciones, estas resoluciones, contra las cuales procede el recurso de casación, están determinadas en el artículo 519 CPCM; la casación es un recurso además porque con su interposición se

³³⁷ En relación a lo anterior el artículo 527 CPCM ha dispuesto que: “este recurso –el de casación- sólo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada”. De lo anterior se deduce que la legitimidad para interponer el recurso de casación corresponde únicamente a las partes del proceso.

³³⁸ De acuerdo al artículo 6 CPCM “La iniciación de todo proceso civil o mercantil corresponde al titular del derecho subjetivo o interés legítimo que se discute en el proceso; y dicho titular conservará siempre la disponibilidad de la pretensión. Las partes podrán efectuar los actos de disposición intra procesales que estimen convenientes, terminar el proceso unilateralmente o por acuerdo entre las mismas y recurrir de las resoluciones que les sean gravosas, de conformidad a lo dispuesto en este código”.

³³⁹ Según el artículo 24 de la anterior Ley de Casación derogada: “además de la facultad del Ministerio Público de interponer el recurso como parte en el pleito, en interés de la ley podrá interponerlo por quebrantamiento de fondo en los juicios en que no haya sido parte. En este caso, las sentencias que se dicten servirán únicamente para formar jurisprudencia, sin afectar la ejecutoria ni el derecho de las partes. La interposición de los recursos dichos, deberá hacerse directamente ante la Sala de Casación”. Esta modalidad del recurso de casación, no obstante estar contemplada en la anterior ley de casación derogada, nunca tuvo operancia práctica.

³⁴⁰ En ese sentido el recurso de casación procede según el artículo 519 CPCM: “Admiten recurso de casación: 1°. En materia civil y mercantil, las sentencias y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor; asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial. (2) 2°. En materia de familia, las sentencias correspondientes en los términos que determina la Ley Procesal de Familia. 3°. En materia de trabajo, las sentencias definitivas que se pronunciaren en apelación, de conformidad a lo regulado en el Código de Trabajo”. Este es el conjunto de resoluciones que tiene por objeto atacar el recurso de casación actualmente en la configuración del recurso de casación.

suspende el proceso de formación de la cosa juzgada formal³⁴¹, pues la interposición del recurso de casación impide que la resolución sujeta a este recurso adquiera firmeza, ejecutoria o lo que se conoce como cosa juzgada formal, mientras este pendiente la resolución del recurso de casación, de acuerdo al ordinal 1º del artículo 229 CPCM. A estas notas, que definen a la casación como un recurso, corresponde aunar, el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil, que en numerosos casos ha señalado el carácter recursivo de la casación³⁴². Además de lo anterior, existen numerosas disposiciones, contenidas en el Título IV denominado “recurso de casación” del libro IV titulado “los medios de impugnación” del CPCM, que permiten inferir el criterio inequívoco de nuestro legislador secundario de considerar a la casación como un recurso³⁴³.

³⁴¹ Dicha suspensión de la adquisición de firmeza de la resolución sujeta a impugnación mediante el recurso de casación, no obstante, no existir disposición expresa, que establezca este efecto de la interposición del recurso de casación, la deducimos del artículo 229 CPCM referido a la firmeza de las resoluciones definitivas, que establece que “los autos definitivos y las sentencias adquirieren firmeza en los siguientes casos: 1º cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y o no existieren otros disponibles en el caso”. A contrario sensu esta disposición implica que mientras no se haya resuelto el recurso de casación interpuesto por el órgano de casación, la resolución no ha adquirido firmeza, es decir, no ha adquirido la calidad de cosa juzgada formal.

³⁴² Sobre el carácter recursivo de la casación nuestra Sala de lo Civil ha sostenido **REF. 162-CAC-2009. 12/11/2009.** “El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria, de estricto derecho, y no constituye una tercera instancia y siendo de carácter técnico exige para su admisibilidad la puntual observancia y exactitud de los requisitos que indica la Ley de la materia, presupuestos respecto de los cuales el tribunal casacional no puede suplir o subsanar oficiosamente”. **REF. 221 -C-2007. 17/11/2008.** “Nuestra jurisprudencia casacional, en reiterados fallos, ha dejado preceptuada la naturaleza extraordinaria de estricto derecho y el carácter eminentemente técnico del recurso de casación, el cual condiciona su admisibilidad, a la puntual observancia y exactitud de los presupuestos que indica la ley de la materia, requerimientos respecto de los cuales el tribunal casacional no puede suplir o subsanar oficiosamente”.

³⁴³ EL artículo 519 CPCM dice al respecto: “admiten recurso de casación”; el artículo 520 reza de la siguiente manera: “El recurso de casación se rechazará cuando se interponga contra resolución dictada en asuntos de jurisdicción voluntaria o en procesos especiales”; el artículo 521 dice así: “El recurso deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho”; el artículo 522 establece que: “El recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal”; el artículo 523 dispone lo siguiente: “El recurso de casación por quebrantamiento de las

En nuestro sistema casacional, esta característica de ser la casación un recurso insertado en el proceso, como mecanismo legal que tienen las partes para controlar la legalidad de un determinado tipo de resoluciones judiciales, viene a reforzar la tesis que da primacía a la función privada de la casación, pues no se concibe una casación en abstracto, ni fuera del proceso (como una acción independiente), ya que, siendo la casación un recurso insertado en el proceso, al servicio de las partes, el interés particular en casación, no puede verse como secundario, sino como primario, cuyos efectos se amplían no solamente al interés privado, sino también al interés público.

6.6.2 ES EXTRAORDINARIO

Por naturaleza, el recurso de casación se configura, como el extraordinario tipo por excelencia en nuestro sistema de recursos, en virtud de que su procedencia esta limitada a determinados vicios estrictamente jurídicos taxativamente previstos por el legislador en la ley, motivos jurídicos que son los únicos que permiten recurrir en casación³⁴⁴. Dichos motivos presentan la

formas esenciales del proceso, tendrá lugar por”; el artículo 524 dice de la siguiente manera: “Las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que más favorezca la uniformidad de la jurisprudencia”; el artículo 525 dispone: “El recurso se interpondrá en forma escrita y deberá estar debidamente fundamentado”; el artículo 526 establece: “El plazo para presentar el recurso es de quince días”; el artículo 527 dice: “Este recurso sólo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada”; el artículo 528 establece: “El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna”; el artículo 529 dispone: “Interpuesto el recurso y concluido el término legal correspondiente”; el artículo 530 preceptúa “Si se admite el recurso, en el mismo auto se mandará oír a la parte contraria”; el artículo 531 dice así: “El recurrente podrá desistir del recurso”; y el artículo 532 establece: “Rechazado o desestimado el recurso por el tribunal de casación, la resolución impugnada quedará firme”. Todas las anteriores disposiciones citadas nos permiten arribar únicamente a la siguiente conclusión: que el legislador secundario, cuando estableció la procedencia del recurso de casación contra un determinado tipo de resoluciones, en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, partió de la idea inequívoca de que la casación es un recurso.

³⁴⁴ Estos únicos motivos que permiten recurrir en casación, son, en la configuración contenida en el Código Procesal Civil y Mercantil: en relación a la casación por motivos de fondo “El recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley

característica de ser estrictamente jurídicos³⁴⁵. Estos motivos jurídicos, pueden a su vez ser, motivos de fondo, conocidos tradicionalmente como errores *in iudicando* o de juzgamiento o motivos de forma, conocidos comúnmente como errores *in procedendo* o de procedimiento, artículo 522 y 523 CPCM respectivamente. Estos motivos, juegan un doble papel fundamental en casación. Por un lado, delimitan los agravios susceptibles de ser alegados o invocados en casación por el recurrente, fuera de estos motivos específicos jurídicos, ningún agravio permite acceder al recurso de casación, de ahí entonces, que no cualquier perjuicio que una resolución infiera a una de las partes del proceso, es susceptible de ser invocado por el recurrente en casación, sino solamente aquel que se ha edificado por el legislador en la ley como motivo específico de casación. Por otro lado, circunscriben la competencia funcional del tribunal de casación, de ahí

o de doctrina lega”, artículo 522 CPCM. Respecto a la casación por motivos de forma “El recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, tendrá lugar por: 1°. Abuso, exceso o defecto de jurisdicción; 2°. Falta de competencia; 3°. Inadecuación de procedimiento; 4°. Falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación; 5°. Caducidad de la pretensión; 6°. Litispendencia y cosa juzgada; 7°. Sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso; 8°. Renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción, si el objeto no fuera disponible o se hiciera en contravención al interés público; 9°. Falta de emplazamiento para contestar la demanda; 10°. Denegación de prueba legalmente admisible; 11°. No haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia; 12°. Practicarse un medio de prueba ilícito; 13°. Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación; y, 14°. Por infracción de requisitos internos y externos de la sentencia”, artículo 523 CPCM. Fuera de estos motivos, pos más ilegal que sea una resolución, nunca puede casarse por motivos distintos a estos.

³⁴⁵ “Los errores de derecho se dividen en errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. Los primeros afectan a la conducción del procedimiento, y son una infracción al *iuris procedendi*; mientras que los segundos se presentan en el momento que se decide el fondo del negocio y afectan el *iuris decidendi*. Los errores *in procedendo* se originan cuando las conductas de los particulares en el juicio de primera instancia, incluyendo al juzgador, no se conforman con la conducta que prescriben las reglas del procedimiento, debido a un error en la interpretación de alcance y significado de las normas que prescriben los requisitos y la secuencia de los diversos actos que realizan los individuos dentro de un proceso judicial. Los errores *in iudicando* se presentan cuando la concatenación de las premisas que integran el proceso mental, a través del que decidió el juez sobre el asunto, no se conforman con las reglas contenidas en las normas jurídicas que rigen su estructura y manifestación”. BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Op Cit.* Pág. 140 y 141.

entonces, que no obstante, encontrarse el tribunal de casación en la escala máxima de jerarquía en el orden jurisdiccional civil, no puede proceder, por cualquier razón y de manera absoluta a fiscalizar las decisiones de los tribunales de merito, en los asuntos que estos conocen, sino únicamente por los motivos taxativamente enumerados por el legislador en la ley e invocados por el recurrente en su escrito de formalización del recurso de casación. Por ello, el tercer aspecto en la técnica de la formalización del recurso de casación, que debe observar el recurrente, es mencionar los motivos concretos que fundamentan su impugnación³⁴⁶, según el artículo 528 CPCM. Pues, el tribunal de casación, no puede suplir de oficio el yerro del recurrente en casación, en cuanto a este aspecto, es decir, no puede nunca el tribunal de casación casar una resolución por motivos diversos a los invocados por el recurrente en su escrito de interposición, artículo 536 CPCM. De ahí entonces, que se ha sostenido de manera absoluta, que en relación a la invocación correcta de los motivos específicos por el recurrente, no tiene aplicación, de manera tajante, el principio *iura novit curia*³⁴⁷, aunque si se

³⁴⁶ “Esta exigencia responde a la particular naturaleza del instituto, cuya esfera está limitada únicamente a las cuestiones de derecho, y el control que provoca sólo puede recaer sobre determinados motivos. Como por otra parte el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios, es imprescindible que el recurrente señale específicamente su queja, citando concretamente las disposiciones legales que considere violadas o erróneamente aplicadas y expresando cuál es la aplicación que se pretende. Como inferencia del texto transcrito surge la obligación, para quien interpone recurso de casación, de invocar una de las causales previstas por la ley procesal como motivo legal para recurrir, es decir, debe señalar a cuál de los motivos se refiere su agravio. La enunciación del motivo en virtud de los Requisitos expuestos, debe ser clara y expresa, de modo que permita individualizar concretamente el vicio que justifica la impugnación. Por ello no es válida la remisión a otros actos, como a "escritos presentados con anterioridad", a las constancias del sumario, o aun a la misma sentencia", o la mención ambigua o confusa de las disposiciones de ley o de su interpretación". DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 220 y 223.

³⁴⁷ “El recurso debe bastarse a si mismo, porque en el juicio de casación se reduce la vigencia del principio *iura novit curia* que permite suplir de oficio las omisiones del recurrente. El conocimiento del tribunal de casación queda circunscrito a los puntos de la decisión a que se refieren los agravios aducidos en condiciones esenciales de forma, y los defectos de interposición no pueden ser remediados por el tribunal, porque

admite la vigencia de este principio en casación, en relación, a la mención de las normas de derecho infringidas, y a la fundamentación del recurso de casación, o dicho de otra manera, el tribunal de casación tiene el poder discrecional de casar una resolución con una fundamentación o con base a otras normas jurídicas diferentes a las propuestas o señaladas por el recurrente, en su escrito de formalización, pudiendo suplir en este último caso el error del recurrente³⁴⁸. Muestra irrefutable, de este poder discrecional atribuido por el legislador al tribunal de casación, es, el artículo 536 CPCM que dice linealmente de la manera siguiente: “El tribunal de casación está vinculado al fallar por los motivos invocados y en razón de los argumentos jurídicos que hubiera presentado el recurrente; no obstante, dentro de los anteriores, podrá resolver con aplicación de otras normas y fundamentos jurídicos que estime pertinentes, aunque no coincidan con los del recurrente”.

ello le está impedido por la limitación de su propia competencia excepcional”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 223. En relación a este mismo punto, también nuestra jurisprudencia del tribunal de casación ha sostenido: **REF. 221 -C-2007. 17/11/2008**. “Sobre el mismo la Sala hace las siguientes consideraciones: nuestra jurisprudencia casacional, en reiterados fallos, ha dejado preceptuada la naturaleza extraordinaria de estricto derecho y el carácter eminentemente técnico del recurso de casación, el cual condiciona su admisibilidad, a la puntual observancia y exactitud de los presupuestos que indica la ley de la materia, requerimientos respecto de los cuales el tribunal casacional no pudo suplir o subsanar oficiosamente”.

³⁴⁸ Dice al respecto Fernando de la Rúa: “Si bien el aforismo *iura novit curia* no se aplica en cuanto el tribunal de casación no puede corregir de oficio vicios no denunciados en la impugnación, sí se aplica, en cambio, cuando se trata de corregir los errores de derecho registrados en la sentencia que hayan sido concretamente denunciados, aunque no coincida con la interpretación postulada. Pretender que al tribunal de casación, intérprete máximo del derecho, no le sea aplicable bajo este aspecto una regla tan expresiva de su misión como la condensada en la fórmula, *iura novit curia* implicaría negar los fines de su institución. Si el motivo fue concretamente señalado, el tribunal de casación tiene aptitud para fijar los resultados que derivan de corregir el error aunque deba aplicar un criterio diverso del sostenido en el recurso. Por eso también es válida la ampliación de fundamentos sobre un mismo motivo realizada después de la interposición del recurso, incluso cuando se señalen otras formas de interpretación posibles o, más ampliamente, otras consecuencias jurídicas respecto al mismo punto sobre el cual recayó la denuncia”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 224.

La doctrina ha entendido, que la naturaleza extraordinaria de un recurso³⁴⁹, se determina, por la circunstancia de que no todas las resoluciones que ponen fin a la instancia ordinaria permiten acceder a la casación, y además por que las razones (motivos) que justifican a acceder a un recurso esta delimitado por un marco de motivos que delimitan los perjuicios que el recurrente puede alegar como fundamento de su impugnación, fuera de estos motivos taxativos no puede fundamentarse el recurso de casación. Motivos que además delimitan el marco de poderes del órgano de casación³⁵⁰, fuera de dichos motivos, el tribunal de casación no puede casar la resolución por otros, que no sean alguno de los previstos en la ley, y

³⁴⁹ Según Marcos Loredó Colunga las notas distintivas y definidoras de un recurso extraordinario son: “no procede esta impugnación en todos los supuestos, no siempre las resoluciones que han agotado la vía ordinaria son susceptibles de ulteriores recursos, el proceso puede agotarse en ese momento o puede continuar con la interposición de un recurso calificado de “extraordinario”. “El preceptivo interés para recurrir se genera por algo más que la mera obtención de una resolución no favorable, de modo que aparece concretado por el legislador al establecer una serie de causas exclusivas en las que debe fundamentarse el recurso, pues constituyen los motivos únicos que acreditan la concurrencia del perjuicio exigido para justificar la impugnación, la existencia de gravamen. El tribunal ad quem no podrá conocer del asunto en toda su extensión, no revisa íntegramente el juicio de la instancia, sino que se limitara a determinar si se produjo o no el defecto o vulneración alegado, examinando únicamente los aspectos que afecten a esa infracción”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág.178.

³⁵⁰ “La otra nota importante distintiva del recurso de casación, esta constituida por su carácter limitado... manifestación valiosa de ese carácter del recurso se encuentra en la circunstancia de que no se da sino por los motivos legales que configuran el de forma y el de fondo. Pero a nuestro criterio, donde ese carácter del recurso de casación adquiere jurídicamente mayor merito, de acuerdo con nuestro ordenamiento y en relación a la propiedad y técnica de la formalización, se patentiza en el hecho de que, la casación no puede pronunciarse al conocer del recurso, con efecto sobre la suerte de la sentencia contra la cual se interpuso, sino sobre las denuncias y sus respectivas fundamentaciones expuestas por el recurrente y formalizante. La primera consecuencia importante y concreta del carácter limitado del recurso, en el aspecto señalado, y el cual la casación, como se ha expuesto, han mantenido con rigurosidad, es que para el juez de casación no opera el principio *iura novit curia*, sino a título excepcional, según algunos autores. La corte, si ha confirmado la vigencia del principio respecto al juez de merito, lo cual ha hecho, unas veces, a título general, y otras, en forma concreta, manteniendo el fallo cuando el juez del recurrido, por aplicación de la respectiva norma legal, corrija la cuantía del pedido del demandante, y en consecuencia, ha desechado el presunto vicio de *ultra petita* atribuido a la sentencia de instancia, por ese motivo”. NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Aspectos en la Formalización del Recurso de Casación*. Cuarta Edición. Pág. 42.

además alegados por el recurrente en su escrito de formalización del recurso de casación.

En nuestro medio, debemos descartar tres ideas erróneas, que se han seguido por los docentes y litigantes, para entender el carácter extraordinario de un recurso, la primera y la mas ridícula idea que debemos sepultar, es la que entiende que, recurso extraordinario es aquel que con menor frecuencia o periodicidad se interpone por los litigantes, en contraposición a los recursos ordinarios que son los que con mayor frecuencia se interponen; la segunda idea que debemos desechar, es, la que entiende, que recurso extraordinario es aquel que se interpone únicamente una vez que se han agotado todos los recursos ordinarios³⁵¹, desconociendo la existencia de la modalidad de la casación *per saltum*³⁵², que es aquella modalidad del recurso de casación,

³⁵¹ Este es el criterio de José Núñez Aristimundo, quien sostiene que “Otra característica del recurso de casación, es la de ser extraordinario. De acuerdo con nuestro régimen legal y la doctrina de la casación, consideramos más propio deducir tal carácter, como lo hace la jurisprudencia española a propósito de su sistema de casación, de la circunstancia de que, en el recurso de casación, no se da mientras no se hubiere agotado los otros medios de impugnación ordinarios”. NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Op Cit.* Pág. 37. Así también lo ha sostenido en nuestro país el doctor Julio Fausto Fernández “los recursos extraordinarios proceden, obviamente, cuando han sido agotados los recursos ordinarios a su alcance, por las partes que intervienen en el juicio. Además, solamente pueden ser interpuestos en contra de ciertas resoluciones judiciales, expresamente indicadas en la ley”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 7. He aquí este criterio errado de estos autores, criterios contra los cuales proceden las objeciones arriba señaladas, respecto al primer error de este criterio refleja un desconocimiento de la modalidad de la casación *per saltum*, que no exige para su interposición haber agotado previamente el recurso ordinario de apelación. En relación al segundo error, este criterio nos llevaría a tener que afirma el carácter extraordinario de todo recurso, pues ningún recurso procede de manera abierta e ilimitada contra cualquier resolución, sino que por el presupuesto de recurribilidad de la resolución o tradicionalmente conocido principio de impugnabilidad objetivo, todo recurso procede contra un determinado tipo de resoluciones.

³⁵² Según Julio Fausto Fernández la casación *per saltum* consiste: “en pasar directamente de la primera instancia a la casación, evadiendo la apelación, a condición de que haya, a este respecto, conformidad entre las partes y que la casación fuese procedente contra la sentencia que se habría pronunciado en segunda instancia si esta no se hubiera omitido por el “*saltum*””. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 26. Sin sernos absolutamente satisfactoria la definición del citado autor, pues no consideramos que se requisito de esta modalidad de casación ni la necesidad de que contra la resolución de la apelación deba proceder casación, ni mucho menos la necesaria conformidad entre las partes, sino

que se interpone directamente contra una resolución pronunciada en primera instancia, sin agotar previamente el recurso de apelación; y la tercera idea que debemos descartar, es la que entiende que recurso extraordinario es aquel que procede contra un determinado tipo de resoluciones, siendo que, en este caso, todo recurso devendría en extraordinario, por que todo recurso no procede de manera abierta e ilimitada contra cualquier resolución, sino que, por la misma configuración legal del recurso, este siempre procede contra un determinado tipo de resoluciones³⁵³, artículo 503, 508 y 519 CPCM. El carácter extraordinario del recurso, vendrá determinado en todo caso, por su procedencia delimitada por un *numerus clausus*³⁵⁴ de motivos taxativamente previstos en la ley, que pueden alegarse por el recurrente como motivos de su impugnación, no siendo por tanto una impugnación abierta a cualquier vicio o error que pueda adolecer la resolución, sino solo aquel cuya trascendencia ha sido configurada como motivo específico de casación.

únicamente es necesario la procedencia legal del recurso de casación contra una resolución de pronunciada en primera instancia sin tener que agotar previamente a su interposición el recurso ordinario de apelación.

³⁵³ Así, el recurso de revocatoria, procede contra los decretos y autos simples, según el artículo 503 CPCM; El recurso de Apelación, procede contra las sentencias y autos definitivos pronunciados en primera instancia, y contra toda resolución que expresamente lo señale el código, según el artículo 508 CPCM; y el recurso de casación, procede en materia procesal civil y mercantil contra los autos y las sentencia pronunciados en la apelación de los procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor, asimismo contra las sentencias pronunciadas en la apelación de procesos abreviados cuando la sentencia cause efectos de cosa juzgada material, según el artículo 519 CPCM.

³⁵⁴ Para Manuel de la Plaza el recurso de casación puede ser calificado de extraordinario porque “en relación con los demás, solo se autoriza por motivos preestablecidos, que,...., constituyen un *numerus clausus*, y que no pueden ser ampliados ni extendidos por interpretación analógica; y porque, además, y también en contraste con los recursos ordinarios, limita los poderes del tribunal ad quem, obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza y que no le es posible rebasar”. DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 35.

6.6.3 NO CONSTITUYE INSTANCIA

La casación no constituye instancia, debido a que, la casación no es una tercera oportunidad que se abre a las partes para que puedan seguir discutiendo sus pretensiones (como si lo es la apelación), sino que su objeto lo es únicamente, la revisión de los errores de derecho producidos por los órganos jurisdiccionales de merito, con absoluta prescindencia de los errores facticos que puedan viciar la resolución³⁵⁵, artículo 521 CPCM. En casación no se discute la existencia o inexistencia del hecho histórico pasado afirmado por las partes, que a dado lugar al proceso, sino que es una polémica suscitada entre la voluntad abstracta de la ley y la voluntad concreta del juzgador manifestada en la resolución³⁵⁶. El recurso de casación no

³⁵⁵ **REF. 89-C-2007. 22/07/2008.** “De la lectura de la infracción se colige que el impetrante pretende que se declare la nulidad relativa como consecuencia de invocar que ha habido interpretación errónea del Art. 1552 C., al haber declarado el Ad quem la nulidad absoluta de los dos contratos de compraventa. Obviamente, esta nulidad podría ser declarada, pero por medio de un proceso diferente al de casación, proceso en el que la pretensión sea precisamente la declaratoria de la nulidad relativa que invoca el recurrente; en otra palabras, debió plantearse en las instancias, que es el lugar competente para que las partes discutan sus pretensiones en igualdad de condiciones, y no en casación como equivocadamente se ha hecho, pues, para declarar la nulidad relativa respecto del consentimiento, es necesario, que el que la alega pruebe el vicio que él considera que ha afectado dicho consentimiento, ya sea error, fuerza o dolo; y ello, no es el objeto de la casación, pues con este recurso extraordinario lo que se pretende es resolver errores de fondo o de forma que hayan sido cometidos por los juzgadores al pronunciar la sentencia, y no discutir hechos nuevos como lo ha planteado el impetrante; en consecuencia, la Sala como Tribunal Casacional no puede conocer hechos nuevos, pues esto es competencia de las instancias, por lo que justo es declarar que no ha lugar a casar la sentencia por este sub motivo y así habrá que pronunciarlo”. **REF. 249-CAC-2008. 18/08/2009.** “Partiendo de la conceptualización acotada en el párrafo precedente, el Tribunal Casacional advierte que el sub-motivo invocado por el impetrante, es otro diferente del alegado, pues no hace referencia a la pura y simple inaplicación de la tasación legal de la inspección personal, sino más bien a inadvertencias incurridas en la valoración del acta de inspección que trastocan el espectro histórico de la misma; lo cuál se abstrae de lo que la ley de la materia entiende por el sub-motivo de casación denunciado. Consecuentemente, no correspondiendo la infracción denunciada por el interponente con el submotivo Error de Derecho en la Apreciación de las Pruebas, procede declarar la inadmisibilidad del recurso en el fallo de esta sentencia. Art. 16 L. Cas”.

³⁵⁶ Según Manuel Barquín Álvarez la acción de nulidad en casación se fundamenta “en la falta de coincidencia entre la voluntad abstracta de la ley y la voluntad concreta de la misma afirmada en la sentencia. La acción de casación es, pues, una acción pura y autónoma, directa contra el Estado, en la cual el recorrido tiene una función accesoria, pues no es responsable de los errores judiciales”. CUENCA, Humberto. *Recurso y Contrarecurso de*

constituye instancia en virtud de que su objeto de impugnación lo es únicamente los errores de derecho, es decir la infracción a la norma jurídica. Manteniéndose por tanto incólumes, intangibles, invariables, e inmodificables para el tribunal de casación la cuestión fáctica fijada o definida en la resolución de merito impugnada. En cuanto a la cuestión fáctica, por mas viciosa o injusta que pueda presentarse la resolución de merito, la parte no puede proponerla o plantearla en casación, y ni propuestos el tribunal de casación puede conocer sobre los mismos, simple y sencillamente porque el recurso de casación, se ha diseñado únicamente para la revisión y corrección de los errores de derecho, fuera de dichos errores, el tribunal de casación no tiene competencia para conocer de ellos³⁵⁷. Lo anterior se fundamenta, en la premisa que parte de la idea, de que el Estado cumple con su deber de garantizar al ciudadano el derecho a la Tutela Judicial Efectiva como se denomina en España, o el Derecho a la Protección Jurisdiccional de que habla nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 1, con la instauración de dos instancias, que se consideran suficientes para que las partes puedan discutir sus pretensiones o derechos³⁵⁸.

Casación. Pág. 209. En relación a esta característica no constitutiva de instancia que presenta la casación el doctor Julio Fausto Fernández ha entendido que: “al interponer el recurso de casación, el sujeto procesal que lo interpone, sea el que fuere, formula ante la administración de justicia una pretensión totalmente diferente a la contenida en la demanda o a la defendida por el en el curso del proceso: antes pedía básicamente que fuesen comprobados judicialmente ciertos hechos en los cuales basaba su pretensión; en cambio, en la casación exige que se revise una resolución judicial definitiva, lo cual equivale a ventilar ante el tribunal de casación un asunto completamente distinto al discutido en primera y segunda instancias”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit*. Pág. 11 y 12.

³⁵⁷ “El examen lógico de la sentencia impugnada, al cual debe limitarse la casación, excluye, en principio, la apreciación de los hechos que constituyen el objeto factico del proceso en que se ha interpuesto; y por supuesto, impide al tribunal de casación el conocimiento de todo nuevo hecho que cualquiera de las partes pretenda introducir durante la sustanciación del recurso”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit*. Pág. 8.

³⁵⁸ “La naturaleza del recurso de casación obedecía a que, según el plan de nuestra legislación, se consideraba que, en general, para la administración de justicia, eran suficientes dos instancias, y que la demanda de casación no era sino un recurso

Lo difícil en este punto lo es determinar, cuando estamos ante una cuestión fáctica y cuando ante una cuestión estrictamente jurídica³⁵⁹. La distinción entre errores de hecho y de derecho nos permite identificar que errores acceden o no a la casación. El que la casación sea o no una tercera instancia depende según Vicente Guzmán Fluja de la extensión del conocimiento que se confiera al tribunal de casación, que del hecho de que la jurisdicción de este tribunal sea positiva o negativa, esto es, con reenvío o no³⁶⁰.

extraordinario creado para corregir violaciones puramente de derecho o errores de hecho evidentesísimos". PICADO G, Antonio. *Jurisprudencia del Recurso de Casación: Admisión o Rechazo del Recurso*. Imprenta Nacional. San José, Costa Rica, 1933. Pág. 35.

³⁵⁹ Con una interesante pedagogía nos explica el maestro Vescovi la distinción entre los hechos y el derecho en casación, así según el procesalista uruguayo "los hechos son los acaeceres históricos que considera el derecho con el fin de subsumirlos en la norma general y abstracta; se trata, por consiguiente, del hecho histórico que explicita las pretensiones de las partes, distinta de la cuestión de derecho, en que ella se funda. El error de hecho consiste en una falsa descripción del estado de cosas, mientras que el de derecho se origina cuando se aplica equivocadamente la ley a dicha situación. La ley adjetiva prevé la separación, en la demanda, de la descripción de los hechos y el fundamento de derecho, y también, en la sentencia, se deben establecer los hechos por resultandos y los fundamentos de derecho en los considerandos. La función del juez en casación, en consecuencia, es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es apropiada a aquel hecho así narrado". VESCOVI, Enrique. *Op Cit*. Pág. 244. Según Manuel Barquín Álvarez la delimitación en casación entre los hechos y el derecho es: "La delimitación entre los errores de hecho y los errores de derecho se establece en relación con los procesos mentales a través de los cuales el juzgador produce el fallo. El error de hecho se presenta cuando la falsa apreciación del juzgador incide en las premisas del concepto que el mismo se forma sobre los datos que empíricamente recoge de los actos o hechos alegados por las partes, mientras que el error de derecho afecta únicamente a las premisas, a través de las que interpreta normativamente los hechos y actos que percibe, con objeto de calificarlos y enlazar, en su caso, la consecuencia prevista por la norma". BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Op Cit*. Pág. 140.

³⁶⁰ Según Vicente Guzmán Fluja el que la casación sea o no una tercera instancia depende "mucho mas de la extensión del conocimiento... que del hecho de que su jurisdicción sea "positiva" o "negativa" en relación a los vicios que afectan a la relación sustancial controvertida. Si bien es cierto que la jurisdicción "negativa", esto es, con reenvío, caracterizo el recurso de casación desde sus orígenes dada la prohibición de conocer del "fond des affaires", no es menos cierto que, en realidad, lo que se prohibía al Tribunal de Cassation era solucionar el litigio de fondo; quiere decirse que, una vez cumplida la función propiamente casacional, es decir, anulada la sentencia, el litigio de fondo queda sin solución

6.6.4 PRIMA SU FUNCIÓN PÚBLICA

Se ha admitido, casi como verdad absoluta e infalible por la doctrina procesal, que el fin primordial del recurso de casación, lo es o puede ser únicamente, o bien la defensa del derecho objetivo, función *nomofilactica*³⁶¹ o unificar el criterio en la interpretación de las normas jurídicas, función uniformadora³⁶², ambas se refieren a una función pública de la casación, la defensa del *ius constitutionis*, mencionan los autores, remontándose a la idea

y para proporcionársela se opto por reenviar a otro órgano jurisdiccional”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 20.

³⁶¹ “En la línea de mantener un control integral sobre las actuaciones judiciales, el recurso de casación es el complemento necesario del de infracción procesal, porque si en éste se vela por la pureza de las formas, las garantías procesales y para que de las causas civiles sólo conozcan los órganos que legalmente deben conocer; el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquéllas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”. MONTERO AROCA, Juan, *eat al. Op Cit.* Pág. 448. Dice Enrique Vescovi en este punto: “la primera finalidad, no haya duda, es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la supremacía del órgano legislativo. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, como surge de las fuentes romanas (*ius constitutionis*) y en algunos Estados Modernos”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 238. Para el maestro Italiano Piero Calamandrei la definición mas precisa del instituto de la casación debe ser interpretada en este sentido: “que la Corte de Casación debe entenderse instituida para mantener la exacta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de la norma que prescribe a los mismos decidir según la ley las controversias confiadas a su juicio”. CALAMANDREI, Piero. *Op Cit.* Pág. 50.

³⁶² Para Vicente Guzmán Fluja “la primordial finalidad que debe acometer y satisfacer el recurso de casación en la actualidad es la de uniformar la jurisprudencia, con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la (aplicación e interpretación de la) ley, así como los principio de seguridad y de certidumbre jurídica”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 25. Según Álvaro Pérez Vives: “La finalidad principal del recurso, unificar la jurisprudencia nacional se realiza mediante la defensa de la integridad de la ley sustantiva o la restauración de las formas esenciales del proceso, cuando unas u otras hayan sido infringidas o quebrantadas por el tribunal sentenciador. La corte cumple esa misión “al revisar el juicio de derecho contenido en la sentencia de los magistrados, esto es, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de la ley y sobre su aplicabilidad o no aplicabilidad a cada caso concreto”. PÉREZ VIVES, Álvaro. *Recurso de Casación en Materia Civil, Penal y del Trabajo*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1966. Pág. 188 De acuerdo Jorge Moras Mom: “El recurso de casación tiene por objeto mantener la fiel, correcta y uniforme aplicación de la ley, tanto de fondo como de forma, en cada proceso concreto que le sea llevado a sus estrados con la imputación de no haberse en él aplicado la ley o haberlo hecho erróneamente”. MORAS MOM, Jorge R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Sexta Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág. 391.

del derecho romano. En efecto, la función principal atribuida por la doctrina al recurso de casación, oscila, entre su función *nomofiláctica* y su función uniformadora, según si se prime con la casación, la protección del derecho objetivo, la norma jurídica, o si se prime la función uniformadora del recurso de casación, la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho como mecanismo de conseguir la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica de los ciudadanos en la administración de justicia.

No obstante, si bien es cierto, la doctrina mayoritaria admite el carácter público del recurso de casación, debemos señalar que dicho criterio no es unánime en la doctrina, existiendo sectores que de manera muy atinada le han señalado duras observaciones a estos “propósitos políticos o extraprocesales” de la casación, que hacen desconfiar sobre si realmente son los fines a los que esta encomendado desempeñar la casación en un sistema judicial. Destacando por el contrario, el fin particular que domina en el recurso de casación, como son las siguientes notas importantes de la casación: uno, que es un recurso insertado en el proceso, artículo 519 CPCM; dos, que procede únicamente a instancia de parte, artículo 527 CPCM; tres, que una vez interpuesta la casación es un recurso desistible por la parte que lo interpone, artículo 531 CPCM; y cuatro, que en la mayoría de ordenamientos jurídicos ha desaparecido hoy en día el llamado recurso de casación “en interés de la ley”, modalidad de la casación en nuestro país, que no obstante estar consagrada en la Ley de Casación derogada, no tuvo vigencia práctica, artículo 24 de esta ley. Desde nuestro parecer, y de acuerdo a las anteriores observaciones señaladas a la casación, y si a ello le agregamos, la enorme carga procesal del recurrente en casación, en la formalización del recurso de casación³⁶³, artículo 528 CPCM, para lograr la

³⁶³ Así lo ha sostenido la doctrina, la formalización del recurso de casación es una carga procesal impuesta al recurrente en casación, dice al respecto Humberto Cuenca “Desde el

operancia practica de este instituto, nos inclinamos, por dar preponderancia a este ultimo propósito de la casación: reconocer que el propósito fundamental que esta destinado a desempeñar el recurso de casación en nuestro sistema jurídico procesal civil es la tutela de los derechos subjetivos de los litigantes. Tema que será mayormente justificado cuando hablemos de la función *dikelógica* del recurso de casación.

6.6.5 SU OBJETO ES ESTRICTAMENTE JURÍDICO

Esta característica del recurso de casación, se encuentra íntimamente vinculada con el carácter no constitutivo de instancia de la casación. Esta característica indica, que el recurso de casación únicamente puede fundamentarse para ser admisible en la infracción a una norma jurídica³⁶⁴, independientemente si se trate de una norma jurídica sustantiva o procesal, y nunca la casación tiene por objeto de fundamentación los errores *in factum* o de hecho, campo que esta totalmente vedado para el tribunal de casación, articulo 521 CPCM. A diferencia del recurso de apelación, que permite, una

punto de vista procesal la formalización es una carga impuesta por ley al recurrente perdidoso en interés propio so pena de perder los beneficios que pudiera proporcionarle la revisión de la sentencia”. CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 209. También este es el criterio de Fernando de la Rúa “El recurso de casación debe ser motivado, y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 220.

³⁶⁴ En este sentido ha sostenido Marcos Loredo Colunga “el mecanismo casacional opera entonces como medio de control de la aplicación de las normas al caso concreto, pero no se lleva acabo una revisión en toda su extensión de la actividad realizada por el órgano de instancia, sino que el recurrente determina el contenido específico de la impugnación, la concreta o concretas normas que entiende infringidas, vinculándose con ello al órgano de casación de modo que la aplicación del principio *iura novit curia* precisa matizaciones. Además, la parte que intenta recurrir en casación debe tener en cuenta que el objeto de la impugnación ha ceñirse al fallo de la resolución de segunda instancia, no a los fundamentos jurídicos, centrándose en la *ratio decidendi* sin extenderse a los *obiter dicta* y demostrando que la infracción de la norma es la motivadora del fallo, no estimándose el recurso si, aun apreciándose la infracción, el resultado final no variara por ello”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 188 y 189.

revisión total de lo sucedido en la primera instancia, *revisio prioris instantiae*³⁶⁵, tanto fáctica, como jurídicamente, artículo 510 CPCM, el recurso de casación, limita únicamente su ámbito de control o fiscalización a los errores de derecho cometidos por el tribunal de apelación, en la sustanciación del procedimiento (errores *in procedendo*) o en la sentencia de merito que resuelve la apelación (errores *in iudicando*), artículo 521, 522 y 523 CPCM. En ambos casos se trata de una violación a la norma jurídica, solo que en unos casos se refiere a la vulneración de la norma jurídica procesal, configurándose en este caso un error *in procedendo*, y en otros, se refiere a la vulneración de una norma jurídica sustantiva, configurándose en este caso un error *in iudicando*³⁶⁶. En esta línea, el CPCM ha establecido en

³⁶⁵ Dice el Fernando de la Rúa en este sentido “A diferencia del recurso de apelación que provoca un nuevo examen del caso por parte del juez ad quem, tanto bajo el aspecto factico como bajo el jurídico, el de casación únicamente admite la posibilidad de que el tribunal superior realice un nuevo examen del objeto procesal bajo el segundo aspecto, o sea una revisión jurídica de la sentencia. Por eso ha podido declararse con razón que el tribunal superior no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar ex-novo la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de sentencia, sino que es un supremo guardián del derecho sustantivo y procesal, tanto para evitar la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como la inobservancia de las formas procesales. El error de hecho, o sea la discordancia entre la verdad histórica y su reconstrucción contenida en la sentencia, o la mayor o menor injusticia del fallo, no pueden abrir nunca la vía de la casación”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 104 y 105.

³⁶⁶ Dice al respecto Fernando de la Rúa: “en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia al mandato del legislador, pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal); el derecho es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo posible la aplicación de la sanción o de la coacción que los resguarda”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 98. En el mismo sentido ha sostenido Manuel Barquín Álvarez: “Los errores de derecho se dividen en errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. Los primeros afectan a la conducción del procedimiento, y son una infracción al *iuris procedendi*; mientras que los segundos se presentan en el momento que se decide el fondo del negocio y afectan el *iuris decidendi*. Los errores *in procedendo* se originan cuando las conductas de los particulares en el juicio de primera instancia, incluyendo al juzgador, no se conforman con la conducta que prescriben las reglas del procedimiento, debido a un error en la interpretación de alcance y significado de las normas que prescriben los requisitos y la secuencia de los diversos actos que realizan los individuos dentro de un proceso judicial. Los errores *in iudicando* se presentan cuando la concatenación de las premisas que integran el proceso mental, a través del que decidió el juez sobre el asunto, no se conforman con las

su artículo 521 que “el recurso –de casación- deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho”. Esta disposición devela un límite, tanto para el impugnante en casación, como para el tribunal de casación. Respecto del primero, el objeto estrictamente jurídico del recurso de casación le impide fundamentar su recurso de casación en errores de hecho. Mientras que para el tribunal de casación, implica un límite en su competencia funcional para conocer sobre los vicios cometidos por el tribunal de apelación, no extendiéndose mas allá de los errores jurídicos producidos por aquel. Este carácter del recurso de casación, se vuelve más evidente, cuando se analiza, que en el escrito de formalización del recurso de casación, se exige al recurrente, como requisito, que mencione las normas de derecho infringidas³⁶⁷, artículo 528 CPCM. En este punto, es donde la doctrina sostiene que, en relación a la mención de las normas de derecho infringidas, tiene aplicación limitada el principio *iura novit curia*, debido a que el tribunal de casación puede suplir de oficio, con su conocimiento, los errores cometidos por el recurrente en el escrito de formalización del recurso de casación³⁶⁸, en cuanto a que, el tribunal de

reglas contenidas en las normas jurídicas que rigen su estructura y manifestación”. BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Op Cit.* Pág. 140.

³⁶⁷ Según el artículo 528 del CPCM “El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna y contendrá necesariamente: 1°. La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; y, 2°. La mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados”.

³⁶⁸ **REF. CAS. 113-C-07. 10/01/2008.** “Por la manera cómo está redactado el recurso, apunta a una infracción que encaja en otro sub-motivo específico de fondo, que no es el alegado. O sea, pues, la relación entre el motivo, concepto y precepto infringido, resulta muy deficiente. Con base en lo expuesto, es de concluir, que en este apartado el impetrante ha incurrido en una impropiedad al incoar el recurso. Obvio que, con las deficiencias señaladas, no es dable hacer prevención alguna, desde luego significaría volver a entablarlo, lo que va en contra de lo que dispone el Art. 12 L. de C.; consecuentemente el recurso deviene en este punto en inadmisibile. En lo atingente al Art. 2250 C. es de expresar, que el recurrente no ha manifestado en forma clara y expresa lo que dispone el Art. 10 de la Ley de

casación, tiene el poder discrecional de casar una resolución con base a la invocación de normas jurídicas distintas a las alegadas por el recurrente, no obstante ser esta, una carga procesal que el recurrente debe satisfacer en su escrito de formalización del recurso, como es dejarle plena y claramente establecido cuales son las normas de derecho concretas que estima infringidas por el tribunal de apelación. Esto tiene su asidero legal en el artículo 536 del CPCM.

En este aspecto, debemos señalar, que la anterior Ley de Casación derogada, era más abierta ha permitir que accedieran a la casación, un limitado número de errores de hecho, producidos principalmente por errores de hecho y de derecho en la valoración de la prueba documental³⁶⁹, artículo 3

Casación", en cuanto a indicar el concepto en que ha sido infringido, sino que se limita en señalarlo como violado. El recurso de casación exige en forma precisa y con puntual observancia, el cumplimiento de los requisitos de carácter técnico que establece el Art. 10 L. de C., para interponer el recurso, presupuestos que este tribunal no puede suplir o subsanar de oficio. O sea, pues, no se trata de una omisión de derecho, sino de un yerro del recurrente, por lo que le está vedado al juzgador suplir, desde luego que no es facultad del aplicador de la ley interpretar la voluntad de las partes o suplirla, por cuanto implicaría resolver más de lo que se pide. Art. 203 Pr. C. Consecuentemente, es de concluir, que debe declararse en este punto inadmisibile el recurso". En esencia, nuestra Sala de lo Civil, lo que esta manifestando o reconociendo tácitamente, es que la resolución es ilegal, pero por otros razones o motivos no invocados por el recurrente, yerros sobre los cuales el tribunal de casación no puede hacer prevenciones y menos suplir de oficio los errores del recurrente en casación".

³⁶⁹ El artículo 3 ordinal 8º de la Ley de Casación derogada disponía al efecto: "el recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 8º. Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido 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". Según nuestra jurisprudencia el error de derecho en la valoración dela prueba consiste en: **227-C-2006. 16/01/2008.** "Esta Sala considera que el submotivo Error de Derecho en la apreciación de la prueba consiste, en que el juzgador al apreciar la prueba le da un valor diferente al señalado en la ley. Para entrar a apreciar las pruebas, el juzgador debe apreciar en primer lugar su pertinencia, es decir que se debe considerar su eficacia probatoria con relación a los extremos de la demanda. En el presente caso se está solicitando se declare la prescripción adquisitiva de un inmueble, por haberlo poseído por más de treinta años; lo que se debe probar es la posesión de la persona que lo solicita, por el término señalado en la ley, no el nacimiento de la poseedora en el inmueble. La certificación de la partida de nacimiento de una persona comprueba plenamente su nacimiento, su filiación y su nacionalidad, no su posesión de determinado

ordinal 8º de la Ley de Casación. En cambio, el CPCM es totalmente cerrado, a que accedan a revisión, mediante el recurso de casación, aunque sea en un número mínimo, los errores de hecho y de derecho, producidos, en relación a la valoración de la prueba, ello quizás sea producto del cambio radical en el sistema de valoración de la prueba que establece este nuevo código³⁷⁰, artículo 416 CPCM. De la simple lectura de los artículos 522 y 523 CPCM, que establecen los motivos específicos, de fondo y de forma, respectivamente, que permiten fundamentar el recurso de casación, podemos notar, que ninguno de ellos se refiere al error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba como motivo específico de casación. Siendo que la casación es un recurso extraordinario, en virtud de que solamente procede por motivos específicamente jurídicos taxativamente enumerados por el legislador en la ley, y el segundo aspecto, en la técnica de

inmueble, y el DUI es el documento con el cual comprueba su identidad, no la posesión del inmueble poseído. Por consiguiente, las pruebas relacionadas, que el recurrente manifiesta que no se tomaron en cuenta, no son pertinentes para probar la acción ejercitada en el presente caso; en consecuencia no se presenta el error de derecho alegado, por lo que no es procedente casar la sentencia por este submotivo”. Mientras que el error de hecho en la valoración de la prueba consiste según nuestra Sala de lo Civil: **REF. CA. 160- C-2006. 21/07/2008.** “El submotivo alegado, "error de hecho en la apreciación de la prueba", requiere, para que tenga aplicación, que el juzgador no haya tomado en consideración lo que aparece de un documento auténtico, público o privado reconocido, capaz de variar el fallo. En el caso sub lite, el recurrente sostiene que el Juzgador le dio el mismo valor probatorio a la partida de nacimiento asentada con todos los requisitos legales, a la que no lo fue, circunstancia que no encaja en el submotivo invocado, ya que la partida de nacimiento a la que se refiere el recurrente, sí fue considerada por el juzgador, dándole el mismo valor probatorio de la partida presentada por el demandante. El error de hecho en la apreciación de la prueba, no pretende evaluar si los documentos presentados tienen o no validez, o si el juzgador ha aplicado el valor correcto para cada uno de ellos, ya que eso está regulado en otro submotivo, lo que la infracción alegada pretende amparar, es el hecho que el juzgador no tomo en consideración un documento del cual se desprende un elemento determinante para el fallo, circunstancia que no ocurrió en el caso de autos”.

³⁷⁰ Según el artículo 416 CPCM: “El juez o tribunal deberá valorar la prueba en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. No obstante lo anterior, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado. El juez o tribunal deberá atribuir un valor o significado a cada prueba en particular, determinando si conduce o no a establecer la existencia de un hecho y el modo en que se produjo. Cuando más de una prueba hubiera sido presentada para establecer la existencia o el modo de un mismo hecho, dichas pruebas deberán valorarse en común, con especial motivación y razonamiento”.

formalización del recurso de casación, que debe satisfacer el recurrente es, mencionar el motivo o motivos concreto constitutivos del fundamento del recurso de casación, es que debemos afirmar de manera irrefutable, que el error de hecho y de derecho como motivo específico de casación, que contemplaba la anterior ley de casación derogada, actualmente no esta erguido como motivo específico de casación en el CPCM.

6.6.6 ES DE ESTRICTO RIGOR FORMAL

Normalmente, el recurso de casación se ve revestido o envuelto en la mayoría de legislaciones, de un número excesivo y estricto de solemnidades³⁷¹, superior al que envuelve generalmente la realización de un acto procesal cualquiera del proceso³⁷². Este rigor formal es producto del carácter extraordinario y de estricto derecho del recurso de casación. Pues en relación al carácter extraordinario el recurso de casación procede exclusivamente por motivos taxativamente enumerados por el legislador en la ley. En relación al segundo aspecto, el recurso de casación tiene por objeto

³⁷¹ “Dada la índole de extraordinario y de derecho estricto que tiene el recurso de casación, todas las legislaciones que lo han adaptado lo someten a rigurosas exigencias formales que circunscriben, depuran y reglamentan los plazos, condiciones y formalidades de su admisibilidad. La procedencia del recurso de casación es pues restringida (numerus clausus), pero la interpretación restrictiva de los preceptos legales que lo establecen, no debe ser llevada al extremo de tornar nugatorio el uso de este medio procesal que sirve para impugnar resoluciones definitivas sumamente importantes”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 7.

³⁷² A esta característica subalterna del recurso de casación se refiere Manuel de la Plaza, pues, según este, es el reflejo de la condición pública del recurso de casación dirigido a “conseguir sus fines propios, con indudable preferencia sobre los mas secundarios que los particulares puedan seguir, si por un lado, como acabamos de ver, limita extraordinariamente los poderes del organismo jurisdiccional, por otro, condiciona acuciosamente la actividad de las partes, con el notorio propósito de impedir que se frustren aquellos supremos designios. No es que en la ordenación de los demás recursos no se trate, como en todos los actos del proceso, de encauzar la actividad de los que en el intervienen; es, si, que en el recurso de casación, la previsión del legislador es mayor, porque esta en el interés del Estado evitar que el recurso se desvíe habilidosamente por derroteros que pudieran desnaturalizar su fin peculiar, al que, una vez hemos de repetirlo, esta subordinado al interés de las partes”. DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 35 y 36.

únicamente la revisión de los errores de derecho. Rigidez formal que condiciona de entrada no solamente su estimación a *posteriori* sino también su simple admisión. Este estricto rigor formal, es una carga impuesta al recurrente en casación, que debe satisfacer puntualmente en su escrito de formalización del recurso³⁷³, artículo 528 CPCM. Pues en casación, se reduce la vigencia del principio *iura novit curia*, no pudiendo el tribunal de casación, suplir de oficio el yerro del recurrente en determinados aspectos, errores sobre los cuales no es posible efectuar ningún tipo de prevención³⁷⁴. En relación, a la mención correcta de los motivos específicos que fundamentan el recurso, es absoluta la premisa, que el tribunal de casación no puede casar una resolución por motivos diversos a los invocados por el recurrente, lo que en esencia significa, que el tribunal de casación ha determinado que la resolución del tribunal de apelación es ilegal pero por otros motivos o razones distintos a los alegados por el recurrente³⁷⁵, artículo

³⁷³ **REF. CAS. 113-C-07. 15/10/2008.** “La técnica casacional exige en forma precisa, clara y con puntual observancia, el cumplimiento de los requisitos de carácter técnico que establece el Art. 10 L. de C., para Interponer el recurso de casación, presupuestos que este tribunal no puede suplir o subsanar de oficio”.

³⁷⁴ **REF. CAS. 113-C-07. 10/01/2008.** “Como es sabido, el impetrador debe ilustrar de manera clara y precisa al tribunal casacional para que éste quede sabedor e instruido sobre en qué consiste la infracción que se espera que dirima. La Sala, en reiterados fallos ha subrayado que no sólo se debe expresar la situación judicial que a juicio del recurrente se ha infringido determinadas normas, sino, principalmente, el porqué o cómo el fallo de segunda instancia ha infringido la ley; situación que en el caso sub-júdice no aparece inequívocamente consignada. Máxime que las disposiciones citadas se refieren a situaciones diferentes. La técnica casacional, repetimos, exige la puntual observancia y exactitud de los requisitos que establece la ley de la materia en el Art. 10. Resulta obvio, que la serie de imprecisiones cometidas, tornan imposible formular prevención, ya que de hacerlo, equivaldría que el recurrente incoase nuevo recurso, circunstancia que la ley de la materia no permite. Arts. 8 y 12 L. de C”.

³⁷⁵ **REF. 120-C-2007. 28/03/2008.** “Vale comentar, que en el caso de mérito, la Cámara sentenciadora, seleccionó e interpretó debidamente la norma aplicable al caso concreto (premisa mayor), así mismo apreció correctamente los hechos (premisa menor); pero la conclusión contenida en el Fallo, no es la que razonablemente corresponde al caso discutido, por lo que estamos en presencia de un error cometido en la conclusión, que dentro

536 CPCM. En relación a la mención de las normas de derecho infringidas y a la fundamentación de los motivos, la doctrina, ha sostenido que el tribunal de casación si puede suplir de oficio el yerro del recurrente, es decir, que el tribunal de casación, tiene el poder discrecional, de casar una resolución, con una fundamentación o con base a normas jurídicas distintas a las invocadas por el recurrente, artículo 536 CPCM.

Estos requisitos solemnes, que debía reunir el escrito de interposición del recurso de casación, eran, según el artículo 10 de la Ley de Casación: uno, el motivo en que se funde, dos, el precepto que se considere infringido, y tres, el concepto en que se haya cometido la infracción. En el mismo sentido, se había pronunciado nuestra Sala de lo Civil, en su jurisprudencia creada durante la vigencia de la anterior Ley de Casación, sobre los requisitos o elementos esenciales que debía contener el escrito de formalización del recurso de casación, negando inclusive la posibilidad de hacer prevenciones, en caso de incumplirse los presupuestos que exigía el artículo 10 de la Ley de Casación³⁷⁶.

del silogismo judicial –sentencia-equivale al Fallo; y esto queda evidenciado, porque habiendo argumentado el Ad quem, que de conformidad al Art. 30 L.E.N.J.V. Y O.D., las fotocopias certificadas presentadas por el actor no hacen fe, concluyó en el Fallo que había ineptitud de la demanda, conclusión que no es la que sobriamente correspondía declarar, pues, el que no haga fe la prueba presentada por el actor, no conduce a la ineptitud de la demanda; en ese orden de ideas, es obvio que el impetrante erró en la invocación del sub motivo invocado, por lo que también se impone declarar que no ha lugar a casar la sentencia, de que se ha hecho mérito”.

³⁷⁶ **REF. CAS. 113-C-07. 10/01/2008.** “Por la manera cómo está redactado el recurso, apunta a una infracción que encaja en otro sub-motivo específico de fondo, que no es el alegado. O sea, pues, la relación entre el motivo, concepto y precepto infringido, resulta muy deficiente. Con base en lo expuesto, es de concluir, que en este apartado el impetrante ha incurrido en una impropiedad al incoar el recurso. Obvio que, con las deficiencias señaladas, no es dable hacer prevención alguna, desde luego significaría volver a entablarlo, lo que va en contra de lo que dispone el Art. 12 L. de C.; consecuentemente el recurso deviene en este punto en inadmisibles. En lo atinente al Art. 2250 C. es de expresar, que el recurrente no ha manifestado en forma clara y expresa lo que dispone el Art. 10 de la Ley de Casación”, en cuanto a indicar el concepto en que ha sido infringido, sino que se limita en

Respecto a este rigor formal que envuelve al recurso de casación, ni el nuevo CPCM ha atenuado las solemnidades a que debe sujetarse el escrito de formalización de este recurso. Basta para deducir lo anterior, realizar un simple análisis comparativo entre los requisitos que exigía el artículo 10 de la Ley de Casación derogada, y los requisitos que exige actualmente el artículo 528 del CPCM, así según este último artículo: “El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna y contendrá necesariamente: 1º. La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; y, 2º. La mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados”. No profundizaremos en el estudio de cada uno de estos requisitos de forma, que debe contener el escrito del recurso de casación, porque el capítulo octavo y noveno tienen por objeto el estudio puntual y profundo de todos y cada uno de los requisitos que exige el artículo 528 CPCM, disposición que no obstante parecer a primera vista corta es profunda en su contenido, pues contiene los aspectos básicos y elementales de la técnica de casación.

señalarlo como violado. El recurso de casación exige en forma precisa y con puntual observancia, el cumplimiento de los requisitos de carácter técnico que establece el Art. 10 L. de C., para interponer el recurso, presupuestos que este tribunal no puede suplir o subsanar de oficio. O sea, pues, no se trata de una omisión de derecho, sino de un yerro del recurrente, por lo que le está vedado al juzgador suplir, desde luego que no es facultad del aplicador de la ley interpretar la voluntad de las partes o suplirla, por cuanto implicaría resolver más de lo que se pide. Art. 203 Pr. C. Consecuentemente, es de concluir, que debe declararse en este punto inadmisibles los recursos”. En esencia, nuestra Sala de lo Civil, lo que está manifestando o reconociendo tácitamente, es que la resolución es ilegal, pero por otros razones o motivos no invocados por el recurrente, yerros sobre los cuales el tribunal de casación no puede hacer prevenciones y menos suplir de oficio los errores del recurrente en casación.

6.7 FINALIDAD O FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Uno de los aspectos más importantes que envuelve el estudio del recurso de casación, lo es, determinar, la función o finalidad que su instauración esta destinada a desempeñar en un sistema procesal. En cuanto a este punto, y a lo largo de la evolución de este instituto, la doctrina le ha ido atribuyendo fines divergentes al recurso de casación, no en cuanto a la sustitución o eliminación de un fin por otro, sino en cuanto a la preponderancia o primariedad de un fin sobre los demás³⁷⁷. Siendo esto así, resulta que la doctrina le ha atribuido tres grandes fines al recurso de casación, unos propios a la naturaleza procesal de la casación y otros de naturaleza política o extraprocesal, así se atribuyen como fines principales que esta destinado a cumplir la casación, una función nomofilactica o protectora de la norma jurídica (función política), una función uniformadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación del derecho (función procesal), y un fin de defensa de los derechos subjetivos de las partes (función procesal).

6.7.1 LA DEFENSA DEL *IUS CONSTITUTIONIS*: Función Pública del Recurso de Casación

En este sector de la doctrina, se encuentran los autores que le dan preponderancia a la función pública del recurso de casación sobre la función

³⁷⁷ CARAVANTES citado por Manuel de la Plaza ha sostenido que “el objeto de la casación..., no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio o agravio inferido a los particulares con las sentencias ejecutorias, o el remediar la vulneración del interés privada, cuanto el atender a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes o doctrinas legales” DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 11. “La casación navega entre dos aguas bien distintas: la satisfacción del interés del recurrente en la solución concreta del caso específico y el interés general en una jurisprudencia uniforme. Pese a la existencia de la llamada “teoría de las equivalencias” no parece posible que la casación pueda servir por igual a ambos fines, razón por la cual debe hallarse un orden jerárquico que resuelva el conflicto entre interés particular e interés general”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 21.

privada. Dentro de esta función pública, un sector de la doctrina le atribuye a la casación como fin principal la defensa del derecho objetivo y otro sector le atribuye la función uniformadora de la jurisprudencia. En ese sentido consideran, que la finalidad principal a la que debe obedecer la instauración del recurso de casación únicamente es o lo puede ser, o bien la protección de la norma jurídica, función *nomofilactica*, o bien la función unificadora de la jurisprudencia³⁷⁸, relegando a un segundo plano, como fin de la casación, la protección del *ius ligatoris*, es decir, el derecho particular de los litigantes. Los que propugnan por asignar a la casación como función principal la protección de la norma jurídica o función nomofilactica parten de la función originaria de la casación, que surgió como un mecanismo político adscrito al poder legislativo para reprimir las violaciones al texto de la ley por los órganos judiciales cuando estos la aplicaban a los casos concretos. Mientras que los que pregonan por dar prioridad a la función uniformadora de la casación, parten de la necesidad, de unificar el criterio de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, como mecanismo para salvaguardar la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica.

³⁷⁸ En este sentido dice Manuel de La Plaza: “Dentro de ese designio crítico y en muchos aspectos constructivo, que constituye el fin fundamental de la casación, precisa ver, para formar cabal idea de lo que el recurso es, sobre que actividades versa la función fiscalizadora; porque si reducimos su cometido a la defensa del derecho objetivo..., queda, doctrinalmente, fuera del ámbito de la casación, cuanto tiende a lograr que la interpretación de las normas, adquiera aquellos caracteres de unidad en que estriba la certeza, y que es la mas segura garantía de los justiciables que a los tribunales acuden; y si reputamos, por el contrario, que el instituto de la casación solo esta concebido en contemplación del logro de este segundo objetivo, limitamos extraordinariamente el campo propio del recurso, con olvido del móvil fundamental a que su creación obedeció. Parece, y hemos de verlo pronto, que la suprema función revisora de las actividades judiciales, que se atribuye al tribunal de casación, tanto tiende a defender el derecho objetivo, en su expresión formal, como a vedar que, por los desvaríos de una aplicación caprichosa, se quebrante aquella unidad que, por obvias razones de conveniencia social y aun política, debe presidir su interpretación”. DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 16.

6.7.1.1 FUNCIÓN PROTECTORA DE LA NORMA JURÍDICA: Función *Nomofiláctica*

Originalmente, el recurso de casación nació como un mecanismo destinado a proteger el texto de la ley de las violaciones de los órganos jurisdiccionales, nos referimos a la función *nomofiláctica*³⁷⁹ asignada a la casación por los revolucionarios franceses. Ley que se presumía absoluta sin necesidad de ser interpretada por el juzgador³⁸⁰. Para este sector de la doctrina, el fin fundamental que el recurso de casación desempeña en un sistema judicial, es, la defensa fiel de la ley, de las posibles transgresiones de los juzgadores al aplicarla a los casos concretos³⁸¹. Muestra irrefutable de lo anterior, es que, históricamente, el recurso de casación, desde sus orígenes hasta la actualidad, únicamente ha podido fundarse en la infracción o violación a la norma jurídica “*contravention au texte de la loi*” decía la ley Francesa de

³⁷⁹ Para Marcos Loredó Colunga que da predominancia a la función privada del recurso de casación “La llamada nomofilaxis hace referencia a la función propia de los órganos jurisdiccionales a través de la cual pretenden asegurar la correcta aplicación de las normas en los supuestos para los que están previstas”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 201. Mientras que para Vicente Guzmán Fluja que da primacía a la función uniformadora de la casación la palabra nomofilaxis hace referencia a que según el “la interpretación de la ley es “una” y “verdadera”, lo que se quiere garantizar mediante la función nomofiláctica es que se establezca el exacto significado abstracto de la norma jurídica”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 41.

³⁸⁰ Así lo ha sostenido Vicente Guzmán Fluja: “Uno de los elementos que más peso tuvo en la configuración originaria del recurso de casación por la Asamblea Constituyente francesa en 1790, fue la constante rebelión de los Parlements a la hora de aplicar las leyes dictadas por el soberano, haciendo de ellas interpretación libre. Ello unido a la creencia, bajo el imperio de los postulados positivistas de Rousseau y Montesquieu, en la absoluta plenitud de la ley cuya interpretación era, por lo mismo, innecesaria, condujo a sancionar a través de la casación cualquier “*contravention expresse au texte de la loi*”, que pudieran cometer los órganos judiciales al aplicar las leyes. De esta forma, se buscaba la protección de la ley en sí misma, salvaguardar su texto literal de cualquier modificación que pudieran realizar en el los tribunales de justicia al aplicarlo o interpretarlo. Se afirma, así, que la casación francesa nació con una evidente finalidad nomofiláctica, de defensa o conservación de la ley”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 39.

³⁸¹ Respecto al función Nomofiláctica ha sostenido Enrique Vescovi “La primera finalidad, no hay duda, es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la defensa de la primacía del órgano legislativo. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, como surge de las fuentes romanas (*ius constitutionis*) y en algunos estados modernos”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 236.

1790, y casi nunca la casación, ha tenido por objeto de fundamentación, los errores de hecho, a no ser que limitada y excepcionalmente referida a los errores de hecho y de derecho en la valoración de la prueba³⁸², artículo 3 ordinal 8 de la Ley de Casación. En nuestro país, la experiencia nos ha demostrado, que tradicionalmente el recurso de casación, principalmente ha debido fundamentarse para ser admisible, en la violación o infracción de la norma de derecho, ya sea esta sustantiva o procesal, y solo excepcionalmente la Ley de Casación derogada admitía que el recurso de casación podía fundamentarse en un error de hecho en la valoración de la prueba, según el artículo 3 ordinal 8º de la Ley de Casación.

Esta tradición se ha mantenido más vigente que nunca en el nuevo CPCM, pues ha dispuesto este cuerpo normativo, que el recurso de casación únicamente puede fundamentarse en una infracción en la norma de derecho, según el artículo 521 CPCM, y dentro de los motivos específicos, se ha suprimido, a diferencia de la Ley anterior de Casación que si lo contemplaba, el error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba. En ambos casos, tanto la Ley de Casación derogada, exigía que en el escrito de formalización del recurso de casación debían citarse los preceptos de la ley que se estimaban infringidos, artículo 10 de la Ley de Casación derogada. Hoy el CPCM, exige, en similar sentido, la mención de las normas de derecho infringidas, como requisito que debe contener el escrito de formalización del recurso de casación para ser admitido, artículo 528 CPCM. La jurisprudencia establecida en nuestro país, no obstante su evolución actual, que se inclina, por dar mayor preponderancia, a la función uniformadora del recurso de casación, nunca ha desconocido, ni negado, la

³⁸² Según el artículo 3 ordinal 8º de la Ley de Casación derogada: “El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido 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”.

función nomofiláctica del recurso de casación, es decir, la función protectora de la norma jurídica, que desempeña el recurso de casación en la organización jurisdiccional de nuestro país, y así se ha manifestado en numerosa jurisprudencia reconociendo que uno de los fines del recurso de casación es la defensa de la norma jurídica, del derecho objetivo³⁸³.

En esta línea de pensamiento que da preponderancia a la función *nomofiláctica* del recurso de casación, encontramos al clásico maestro italiano de la casación Piero Calamandrei³⁸⁴, a los españoles Manuel de la

³⁸³ **REF. S.D. 30/04/2002.** “la sala de lo civil considera que el motivo específico “violación de ley” consiste en la no aplicación de la norma vigente que era aplicable al caso concreto; es la negación o el desconocimiento del precepto legal, de la voluntad abstracta de la ley, del derecho objetivo, cuya defensa es uno de los fines de la casación”. Así también según nuestra sala de lo civil, se ha referido en su jurisprudencia a la exposición de motivos de la derogada ley de casación ha sostenido que: **REF. 171-C-2004 DEL 06.04.2005.** “la exposición de motivos de la ley de casación, expresa: “la finalidad del recurso de casación es doble. En primer lugar, como lo concreta en sagaz expresión Donnedieu de Vabres, “la casación vigila la obra del juez, asegura el respeto a la ley y mantiene la unidad de la jurisprudencia”, tiene por misión mantener la exacta observancia de las leyes por parte de los órganos encargados de la función jurisdiccional. En segundo lugar se dirige a la protección suprema del interés privado, que puede ser lesionado por las sentencias en que se quebranta la ley en el fondo o en la forma... en resumen, como bien dice Aloisi, la casación “responde a la necesidad de organizar un sistema de suprema garantías a fin de mantener la exacta observancia de la ley”. Como puede verse, los redactores del proyecto de la ley de casación, se refirieron, a no dudarlo, a la ley secundaria”. **REF. 216-C-2006. 09/01/2008.** “Sobre el submotivo violación de ley esta Sala hace las siguientes observaciones: Tiene lugar tal infracción de ley, cuando existe falta de aplicación de una norma, producida por el empleo de otra norma o extraña al impertinente o extraña al caso. Lo que trata de proteger esta causal es la esencia y contenido de las normas de derecho, que son las que constan en cualquier código o ley vigente; recae sobre la pura aplicación del derecho, ya que si la sentencia viola conceptos de una ley sustantiva o de fondo, hay error de juicio del juzgador, por eso se llama violación directa de la ley. Sobre el Art. 1026 Pr. C. se advierte que el tal contiene la obligación del juzgador de Segunda Instancia de ser congruente en sus resoluciones, razón por lo cual si se infringe el mismo, la tal infracción será siempre, la contemplada en el numeral cuarto del Art. 3 de la ley de casación”.

³⁸⁴ Para el maestro Italiano Piero Calamandrei la definición mas precisa del instituto de la casación debe ser interpretada en este sentido: “que la Corte de Casación debe entenderse instituida para mantener la exacta observancia por parte de los órganos jurisdiccionales de la norma que prescribe a los mismos decidir según la ley las controversias confiadas a su juicio”. CALAMANDREI, Piero. *Op Cit.* Pág. 50.

Plaza³⁸⁵ y Juan Montero Aroca³⁸⁶, al uruguayo Enrique Vescovi³⁸⁷ y al salvadoreño Julio Fausto Fernández³⁸⁸.

6.7.1.2 FUNCIÓN UNIFORMADORA DE LA JURISPRUDENCIA

Una función que actualmente tiende a imponerse sobre las demás funciones asignadas al recurso de casación, es, la función uniformadora³⁸⁹. Partiendo

³⁸⁵ Para Manuel de la Plaza “Cualquiera que se la posición que se adopte en punto a las relaciones entre estado y derecho, no es posible negar al primero, con serio fundamento, la facultad de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas y por su recta observancia; la lucha, en las doctrinas y en las realidades históricas, se mantiene en el campo de su actividad creadora de normas, que constituye una faceta de la función jurídica que lleva a cabo; pero, en otro aspecto, no se pone en tela de juicio la necesidad de que, en bien de la comunidad social vigile y fiscalice la aplicación de las normas, en el desempeño de una función jurisdiccional que ejercen en su nombre los tribunales de justicia... en cualquier supuesto, lo que no ofrece duda alguna..., es que cuando el Tribunal de Casación censura, a la luz de las normas que debieron ponerse en juego, las actividades de los tribunales, cumple una función de defensa del derecho objetivo, que acentúa el carácter constitucional del recurso”. DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 14 y 19.

³⁸⁶ “En la línea de mantener un control integral sobre las actuaciones judiciales, el recurso de casación es el complemento necesario del de infracción procesal, porque si en éste se vela por la pureza de las formas, las garantías procesales y para que de las causas civiles sólo conozcan los órganos que legalmente deben conocer; el recurso de casación controla el correcto entendimiento y aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de litigios concretos, al tiempo que unifica los criterios a seguir en la interpretación de aquéllas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares”. MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José. *Op Cit.* Pág. 448.

³⁸⁷ Dice Enrique Vescovi en este punto: “la primera finalidad, no haya duda, es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la supremacía del órgano legislativo. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, como surge de las fuentes romanas (*ius constitutionis*) y en algunos Estados Modernos”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 238.

³⁸⁸ “En verdad –dice Julio Fausto Fernández- la finalidad de unificar la jurisprudencia, que se atribuye a la casación, es secundaria; mejor dicho, esta finalidad debe ser tenida como consecuencia del propósito fundamental de la institución, cual es, el de velar por la correcta aplicación de la ley... El fundamento de la casación es de orden publico, puesto que ella persigue la satisfacción de un interés eminentemente social, cual es la de asegurar la exacta observancia de la norma legal en la administración de justicia, a fin de que sea una viva realidad el principio de igualdad ante la ley de todos los hombres”. FERNÁNDEZ, Julio Fausto. *Op Cit.* Pág. 5 y 6.

³⁸⁹ Esta finalidad es posterior a la función nomofilactica, así según Enrique Vescovi “La función de unificar la jurisprudencia se le agrega luego, y aparece también como esencial, en la doctrina tradicional; inclusive, como lo vimos, ha servido para conformar la unidad jurídica

de una realidad básica, que se pretende contrarrestar, mediante la instauración del recurso de casación en un sistema judicial dado, cual es, la posibilidad de que distintos tribunales puedan asignar a una misma norma jurídica significados diferentes, o lo que todavía es, aun mas grave, que un mismo tribunal pueda asignar a una misma norma jurídica en momentos o casos diferentes significados diversos, con lo cual se pone en peligro dos derechos fundamentales como son la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad y certidumbre jurídica, esta función tiene por objeto contrarrestar algo que se ha vuelto común en nuestros días, la existencia de jurisprudencia contradictoria entre nuestros tribunales³⁹⁰. En este sentido, la casación tiene como función principal, uniformar el criterio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, entre los tribunales inferiores, como mecanismo de salvaguardar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, y la seguridad y certidumbre jurídicas mediante la jurisprudencia creada por el tribunal de casación, como máximo interprete de la norma de derecho³⁹¹.

en varios países... para ello se requiere un único órgano de casación nacional". VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 236.

³⁹⁰ "En primer termino, y partiendo de una realidad completamente cierta hoy cual es la existencia de normas jurídicas que admiten mas de una interpretación razonable y jurídicamente correcta en su tenor literal, esta claro que la que elige el tribunal... en su tarea uniformadora debe ser una de ellas, y la misma condición cabe exigir ante cualquier cambio que se produzca por la vía de la depuración de nuevas interpretaciones o aplicaciones judiciales. En este sentido, puede decirse que no es dable la renuncia de antemano a buscar y encontrar no el significado exacto de la norma, pero si el mas exacto de entre los posibles y razonables que pueda tener; mas exacto, mas correcto e, incluso, mas justo, con tal de que se repunte tal la interpretación sostenida por las mejores razones, esto es, las mas justas por la corrección del procedimiento para su elección y la aceptabilidad de los criterios sobre los que dicha elección se funda". GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 44.

³⁹¹ Para Manuel de la Plaza el Estado ahora y como siempre ha necesitado un órgano que en su calidad de juez supremo precise "como garantía positiva de certidumbre jurídica, que ante el evento, mas que posible, de la multiplicidad de interpretaciones, un órgano, singularmente capacitado para esa función, imprimiese una dirección única a la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que fuese su rango; cuidase de evitar que no se aplicasen o fuesen indebidamente aplicadas, y procurase, al par, que a pretexto de interpretarlas, no se desnaturalizase por error, su alcance y sentido, de tal modo, que, en el fondo, y por uno u otro concepto, quedasen infringidas". DE LA PLAZA, Manuel. *Op Cit.* Pág. 11. La multiplicidad de interpretaciones por los diversos tribunales encargados de administrar justicia, demuestra de manera innegable la posibilidad de asignar a una misma

Para lograr este fin uniformador de la jurisprudencia mediante el recurso de casación, es de suma importancia, el carácter único y con jurisdicción en todo el territorio nacional del órgano jurisdiccional encargado de conocer el recurso de casación³⁹².

Modernamente, un paladín que se ha pronunciado franca y abiertamente por la necesidad de dar preponderancia a la función uniformadora del recurso de casación es el español Vicente Guzmán Fluja, quien de entrada ha sostenido que *“la primordial finalidad que debe acometer y satisfacer el recurso de casación en la actualidad es la de uniformar la jurisprudencia, con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad ante la (aplicación e interpretación de la) ley, así como los principio de seguridad y de certidumbre jurídica”*³⁹³. Según este autor la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica mediante la función uniformadora del recurso de casación, consisten respectivamente: *“En primer lugar, el principio de igualdad ante la ley, esto es, el derecho fundamental a que, ante supuestos sustancialmente semejantes, la norma jurídica se aplique e interprete sin diferencia a los distintos sujetos; en segundo lugar, el principio garantizador de la seguridad y certidumbre jurídicas, es decir, la existencia de una línea unitaria y constante de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, que solo puede variar, si existe una razonada y exhaustiva motivación, hacia otra línea igualmente*

norma jurídica significados diferentes, y esto constituye una de las razones fundamentales para justificar la existencia del recurso de casación.

³⁹² “No se puede terminar la exposición que precede sin insistir en la extraordinaria importancia que tiene, desde la perspectiva de la tarea unificadora, el carácter único, y con jurisdicción en todo el territorio en que rigen las normas jurídicas sometidas a control, del órgano jurisdiccional encargado de conocer de los recursos de casación. En realidad solo esta configuración permite acometer la tarea uniformadora con garantías ciertas de hacer realidad el principio de igualdad ante la ley y los principios de seguridad y de certidumbres jurídicas”. GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 36. “según esto, debe impedirse tanto la distribución del conocimiento de los asuntos entre distintos órganos como la limitación del recurso a los supuestos que presenten contradicción jurisprudencial, pues ello dificultaría las posibilidades de evolución”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 203.

³⁹³ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 25.

*constante y uniforme, para de esta forma conseguir un acierto, y necesario, grado de previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales de las controversias*³⁹⁴. Lo anterior pasa según este mismo autor “*por restringir los motivos que permiten recurrir en casación, reduciéndolos a uno principal: infracción de ley siempre que se dictare una resolución judicial que resultara contradictoria con otra resolución dictada por el mismo u otro tribunal de idéntico grado..., quedando sin acceso las infracciones de ley que no conllevaran discriminación ni alteración del principio de igualdad*”³⁹⁵.

Siendo que esta función del recurso de casación, envuelve valores de rango constitucional, como son, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica, consagrados en el artículo 3 y 1 de nuestra Carta Magna, respectivamente, resulta imprescindible establecer, que es lo que entiende el tribunal supremo en esta materia, es decir, que significan según nuestra Sala de lo Constitucional, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica.

Respecto al primer valor positivo de nuestra Constitución, nuestra Sala de lo Constitucional, ha sostenido que: “respecto al derecho de igualdad ante la ley, ésta puede manifestarse como principio y derecho, pero en ambos casos implica que a los supuestos de hecho semejantes deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que también sean iguales; es decir, que a pesar de las situaciones de diferenciación establecidas y justificadas por el legislador en la norma, éstas al momento de ser aplicadas, deben serlo de igual forma a todos aquellos que pertenezcan al rango de homogeneidad establecido por el legislador. En otras palabras, las resoluciones o determinaciones que se adopten respecto al goce y ejercicio de los derechos de las personas, deben ser las mismas, una vez efectuado el análisis de iguales presupuestos de hecho, evitando así cualquier violación consistente

³⁹⁴ GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit.* Pág. 25 y 26.

³⁹⁵ *Ibidem.* Pág. 36.

en que un mismo precepto o cuerpo normativo se aplique o inaplique arbitrariamente en casos idénticos con evidente desigualdad. Esto no obsta para que el aplicador de la norma, pese a tratarse de casos sustancialmente iguales, modifique el sentido de sus decisiones, siempre que su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y motivada”³⁹⁶.

En relación al segundo valor positivo de nuestra Constitución ha dicho nuestra Sala de lo Constitucional: “acerca de la seguridad jurídica, ésta ha sido conceptuada como la certidumbre del imperio de la ley, en el sentido que el Estado protegerá los derechos de las personas tal como la ley los declara, imponiéndole, además, el deber insoslayable de respetar y asegurar la inviolabilidad de los derechos constitucionales, delimitando de esa manera las facultades y deberes de los poderes públicos. En ese sentido, esta Sala ha expresado su posición en anteriores resoluciones sosteniendo que seguridad jurídica es la "certeza que el particular posee que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente". De ahí que el Estado y sus funcionarios estén obligados a respetar los principios constitucionales dado el carácter de éstos como ideas rectoras del accionar público. En ese orden de ideas, una de las maneras de potenciar la seguridad jurídica -y, en general, los derechos constitucionales de los gobernados- por parte de los aplicadores de la ley, es pronunciar resoluciones debidamente fundamentadas de tal forma que, a través de los motivos y argumentos que en ellas se expresen, los gobernados conozcan las razones de la decisión y tengan la posibilidad de controvertirla. Y es que, la obligación de fundamentación no es un mero formalismo procesal o procedimental; por el contrario, su observancia permite a los justiciables conocer las razones en las que se funda la autoridad para aplicar la norma

³⁹⁶ REF. 405-2007. 08/09/2010.

de que se trata, asegurando, de esta manera, una decisión prevista en la ley y posibilitando una adecuada defensa. Esta obligación de motivación por parte de los jueces y/o funcionarios no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso o procedimiento, sino que el deber de motivación que la normativa constitucional impone está referido a que en los proveídos se exterioricen los razonamientos que cimienten la decisión, debiendo ser la motivación lo suficientemente clara para que sea comprendida³⁹⁷.

³⁹⁷ REF. 405-2007. 08/09/2010.

CAPITULO VII (Continuación)

GENERALIDADES DEL RECURSO DE CASACION

SUMARIO: 7.1 Introducción; 7.2 La Defensa del *ius Ligatoris*: Función Dikelógica; 7.3 Criterio Legislativo y Jurisprudencial en Nuestro País sobre los Fines de la Casación; 7.4 Nuestro Criterio sobre las Funciones del Recurso de Casación: Dependencia y Resultado; 7.5 Las Resoluciones Recurribles Mediante el Recurso de Casación en Materia Civil y Mercantil; 7.6 Resoluciones Irrecurribles en Casación en Materia Civil y Mercantil: Improcedencia del Recurso de Casación; 7.6.1. Por la Clase de Resolución; 7.6.2 Por el Grado en que la Resolución es Pronunciada; 7.6.3 Por el Tipo de Proceso en que La Resolución es Pronunciada; 7.6.4 Por Ser Pronunciada la Resolución en Diligencias de Jurisdicción Voluntaria; 7.7 El Agravio en Casación; 7.8 La Legitimación para Recurrir en Casación; 7.9 La Competencia para Conocer el Recurso de Casación; 7.10 El Plazo de Interposición del Recurso de Casación; 7.11 La Forma de Interposición del Recurso de Casación.

7.1 INTRODUCCIÓN

Este capítulo es una continuación del capítulo anterior, en el que nos corresponde examinar, además de concluir la función privada del recurso de casación, y establecer el criterio jurisprudencial y legal sobre los fines del recurso de casación, y sentar nuestro propio criterio sobre este polémico tema, principalmente nos corresponde estudiar, los presupuestos de procedencia y admisibilidad del recurso de casación en el nuevo CPCM, en los presupuestos de procedencia se comprende el tema de las resoluciones recurribles en casación, el agravio en casación, la legitimidad para interponer el recurso de casación, y la competencia para conocer el recurso de casación, en el tema de los presupuestos de admisibilidad se estudia el plazo y la forma de interponer el recurso de casación.

7.2 LA DEFENSA DEL *IUS LIGATORIS*: FUNCIÓN *DIKELÓGICA*

El giro de trescientos sesenta grados lo dan, quienes en franca posición antagónica, a la primacía de la función pública del recurso de casación, sostienen que la función principal o fundamental a que obedece el recurso de casación debe ser la tutela o defensa de los derechos subjetivos de los litigantes. Es lo que Hitters³⁹⁸ menciona como función *dikelógica*. En esta línea de pensamiento encontramos a autores como el Argentino Fernando de la Rúa, el Español Marcos Loredó Colunga³⁹⁹, y el Costarricense Jorge Fábrega Ponce⁴⁰⁰, entre otros. El problema lo plantean, partiendo de un análisis diametralmente opuesto, a los que sostienen la predominancia de la función pública, negando que un instituto del proceso, no puede tener esos fines políticos o extraprocesales que los publicistas le atribuyen a la casación. Para estos, el fin primario que debe satisfacer el recurso de casación es la tutela de los derechos subjetivos de los litigantes. El interés particular no puede verse como secundario o subordinado al interés público

³⁹⁸ “Es lo que Hitters menciona como función *dikelógica*, esto es, la de hacer justicia del caso concreto; apareciendo entonces como un medio impugnativo (recurso), impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia... -ello debido a que- es el particular perjudicado quien tiene legitimación para interponerlo, y los poderes del órgano de casación están limitados, como en los medios impugnativos ordinarios, por los motivos (causales) invocados por el recurrente”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 237.

³⁹⁹ “Tomamos entonces como punto de partida el predominio del interés particular de los litigantes, que se satisface en principio a través de la resolución definitiva del pleito por el propio órgano de casación pero que precisa que el recurso se configure con una amplitud suficiente para permitir el acceso al mismo de los distintos asuntos. Se abre así camino la concepción de la casación como último recurso supremo con que cuentan los litigantes para alcanzar la determinación del derecho para el caso concreto”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 199.

⁴⁰⁰ Jorge Fábrega Ponce a señalo de manera muy atinada como argumentos para sostener la predominancia de la función *dikelógica* del recuso de casación las siguientes razones: “En nuestra legislación la finalidad del recurso es servir de remedio a las partes en contra de errores en que incurre el tribunal de instancia. La función nomofilactica de la corte –que quizás se da en Francia e Italia- -defensa pura de la ley- ha sido un enunciado platónico de la jurisprudencia nacional y de algunos de nuestros más distinguidos juristas..., inspirados en manifestaciones de la doctrina extranjera, sin fuerte contenido realista en nuestro derecho. Un análisis científico no puede prescindir del ordenamiento jurídico positivo. En otro lugar hemos refutado esta tesis. FÁBREGA PONCE, Jorge. *Casación*. Primera Edición. Editorial Varitec. S.A. San José, Costa Rica, 1995. Pág. 31.

debido a que la casación es por naturaleza un recurso y como tal insertado en el proceso, el análisis es mas o menos el siguiente: el recurrente no puede verse como un mero instrumento de que se vale el sistema para satisfacer los fines públicos de la casación, sino que llevada la justicia del caso concreto el sistema es el que se beneficia con los recursos particulares de los litigantes⁴⁰¹. Partiendo de lo anterior, proceden a hacerle duras críticas a los que atribuyen una función pública al recurso de casación, señalando que estos fines –el nomofiláctico y el uniformador- quizás podrían tener vigencia practica en la casación Francesa, Italiana o Española, pero en nuestros países dicho análisis es puramente teórico, sin tener un contenido y respaldo real, producto de la idolatría de los autores nacionales, a aquellos sistemas, pero sin tener a la base las concretas características y realidades de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro sistema judicial.

Siguiendo la línea de los autores arriba mencionados⁴⁰², y los caracteres de nuestro ordenamiento casacional civil, debemos señalar, como argumentos

⁴⁰¹ “El recurrente no puede verse como un mero instrumento de que se sirve el sistema para satisfacer el interés publico..., sino que el razonamiento debe hacerse a la inversa: llevada la justicia al caso concreto, puede darse igualmente satisfacción a un interés colectivo, que sobrepasa el de las partes y abarca al conjunto de la sociedad, pero este será el resultado secundario, derivado, aunque no por ello carente de importancia”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 200.

⁴⁰² Jorge Fábrega Ponce a señalo de manera muy atinada como argumentos para sostener la predominancia de la función dikelógica del recuso de casación las siguientes razones: “En nuestra legislación la finalidad del recurso es servir de remedio a las partes en contra de errores en que incurre el tribunal de instancia. La función nomofilactica de la corte –que quizás se da en Francia e Italia- -defensa pura de la ley- ha sido un enunciado platónico de la jurisprudencia nacional y de algunos de nuestros más distinguidos juristas..., inspirados en manifestaciones de la doctrina extranjera, sin fuerte contenido realista en nuestro derecho. Un análisis científico no puede prescindir del ordenamiento jurídico positivo. En otro lugar hemos refutado esta tesis. Basta con esbozar los siguientes argumentos: b) solo quienes han sido parte en el proceso pueden interponer este recurso. Los agentes del ministerio público solo pueden interponer el recurso en los asuntos en que sean parte, en que deban intervenir por mandato de la ley o en contra de los autos que deciden procesos no contenciosos. El supuesto de casación en interés de la ley carece de trascendencia práctica. c) la corte no puede casar un fallo por causal no invocada. Y si la corte encuentra justificada una causal no es necesario que examine las causales restantes, ni debe hacerlo. d) la circunstancia de que se pueda proponer el recurso por vicios procesales –que afectan a

de peso para sostener, que en nuestro sistema, el recurso de casación tiene por objeto principal la defensa de los derechos subjetivos de los litigantes, por las siguientes razones: en nuestro país el recurso de casación siempre ha sido desde sus orígenes de naturaleza jurisdiccional y como tal insertado en el proceso⁴⁰³, y no como en su origen francés que era un órgano político adscrito al poder legislativo el que tenía la competencia para casar las resoluciones ilegales de los juzgadores, por eso, en nuestro sistema judicial, en que la casación ha sido su conocimiento desde sus inicios competencia

las partes más que al ordenamiento sustancial- y que, si se invoca la casación en la forma, debe resolverse primeramente el recurso en la forma y en caso de invalidarse en razón de ello, se tendrá como no interpuesto el segundo recurso. E) la casación permite el desistimiento y la deserción (si fuera una acción pública no cabría esta posibilidad. En el proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo, no cabe el desistimiento. Si la casación fuera una acción pública, que se vale de la iniciativa privada, no se admitiría el desistimiento, o, de admitirse solo se le haría efectos inter-partes, de suerte que la tramitación continuara hasta que se dicte el fallo de fondo, en defensa de ese interés público inmanente. F) según la ley de casación solo cierto tipo de resolución son recurribles en casación –a pesar de que otras, las no recurribles- contengan violaciones graves a la ley. G) nuestro ordenamiento no permite –como si lo ofrece el Italiano- el poder de rectificación de la Corte, mediante el cual, si la corte encuentra que la violación a la ley existe, pero no es la causa eficiente del fallo, entonces desestima el recurso, pero expresa las razones por las cuales considera que el tribunal violó la ley, censurando en abstracto el fallo, aunque sin efectos en el proceso. H) la importancia que tiene la casación en la forma es relevadora. La casación es en interés de las partes; su objeto es el de depurar el proceso, para que pueda regir el ordenamiento objetivo. La violación de un precepto legal en nada perturba la unidad del derecho. I) el hecho de que el recurso en interés de la ley nunca se utilice esta indicando que la casación es un instituto que desempeña una función en interés de las partes”. FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op Cit.* Pág. 31, 32 y 33.

⁴⁰³ “Para posicionarse sobre este punto consideramos que debe atenderse primariamente a la específica naturaleza de la casación española. Resulta entonces, que esta institución se configura en nuestro ordenamiento como un auténtico recurso con naturaleza jurisdiccional, es cierto que limitado en abstracto a la revisión del juicio jurídico realizado en la instancia, pero un recurso en todo caso. Como tal, se encuentra inmerso en un sistema procesal, participando de su naturaleza y objetivos, de modo que no puede desligarse su función de la propia del proceso civil en que se desarrolla. Siendo esto así, resulta que la finalidad del proceso civil, de todo el proceso, de todas sus fases y actuaciones, es la consecución de la tutela judicial efectiva por parte de los litigantes. Por tanto, parece claro que el principio inspirador, el objetivo que ha de presidir el edificio casacional, ha de ser, necesariamente, la potestad del recurrente para solicitar y obtener la determinación del derecho para el caso concreto. Solo a partir de aquí podremos discutir la existencia de unos u otros objetivos específicos que el legislador se plantee para cada una de las actuaciones o instituciones, pero que no pueden reemplazar a la llamada “finalidad institucional” que inspira todo el proceso y sus distintas fases: “la satisfacción del derecho subjetivo o reconocimiento del interés necesitado de protección”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 197 y 198.

de un órgano jurisdiccional, no podemos asignarle a la casación esa función *nomofiláctica* o uniformadora, simple y sencillamente porque son fines extraños al proceso; La legitimidad⁴⁰⁴ para interponer el recurso de casación, la tienen únicamente las personas que han sido parte en el proceso, según lo dispone el artículo 527 CPCM, y actualmente no se contempla en nuestro sistema, la modalidad del recurso de casación en interés de la ley, modalidad que, aun cuando se contemplaba en la Ley de Casación derogada en su artículo 24, nunca tuvo vigencia práctica, de ahí entonces que no cualquier persona, ni sujeto, ni institución pública o privada, puede, en aras de unificar la jurisprudencia o proteger la norma jurídica, interponer el recurso de casación. Únicamente la parte que ha sido agraviada⁴⁰⁵ por la resolución del tribunal de apelación, puede interponer el recurso de casación, de ahí que ni la parte favorecida está legitimada para interponer el recurso, por muy ilegal que pueda ser la resolución; La casación es un recurso desistible⁴⁰⁶, si en el primario su función pública, ya sea la defensa de la ley o la unificación de la jurisprudencia, esta forma anormal de terminación del proceso no estaría a disposición de las partes, de acuerdo al artículo 531 CPCM, como se da en el caso del proceso de inconstitucionalidad⁴⁰⁷, según el artículo 5 de la Ley de Procedimientos Constitucionales; No todas las resoluciones, pronunciadas en todos los procesos, admiten recurso de casación, aunque en estos procesos también pueda vulnerarse la norma jurídica por los tribunales de

⁴⁰⁴ Según el artículo 527 CPCM “este recurso –de casación- solo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada”.

⁴⁰⁵ Según el artículo 527 CPCM “este recurso –de casación- solo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada”.

⁴⁰⁶ El desistimiento como forma anticipada de ponerle fin a la sustanciación del recurso de casación está contemplada de manera expresa en el artículo 531 CPCM de la siguiente manera: “el recurrente podrá desistir del recurso, por escrito, en cualquier estado del proceso. El desistimiento se admitirá sin más trámite”.

⁴⁰⁷ De acuerdo al inciso 1º del artículo 5 de la Ley de Procedimientos Constitucionales: “Iniciado cualquiera de los procesos constitucionales, no será necesaria la solicitud de las partes para su continuación, debiendo el Tribunal pronunciar de oficio todas las resoluciones hasta la sentencia”

apelación⁴⁰⁸, según el artículo 520 CPCM; La formalización del recurso de casación, es una carga procesal que debe suministrar el recurrente al tribunal de casación, tanto para su admisión como para su estimación, según el artículo 528 CPCM; el tribunal de casación puede perfectamente identificar la ilegalidad de la resolución pronunciada por el tribunal de apelación, pero únicamente puede casarla por los motivos invocados por el recurrente, teóricamente, aunque sea con base a una fundamentación, y normas jurídicas diversas a las proporcionadas por el recurrente, según el artículo 536 CPCM; Y el argumento de mayor peso, que dejamos planteado, para que se discuta, es, que la casación no es un recurso en abstracto que tenga por objeto la defensa de la ley en igual sentido⁴⁰⁹ (abstracto), como el proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo, según el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, sino que su resultado, repercute necesaria e inevitablemente, inicialmente, en la esfera particular de los litigantes, y solo a *posteriori*, puede eventualmente, repercutir en la esfera de los demás recurrentes, al sentar, en tres sentencias uniformes criterio jurisprudencial, pero únicamente, cuando la casación de estos últimos, se fundamente en la infracción de la doctrina legal, según el artículo 522 inciso 3º CPCM.

⁴⁰⁸ El artículo 520 CPCM dispone al respecto: “El recurso de casación se rechazará cuando se interponga contra resolución dictada en asuntos de jurisdicción voluntaria o en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material”.

⁴⁰⁹ Porque es un recurso con efectos inter partes y no con efectos erga omnes como si lo es por ejemplo el proceso de inconstitucionalidad, por ello la casación no se configura como un recurso mediante el cual se proteja la ley en abstracto, sino en relación al caso concreto. Así según el artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales: “La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria, de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica. Si en la sentencia se declarare que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla, amparándose en las facultades que conceden los artículos 185 y 235 de la Constitución”.

7.3 CRITERIO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN NUESTRO PAÍS SOBRE LOS FINES DE LA CASACIÓN

En nuestro país y por influencia directa de la doctrina española, particularmente la del procesalista Vicente Guzmán Fluja, se le ha asignado, al recurso de casación, la función primaria o fundamental de uniformar la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, con el objeto de lograr la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad y certidumbre jurídica⁴¹⁰. Criterio que fue retomado por el legislador

⁴¹⁰ **REF. 101-CAC-2009. 18/05/2009.** “El recurso de casación, extraordinario, de estricto derecho, que no constituye instancia, tiene por objeto no simplemente el saneamiento del error cometido en segunda instancia (sea éste in iudicando o in procedendo), sino la uniformidad en la aplicación de la ley, con la finalidad de evitar sentencias contradictorias entre tribunales. La Seguridad Jurídica constituye el fundamento de lo relacionado, a fin de que los tribunales no interpreten ni apliquen de manera contradictoria la ley; pero dejando claro que la facultad de revisión en actuaciones del Órgano judicial realizada por la vía casacional, es de mera legalidad. En el caso de que se ha hecho mérito, de lo expuesto por el impetrante, la Sala puede afirmar —sin oscilación alguna—, que la sentencia recurrida en casación es una sentencia inhibitoria, dado que por haberse estimado tanto en primera como en segunda instancia, que el proceso adolecía de falta de legítimo contradictor ante la carencia de interés por parte del actor, la pretensión devino en inepta. El error de FONDO se comete en el juicio lógico que el juzgador realiza al momento de dictar sentencia, es decir, se produce cuando el Juzgador incumple o vulnera los requisitos que debió tener en cuenta al tratar el fundamento de su decisión, lo que deviene en un desajuste a derecho de la base o sustancia misma del pronunciamiento que se dicta. Importa hacer énfasis que el error en referencia, presupone o implica que se ha decidido judicialmente sobre el asunto sometido a conocimiento. Así pues, tanto la fundamentación jurídica del recurso como los preceptos señalados como infringidos, debieron haber sido dirigidos a denunciar la falta de congruencia de la sentencia pronunciada por el Tribunal Ad-quem en relación a lo pretendido, y argumentar por qué la pretensión desestimada con una sentencia inhibitoria, era apta para ser conocida judicialmente, es decir, justificar el interés del actor. Partiendo de lo significado, es preciso acotar que el único sub-motivo de fondo que es factible de ser denunciado en casación en contra de una sentencia inhibitoria, es el de Fallo Incongruente con las Pretensiones Deducidas por los Litigantes Art. 3 ordinal 4° L. Cas., puesto que la declaratoria de ineptitud de la pretensión constituye una cuestión absolutamente diferente de lo pretendido en la demanda por el actor y en ese sentido la sentencia pronunciada por el Ad-quem adolece de incongruencia; y considerando que tanto en el derecho sustantivo como el adjetivo no existe normativa que regule expresamente la institución de la ineptitud, los únicos preceptos susceptibles de ser señalados como infringidos por el sub-motivo apuntado son los Arts. 421 y 1026 Pr. C”. **REF. 244-CAC-2008. 30/03/2009.** “La casación tiene por finalidad uniformar la jurisprudencia, a efecto de evitar en la medida de lo posible, las interpretaciones varias y distintas sobre lo que ordena una misma disposición, sin que ello signifique afectar la independencia judicial, por el contrario de lo que se trata es de guardar el derecho a la igualdad en el trámite de los procesos, lo que lleva a impartir una justicia

salvadoreño, en la configuración actual del recurso de casación en el CPCM, al establecer, dentro de una de sus disposiciones, que el fin primordial o fundamental del recurso de casación es uniformar la jurisprudencia. Así, según el artículo 524 CPCM “las normas sobre el recurso de casación deberán aplicarse en la forma que mas favorezca la uniformidad de la jurisprudencia como medio para asegurar la igualdad ante la ley, así como la seguridad y la certidumbre jurídica”. Paradójicamente a esta finalidad, se ha suprimido, uno de los motivos específicos, que permitiría instar al tribunal de casación a interpretar las normas jurídicas: la interpretación errónea de la norma jurídica. No obstante ello, el principal numero de motivos específicos, que permiten acceder a la casación, se refieren mayoritariamente a infracciones a la norma jurídica, con lo cual se nota, la enorme trascendencia

equitativa, fin este de todo el ordenamiento jurídico.- Analizado el escrito y estudiados los autos en forma detenida se concluye que no se ha cometido por parte de la Cámara de 2ª Instancia los graves daños de difícil reparación y estar dictada por contrario imperio. Sino por el contrario esta Sala considera que el recurrente no ha hecho uso de los requisitos señalados en el art. 10 de la Ley de Casación por lo que debe de declararse inadmisibile el recurso planteado”. No obstante que en un traslado concedido por la Sala de lo Constitucional en una demanda de amparo a la Sala de lo Civil, esta Sala sostuvo un interpretación muy cuestionable: **REF. 405-2007. 08/09/2010.** Por su parte la autoridad demandada, al evacuar su traslado, reiteró su convicción de no haber violentado los derechos reclamados, pues -en el recurso de casación respectivo-, con relación a los motivos de infracción de ley expuestos, resulta insuficiente que el recurrente nada más mencione que un precepto legal no fue aplicado o que hubo infracción a ciertas normas, sin explicar cuáles son las violaciones. Así, específicamente en lo que atañe al submotivo de errónea apreciación de la prueba, la autoridad demandada aseguró que la ahora peticionaria “menciona uno de los supuestos para que tenga lugar el vicio alegado, como asignarle un menor valor a la prueba instrumental, [pero] no se refiere concretamente al contenido y efectos de tales instrumentos, razón por la cual esta Sala no puede suplantar esa deficiencia y procedió a declarar inadmisibile por dicho motivo...con la certificación remitida a esta Sala se puede comprobar que cada uno de los motivos de casación alegados fueron considerados en forma individual, específica, de conformidad a la técnica casacional y se consignaron los argumentos legales en los cuales se sustentó el fallo para declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto”. Finalmente, aseguró que la impetrante “alega también el cambio de criterio jurisprudencial, al respecto cabe destacar que cada uno de los casos tiene su propia sustentación fáctica y jurídica, por tanto, no puede dársele exactamente el mismo tratamiento a todos los casos solo por hecho de tener algunos elementos en común, cada uno de ellos lleva su propio análisis y el fallo debe ser coherente al razonamiento hecho para pronunciarse en un sentido determinado para cada caso en concreto”; razones todas por las que reiteró su petición de que se desestimara la pretensión planteada”.

de la función *nomofilactica* en la configuración actual del recurso de casación en nuestro país, solo limitadamente, se ha introducido como uno de los motivos específicos, que permiten acceder al recurso de casación la infracción de la doctrina legal, según el artículo 522 inciso 3º CPCM. En este orden de ideas, el artículo 521 del CPCM dispone linealmente que: “el recurso deberá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho”.

Nuestra Sala de lo Civil, no ha sido estable en el tiempo, respecto a la preponderancia de los fines del recurso de casación, sino que ha evolucionado su criterio. En un primer momento, le atribuyo a la casación un fin protector de la norma jurídica⁴¹¹. Posteriormente, quizás por inercia y por

⁴¹¹ **REF. 172-CAC-2009. 18/09/2009.** “Esta Sala considera que la Violación de Ley, como motivo específico de Casación, consiste en la no aplicación de la norma vigente que era aplicable al caso controvertido, lo cual deriva en el desconocimiento del precepto legal. Esta infracción es de las llamadas directas, porque atañen a la norma misma, cuya defensa es el objeto de la casación. De lo anterior resulta que, para que se tipifique el submotivo Violación de Ley, es preciso, indispensable, que las disposiciones legales señaladas como infringidas sean las aplicables al caso concreto”. **REF. 43-CAC-2008. 24/09/2009.** “El escrito por medio del cual, el licenciado interpone la revocatoria de la inadmisibilidad del recurso de casación, se fundamenta en dos argumentos principales: En base al primero, el impetrante alega que en el caso de autos, lo procedente ante la falta de formalidad del Recurso por haberse recurrido sin la personería pertinente era que la honorable Sala le previniera que legitimara su personería, pues haciendo una amplia interpretación del Art. 12 de la Ley de Casación, tal prevención era procedente máxime que el Art. 1131 Pr. C. obliga a los juzgadores a hacer un requerimiento a la parte cuya personería fuere deficiente. Al respecto, se aclara al recurrente que la casación, constituye un recurso extraordinario y de estricto derecho, cuya finalidad es la protección de la norma jurídica y del derecho de los litigantes a través del cumplimiento de la Ley; en tal virtud, no constituye una tercera instancia, sino un medio para denunciar las infracciones jurídicas en los casos establecidos por la Ley. En ese sentido, no es válido, a través del recurso de casación, pretender que por la vía de la prevención, puedan corregirse errores manifiestos, como la legitimación de la personería, ya que este tipo de subsanaciones, han sido otorgadas para las instancias, pues la casación únicamente admite la prevención, respecto del número de copias y para aquellos casos en los que habiéndose interpuesto el recurso en tiempo y forma, según los requisitos que exige el Art. 10 Ley de Casación, sea necesaria la ampliación de uno de ellos; bajo ningún argumento, es válida una prevención encaminada a probar hechos que debieron quedar establecidos en las instancias. Hacerlo de esta manera sería coadyuvar con una de las partes dejando en desventaja a la otra, al mismo tiempo significaría presentar prueba en este grado de conocimiento, lo cual no es permitido. En consecuencia, el primero de los

influencia de la doctrina extranjera, y muy probablemente sin criterio propio, le ha venido atribuyendo, hasta hoy en día a la casación, un fin uniformador de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, como mecanismo para lograr la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica de los mismos. Este fin uniformador, que le ha atribuido la jurisprudencia y el legislador al recurso de casación, es negado en la práctica, por la supresión actual del motivo específico de casación, que instaba a la Sala, durante la vigencia de la Ley de Casación derogada, a interpretar la norma jurídica, nos referimos exactamente, al motivo de fondo por infracción de la norma jurídica sustantiva, la interpretación errónea de la norma de derecho⁴¹². Motivo específico, que necesariamente instaba a la

argumentos alegados por el recurrente, no es suficiente para motivar la revocatoria de la inadmisibilidad de la casación”.

⁴¹² La interpretación errónea de ley consistía según la jurisprudencia creada por nuestro tribunal de casación en: **REF. 261-CAC-2008. 27/11/2009.** “El submotivo interpretación errónea de ley se presenta, cuando al aplicar la disposición adecuada al caso juzgado, el juzgador desatiende el tenor literal de la ley, o bien va más allá de su verdadero sentido o puede haberle restringido, a pretexto de consultar su espíritu. También puede presentarse el submotivo cuando, al interpretar el espíritu de la ley no se dio con el verdadero sentido, o porque no se supo resolver la contradicción entre dos normas o porque tratándose de una norma sujeta a varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso correcto”. **REF. 35-CAC-2009. 19/11/2009.** “Es de significar, que el sub-motivo Interpretación Errónea de Ley, se configura cuando el Juzgador aplica acertadamente determinado precepto jurídico para resolver el fondo de un asunto sometido a su conocimiento, pero confiriendo una interpretación equivocada al mismo, sea que: a) Se ha desatendido el tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro, situación en la que el juzgador pudo ampliar o restringir el sentido, con el pretexto de consultar su espíritu; b) Porque al consultar la intención o espíritu de una norma oscura, no se dio con el verdadero sentido; o, d) Porque tratándose de una norma susceptible de varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso concreto, o se eligió una que conduce al absurdo, es decir, de forma antojadiza”. Estas líneas, aparentemente cortas, pero profundas en su contenido, nos deja claro un criterio de jerarquización de parte de nuestra sala en la utilización de los métodos de interpretación del derecho, ubicando en primer lugar como método de interpretación el método literal o gramatical cuando menciona que la interpretación errónea de ley se da cuando el juzgador desatiende el tenor literal de la ley, y en segundo lugar la utilización del método histórico de interpretación cuando la sentencia menciona que la interpretación errónea de ley se produce cuando el juzgador no encuentra el espíritu de la ley. En ambos casos la interpretación presupone la existencia de una norma oscura que da lugar a dos o mas interpretación correctas. De nuestra parte se considera que la interpretación errónea de ley es un motivo que necesariamente insta al tribunal de casación a interpretar la norma jurídica, motivo que

Sala, a establecer cual era el verdadero sentido y alcance de una determinada norma jurídica, alegada como erróneamente interpretada por el recurrente en casación.

Esto nos obliga, a plantearnos la necesidad, de reformar el Código Procesal Civil y Mercantil en este aspecto, si realmente, se quiere dar preponderancia, a la función uniformadora de la jurisprudencia mediante el recurso de casación, en cuanto ha establecer dentro de los motivos específicos de fondo del recurso de casación, además de la inaplicación y la aplicación indebida que comprende, así como esta configurada la casación por motivos de fondo, según el artículo 522 inciso 1º y 2º del CPCM, a la interpretación errónea de la norma jurídica, pues recordemos, que la casación es un recurso extraordinario, en virtud de que solo procede por los motivos taxativamente enumerados por el legislador en la ley.

Actualmente, así como están configurados los motivos específicos de fondo del recurso de casación, únicamente, como vía indirecta, a través de la infracción a la doctrina legal, se permite alegar la interpretación errónea de una determinada norma jurídica, es decir, que solo a partir de que la Sala de lo Civil, que es nuestro tribunal de casación, haya establecido en tres sentencias uniformes, no interrumpidas y en casos semejantes, el sentido exacto o correcto de una determinada norma jurídica, podemos afirmar que el juez de instancia o merito ha interpretado erróneamente la norma jurídica. Esta vía indirecta de alegar la interpretación errónea de ley, que rompe con el sentido tradicional de la casación por motivos de fondo, tanto a nivel

enlaza perfectamente con el fin uniformar de la jurisprudencia atribuido al recurso de casación, ya que tradicionalmente la doctrina a sostenido que la infracción de ley comprende: la violación directa o inaplicación de la norma jurídica, la violación indirecta o aplicación indebida, y además la interpretación errónea de la norma jurídica.

nacional, como a nivel extranjero, pues normalmente la infracción a la norma jurídica, como motivos de fondo, comprende, tanto la violación directa o inaplicación, como la aplicación indebida o errónea, y además la interpretación errónea de ley⁴¹³, el legislador salvadoreño retomó la idea del procesalista español Vicente Guzmán Fluja⁴¹⁴, idea que ni en la propia España tuvo eco, ni importancia, ya que la doctrina española considera, que el recurso de casación por motivos de fondo, comprende tanto la inaplicación o violación directa, la aplicación indebida o errónea, y también la interpretación errónea de la norma jurídica⁴¹⁵.

⁴¹³ De acuerdo a Hugo Morales M. la infracción de la norma jurídica o violación de ley sustantiva puede ser de dos modos: o por omisión, pretermitiendo su recta aplicación a casos que lo requieren y la reclaman; o por comisión, aplicándola en un sentido que no tiene, a casos no pertenecientes; es decir, se viola una ley por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida". MORALES M, Hernando. *Técnica de Casación Civil*. Primera Edición. Ediciones Lerner. Bogotá, Colombia. Pág. 101. Según Humberto Cuenca hay violación de ley en general cuando se contradice abiertamente su contenido por: "falsa interpretación, al desnaturalizar su sentido o desconocer su significado exacto; indebida aplicación, cuando se extienden sus efectos a casos o situaciones que escapan a su previsión, e inaplicación, cuando se la niega a situación jurídica que esta bajo su alcance" CUENCA, Humberto. *Op Cit*. Pág. 218. Según Enrique Vescovi: "aceptado que la norma es la que se debió aplicar, el error podrá consistir en la falta o indebida aplicación; esto es, no aplicar la norma que corresponde al caso o aplicarla a una hipótesis inadecuada. Y también la desobediencia o transgresión a la norma, incluyendo el error en su interpretación. VESCOVI, Enrique. *Op Cit*. Pág. 256. Para Antonio Picado G: "ocurre a menudo que los litigantes alegan al mismo tiempo "violación, aplicación indebida e interpretación errónea" de tal o cual disposición legal, sin advertir que son cosas distintas fallar contra lo que una ley dispone, fallar aplicando una ley que no ha debido aplicarse y fallar interpretando erróneamente esa ley". PICADO G, Antonio. *Op Cit*. Pág. 67.

⁴¹⁴ Al respecto Vicente Guzmán Fluja a sostenido: "por restringir los motivos que permiten recurrir en casación, reduciéndolos a uno principal: infracción de ley siempre que se dictare una resolución judicial que resultara contradictoria con otra resolución dictada por el mismo u otro tribunal de idéntico grado..., quedando sin acceso las infracciones de ley que no conllevaran discriminación ni alteración del principio de igualdad". GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Op Cit*. Pág. 36. Según este criterio, la interpretación errónea de ley únicamente puede alegarse en vía indirecta, siempre y cuando la interpretación que haga de la norma jurídica el tribunal de merito sea contraria a la doctrina legal creada por el tribunal de casación, pero nunca en vía directa.

⁴¹⁵ Dice al respecto el Español Marcos Loredo Colunga: "cuando el legislador habla de "infracción de normas" debemos presumir que maneja un concepto amplio de vulneración, comprendiendo por tanto las distintas posibilidades al efecto especificadas en regulaciones anteriores: violación, interpretación errónea o aplicación indebida. Afortunadamente, no se

7.4 NUESTRO CRITERIO SOBRE LAS FUNCIONES DEL RECURSO DE CASACIÓN: DEPENDENCIA Y RESULTADO

Partiendo de la idea de que el recurso de casación puede servir al cumplimiento de los tres objetivos arriba mencionados, consideramos de nuestra parte, que en la nueva configuración del recurso de casación, que establece el CPCM, estos fines deben de entenderse, valorarse y relacionarse de la siguiente manera: la casación es en esencia un recurso, por ello, necesariamente deben instarlo o interponerlo las partes legitimadas del proceso⁴¹⁶, lo que significa, que sin el particular interés del litigante en recurrir, no puede cumplirse ni la función protectora de la norma jurídica, ni la función uniformadora, artículo 527 CPCM; la interposición del recurso de casación por el recurrente únicamente puede tener como fundamento la infracción a una norma jurídica⁴¹⁷, artículo 521 CPCM, ya sea de naturaleza sustantiva o procesal, artículo 522 y 523 CPCM, de ahí entonces que el acceso al recurso de casación, no es abierto sin restricción alguna al simple deseo de la parte de impugnar la resolución, sino que necesariamente, el

han perpetuado estas posibilidades y no se exige actualmente el ejercicio de habilidad preciso para llegar a concretar el concepto en que se había producido la infracción, evolución que debe interpretarse como la superación de antiguos formalismos desechables que oscurecían la técnica casacional, respondiendo las nuevas tendencias a la consagración de la tutela judicial efectiva que predica la CE. De modo que la vulneración se produce cuando la norma no se aplica o se aplica de forma incorrecta, bien porque la interpretación no sea adecuada, bien porque se trate de un supuesto de hecho no subsumible en la norma. Mas aun, esa vulneración debe ser trascendente, relevante para la solución del caso concreto, pues la impugnación se dirige contra el propio fallo, no frente a los fundamentos del mismo, de modo que no procedería casar la sentencia cuya parte dispositiva se mantendría si bien con otra fundamentación. Esto quiere decir que se exige que el error afecte directamente al sentido del fallo, de modo que, de no haberse producido, el contenido de la resolución sería otro". LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 226.

⁴¹⁶ Según el artículo 527 CPCM el recurso de casación "solo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada". De ahí entonces la importancia del interés particular del recurrente para logra los demás fines de la casación: la protección de la norma jurídica y la uniformidad de la jurisprudencia.

⁴¹⁷ El recurso solo puede fundarse según el artículo 521 del CPCM "en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho". Por ello entonces la necesidad de que el interés particular del recurrente corresponda con los motivos que permiten acceder al recurso de casación.

recurso debe fundarse para ser admisible, en uno de los motivos taxativamente previstos en la ley, solo lo anterior, puede llevarnos a la creación de jurisprudencia por parte del tribunal de casación, es decir, si existe el interés particular del litigante de recurrir en casación, y si ese interés particular del litigante, corresponde con los motivos específicos previstos en la ley para fundar el recurso de casación, es que puede tener lugar la creación de la jurisprudencia, pues puede haber, interés particular en recurrir, pero puede no haber motivo específico que permita fundamentar la infracción a la norma jurídica; o viceversa puede haber motivo específico para fundar el recurso de casación, y ausencia del interés particular del litigante en recurrir en casación. La jurisprudencia en todo caso será la consecuencia o resultado de la convergencia de ambos fines del recurso de casación: el interés particular del litigante de solucionar su caso concreto y la infracción a la norma jurídica que fundamenta su recurso, artículo 527, 521 y 524 CPCM.

Serian utópicos los fines de la casación, si nunca, ninguna de las partes, en ningún proceso, recurriera en casación, por más que se le consagren los fines más nobles a la casación, y la resolución adolezca de las ilegalidades mas grandes y notables, nunca se protegería la norma jurídica ni se crearía la jurisprudencia. De ahí entonces, que el interés del litigante en recurrir, no puede verse como secundario o derivado, sino como fin principal que sirve al interés colectivo, pero este siempre como consecuencia derivada del interés particular. No debemos omitir al lector, que en nuestro país, la jurisprudencia de nuestro tribunal de casación, nunca se ha pronunciado reconociendo expresamente sobre la predominancia de la función privada de la casación, sino que por el contrario, nuestra Sala de lo Civil ha sostenido casi a ojo cerrado, sin hacer un análisis que responda a las características propias de nuestro ordenamiento jurídico y nuestro sistema judicial, que los fines principales de la casación son la unificación de la jurisprudencia y la

protección de la norma jurídica. Insípidamente quizás, podamos encontrar alguna sentencia de nuestro tribunal de casación, que haga referencia a la defensa de los derechos subjetivos de los litigantes, como uno de los fines de la casación, pero siempre reconociendo en primer lugar la predominancia de la función pública del recurso de casación⁴¹⁸.

7.5 LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES MEDIANTE EL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

El primer presupuesto de procedencia del recurso de casación, al igual que de cualquier otro recurso, es, la recurribilidad de la resolución, es decir, la determinación legal, de contra cuales de todas las resoluciones pronunciadas por el juzgador en el proceso, procede el recurso de casación, de lo dicho se infiere que no todas las resoluciones pronunciadas en el proceso son

⁴¹⁸ **REF. 43-CAC-2008. 24/09/2009.** “El escrito por medio del cual, el licenciado interpone la revocatoria de la inadmisibilidad del recurso de casación, se fundamenta en dos argumentos principales: En base al primero, el impetrante alega que en el caso de autos, lo procedente ante la falta de formalidad del Recurso por haberse recurrido sin la personería pertinente era que la honorable Sala le previniera que legitimara su personería, pues haciendo una amplia interpretación del Art. 12 de la Ley de Casación, tal prevención era procedente máxime que el Art. 1131 Pr. C. obliga a los juzgadores a hacer un requerimiento a la parte cuya personería fuere deficiente. Al respecto, se aclara al recurrente que la casación, constituye un recurso extraordinario y de estricto derecho, cuya finalidad es la protección de la norma jurídica y del derecho de los litigantes a través del cumplimiento de la Ley; en tal virtud, no constituye una tercera instancia, sino un medio para denunciar las infracciones jurídicas en los casos establecidos por la Ley. En ese sentido, no es válido, a través del recurso de casación, pretender que por la vía de la prevención, puedan corregirse errores manifiestos, como la legitimación de la personería, ya que este tipo de subsanaciones, han sido otorgadas para las instancias, pues la casación únicamente admite la prevención, respecto del número de copias y para aquellos casos en los que habiéndose interpuesto el recurso en tiempo y forma, según los requisitos que exige el Art. 10 Ley de Casación, sea necesaria la ampliación de uno de ellos; bajo ningún argumento, es válida una prevención encaminada a probar hechos que debieron quedar establecidos en las instancias. Hacerlo de esta manera sería coadyuvar con una de las partes dejando en desventaja a la otra, al mismo tiempo significaría presentar prueba en este grado de conocimiento, lo cual no es permitido. En consecuencia, el primero de los argumentos alegados por el recurrente, no es suficiente para motivar la revocatoria de la inadmisibilidad de la casación”.

susceptibles de impugnación mediante el recurso de casación, sino solo aquellas contra las cuales se ha reservado la procedencia legal de este recurso. En este orden de ideas, el artículo 519 del CPCM ha establecido: “admiten recurso de casación: 1º En materia civil y mercantil, las sentencias y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un titulo valor; asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial”. Según lo anterior, tres son los aspectos básicamente los que determinan la procedencia legal del recurso de casación en materia civil y mercantil: a) la clase de resolución; b) el grado o instancia en que la resolución es pronunciada; y c) el tipo de proceso en que esta resolución es pronunciada. En este punto, debemos tener claro, que la procedencia legal del recurso de casación, no se limita únicamente a la simple determinación de la naturaleza de la resolución impugnada, sino también, al grado o instancia en que la resolución es pronunciada y al tipo de proceso en que esta es pronunciada.

7.5.1. Las sentencias pronunciadas en apelación en procesos comunes, en los procesos ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un titulo valor, en los procesos abreviados, en los procesos de inquilinato que no tengan por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, y en los procesos monitorios: el primer aspecto, que debemos identificar, según lo mencionamos arriba, para determinar la procedencia legal del recurso de casación, es, identificar la clase de resolución, en ese sentido, la primera categoría importante de resoluciones contra las cuales procede el recurso de casación son las sentencias, pero no nos referimos a cualquier sentencia, sino aquella que resuelve el recurso de apelación, ya sea confirmando, anulando simplemente

la resolución, o pronunciando la resolución que corresponda, artículo 212 inciso 3º y 217 CPCM. Por ello, el segundo aspecto que corresponde identificar, es el grado en que esta sentencia es pronunciada, es decir, que sea la sentencia que resuelve el recurso de apelación⁴¹⁹, artículo 219, 220 y 515 CPCM, independientemente de si este, se haya interpuesto o no, contra la sentencia o contra una interlocutoria de primera instancia, artículo 508 CPCM, en el primer caso, nos encontraremos ante la segunda instancia que culmina con la sentencia que resuelve el recurso de apelación, y en el segundo caso, únicamente ante una fase impugnativa del proceso, que necesariamente culmina normalmente, también con una sentencia resolutive del recurso de apelación. En ambos casos, el recurso de apelación, se resuelve normalmente mediante una sentencia, y en ambos casos, procede el recurso de casación contra esta sentencia, no limitándose, únicamente el recurso de casación contra la resolución que resuelve la apelación que ha abierto la segunda instancia, por ello, la fundamentación de los motivos del recurso de casación, debe de hacerse siempre respecto, a los errores cometidos por el tribunal de apelación y nunca respecto a los errores cometidos por el tribunal de primera instancia⁴²⁰. El tercer aspecto

⁴¹⁹ **REF. 221 -C-2007. 17/11/2008.** "El Art. 1 de la Ley de Casación subraya: "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, pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia". En el caso sub lite, la impetrante interpone un extenso recurso que contiene nueve folios, en los cuales, notoriamente, expresa su inconformidad con la sentencia de primera instancia y enumera una larga serie de preceptos legales infringidos.- Paralelamente a lo anterior, importante es aclarar que las sentencias definitivas para que sean susceptibles de casación, deben haber sido pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia, y de ninguna manera es posible relacionar las infracciones de los preceptos legales supuestamente violados en relación al Tribunal a quo, circunstancia que ha quedado demostrada, cuando la interponente, menciona reiteradamente en cada folio que compone el escrito de interposición, que es la resolución dictada por la Juez a quo, la que infringe las normas legales mencionadas como violadas".

⁴²⁰ **REF. 105-C-2006. 22/07/2008.** "Respecto del submotivo de casación, la Sala estima, que el recurso debió haberse declarado inadmisibile " ab initio", por cuanto de la trascrición

trascendental, que corresponde identificar, es el tipo de proceso en que la resolución ha sido pronunciada: necesariamente debe de tratarse para ser procedente el recurso de casación exclusivamente de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso común, de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso abreviado, de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión sea un título valor, de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso de inquilinato que no tenga por objeto únicamente la desocupación del inmueble por causa de mora, y de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso monitorio.

que de lo pertinente se hizo del mismo, comparado con lo resuelto por la Cámara el recurrente no argumentó contra la ineptitud declarada por el Tribunal ad-quem, antes bien, atacó el fallo de lo resuelto por ese Tribunal, como que éste hubiera resuelto efectivamente el fondo de la cuestión, cuando, como se repite, hubiese sido de desear para la prosperidad del recurso, que atacara el motivo por el cual se declaró la ineptitud, por lo que el recurso, en lo tocante a dicho submotivo, debió declararse inadmisibile desde su inicio, y siendo que no se hizo, ello se hará en esta sentencia, con base en lo dispuesto en el Art. 16 de la Ley de Casación, por no existir entre el precepto que se considera infringido y el concepto en que lo ha sido, la congruencia indispensable con la sentencia objetada, para que esta Sala pueda ejercer la jurisdicción, incongruencia que por la índole de este recurso no puede suplirse por el tribunal de conformidad con lo prescrito por el Art. 9 de la ley de la materia, ya que equivale a no haberse expresado el concepto de la infracción alegada”. 22-CAC-2008. 06/11/2009. En el caso de que se ha hecho mérito, se ha recurrido en casación por la causa genérica Infracción de Ley en invocación del sub-motivo Violación de Ley, aduciendo infracciones de los Arts. 241 y 1299 Pr. C. Al realizar un reexamen de los respectivos conceptos de las infracciones, éstos son atribuidos al Juez A-quo -cuando lo técnico o procedente es la tacha o expeditación de las infracciones cometidas por el Tribunal de Segunda Instancia-, y aún, considerando que dada la Sentencia confirmatoria de Segunda Instancia y que tales conculcaciones son atribuibles a la Cámara Ad-quem, la subsanación de los mismos por la vía casacional -de acuerdo al recurso planteado- sólo podría haberse verificado mediante la invocación de la causa genérica Quebrantamiento de Alguna de las Formas Esenciales del Juicio, pues la función nomofiláctica o correctiva de los yerros incurridos en la sentencia de que se trata por los preceptos en referencia, sólo podría verificarse en anulación del proceso a partir del auto de las nueve horas y cincuenta minutos del trece de abril de dos mil siete, cuestión que por un vicio de fondo -donde una vez casada la sentencia hay que pronunciar la que corresponde- no es procedente. Consecuentemente, advirtiendo este Tribunal Casacional que el recurso en análisis fue admitido indebidamente, el mismo deviene en inadmisibile y así se impone declararlo. Art. 16 L. Cas.

Según lo anterior, no toda apelación interpuesta en cualquier proceso, permite acceder al recurso de casación, sino solo contra aquella sentencia que resuelve el recurso de apelación, interpuesta en determinados procesos, estos procesos son: el proceso común, regulado a partir del artículo 276 al 417 del CPCM; el proceso abreviado, regulado a partir del artículo 418 al 430 del CPCM; el proceso ejecutivo limitadamente, regulado a partir del artículo 457 al 470 del CPCM; el proceso de inquilinato generalmente, regulado a partir del artículo 477 al 488 del CPCM; y el proceso monitorio, regulado a partir del artículo 489 al 500 del CPCM; debido principalmente, a que, en todos estos procesos, la sentencia produce estado de cosa juzgada material, artículos 417, 430, 470, 487 y 496 del CPCM respectivamente; quedando excluidas de la casación, las sentencias pronunciadas en la apelación interpuesta en los siguientes procesos especiales: el proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión no sea un título valor⁴²¹, regulado a partir del artículo 457 al 470 del CPCM; el proceso posesorio de manera absoluta, regulado a partir del artículo 471 al 476 del CPCM; y el proceso de inquilinato, que tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, regulado a partir del artículo 477 al 488 del CPCM. En

⁴²¹ De conformidad al artículo 457 CPCM “Son títulos ejecutivos, que permiten iniciar el proceso regulado en este capítulo, los siguientes: 1°. Los instrumentos públicos; 2°. Los instrumentos privados fehacientes; 3°. Los títulos valores; y sus cupones, en su caso 4°. Las constancias, libretas o recibos extendidos por las instituciones legalmente autorizadas, cuando reciban depósitos de ahorro o de cualquier otra clase; 5°. Las acciones que tengan derecho a ser amortizadas, total o parcialmente, por las sumas que hayan de amortizarse a cuenta del capital que incorporen; 6°. Las pólizas de seguro y de reaseguro, siempre que se acompañe la documentación que demuestre que el reclamante está al día en sus pagos y que el evento asegurado se ha realizado, así como la cuantía de los daños. Las pólizas de fianza y reafianzamiento, siempre que se acompañe de la documentación que demuestre que la obligación principal se ha vuelto exigible; 7°. Los instrumentos públicos emanados de país extranjero, cuando se hubiere llenado las formalidades requeridas para hacer fe en El Salvador; y 8°. Los demás documentos que, por disposición de ley, tengan reconocido este carácter”. De todos estos títulos ejecutivos el único que causa estado de cosa juzgada son los títulos valores, según el artículo 470 CPCM, el resto de títulos ejecutivos no causan estado de cosa juzgado, y contra las sentencias pronunciadas en la apelación de estos procesos ejecutivos

esta clase de procesos, la improcedencia del recurso de casación, no la determina ni la clase de resolución, ni el grado en que esta se dicta, sino la clase de proceso en que la resolución es pronunciada, según el artículo 520 del CPCM, debido a que la sentencia dictada en esta clase de procesos, no causa estado de cosa juzgada material, dejando a salvo el derecho de las partes, para discutir nuevamente la pretensión en el correspondiente proceso declarativo, según los artículos 470, 476 y 486 del CPCM respectivamente.

La procedencia del recurso de casación, contra la sentencia, pronunciada en la apelación de un proceso común, de un proceso abreviado y de un proceso ejecutivo mercantil cuyo documento base de la pretensión sea un título valor, es incuestionable y no ofrece lugar a dudas, ni confusiones, ya que el artículo 519 ordinal 1º del CPCM, es claro al disponer que: “admiten recurso de casación: 1º En materia civil y mercantil, las sentencias pronunciadas en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor; asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial”. Donde el punto es más polémico, y requiere una justificación de nuestra parte, es, en la parte donde se afirma la procedencia legal del recurso de casación, en contra de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso de inquilinato que no tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, y en contra de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso monitorio.

Haciendo una interpretación integradora, tal como la permite el artículo 19 CPCM es que hemos llegado, a la conclusión, de la procedencia legal del recurso de casación contra las sentencias pronunciadas en la apelación del proceso de inquilinato que no tenga por objeto únicamente la desocupación del inmueble por causa de mora y en contra de la sentencia pronunciada en la apelación de un proceso monitorio. El artículo 520 CPCM, ha sido claro al

disponer, que el recurso de casación deberá ser rechazado “cuando se interponga contra resolución dictada en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material”. En cambio, el artículo 519 CPCM no ha sido totalmente expresivo al disponer que: “admiten recurso de casación: asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial”, tal afirmación se desprende, de que las disposiciones de este proceso abreviado, se aplican supletoriamente a algunos procesos especiales, entre ellos, y para el caso que nos interesa, se aplican al proceso de inquilinato y al proceso monitorio, según los artículos 478⁴²² y 496⁴²³ CPCM respectivamente, y las sentencias dictadas en esta clase de procesos especiales, causan efectos de cosa juzgada sustancial, artículo 487 y 496 CPCM.

El proceso de inquilinato, presenta una particularidad muy especial, ya que la sentencia que se dicta en esta clase de proceso, generalmente causa estado de cosa juzgada material, cuando no tiene por objeto únicamente la desocupación del inmueble por causa de mora, y contra ella ha dispuesto el artículo 487⁴²⁴ CPCM que proceden los recursos previstos en el CPCM para las que se dicten en el proceso abreviado. Pues bien, uno de los recursos que procede contra las sentencias dictadas en el proceso abreviado, es, de conformidad al artículo 519 ordinal 1º el recurso de casación. De ahí es entonces, de donde se deduce, la procedencia legal del recurso de casación,

⁴²² Según el artículo 478 CPCM “los procesos regulados en este título se sustanciarán conforme a los trámites del proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, con las especificaciones establecidas en los artículos siguientes”.

⁴²³ Según el artículo 496 CPCM “si el deudor comparece dentro de plazo formulando oposición, se continuará la tramitación del proceso conforme a las reglas del proceso abreviado, y la sentencia que se dicte tendrá valor de cosa juzgada.

⁴²⁴ Según el artículo 487 CPCM “La sentencia que se dicte en los restantes procesos especiales de inquilinato producirá efectos de cosa juzgada, y contra ella procederán los recursos previstos en este código para las que se dicten en los procesos abreviados”.

contra las sentencias pronunciadas en la apelación de un proceso de inquilinato, que no tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora. Otro argumento, que termina de confirmar, que la casación procede, contra la sentencia dictada en la apelación de un proceso de inquilinato, que no tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, es que el artículo 520 CPCM ordena el rechazo del recurso de casación *in limini* en los procesos especiales cuya sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material. Sin embargo en el proceso de inquilinato, solo cuando tiene por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, la sentencia no causa estado de cosa juzgada material, en los demás casos la sentencia si causa este efecto. De los dos argumentos anteriores, es de donde se deduce, la procedencia legal del recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la apelación del proceso de inquilinato que no tenga por objeto únicamente la desocupación del inmueble por causa de mora.

Respecto al proceso monitorio, nuestro análisis parte de dos justificaciones, la de mayor peso es, que el artículo 520 CPCM ordena *in limini* el rechazo del recurso de casación “cuando se interponga contra resolución dictada en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material”, pero la sentencia pronunciada en este proceso monitorio, si causa estado de cosa juzgada material, artículo 496 CPCM. Pues bien, en relación a la sentencia pronunciada en el proceso monitorio, no obstante ser un tipo de proceso especial, debemos señalar que esta sentencia si causa efectos de cosa juzgada material, según el artículo 496 CPCM, y por tanto, no procede declarar improcedente el recurso de casación interpuesto, contra la sentencia dictada en la apelación de un proceso monitorio, con base simplemente al artículo 520 CPCM. El otro punto que nos resta por rebatir, es el texto del artículo 519 CPCM, que no menciona de manera taxativa, la

procedencia legal del recurso de casación contra la sentencia dictada en la apelación de un proceso monitorio. A pesar de lo anterior, es menester destacar, que al proceso monitorio se le aplican supletoriamente las disposiciones del proceso abreviado, de acuerdo al artículo 496 CPCM. Haciendo una interpretación bastante amplia de esta disposición, es que procedemos aplicar supletoriamente a este proceso, la procedencia del recurso de casación que se prevé contra las sentencias pronunciadas en la apelación de un proceso abreviado, según el artículo 519 ordinal 1º del CPCM.

Para evitar tal confusionismo, proponemos, que se reforme el ordinal 1º del artículo 519 CPCM, introduciendo al texto de este artículo, de manera expresa, la procedencia legal del recurso de casación, contra las sentencias pronunciadas en la apelación del proceso de inquilinato, que no tengan por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, y en contra de las sentencias pronunciadas en la apelación de un proceso monitorio, ya que estas sentencias causan estado de cosa juzgada material.

7.5.2 Los autos definitivos pronunciados en apelación en procesos comunes, y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor: la segunda categoría importante de resoluciones, contra las cuales procede legalmente el recurso de casación, son los autos definitivos. Los autos se subdividen en autos simples y en autos definitivos, de conformidad al inciso 3º del artículo 212 CPCM. Los autos son simples, si se dictaren, entre otros propósitos, para resolver incidentes, acordar medidas cautelares, definir cuestiones accesorias o resolver nulidades; según el inciso 3º del artículo 212 CPCM. Y los autos son definitivos si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en

la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este código, según el inciso 3º del artículo 212 CPCM. Necesariamente, al igual que en el análisis anterior, debe tratarse de un auto definitivo, dictado en grado de apelación, artículo 519 ordinal 1º CPCM, ya que se excluye de manera absoluta en materia procesal civil y mercantil, la modalidad de la casación *per saltum*, pues contra los autos definitivos dictados en primera instancia, se ha reservado la procedencia legal del recurso de apelación, según el artículo 508 CPCM. Lo último es determinar, el tipo de proceso en que el auto definitivo dictado en apelación debe de haber sido pronunciado, para que proceda el recurso de casación, en este caso únicamente procede el recurso de casación contra los autos definitivos dictados en la apelación del proceso común, y en la apelación del proceso ejecutivo mercantil cuyo documento base de la pretensión sea un título valor. Restringiéndose aun más, la procedencia del recurso de casación, exclusivamente a los autos definitivos dictados en la apelación del proceso común, y en la apelación del proceso ejecutivo mercantil cuyo documento base de la pretensión sea un título valor.

Interesa destacar en este punto, que se ha dejado sin acceso a la casación, una importante categoría de autos definitivos pronunciados en la apelación del proceso abreviado, del proceso de inquilinato que no tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, y del proceso monitorio, siendo que las sentencias pronunciadas en esta clase de procesos, todas, causan efectos de cosa juzgada sustancial, artículo 430, 487 y 496 CPCM. A nuestro criterio, en esta clase de procesos, al menos respecto de los autos definitivos pronunciados en apelación, se hubiera reservado el acceso al recurso de casación. Pues podría darse el caso, que se interponga apelación, contra la sentencia pronunciada en cualquiera de estos procesos arriba mencionados, y en la fase de admisión de este recurso, el tribunal de apelación declara indebidamente improcedente el recurso de apelación,

como no llego a pronunciarse la sentencia que resuelve el recurso de apelación, se convalida una violación a la norma jurídica procesal, por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, artículo 523 ordinal 13º CPCM, porque quedarían sin acceso a la casación los autos definitivos, no teniendo la parte ningún mecanismo legal para denunciar esta infracción en el orden jurisdiccional civil.

Por lo tanto, nuevamente acá, se deja planteada la necesidad de realizar una reforma al ordinal 1º del artículo 519 CPCM, para permitir que accedan al recurso de casación, los autos definitivos, pronunciados en la apelación del proceso abreviado, del proceso de inquilinato, que no tenga por objeto únicamente la desocupación del inmueble por causa de mora, y del proceso monitorio, que perfectamente pueden constituir violaciones a la norma jurídica por parte del tribunal de apelación, y fundamentar algún motivo específico de casación. Recordemos, que si el parámetro para negar el acceso a la casación a estas resoluciones, dictadas en esta clase de procesos, lo es únicamente su valor económico, la cuantía, bien ha señalado la doctrina, no es un criterio de competencia, que responda a una verdadera democracia, ya que el valor que para cada uno pueda tener su litigio es relativo.

7.6 RESOLUCIONES IRRECURRIBLES EN CASACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Este tema que a primera vista puede parecer sencillo, requiere un análisis complejo y delicado, pues de ello depende el conceder o negar el acceso al recurso de casación a un determinado grupo de resoluciones judiciales. Para plantear este tema, debemos remitirnos a dos artículos del CPCM que constituirán nuestro punto de partida, el primero es el artículo 519 CPCM que

dice linealmente “admiten recurso de casación: 1° En materia civil y mercantil, las sentencias y los autos pronunciados en apelación en procesos comunes y en los ejecutivos mercantiles cuyo documento base de la pretensión sea un título valor; asimismo las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial” y el segundo, el artículo 520 CPCM que también dice a la letra “el recurso de casación se rechazará cuando se interponga contra resolución dictada en asuntos de jurisdicción voluntaria o en procesos especiales, cuando la sentencia no produzca efectos de cosa juzgada material”. A primera vista, la primera disposición nos deja claros dos puntos: uno, que el recurso de casación no procede contra las resoluciones judiciales denominadas decretos y autos simples, pues en ningún caso menciona que el recurso proceda contra dichas resoluciones; y dos, que el recurso de casación no procede contra las resoluciones pronunciadas en primera instancia, porque para todas exige que hayan sido pronunciadas en grado de apelación; la segunda disposición transcrita también nos deja claras dos ideas: uno, que el recurso de casación no procede contra las resoluciones dictadas en asuntos de jurisdicción voluntaria; y dos, que el recurso de casación no procede contra las resoluciones dictadas en los procesos especiales cuya sentencia no causa estado de cosa juzgada material. Sin embargo, como anteriormente lo señalábamos, la situación no es así de fácil, y requiere un análisis más complejo, que desarrollaremos punto por punto, teniendo que las resoluciones irrecurribles en casación son:

7.6.1. POR LA CLASE DE RESOLUCIÓN: naturalmente, el primer tipo de resolución, contra las cuales no procede legalmente el recurso de casación es, contra los decretos y los autos simples, artículo 519 ordinal 1° CPCM. Por más ilegal que un decreto o auto simple pronunciado en apelación sea,

contra este tipo de resoluciones, nunca procede el recurso de casación, y si se interpone contra este tipo de resolución así debe declararse el recurso: improcedente en relación a la irrecurribilidad de los decretos y autos simples dictados en grado de apelación. Ello se debe, a que, contra esta clase de resoluciones, cuando son dictadas en grado de apelación se ha reservado la procedencia legal del recurso de revocatoria, al igual que es procedente este recurso contra estas resoluciones cuando son dictadas en primera instancia, según lo establecido en el artículo 503 CPCM.

7.6.2 POR EL GRADO EN QUE LA RESOLUCIÓN ES PRONUNCIADA:

excluida totalmente en materia procesal civil, la posibilidad de una casación *per saltum*, es decir, aquella modalidad de casación, que se interpone directamente, contra una resolución pronunciada en primera instancia, sin necesidad de agotar previamente el recurso de apelación, es imposible interponer el recurso de casación contra una resolución dictada en primera instancia, independientemente si esta sea decreto, auto o sentencia. Pues contra este tipo de resoluciones, cuando han sido dictadas en primera instancia, se ha reservado la procedencia legal del recurso de revocatoria⁴²⁵ y el recurso de apelación⁴²⁶, según los artículos 503 y 508 CPCM respectivamente. Contra las resoluciones dictadas en primera instancia, el recurso de casación es simplemente improcedente, y por tanto, si se interpone la casación contra una resolución dictada en primera instancia, así debe declararse el recurso: improcedente por ser interpuesto el recurso de casación contra una resolución pronunciada en primera instancia. Este ha

⁴²⁵ De conformidad al artículo 503 CPCM “los decretos y los autos no definitivos admitirán recurso de revocatoria, el cual será resuelto por el mismo juzgador que dictó la resolución recurrida”.

⁴²⁶ Según el artículo 508 CPCM “serán recurribles en apelación las sentencias y los autos que, en primera instancia, pongan fin al proceso, así como las resoluciones que la ley señale expresamente”.

sido el criterio sostenido en su jurisprudencia por nuestro tribunal de casación durante la vigencia de la anterior Ley de Casación, que el recurso de casación es improcedente contra todas las resoluciones pronunciadas en primera instancia.

7.6.3 POR EL TIPO DE PROCESO EN QUE LA RESOLUCIÓN ES

PRONUNCIADA: a) en el proceso abreviado: se excluyen los autos, sean estos simples o definitivos, pronunciadas en la apelación de un proceso abreviado, según se infiere del ordinal primero del artículo 519 que establece que “admiten recurso de casación en materia civil y mercantil las sentencias pronunciadas en apelación, en los procesos abreviados, cuando produzcan efectos de cosa juzgada sustancial”, cuestión que merece ser analizada, en relación a la procedencia del recurso de casación contra los autos definitivos pronunciados en la apelación del proceso abreviado; b) en el proceso ejecutivo: se excluyen todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de un proceso ejecutivo⁴²⁷ mercantil, cuyo documento base de la pretensión no sea un título valor, pues en todos estos casos, en que el título ejecutivo base de la pretensión no es un título valor, la sentencia no causa estado de cosa juzgada sustancial, dejando a salvo el derecho de las partes para discutir nuevamente la pretensión en el correspondiente proceso declarativo, artículo 470 CPCM; c) en el proceso posesorio: es improcedente el recurso de casación contra todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de un proceso posesorio⁴²⁸ porque la sentencia dictada en este tipo de proceso

⁴²⁷ Según el artículo 470 CPCM “la sentencia dictada en los procesos ejecutivos no producirá efecto de cosa juzgada, y dejará expedito el derecho de las partes para controvertir la obligación que causó la ejecución. Exceptúese el caso en que la ejecución se funde en títulos valores, en el cual la sentencia producirá los efectos de cosa juzgada”.

⁴²⁸ De acuerdo al artículo 476 CPCM “la sentencia que se dicte sobre la protección de la posesión que se reclama no producirá efectos de cosa juzgada, y deja a salvo el derecho de las partes para acudir al proceso declarativo. Contra la sentencia que se dicte procederá

no causa estado de cosa juzgada material, y permite discutirse la pretensión en el correspondiente proceso declarativo, según el artículo 476 CPCM; y d) en el proceso de inquilinato: no procede legalmente el recurso de casación contra todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de un proceso de inquilinato⁴²⁹ que únicamente tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, pues en los demás casos la sentencia pronunciada en la apelación de este tipo de proceso si causa estado de cosa juzgada material, según el artículo 487 CPCM.

En todos estos procesos, la exclusión se debe a que la sentencia pronunciada en este tipo de procesos especiales, no causa estado de cosa juzgada, y por ello permite discutir nuevamente la pretensión en el proceso declarativo correspondiente, según se desprende de los artículos 470, 476, 486 CPCM. La exclusión de la casación de las resoluciones pronunciadas en determinado tipo de procesos –generalmente debido a que no causan estado de cosa juzgada material-, no es algo verdaderamente novedoso que incorpore en nuestro sistema casacional el CPCM, sino que por el contrario, ya la anterior Ley de Casación derogada, excluía la procedencia legal del recurso de casación en los procesos ejecutivos, posesorios, sumarios y verbales, artículo 5 de la Ley de Casación derogada. Y la jurisprudencia de nuestro tribunal de casación así los sostenía, negando que pudieran acceder a la casación, las resoluciones aunque fueran definitivas y pronunciadas en la apelación de procesos –juicios- que no causaban efectos de cosa juzgada

recurso de apelación, sin perjuicio de llevar a efecto lo ordenado en ella, previo otorgamiento de caución suficiente. Contra la sentencia dictada en apelación no procederá recurso alguno.
⁴²⁹ Conforme al artículo 486 CPCM “La sentencia que se dicte en los procesos por desocupación a causa de mora no producirá efectos de cosa juzgada, y deja a salvo el derecho de las partes para acudir al proceso declarativo correspondiente a fin de resolver la cuestión. Contra ella se dará recurso de apelación. Contra la sentencia dictada en apelación no habrá recurso alguno.

sustancial, estos procesos eran los procesos ejecutivos, sumarios, posesorios y verbales⁴³⁰.

⁴³⁰ **REF. 269-CAC-2008. 12/11/2009.** "Considerando que el caso en estudio se refiere a un Juicio Ejecutivo Civil, la Ley de Casación en el Art. 5 inciso segundo establece, que para este tipo de juicio, sólo procederá el recurso por quebrantamiento de forma, ya que es posible entablar nueva acción sobre la misma materia; y esto es así, porque de conformidad al Art. 599 Pr. C., la sentencia que de algún modo le pone fin al Juicio Ejecutivo Civil, sentencia de remate, no produce los efectos de cosa juzgada, y deja expedito a las partes el derecho de controvertir en Juicio Ordinario, la obligación que causó la ejecución; en ese orden de ideas, el recurso fue admitido indebidamente, ya que para el Juicio Ejecutivo Civil, no procede interponer recurso de casación por Infracción de ley, y eso es precisamente lo que el recurrente ha invocado en el caso sub lite. En consecuencia, el recurso deviene en improcedente y así habrá que declararlo". **REF. 24-CAC-2009. 04/12/2009.** "Visto y analizado el anterior recurso, esta Sala hace las siguientes consideraciones: En el Art. 5 inciso 2° de la Ley de Casación ha quedado establecido que tratándose del juicio ejecutivo y cuando sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia solo procederá el recurso por quebrantamiento de forma. Relacionado con lo anterior podemos citar el Art. 599 Pr. C. que preceptúa que la sentencia dada en juicio ejecutivo no produce los efectos de cosa juzgada, y deja expedito el derecho de las partes para controvertir en juicio ordinario la obligación que causó la ejecución. Dado el carácter extraordinario del juicio ejecutivo en el que precisamente por la celeridad con que se ventila, ocasionalmente puede acontecer que sea difícil comprobar oportunamente que la obligación que le dio origen a la ejecución existe o no, o bien que la misma ya fue cumplida, por lo que ante esos escenarios que pudieran presentarse, por ley se habilita la posibilidad de discutir en un juicio declarativo la existencia de la obligación. Ante la eventualidad de una ulterior discusión en otro juicio de la obligación que dio lugar a la ejecución, es que se justifica la negación del recurso de casación por infracción de ley. En el caso planteado y tratándose de una casación por infracción de ley, la Sala carece de competencia para conocer del mismo por las razones que antes se han dejado apuntadas, y en tal virtud habiéndose admitido indebidamente el recurso de mérito, de conformidad a lo que dispone el Art. 16 de la Ley de Casación, debe declararse improcedente. POR TANTO: De acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y artículos 1273, 417, 418, 428, 432 Pr.C. y 16 de la Ley de Casación, a nombre de la República, la Sala FALLA: A) Declárase improcedente el recurso de mérito". **REF. 38-CAC- 2009. 09/02/2009.** "Conforme al Art. 5 inc.2° de la "Ley de Casación" en los juicios sumarios cuando sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia, sólo procederá el recurso por quebrantamiento de forma, no por sub motivos de fondo, salvo las excepciones que se puntualizan en la misma disposición, que no encuadran en el caso sub lite. Tratándose de un juicio sumario civil la sentencia que se proveerá no causa autoridad de cosa juzgada sustancial, pudiendo entablar nueva acción ordinaria sobre la misma materia, por consiguiente, el recurso deviene improcedente y así se declarara. Por las razones expuestas, y Arts. 5, 13, 23 de la "Ley de Casación", la Sala RESUELVE: a) Declárase improcedente el recurso de que se trata".

7.6.4 POR SER PRONUNCIADA LA RESOLUCIÓN EN DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: se niega también, de manera absoluta, la procedencia del recurso de casación, contra todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de asuntos de jurisdicción voluntaria, artículo 17 inciso 2º del CPCM, independientemente de la naturaleza, y del grado en que la resolución sea pronunciada, debido a que por su naturaleza, ellas no causan estado de cosa juzgada material, y por ello, permiten a las partes su discusión en el correspondiente proceso declarativo. Nuestra jurisprudencia de la Sala de lo Civil ha definido a la jurisdicción voluntaria, como aquella en la que no media contención de parte, cuyo objeto principal –la contención de partes- es sobre el que se ejerce la jurisdicción, reconociendo que esta terminología va desapareciendo paulatinamente, siendo sustituida por el término “procedimientos ajenos a la jurisdicción contenciosa”⁴³¹. El inaccess al recurso de casación de las resoluciones pronunciadas en esta clase de diligencias, no es algo verdaderamente nuevo que introduzca el CPCM, sino que por el contrario, tiene sus antecedentes en el artículo 5 inciso 2º de la anterior Ley de Casación derogada. Además, han sido múltiples los

⁴³¹ **REF. 283-CAC-2009. 18/01/2010.** Al respecto ha sostenido nuestra sala de lo civil: “Tradicionalmente se ha conceptualizado a la jurisdicción voluntaria como aquella en la que no media contención de partes y es precisamente este criterio el que ha informado a la casi totalidad de Códigos de Procedimientos Civiles. Sin Embargo, la doctrina moderna ha llegado a un consenso casi unánime, en el sentido de abandonar la postura de "falta de contención", como caracterización principal de la jurisdicción voluntaria. Y, es que en la generalidad de casos realmente es comedido afirmar que la inexistencia de contención es de la esencia de la jurisdicción voluntaria, hay un sin número de ellos en los que encontramos esquemas verdaderamente contenciosos. Por esa razón, para evitar confusiones actualmente se concluye que se trata de "procedimientos ajenos a la jurisdicción contenciosa", pues aunque -tal como se ha dicho-, algunos casos presentan sinopsis marcadamente contenciosas, no por ello deja de ser una antesala de juicios de tal naturaleza, y de ninguna manera pueden ubicarse dentro del mismo. Los actos previos a la demanda (entre ellos las diligencias que nos ocupan), constituyen una secuencia de actos de investigación sobre aspectos relativos al demandado o al objeto litigioso, necesarios para que el actor pueda ejercitar su derecho constitucional a demandar, en otras palabras, para "preparar el juicio". De ahí resulta, que estas diligencias no son propiamente un "juicio", por lo que, lo resuelto en ellas no puede causar cosa juzgada, ésta se da en aquellos procesos en los que se controvierte el asunto principal de la cuestión litigiosa”.

pronunciamientos de nuestra Sala de lo Civil, en los que este órgano, ha declarado la improcedencia del recurso de casación en asuntos de jurisdicción voluntaria, durante la jurisprudencia establecida por dicho tribunal de casación durante la vigencia de la Ley de Casación derogada, en tanto que permite discutirse lo decidido en un proceso posterior⁴³².

7.7 EL AGRAVIO EN CASACIÓN

Genéricamente hablando, el agravio consiste en el perjuicio, gravamen, ofensa o daño que una resolución infiere a una de las partes del proceso. Este agravio puede ser de dos clases procesal o material⁴³³. Normalmente el

⁴³² **REF. 167-CAC-2009. 03/09/2009.** “Analizado el escrito de interposición del recurso, la Sala advierte: Las diligencias de aceptación de herencia, siguen las reglas del proceso voluntario o de jurisdicción voluntaria; y la resolución pronunciada en ellas, ya sea de aceptación de herencia con beneficio de inventario -como el caso de mérito- o la declaratoria de herederos definitivos, no causan estado ni tienen efectos de cosa juzgada, por cuanto no constituyen sentencias que pongan fin a una controversia, razón por la cual, no se descarta la posibilidad de que sea posible discutir lo mismo en juicio contencioso, mientras la prescripción no les haya extinguido su derecho de aceptar o impugnar dicha herencia. En tal virtud, tratándose el caso en examen de Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, el recurso de casación por Infracción de Ley, requiere para su procedencia, que no sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia, según lo prescribe el Art. 5 inc. 2°. de la Ley de Casación.- En consecuencia, la Sala RESUELVE: a) Declárase IMPROCEDENTE el recurso de mérito”. **REF. 166-CAC-2009. 08/09/2009.** “La ley de Casación es inteligible y precisa en cuanto a que el recurso de casación tendrá lugar contra las sentencias definitivas y las interlocutorias que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación, pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia; y, contra las pronunciadas en los asuntos de jurisdicción voluntaria, cuando no sea posible discutir lo mismo en juicio contencioso Art. 1 L. Cas. Al verificar el análisis del recurso de que se trata, el Tribunal Casacional advierte, que el mismo es improcedente; ello en virtud de que, el auto interlocutorio —con formalidades de sentencia- de que se recurre, lejos de resolver el fondo del asunto sometido a conocimiento y así ponerle fin al proceso, constituye una verdadera o fidedigna interlocutoria de enmienda procesal. En consecuencia, siendo que en el caso de mérito el recurso ha sido interpuesto en invocación de un vicio de fondo, cuando la resolución recurrida no ha decidido el asunto sometido a conocimiento, de conformidad a lo preceptuado en el Art. 16 L. Cas. el recurso es improcedente y así deberá declararse”.

⁴³³ Según Julio Picatoste Bobillo, “se habla,... de un gravamen material cuando el perjuicio se causa con el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo; o procesal, cuando se estima una excepción procesal propuesta por el demandado... o, en fin, cuando el perjuicio se

parámetro para determinar o medir si la resolución impugnada infiere agravio, es cotejar el contenido decisorio de la resolución con las pretensiones sustentadas por la parte, y de tal análisis comparativo entre lo pretendido por la parte y lo decidido en la resolución por el juez, determinar el agravio concreto que la resolución infiere a la parte que recurre⁴³⁴. De este análisis comparativo podemos determinar cuando una resolución infiere agravio a una de las partes del proceso. El agravio como presupuesto objetivo de procedencia de todo recurso, incluido el recurso de casación, exige, que el recurso sea interpuesto por la parte, en el sentido mas genérico de este termino, a quien la resolución perjudica, lesiona o infiere agravio o gravamen respecto de su pretensión o defensa, para que la impugnación recursiva sea procedente objetivamente. Este agravio, nuestro CPCM lo ha contemplado como principio general de aplicación a todos los recursos, disponiendo al efecto en el artículo 501 del CPCM que “tendrán derecho a recurrir las partes **gravadas** por la resolución que se impugna”. Pero no bastándole con esto, dispuso en el capítulo cuarto de este libro, referido a la regulación del recurso de casación en el artículo 527 CPCM que “este recurso solo deberá interponerse por la parte que recibe **agravio** por la resolución impugnada”. Pero en casación, no basta simplemente que la resolución sea desfavorable al recurrente, debido a que no cualquier perjuicio que infiera una resolución es susceptible de dar causa o motivo de interposición del recurso de

produce con el pronunciamiento sobre costas”. BOBILLO, Julio Picatoste, eat al. *Op Cit.* Pág. 53. Otros autores, como Enrique Vescovi siguiendo la tradición del maestro Eduardo Couture distinguen entre un perjuicio material y un perjuicio moral, consideramos que el perjuicio moral no tiene cabida en el mundo del derecho, consecuentemente, tampoco lo tiene en el mundo de los recursos, debido al carácter incoercible que este sistema normativo supone, y la imposibilidad que reviste en el derecho exigir el cumplimiento coactivo de una norma moral. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 40. COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 346.

⁴³⁴ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, eat al. *Op Cit.* Pág. 536.

casación, sino solo aquel motivo jurídico específica o tasadamente previsto en la ley⁴³⁵.

⁴³⁵ **REF. 176-CAC-2009. 25/08/2009.** “Para la válida interposición del recurso, es necesario que el impetrante exprese el motivo en que se funde; el precepto que se considere infringido; y el concepto en que lo haya sido, en relación a la sentencia del tribunal ad-quem. Art. 10 L.C. Siendo la casación, un recurso extraordinario de estricto derecho, de carácter eminentemente técnico, cuya naturaleza lleva implícita la exactitud y el rigor formal que exige la precitada Ley, no se conforma con la simple intención e interés del recurrente de que se resuelva el supuesto agravio, por el contrario, para que el recurso proceda, es necesario, que se ajusten de manera precisa, los requisitos que distinguen al recurso de casación, los cuales, deberán perfilarse en su idoneidad para poder ser admitidos en casación. De sumo interés, es preciso advertir al recurrente, que no basta sólo con denunciar las normas supuestamente violadas, sino que hay que argumentar de manera ordenada y objetiva, para cada una de los preceptos legales señalados como infringidos, en qué consiste la vulneración de parte del Ad-quem en la sentencia de mérito. Para que un recurso de casación sea admisible es preciso que el concepto de la infracción de las disposiciones legales que se estiman infringidas, corresponda al motivo denunciado; si esa correspondencia falta, equivale a no haberse expresado dicho concepto. En el caso de mérito, las irregularidades son tan evidentes, pues resulta obvio, que el recurrente solamente se ha ocupado de expresar su inconformidad y a rebatir los argumentos del fallo del Ad-quem y denunciar todas las disposiciones legales que supuso eran las indicadas, y al pretender desarrollar su concepto, expresa literalmente: " ...Art. 431 es una disposición cajonera; Art. 432 en esta disposición es probable que el resolutor transcribió el contenido del proceso, pero ello no prueba que lo hayan leído y aplicado los señores magistrados...", con lo cual no puntualiza valoración jurídica alguna, atinente a dichas normas legales”. **REF. 205-CAC-2009. 19/11/2009.** “En su escrito de interposición, los recurrentes en relación a este submotivo, lo que hacen es, formular un alegato generalizado sobre la figura de la tercería y manifiestan expresamente su inconformidad con la sentencia del Ad quem, es decir, se refieren a otros vicios que no corresponden al submotivo invocado. Siendo la casación, un recurso extraordinario de estricto derecho, de carácter eminentemente técnico, cuya naturaleza lleva implícita la exactitud y el rigor formal que exige la precitada Ley, no se conforma con la simple intención e interés del recurrente de que se resuelva el supuesto agravio, por el contrario, para que el recurso proceda, es necesario, que se ajusten de manera precisa, los requisitos que distinguen al recurso de casación, los cuales, deberán perfilarse en su idoneidad para poder ser admitidos en casación. De lo dicho se colige, que no se han cumplido los presupuestos que estipula el Art, 10 L.C., imperativos sin los cuales no es posible que se inicie ni desenvuelva adecuadamente el recurso de casación, lo cual vuelve imperfecto y defectuoso el recurso en su fondo, pues no se han concretado los fundamentos jurídicos del vicio denunciado. Esta serie de imprecisiones, evidentemente, comprometen la eficacia del recurso en análisis, tornándose imposible la admisión del mismo, por lo cual, la Sala omite hacer prevención alguna, ya que de hacerlo, daría lugar al replanteamiento del recurso, circunstancia que la ley de la materia no permite. Arts. 8 y 9 L de C”. **REF. 22-CAC-2008. 06/11/2009.** “En el caso de que se ha hecho mérito, se ha recurrido en casación por la causa genérica Infracción de Ley en invocación del sub-motivo Violación de Ley, aduciendo infracciones de los Arts. 241 y 1299 Pr. C. Al realizar un reexamen de los respectivos conceptos de las infracciones, éstos son atribuidos al Juez A-

Como primer límite a los agravios susceptibles de ser alegados en casación, encontramos, que en casación únicamente tienen lugar los motivos o errores de derecho cometidos por el tribunal de apelación, ya sean estos procesales o materiales, pero nunca los errores de hecho, artículo 521 CPCM. Un segundo límite, es que únicamente los vicios jurídicos concretados en motivo específico permiten la fundamentación del recurso de casación, artículo 522 y 523 CPCM, de ahí que no toda infracción a la norma jurídica puede dar lugar a interponer el recurso de casación, sin este motivo específico, por más ilegal, injusta o arbitraria que pueda resultar una resolución, no puede aducirse la casación en contra de dicha resolución, simple y sencillamente porque ese agravio no previsto en la ley, no es susceptible alegarse como motivo de casación por la parte agraviada⁴³⁶. Y un tercer límite que imponen

quo -cuando lo técnico o procedente es la tacha o expeditación de las infracciones cometidas por el Tribunal de Segunda Instancia-, y aún, considerando que dada la Sentencia confirmatoria de Segunda Instancia y que tales conculcaciones son atribuibles a la Cámara Ad-quem, la subsanación de los mismos por la vía casacional -de acuerdo al recurso planteado- sólo podría haberse verificado mediante la invocación de la causa genérica Quebrantamiento de Alguna de las Formas Esenciales del Juicio, pues la función nomofiláctica o correctiva de los yerros incurridos en la sentencia de que se trata por los preceptos en referencia, sólo podría verificarse en anulación del proceso a partir del auto de las nueve horas y cincuenta minutos del trece de abril de dos mil siete, cuestión que por un vicio de fondo -donde una vez casada la sentencia hay que pronunciar la que corresponde- no es procedente. Consecuentemente, advirtiendo este Tribunal Casacional que el recurso en análisis fue admitido indebidamente, el mismo deviene en inadmisibles y así se impone declararlo. Art. 16 L. Cas”.

⁴³⁶ Al respecto de la necesidad de que el agravio en casación debe estar concretado en motivo específico ha sostenido Hugo Suarez Morales: “Los motivos o causales de casación responden a conceptos concretos y delimitados, por lo tanto el agravio debe tener encaje legal en alguno de los establecidos en la ley”. MORALES SUAREZ, Hugo. *Op Cit.* Pág. 117. Nuestra jurisprudencia de la Sala de lo Civil también ha sostenido al respecto: “**REF. 132-CAC-2009. 08/09/2009.** “Estudiado que fue el escrito de interposición del recurso, se encuentra que el mismo carece de precisión, por no señalar en cuales argumentos la Cámara sentenciadora interpreto' erróneamente los preceptos legales señalados, y cual debió ser la interpretación correcta, rebatiendo las motivaciones legales del fallo, ya que sin razonar las infracciones denunciadas no existe formalización del recurso, pues esta debe hacerse en forma clara y precisa, vinculando el contenido de las normas que se consideren infringidas con el sub motivo denunciado, señalando como, cuando y en qué forma, se cometió la infracción de cada uno de los preceptos contenidos en los Arts. señalados. Sobre "interpretación de la prueba erróneamente" siendo que es un submotivo que no está

este *numerus clausus* de motivos, es que impiden al tribunal de casación pronunciarse sobre la casación de una resolución por motivos diversos a los previstos por el legislador y no invocados por el recurrente⁴³⁷. Ósea que, el tribunal de casación, tiene su ámbito de competencia funcional delimitado exactamente por los motivos invocados por el recurrente en casación, fuera de estos motivos nunca puede el tribunal de casación casar una resolución⁴³⁸. Por ello es que, el tercer aspecto en la técnica de la

contemplado en la ley de la materia, no es posible a la Sala entrar al conocimiento del mismo, pues está limitada a conocer y resolver únicamente sobre las causales debidamente alegadas, de modo que las exposiciones que no estén comprendidas en la ley de casación así como los cambios de denominación o creación de figuras jurídicas, infracciones o vicios extraños a este recurso extraordinario, legalmente no pueden ser objeto de estudio para la Sala. El recurso de casación es extraordinario, de admisibilidad restringida, que exige el cumplimiento de ciertas formalidades para ser admitido, siendo el Art.10 de la "Ley de Casación" la norma formal a la que hay que ajustar el escrito en el que se interpone el recurso, donde consten los requisitos formales que son esenciales para que prospere el mismo". **REF. 14-CAC-2009. 24/09/2009.** "El Art. 10 de la Ley de Casación, establece los requisitos que debe contener el escrito de interposición del recurso de casación, así: a) Motivo en que se funde; b) Precepto que se considere infringido; y c) El concepto en que haya sido. Considerando que en el caso sub-examine, las recurrentes han omitido totalmente el cumplimiento de dicha disposición de la Ley de Casación, es decir, no señalan ni la causa genérica ni el submotivo en que fundamentan el recurso, ni los preceptos que consideran infringidos, la única argumentación del escrito carece de valor jurídico, pues sólo se limitan a expresar su inconformidad con la sentencia impugnada, y a expresar los agravios que ésta les ha causado. Debido a ello, y al carácter extraordinario y estricto que envuelve al recurso de casación, el cual exige para su admisibilidad, la puntual observancia y exactitud de los presupuestos que indica la ley de la materia, requerimientos respecto de los cuales el tribunal casacional no puede suplir o subsanar oficiosamente, obvio es, que en el caso sub lite las recurrentes, no han cumplido con ninguno de los requisitos enunciados pues su escrito carece de todos los aspectos fundamentales que la técnica procesal de la casación indica que deben cumplirse para la interposición exitosa del recurso".

⁴³⁷ "Los motivos de casación limitan a las partes y al tribunal de casación al planteamiento y examen de la aplicación de las normas en el enjuiciamiento de fondo y en la actividad procesal de los tribunales de instancia". MORALES SUAREZ, Hugo. *Op Cit.* Pág. 116.

⁴³⁸ **REF. 75-CAC-2008. 03/12/2009.** Al analizar el segundo motivo o sea el de Infracción de Ley, el recurrente ha manifestado que el submotivo es el contemplado "en el Art.4 ordinal 5° de la Ley de Casación, por denegación de pruebas legalmente admisibles y cuya falta ha producido perjuicios al derecho o defensa de la parte que lo solicitó", lo cual es un evidente error, el cual podría subsanarse por este tribunal, a tenor del Art. 12 Inc. 6 Cas. Al desarrollar el concepto de la infracción, el recurrente se refiere al Art.- 711 C. como la disposición legal infringida, pero no deja ver cuál es el submotivo alegado; por consiguiente, es imposible para este tribunal de casación, subsanar el error, y siendo que no se ha expresado cuál es el

formalización del recurso de casación, es, según lo veremos en su momento oportuno, “la identificación del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso”, artículo 528 CPCM. En relación a los motivos, la doctrina a sostenido de manera unánime, que en casación, no rige el principio *iura novit curia*, es decir, que el tribunal de casación, no puede de oficio, casar una resolución por motivos diversos a los invocados por el recurrente, únicamente dentro de los motivos invocados por este, puede el tribunal de casación, casar una resolución con base a normas jurídicas y fundamentación diferente a la suministrada por el recurrente, artículo 536 CPCM. En este sentido, los únicos errores o motivos jurídicos específicos, que permiten fundamentar la impugnación casacional, y que a la vez, delimitan el marco de competencia funcional del tribunal de casación en materia procesal civil son:

Según el artículo 522 referido a los motivos jurídicos específicos de fondo: titulado motivos de fondo “el recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal. Se entenderá que se ha infringido la ley cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente, o cuando se ha dejado de aplicar la norma que regula el supuesto que se controvierte. Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal”. Estos son los únicos motivos jurídicos por errores de fondo, que permiten fundamentar este tipo de casación por motivos de fondo actualmente, la infracción de ley y la infracción de la doctrina legal.

submotivo alegado, le falta un requisito esencial para ser admitido, razón por la cual así debe declararse.

El recurso de casación por motivos jurídicos específicos de forma artículo 523 CPCM: titulado motivos de forma: “el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, tendrá lugar por: 1°. Abuso, exceso o defecto de jurisdicción; 2°. Falta de competencia; 3°. Inadecuación de procedimiento; 4°. Falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación; 5°. Caducidad de la pretensión; 6°. Litispendencia y cosa juzgada; 7°. Sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso; 8°. Renuncia, desistimiento, allanamiento y transacción, si el objeto no fuera disponible o se hiciera en contravención al interés público; 9°. Falta de emplazamiento para contestar la demanda; 10°. Denegación de prueba legalmente admisible; 11°. No haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia; 12°. Practicarse un medio de prueba ilícito; 13°. Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación; y, 14°. Por infracción de requisitos internos y externos de la sentencia”. Estos son los únicos motivos que permiten acceder a la casación de una resolución por motivos de forma.

Estos motivos constituyen un límite jurídico en un doble sentido: en casación, no pueden alegarse por el recurrente, motivos diversos a los establecidos en la ley, y para el tribunal de casación, constituyen un límite en el ejercicio de su facultad casatoria, fuera de estos motivos específicos, que además deben de ser invocados por el recurrente, el tribunal de casación, no puede casar una resolución, por más ilegal que esta sea. Sin uno de estos motivos específicos, es imposible fundamentar el recurso de casación, y el recurso que no tenga como fundamento al menos uno de los anteriores motivos, nunca será admisible, ni procedente, ni mucho menos susceptible de determinar la casación de una resolución, por más ilegal que esta sea. De ahí entonces, que el tercer aspecto en la técnica de casación, que debe contener insubsanablemente el escrito de formalización del recurso de

casación es la “identificación del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso”, artículo 528 CPCM. Por ello, en casación, el agravio constituye algo más que el simple deseo de la parte perdedora de impugnar una resolución que le es desfavorable, sino que el agravio, debe de aparecer concretado en motivo específico jurídico, ya sea de fondo o de forma.

7.8 LA LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR EN CASACIÓN

En un sentido genérico, cuando hablamos de la legitimidad para recurrir, nos referimos a determinar, quienes son las personas que están facultadas por el ordenamiento jurídico para instar los recursos previstos en el proceso, como presupuesto de procedencia de cualquier recurso. A esta legitimidad genérica para recurrir hace referencia el artículo 501 inciso 1º del CPCM en los siguientes términos: “tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna. Igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados, aun cuando no se hubieran convertido en partes”. Pero, cuando hablamos de la legitimidad para recurrir en casación, hacemos alusión a un objeto más específico, es decir, nos referimos a establecer quienes son los sujetos que están facultados para instar o interponer exclusivamente el recurso de casación. En este sentido, cualquiera creería que el artículo 527 del CPCM es un mero capricho retórico e innecesario del legislador al disponer que: “este recurso –el de casación- sólo deberá interponerse por la parte que recibe agravio por la resolución impugnada”.

Según notamos de lo anterior, resulta que, la legitimidad para recurrir en casación corresponde únicamente a las partes. Pero, este término “partes” en casación requiere hacer algunas acotaciones. El término partes ha sido entendido modernamente por la doctrina, como toda persona a quien una

resolución judicial pueda inferir los efectos materiales de la cosa juzgada, artículo 58 CPCM, en este sentido son partes, el demandante, el demandado, los sucesores de las partes, y los terceros, artículo 230 inciso 2º CPCM. Sin embargo, cuando en casación hablamos de la legitimidad de las partes para interponer el recurso de casación, hacemos referencia estricta, a la denominación correcta que reciben las partes, en la sustanciación del recurso de apelación, nos referimos exacta, concreta y únicamente al apelante y al apelado, y ha nadie mas, porque respecto de las partes, que no adujeron el recurso de apelación, contra las resoluciones de primera instancia, contra las cuales procedía legalmente este recurso, artículo 508 CPCM, la resolución ha adquirido firmeza parcial, respecto de las partes que consintieron expresa o tácitamente la resolución de primera instancia, artículo 229 ordinal 2º y 3º CPCM, y ellos no están legitimados para interponer el recurso de casación, no obstante que hayan sido partes en la primera instancia, pero se niega su legitimidad en casación, porque no fueron partes de la apelación, ello incluso tratándose del litisconsorte necesario, que no adujo el recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, pues consintió tácitamente al no apelar la resolución de primera instancia.

En este tema conviene señalar que la calidad de partes de la apelación puede asumirse o presentarse de las siguientes formas: en primer lugar, la calidad de partes de la apelación puede presentarse bajo una relación singular, un apelante y un apelado; en segundo lugar, la calidad de partes de la apelación puede presentarse bajo una pluralidad necesaria o facultativa de sujetos, nos referimos a los litisconsortes necesarios y facultativos, artículo 76 y 80 del CPCM; en tercer lugar, la calidad de partes de la apelación puede presentarse o asumirse por un sucesor procesal de la parte apelante o apelada originaria, independientemente si la sucesión procesal sea por causa de muerte o por cesión de derechos litigiosos, artículo 86 y 88 del CPCM,

respectivamente. A todos los anteriores sujetos arriba mencionados, que han adquirido la calidad de partes en la sustanciación del recurso de apelación, corresponde única y exclusivamente la legitimidad para instar o interponer el recurso de casación, y a nadie más. Cuando reducimos la legitimidad para interponer el recurso de casación, al apelante y al apelado, lo hacemos, partiendo de la idea básica, de que el recurso de casación, procede únicamente contra las resoluciones dictadas en grado de apelación, artículo 519 ordinal 1º del CPCM, y nunca contra las resoluciones dictadas en primera instancia, porque contra ellas se ha reservado la procedencia legal del recurso de revocatoria, y del recurso de apelación, artículo 503 y 508 CPCM, recursos, que si siendo procedentes contra una resolución de primera instancia, no se dedujeron, esta resolución deviene en firme para la parte que no apelo, y por tanto no es parte de la apelación.

7.9 LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO DE CASACIÓN

En nuestro país, la competencia para conocer el recurso de casación, puede corresponder, a dos órganos encargados de administrar justicia en materia de casación, nos referimos a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y a la Corte Suprema de Justicia en Pleno, según los artículos 28 ordinal 2º y 27 ordinal 2º CPCM respectivamente, estos son los únicos órganos de justicia en nuestro país que tienen competencia funcional para conocer y decidir el recurso de casación, la primera lo hace como función principal y de manera general, la segunda lo hace de manera excepcional y en casos particulares establecidos en la ley, de modo que la competencia para conocer y decidir el recurso de casación, corresponde a dos órganos jurisdiccionales en nuestro país: generalmente, a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y excepcionalmente, a la Corte Suprema de

Justicia en Pleno, aunque la primera, es la que principalmente administra justicia en materia de casación, y la que mayormente conoce y decide sobre la estimación o desestimación de este recurso.

Si bien es cierto, la competencia para conocer el recurso de casación, puede corresponder, a dos órganos de la jurisdicción en nuestro país, debemos aclarar, que esta no es una competencia paralela, ejercida simultáneamente por los dos órganos, ni con jerarquía de un órgano sobre otro, sino que es una competencia excluyente y suprema, ya que la Corte Suprema de Justicia en Pleno conoce del recurso de casación únicamente cuando la Sala de lo Civil actúa como tribunal de apelación conociendo de este recurso, artículo 28 ordinal 3º CPCM. Aunque debemos hacer una observación, en atención al fin uniformador, atribuido por el legislador y la jurisprudencia al recurso de casación en nuestro país, ya que, los que le atribuyen este fin a la casación resaltan la necesidad de que el conocimiento del recurso de casación sea competencia de un solo órgano con jurisdicción en todo el territorio nacional, ello para evitar la interpretación contradictoria de las normas legales por distintos tribunales con competencia para conocer el mismo recurso. Por ello la más correcta o exacta interpretación de una norma jurídica debe atribuirse a un solo órgano o tribunal que se encuentra en la cima del orden jurisdiccional. De ahí que esto pueda atentar o volver nugatorio en la práctica el fin uniformador de la jurisprudencia atribuido al recurso de casación por la legislación y la jurisprudencia.

7.10 EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Uno de los requisitos de forma del recurso de casación, exigido en la ley, es, el plazo, entendiendo por este, según lo hemos venido señalando reiteradamente en este estudio, como el lapso o periodo de tiempo dentro del

cual se pueden ejercitar los recursos o medios de impugnación en sentido estricto, para ser admitidos, de lo cual se deduce que la deducción o interposición extemporánea, es decir, fuera del lapso legal previsto en la ley, del recurso de casación deviene inevitablemente, como consecuencia, en inadmisibles, sin necesidad de entrar el tribunal de casación a examinar el fondo de la impugnación de este recurso⁴³⁹. Es así, que, según el artículo 526 del CPCM “El plazo para presentar el recurso es de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva de la resolución que se impugna, fuera de dicho plazo no se podrá aducir ningún motivo de casación”. Dada la configuración general de los plazos procesales contenida en el artículo 143 y 145 del CPCM, este plazo procesal, para interponer el recurso de casación, es de las siguientes características: Es un plazo legal, se trata de un plazo cuya creación corresponde al legislador en la ley, artículo 526 CPCM; Es un plazo perentorio, porque para que precluya la oportunidad de interponer el recurso de casación, no es necesario que la contraparte lo pida, ni que haya declaratoria del juzgador, esto es, el plazo

⁴³⁹ **REF. 218-CAC-2009. 18/11/2009.** “El Art. 8 Cas. ordena que 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 dictó la sentencia recurrida. La sentencia definitiva fue notificada, en San Miguel, a las dos partes, a las diez horas y cuatro minutos del veintiocho de julio de dos mil nueve, según consta en el acta de notificación de fs; 23 de la pieza de apelación; lo cual significa que el plazo de quince días hábiles comenzó a correr el veintinueve de julio, y expiró el veintiuno de agosto, ambas fechas de dos mil nueve, teniendo en cuenta las vacaciones de agosto en San Miguel, que este año fueron de tres días: cinco y seis de agosto por las fiestas agostinas de conformidad con la Ley de Asuetos Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos, y un día más, el siete de agosto, por el decreto legislativo específico que ordenó trabajar un sábado, para reponer el día laboral siete de agosto. El escrito de interposición del recurso de Casación y dos copias del mismo, fueron presentados al tribunal que pronunció la sentencia recurrida, a las quince horas veinticinco minutos del veinticinco de agosto de dos mil nueve, fecha en que ya había expirado el plazo de quince días hábiles concedidos por la Ley de Casación; razón por la cual debe declararse inadmisibles el recurso, con las responsabilidades que establece el Art. 23 Inc, 2° Cas. Por las razones expuestas y disposiciones legales citadas, la Sala RESUELVE: 1) Declárase inadmisibles el recurso de Casación de que se ha hecho mérito”

precluye de pleno derecho⁴⁴⁰, artículo 143 CPCM; Es un plazo improrrogable, porque este plazo no puede ampliarse a un número mayor de días, ni siquiera por el consentimiento expreso, ni tácito de las partes, ni del juzgador, artículo 143 CPCM; Este plazo, comienza a correr, a partir del día siguiente al

⁴⁴⁰ **REF. 36-C-2007. 26/05/2008.** “Siendo que estamos frente a un caso en el que se discute la declaratoria de deserción en segunda instancia, por haberse presentado el apelante fuera del plazo del emplazamiento contenido en el Art. 995 Pr. C., es necesario hacer algunas aclaraciones sobre la clasificación de los plazos procesales, siendo para el caso, los plazos perentorios y no perentorios, ya que sus efectos en el Derecho Procesal tienen una especial aplicación. En ese orden de ideas, definiremos ambos plazos. El plazo Perentorio o Preclusivo, es aquel que, vencido, produce caducidad del derecho o el cierre de una instancia, sin necesidad de actividad alguna del Juez ni de la parte contraria, Vgr: el término para apelar, Art. 981 Pr. C.; el término de prueba en los juicios ejecutivos y sumarios civiles, Art. 246 Inc. 3° Pr. C.; el término para recurrir en casación, Art. 8 L.C.; etc., etc. En síntesis, en los plazos perentorios el derecho a realizar un acto procesal, se pierde sólo por el efecto de la ley, o lo que es igual, precluye por el paso del término. A contrario sensu, los plazos no perentorios son aquellos que, vencidos, necesitan de un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho, Vgr.: el demandado para la contestación de la demanda en un juicio ordinario tiene seis días, Art. 516 Pr. C.; sin embargo la no contestación en ese plazo, no hace caducar el derecho de contestarla, pues para hacer perder ese derecho, es necesario que la otra parte pida al juez de la causa que lo declare rebelde, Art. 530 Pr. C. Consecuentemente, en los plazos no perentorios para que se pierda la oportunidad de realizar el acto procesal, la otra parte, tiene que realizar otro acto: pedir el decaimiento del derecho de la parte contraria. Así las cosas, en el caso de mérito, estamos ante un plazo que está regulado en el Art. 995 Pr. C. y que se refiere al de tres días para que las partes acudan a usar de sus derechos ante la Cámara de segunda instancia; y aún más, se está ante un plazo que puede prorrogarse en razón de la distancia, por lo que en ningún momento puede considerarse que se trata de un plazo perentorio, ya que la norma en comento además de que no menciona sanción alguna por su incumplimiento, otorga la prórroga del plazo en razón de la distancia, razones suficientes para considerar que el plazo contenido en el Art. 995 Pr. C. no es fatal, desde luego que no concluye de pleno derecho en caso de incumplimiento. En tal sentido, congruente es aclarar que es un plazo no perentorio y para que surta efectos procesales es necesario que la contraparte realice otro acto, siendo éste el pedimento de la declaratoria de rebeldía, Art. 1037 inc. 1° Pr.C. Al analizar el proceso sub lite, la Sala constata que el apelante a folios 3, de la 2ª pieza, pidió que se le tuviera por parte tres días después de haber vencido el plazo que otorga el Art. 995 Pr. C. Así mismo, la parte apelada, a folios 4, 2ª pieza, solicitó la declaratoria de deserción una hora y treinta minutos después de que el apelante se había presentado ante la Cámara, pidiendo se le tuviera por parte. Es precisamente esa solicitud tardía, la que habilitó el derecho del apelante para ejercerlo, ya que cuando pidió se le tuviera por parte, no había solicitud de deserción por el apelado. En consecuencia, el haber declarado desierta la apelación por parte del Tribunal Ad quem, es un acto ilegal, debido a la interpretación errónea que hizo del Art. 995 Pr. C., por lo que la sentencia recurrida deberá casarse por este sub motivo”.

de la notificación de la resolución respectiva, es decir, se excluye como parte del cómputo del plazo para interponer el recurso de casación, el mismo día de la notificación de la resolución, artículo 145 y 526 del CPCM. Lógicamente, como es un plazo dado en días, en su cómputo se comprenden únicamente los días hábiles, artículo 145 CPCM, esto es, se excluyen como parte del plazo, los días inhábiles que son: todos los días sábado y domingo, a excepción de los días que se habilitan en nuestro país mediante decreto, conocido popularmente como “puente”; los días de asueto, y los días de vacación, artículo 1 de la Ley de Asuetos Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos. La interposición extemporánea de la casación, produce irremediablemente la declaratoria de inadmisibilidad del recurso de casación, sin más ni más, no hay para donde, después de concluido este plazo.

En este aspecto, no se introduce especial variante, respecto de la anterior Ley de Casación derogada, que al igual que el nuevo CPCM establecía un plazo de quince días para interponer el recurso, y para alegar nuevas o distintas infracciones o motivos. En este sentido el artículo 8 de la Ley de Casación derogada disponía que “El recurso debe interponerse dentro del término fatal de quince días hábiles, contados desde el día siguiente al de la notificación respectiva, ante el Tribunal que pronunció la sentencia contra la cual se recurre”, y el artículo 9 de esta misma Ley establecía que “concluido el término a que se refiere el artículo anterior, no se admitirán alegaciones sobre nuevos motivos o distintas infracciones en que el recurso hubiera podido fundarse; y la sentencia recaerá solamente sobre las infracciones o motivos alegados en tiempo y forma”.

7.11 LA FORMA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

El núcleo central del recurso de casación lo es su formalización, pues de él depende la operancia práctica del instituto, para lograr el cumplimiento de los fines que se le atribuyen. La formalización del recurso de casación, es, una carga procesal impuesta al recurrente en casación, que requiere de parte de este, un dominio perfecto de la técnica de casación, en la observancia puntual de todos y cada uno de los requisitos que debe contener el escrito de formalización del recurso de casación, tanto de entrada para su admisión, como para alcanzar el resultado final del interponente, su estimación⁴⁴¹. Nuestra teoría, parte básicamente, de dar preponderancia a la función particular del recurso de casación, ello debido a que, es el recurrente quien tiene la mayor carga procesal, para lograr el cometido, al cual está destinado a desempeñar el recurso de casación en un sistema judicial dado, pues los efectos de la casación, inicialmente repercuten únicamente en la esfera jurídica particular de las partes, y solo eventualmente la casación, puede repercutir en la esfera jurídica de los demás recurrentes, al crear mediante las sentencias uniformes del tribunal de casación jurisprudencia, o como la denomina nuestro CPCM doctrina legal, pero solo cuando el recurso de casación se funde en la infracción de la doctrina legal.

⁴⁴¹ **REF. CAS. 113-C-07. 10/01/2008.** “Como es sabido, el impetrador debe ilustrar de manera clara y precisa al tribunal casacional para que éste quede sabedor e instruido sobre en qué consiste la infracción que se espera que dirima. La Sala, en reiterados fallos ha subrayado que no sólo se debe expresar la situación judicial que a juicio del recurrente se ha infringido determinadas normas, sino, principalmente, el porqué o cómo el fallo de segunda instancia ha infringido la ley; situación que en el caso sub-júdice no aparece inequívocamente consignada. Máxime que las disposiciones citadas se refieren a situaciones diferentes. La técnica casacional, repetimos, exige la puntual observancia y exactitud de los requisitos que establece la ley de la materia en el Art. 10. Resulta obvio, que la serie de imprecisiones cometidas, tornan imposible formular prevención, ya que de hacerlo, equivaldría que el recurrente incoase nuevo recurso, circunstancia que la ley de la materia no permite. Arts. 8 y 12 L. de C”.

Muchos, son los recursos de casación que se presentan ante la Sala de lo Civil, pocos se admiten, y un número muy pero muy reducido de ellos son estimados por nuestro tribunal de casación, ello no porque las resoluciones de los tribunales de apelación sean perfectamente dictadas conforme a derecho, sino, porque los escritos de formalización del recurso de casación elaborados por los recurrente, son, terriblemente defectuosos. Si existe un área del derecho procesal, en la que la mayoría de abogados, son derrotados inicialmente, en el primer round del pleito, es en la formalización del recurso de casación. Esto significa que la casación no es como preparar la demanda de un proceso ejecutivo, área en la que casi todos los abogados, obtienen una sentencia estimatoria favorable, acá no es, como decimos en nuestra lengua popular: solo de ir a traer. En casación la situación no es así de fácil, el abogado debe demostrar un perfecto y completo dominio de la técnica de casación, de lo contrario su recurso esta destinado a fracasar de entrada.

Nuestra jurisprudencia lo ha dicho interminablemente: la casación es un recurso extraordinario, de estricto derecho, de rigor formal y eminentemente técnico⁴⁴², que requiere, por parte del recurrente, la puntual observancia de todos y cada uno de los requisitos previstos en la ley⁴⁴³. Estos requisitos que debía contener el escrito de formalización del recurso de casación, según la jurisprudencia establecida por nuestra Sala de lo Civil, durante la vigencia de la anterior Ley de Casación derogada eran: en primer lugar, el motivo

⁴⁴² REF. 162-CAC-2009. 12/11/2009. “El recurso de casación es de naturaleza extraordinaria, de estricto derecho, y no constituye una tercera instancia y siendo de carácter técnico exige para su admisibilidad la puntual observancia y exactitud de los requisitos que indica la Ley de la materia, presupuestos respecto de los cuales el tribunal casacional no puede suplir o subsanar oficiosamente”.

⁴⁴³ REF. CAS. 113-C-07. 15/10/2008. “La técnica casacional exige en forma precisa, clara y con puntual observancia, el cumplimiento de los requisitos de carácter técnico que establece el Art. 10 L. de C., para Interponer el recurso de casación, presupuestos que este tribunal no puede suplir o subsanar de oficio”.

genérico; en segundo lugar, el motivo específico; en tercer lugar, el precepto infringido; y, en cuarto lugar, el concepto en que haya sido cometida la infracción⁴⁴⁴. No pudiendo la Sala suplir de oficio las omisiones del recurrente que no adecuen su recurso al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos en la ley⁴⁴⁵. La formalización del recurso de

⁴⁴⁴ **REF. 110-CAC-2006. 11/09/2008.** “La técnica casacional exige, Art. 10 de la Ley de Casación, que al interponer el recurso se señale la causa genérica y sub-motivo en que se fundamenta el mismo, las disposiciones que se consideran infringidas en relación a tal sub-motivo invocado y el concepto en que —a su juicio-, éstas han sido vulneradas por el Tribunal Ad-quem. Lo anterior implica, que el recurrente debe atender los anteriores requisitos exponiendo en forma detallada y precisa, separadamente para cada disposición que considera infringida, el concepto que a su criterio lo han sido, y en relación al sub-motivo que invoca. El sub-motivo Interpretación Errónea de Ley, se configura cuando el Juzgador aplica acertadamente determinado precepto jurídico, para resolver el fondo de un asunto sometido a su conocimiento, pero confiriendo una interpretación equivocada al mismo. Partiendo de la conceptualización o definición del sub-motivo en análisis, el impetrante por disposición vinculativa Art. 10 L. Cas., debe detallar en forma, precia y clara cuál fue la interpretación errada en que incurrió el Tribunal Ad-quem, y además, cuál —a su criterio- es la correcta interpretación que a la norma debe conferírsele. La Sala al realizar un reexamen del recurso, advierte que a parte de lo diminuto del concepto de la infracción, el Art. 2 Pr. C. se compone de varios presupuestos de hecho y la técnica casacional vincula al recurrente a precisar cuál o cuáles de todos esos presupuestos fueron los que se interpretaron erróneamente por el Tribunal Ad quem, y cuál es la correcta interpretación que a los mismos les corresponden, cuestión que el interponerte omitió. En todo caso, de acuerdo al planteamiento verificado por el recurrente, éste debió haber enfocado el recurso al señalamiento o denuncia de infracciones a disposiciones legales que fundamentan la ineptitud de la pretensión. Por consiguiente, por el Art. 2 C. Pr. el recurso deviene en inadmisibilidad y así habrá de declararlo. Art. 16 L. Cas”.

⁴⁴⁵ **REF. 250-C-05. 26/02/2008.** “En nuestro sistema casacional la "Violación de ley" se da cuando en la sentencia el juzgador desconoce el texto de una norma o la deja de aplicar al caso controvertido, independientemente de la cuestión fáctica que se de; asimismo, cuando se omiten los preceptos legales que debieron ser aplicados al caso concreto, por la falsa elección de otros. Por ende, no se ha dado entero cumplimiento a lo establecido en el Art. 10 de la Ley de Casación, en cuanto al precepto infringido, por estar deficientemente sustentado. Lo anterior significa, que el concepto de la infracción no tiene vínculo alguno con el precepto que se considera infringido. Por otra parte es de subrayar, que no es potestativo de la Sala cubrir de oficio el yerro de los impetrantes o hacerles prevención sobre ello, ni tampoco es de su facultad interpretar la voluntad de las partes o suplirla, por cuanto implicaría resolver más de lo que se pide, razón por la cual no entra la Sala a hacer valoraciones sobre el fondo de lo pretendido. El recurso es de estricto derecho, de carácter de extraordinario, No es instancia, lo cual se refleja en la necesidad de cumplir con las formalidades prescritas para su interposición; supuesto respecto de los cuales este tribunal no puede suplir o subsanar oficiosamente. Consecuentemente, sin perjuicio que el recurso se encuentra en estado de dictar sentencia, la Sala advierte que de la manera cómo esta planteado el sub-motivo específico casacional de mérito, se encuentra en la situación

casación, es una carga procesal, que el recurrente en casación debe cumplir estrictamente al pie de la letra, *so pena* de declarársele inadmisibile el recurso de casación *in limini litis*⁴⁴⁶. Los aspectos básicos de la técnica del

contemplada en el Art. 16 de la Ley de la materia, por lo que se impone declarar inadmisibile el mismo”.

⁴⁴⁶ **REF. 293-CAC-2007. 09/01/2009.** “Analizado el escrito de interposición del recurso, esta Sala advierte: que el mismo no reúne los requisitos de forma que exige el Art. 10 de la Ley de Casación, ya que omite manifestar, un motivo que sea legalmente aceptable, que no pueden ser otros que los contemplados en el Art.4 de la L. de C. ya que ha invocado "Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio" Doctrinalmente, la formalización del recurso que exige el Art. 10 de la L. de C., es la carga procesal mas exigente impuesta al recurrente, como requisito esencial para la admisibilidad del mismo, por su amplitud complejidad y trascendencia, requiere razonarlo con lógica jurídica clara, y someterse a los principios primordiales que la doctrina de casación ha elaborado. Sin fundamentar las infracciones denunciadas no existe formalización, mucho menos si omite identificar el motivo específico, señalándolo de manera precisa como es el caso presente, lo que imposibilita a esta Sala para entrar a conocer, si efectivamente, la sentencia adolece del vicio denunciado. La fundamentación de la infracción debe ser hecha en forma clara y precisa, y no mediante una imputación vaga, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos y circunstancias a que se refiere la infracción. La infracción debe ser demostrada, sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal; es necesario que se demuestre como, cuando, y en que sentido se incurrió en la infracción, siendo una necesidad que fundamente el recurso en alguno o algunos de los motivos estrictamente tasados por la ley; en el caso presente, el recurrente no ha realizado esta fundamentación en la forma anteriormente prescrita, por lo que el recurso deviene inadmisibile”. **REF 265-CAC-2009. 11/12/2009.** “Estudiado que ha sido el texto del escrito de interposición del recurso, se constata: a) Que el mismo no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Art. 10 de la Ley de Casación, ya que el impetrante señala como fundamento del recurso la causa genérica de "infracción de ley", y como submotivo "violación de ley"; pero ha omitido señalar la forma en que las disposiciones o preceptos legales han sido infringidos en la sentencia por la Cámara, faltando a la obligación del recurrente de expresar el concepto en que lo hayan sido, para cada una de las normas señaladas como infringidas, exigencia que en el caso de violación de ley tiene suma importancia, para determinar si la falta de aplicación de la norma, ocasionó un vicio que de lugar a casar la sentencia recurrida, omisión que imposibilita a la Sala dar trámite al recurso; b) No es aplicable en este caso lo establecido en el Art.12 inciso 1° de la Ley de Casación, por no existir la posibilidad de aclaración o subsanación del recurso planteado”. **REF. CAS. 113-C-07. 10/01/2008.** “Como es sabido, el impetrador debe ilustrar de manera clara y precisa al tribunal casacional para que éste quede sabedor e instruido sobre en qué consiste la infracción que se espera que dirima. La Sala, en reiterados fallos ha subrayado que no sólo se debe expresar la situación judicial que a juicio del recurrente se ha infringido determinadas normas, sino, principalmente, el porqué o cómo el fallo de segunda instancia ha infringido la ley; situación que en el caso sub-júdice no aparece inequívocamente consignada. Máxime que las disposiciones citadas se refieren a situaciones diferentes. La técnica casacional, repetimos, exige la puntual observancia y exactitud de los requisitos que establece la ley de la materia en el Art. 10. Resulta obvio, que la serie de imprecisiones

recurso de casación civil, están contenidos, breve pero sustancial y profundamente, en el artículo 528 CPCM, de la siguiente manera: “El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna y contendrá necesariamente: 1°. La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; y, 2°. La mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados”. Este artículo es el punto clave, central y trascendental de nuestra investigación, pues contiene actualmente los aspectos más relevantes de la técnica de la formalización del recurso de casación civil en el CPCM. Al estudio pormenorizado de cada uno de estos aspectos destinamos el siguiente capítulo de esta investigación.

cometidas, tornan imposible formular prevención, ya que de hacerlo, equivaldría que el recurrente incoase nuevo recurso, circunstancia que la ley de la materia no permite. Arts. 8 y 12 L. de C”.

CAPITULO VIII

FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA PROCESAL CIVIL

SUMARIO: 8.1 Introducción; 8.2 Situación Problemática de la Casación en Nuestro País; 8.3 Definición de la Formalización del Recurso de Casación; 8.4 Requisitos de la Formalización del Recurso de Casación; 8.4.1 Requisitos Externos de la Formalización del Recurso de Casación; 8.4.2 Requisitos Internos de la Formalización del Recurso de Casación: Estudio de la Técnica De Casación; 8.5 La Identificación de la Resolución que se Impugna; 8.6 Los Motivos Genéricos de Casación; 8.7 Motivos de Forma del Recurso de Casación: Identificación de los Motivos Específicos; 8.7.1 Abuso, Exceso o Defecto de Jurisdicción; 8.7.2 Falta de Competencia; 8.7.3 Inadecuación de Procedimiento; 8.7.4 Falta de Capacidad para Ser Parte, de Actuación Procesal y de Postulación; 8.7.5 Caducidad de la Pretensión; 8.7.6 Litispendencia y Cosa Juzgada.

8.1 INTRODUCCIÓN

Eureka⁴⁴⁷, por fin, después de un largo camino, finalmente hemos llegado al núcleo central y fundamental de nuestra investigación: la formalización del recurso de casación en materia procesal civil. Precisamente, el presente capítulo tiene por objeto principal exponer al lector el estudio de la técnica de casación en el Código Procesal Civil y Mercantil. El punto de partida en este

⁴⁴⁷ “Herón, rey de Siracusa, colonia griega situada en Sicilia, norte de Italia, ordeno hacer una corona de oro puro para el dios que le ayudaba en sus guerras de conquista. Para verificar si el artesano había cumplido con las especificaciones, encargo a su sobrino Arquímedes –insigne físico y matemático de la Corte- que certificara la pureza del metal empleado. Pero, había una condición: “la corona, debía permanecer intacta. Cierta día, mientras Arquímedes se bañaba, percibió que el nivel del agua de la bañera subía a medida que se metía en ella y que su cuerpo parecía perder peso. Entonces, se dio cuenta que había encontrado la forma de resolver el problema de la corona y, olvidándose de todo, corrió desnudo por la calle de la ciudad gritando “¡Eureka!, ¡Eureka!” (“¡Lo he encontrado!”). Arquímedes encuentra la solución al problema del tío Herón”. JOVEL DÍAZ, Luis H. *Ciencia, Salud y Medio Ambiente 8º Grado*. Segunda Edición. Ediciones Servicios Educativos. San Salvador, El Salvador, 2004. Pág. 37.

sentido, es, plantear la situación problemática que rodea la casación en nuestro país. Seguidamente, nos proponemos analizar los requisitos externos e internos en la formalización del recurso de casación. Posteriormente a ello, nos corresponde distinguir el tipo de casación que deduce el recurrente, según si la casación tenga como fundamento, un motivo de forma o un motivo de fondo. Luego, desarrollaremos los motivos específicos de casación que puede alegar el recurrente como fundamento del recurso de casación según la regulación del CPCM. También, analizaremos el tema de la mención de las normas de derecho que puede alegar como infringidas el recurrente en su escrito de formalización del recurso de casación. Como puede verse, nuestro contenido temático incluye, un estudio de los aspectos fundamentales de la técnica de formalización del recurso de casación, contenida en el artículo 528 CPCM. Este ha de ser el núcleo esencial al cual esta orientado esta investigación, realizar un análisis profundo de la formalización del recurso de casación, para lograr el éxito en la impugnación de las resoluciones judiciales, y la vigencia práctica, real y objetiva de los fines del recurso de casación.

8.2 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DE LA CASACIÓN EN NUESTRO PAÍS

En todos los sistemas jurídicos vigentes a lo largo de la historia, del mundo y de nuestro país, encontramos, que se ha presentado un problema común en el ejercicio de la jurisdicción y en la administración de justicia: que los juzgadores al interpretar y aplicar las normas jurídicas a los casos concretos se sometan a un estricto respeto al principio de legalidad en sus actuaciones y resoluciones judiciales, este problema histórico subsiste hasta nuestros días, lo que ha llevado a que la mayoría de Estados, establezcan, dentro de sus ordenamientos jurídicos el recurso de casación, cuya mayor dificultad ha

sido adaptarlo a la realidad jurídica de cada país; en nuestro país los estudios existentes en materia de casación se han enfocado prioritariamente a la materia procesal penal, cuyo reflejo mas evidente es la falta de estudios y de políticas procesales propias, en materia de casación civil. Existiendo, a lo largo de nuestra historia, verdaderas violaciones a la ley por parte de los juzgadores en sus resoluciones, producto de una concepción errónea de la independencia judicial, de arbitrariedad, de negligencia, incluso de prevaricato y en caso mas grave, de la ignorancia del juzgador; paralelamente a esto, nos encontramos con que este recurso se ha revestido de un excesivo rigorismo de solemnidades para su admisión y estimación, rigorismo que se ve reforzado con la falta de profundos y completos planes de estudio, que sean impartidos por verdaderos expertos con experiencia practica en materia de casación, por las escuelas de derecho de nuestro país, lo que ha llevado a que se convaliden resoluciones judiciales contrarias al principio de legalidad, se vea frustrada la actividad impugnativa por el recurrente en casación, y a la ineficacia de este instituto procesal en el control de la legalidad de las resoluciones judiciales.

8.3 DEFINICIÓN DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Las formas, son aquel conjunto de solemnidades legales de que se haya revestidos la realización de los actos procesales en el proceso, para que puedan producir efectos validos en el mismo⁴⁴⁸. La formalización del recurso de casación, es la carga procesal más importante que tiene que suministrar el recurrente en casación, pues del cumplimiento estricto de todas y cada

⁴⁴⁸ Para Beatriz Quintero y Eugeni Prieto “el vocablo “forma” se utiliza aquí para referirse al conjunto de solemnidades o requisitos extrínsecos que deben rodear un acto para que resulte idóneo. Y se entiende por acto procesal todo aquel que realiza un sujeto con el objeto de iniciar, continuar o extinguir auto compositivamente el desarrollo del proceso”. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 98.

una de las solemnidades previstas por el ordenamiento jurídico para el recurso, depende, no solo la admisión del mismo, sino también su estimación⁴⁴⁹. Estamos, ante el acto procesal más solemne que tiene el proceso en el orden jurisdiccional civil de nuestro país⁴⁵⁰. Solo, la correcta formalización del recurso de casación, puede lograr el cumplimiento de los fines para los cuales ha sido creado el magno instituto de la casación, de ahí entonces la enorme trascendencia que este acto procesal tiene tanto para el recurrente individualmente, como para el logro de los fines de este recurso en un sistema judicial determinado⁴⁵¹. Negar lo anterior significa volver letra

⁴⁴⁹ Respecto a la carga procesal del recurrente en la formalización del recurso de casación Humberto Cuenca ha sostenido “Técnicamente, la formalización es una demanda de nulidad contra una sentencia desfavorable, infractora de la ley. Es una acción de nulidad contra el Estado por las violaciones cometidas en ella por el órgano jurisdiccional. La acción de nulidad se fundamenta en la falta de coincidencia entre la voluntad abstracta de la ley y la voluntad concreta de la misma afirmada en la sentencia. La acción de casación es, pues, una acción pura y autónoma, directa contra el Estado, en la cual el recorrido tiene una función accesoria, pues no es responsable de los errores judiciales. Desde el punto de vista procesal la formalización es una carga impuesta por ley al recurrente perdidoso en interés propio so pena de perder los beneficios que pudiera proporcionarle la revisión de la sentencia”. CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 209.

⁴⁵⁰ Según Beatriz Quintero y Eugenio Prieto el sistema de legalidad de las formas es “el que asegura mas eficazmente la finalidad del proceso y el único que suministra al mismo justiciable certeza e igualdad en el proceso. La forma, legalmente establecida, significa seguridad jurídica para todos los sujetos del proceso y es, a la postre, garantía de libertad... En las legislaciones positivas se descubren varios aspectos de la forma: la del procedimiento, la de los actos, la de las actividades parciales con finalidad propia dentro de un procedimiento y las formas esenciales de validez del proceso. En el sistema de legalidad de las formas el legislador estructura las formas procesales como condición para la eficacia jurídica del procedimiento y de los actos procesales y, en previsión de algún vacío, establece una norma general de remisión en la cual deba buscarse la sistemática del ordenamiento procesal”. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 96.

⁴⁵¹ Ha dicho también Núñez Aristimundo en relación a la formalización del recurso de casación “La formalización es el acto fundamental del recurso de casación como actividad de la parte, y el de mayor trascendencia, porque es el medio que propiamente provoca la actuación de la corte para que el recurso de casación cumpla con los fines que le son atribuidos. El fin público de mantener la uniformidad en la interpretación de las normas y su correcta aplicación, y el fin particular atinente al interés de la parte que ha hecho uso del recurso, de que la sentencia se revise y se anule, bien, con el efecto de reponer el juicio al estado que tenia cuando el error denunciado se cometió, si la impugnación que se le hace al fallo es por error de actividad del juez o in procedendo; bien, para que, destruida la sentencia, si el error que se le atribuye al juez, es de juzgamiento o in iudicando, el fallo se

muerta todos los fines y las teorías existentes sobre el recurso de casación, porque, por mas ilegal que sea la resolución pronunciada por el juez de merito, si el abogado recurrente no observa al pie de la letra las solemnidades previstas para este recurso, aunque el tribunal identifique un vicio en la resolución, no puede declararlo de oficio sino se deduce clara y abiertamente del escrito de formalización del recurso de casación del recurrente⁴⁵².

8.4 REQUISITOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

8.4.1 REQUISITOS EXTERNOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Sin ser propio y exclusivo de la técnica del recurso de casación, la casación, como toda institución del derecho procesal, debe ajustarse a un conjunto de solemnidades externas, que todos, o la mayoría de los actos procesales, deben observar y cumplir, para ser presentados ante el órgano jurisdiccional, entre estos requisitos o condiciones superficiales que deben aplicarse al

construya nuevamente sobre la base de lo decidido por casación, lo cual a ese propósito constituye cosa juzgada”. NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Op Cit.* Pág. 70.

⁴⁵² Los requisitos internos que debe contener el escrito de formalización del recurso de casación son según Núñez Aristimundo “conforme al carácter limitado del recurso, en el aspecto anteriormente señalado, de que la corte no pueda pronunciarse con efecto sobre el caso concreto sino sobre las denuncias específicamente planteadas en la formalización, se evidencia así la necesidad de que la formalización se realice conforme a los requisitos esenciales que señala la ley y de acuerdo con la técnica propia, lo cual exige que el formalizante de el recurso sea un jurista experimentado sobre la materia, circunstancia esta ultima destacada por nuestros comentaristas, ante la ya señalada realidad de que numerosos recursos se declaran sin lugar, no obstante existir en la sentencia de instancia las infracciones denunciadas, por impropia o defectuosa formalización”. NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Op Cit.* Pág. 70.

recurso de casación encontramos básicamente que⁴⁵³: 1) la interposición del recurso de casación necesariamente debe hacerse por escrito, no obstante regir el principio de oralidad en el nuevo proceso civil y mercantil, según el artículo 8 CPCM, este requisito rompe con el principio de oralidad que ha venido rigiendo durante todo el proceso, pues la misma naturaleza extraordinaria y de estricto derecho –no permite decir mucha paja para encontrar el grano- del recurso de casación, exige, que el recurso de casación deba formalizarse por escrito, lo que excluye de manera absoluta la formalización oral del recurso de casación; 2) debe identificarse el tribunal al que se dirige el escrito de formalización del recurso de casación, lo anterior es de importancia para saber determinar la competencia del órgano jurisdiccional que debe admitir, conocer y decidir el recurso de casación, es

⁴⁵³ Los requisitos externos a que debe ajustarse esencialmente el escrito de interposición del recurso de casación son según Núñez Aristimundo “1º el primer requisito externo se refiere a la forma necesariamente escrita de la formalización, exigencia cuya procedencia es obvia en relación al contenido de la formalización en cuanto a lo esencial, o sea, la fundamentación del recurso y los propósitos que con él se persiguen; 2º El escrito debe estar propiamente dirigido a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia; 3º El escrito debe tener estampada la fecha respectiva de la presentación; 4º La formalización debe estar firmada por el recurrente porque un escrito sin firma, es anónimo y por tanto, sin validez. Además, no es cuestionable que la firma del formalizante, en definitiva, pueda determinar si la formalización ha sido realizada o no por quien tenía la legitimación al efecto, de acuerdo con los conceptos anteriormente expresados, de donde se evidencia la importancia de este requisito”. NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Op Cit.* Pág. 99 y 100. En España ha señalado Marcos Loredo Colunga, en cuanto a la formalización del recurso de casación en aquel país, luego de la entrada en vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 que: “No se ha extendido el legislador a la hora de determinar la forma y el contenido a que debe ajustarse este escrito, limitándose a señalar la posibilidad de que se solicite la celebración de la vista y la preceptividad de que se expongan “con la necesaria extensión” los fundamentos del recurso. Aun siendo esto así, la ausencia de requisitos expresamente reseñados no debe interpretarse como pérdida del tradicional formalismo imperante en la tramitación de la casación; ciertamente se ha atenuado, pero debe entenderse operativa la exigencia de exponer los fundamentos o infracciones de normas individualizadas en párrafos separados e igualmente no podemos olvidar la necesidad de estructurar el escrito de modo que contenga los siguientes puntos: un encabezamiento; un breve resumen de los antecedentes procesales; la exposición clara, precisa y debidamente fundamentada de los diferentes motivos; referencia al cumplimiento de los detalles procedimentales; el suplico solicitando la admisión y estimación del recurso, subsanando la infracción cometida; y por último, el lugar, la fecha y la firma”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 243.

decir, la dirección del recurso, delimita la competencia funcional del órgano jurisdiccional que ha de conocer del recurso de casación, en nuestro caso únicamente puede ser dirigido o a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia o a la misma Corte Suprema de Justicia en Pleno, según sea el caso, art. 28 ord. 2º y 27 ord. 2º CPCM, respectivamente; 3) el escrito de interposición del recurso de casación debe ir firmado por abogado, es decir, por quienes están facultados para ejercer la procuración en materia procesal civil y mercantil, nos referimos a la postulación técnica preceptiva, a las personas que están facultadas para formular peticiones directamente ante el órgano jurisdiccional, art. 67 CPCM; y, 4) finalmente, el escrito de formalización debe contener la fecha de su presentación, este punto es importante, porque permite establecerle al tribunal de casación, que se está recurriendo oportunamente, o lo que es lo mismo, que el recurso de casación, se ha presentado dentro del lapso de tiempo previsto en la ley para recurrir en casación, este plazo de interposición del recurso de casación, debe hacerse, según lo hemos venido diciendo anteriormente, en nuestro país, en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución sometida a impugnación en casación, art. 526 CPCM.

8.4.2 REQUISITOS INTERNOS DE LA FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: ESTUDIO DE LA TÉCNICA DE CASACIÓN

El centro de gravedad de nuestra investigación, descansa en este punto, que de buen gusto hemos escrito en letras mayúsculas y en negrito, para resaltar la enorme importancia de este estudio, no obstante ello, la relevancia de este tema objeto de estudio reluce por sí mismo, sin necesidad de lo anterior, nos referimos, a lo más importante en el estudio del recurso de casación, y que la

mayoría de recurrentes desconocen, y por ello flaquean y son derrotados en este tipo de impugnación⁴⁵⁴, el estudio de la técnica de la formalización del recurso de casación en materia procesal civil. Todos los ordenamientos jurídicos, que instauran, la procedencia legal del recurso de casación, contra un determinado tipo de resoluciones judiciales, pronunciadas en el proceso, establecen, dentro de si mismos, los aspectos mas importantes que debe de contener necesaria e insubsanablemente el escrito de formalización del recurso de casación⁴⁵⁵, esta formalización se refiere en esencia al estudio de

⁴⁵⁴ En un estudio realizado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD) se ha señalado la problemática, que para el recurrente en casación, presenta la formalización de este recurso: “Presentar un recurso de casación, por ser un acto altamente técnico, siempre significa un “dolor de cabeza” para los abogados, pues muchas se veces se pierde a consecuencia de una interposición informal, que hace inevitable la sanción procesal de inadmisibilidad. Por ello, el profesional en derecho se preocupa en mayor medida de cumplir con los requisitos de entrada, exagerando al punto de aportar páginas de páginas con reiteraciones, que a la postre le dan un mayor margen de error, con lo que ni siquiera logra la concesión del recurso. Es difícil que los equívocos del recurrente recaigan en el tiempo, señalamiento de oficina para notificaciones o en la firma autenticada; y mas bien, usualmente corresponde a la motivación misma del recurso, la correctamente entendida, no debe ser extensa en todos los casos, pues por pequeña que resulte en tanto sea completa, y siempre que responda al esquema de presentación exigido..., es admisible. Es mejor no extenderse en rodeos, reiteraciones o explicaciones ajenas al núcleo del recurso, porque ello suele restar fluidez y claridad al libelo”. Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD). Proyecto “*Sistemas de Recopilación Difusión de la Información Jurídico Penal*”. Jurisprudencia Crítica. San José, Costa Rica, 1988. Pág. 85.

⁴⁵⁵ Para comprobar lo anterior mencionaremos los requisitos de forma a que se sujeta la casación en algunos ordenamientos procesales de otros países: Empecemos con lo que dice al respecto el Código Procesal Civil y Mercantil Modelo para Iberoamérica en su artículo 241 y 243: “El recurso se interpondrá en forma escrita y fundada dentro del plazo de quince días siguientes al de la notificación de la sentencia. El escrito introductorio, que deberá presentarse ante el Tribunal que dictó el fallo cuya casación se .pretende, deberá contener necesariamente: 1) La mención de las normas de derecho infringidas erróneamente aplicadas; 2) la expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, los que se expondrán de manera clara y concisa”. El Artículo 479 de La Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 dispone al respecto de las formas a que debe ajustarse el escrito de interposición del recurso de casación en ese país: “1. El recurso de casación se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. 2. Si se pretendiere recurrir sentencia de las previstas en el número 1º del apartado 2 del art. 477, el escrito de preparación se limitará a exponer sucintamente la vulneración de derecho fundamental que se considere cometida. 3. Cuando se pretenda recurrir una sentencia conforme a lo dispuesto en el número 2º del apartado 2 del art. 477, el escrito de preparación únicamente

la técnica del recurso de casación. Técnica, que difiere marcadamente, de la utilizada en los demás recursos, pues no se reduce, a una simple alegación de agravios, como se hace con el recurso de apelación y revocatoria. No obstante ello, los elementos básicos, de que se compone la técnica de la formalización del recurso de casación, no presentan diferencias abismales de un ordenamiento a otro, tampoco podemos afirmar que se trate de una técnica absolutamente igual en todos los lugares, y en todos los tiempos, sino que, cada ordenamiento jurídico, presenta sus peculiaridades, para adaptarlo a las necesidades y circunstancias propias de cada país.

Fundamentalmente, la técnica de la formalización del recurso de casación, debe contener⁴⁵⁶, necesariamente, *so pena* de ser declarado inadmisibile o

deberá indicar la infracción legal que se considera cometida. 4. Cuando se pretenda recurrir una sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477, el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considere cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue". El artículo 273 del Código General del Proceso de Uruguay dispone sobre este tema: "Requisitos de la interposición del recurso. El escrito introductorio, que deberá presentarse ante el tribunal que dictó el fallo cuya casación se pretende, deberá contener necesariamente: 1) La mención de las normas de derecho infringidas o erróneamente aplicadas; y 2) La expresión de los motivos concretos constitutivos del fundamento de la casación, expuestos de manera clara y concisa". Lo anterior nos permite afirmar que la mayoría de ordenamientos procesales extranjeros, así como los nacionales, han sujeto la interposición del recurso de casación al cumplimiento estricto de un conjunto de solemnidades que condicionan no solamente su estimación, sino su simple admisión.

⁴⁵⁶ Para José Núñez Aristimundo en su obra titulada "Aspectos en la Formalización del Recurso de Casación" los aspectos que comprende los requisitos internos de la formalización del recurso de casación son: "1º identidad del fallo recurrido; 2º el señalamiento en el escrito de formalización de los artículos de la ley cuya infracción se denuncia, o las formas sustanciales del procedimiento que se hayan quebrantado u omitido, con expresión de las disposiciones legales que los establezcan. Este requisito junto con el otro que lo complementa, de los fundamentos en que se apoye el recurso constituye el contenido esencial de la formalización y para su satisfacción, sube de punto la exigencia, al realizarla, de la necesaria y apropiada metodología, diríase que esta es la fase que pone a prueba la capacidad del abogado que participa en la secuela del procedimiento de un recurso de casación, porque, dominado, especialmente, por su nota distintiva de limitado, particularmente, en cuanto a que no se autoriza sino por motivos determinados y sobre todo, por el hecho de que no hay pronunciamiento decisorio de casación sino en referencia a las normas denunciadas como infringidas, surge la necesidad impretermitible para el recurrente, a objeto de lograr el fin del recurso en cuanto dice a su interés particular de que la sentencia

improcedente el recurso de casación, **en primer lugar**, la identificación de la resolución que se impugna; **en segundo lugar**, la distinción del tipo de casación que se deduce, según sea por motivo de forma o de fondo; **en tercer lugar**, la determinación del motivo específico en que se fundamenta el recurso de casación; **en cuarto lugar**; la mención exacta y determinada de las normas jurídicas concretas que se consideran infringidas; **en quinto lugar**, la pertinencia de los motivos alegados; **y en sexto lugar**, la fundamentación en párrafos separados de cada uno de los motivos alegados. En nuestro medio, este ha sido el punto en el que más flaquean los recurrentes en casación, pues desconocen, los elementos básicos de la técnica de la formalización del recurso de casación, que debe contener el escrito de interposición de este recurso. De ahí entonces, que del universo de recursos interpuestos, la mayoría de ellos, son declarados inadmisibles *in limini litis*, y del resto que son admitidos, realmente muy pocos, son estimados por nuestro tribunal de casación. Lo que a primera vista, puede parecer, una simple inadmisión o desestimación del recurso de casación, cuyos efectos afectan únicamente al recurrente a quien le han inadmitido o desestimado su recurso, pero ello implica algo más esencial, que trasciende

sea casada, de formular sus denuncias dentro de la técnica exigida, en todos sus variados aspectos: clase de recurso según se atribuye a la sentencia errores in procedendo o errores in iudicando, con determinación del motivo específico correspondiente; la precisa norma legal que se pretende infringida, con indicación del supuesto respectivo; según el caso, el método singularmente aplicable para que la infracción sea atribuida propiamente a la sentencia recurrida y no a la de la instancia inferior y la forma de patentizar la violación cometida en aquella; y finalmente, los fundamentos que apoyen las denuncias. En cuanto al hecho de la necesidad de citar las disposiciones legales y en relación a su simple determinación numeral en el escrito de formalización, es concluyente, que si la omisión es absoluta, no hay denuncias sobre las cuales pronunciarse la corte y el recurso deberá ser declarado sin lugar, y por lo que se refiere a errores en la cita de los preceptos". NÚÑEZ ARISTIMUNDO, José S. *Op Cit.* Pág. 100 y 101. "La estructura de cada denuncia comprende tres partes: a) cita de la causal o motivo de casación de acuerdo con la enumeración taxativa...; b) cita de los preceptos formales o sustantivos infringidos en la sentencia y c) razonamiento o motivación que explique la infracción legal. Se acostumbra robustecer el razonamiento con citas doctrinales y antecedentes jurisprudenciales de la misma corte". CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 213.

no solo al ámbito del sistema judicial, y al Estado de Derecho, como es que se convaliden resoluciones judiciales ilegales de los tribunales de apelación o alzada, sino que lleva la inoperancia práctica de los fines para los que ha sido instaurado el recurso de casación, como son la protección de la norma jurídica creada por el legislador, y la unificación de la jurisprudencia para lograr la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica, postulados que se verían únicamente idealizados en nuestro sistema, únicamente buenas aspiraciones sin un contenido real y objetivo, un cúmulo de buenas intenciones sin operancia práctica.

En nuestro medio, el recurso de casación, tradicionalmente ha sido, un medio de impugnación, caracterizado y revestido en la práctica de un estricto rigorismo formal⁴⁵⁷, que en la práctica, ha llevado, a la convalidación en nuestro sistema judicial, de resoluciones ilegales. Tanto la Ley de Casación derogada, como el Código Procesal Civil y Mercantil, han revestido al recurso de casación, de un conjunto de requisitos legales que han condicionado la

⁴⁵⁷ Una simple vista, a las disposiciones legales que han regulado los requisitos de forma a los que ha debido ajustarse el recurso de casación, desde su origen, hasta la actualidad en nuestro país, permitirá confirmar lo anterior: El artículo 14 de la primera Ley de Casación de 1883 disponía al respecto sobre este tema: “El escrito en que se interpone el recurso de casación, deberá en todo caso ser firmado por un abogado, y se expresaran en el, las leyes o formalidades quebrantadas indicándose también los pasajes del proceso en que conste la infracción”. La recién derogada que fuera nuestra Segunda Ley de Casación de 1953 disponía en su artículo 10 sobre este tema: “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”. Hoy en día, el Código Procesal y Mercantil vigente a partir del día uno de Julio de dos mil once, exige como requisitos de forma a los cuales debe ajustarse de manera insubsanable el escrito de interposición del recurso de casación, según el artículo 528 de este Código: “El escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dictó la resolución que se impugna y contendrá necesariamente: 1°. La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; y, 2°. La mención de las normas de derecho que se consideren infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados”. Como puede verse el recurso de casación tradicionalmente ha sido revestido en nuestro país de un estricto rigor de solemnidades que han condicionado no solamente su estimación, sino su simple admisión.

admisibilidad del mismo a su estricto cumplimiento y observancia, en este orden de ideas, el artículo 525 CPCM ha establecido que **“El recurso se interpondrá de forma escrita y deberá estar debidamente fundamentado”**; debiendo contener este escrito, de manera insubsanable, *so pena* de ser declarado inadmisibile el recurso de casación, así, según el artículo 528 CPCM, **“el escrito de la interposición del recurso deberá presentarse ante el tribunal que dicto la resolución que se impugna y contendrá necesariamente: 1º La identificación de la resolución que se impugna y el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamentos del recurso; y 2º la mención de las normas de derecho infringidas, razonándose, en párrafos separados, la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados”**.

Según lo anterior, la formalización del recurso de casación comprende, de manera insubsanable, *so pena* de ser declarado inadmisibile: primero, la identificación de la resolución que se impugna; segundo, aunque ninguno de los dos artículos lo disponga expresamente pero si la técnica de casación, la identificación del motivo genérico, según si se trate de casación en el fondo o en la forma; tercero, la identificación del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso; cuarto, la mención de las normas de derecho infringidas; quinto, la pertinencia de los motivos alegados; y sexto, la fundamentación de los motivos alegados.

Nuestra anterior Ley de Casación derogada de 1953, establecía, como requisitos internos, que debía contener, el escrito de formalización del recurso de casación, según el artículo 10 de esta Ley: 1º el motivo en que se funde; 2º el precepto que se considere infringido; y 3º el concepto en que lo haya sido. En armonía con esta legislación, nuestra Sala de lo Civil en numerosa jurisprudencia creada durante la vigencia de esta ley, manifestó básicamente, las siguientes ideas fundamentales, sobre los requisitos

internos que debía contener el escrito de formalización del recurso de casación: **en primer lugar**, siempre dejaba claro que la formalización es una carga impuesta al recurrente en casación; **en segundo lugar**, que el tribunal no puede hacer prevenciones en casación porque ello permitiría al recurrente replantear el recurso; **en tercer lugar**, que el escrito debía contener *so pena* de ser declarado inadmisibile de entrada el recurso **el motivo en que se funde, el precepto que se considere infringido y el concepto en que se haya cometido la infracción**⁴⁵⁸.

8.5 LA IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE SE IMPUGNA

El primer aspecto de técnica de casación, exigido por nuestro CPCM, que debe contener necesaria e insubsanablemente el escrito de formalización del recurso de casación es, la identificación de la resolución que se impugna, art.

⁴⁵⁸ Según la jurisprudencia de nuestra sala de lo civil, los requisitos de fondo de la formalización del recurso de casación son: **REF. 116-C-2005. 08/09/2005.** “De acuerdo a la técnica casacional, al interponer el recurso de casación debe señalarse la causa genérica y submotivo(s) en que se fundamenta, las disposiciones que se consideran infringidas en relación a los submotivos invocados y el concepto en que, a juicio del recurrente, estos han sido vulnerados por el tribunal ad quem. Lo anterior implica, que el impetrante debe atender a los anteriores requisitos exponiendo en forma detallada y precisa, separadamente para cada disposición que considera infringida, el concepto en que a su juicio lo han sido, y en relación al submotivo que invoca. Cuando no se ha desarrollado concepto de la infracción de las normas que cita, se imposibilita al tribunal casacional determinar si dichas infracciones fueron cometidas o no, pues este únicamente puede examinar el cometido del vicio que se invoca a la luz del planteamiento del recurrente, pero si este es deficiente o no refiere de que forma se dio la infracción de la disposición legal pertinente, ello no es posible. **REF. 141-C-2005. 27/10/2005.** “En reiterada jurisprudencia esta sala ha sostenido que la técnica casacional exige, artículo 10 de la ley de casación, que al interponer el recurso se señale la causa genérica y submotivo en que se fundamenta el mismo, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto –en que a su juicio-, estas han sido vulneradas por el tribunal ad quem. Lo anterior implica, que el recurrente debe atender a los anteriores requisitos exponiendo en forma detallada y precisa, el concepto en que ha sido infringida y en relación al submotivo que se invoca. **REF. 252-C-2005. 09/01/07.** “el recurso extraordinario de casación, por su naturaleza, **debe fundarse en una crítica concreta y razonada de la sentencia;** por lo que el mismo debe articularse mediante una pieza jurídica, en la que se puntualicen uno a uno los vicios o errores que contiene la sentencia impugnada, siendo insuficiente cualquier expresión de inconformidad, carente de toda técnica”.

528 ord. 1º CPCM. Esto implica, primero, especificar el tipo de resolución que se impugna según si se trate de un auto definitivo, o si se trata de una sentencia, pues estas son el único tipo de resoluciones contra las cuales procede el recurso de casación, art. 519 ord. 1º CPCM; **segundo**, determinar el grado en que ha sido pronunciada la resolución, debido a que, únicamente, aquel tipo de resoluciones, que son dictadas en grado de apelación, son susceptibles de este recurso, lo que a *contrario sensu* significa, que no son susceptibles de casación, las resoluciones pronunciadas en primera instancia, ya que en materia procesal civil y mercantil, nunca, ni durante la vigencia de la anterior Ley de Casación derogada, y actualmente ni siquiera en materia procesal penal, a tenido lugar la casación *per saltum*⁴⁵⁹, que es aquella modalidad del recurso de casación, que se interpone directamente, sin necesidad de agotar previamente el recurso de apelación, contra una resolución dictada en primera instancia, art. 519 ord. 1º CPCM; **en tercer lugar**, el recurrente debe expresar claramente, el tipo de proceso en que la resolución ha sido dictada, ya que no son pasivas de este recurso, las resoluciones que, independientemente de que sean un auto definitivo o una sentencia, y haya sido dictada en grado de apelación, hayan sido pronunciadas en la sustanciación de un recurso de apelación, interpuesto contra una resolución de primera instancia dictada en los siguientes procesos: en el proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión no sea un título valor, art. 520 relacionado con el art. 470 ambos del CPCM; en el proceso posesorio, art. 520 relacionado con el art 476, ambos del CPCM; y

⁴⁵⁹ Decía al respecto el artículo 422 del Código Procesal Penal de 1998 derogado: “además de los casos especiales previstos por la ley, sólo podrá interponerse este recurso contra las sentencias definitivas, los autos que pongan fin a la acción o a la pena o hagan imposible que continúen o que denieguen la extinción de la pena, dictados por el tribunal de sentencia y contra la resolución que ponga término al procedimiento abreviado”. Este es un ejemplo puntual, de la procedencia legal del recurso de casación, contra resoluciones dictadas en primera instancia, figura conocida tradicionalmente como casación *per saltum*, en virtud de que no es presupuesto para su interposición, el agotamiento del recurso ordinario de apelación.

en el proceso de inquilinato que únicamente tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, art. 520 relacionado con el art. 486, ambos del CPCM. Debido, a que las sentencias dictadas en este tipo de procesos, no causan estado de cosa juzgada material y por ello permiten ser discutidas y decididas en el correspondiente proceso declarativo, art. 470, 476 y 486 CPMC; **y cuarto**, por supuesto, es parte indispensable, en la identificación de la resolución que se impugna, determinarle al tribunal de casación, el contenido exacto de la parte dispositiva de la resolución impugnada, para identificar, el agravio que la resolución infiere al recurrente, y la coincidencia de este agravio con alguno de los motivos específicos que permiten fundamentar el recurso de casación. Esto debe quedarle clara y perfectamente identificable al tribunal de casación, por el recurrente, en el escrito de formalización del recurso de casación, para establecerle que la resolución impugnada es susceptible de esta impugnación. Lo contrario implica, imponer, el tribunal de casación al recurrente, la sanción procesal de inadmisibilidad del recurso.

En este punto, el recurrente debe tener siempre presente, que el recurso de casación es improcedente: contra todos los decretos y autos simples, aunque estos hayan sido pronunciados en grado de apelación; contra todas las resoluciones dictadas en primera instancia en cualquier clase de proceso; contra todas las resoluciones dictadas en la apelación de un proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión no sea un título valor; contra todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de un proceso posesorio; contra todas las resoluciones pronunciadas en la apelación de un proceso de inquilinato que tenga únicamente por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora; contra los autos, sean simples o definitivos, pronunciados en la apelación de un proceso abreviado, todo lo anterior de conformidad al ordinal 1º del artículo 519 y el artículo 520 CPCM.

8.6 LOS MOTIVOS GENÉRICOS DE CASACIÓN: *separación en el escrito de interposición, entre la casación por motivos de forma y la casación por motivos de fondo*

El segundo aspecto, sumamente importante exigido en la técnica de la formalización del recurso de casación, lo es, aunque el artículo 528 CPCM no lo diga expresamente, pero si lo aconseja la técnica de casación⁴⁶⁰, la distinción, en el escrito de interposición del recurso, la especie de casación que se interpone, según si se interpone la casación por motivo de forma o por motivo de fondo, o si es por ambos motivos, deben plantearse por separado, en primer lugar los motivos de casación de forma, y en segundo lugar los motivos de casación de fondo. Esto para facilitar el trabajo del tribunal de casación al momento de pronunciar la sentencia resolutive del recurso, según se puede inferir del art. 535 CPCM. La distinción de la clase de motivos por los que se interpone el recurso de casación, según si se interponga la casación por motivos de forma o de fondo, tiene su relevancia por los efectos *a posteriori* que produce la estimación del recurso, pues mientras que los primeros determinan anulación y reposición del proceso desde el último acto válido, los segundos determinan la anulación y el pronunciamiento de la resolución que conforme a derecho corresponda, art. 537 CPCM. Sin embargo, esta distinción no es absoluta, pues existen motivos de forma, cuya estimación determina únicamente la anulación del proceso, sin necesidad de reenvío. No podemos continuar en este punto, sin

⁴⁶⁰ “La primera operación de técnica jurídica que debe realizar el recurrente en la formalización es diferenciar con acierto el quebrantamiento de forma de la infracción de fondo y por ello, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles no exige este deslinde, la doctrina y la jurisprudencia aspiran a que se eleve al texto legal no solo por cuestión de método sino para facilitar la labor de análisis de la corte, habiendo llegado a la conclusión de que no existe una línea divisoria, clara y nítida, entre los errores de orden y los errores de juicio y, además, que hay entre nosotros una casación intermedia sobre los hechos que tiene ciertas peculiaridades. La distinción se opera por los efectos *a posteriori*, de la infracción según que la sentencia de la corte ordene reposición o reenvío”. CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 211 y 212.

analizar toda la teoría y problemática que plantea la distinción entre la casación por motivos de forma, y la casación por motivos de fondo.

En este punto, hay quienes niegan tajantemente tal distinción, y otros que la defienden⁴⁶¹, la gran mayoría de ellos, la justifican, siguiendo el paradigma del maestro Italiano Piero Calamandrei en su magna obra la Casación Civil. Existen varios sistemas de configuración de los motivos de casación. Los

⁴⁶¹ Entre algunos autores que niegan tal distinción, entre casación por motivos de fondo y casación por motivos de forma, podemos mencionar: “Existen ciertas infracciones mixtas que participan de la naturaleza procesal y sustancial. Y lo que es todavía mas complejo: puede ocurrir que una infracción de forma produzca una revisión de fondo, como la violación de ciertas reglas probatorias de naturaleza formal, pero que acarreen consecuencias sustanciales; o lo contrario, que la declaratoria con lugar de una infracción de fondo ocasione quebrantamiento de forma, como la procedencia de una infracción de fondo en el examen del recurso de una interlocutoria que produce gravamen irreparable, pero subordinado al recurso principal. En este caso, la declinatoria con lugar ocasiona la reposición del juicio y otras cuestiones complejas que examinaremos mas adelante al tratar de los efectos de la sentencia de casación. A nuestro juicio en la casación contemporánea tiende a eliminarse la diferencia entre casación de forma y casación de fondo. Es ya una supervivencia histórica solo atendida en España y en las repúblicas casacionistas de Latinoamérica. La distinción ha desaparecido del moderno CPC italiano (artículo 360) y tiende a reducirse a pocos motivos: cuestiones de competencia, infracciones de procedimiento, vicios de sentencia y violación o falsa aplicación de la ley, sin necesidad de incurrir en los tradicionales distinguos entre casación formal y casación de fondo, al menos en el ordenamiento procesal”. CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 212. “La división dogmática entre el fondo y la forma en el proceso constituye una de las categorizaciones dogmáticas que más absurdos problemas jurisprudenciales y doctrinales le han traído al Derecho Procesal. La doctrina cada vez fue separando más los conceptos de fondo y forma, aunque curiosamente sin estudiar monográficamente el problema. Se trata de una distinción que se da sistemáticamente por supuesta en los manuales al uso, y son excepcionales las declaraciones de autores que se arriesgan a proclamar esa distinción de manera estricta. Bien al contrario, la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del tema ha acabado sosteniendo que se trata de una división engañosa y artificial del ordenamiento jurídico. Incluso un autor clásico como PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, tras un detallado elenco de ejemplos en que la distinción fondo-forma carece de sentido, afirmó que “el derecho procesal es, sencillamente, “derecho procesal”, y en su cualidad no admite, como término absoluto de antagonismo conceptual, una separación y menos oposición a “derecho material”.” Pues bien, si puede concluirse, por tanto, que la división fondo-forma no tiene sentido práctico en el estudio del proceso, habrá de afirmarse también que la aplicación de esa distinción a la casación no resulta operativa, a pesar de lo mucho que la ha utilizado la doctrina, también quien estas líneas escribe. Y por ello, la distinción entre motivos in iudicando e in procedendo, tan afirmada por CALAMANDREI a lo largo de toda su magna obra como derivación, no tanto de las fuentes romanas como del Derecho y Doctrina medievales, no puede ser un buen método de sistematización de los motivos de casación, porque está viciado de origen incluso en el plano teórico”. NIEVA FENOLL, Jordi. *Op Cit.* Pág. 92 y 93.

motivos o *moyens* son las causas que permiten lograr la casación o anulación de una resolución judicial⁴⁶². Desde su origen la Ley Francesa de Casación de 1790, establecía un número cerrado de motivos únicos, que permitían la casación de una resolución. En Francia se habla de “*moyens*”, en Italia de “*motivi*”, en España de “*motivos*”⁴⁶³ y en nuestro país la primera Ley de Casación, la de 1883⁴⁶⁴, y la segunda Ley de Casación, la de 1953⁴⁶⁵ ambas hablaban de “*causas*” y actualmente el Código Procesal Civil y Mercantil habla de “*motivos*”, según los artículos 522 y 523 CPCM. Los motivos de forma, son conocidos tradicionalmente, bajo la denominación romana de errores *in procedendo*, y los de fondo como errores *in iudicando*. Los primeros, hacen referencia, a un vicio que afecta la validez del proceso, producidos por la vulneración de una norma de naturaleza procesal, mientras que los segundos, hacen referencia, a un vicio que afecta la justicia de la sentencia que decide las pretensiones de las partes, producido normalmente

⁴⁶² Para el doctor Roberto Romero Carrillo los Motivos de Casación son “las clases de vicios o errores de que puede adolecer la sentencia; y según que se encuentre en la actividad lógica o juicio lógico del juzgador de instancia o en su actividad procesal, así serán errores in iudicando, que darán lugar a un recurso de fondo, o errores in procedendo. En cada clase hay diferentes especies de vicios, de los que algunos han sido erigidos en motivos de casación”⁴⁶². “Para cumplir este requisito no es necesario mencionar si el recurso se interpone por infracción de ley o de doctrina legal, o por quebrantamiento de forma. En esto, pese a la estrictez del recurso, es aplicable el principio “*iura novit curia*”, desde que si un recurrente dice que funda su recurso en el motivo consistente en haberse violado la ley, el tribunal no necesita que se le diga que ese motivo está comprendido en la causa llamada “*infracción de ley*””. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 90.

⁴⁶³ “Los legisladores, partiendo casi invariablemente del modelo inicial francés, han creado diferentes maneras de exponer las razones por las cuales puede obtenerse la casación de una sentencia. Casi todas han dado por buena la expresión “*motivos*”, de reminiscencia claramente francesa (“*moyens*”), y de ese modo se habla en Italia de “*motivi*”, o en Alemania de “*Revisionsgründe*”, o en muchos países de habla hispana, como digo, de “*motivos*””. NIEVA FENOLL, Jordi. *Op Cit.* Pág. 95.

⁴⁶⁴ Decía en este sentido el artículo 8 de La Ley de Casación de 1883: “El recurso de casación, para ser admisible, solo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes”.

⁴⁶⁵ Disponía al respecto el artículo 2 de la Ley de Casación de 1953 derogada: Deberá fundarse el recurso –el de casación en alguna de las causas siguientes: a) Infracción de Ley o de doctrina legal; b) Quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio”.

por la vulneración de una norma de naturaleza sustantiva⁴⁶⁶. Si bien es cierto, que desde su origen, la casación de una resolución únicamente podía lograrse mediante determinados motivos, han existido en las legislaciones diversas formas de exponer o plantear dichos motivos.

Tradicionalmente, el sistema utilizado, por la mayoría de las legislaciones, en la configuración o elaboración de los motivos, que permiten casar una resolución, ha sido, la separación genérica entre la casación por motivos de forma, y la casación por motivos de fondo, y dentro de estos se establecen un número casuístico o cerrado de motivos específicos, sin embargo existen otros sistemas de exposición de los motivos específicos de casación, como el sistema de motivo único de casación que tiende a imponerse, en sistemas de casación como el español, que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil de este país, el sistema de casación uruguayo, que establece el Código General del Proceso de Uruguay, e inclusive, el sistema casacional que se propone en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica⁴⁶⁷. No obstante, haberse

⁴⁶⁶ “Los motivos (medios, moyens) pueden clasificarse en vicios de actividad o vicios de juicio, o errores in procedendo y errores in iudicando. Esta distinción parte de la diferente posición en que se encuentra el juez frente al derecho, según sea sustantivo o procesal. Frente a las normas de derecho sustancial su misión es declarar el derecho, comprobando de que manera los interesados lo han cumplido; frente al derecho procesal, su deber es cumplirlo, adecuando a él su conducta y la de las partes. Por eso cuando la infracción jurídica versa sobre la actividad procesal, el error es in procedendo; cuando versa sobre la determinación del hecho y su inserción en la norma, es in iudicando, y si es sobre el hecho por haber sido fijado en la sentencia con error sobre la verdad histórica in factum; si en cambio es sobre la inteligencia de la norma que ha ese hecho debe aplicarse, será in iuris. Nunca la infracción a la ley procesal puede configurar un vicio in iudicando, porque ella se ejecuta, se cumple, y señala el procedendo de la actividad realizadora, del mismo modo que nunca la infracción a la ley sustantiva será error in procedendo porque su aplicación supone siempre un iudicio de subsunción del hecho en el derecho”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 97, 98 y 99.

⁴⁶⁷ Según el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: “El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución”. De conformidad al

impuesto históricamente el anterior sistema, que parte de una separación entre motivos de casación de forma y motivos de casación de fondo, dicho criterio no ha sido aceptado de manera absoluta por la doctrina existiendo un sector que niega tal distinción. Muestra de lo anterior es la solución que para ciertos motivos de forma plantea el artículo 537 del CPCM.

Normalmente, los motivos que permiten recurrir, se dividen en errores de hecho y errores de derecho, pero en casación, esta distinción únicamente tiene importancia, para saber, que solo los errores de derecho son susceptibles de ser impugnados mediante este recurso. Los errores de derecho se subdividen a su vez, en errores por motivos de forma, errores *in procedendo*, y errores por motivos de fondo, errores *in iudicando*⁴⁶⁸. En estos dos casos, independientemente si se formalice el recurso de casación

artículo 240 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba. No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no de terminaren la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal, la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”. Según el artículo 270 del Código General del Proceso de Uruguay: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba. No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

⁴⁶⁸ “El recurso de casación, nace para el control de las infracciones que las sentencias puedan cometer en la aplicación del derecho. Es clásica la distinción, al respecto, entre las cuestiones de derecho, que son juzgables en casación, y las de hecho, que no. También, tradicionalmente se admite que dicha infracción jurídica puede darse tanto en el fondo como en la forma, esto es, que puede producirse tanto al juzgar (*in iudicando*) como en el procedimiento (*in procedendo*)... estos conceptos nos enfrentan a dos distinciones especiales; la diferencia entre error de hecho y de derecho, que determina que procede o no a la casación; por otro lado, la separación entre los errores de juicio (*in iudicando*), de los errores del procedimiento (*in procedendo*), que dan lugar ambos a la casación, pero mediante un distinto procedimiento en nuestros sistemas, que siguen el régimen español y reservan el reenvío solamente para este último caso”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 242 y 243.

por motivos de forma o motivos de fondo, nos encontramos en todo caso ante una infracción a la norma jurídica, indistintamente si se trate de infracción a normas jurídicas sustantivas, o normas jurídicas procesales. Hemos decidido comenzar por exponer en este estudio, en primer lugar, los motivos específicos de casación de forma, y en segundo lugar, los motivos específicos de casación de fondo. Ello debido a dos razones, la primera porque así lo aconseja la técnica de casación, y la segunda, porque este es el orden en que el tribunal de casación debe pronunciarse sobre cada uno de los motivos alegados por el recurrente. En este momento pasaremos analizar cada uno de los motivos específicos de forma que enumera el art. 523 CPCM, que permiten fundamentar la casación en la forma.

8.7 MOTIVOS DE FORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Identificación de los Motivos Específicos*

Los motivos de forma, son vicios de actividad que afectan la validez del proceso, producidos por la vulneración de una norma de naturaleza procesal⁴⁶⁹. El tercer aspecto fundamental, en la técnica de la formalización

⁴⁶⁹ Para el maestro Piero Calamandrei los Motivos de Forma, de actividad o in procedendo como el los denomina se originan en la inejecución de una norma de naturaleza procesal: "Puesto que todas las actividades humanas están por su naturaleza sujetas a error, puede ocurrir que la conducta de los sujetos procesales no se desarrolle en el proceso de un modo conforme a las reglas del derecho objetivo, y que, por tanto, uno o mas de los actos coordinados en la forma antes indicada sean ejecutados de un modo diverso de aquel querido por la ley, o, en absoluto, sean, contra la voluntad de la ley, olvidados. Se produce entonces una inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omitiendo), o ejecuta lo que esta ley le prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un "vicio de actividad" o un "defecto de construcción", y que la doctrina del derecho común llamaba un "error in procedendo". Si, como se ha indicado, las reglas de conducta que la ley impone a los sujetos de la relación procesal tratan de facilitar la consecución de una sentencia justa, podrá ocurrir que la inejecución de la ley que vicia uno de los actos que constituyen el proceso, repercuta sobre el contenido del acto final del proceso, esto es, sobre la justicia de la sentencia; pero este efecto es solo posible, no ya necesario, de donde resulta que de todos modos el vicio de actividad existe por si mismo,

del recurso de casación, es: la identificación del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso⁴⁷⁰, según se puede inferir del ord. 1º

como consecuencia de la inejecución de la ley procesal, e independientemente de este efecto suyo meramente eventual”. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Primera Edición. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1945. Pág. 184. Para Enrique Vescovi los motivos de forma del recurso de casación “Esta clase de vicios concurre cuando, a raíz de la inobservancia de normas procesales, aparecen afectados los requisitos a los que se halla supeditada la validez de una resolución judicial o la de los actos que la precedieron y tuvieron incidencia, naturalmente, en el pronunciamiento....., en ésta no se halla en tela de juicio la injusticia de la resolución impugnada sino la irregularidad de su estructura o del procedimiento que condujo a su dictado”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit*. Pág. 37. Para Lino Enrique Palacio los motivos de forma del recurso de casación consisten en: “la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso”. PALACIO, Lino Enrique. *Op cit*. Pág. 23. Según Fernando de la Rúa “La garantía constitucional del juicio previo, en su verdadera y completa formulación, debe expresarse, como hemos visto, de esta manera: juicio previo y legal. Esto supone el respeto a las formalidades establecidas por la ley para que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida y a las propias de la sentencia misma, consideradas imprescindibles para que sea legítima. Es a través de las formas establecidas por la ley procesal como se aseguran los derechos de las partes y la rectitud del juicio. Por eso la ley ha establecido entre los motivos de casación el quebrantamiento de las formas procesales. En tanto las formas están consagradas por la ley, su inobservancia constituye también una errónea aplicación del derecho. Pero es distinta la posición que asume el juez frente al derecho procesal, de aquella en que se encuentra frente al derecho sustantivo. Las normas de derecho procesal establecen reglas a las cuales las partes y el juez deben subordinar su actividad; la norma sustancial establece el derecho que al término de esa actividad ha de aplicar el juez con relación a las pretensiones de las partes. Frente a las normas de derecho procesal, el juez esta en posición de destinatario de la norma, la cual le impone su modo de actuación y regula su conducta en el proceso. Su misión más que declarar el derecho es cumplirlo. No le toca tanto examinar como otros lo han o no cumplido, sino que debe el mismo hacerlo observar y ajustarse a sus preceptos que tienen para el carácter de mandato actual”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit*. Pág. 125.

⁴⁷⁰ Respecto a la carga del recurrente de mencionar en el escrito de formalización del recurso de casación el motivo específico que fundamenta su recurso el argentino Fernando de la Rúa ha sostenido que “Esta exigencia responde a la particular naturaleza del instituto, cuya esfera está limitada únicamente a las cuestiones de derecho, y el control que provoca sólo puede recaer sobre determinados motivos. Como por otra parte el tribunal de casación no puede conocer otros motivos que aquellos a los cuales se refieren los agravios, es imprescindible que el recurrente señale específicamente su queja, citando concretamente las disposiciones legales que considere violadas o erróneamente aplicadas y expresando cuál es la aplicación que se pretende. Como inferencia del texto transcrito surge la obligación, para quien interpone recurso de casación, de invocar una de las causales previstas por la ley procesal como motivo legal para recurrir, es decir, debe señalar a cuál de los motivos se refiere su agravio”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit*. Pág. 220.

del art. 528 CPCM, y consiste, en la carga procesal que tiene el recurrente de dejarle plenamente establecido al tribunal de casación, en cual o cuales, de entre el catalogo de motivos de forma que enumera el artículo 523 CPCM, fundamenta específicamente su recurso. Lo anterior, es producto, del carácter extraordinario del recurso de casación, cuya impugnación no es abierta o ilimitada ha cualquier vicio o error que pueda contener la resolución de merito, sino que, se haya limitada objetivamente, por un número cerrado de motivos taxativamente enumerados en la ley, fuera de estos motivos, ningún otro puede permitir al recurrente fundamentar el recurso de casación, ni el tribunal puede casar una resolución por motivos diversos a los invocados por el recurrente en casación. Propiamente dicho, este es el primer requisito de fondo, que debe suministrar el recurrente en su escrito de formalización del recurso de casación, de manera inevitable e insubsanable *so pena* de ser declarado de entrada inadmisibile el recurso de casación, sin más, ni más. Sin motivo específico, no hay razón sobre la cual el tribunal de casación se halle facultado para casar una resolución del tribunal de apelación, por mas ilegal que la misma sea, aunque idealmente pueda hacerlo con base a una fundamentación o normas jurídicas diversas a las invocadas por el recurrente en casación, art. 536 CPCM, o sea que, por mas perfección que tengan los demás requisitos del recurso de casación, sin mención de motivo específico son letra muerta y no sirven de nada.

El recurrente, cumple este requisito de manera correcta, identificando de manera puntual en cual o cuales de los catorce motivos específicos de forma que enumera el art. 523 CPCM fundamenta su recurso de casación. Sin motivo específico, correctamente y oportunamente invocado por el recurrente, lo demás del escrito del recurso de casación es letra muerta, pues, es dentro de estos, donde únicamente el tribunal de casación puede casar una resolución. La perfección, en la técnica de formalización del

recurso de casación, en cuanto a este aspecto, se cumple por el recurrente en casación de la manera siguiente: en primer lugar, mencionando de manera literal el motivo específico de casación que invoca el recurrente como fundamento de su recurso; en segundo lugar, para terminar de ratificar lo anterior, seguidamente el recurrente debe dejar plena y claramente establecido al tribunal de casación el número del ordinal, el número del artículo y el nombre de la ley, en que se fundamente su recurso de casación; finalmente para ser admisibles los motivos específicos de casación invocados, el recurrente debe aducirlos oportunamente, es decir, dentro del lapso de tiempo legal previsto, esto es, dentro del plazo de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución impugnada, art. 526 CPCM.

Los únicos motivos específicos de forma, que puede invocar válidamente el recurrente, como fundamento de su recurso de casación, actualmente son los contenidos en el catálogo de motivos que enumera el artículo 523 CPCM “El recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, tendrá lugar por: 1º) Abuso, exceso o defecto de jurisdicción; 2º) Falta de competencia; 3º) Inadecuación de procedimiento; 4º) Falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación; 5º) Caducidad de la pretensión; 6º) Litispendencia y cosa juzgada; 7º) Sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso; 8º) Renuncia, desistimiento, allanamiento, y transacción si el objeto no fuere disponible o se hiciera en contravención al interés público; 9º) Falta de emplazamiento para contestar la demanda; 10º) Denegación de prueba legalmente admisible; 11º) No haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia; 12º) Practicarse un medio de prueba ilícito; 13º) Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación; y 14º) Por infracción de requisitos internos y externos de la sentencia”.

La anterior Ley de Casación, establecía, dentro de los motivos específicos de forma, que permitían fundamentar el recurso de casación, así según el artículo 4 de la mencionada Ley, “El recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, tendrá lugar: 1º Por falta de emplazamiento para contestar la demanda o para comparecer en Segunda Instancia; 2º Por incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente; 3º Por falta de personalidad en el litigante o en quien lo haya representado; 4º Por falta de recepción a prueba en cualquiera de las Instancias, cuando la ley lo establezca; 5º Por denegación de pruebas legalmente admisibles y cuya falta ha producido perjuicios al derecho o defensa de la parte que la solicitó; 6º Por 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; 7º Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, ya sea de oficio o por virtud de un recurso de hecho; 8º Por haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces, cuya recusación, fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma, hubiese sido declarada con lugar, o se hubiere denegado siendo procedente; 9º Por no estar autorizada la sentencia en forma legal.

8.7.1 ABUSO, EXCESO O DEFECTO DE JURISDICCIÓN

El primer motivo específico de forma, que puede invocar válidamente el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, según el ordinal 1º del artículo 523 CPCM el “abuso, exceso o defecto de jurisdicción”. La palabra jurisdicción proviene del latín *iuris diction* que significa decir o declarar el derecho. Modernamente, la doctrina define a la jurisdicción, como una función pública del Estado, que tiene por objeto dirimir los conflictos

jurídicos surgidos entre los particulares, y entre estos y el Estado mismo⁴⁷¹. El primer motivo específico de forma, que se ha erigido por el legislador, como causa concreta que puede invocar el recurrente, en su escrito de formalización del recurso, para lograr la casación de una resolución judicial es: el abuso, exceso o defecto de jurisdicción. Lo primero que debemos advertir al lector es que, cuando el legislador habla de abuso o exceso de jurisdicción hace referencia al mismo objeto. Contemplando realmente, este motivo específico de forma, solamente dos aspectos y no tres como a primera vista puede parecer: uno, el abuso o exceso de jurisdicción, y dos, el defecto de jurisdicción. El abuso o exceso de jurisdicción, se configura, como motivo específico de casación, cuando un órgano jurisdiccional conoce de un asunto que corresponde su conocimiento al orden administrativo⁴⁷².

⁴⁷¹ Para el maestro uruguayo Eduardo Couture la jurisdicción es una “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”. COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 40. “desde el punto de vista técnico, se considera a la jurisdicción —al igual que la legislación y la administración— como una de las funciones estatales, definiéndosela como aquella mediante la cual los órganos judiciales del Estado administran justicia en los casos litigiosos”. PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 82. “En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos. De modo que la potestad de administrar justicia es función de uno de los órganos del Estado y ella emerge de su soberanía. La jurisdicción es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es exclusiva, tanto en el sentido de que los particulares no puedan ejercerla, como porque cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de los otros. Y debe ser independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 67.

⁴⁷² Para el Salvadoreño Dr. Roberto Romero Carrillo en su obra *La Normativa de casación por abuso o exceso de jurisdicción* “se tiene por exceso de jurisdicción el haber conocido un tribunal del orden judicial de un asunto que no corresponde al órgano judicial, por ser administrativo, como en los supuestos que un tribunal de lo laboral haya conocido de un asunto que corresponde al Tribunal de Servicio Civil, o uno de Hacienda en un asunto que corresponde a la Dirección General de Impuestos Internos. En estos casos hipotéticos el Tribunal Judicial carecía de jurisdicción, y al conocer del asunto la sentencia esta viciada de exceso de jurisdicción, porque la materia no corresponde al órgano jurisdiccional. No se trata de que un tribunal de lo civil conoció de un asunto mercantil, porque en este caso no hay exceso de jurisdicción; el tribunal civil tenía jurisdicción, pero no competencia, y esto no se podrá alegar al amparo del No 7º del art. 3 de la Ley”. ROMERO CARRILLO, Roberto.

Mientras el defecto de jurisdicción, se configura en el supuesto inverso, cuando un órgano jurisdiccional se abstiene o se niega a conocer de un asunto que efectivamente corresponde su conocimiento al órgano jurisdiccional, pero equivocadamente es calificado por el juzgador como perteneciente al derecho administrativo⁴⁷³.

La jurisdicción exclusiva de los tribunales civiles y mercantiles salvadoreños, es, según el artículo 21 CPCM “Son competentes los tribunales civiles y mercantiles salvadoreños para conocer de las distintas clases de procesos en los supuestos siguientes: 1° En materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en El Salvador. 2° Cuando se

Op Cit. Pág. 158. En el mismo sentido ha sido entendida el abuso o exceso de jurisdicción por el español Juan Carlos Cabañas en sus comentarios al CPCM, así ha sostenido este autor que “se utilizan tres conceptos distintos para hacer referencia, en puridad, a dos realidades: la primera de ellas, para las que se emplean los términos sinónimos de “abuso” y “exceso”, es la atribución de jurisdicción a un órgano judicial para que conozca de un determinado asunto (por si mismo o porque se lo imponga un tribunal superior), cuando en verdad carece de ella con base a las formas legales”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 588. En idéntico sentido se ha pronunciado nuestro tribunal de casación en su **JURISPRUDENCIA** respecto al abuso o exceso de jurisdicción, sosteniendo que: “**REF. S.D. 17/12/2002.** “hay exceso de jurisdicción cuando ha conocido un tribunal del orden judicial, de un asunto que no corresponde al órgano judicial, por ser administrativo”.

⁴⁷³ Para el Dr. Roberto Romero Carrillo el defecto de jurisdicción “se da en un sentido inverso al anterior. Ocurre cuando la materia si corresponde al órgano jurisdiccional, pero el tribunal de este orden que ha sido requerido para que conozca del asunto, se niega a hacerlo, por considerar que es administrativo: el tribunal de lo laboral se inhibe de conocer de un despido de hecho de un trabajador, considerando equivocadamente que es un asunto que corresponde al Tribunal de Servicio Civil. En estos casos el tribunal tenía jurisdicción y se negó a ejercerla, cayendo en defecto de jurisdicción, defecto porque faltó su ejercicio”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 158. Para el doctor Juan Carlos Cabañas en sus comentarios al CPCM el defecto de jurisdicción “La segunda situación consiste justamente en lo contrario y a ello lo llama el apartado 1° un “defecto de jurisdicción”: esto es, la negación incorrecta de jurisdicción al órgano que por ley si la tenía para hacerse cargo de la controversia, producto de una indebida inhibición del propio órgano concernido, o virtud de lo resuelto por un superior que le vincule”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 588. Para Antonio Bermúdez el “habrá abuso siempre que los jueces entren a conocer de asuntos que no son justiciables, aquellos acerca de los cuales ninguna autoridad tiene competencia para pronunciarse o decidir. Habrá defecto cuando los jueces del orden común se nieguen a conocer de cuestiones subordinadas a la competencia de la justicia ordinaria, por suponer indebidamente que corresponden a otra jurisdicción”. BERMUDEZ M, Antonio. *Op Cit.* Pág. 91.

trate de la constitución, validez, nulidad o disolución de personas jurídicas que tengan domicilio en El Salvador, o de las decisiones de sus órganos. 3° Cuando la pretensión se refiera a la validez o nulidad de inscripciones practicadas en un registro público salvadoreño. Todo sin perjuicio de lo establecido en los tratados vigentes en El Salvador”. Otros supuestos de jurisdicción de los tribunales salvadoreños son, según el artículo 22 CPCM “Además de los casos del artículo anterior, los tribunales salvadoreños podrán conocer: 1°. Cuando las partes se hubieren sometido expresa o tácitamente a ellos; 2°. Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, tuviere domicilio o residencia en El Salvador. Estará en esta situación la persona jurídica extranjera con agencia, filial o sucursal en el país, en lo que corresponde a los actos y contratos celebrados por medio de éstas; 3°. Cuando la obligación debe ser cumplida en el país; y 4°. Cuando la pretensión se funde en un hecho, acto o negocio jurídico ocurrido, celebrado o con efectos en el territorio nacional”.

En cuanto a la técnica de casación, el recurrente debe mencionar puntualmente que se refiere al motivo específico de “abuso, exceso o defecto de jurisdicción” consagrado en el ordinal 1° del artículo 523 CPCM, aclarando seguidamente si se refiere al “abuso o exceso de jurisdicción” o al “defecto de jurisdicción”, ya que son modalidades diferentes, según lo apuntamos arriba, pues el primero consiste, en que el juez conoce de un asunto que no pertenece al orden jurisdiccional (el abuso o exceso), mientras que el defecto de jurisdicción, se refiere precisamente a lo contrario, al supuesto en que el juzgador se niega o abstiene de conocer de un asunto que efectivamente pertenece al orden jurisdiccional (defecto de jurisdicción). Invocado oportunamente este motivo por el recurrente, el tribunal de casación tiene el poder discrecional de casar la resolución del tribunal de apelación si estima que concurre este motivo específico, aunque sea con base a fundamentos y normas jurídicas diversas a las invocadas por el recurrente en su escrito de

casación. El abuso, exceso o defecto de jurisdicción originariamente se comete por el juez de primera instancia, pero se convalida o confirma por el tribunal de apelación. De ahí entonces, que la fundamentación del recurso de casación, siempre debe hacerse, con referencia a la violación que ha cometido el tribunal de apelación al confirmar o convalidar el abuso, exceso o defecto de jurisdicción que ha cometido el juez de primera instancia, por no haber revocado la decisión de primera instancia violatoria de la norma jurídica procesal mediante la apelación que oportunamente hubiere aducido el demandado-apelante.

El resultado final, de la estimación del recurso de casación por el motivo específico de abuso, exceso o defecto de jurisdicción, es, la anulación total del proceso cuando se trata de la modalidad de abuso o exceso de jurisdicción o con la orden al juez de primera instancia de que inicie o sustancie el correspondiente proceso si se trata del defecto de jurisdicción. No ha exigido esta nueva normativa en materia de casación, como presupuesto de la denuncia de esta infracción, el haber denunciado este vicio en las instancias anteriores, a diferencia de la derogada Ley de Casación, que si lo suponía, como presupuesto para invocar los motivos específicos por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, siendo esto así, el artículo 7 de esta Ley establecía al respecto: “Para admitir el recurso por quebrantamiento de forma, es indispensable que la parte que lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente dentro del respectivo procedimiento, de los recursos que deben conocerse por un tribunal inmediato superior en grado, salvo que el reclamo hubiere sido imposible o no existiere recurso

No obstante lo anterior, en nuestro capítulo anterior advertimos, que el tribunal de apelación tiene delimitadas sus facultades decisorias por los agravios alegados por el apelante recurrente, de ahí entonces que el tribunal

de apelación no puede, por el principio de congruencia judicial establecido en el artículo 218 CPCM, pronunciarse mas allá de las infracciones alegados por el apelante⁴⁷⁴, y si la apelación no tiene como fundamento el abuso, exceso o defecto de jurisdicción, el tribunal de apelación no puede pronunciarse de oficio sobre la misma⁴⁷⁵. En consecuencia, si el objeto sobre el que recae la decisión del tribunal de apelación, no es resolver la denuncia de la infracción procesal de abuso, exceso o defecto de jurisdicción, tampoco pueden alegarse como motivos específicos del recurso de casación en la forma, ya que al cumplir con el requisito señalado en el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, la “identificación de la resolución impugnada”, según lo estudiado arriba, debe establecérselo al tribunal de casación, cual es el contenido de la resolución pronunciada por el tribunal de apelación que se impugna en casación, y si el contenido de la decisión del tribunal de apelación no es resolver sobre la estimación o desestimación del abuso, exceso o defecto de jurisdicción, porque ello significaría ir mas allá del objeto decidido o resuelto por el tribunal de apelación.

8.7.2 FALTA DE COMPETENCIA

La competencia ha sido definida por la doctrina, como la aptitud o capacidad legal que tiene un órgano jurisdiccional, para conocer de un asunto de

⁴⁷⁴ Estas infracciones que puede denunciar el recurrente mediante el recurso de apelación son según el artículo 511 CPCM: “El recurso de apelación tendrá como finalidad revisar: 1º. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. 2º. Los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba. 3º. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate. 4º. La prueba que no hubiera sido admitida”.

⁴⁷⁵ El inciso 2º del artículo 515 CPCM dispone al respecto: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión”.

manera exclusiva, con prescindencia de los demás⁴⁷⁶. La competencia es un presupuesto procesal que condiciona la validez del proceso. Se ha admitido, que todos los jueces tienen jurisdicción, pero que no todos tienen competencia, ello debido a que no pueden ejercer la jurisdicción en cualquier clase de litigios, sino solo en aquellos en los que son competentes. La competencia opera así, como una forma de distribuir el total de los litigios existentes entre los diversos juzgadores, por razones sustantivas, funcionales, valorativas y territoriales. Aspectos que la doctrina denomina criterios o factores de la competencia. Los factores o criterios fundamentales para determinar cuando un órgano jurisdiccional es competente o no (incompetente) para conocer de un determinado litigio son: la materia, la cuantía, el grado y el territorio⁴⁷⁷.

El primer criterio, el de la materia, hace referencia, a una forma de distribuir los litigios entre los diversos juzgadores atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica sustantiva, que ha dado origen o causa al conflicto, que ha llevado a las partes a acudir al órgano jurisdiccional, para que sea este, el

⁴⁷⁶ “Capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una determinada etapa del proceso”. PALACIOS, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 192. “podemos considerar la competencia desde un doble aspecto: el objetivo, como el conjunto de causas en que, con arreglo a la Ley, puede el juez ejercer su jurisdicción, y el subjetivo, como la facultad conferida a cada juez para ejercer la jurisdicción dentro de los límites en que le es atribuida. Si bien esos límites tienen diversa importancia, en ellos se tratará siempre de distribución de jurisdicción. Es decir, un juez es competente para un asunto cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás que ejercen jurisdicción en el mismo territorio o en territorio distinto, o que conocen de casos semejantes”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 99 y 100.

⁴⁷⁷ “La competencia puede clasificarse sobre la base de tres criterios fundamentales: el territorial, el objetivo y el funcional. El criterio territorial se vincula con la circunscripción territorial asignada por la ley a la actividad de cada órgano judicial. La atribución de la competencia territorial contempla fundamentalmente la proximidad del órgano judicial con el lugar en que se halla ubicado alguno de los elementos de la pretensión o petición que constituye el objeto del proceso. El criterio objetivo atiende a la naturaleza y al monto de las causas, y a él corresponden, respectivamente, la competencia por razón de la materia y del valor. El criterio funcional, finalmente, toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso (competencia funcional o por el grado”. PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 192.

que tutele el derecho que se estima infringido, de ahí entonces que hay jueces con competencia civil, penal, mercantil, familiar, laboral, etc.⁴⁷⁸. Al respecto de la competencia por razón de la materia el artículo 37 del CPCM ha dispuesto “La cuantía y la materia determinarán la competencia objetiva de un tribunal”, siendo este un criterio de competencia absoluto, improrrogable o indisponible, según el artículo 26 CPCM.

El grado o función, hace referencia, a una forma vertical de distribuir el conocimiento de los litigios entre los diversos juzgadores, según sea el grado o etapa del proceso en que se encuentren, de ahí entonces que hay jueces que conocen de los litigios en primera instancia, y jueces que conocen de los litigios en segunda instancia o apelación⁴⁷⁹, en relación a la competencia funcional o de grado, el artículo 38 CPCM establece “El tribunal competente

⁴⁷⁸ “Es este el segundo elemento del factor objetivo y contempla ciertos caracteres del negocio o litigio distintos de su valor, del territorio, de las funciones especiales desempeñadas por el juez en el proceso (factor funcional) y de la calidad peculiar de las partes (factor subjetivo). Son tan diversos esos caracteres que, como anota CARNELUTII, no es posible reducirlos a una categoría. Es un elemento que mira al negocio o litigio en sí mismo, a sus características peculiares, en virtud de las cuales el legislador considera que debe señalarse un juez de superior jerarquía para su conocimiento, con prescindencia del valor que tenga. Dado que se tiene en cuenta la importancia del asunto, es un criterio similar al de la cuantía, pero desde otro punto de vista, pues ya no se trata de apreciar su valor económico, sino las circunstancias de otro orden, como los intereses de la familia, la defensa de incapaces, el interés general en razón de la clase de bienes sobre los cuales verse el juicio y su importancia en la organización social o económica del país, o la que represente para el Fisco o la Administración, y otras razones. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 111.

⁴⁷⁹ “Este factor determina la clase especial de funciones y poderes que desempeñan en un mismo proceso los varios jueces de distinta categoría que conocen de él, en diversos grados o en etapas sucesivas. Es una distribución vertical de la competencia, en oposición a la horizontal, que se hace en consideración al territorio, También se habla de competencia por grados. Responde este factor a la organización judicial sobre la base de las distintas instancias y del recurso extraordinario de casación, que, a su vez, requiere la existencia de jueces de distintas categorías. Solo un juez superior puede revisar lo resuelto por otro juez. De ahí que el juez ejerza funciones muy diferentes si se halla conociendo en primera instancia, o si el negocio le llega para la segunda, o para casación, cuando fuere pertinente este recurso especial. El juez de primera instancia conoce del juicio hasta la terminación de esta instancia, mediante la sentencia, y por eso se le llama juez a quo, o sea hasta tal tiempo o momento. En cambio, el juez de segunda instancia solo conoce del juicio desde que el inferior concluye la primera, razón por la cual se le llama juez ad quem o desde tal tiempo”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 120.

para conocer de un asunto lo será también para conocer de las incidencias que surjan sobre él y para llevar a efecto sus resoluciones, sin perjuicio de lo dispuesto para la ejecución de las sentencias”, asimismo dispone el artículo 39 sobre este mismo criterio “En los procesos en los que sea demandado el Estado serán competentes para conocer en primera instancia, las Cámaras de Segunda Instancia de la Capital; y, en segunda instancia, conocerá la respectiva Sala de la Corte Suprema de Justicia. Los municipios, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y entes descentralizados del Estado serán demandados ante los tribunales comunes”, este también, al igual que la materia, es un criterio de competencia absoluto, improrrogable o indisponible, según el artículo 26 CPCM.

La cuantía hace referencia, a una forma de distribuir el conocimiento de los asuntos entre los diversos juzgadores, por la estimación o valoración pecuniaria que tenga el objeto litigioso, en este sentido hay jueces con competencia en menor o mayor cuantía⁴⁸⁰. Al respecto de la competencia por razón de la cuantía, el artículo 37 del CPCM ha dispuesto “La cuantía y la materia determinarán la competencia objetiva de un tribunal”, al igual que los dos criterios de competencia anteriores, la cuantía también es un criterio de competencia absoluto, improrrogable o indisponible, según el artículo 26 CPCM. En relación a la cuantía, en el ámbito de aplicación del proceso común, el artículo 240 dispone “Se decidirán por los trámites del proceso

⁴⁸⁰ “El valor del pleito sirve para determinar no solo la competencia del juez, sino el procedimiento que debe seguirse. La mayor o menor importancia económica del negocio opera como factor para determinar la competencia del juez que debe conocerlo, de conformidad con el principio de que a menor valor del litigio debe corresponder un menor costo en su composición. Así como a mayor circunscripción territorial corresponde un juez de superior jerarquía y los procesos son más largos y costosos cuando las partes disponen de mayores recursos, así también a menor valor debe corresponder un juez con competencia territorial más reducida, para que esté más al alcance de los interesados, y un procedimiento con menores recursos y gastos. También al Estado debe resultarle más barata la función de administrar justicia en el caso de juicios de inferior valor; por eso conocen de ello jueces de inferior jerarquía y con sueldos menores”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 108 y 109.

común, cualquiera que sea su cuantía. Las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. **Se decidirán también en el proceso común las demandas cuya cuantía supere los Veinticinco Mil Colones o su equivalente en Dólares de los Estados Unidos de América, y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo**”, mientras que en relación a la cuantía, en el ámbito de aplicación del proceso abreviado, el artículo 541 CPCM establece **“Se decidirán por los trámites del proceso abreviado las demandas cuya cuantía no supere los Veinticinco Mil Colones o su equivalente en Dólares de los Estados Unidos de América.** Además, se decidirán por este trámite, cualquiera que sea su cuantía: 1°. Las demandas de liquidación de daños y perjuicios. 2°. Las demandas de oposición a la reposición judicial de títulos valores. 3°. Las demandas relativas a la disolución y liquidación judicial de una sociedad”.

El territorio, es un criterio horizontal de distribución del conocimiento de los litigios entre los diversos juzgadores, que hace referencia al ámbito espacial o geográfico dentro del cual se circunscribe el ejercicio válido de la jurisdicción por el juzgador⁴⁸¹, este criterio a diferencia de los tres anteriores,

⁴⁸¹ Ha sostenido al respecto Devis Echandia “Como sería imposible centralizar en un solo lugar la sede de todos los jueces de un país, hecho este que vendría a colocar a las partes en difícilísima situación para poder así recurrir a la justicia, y ello implicaría hacer más caro el proceso, la Ley ha distribuido el territorio en forma de adscribir a los diversos jueces una porción de él, teniendo presente su categoría y las funciones que les son propias. Se habla en tal sentido de la circunscripción de un juez para designar el territorio dentro del cual ejerce su jurisdicción y tiene competencia en aquellos asuntos que, de conformidad con los otros factores, le correspondan. Por ello se dice que el territorio es uno de los límites de la jurisdicción para cada funcionario. Es decir, el territorio por sí solo determina la competencia de manera relativa, respecto de los distintos jueces que en un mismo territorio ejercen jurisdicción, con exclusión de los que la ejercen en diferentes territorios. A fin de radicar la competencia en cabeza de un juez determinado entre los varios que existen en la misma

es el único criterio de competencia relativo, prorrogable o disponible, según el artículo 26 CPCM, lo que significa, que es el único criterio de competencia susceptible de ser modificado de manera expresa mediante acuerdo previo al proceso en instrumento público, o de manera tácita cuando el demandado no alega oportunamente la excepción dilatoria de incompetencia. Respecto a las reglas de competencia territorial, la primera es la del fuero personal, es decir que el juez competente por razón del territorio es el del domicilio del demandado, según el inciso 1º del artículo 33 CPCM; la segunda regla de competencia territorial, es la del fuero real, es decir el juez competente por razón del territorio es el del lugar donde se encuentra ubicado el objeto litigioso, según el inciso 1º del artículo 35 CPCM; la tercera regla de competencia territorial, es la del fuero convencional o instrumental, es decir, el juez competente por razón del territorio es aquel al que las partes de común acuerdo y de manera previa al proceso hayan decidido someter el conocimiento del litigio, según el inciso 2º del artículo 33 CPCM, entre otras reglas especiales de competencia territorial que contienen los artículos 33, 34, 35 y 36 CPCM.

El legislador ha erigido, como segundo motivo específico de forma de casación, que puede ser invocado por el recurrente, para casar una resolución la falta de competencia, es decir, la incompetencia de un juez para conocer de un asunto, sin hacer ninguna distinción, ni referencia a ningún criterio de competencia en particular⁴⁸². Debiendo entenderse en

circunscripción, es menester recurrir a los factores de cuantía, naturaleza del asunto y subjetivo. Como observa CARNELUTTI, el factor territorial responde a un criterio de distribución horizontal de los distintos jueces, mientras que el factor funcional, que luego veremos, responde a un criterio de distribución vertical o por grados de jerarquía". ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 112.

⁴⁸² Así lo ha sostenido en sus comentarios al CPCM el español Juan Carlos Cabañas: "A este motivo se reconducen todas las infracciones de cualesquiera de los criterios atribuidos de competencia dentro de los tribunales civiles, siempre y cuando se trate de fueros improrrogables (indisponibles), lo que sucede siempre con la competencia objetiva y con la

consecuencia, que la incompetencia que se le atribuye a un tribunal puede ser por cualquier criterio o factor, ya sea materia, cuantía, grado o territorio, haciendo la salvedad de que en cuanto a este último criterio, no debe haber existido una prorrogación tácita o expresa de la competencia territorial, ya que si recordamos la competencia territorial es el único criterio de competencia disponible o lo que es lo mismo prorrogable o relativo, es decir, susceptible de ser modificado en virtud de acuerdo expreso entre las partes de manera previa al proceso, o de manera tácita, cuando el demandado no alega en el momento procesal oportuno, la excepción dilatoria de incompetencia por razón del territorio, en este último caso no podemos decir que haya incompetencia, ya que ha habido una modificación, prorrogación o disposición de la competencia. Los demás criterios de competencia, que son improrrogables o absolutos (materia, cuantía y función) aun en casación, son susceptibles de ser invocados como motivo de casación, mediante el motivo específico de forma "falta de competencia"⁴⁸³.

competencia funcional (incidentes y recursos). Respecto de la competencia territorial, podrá hablarse de infracción casable cuando se trate: 1) De fueros legales indisponibles que no puedan alterarse por sumisión expresa ni tácita de las partes; 2) De fueros donde cabe sumisión, pero esta no se suscribe o no resulta válida la realizada por no hacerlo con los requisitos formales exigibles, manteniendo así toda su eficacia el fuero legal; 3) O cuando habiendo sumisión y formalizándose correctamente esta, resulta sin embargo que la demanda se interpone ante un órgano judicial que no es ni el señalado en la ley ni el pactado por las partes. Los problemas en todos estos ámbitos competenciales pueden así surgir, no solamente porque el juzgado o la cámara se hayan irrogado una competencia que no poseen, sino también porque se les haya desposeído de la misma, de manera contraria a la legalidad. De uno u otro modo se patentiza la "falta" de competencia de que habla este apartado". CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 589.

⁴⁸³ La incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente, consiste, según nuestra Sala de lo Civil: **REF. 90-C-2007. 24/11/2008.** "Cuando se alega el motivo de incompetencia, interesa poner de resalto la parte de la doctrina que consta en la sentencia publicada en la Revista Judicial de 1964 pág. 159 que dice: ""que la incompetencia se da por falta de una causa o título que otorgue la competencia en razón de la jurisdicción territorial, unida a la de la materia, el arado o la cuantía de la acción, (El subrayado es de ésta Sala) que fija su contenido en el ordinal 2º. del Art. 4 de la Ley de casación. Dicha incompetencia es, por consiguiente, una situación procesal distinta de la que se produce cuando, dentro de la secuela de una causa para la que tiene el juez potestad general de conocimiento, queda

8.7.3 INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Un tercer motivo específico de forma, que puede invocar el recurrente como fundamento del recurso de casación es la “inadecuación de procedimiento”, según el ord. 3º del artículo 523 CPCM. La inadecuación de procedimiento, como motivo específico de casación, es, verdaderamente una innovación que introduce el CPCM, a diferencia de la Ley de Casación derogada, que no contemplaba este motivo. Una limitante, que enfrente el estudio de este tema actualmente, es la falta de precedentes jurisprudenciales de nuestro tribunal de casación sobre el nuevo CPCM, y particularmente sobre este motivo específico de casación. No obstante ello, se intentara abordar esta dificultad de manera doctrinaria. Pues bien, actualmente se ha admitido sin discrepancias por la doctrina, que el concepto de proceso y procedimiento, son instituciones del derecho procesal diferentes⁴⁸⁴. Se habla de proceso como la relación jurídica procesal que se inicia con la demanda, se desenvuelve a través de diversas etapas, cuyo objeto principal es dirimir el

circunscrita su jurisdicción a determinados puntos, o suspensa del todo, por advenir las circunstancias a que se refieren los Arts.990 y 992 Pr.; esto es, por haberse interpuesto previamente un recurso apelatorio, o por haberse admitido éste simplemente o en ambos efectos. En este último caso, 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 le es circunscrita o suspensa su jurisdicción sobre la causa y ésta llamado 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”.

⁴⁸⁴ Al respecto de la distinción entre proceso y procedimiento ha sostenido Lino Enrique Palacio “Tampoco cabe identificar los términos proceso y procedimiento. El proceso representa el conjunto de actos que son necesarios, en cada caso, para obtener la creación de una norma individual. El procedimiento, en cambio, constituye cada una de las fases o etapas que el proceso puede comprender. Así, al procedimiento de primera instancia puede seguir, en caso de apelación, un procedimiento de segunda instancia, en cuyo caso el proceso se integra con dos procedimientos; o, por el contrario, el proceso puede comprender menos de un procedimiento en el caso de que, por ejemplo, se extinga con anterioridad al pronunciamiento de la decisión de primera instancia. Por ello dice CARNELUTTI que para distinguir mejor entre proceso y procedimiento se puede pensar en el sistema decimal: el procedimiento es la decena; el proceso es el número concreto, el cual puede no alcanzar la decena o bien comprender más de una”. PALACIOS, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 53.

conflicto surgido entre las partes, mediante el pronunciamiento final de la sentencia⁴⁸⁵. Mientras que el procedimiento⁴⁸⁶, es una parte del todo que es el proceso. La inadecuación de procedimiento, como motivo específico de forma del recurso de casación, que a nuestro criterio sería más adecuado y daría lugar a menos complicaciones, que el motivo se hubiera denominado “inadecuación de proceso”, hace referencia más bien, a la sustanciación de la pretensión por una vía procesal errónea que no es la predefinida en la ley, es decir, una pretensión cuyo conocimiento, discusión y decisión debía tramitarse por el cause del proceso común se ventila por el cause del proceso abreviado o viceversa⁴⁸⁷, este es el único sentido, que a nuestro

⁴⁸⁵ Hernando Davis Echandia define al proceso “En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin. Y así hablamos del proceso de producción de un material o de construcción de un edificio. Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, y entonces hablamos del proceso legislativo o de elaboración de un decreto que requiere la intervención de diversas personas y entidades; y aun del proceso contractual para el campo del derecho privado, con lo que queremos referirnos a los actos preparatorios, como conversación, exposición de la intención y fines de cada contratante, al acuerdo sobre las condiciones, a la redacción de estas, al cumplimiento de las formalidades que la Ley exige para la validez del acto y, por último, a su ejecución. Proceso civil es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener la declaración, la defensa o realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción, mediante la actuación de la Ley en un caso concreto”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 129 y 131. Lino Enrique Palacio define al proceso como “Conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención”. PALACIOS, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 52.

⁴⁸⁶ Para Beatriz Quintero y Eugenio Prieto el procedimiento es: “el conjunto seriado de actos procesales que en su compleja unidad dan fisonomía característica a un tipo de proceso fijado por la ley, para un objeto determinado”. QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 97.

⁴⁸⁷ Ha sostenido en relación a este motivo de casación el doctor Juan Carlos Cabañas en sus Comentarios al CPCM que: “Cuando la tramitación de la causa se produce por un procedimiento inadecuado, por ejemplo trastocando los repertorios de materias de los artículos 240 y 241 CPCM y asignando la causa a aquel que no le correspondía, existe una vulneración de esas normas de orden público y falta un presupuesto válido del proceso, de carácter objetivo y de naturaleza insubsanable, a pesar de haber atravesado ya para

criterio, podría tener el motivo específico de forma, que ha sido denominado por nuestro legislador “inadecuación de procedimiento”, pues esta denominación genérica, dará lugar a invocar por los recurrentes, cualquier infracción procedimental que se inobserve en el proceso, lo que no responde a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ya que lo que se resguardan son como lo dice el inciso 1º del artículo 523 “las formas esenciales del proceso”, debido a que, tal como está redactado, es un motivo demasiado genérico, que da lugar a subsumir dentro de él, cualquier infracción procedimental por pequeña que esta sea. En este orden de ideas, el artículo 303 del CPCM, ha conferido a las partes, la facultad de denunciar la vía procesal por la que se pretende sustanciar la pretensión, en los siguientes términos: “Si se denunciare error en la vía procesal que se estuviera siguiendo, por discrepancia sobre la naturaleza de la pretensión, el valor de la misma o la forma de calcularlo, se deberá oír a ambas partes. El Juez resolverá en el acto lo que proceda, y si hubiera de seguirse el proceso abreviado citará a dichas partes para la audiencia del mismo”.

Para satisfacer acertadamente, el recaudo que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, el recurrente, debe dejar plenamente establecido al tribunal de casación, que se refiere al motivo específico de forma “inadecuación de procedimiento”, que se encuentra contenido en el ordinal 3º del artículo 523 CPCM. Lo anterior es así, aun y cuando no nos parezca correcta la denominación del motivo, ya que por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, no hay más motivos que

entonces por dos instancias cuando llega su examen a casación. Lo mismo cuando se abre un proceso especial para conocer de pretensiones ajenas al mismo. Incluso cuando la determinación dependa solo del criterio de la cuantía, y se sustancia por el verbal un asunto que debió serlo por el proceso común, con pérdida de oportunidades y trámite de defensa, queda lesionado este presupuesto del proceso y la sentencia que le ha puesto fin deviene casable”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 591.

los que expresamente enumera la ley, ello implica inclusive denominarlos tal cual los ha denominado el legislador en la ley. Si bien es cierto, actualmente la ley, no exige, como presupuesto de ninguno de los motivos por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, como si lo hacia la Ley de Casación derogada⁴⁸⁸, haber alegado la infracción procesal en las instancias anteriores, consideramos que si es menester, haber denunciado en apelación con base al ord. 1º del artículo 510 del CPCM, la infracción procesal de “inadecuación de procedimiento”, para que el tribunal de apelación resuelva sobre este punto, y ser susceptible de esta impugnación e invocación de este motivo específico de forma, es decir, que el tribunal de apelación resuelva, en su parte dispositiva de la resolución, específicamente sobre este punto “la inadecuación de procedimiento”, pues el objeto de la impugnación de cualquier recurso, incluido el recurso de casación, lo es siempre el contenido decisorio de la resolución, es decir, la parte dispositiva, el fallo, no pudiendo impugnarse mas allá de lo que resuelve la resolución del tribunal de apelación, según el inciso 2º del artículo 515 CPCM, ello es producto del principio de congruencia judicial consagrado en el artículo 218 CPCM, lo anterior significa, que si el tribunal de apelación no decide sobre la estimación o desestimación de la infracción procesal de “inadecuación de procedimiento”, no puede impugnarse en casación este punto, que no ha sido decidido por el tribunal de apelación, ello es producto del principio de congruencia y preclusión. Una vez invocado oportunamente este motivo por el recurrente, el tribunal de casación, tiene la facultad discrecional, de casar

⁴⁸⁸ En este sentido el artículo 7 de la Ley de Casación deroga exigía como presupuesto de alegación de todos los motivos por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso la denuncia de la infracción en las instancias anteriores en los siguientes términos: “Para admitir el recurso por quebrantamiento de forma, es indispensable que la parte que lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente dentro del respectivo procedimiento, de los recursos que deben conocerse por un tribunal inmediato superior en grado, salvo que el reclamo hubiere sido imposible o no existiere recurso”. El CPCM no ha exigido como presupuesto de la alegación de los motivos de forma la denuncia de la infracción en las instancias anteriores.

la resolución impugnada con base a la fundamentación y normas de derecho alegadas por el recurrente o con base a normas jurídicas y fundamentación diferentes, según lo dispuesto en el artículo 536 CPCM. La estimación del recurso de casación por este motivo, determina únicamente la anulación del proceso, es decir, sin necesidad de reposición o reenvío, ello de conformidad al inciso 2º del artículo 537 CPCM.

8.7.4 FALTA DE CAPACIDAD PARA SER PARTE, DE ACTUACIÓN PROCESAL Y DE POSTULACIÓN

Un cuarto motivo específico de forma, que puede invocar el recurrente, como fundamento del recurso de casación es la “falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación”, según el ord. 4º del artículo 523 CPCM. Son temas estos referidos a la capacidad para ser parte, a la capacidad procesal (falta de actuación procesal) y la legitimación procesal (falta de postulación). Contempla, realmente este motivo específico de forma, tres modalidades diferentes de infracción a la norma procesal: uno, la falta de capacidad para ser parte; dos, la falta de capacidad procesal; y tres, la falta de legitimación procesal. La capacidad para ser parte o capacidad material, se identifica con la capacidad general de goce que conocemos, y hace referencia a los sujetos de la relación jurídica sustantiva, deudor y acreedor⁴⁸⁹, a la aptitud de toda persona, natural o jurídica, de ser titular de

⁴⁸⁹ Respecto a la capacidad para ser parte ha sostenido la doctrina “a) Este tipo de capacidad, que constituye un reflejo de la capacidad de derecho genéricamente considerada, se refiere a la posibilidad jurídica de figurar como parte en un proceso, y no es otra cosa, por consiguiente, que la aptitud para ser titular de derechos y de deberes procesales. b) Del principio general en cuya virtud es persona todo ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones se infiere que toda persona, por el solo hecho de serlo, goza de capacidad para ser parte. La adquisición y pérdida de esta clase de capacidad, en consecuencia, ha de coincidir necesariamente con la adquisición y pérdida de la personalidad. c) Por aplicación de los principios generales, las personas naturales o de existencia visible adquieren capacidad para ser partes desde la concepción en el seno

derechos y obligaciones, a esta capacidad se refiere el artículo 58 CPCM. La capacidad procesal se identifica con la capacidad de ejercicio y hace referencia a los sujetos de la relación jurídica procesal, demandante y demandado⁴⁹⁰, a quienes están facultados para realizar o efectuar actos

materno y la pierden con la muerte, sea que este hecho resulte acreditado mediante el hallazgo e identificación del cadáver o que el juez lo tenga por comprobado en el supuesto de que la desaparición de la persona se haya producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. d) Tienen también capacidad para ser partes las personas jurídicas, sean de derecho público (Estado nacional, provincial o municipal, entidades autárquicas e Iglesia) o de derecho privado (asociaciones, fundaciones, sociedades). Estas últimas se hallan sujetas, en cuanto a la adquisición y pérdida de su personalidad, a las prescripciones contenidas en el Código Civil. e) Generalmente, la jurisprudencia ha reconocido capacidad para ser parte a las asociaciones sin personalidad jurídica, admitiendo su representación procesal por el presidente de la entidad". PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 227 y 228. "Es el aspecto procesal de la capacidad jurídica o de ser titular de derechos y obligaciones de derecho sustancial; coincide con la calidad de la "persona humana", su aparición, su desarrollo y su desaparición, o con la "persona jurídica", creación humana. La "parte" en sentido iusmaterial, se identifica por la titularidad de una relación jurídica, o su vínculo con ella (p. ej., representación) pero en el proceso, cuando comienza, no consta esa identificación; se limita a una simple -aparición de relación" que puede no existir, por lo que, parte en sentido procesal, es la persona que comparece en juicio en una situación de actora ("pretendiente") o demandada ("pretendida"),". FAIREN GUILLEN, Víctor. *Teoría General del Derecho Procesal*. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México Distrito Federal, México, 1992. Pág. 281. "ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídico-procesal; por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la de ser sujeto de esa relación, como demandante, demandado. actor u opositor o interviniente. La relación jurídico-procesal es una especie de las relaciones jurídicas en general, y la circunstancia de ser procesal y no sustancial o material, en nada puede alterar la capacidad para ser parte de ella; por esto puede concluirse que la capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídico-material, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general. Significa lo anterior que la capacidad para ser parte en un proceso es la capacidad jurídica que el derecho civil establece y reglamenta para la ejecución válida de actos jurídicos en general. Por consiguiente toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en juicio, o, lo que es igual, para ser sujeto del proceso o de la relación jurídico-procesal". ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 472.

⁴⁹⁰ En la relación a la capacidad procesal la doctrina ha sostenido "No todas las personas que tienen capacidad para ser partes se hallan dotadas de capacidad procesal, o sea de la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos. La capacidad procesal supone, pues, la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes y cargas inherentes a la calidad de parte. De allí que coincida con la capacidad de hecho reglamentada en el Código Civil, cuyas normas sobre el tema resultan aplicables a ella". PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 228. "Es la capacidad para comparecer como parte, válidamente, en juicio. Coincide, es el reflejo procesal de la "capacidad de obrar" en materia civil; la de ejercitar derechos (no de poseerlos, pero sin poder ejercerlos; eso es la capacidad jurídica o para ser parte) y asumir obligaciones. Pero al trasponer este concepto civil a lo

validos en el proceso sin necesidad de ser representados por otra persona, a esta capacidad se refiere el artículo 59 y siguientes del CPCM. La legitimación o postulación procesal, hace referencia a quienes están autorizados por el ordenamiento jurídico para formular peticiones directamente ante el órgano jurisdiccional sin mediación de nadie⁴⁹¹. En este último supuesto, el nombramiento debe recaer en quienes están facultados para ejercer la procuración, es decir, el profesional del derecho, los abogados, siendo preceptiva o lo que es lo mismo preferentemente en beneficio del abogado, quien es el profesional o estudioso del derecho, a ella se refiere el artículo 67 y siguientes del CPCM.

procesal hay que recordar que el inicio de un proceso depende, no de la "existencia" de una serie de requisitos, sino de su simple "aparición", la cual es aplicable también a la capacidad procesal". FAIREN GUILLEN, Víctor. *Op Cit.* Pág. 290. Así como la capacidad jurídica que en general tienen todas las personas, no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también la capacidad de esas personas para ser partes en un proceso no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, directa e independiente. A los incapaces del derecho material, corresponden los incapaces del derecho procesal. La regla general es la misma: es capaz para comparecer al juicio o ejecutar actos procesales válidamente toda persona que lo sea para la celebración de actos jurídicos en general (contratos, cuasicontratos, etc.), y únicamente tales personas; es decir, quien no sea menor, interdicto, sordomudo, que no pueda darse a entender por escrito o demente. No se trata de que los incapaces no puedan contraer obligaciones ni adquirir derechos procesales, ni concurrir al juicio, sino de que no pueden hacerlo por sí mismos, y 1o tienen que hacer por intermedio de sus representantes. Las personas jurídicas actúan necesariamente por medio de sus representantes, aunque esto no significa que sean procesalmente incapaces y solo en un sentido figurado puede clasificárseles como tales. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 476.

⁴⁹¹ "La Ley establece generalmente ciertas limitaciones al derecho de comparecer en nombre propio a los juicios civiles, limitaciones que no atañen a la capacidad propiamente, sino a la habilidad para litigar, como ejercicio de una profesión garantizada, reglamentada y defendida por el Estado. En este sentido, la Ley suele exigir que, para comparecer en juicio, las personas capaces (sea que obren en su nombre o que representen a otras) deben hacerlo por intermedio de abogado inscrito en el respectivo despacho judicial, a no ser que ellas mismas tengan esta calidad. Se trata, como se ve, de un caso de inhabilidad para comparecer en juicio por sí mismo. De este modo, si el juez acepta la demanda o le da curso a actuaciones promovidas por una parte con violación de la prohibición legal, podría proponerse la consiguiente nulidad. Son apoderados los representantes convencionales para el juicio, es decir, los mandatarios judiciales, que representan a una de las partes o a terceros intervinientes mediante un poder que estos les otorguen". ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 477.

Ha hecho referencia este motivo, únicamente al aspecto negativo de estos presupuestos de constitución de la relación jurídica procesal: la “falta” de capacidad para ser parte; la “falta” de actuación procesal; y la “falta” de postulación. En este aspecto, a diferencia de la anterior Ley de Casación derogada, el nuevo CPCM, no ha exigido, como presupuesto de la denuncia o invocación de este motivo por el recurrente, haber alegado en las instancias anteriores esta infracción. La anterior Ley de Casación derogada disponía en el artículo 7 en cuanto a este aspecto que: “para admitir el recurso por quebrantamiento de forma, es indispensable que la parte que lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportunamente dentro del respectivo procedimiento, de los recursos que deben conocerse por un tribunal inmediato superior en grado, salvo que el reclamo hubiere sido imposible o no existiere recurso”. Sobre este punto no ha dicho nada el CPCM. Sin embargo, no queremos quitar la línea del renglón, en cuanto a que, si bien el CPCM no exige como presupuesto de la invocación de ningún motivo de forma del recurso de casación, incluida la “falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal o de postulación”, es menester que el objeto decisorio de la resolución del tribunal de apelación sea la denuncia de esta infracción procesal, pues el objeto de la impugnación de todo recurso lo es “el objeto decisorio de la resolución”, de ahí que no se puede impugnar en casación, mas allá de lo decidido por el tribunal de apelación, es decir, para que sea procedente la invocación de este motivo de casación, es necesario, que el objeto de decisión de la resolución del tribunal de apelación, haya sido la denuncia de la infracción procesal de “falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal o de postulación”. De otra manera no podrá aducirse legalmente este motivo específico de casación.

Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, el recurrente debe mencionar de manera expresa, en su escrito de formalización, que se refiere al motivo de casación “falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal o de postulación” contenido en el ordinal 4º del artículo 523 CPCM. Así debe hacerse, aun y cuando únicamente haya habido falta de postulación preceptiva, el motivo debe formularse, de manera literal como ha sido redactado por el legislador en la ley, para satisfacer de manera correcta este presupuesto de la formalización del recurso de casación “falta de capacidad para ser parte, de actuación procesal o de postulación”. En la fundamentación del motivo, debe precisarse, si la infracción procesal ha sido cometida por “falta de capacidad para ser parte”, por “falta de actuación procesal” o por “falta de postulación”, o si se configuran dos de ellas o las tres. Por su naturaleza la falta de capacidad para ser parte es una infracción procesal que puede tener lugar únicamente en primera instancia, y convalidarse en grado de apelación, mientras que la falta de actuación procesal, y la falta de postulación, pueden tener origen directamente en primera instancia, y convalidarse en grado de apelación, o también, ser originadas directamente en apelación. La falta de actuación procesal necesariamente contempla la falta de postulación, pero no la falta de postulación acarrea la falta de actuación procesal. Una vez invocado oportunamente por el recurrente en su escrito de formalización este motivo específico de forma, el tribunal de casación tiene la facultad de casar la resolución teóricamente aunque sea con base a una fundamentación y normas jurídicas diversas a las invocadas por el recurrente en su escrito de formalización, de acuerdo al artículo 536 CPCM.

No ha dado solución específica el CPCM en caso de estimación del recurso de casación por este motivo, solamente para las cuestiones relativas a la jurisdicción, la competencia y el procedimiento, ha ordenado únicamente la anulación del proceso sin necesidad de reposición o reenvió, para el resto de motivos de forma, incluido el presente en estudio, ha dispuesto de manera genérica la anulación y reposición del proceso desde el último acto viciado, así según el inciso 2º del artículo 537 CPCM “si se casare por vicio de forma, se anulará el fallo y se devolverá el proceso al tribunal correspondiente, a fin de que se reponga la actuación desde el acto viciado; pero si el vicio se refiriera a cuestiones relativas a la jurisdicción, competencia o vía procesal, sólo procederá la anulación”. Evidentemente, el efecto únicamente anulatorio o negativo de la estimación del recurso de casación, es aplicable, a los motivos específicos de forma: abuso, exceso o defecto de jurisdicción; falta de competencia; e, inadecuación de procedimiento; para el resto de motivos de forma, pareciera, a primera vista que procede la anulación y reposición del proceso. Sin embargo, esta solución deberá ser analizada en relación a otros motivos donde la naturaleza de la infracción procesal únicamente permite la anulación.

8.7.5 CADUCIDAD DE LA PRETENSIÓN

Otro motivo, que puede invocar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, la “caducidad de la pretensión” según el ordinal 5º del artículo 523 CPCM. Realmente, este motivo, es una reforma que introduce el CPCM en la configuración del recurso de casación, pues la anterior Ley de Casación derogada no lo contemplaba. Es más, si revisamos las legislaciones de las cuales se influencio la redacción de este nuevo Código:

la Ley de Enjuiciamiento Civil Española⁴⁹², El Código Procesal Modelo para Iberoamérica⁴⁹³, El Código General del Proceso de Uruguay⁴⁹⁴ ninguna de ellas contempla el motivo específico de forma “caducidad de la pretensión”. Entrando en materia, podemos decir, de acuerdo a Mario Alberto Fornaciari que, etimológicamente el vocablo caducidad “*deviene del latín caducus, y este a su vez del verbo cadere: caer. En su sentido semántico la palabra “caduco” implica decrepitud, senilidad y también aquello que es fugaz o perecedero. En su acepción castellana, la voz “caducidad” es acción y efecto de caducar: una ley, un derecho, un plazo, etc. Por lo tanto, podemos decir que caducidad es, en principio, la pérdida de un derecho por no ejercerlo durante el lapso que fija la ley o establece la voluntad de las partes*”⁴⁹⁵. En similar sentido, para Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el termino caducidad significa “*acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, por cualquier*

⁴⁹² Según el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: “El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución”.

⁴⁹³ De conformidad al artículo 240 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba. No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no de terminaren la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal, la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente”.

⁴⁹⁴ Según el artículo 270 del Código General del Proceso de Uruguay: “El recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho, sea en el fondo o en la forma. Se entenderá por tal, inclusive, la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba. No se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia. En cuanto a las normas de procedimiento, sólo constituirá causal la infracción o errónea aplicación de aquellas que sean esenciales para la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal”.

⁴⁹⁵ FORNACIARI, Mario Alberto. *Modos Anormales de Terminación del Proceso*. Tomo III. Caducidad de Instancia. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1991. Pág. 1.

*motivo, alguna disposición legal, algún instrumento público o privado o algún acto judicial o extrajudicial. La caducidad se puede producir, entre otros motivos, por la prescripción, por el vencimiento del plazo, por falta de uso, por desaparición del documento*⁴⁹⁶. Aplicando estas ideas genéricas de la caducidad ha este motivo específico de casación, podemos concluir, que la caducidad de la pretensión es la extinción o fin de la misma.

En la anterior línea de ideas, la pretensión ha sido definida por la doctrina como *“declaración de voluntad, como un acto jurídico procesal, como la plasmación de un querer que se formula como deprecación referida concretamente a un derecho sustancial, ante el Estado, para que reconozca o diga ese derecho contra un demandado, en la sentencia favorable*⁴⁹⁷. Francesco Carnelutti define a la pretensión como *“exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio*⁴⁹⁸. Leo Rosenberg define por su parte a la pretensión como *“petición dirigida a obtener una declaración susceptible de la autoridad de la cosa juzgada, de una consecuencia jurídica que se caracteriza por la solicitud presentada y en cuanto sea necesario por las circunstancias de hecho propuestas para fundamentarla*⁴⁹⁹. Uniendo ambos conceptos, de lo que es la caducidad por un lado, y lo que es la pretensión por otro, podemos concluir que la caducidad de la pretensión es la extinción de esa declaración de voluntad formulada por el demandante contra el demandado ante el órgano jurisdiccional. Es en pocas palabras, la caducidad de la pretensión, la extinción o fin de la misma.

Tema complejo y poco estudiado es determinar la extinción de la pretensión. Lino Enrique Palacio es uno de los pocos autores de la materia que se ha

⁴⁹⁶ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Primera Edición Electrónica. Editorial Datascan, S.A. Guatemala. Pág. 129.

⁴⁹⁷ QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Op Cit.* Pág. 266.

⁴⁹⁸ *Ibidem.* Pág. 266.

⁴⁹⁹ *Ibidem.* Pág. 266.

atrevido a sostener cuales son las formas de extinción de la pretensión, sosteniendo al respecto que *“Normalmente la pretensión procesal se extingue mediante la sentencia que la actúa, o que deniega su actuación. Sin embargo, corresponde distinguir los casos en que la sentencia rechaza la pretensión por no concurrir algún requisito intrínseco de admisibilidad, o bien se pronuncia sobre su fundabilidad (positiva o negativamente), de aquéllos en que el acto decisorio rechaza la pretensión por carecer ésta de algún requisito extrínseco de admisibilidad. Las sentencias comprendidas en el primer grupo están revestidas de cierta cualidad en cuya virtud resulta inadmisibile la proposición eficaz de la misma pretensión en otro proceso (cosa juzgada). En cambio, las del segundo grupo no impiden que la misma pretensión, obviadas las deficiencias de que adolecía, sea nuevamente propuesta. Los modos anormales de extinción de la pretensión se agrupan en dos categorías según que posibiliten, o no, la reproducción de aquélla en un proceso posterior. A la primera pertenecen el desistimiento de la pretensión (o del proceso) y la caducidad de la instancia; a la segunda, el desistimiento del derecho, la transacción y la conciliación”*⁵⁰⁰.

Entendido rectamente este motivo de casación⁵⁰¹, debemos entender, que la caducidad o extinción de la pretensión debe haberse producido en un

⁵⁰⁰ PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 109.

⁵⁰¹ Sin embargo para el doctor Juan Carlos Cabañas la caducidad de la pretensión como motivo de casación comprende: “a) Bajo este enunciado se incluye, en primer lugar, la caducidad de la acción en todos aquellos ámbitos materiales en que la ley estipula un plazo fatal para el ejercicio de pretensiones relativas a un determinado derecho o título jurídico. Pasado ese plazo no puede exigirse judicialmente esos derechos. b) En segundo lugar, la lógica y la trascendencia de la infracción lleva a incluir también en el seno de este apartado los casos de caducidad de la instancia, en el que el procedimiento paralizado por la inactividad de la parte y no reanudado en los plazos suficientemente holgados previstos por el art. 133 CPCM, llevan a una presunción de abandono de la pretensión por el demandante (que es sobre todo, quien cuenta a tales efectos). Sin que pueda rehabilitarse ya salvo que se acreditara la concurrencia de fuerza mayor impeditiva para actuar (art. 135 CPCM), lo que por cierto podría constituir justamente el aspecto controvertido en este recurso, que por lo demás puede conocer del problema de la caducidad de la primera instancia, no decretada en

proceso pendiente, es decir, en un proceso cuya resolución final (auto definitivo o sentencia) no ha adquirido firmeza o lo que es igual, no ha adquirido la calidad de cosa juzgada, pues, de tratarse de una resolución que ya ha adquirido firmeza, no corresponde invocar como motivo de casación la caducidad de la pretensión sino el motivo de casación de “litispendencia y cosa juzgada”. Reiteramos, para que tenga lugar la configuración del motivo de casación en estudio, debe tratarse de la discusión de la extinción de la pretensión en el mismo proceso, pues en caso contrario, nos encontramos ante el motivo de cosa juzgada. Las formas de caducar o extinguir la pretensión en un mismo proceso pendiente son diversas: la renuncia, artículo 129 CPCM; la prescripción extintiva, artículo 2253 y siguientes CC; la caducidad producida en primera instancia, artículo 133 y siguientes CPCM; el allanamiento, artículo 131 CPCM; la transacción, artículo 132 CPCM; el desistimiento producido en primera instancia, artículo 130 CPCM. Todos estos, son ejemplos concretos, que producen la extinción de la pretensión, que impiden a las partes, seguir discutiendo la pretensión en el mismo proceso, e inhiben al juez, de seguir conociendo y decidiendo la misma, una vez operada una de estas formas de extinguirse la pretensión.

Como caso hipotético, podría darse el caso que, existiendo los presupuestos de la prescripción extintiva, artículo 2253 y 2254 CC, alegada oportunamente por el demandado, artículo 2232, el juez la desestima en su sentencia, y recurre en apelación el demandado, artículo 508 CPCM, alegando, con base al artículo 511 CPCM con la finalidad de que el tribunal de apelación revise “El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate” por haber desestimado erróneamente la prescripción extintiva alegada oportunamente por el demandado, y el tribunal de apelación ratifica la decisión del juez de primera instancia, entonces, se configura el motivo de casación en estudio

apelación, o la producida ya estando la causa en segunda instancia”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 595.

“caducidad de la pretensión”, el cual puede alegarse como fundamento del recurso de casación, de conformidad a los artículos 519 ord 1º y 523 ord. 5º, ambos del CPCM. En idéntico sentido, deben de ser comprendidos, el resto de formas de extinción de la pretensión, para que proceda la alegación de este motivo.

Finalmente debemos advertir, que la caducidad de la pretensión, es distinta o no es igual, a la caducidad o perención de la instancia. En materia procesal civil, la caducidad o perención de la instancia, es una forma anticipada de finalizar el proceso, producida por la inactividad del demandante durante un periodo o lapso determinado de tiempo, sin efectuar la correspondiente carga procesal, poniéndole fin anticipado al proceso⁵⁰². En nuestra regulación legal el artículo 133 CPCM establece que “En toda clase de procesos se considerará que las instancias y recursos han sido abandonados cuando, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produzca actividad procesal alguna en el plazo de seis meses, si el proceso estuviere en la primera instancia; o en el plazo de tres meses, si se hallare en la segunda instancia. Los plazos señalados empezarán a contar desde la última notificación efectuada a las partes”. Sin embargo, como lo señalamos arriba, debemos tener cuidado de no confundir la caducidad de la pretensión con la caducidad de la instancia, pues, si bien es cierto, esta es una forma de extinguirse la pretensión en el mismo proceso, no es la única, sino solamente una especie, dentro de la caducidad de la pretensión. Por su naturaleza, la estimación del recurso de casación por este motivo únicamente produce la

⁵⁰² Para Lino Enrique Palacio por su parte la caducidad de la instancia es “La caducidad o perención de la instancia constituye un modo de extinción del proceso que tiene lugar cuando en él no se cumple acto de impulso alguno durante los plazos establecidos por la ley”. PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 555. Para Mario Alberto Fornaciari la caducidad de la instancia es “la extinción de un proceso (principal o incidental) o de alguna de sus instancias, producida por la ausencia de actividad impulsoria idónea para su desarrollo, durante los términos que establece la ley”. FORNACIARI, Mario Alberto. *Op Cit.* Pág. 12.

anulación sin necesidad de reposición o reenvió del proceso, ello es así, aunque el artículo 537 CPCM, no lo contemple expresamente como solución para la estimación del recurso de casación por este motivo.

8.7.6 LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA

Un sexto motivo de forma, que puede alegar el recurrente, como fundamento del recurso de casación es la “litispendencia y cosa juzgada”, según el ordinal 6º del artículo 523 CPCM. Comprende, realmente este motivo de forma, dos modalidades diferentes de infracción a la norma procesal, una es la litispendencia y otra es la cosa juzgada, ya que no obstante la existencia de similitudes entre ambas, son en esencia, instituciones del derecho procesal diferentes, aunque acá estén recogidas en un solo motivo de casación de forma. La palabra litispendencia, proviene del latín, *litis pendentia*, que significa, pleito pendiente⁵⁰³. La litispendencia ha sido

⁵⁰³ De acuerdo a Juan Montero Aroca: “La existencia de la demanda supone una ruptura; se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional. Esa ruptura se define hoy con la palabra litispendencia. Con la palabra litispendencia se está haciendo referencia a la pendencia de un litigio, pero lo que importa son sus efectos. Naturalmente esos efectos son procesales y se derivan de la constitución de un proceso. En la terminología hoy usual en los tribunales se habla de la constitución de la relación jurídica procesal. La determinación del momento final, del dies ad quem, no es problemática en sí misma, pues está referido a la terminación del proceso. Lo problemático ha sido el momento inicial, el dies a quo, aunque ahora se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida. Los efectos a que hay que referirse son exclusivamente los procesales, y fundamentalmente éstos son: a) Desde el momento de producción de la litispendencia surge para el órgano jurisdiccional el deber de continuar el proceso hasta el final y de dictar la sentencia de fondo (esto último condicionado a la concurrencia de los presupuestos procesales). b) Respecto de las partes se produce la asunción de las expectativas, cargas y obligaciones que están legalmente vinculadas a la existencia del proceso. c) La existencia de un proceso con la plenitud de sus efectos impide la existencia de otro en que se den las identidades propias de la cosa juzgada, esto es, subjetivas y objetivas. Para que este efecto se produzca se concede a las partes la excepción de litispendencia. d) La litispendencia produce la denominada perpetuatio iurisdictionis, esto es, el juez competente en el momento de producirse la misma lo sigue siendo a pesar de los cambios que a lo largo del proceso puedan producirse, y además conocerá del asunto por el tipo procedimental establecido en aquel momento. e) También se produce la perpetuatio legitimationis, en virtud de la cual quienes estaban

definida, como el óbice procesal, que impide la sustanciación paralela o simultánea, de un mismo litigio entre las mismas partes, por la misma causa de pedir y el mismo objeto procesal⁵⁰⁴. El fundamento de la litispendencia, es, impedir que se sustancien simultáneamente dos procesos, en dos tribunales diferentes, entre las mismas partes, por el mismo objeto y la misma causa de pedir, que eventualmente puedan llegar a pronunciar resoluciones judiciales contradictorias. Para determinar si existe o no litispendencia, deben concurrir necesariamente tres identidades: subjetiva, objetiva y causa⁵⁰⁵. La identidad subjetiva, que debe concurrir, para que se

legitimados en el momento de la litispendencia mantienen esa legitimación, sin perjuicio de los cambios que puedan producirse en el tiempo de duración del proceso". MONTERO AROCA, Juan, *eat al. Op Cit.* Pág. 193, 194 y 195.

⁵⁰⁴ Respecto a la necesaria identidad objetiva, subjetiva y de causa, para que se produzca la litispendencia ha manifestado Lino Enrique Palacio: "Hay litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto. Se infiere, de tal concepto, que el fundamento de la excepción de litispendencia reside en la necesidad de evitar que una misma pretensión sea juzgada dos veces, con la consiguiente inoperancia de la actividad judicial que esa circunstancia necesariamente comporta. Aparte de la concurrencia de la triple identidad, son requisitos de la excepción de litispendencia: 1º) Que el primer proceso tramite ante otro tribunal competente, o aun ante el mismo tribunal. De allí que la excepción no sea procedente si en el proceso invocado para fundarla ha recaído declaración de incompetencia que se encuentra firme o se ha operado la caducidad de la instancia. 2º) Que el traslado de la demanda del primer proceso haya sido notificado. 3º) Que ambos procesos sean susceptibles de sustanciarse por los mismos trámites (no cabe, por ejemplo, en un juicio ordinario, fundarla en la existencia de un juicio ejecutivo, ni viceversa). 4º) Que las partes actúen con la misma calidad en ambos procesos. La admisión de la excepción de litispendencia, en el caso de mediar identidad de partes, causa y objeto, determina la ineficacia del proceso iniciado con posterioridad. Pero aun en el supuesto de no concurrir las tres identidades, cuando, por razones de conexidad, exista la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias, de oficio o a petición de parte formulada al contestar la demanda, o posteriormente por incidente que cabe promover hasta que el proceso quede en estado de sentencia, puede obtenerse la acumulación de procesos". PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 368.

⁵⁰⁵ Respecto a esta triple identidad que debe existir entre el proceso anterior y posterior para que se produzca el motivo de forma cosa juzgada ha sostenido Antonio Bermúdez "hay cosa juzgada cuando la cuestión litigiosa ha sido resuelta por sentencia judicial que fue consentida, o contra la cual ya no puede interponerse recurso alguno, ni instaurar una nueva acción. El consentimiento de la sentencia, expreso, es la aceptación de ella en forma concreta; y tácito, la falta de interposición de los recursos legales y el abandono de estos, por deserción o caducidad. En uno y otro caso, la sentencia queda firme y causa ejecutoria, constituye cosa juzgada. Ya no se pueden interponer recursos contra el fallo, cuando el juicio ha recorrido sus dos instancias y no se recurrió en casación, o esta no prospero en alguna de sus dos primeras fases. Para que se pueda argüir que una sentencia va contra la

produzca la litispendencia, es, que en el nuevo proceso que se pretende entablar, se trate de las mismas personas que figuran como demandante o demandada en un proceso anterior, en la misma calidad. La identidad objetiva, hace referencia, a que en el proceso posterior que se pretende entablar, se plantee la misma pretensión, que ya se discute en un proceso anterior, artículo 90 CPCM. La identidad de causa de pedir, que debe concurrir, para que se produzca la litispendencia, es, que se demande por los mismos hechos que constituyen la causa de pedir en un proceso anterior, artículo 91 CPCM. No basta simplemente, para que exista la litispendencia, que concurren una o dos de las tres identidades, es imprescindible, que concurren a la vez, las tres: subjetiva (personas), objetiva (pretensión) y de causa de pedir (hechos). Importante, en cuanto a este punto, es el inciso 1º del artículo 281 CPCM, que nos determina el momento inicial de la litispendencia, así según esta disposición “desde la presentación de la demanda, si resulta admitida, se produce la litispendencia”, desde este momento no puede volverse a intentar simultáneamente la misma pretensión en otro proceso posterior, porque se ha producido la litispendencia. La

cosa juzgada, debe existir entre la sentencia anterior y la últimamente pronunciada, identidad de cosas, personas y causa de pedir. Es virtualidad de la cosa juzgada, ser obligatorio su respeto para todo juzgador y privarlo de capacidad para examinar de nuevo la cuestión decidida, debiendo concretarse a reconocer y declarar que ya fue decidida”. BERMUDEZ M, Antonio. *La Casación en lo Civil*. Editorial Tegucigalpa. Honduras, 1940. Pág. 86 y 87. Nuestra jurisprudencia también ha dicho respecto a esta triple identidad que debe existir cuando se alega el motivo de forma cosa juzgada **REF. S.D. 18/12/2002**. “la doctrina ha definido como cosa juzgada material o sustancial, aquella sentencia que aunada a la calidad de inimpugnabilidad mediante otro recurso, se le agrega la condición de inmutabilidad en cualquier otro procedimiento posterior. En nuestro sistema legal, no existe disposición alguna que defina la cosa juzgada y que a su vez señale los elementos necesarios para que pueda ser invocada; sin embargo, la jurisprudencia nos muestra que la línea tradicional que siguen nuestros tribunales, se enfoca en comparar los elementos de la nueva acción intentada, con los que se ha dado en el proceso anterior. Para que pueda proceder como excepción, deben concurrir entre los elementos las identidades de: SUJETOS, OBJETO Y CAUSA. La identidad de sujetos, se refiere a que la demanda sea entre las mismas partes y propuesta por ellas y contra ellas o sus causahabientes a título singular o universal, y con la misma calidad; la de objetos, se refiere a que la cosa demanda sea la misma y por ultimo, la identidad de causa, se identifica con el hecho o el conjunto de hechos constitutivos del derecho que se hace valer con la acción”.

litispendencia, es una excepción perentoria, que pueden alegar las partes, entre quienes existe un pleito pendiente de decisión jurisdiccional, para evitar resoluciones judiciales contradictorias.

La palabra cosa juzgada, por su parte, proviene también del latín, *res iudicata*, que significa, cosa juzgada. La cosa juzgada, ha sido definida por la doctrina, como un óbice procesal, que impide un nuevo o ulterior juzgamiento entre las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa de pedir, sobre un asunto sobre el que ya existe un pronunciamiento judicial firme⁵⁰⁶. Ello debido a que, un segundo o ulterior juzgamiento, sobre un asunto sobre el que ya existe resolución judicial firme, atentaría contra el principio denominado *non bis in ídem* o no doble juzgamiento, que aunque es mas

⁵⁰⁶ Respecto a la cosa juzgada ha sostenido Eduardo Couture “En sus términos literales, la cosa juzgada podría definirse, entonces, como un objeto que ha sido motivo de un juicio. En idioma castellano, como en todos los idiomas latinos, cosa juzgada es *res iudicata*, lo decidido, lo que ha sido materia de decisión judicial. Tratando, pues, de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. COUTURE, Eduardo J. *Op Cit.* Pág. 400 y 401. “La cosa juzgada significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. De lo dicho se sigue que la cosa juzgada supone, fundamentalmente, la inimpugnabilidad de la sentencia, o, lo que es igual, la preclusión de los recursos que procedan contra ella (tanto por no haberse deducido cuanto por haberse consumado la facultad de deducirlos). Al operarse tal preclusión, que obsta al ataque directo de la sentencia, se dice que ésta adquiere autoridad de cosa juzgada en sentido formal. Cuando en cambio la sentencia, aparte de ser insusceptible de ese ataque directo mediante la interposición de un recurso, también lo es de ataque indirecto a través de la apertura de un nuevo proceso, se dice que aquélla goza de autoridad de cosa juzgada en sentido material. Existe, por consiguiente, cosa juzgada en sentido formal, cuando no obstante ser inimpugnable la sentencia dentro del proceso en el cual se dictó, existe la posibilidad de obtener, en un proceso posterior, un resultado distinto al alcanzado en aquél. Existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la irrecurribilidad de la sentencia, se agrega la imposibilidad de que en cualquier circunstancia y en cualquier otro proceso se juzgue de un modo contrario a lo decidido por aquélla. De lo expuesto se desprende, asimismo, que la cosa juzgada en sentido material presupone la cosa juzgada formal; y que esta última, por consiguiente, puede existir con independencia de la primera”. PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 534. Hernando Davis Echandia por su parte define a la cosa juzgada como “calidad de inmutable y definitiva que la ley le otorga a la sentencia, en cuanto declara la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 567.

significativo en materia procesal penal, también tiene aplicación en materia procesal civil, siendo el fundamento constitucional en nuestro país, el inciso 1º del artículo 11 de la Constitución de la República que dispone a la letra que: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; *ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa*”, relacionado, con el artículo 17 de nuestra carta magna, que establece que “Ningún Órgano, funcionario o autoridad, podrá avocarse causas pendientes, ni abrir juicios o procedimientos fenecidos”. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, se han pronunciado por exigir, que no basta una de las identidades mencionadas sino que es necesario que concurren simultáneamente todas: identidad de objeto, sujetos y causa⁵⁰⁷. En este orden de ideas, el artículo 230 CPCM nos

⁵⁰⁷ “Razones esenciales de seguridad jurídica y de prohibición, también en el proceso civil, del non bis in ídem, determinan que un proceso es inútil pero además no puede existir, cuando con el lo que se pretende es deducir la misma pretensión que ya ha sido objeto de un primer proceso, sea que este ya hubiera finalizado por sentencia firme, el llamado efecto negativo de la cosa juzgada (art. 231 párrafo primero CPCM), o al menos se hubiera ya admitido a tramite la demanda previa (litispendencia). Solo en la medida en que pueda establecerse entre ambos procesos la condición como triple identidad “sujetos, objeto y causa” entre ambos procesos, podrá aducirse como excepción procesal, y ahora como motivo de casación. De concurrir entre los dos procesos alguna/s de esas identidades pero no todas, podríamos estar mas bien de un problema de prejudicialidad o también llamado efecto positivo de la cosa juzgada material (vinculación de lo resuelto, sobre cualquier otro proceso posterior que debata los mismos hechos) ex art. 231 párrafo segundo CPCM, constituido también de una infracción procesal casable por este apartado sexto (el cual no discrimina que clase o tipo de efecto res iudicata puede haberse infringido), si bien ya no por litispendencia (que siempre exige la triple identidad)”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 595. “La cosa juzgada, entendida como debe ser, no como la simple ejecutoriedad de una sentencia, se da cuando entre el proceso posterior y el anterior, existen las siguientes identidades: a) de personas; b) de cosa; y c) de causa. Si falta alguna de ellas no habrá cosa juzgada. Por esto, por ejemplo, no hay cosa juzgada cuando se demanda un divorcio por una causal, y al ser declarado sin lugar se demanda por otra causal. Cuando se pide reconocimiento de hijo natural por concubinato notorio, y al fracasar se pide otro juicio por posesión notoria. En estos casos no hay identidad de causa. Si existen las tres identidades entre el juicio posterior y el anterior, procede oponer en el nuevo juicio la excepción la excepción de cosa juzgada. Caso de ser desestimada indebidamente y se pronuncie sentencia que de algún modo contrarié la cosa juzgada, hay lugar al recurso de casación. Pero son requisitos indispensables el haber opuesto la excepción y que el nuevo fallo sea contrario a la cosa juzgada. Si la excepción no se opuso o el fallo no es contrario a

establece el ámbito objetivo y subjetivo al que extiende sus efectos la cosa juzgada, así según esta disposición “la cosa juzgada se extiende a las pretensiones de la demanda y de la reconvención y comprenderá todos los hechos anteriores al momento en que hubieran precluído las alegaciones de las partes. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus sucesores; y se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, si hubieran sido citados a raíz de la demanda”. De faltar cualquiera de ellas, no podría alegarse como motivo específico de forma del recurso de casación, la cosa juzgada.

El motivo de casación nos habla de “cosa juzgada”, sin hacer distinción, a cual de las dos clases de cosa juzgada que conocemos tradicionalmente hace referencia el motivo. Es común en doctrina dividir la cosa juzgada en formal y material⁵⁰⁸. La cosa juzgada formal se refiere a la firmeza que adquiere la resolución en el mismo proceso, cuando se consiente expresamente la resolución, cuando habiéndose interpuesto recurso ya fueron decididos sin existir otros, o cuando se deja transcurrir el plazo para recurrir sin hacer uso del correspondiente recurso. Se afirma en todos estos casos, que la resolución ha adquirido firmeza, o lo que es lo mismo, que ha adquirido la calidad de cosa juzgada formal, en virtud de que no existe ningún recurso que pueda aducirse para impugnar la resolución en el mismo proceso, ello implica la imposibilidad tanto de las partes, como del juzgador

la cosa juzgada, el recurso es inadmisibile”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 155.

⁵⁰⁸ La diferencia Fundamental entre la Cosa Juzgada Formal y Material es según Víctor Fairen Guillen “Se trata de dos figuras diferentes aunque relacionadas. Hay resoluciones judiciales que surten los dos efectos ("formal" y "material" de cosa juzgada, CJ) —las sentencias—; pero hay otras (las resoluciones ordinatorias e interlocutorias de un proceso) que sólo surten efectos de "cosa juzgada formal". De ello cabe deducir que la "cosa juzgada formal" se refiere al "interior" del proceso (de "un proceso determinado) y la "cosa juzgada material" se refiere a las relaciones de "ese proceso ya resuelto; de vincular a otro proceso en curso; efecto "exterior" al primer proceso. Puede decirse que "la cosa juzgada", es una consecuencia de la preclusión, o una especie muy desarrollada de la misma”. FAIREN GUILLEN, Víctor. *Op Cit.* Pág. 519.

de seguir discutiendo y conociendo la misma pretensión en el mismo proceso⁵⁰⁹, respecto, a la firmeza de las resoluciones judiciales en el mismo proceso, el artículo 229 CPCM nos establece básicamente que “los autos definitivos y las sentencias adquieren firmeza en los siguientes casos: 1°. Cuando los recursos interpuestos hubieran sido resueltos y no existieren otros disponibles en el caso. 2°. Cuando las partes los consintieran expresamente. 3°. Cuando se hubiera dejado que transcurriera el plazo de impugnación sin interponer el correspondiente recurso”, estos son los tres supuestos legales, en que la resolución adquiere firmeza en el mismo proceso. En cambio, la cosa juzgada material, hace alusión a la imposibilidad de seguir discutiendo la misma pretensión en el mismo proceso, y además la imposibilidad de seguir discutiendo la misma pretensión en un proceso posterior diferente⁵¹⁰, ha esta clase de cosa

⁵⁰⁹ Respecto a la cosa juzgada formal ha sostenido Víctor Fairen Guillen “Todas las resoluciones judiciales vinculan al juez o tribunal que las dictó una vez firmadas, y son invariables si contra ellas no cabe recurso alguno; o bien, si lo hay, cuando éste ha sido resuelto, o ha sido desaprovechado al no interponerse en tiempo y forma, o se le ha desistido. Se trata, en el primer caso —y en los demás—, de la “inimpugnabilidad” de esta resolución dentro del mismo proceso. Faceta de la preclusión. La cosa juzgada formal de una resolución, abre la vía de su ejecución —un avance más en el “iter” del procedimiento, si se trata de una resolución ordinatoria y de mayor importancia si lo que se “ejecuta” es una sentencia—; pero esta “ejecutabilidad” no es secuencia obligada de la cosa juzgada formal, ya que cabe la ejecución de resoluciones judiciales impugnadas tan sólo con “efecto devolutivo” pero no “suspensivo”, y de otro lado, cabe la -ejecución provisional de las sentencias no penales” Cosa juzgada formal, firmeza, no impugnabilidad, no recurribilidad, preclusión de recursos jurisdiccionales” (Muñoz Rojas) : la cosa juzgada “es una fotografía de la litispendencia” completa”. FAIREN GUILLEN, Víctor. *Op Cit.* Pág. 520 y 521.

⁵¹⁰ Para Víctor Fairen Guillen la cosa juzgada material esta referida “al exterior” de un proceso ya terminado, es -la vinculación” que produce en otro proceso la parte dispositiva de la primera sentencia: es la exclusión —teórica— de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto con firmeza (-efecto negativo de la cosa juzgada”) y en su caso, si el segundo proceso igual se produjere, condicionado por el primero de modo inexcusable, la segunda sentencia deberá ser acorde con la primera (-efecto positivo”). “Teóricamente la cosa juzgada material es el efecto que produce la sentencia firme (es decir, que ya es cosa juzgada formal) sobre el fondo... irradia hacia el exterior-. “...en sentido material, la cosa juzgada veda teóricamente a las mismas partes la incoación de un nuevo proceso sobre el mismo objeto y basándose en los mismos hechos, que eran conocidos al tiempo en que pudieron alegarse, y a los jueces veda igualmente conocer y decidir en tal proceso”. Este es el “efecto negativo”, que igualmente se produce en todo tipo de procesos;

juzgada hace referencia el artículo 231 CPCM en los siguientes términos “la cosa juzgada impedirá, conforme a la ley, un ulterior proceso entre las mismas partes sobre la misma pretensión. Sin embargo los pronunciamientos que han pasado en autoridad de cosa juzgada vincularán al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezcan como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que las partes de ambos procesos sean las mismas o la cosa juzgada se haya de extender a ellas por disposición legal”. Por ello es que, cuando se afirma, que una resolución pronunciada en un proceso adquiere únicamente la calidad de cosa juzgada formal, significa que puede volverse a discutir la misma pretensión en otro proceso. Cuando la resolución adquiere solamente la calidad de cosa juzgada formal, la resolución ya no puede seguirse discutiendo en el mismo proceso, pero si en un proceso posterior diverso. Ejemplos de resoluciones, que solamente adquieren calidad de cosa juzgada formal, son las pronunciadas en el proceso ejecutivo cuyo documento base de la pretensión no sea un título valor, según el artículo 470 CPM, la resolución dictada en el proceso posesorio, según el artículo 476; la resolución pronunciada en el proceso de inquilinato que únicamente tenga por objeto la desocupación del inmueble por causa de mora, según el artículo 486 CPCM. Partiendo del análisis anterior podemos afirmar que el motivo de forma “cosa juzgada” comprende tanto la material, como la formal. Tanto en la litispendencia, como en la cosa juzgada, se exigen las tres identidades: subjetiva, objetiva y de causa, sin embargo, ambos institutos del proceso son diferentes. Mientras la litispendencia, impide la sustanciación simultánea de la misma pretensión, entre las mismas partes, por la misma causa, en un proceso posterior. La cosa juzgada, impide un segundo o ulterior pronunciamiento sobre la misma

no así el "positivo" o de influencia de una sentencia firme sobre un segundo proceso, imponiendo al segundo tribunal, condicionar a la primera sentencia, la suya propia ("efecto positivo)". FAIREN GUILLEN, Víctor. *Op Cit.* Pág. 521 y 522.

pretensión, entre las mismas partes, por la misma causa, sobre la que ya existe una resolución judicial anterior pasada en autoridad de cosa juzgada.

Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, el recurrente debe invocar expresamente, en su escrito de formalización, que fundamenta su recurso en el motivo específico de forma “litispendencia y cosa juzgada” contemplado en el ordinal 6º del artículo 523 del CPCM, seguidamente, en la fundamentación del motivo, debe aclarar a cual de las dos infracciones procesales que contempla el ordinal 6º del artículo 523 CPCM hace referencia, según si se refiere a la “litispendencia” o a la “cosa juzgada”, ya que son cosas diferentes, según lo advertimos arriba. Al igual que para el resto de motivos de forma, para este no se exige como requisito, haber alegado la litispendencia o la cosa juzgada en las etapas o instancias anteriores al proceso, como lo condicionaba el artículo 7 de la Ley de Casación derogada, cuando el recurso de casación se fundamentaba en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. No obstante lo anterior, en nuestro capítulo anterior advertimos, que el tribunal de apelación tiene delimitadas sus facultades decisorias por los agravios alegados por el apelante recurrente, de ahí entonces que el tribunal de apelación no puede, por el principio de congruencia judicial establecido en el artículo 218 CPCM, pronunciarse mas allá de las infracciones alegadas por el apelante⁵¹¹, y si la apelación no tiene como fundamento la litispendencia o la cosa juzgada, el

⁵¹¹ Estas infracciones que puede denunciar el recurrente mediante el recurso de apelación son según el artículo 511 CPCM: “El recurso de apelación tendrá como finalidad revisar: 1º. La aplicación de las normas que rigen los actos y garantías del proceso. 2º. Los hechos probados que se fijan en la resolución, así como la valoración de la prueba. 3º. El derecho aplicado para resolver las cuestiones objeto de debate. 4º. La prueba que no hubiera sido admitida”.

tribunal de apelación no puede pronunciarse de oficio sobre las mismas⁵¹². En consecuencia, si el objeto sobre el que recae la decisión del tribunal de apelación, no es resolver la denuncia de la infracción procesal de “litispendencia o cosa juzgada”, tampoco pueden alegarse como motivos específicos del recurso de casación en la forma.

Respecto a la estimación del recurso de casación por este motivo, no ha ofrecido solución especial el inciso 2º del artículo 537 CPCM. Así según esta disposición “si se casare por vicio de forma, se anulará el fallo y se devolverá el proceso al tribunal correspondiente, a fin de que se reponga la actuación desde el acto viciado; pero si el vicio se refiriera a cuestiones relativas a la jurisdicción, competencia o vía procesal, sólo procederá la anulación”. Un análisis superficial del motivo en estudio, podría llevarnos erróneamente a concluir, que en caso de estimarse el recurso de casación por este motivo, debe el tribunal de casación, producir la anulación de la resolución y la orden al tribunal correspondiente de reponer el proceso desde el último acto válido, y no únicamente la anulación como solución que procede para los motivos de forma de abuso, exceso o defecto de jurisdicción, falta de competencia e inadecuación de procedimiento. Sin embargo, la naturaleza del motivo en estudio, “litispendencia y cosa juzgada”, únicamente permite, como solución, la anulación del proceso sin necesidad de ordenar la reposición o reenvió del proceso. Lo anterior nos plantea nuevamente la necesidad de reformar el inciso 2º del artículo 537 del CPCM, en el sentido, de contemplar como solución acertada ante la estimación del recurso de casación por el motivo de forma “litispendencia y cosa juzgada”, la anulación del proceso sin necesidad de reenvió, como lo es para el abuso, exceso o defecto de jurisdicción; la falta de competencia; y, la inadecuación

⁵¹² El inciso 2º del artículo 515 CPCM dispone al respecto: “La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de adhesión”.

de procedimiento, pues ante este motivo de forma, el tribunal de casación, únicamente tiene el deber de estimar si existe o no litispendencia o cosa juzgada, sin necesidad de reponer el proceso, si se configura el motivo únicamente debe anular el proceso, sin mas, ni mas.

CAPITULO IX (Continuación)

FORMALIZACION DEL RECURSO DE CASACION EN MATERIA PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

SUMARIO: 9.1 Motivos de Forma del Recurso de Casación: Identificación de los Motivos Específicos; 9.1.1 Sumisión al Arbitraje y el Pendiente Compromiso; 9.1.2 Renuncia, Desistimiento, Allanamiento, y Transacción si el Objeto no Fuere Disponible o se Hiciere en Contravención al Interés Público; 9.1.3 Falta de Emplazamiento para Contestar la Demanda; 9.1.4 Denegación de Prueba Legalmente Admisible; 9.1.5 No Haberse Practicado un Medio Probatorio Admitido en la Instancia; 9.1.6 Practicarse un Medio de Prueba Ilícito; 9.1.7 Por Haberse Declarado Indebidamente la Improcedencia de una Apelación; 9.1.8 Por Infracción de Requisitos Internos y Externos de la Sentencia; 9.2 Motivos de Fondo del Recurso de Casación: Identificación de los Motivos Específicos; 9.2.1 Infracción de Ley; 9.2.1.1 Por Inaplicación de la Norma Jurídica; 9.2.1.2 Por Aplicación Indevida o Errónea de la Norma Jurídica; 9.2.1.3 Supresión de la Interpretación Errónea de la Norma Jurídica como Modalidad del Motivo Específico de Infracción de Ley; 9.2.2 Infracción de la Doctrina Legal; 9.3 La Mención de las Normas de Derecho Infringidas.

9.1 MOTIVOS DE FORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: *identificación de los motivos específicos*

9.1.1 SUMISIÓN AL ARBITRAJE Y EL PENDIENTE COMPROMISO

El séptimo motivo de forma, que puede alegar el recurrente, como fundamento del recurso de casación es la “sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso”, según el ordinal 7º del artículo 523 CPCM. Cuando hablamos de arbitraje o compromiso arbitral, según la doctrina, “*nos encontramos frente a una forma de heterocomposición merced a la cual se sustituye la jurisdicción judicial, sometiendo al conocimiento de jueces*”

*designados por las partes cuestiones que versan sobre derechos disponibles*⁵¹³. Es decir, mediante el arbitraje se sustrae de la jurisdicción ordinaria, el conocimiento y decisión de los litigios de los particulares, en los casos que la ley lo autoriza. El compromiso arbitral, impide, que un juez del orden jurisdiccional ordinario, conozca y decida un litigio sometido a arbitraje. Aunque, sería muy interesante, analizar la constitucionalidad del arbitraje a la luz del artículo 172 de nuestra Constitución de la República que dispone que “la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. **Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley**”.

El arbitraje en nuestro país, es una forma alterna de solución de conflictos, regulado en una ley secundaria denominada Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. El arbitraje, según el literal “c” del artículo 3 de esta Ley, es “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral”. Generalmente, el antecedente del arbitraje, es un acuerdo o convenio arbitral, este convenio arbitral, según el literal d) del artículo 3 de la LMCA, es “el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual”. Este acuerdo arbitral, para existir como tal, debe sujetarse a las siguientes solemnidades, según el artículo 29 LMCA: “el convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula

⁵¹³ FORNACIARI, Mario Alberto. *Op Cit.* Tomo II. Pág. 160.

incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente. Se entenderá que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando esté contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Asimismo, se presume que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas, se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver la controversia, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Se presumirá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención”.

De conformidad a lo anterior, mediante el arbitraje, se sustrae la solución de un determinado conflicto, del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios, reservando su solución a un tribunal arbitral. El acuerdo por el que las partes someten el conocimiento de un concreto litigio a un tribunal arbitral se denomina acuerdo, compromiso o convenio arbitral. De acuerdo a esta última idea, el arbitraje es el resultado de un convenio o compromiso arbitral, aunque no únicamente esta es su fuente, pero si la principal. Por medio de un convenio arbitral, puede someterse ha arbitraje, la solución de conflictos presentes o futuros. Las materias principales objeto de arbitraje, en nuestro país son: los conflictos de naturaleza civil y mercantil, según el artículo 22 LMCA, quedando excluidos del arbitraje, los conflictos de naturaleza penal, familiar y laboral. La forma de este acuerdo arbitral, generalmente es de forma escrita, ya sea como contrato autónomo o como clausula de un contrato principal. Aunque, también puede haber sujeción tacita al arbitraje, cuando iniciado o promovido el arbitraje (sin existir

convenio arbitral previo) por una de las partes, la otra se apersona al procedimiento, sin oponerse al arbitraje, entonces se presume que hay una sumisión tacita al arbitraje

Señaladas las anteriores ideas genéricas del arbitraje, debemos decir que, el arbitraje, en cuanto a motivo de forma del recurso de casación, es de trascendental importancia, en la configuración de este motivo de casación, la excepción de arbitraje que contempla el artículo 31 de la LMCA, disponiendo al respecto este artículo: “La excepción de arbitraje se regirá por los siguientes principios: a) El convenio arbitral implica la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje. b) La autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a convenio arbitral debe declararse incompetente de conocer del caso cuando se lo solicite la parte judicialmente demandada. En este caso, dicha parte puede oponer la excepción de arbitraje que habrá de ser resuelta sin mayor trámite y sin lugar a recurso alguno contra la decisión”. La configuración de este motivo de casación, esta íntima, y fundamentalmente vinculada, a esta excepción de arbitraje. El arbitraje, como motivo de forma del recurso de casación, puede invocarse, como fundamento de este recurso, cuando, un asunto sometido a la solución de un tribunal arbitral es decidido por un tribunal del orden jurisdiccional ordinario. Es decir, cuando un órgano jurisdiccional, no obstante existir un convenio arbitral para la solución de un concreto litigio, no se abstiene o inhibe de conocer el mismo, pues para el, le esta vedada el ejercicio de la jurisdicción respecto de ese concreto y específico litigio, en el que la decisión o solución corresponde de manera exclusiva al tribunal arbitral. Siendo presupuestos de la configuración de este motivo de casación: uno, la existencia de un convenio arbitral; b) el planteamiento de este litigio sujeto a arbitraje ante el órgano

jurisdiccional; y c) la negativa del órgano jurisdiccional de abstenerse de conocer de este asunto sometido a arbitraje.

Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, en el escrito de formalización, el recurrente debe advertir que se refiere al motivo de forma por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, y dentro de estos, invocar de manera textual el motivo específico “sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso” contenido en el ordinal 7º del artículo 523 CPCM. Una vez invocado oportunamente este motivo por el recurrente, se confiere al tribunal de casación, la facultad de casar la resolución, aunque sea con base a normas jurídicas y fundamentación distintas a las invocadas por el recurrente, según lo dispone el artículo 536 CPCM. La estimación del recurso de casación por este motivo, aunque el inciso 2º del artículo 537 CPCM no lo diga expresamente, produce únicamente la anulación del proceso, sin necesidad de reposición o reenvío, al igual que los motivos de “abuso, exceso o defecto de jurisdicción”, “falta de competencia”, “inadecuación de procedimiento”, y el motivo de “litispendencia y cosa juzgada”, dejando expedito el derecho de las partes de promover el arbitraje y la competencia de este tribunal arbitral.

El doctor Juan Carlos Cabañas, ha sostenido, respecto al motivo de sumisión al arbitraje y el pendiente compromiso, “salvo en las materias que por ser de orden público no admiten su sujeción a la vía arbitral, la suscripción de un convenio o la inserción de una cláusula contractual por el que las partes, en caso de un conflicto sobre un asunto de naturaleza civil o mercantil, se someten a la autoridad de un árbitro o a un tribunal arbitral, excluye la

intervención de los tribunales de justicia y se traduce en una autentica regla particular de exclusión de la jurisdicción, por razón de la materia⁵¹⁴.

9.1.2 RENUNCIA, DESISTIMIENTO, ALLANAMIENTO, Y TRANSACCIÓN SI EL OBJETO NO FUERE DISPONIBLE O SE HICIERE EN CONTRAVENCIÓN AL INTERÉS PÚBLICO.

El octavo motivo de forma, que puede alegar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, la “Renuncia, desistimiento, allanamiento, y transacción si el objeto no fuere disponible o se hiciere en contravención al interés público”, de conformidad al inciso 8º del artículo 523 CPCM. Todas las anteriormente enunciadas, son, las tradicionalmente conocidas, como formas anormales de finalización del proceso: la renuncia, el desistimiento, el allanamiento y la transacción. La renuncia y el desistimiento como tal, son actos propios y exclusivos, que provienen del demandante. El allanamiento, es un acto propio y exclusivo producido por el demandado. La transacción, es una forma anticipada de finalizar el proceso, en el que convergen ambas voluntades, la del demandante y la del demandado. Aunque todas ellas, tienen como común denominador, el poner fin anticipado al proceso, son figuras procesales diferentes. El presupuesto, de estas cuatro formas anticipadas de concluir el proceso, en cuanto a motivo de casación se refiere, es, que se haya producido alguna de ellas sobre un objeto indisponible o en contravención al interés público. Lo que hace este motivo de casación, es, negar la validez de los efectos de estas formas anormales de finalizar el proceso, cuando se han producido contraviniendo el interés público o sobre un objeto indisponible, no basta simplemente, que se produzca, una de estas formas anticipadas de finalizar el proceso, sino que es menester, que

⁵¹⁴ CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 589.

se haya producido contra el interés público⁵¹⁵ o sobre un objeto no disponible. El problema entonces, no es que opere en si mismo, una de estas formas anormales de terminar el proceso, sino que se haya producido en contravención al interés público o sobre un objeto indisponible, por lo demás, el desistimiento, renuncia, allanamiento y transacción producidos sobre un objeto disponible, y que no va contra el interés público, es valido, y no puede configurar este motivo de forma de casación. Analicemos entonces detenidamente cada una de estas formas anticipadas de finalizar el proceso.

9.1.3 FALTA DE EMPLAZAMIENTO PARA CONTESTAR LA DEMANDA

El noveno motivo de forma, que puede invocar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, la “falta de emplazamiento para contestar la demanda”, de conformidad al ordinal 9º del artículo 523 CPCM. El emplazamiento es, el acto de comunicación procesal, más importante que realiza el juez en todo el proceso. Por el principio de comunicación procesal, todas las decisiones que el juez toma en el proceso, deben de hacerse saber a las partes. Pero el emplazamiento, es el acto de comunicación procesal mas importante y trascendental, debido a que tiene por objeto, no simplemente, hacer saber al demandado, la existencia de una demanda en su contra, sino fundamentalmente, conferirle a este, la oportunidad procesal,

⁵¹⁵ El interés público según El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio significa: “La utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno, aunque se falsee con tanta frecuencia al servicio del partidismo, por la ofuscación personal y hasta por deliberado lucro propio. Las limitaciones del dominio se fundan en el interés público, si bien suelen establecerse conveniencia de los demás. Ese mismo fundamento se encuentra en las servidumbres impuestas por la ley, unas por evidente utilidad pública y otras en interés de los particulares; pero éste, sobre los demás y de menos importancia, o sin lesionarlos en la medida en que la abstención perjudicaría a otro. La expropiación forzosa, el servicio militar, los impuestos y tantas otras instituciones y medidas de gobierno no tienen otra justificación que un menor quebranto del interés privado para servicio del interés público”. OSSORIO, Manuel. *Op Cit.* Pág. 509.

para que se pueda defender de la misma, dando una respuesta a la demanda del actor. Se define al emplazamiento, como un acto procesal de comunicación del juez, cuyo objeto es, hacer saber al demandado de la existencia de una demanda en su contra, para que comparezca al proceso a ejercer su derecho constitucional y legal de defensa, dando una respuesta a la demanda del actor⁵¹⁶. La falta de emplazamiento para contestar la demanda, como motivo específico de forma, que puede invocarse por el recurrente en casación, hace alusión o referencia, a un aspecto negativo o mas bien omisivo del juez, de no haber comunicado al reo o demandado, la existencia de una demanda en su contra, lo cual lo ha colocado en una desventaja o indefensión respecto del demandante. Esta desventaja, es la que muy probablemente, determino una sentencia estimatoria en su contra, acogiendo las pretensiones del demandante.

Este motivo se configura, en principio, cuando simplemente no se realiza el acto de comunicación procesal de emplazar al demandado, es una omisión total de emplazamiento; asimismo, cuando el emplazamiento se realiza inobservando los presupuestos o requisitos que exige la ley, emplazamiento informal; y también, cuando tratándose de un litisconsorcio, necesario o facultativo, se omite, por el juez de primera instancia, emplazar a uno o algunos de los sujetos que intervienen en calidad de demandados, es decir, no se emplaza a alguno de los demandados que integran el litisconsorcio, ya sea facultativo o necesario, omisión parcial de emplazamiento. En todos estos casos: omisión total o parcial de emplazamiento o emplazamiento

⁵¹⁶ “Si la demanda reúne los requisitos generales y especiales que determina la Ley, el juez debe admitirla y ordenar su traslado al demandado cuando se trate de juicio contencioso. El traslado consiste en poner en conocimiento del demandado la demanda y el auto que la admitió, y en dejar a su disposición el expediente, por el término que la Ley señale, con el fin de que lo retire o lo estudie en la secretaría del juzgado, según el caso. El incumplimiento de estas formalidades para la notificación y el traslado vicia de nulidad el acto y todo el juicio, puesto que se viola el derecho de defensa y de contradicción del demandado”. ECHANDIA, Hernando Davis. *Op Cit.* Pág. 493.

informal, nos encontramos ante una falta de emplazamiento para contestar la demanda, que puede invocarse o alegarse por el recurrente, como motivo específico de forma del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso.

Como motivo específico de forma de casación, únicamente el demandado-apelante, es el que puede invocarlo, debido a que el emplazamiento, es un acto propiamente dirigido al demandado. Debemos tener bien claro, que el emplazamiento, como acto procesal de comunicación, corresponde su realización exclusivamente al juez de primera instancia, pero la decisión que se impugna, es aquella del tribunal de apelación que no ordena enmendar esta violación de las formas esenciales del proceso. Entonces, la falta de emplazamiento para contestar la demanda, es un error procesal originado en primera instancia, pero convalidado o confirmado por el tribunal de apelación. No obstante ello, la decisión que debemos atacar en casación, es la del tribunal de apelación, y nunca la del juez de primera instancia. En este sentido, se ataca la resolución del tribunal de apelación porque convalida la infracción procesal del juez de primera instancia. La técnica de casación, para invocar correctamente este motivo específico de casación, es, hacer alusión expresa al motivo “falta de emplazamiento para contestar la demanda” y seguidamente, para terminar de ratificar el motivo, señalar el ordinal 9º del artículo 523 CPCM que contiene este motivo. Una vez alegado o invocado este motivo por el recurrente, el tribunal de casación, tiene la facultad de casar la resolución, con base a las mismas normas y fundamentación formulada por el recurrente, o con base a normas y fundamentación distintas, si encuentra que efectivamente se inobservo esta forma esencial del proceso. La estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación parcial del proceso, desde el momento en que se produzco la falta de emplazamiento para contestar la demanda,

ordenando la reposición del proceso desde esta misma etapa procesal, artículo 537 CPCM.

9.1.4 DENEGACIÓN DE PRUEBA LEGALMENTE ADMISIBLE

El decimo motivo de forma, que puede invocar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, la “denegación de prueba legalmente admisible”, con base al ordinal 10º del artículo 523 CPCM. Normalmente, toda norma jurídica completa, se compone de los siguientes elementos: un supuesto factico, una copula deber ser y una consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica que corresponde ha determinado supuesto factico existe en la norma y no requiere ser demostrada por las partes. Sin embargo, los hechos a los cuales corresponde una determinada consecuencia jurídica, si necesitan ser probados, para enlazar la consecuencia jurídica que determina la norma jurídica⁵¹⁷. Es por ello, que la carga procesal de establecer la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, corresponde a las partes. Asimismo, la facultad de producir pruebas corresponde a ambas partes por igual. El objeto sobre el que recae la prueba, es, en principio, requieren se probados, los hechos afirmados o negados por las partes; en segundo lugar, corresponde establecer la existencia de la costumbre; asimismo, requiere ser probado el derecho extranjero cuando la pretensión se fundamenta en este. La actividad probatoria comprende básicamente las siguientes grandes etapas: uno, la

⁵¹⁷ Para Lino Enrique Palacio “Toda norma jurídica condiciona la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho. Por consiguiente, la parte que pretende haberse verificado, en la realidad, la situación de hecho descrita por la norma o normas que invoca como fundamento de su pretensión o defensa, debe, ante todo, asumir la carga de afirmar la existencia de esa situación. Puede decirse que la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas”. PALACIO, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 391 y 392.

proposición de la prueba por la parte interesada, inciso 1º y 2º del artículo 317 CPCM; dos, la admisión de la prueba por el tribunal, inciso 3º del artículo 317 CPCM; tres, la recepción, producción o práctica de la prueba por la parte que la propuso con la intermediación del juzgador y la presencia de la contraparte, artículo 402 al 406 CPCM; y cuatro, la valoración de la prueba por el juzgador, artículo 416 CPCM.

Según lo estudiamos en nuestro capítulo quinto, los supuestos excepcionales de prueba en grado de apelación, que autoriza el CPCM en el artículo 514, son: en primer lugar, la prueba que hubiere sido indebidamente denegada en primera instancia; en segundo lugar, la prueba admitida en primera instancia pero no practicada por causa no imputable al que la solicita; en tercer lugar, las pruebas sobre hechos nuevos acaecidos con posterioridad o después de iniciado el plazo para dictar la sentencia de primera instancia; en cuarto lugar, la prueba documental desconocida anterior a la audiencia probatoria del proceso común o a la audiencia del proceso abreviado; y en quinto lugar, la prueba documental indisponible por la parte por alguna causa justa. En nuestro quinto capítulo, fueron analizados detenidamente, cada uno de los supuestos excepcionales de prueba que autoriza el artículo 514 CPCM en grado de apelación, a lo expuesto en aquel momento remitimos al lector para profundizar sobre el tema. Estos son legalmente, los únicos supuestos, en que debe admitirse la producción de pruebas en grado de apelación, si concurriendo uno de estos supuestos excepcionales de prueba en grado de apelación, se deniega indebidamente por el tribunal de apelación, se configura el motivo específico de forma “denegación de pruebas legalmente admisibles⁵¹⁸”.

⁵¹⁸ Sobre la denegación de pruebas legalmente admisibles como motivo de casación la jurisprudencia anterior de nuestro tribunal de casación ha sostenido: **REF. 1680 S.S. 30/05/2005**. “La prueba para ser aceptada por el juzgador, debe ser pertinente, idónea y conducente. La primera contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o materia del proceso; la segunda, es la adecuada para provocar la convicción del

Respecto a la técnica de casación, el recurrente debe alegar expresamente en su escrito de formalización del recurso de casación, que se refiere al motivo específico de forma “denegación de pruebas legalmente admisibles” establecido en el ordinal 10º del artículo 523 del CPCM. En la fundamentación del motivo, deben exponerse, las razones por las cuales, la prueba fue indebidamente inadmitida por el tribunal de apelación, partiendo siempre, de los supuestos excepcionales de prueba que autoriza el artículo 514 CPCM, siendo menester además, establecerle al tribunal de casación, que la prueba fue ofrecida en tiempo y forma al tribunal de apelación. Debemos advertir que esta es una infracción procesal cuyo origen tiene lugar en grado de apelación. La estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación parcial del proceso, y la orden al tribunal de apelación de reponerlo desde que se produjo esta infracción procesal, debiendo admitirse la prueba que fue indebidamente inadmitida por el tribunal de apelación, artículo 537 CPCM.

9.1.5 NO HABERSE PRACTICADO UN MEDIO PROBATORIO ADMITIDO EN LA INSTANCIA

El undécimo motivo de forma, que puede invocar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es “no haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia”, de conformidad al ordinal 11º del artículo 523 CPCM. El anterior motivo del recurso de casación en la forma, hace

juez; y la tercera, similar a lo dicho antes, es la aptitud legal de la prueba, para convencer al juzgador sobre el hecho a que se refiere; denegar es no conceder lo que se pide o solicita, en este caso la no aceptación de una prueba que sería el establecimiento de lo que alega el litigante. Pero, para que tal denegación pueda ser considerada como tal por el juzgador, es necesario que la omisión de aceptar la prueba haya producido indefensión. No basta que se niegue la prueba que es admisible, según las leyes, es necesario que haya producido indefensión de la parte que la solicitó. Esta última circunstancia la exige la ley de casación, en lo que a esta infracción toca, artículo 4 numeral 5º”.

alusión, a la corrección de un vicio anterior a esta fase de la actividad probatoria: en sentido positivo la admisión o en sentido negativo la inadmisión, la inadmisión indebida, es el vicio que pretende corregir el motivo anterior, en este se corrige, la inadmisión indebida de la prueba, es decir, la prueba que el tribunal de apelación declara inadmisibles siendo correctamente admisibles. Sin embargo, el motivo específico de casación en estudio, hace referencia, a la corrección de una infracción procesal que se produce en la fase siguiente de la actividad probatoria, la producción o práctica de la prueba, es decir, a la prueba que ha superado el filtro de admisibilidad pero no ha sido practicada por causa no imputable al que la solicita: “no haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia”. Cuando el tribunal de apelación, dentro de los supuestos excepcionales, que la ley autoriza la producción de prueba, en esta etapa del proceso, no realiza los actos necesarios, para que sea incorporada la prueba al proceso, se configura, este motivo específico de forma, que puede invocar el recurrente como fundamento del recurso de casación⁵¹⁹. Como tal, este motivo de forma del recurso de casación, tiene lugar su nacimiento, en grado de apelación, y no en primera instancia, y se refiere exclusivamente a la prueba admitida por el tribunal de apelación pero no practicada.

⁵¹⁹ La falta de recepción a pruebas en segunda instancia cuando la ley lo establezca consiste según nuestra Sala de lo Civil: **REF. 56-C-2007. 25/08/2008.** “Ante todo, la Sala considera importante señalar, que el sub-motivo en examen hace mención a “recepción a prueba”, que se traduce en abrir a pruebas para demostrar hechos, es decir, establece la verdad de un hecho controvertido, Art. 235 Pr. C., desde luego, cuando sea procedente, porque la recepción a prueba en segunda instancia, en el caso del juicio ejecutivo es limitada, Art. 1024 Pr. C., por la misma naturaleza del proceso; sin que por ello pueda hablarse de violación a garantías constitucionales, ya que en el caso de autos, la oportunidad se tuvo en primera instancia, pero por haber sido declarado extemporáneo el incidente de falsedad, no procedía abrir a prueba el juicio ejecutivo”. **REF. 56-C-2007. 25/08/2008.** “Efectivamente, cuando se deniega prueba presentada en tiempo, que sea pertinente y legalmente admisible, se produce un quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio y la sentencia puede ser impugnada en casación; con el requisito de que la falta de esa prueba haya producido perjuicios al derecho o defensa de la parte solicitante. Art. 4 ordinal 5° de la Ley de Casación”.

Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, en el escrito de formalización, el recurrente debe advertir que se refiere al motivo de forma por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, y dentro de estos, invocar de manera textual el motivo específico “no haberse practicado un medio probatorio admitido en la instancia” contenido en el ordinal 11º del artículo 523 CPCM. Una vez invocado oportunamente este motivo por el recurrente, se confiere al tribunal de casación, la facultad de casar la resolución, aunque sea con base a normas jurídicas y fundamentación distintas a las invocadas por el recurrente, según lo dispone el artículo 536 CPCM. La estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación del proceso desde el momento en que se produjo el quebrantamiento de esta forma esencial del proceso, con la orden al tribunal de apelación de reponer el proceso desde este momento, para que este realice los actos necesarios para la producción o realización de la prueba que hubiere sido admitida en grado de apelación.

9.1.6 POR HABERSE DECLARADO INDEBIDAMENTE LA IMPROCEDENCIA DE UNA APELACIÓN

Otro motivo de forma, que puede alegar el recurrente, como fundamento del recurso de casación, es, “haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación”, de conformidad al ordinal 13º del artículo 523 CPCM. Ya en otra parte de nuestro estudio, hemos expuesto, que los términos, improcedencia e inadmisibilidad de los recursos, son conceptos distintos. La procedencia de un recurso esta determinada fundamentalmente por los siguientes presupuestos: uno, la recurribilidad de la resolución o impugnabilidad objetiva; dos, por el agravio; tres, por la legitimidad para

recurrir o impugnabilidad subjetiva; y cuatro, por la competencia del tribunal para conocer y decidir el recurso. La falta de cualquiera de los anteriores presupuestos, lleva a la declaratoria de improcedencia del recurso, basta para ello, la ausencia de uno, para que el recurso devenga irremediablemente en improcedente. Solo si el recurso satisface a cabalidad todos y cada uno de los anteriores presupuestos, podemos afirmar, que es, procedente. Al examen de procedencia de un recurso, prosigue, el examen de admisibilidad. Solo siendo un recurso procedente, corresponde examinar si es admisible o no. La admisibilidad de un recurso por su parte, esta condicionada básicamente, al cumplimiento de dos presupuestos procesales exigidos en la ley: uno es, la forma, un recurso es admisible si se ajusta a todas las solemnidades que exige la ley para su interposición; y dos, el plazo, un recurso es admisible si se interpone dentro de lapso de tiempo previsto en la ley para su interposición. El incumplimiento de uno de estos dos presupuestos, es decir, que el recuso sea informal o extemporáneo, genera la declaratoria de inadmisibilidad. Este motivo de casación, tal y como esta redactado, por la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ha sido configurado únicamente, para corregir el vicio que afecta, la declaratoria indebida de “improcedencia” de una apelación, no así, para corregir el vicio que afecta, a la declaratoria indebida de “inadmisibilidad del recurso de apelación”⁵²⁰, pues el recurso de casación únicamente procede por los

⁵²⁰ En similar sentido se ha manifestado el doctor Juan Carlos Cabañas en sus comentarios al CPCM “No encontramos previsión, sin embargo, para el control por la Corte Suprema de las eventuales decisiones incorrectas de inadmisión de recursos de casación adoptados, no ya por la propia Corte cuando recibe las actuaciones (cabria revocatoria), sino por los tribunales de apelación en la primera fase del procedimiento casacional que estos tienen asignada. La ausencia dentro de el sistema impugnativo del nuevo Código Procesal Civil, de un mecanismo dirigido a conocer especifica y perentoriamente de inadmisiones a tramite (presuntamente incorrectas) de recursos devolutivos, papel que cumple en otros ordenamientos por ejemplo el llamado recurso de queja, lleva aquí a un vacío (el auto, como tal, no es recurrible ante la Corte Suprema en apelación, porque no estamos en el supuesto del art. 27) el cual se hubiera podido integrar de manera sencilla y expedita con un recurso como el de queja. Hoy por hoy, no parece se pueda ofrecer una solución a este problema

motivos taxativamente enumerados en la ley. El motivo esta diseñado para corregir exclusivamente, la infracción procesal que afecta, la declaratoria indebida de improcedencia del recurso de apelación, no así para corregir, la infracción procesal que afecta la declaratoria indebida de inadmisibilidad del recurso de apelación. Siendo esto así, analicemos de manera mas detenida, la procedencia del recurso de apelación en el CPCM:

Resoluciones recurribles en apelación, las resoluciones, contra las cuales, procede legalmente el recurso de apelación, son, de conformidad al artículo 508 CPCM, en primer lugar, procede contra todas las sentencias pronunciadas en primera instancia, en segundo lugar, procede contra los autos definitivos pronunciados en primera instancia, y en tercer lugar, procede contra toda resolución que la ley señale expresamente. De lo anterior podemos inferir, que el recurso de apelación es improcedente, en principio, contra todos los decretos y autos simples pronunciados en primera instancia, que la ley no señale de manera expresa la procedencia del recurso de apelación. Asimismo, es improcedente el recurso de apelación, contra los autos definitivos, que la ley declare asimismo inapelables.

El agravio en apelación, ya hemos dicho, que el agravio como presupuesto de procedencia de todo recurso, incluido el recurso de apelación, exige que el recurso sea interpuesto por la parte que recibe agravio por la resolución que se impugna en apelación, el inciso 1º del artículo 501 CPCM desarrolla el agravio de manera genérica para todos los recursos, disponiendo que

que la de permitir que se articule un recurso de casación concreto contra el auto de inadmisión de la Cámara, aplicando por analogía este apartado decimotercero del art. 523, aunque como hemos visto en el solo se hace referencia a la indebida improcedencia de apelaciones. De esta manera dará lugar a un (segundo) recurso de casación cuyo exclusivo objeto es dilucidar si aquel ya interpuesto cabía o no, y en caso positivo, se acuerde así estimado este segundo recurso y ordenando a la Cámara que eleve las actuaciones de la casación indebidamente inadmitida, para poder continuar a su sustanciación. Una formula ciertamente antieconómica, pero con la que se evita la vulneración del derecho al recurso de la parte". CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 597 y 598.

“Tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna. Igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados, aun cuando no se hubieran convertido en partes”. La ausencia de agravio, para la parte que interpone el recurso de apelación, deviene en la improcedencia de este recurso, es decir, en relación al presupuesto del agravio un recurso de apelación es improcedente cuando quien lo interpone o deduce no ha recibido ningún perjuicio por la resolución impugnada, en este sentido, el recurso de apelación es improcedente, si se interpone, por la parte a quien la resolución beneficia o favorece acogiendo sus pretensiones o defensas.

La legitimidad para recurrir en apelación, quienes están legitimados para aducir el recurso de apelación, son, de conformidad al inciso 1º del artículo 501 CPCM las partes, entendiendo que son partes, de acuerdo al artículo 58 CPCM: el demandante, el demandado y toda persona que pueda sufrir los efectos de la cosa juzgada material. Debemos entender entonces, que si el recurso de apelación lo interpone quien no ha figurado en el proceso como demandante o demandada, o no pueda verse jamás afectada por los efectos de la cosa juzgada material, su recurso es improcedente por falta de legitimidad para apelar, el recurso de apelación es improcedente, en cuanto ha este punto, si se interpone por quien no está legitimado para hacerlo.

La competencia para conocer el recurso de apelación, el recurso de apelación se interpone, ante el mismo juez que pronunció la resolución impugnada, y ha este corresponde remitirlo al tribunal superior, con base a los criterios básicos de competencia, materia, grado y territorio, el tribunal superior del juez de primera instancia son las Cámaras de Segunda Instancia, y el tribunal superior de las Cámaras de Segunda Instancia, es la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Entonces, el conocimiento del recurso de apelación, corresponde generalmente, a las Cámaras de

Segunda Instancia, y excepcionalmente, a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando las Cámaras de Segunda Instancia, hayan conocido en primera. La improcedencia del recurso de apelación por incompetencia, es un fenómeno, que difícilmente podrá darse en la práctica, debido a que, la remisión del expediente junto con el escrito de interposición del recurso de apelación, corresponde, al mismo juez ante quien se interpuso el recurso, y no al recurrente, y estos están de antemano sabedores, a que tribunal deben remitir el proceso en caso de interponerse apelación en contra de sus resoluciones.

En conclusión, es improcedente el recurso de apelación si se interpone contra una resolución que no es atacable o impugnada mediante este recurso (improcedente por ser la resolución irrecurrible), si lo interpone quien no recibe agravio por la resolución impugnada (improcedente por falta de agravio), si se interpone por quien no está legitimado para interponer este recurso (improcedente por falta de legitimación) y es improcedente si se interpone ante un juez que no es el competente para conocer y decidir la apelación (improcedente por incompetencia). Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la “mención del motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso de casación”, en el escrito de formalización, el recurrente debe advertir que se refiere al motivo de forma por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, y dentro de estos, invocar de manera textual el motivo específico “haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación” contenido en el ordinal 13º del artículo 523 CPCM. Una vez invocado oportunamente este motivo por el recurrente, se confiere al tribunal de casación, la facultad de casar la resolución, aunque sea con base a normas jurídicas y fundamentación distintas a las invocadas por el recurrente, según lo dispone el artículo 536

CPCM. La estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación del proceso, desde el momento en que se produjo el quebrantamiento de esta forma esencial del proceso, con la orden al tribunal de apelación de admitir el recurso de apelación que fue indebidamente declarado improcedente por este tribunal, es decir, la orden al tribunal de apelación de darle trámite a la sustanciación del recurso de casación, para que entre al conocimiento de fondo de la impugnación, según el artículo 537 CPCM.

9.1.8 POR INFRACCIÓN DE REQUISITOS INTERNOS Y EXTERNOS DE LA SENTENCIA

El último de los motivos de forma, erigido por el legislador, como motivo específico de casación, es, “por infracción de los requisitos internos y externos de la sentencia”, según el ordinal 14º del artículo 523 CPCM. En principio, respecto a este motivo de forma del recurso de casación, el legislador, reparo, en aclararnos que “hay infracción de los requisitos internos cuando la sentencia es incongruente o tiene disposiciones contradictorias. Se entenderá que existe incongruencia en los casos siguientes: haber otorgado el juez más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado o cosa distinta a la solicitada por ambas partes; o haber omitido resolver alguna de las causas de pedir o alguna cuestión prejudicial o jurídica, necesaria para la resolución del proceso. Se entenderá que ha habido infracción de los requisitos externos de la sentencia cuando se omita relacionar los hechos probados, falta de fundamentación jurídica y oscuridad en la redacción del fallo”. Cabe hacer notar, que de entre los catorce motivos de forma, que enumera el artículo 523 CPCM, este es el único, en que legislador, dedico unas líneas, para desarrollar, el sentido en que debemos entender este motivo de casación. Pues bien, partiendo de la línea que ya

nos ha delimitado el legislador, lo primero que debemos hacer, es, desmenuzar este tremendo motivo. En relación a la infracción de los requisitos internos de la sentencia, nos ha advertido el legislador, que esta clase de infracción se produce, por incongruencia o por contener disposiciones contradictorias la sentencia. Mientras que, existe infracción de los requisitos externos de la sentencia, cuando se omite relacionar los hechos probados, por falta de fundamentación jurídica, o por ser oscura la redacción del fallo.

9.2 MOTIVOS DE FONDO DEL RECURSO DE CASACIÓN: *identificación de los motivos específicos*

Los motivos de fondo, son vicios o infracciones, que afectan la justicia de la sentencia que decide las pretensiones de las partes, producido normalmente por la vulneración de una norma de naturaleza sustantiva⁵²¹. Hemos mencionado antes, que el tercer aspecto fundamental, en la técnica de la formalización del recurso de casación, es, la mención del motivo o motivos

⁵²¹ Para Enrique Vescovi los motivos de casación de fondo son “un error sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente. Dicho en otros términos: el error in iudicando puede consistir sea en la aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable, o en la errónea aplicación de ella”. VESCOVI, Enrique. *Op cit.* Pág. 37. Según Lino Enrique Palacio los motivos de casación en el fondo “Tradicionalmente se caracteriza a este tipo de vicios como aquellos que afectan al contenido de una resolución, a la que por ello se tilda de injusta. Aunque la doctrina, en general, se refiere a la injusticia desde el punto de vista del derecho sustancial aplicado, (...), aquella calificación no puede considerarse ajena a los errores de juicio en que pueden incurrir los órganos judiciales con motivo de la aplicación de normas de índole procesal. El vicio de que se trata puede asimismo consistir en un error de hecho (in facto) o en un error de derecho (in iure). Existe error in facto cuando la resolución aparece fundada en un supuesto fáctico falso o incorrectamente interpretado. Esta irregularidad sólo puede invocarse como fundamento de los recursos ordinarios (aclaratoria, reposición y apelación) pero no, como regla, del recurso de casación. Existe en cambio error in iure cuando a causa de no haberse comprendido adecuadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma distinta a la que debió en realidad aplicarse o se asigna a la norma aplicable un alcance equivocado”. PALACIO, Lino Enrique. *Op cit.* Pág. 22.

concretos constitutivos del fundamento del recurso, según se desprende del ordinal 1º del artículo 528 CPCM. De igual manera, que cuando la casación se fundamenta en motivos de forma, la casación por motivos de fondo, exige también, mencionar el motivo o motivos específicos en que se fundamenta la casación, con la salvedad, de que los motivos de fondo, deben mencionarse, por técnica de casación, seguidamente de los motivos de forma, si estos se invocan también por el recurrente. En nuestro caso, de acuerdo al artículo 522 del CPCM, actualmente, la casación por motivos de fondo, únicamente contiene o contempla dos motivos específicos: o bien por infracción de la norma jurídica o por infracción de la doctrina legal.

La anterior disposición, a diferencia del artículo 3 de la derogada Ley de Casación, ha superado el yerro de incluir, como motivos de casación de fondo, a motivos que eran verdaderamente de forma. La correcta invocación de los motivos, es una carga que el recurrente debe suministrar en su escrito de formalización del recurso de casación, si no se invoca motivo específico, o si se invoca incorrectamente, el recurso está de ante mano destinado a fracasar, ello debido a que, como lo hemos venido reiterando, la Sala de lo Civil únicamente puede casar una resolución por los motivos oportunamente invocados por el recurrente, en su escrito de formalización del recurso de casación. Si no se invoca motivo específico, la sala no tiene razón o causa sobre la cual pronunciarse para lograr la casación de una resolución, y si se invoca incorrectamente un motivo específico, que no es el que correspondía alegarse por el recurrente, la sala no puede casar una resolución, por motivos diversos a los invocados por el recurrente, por más ilegal que la resolución del tribunal de apelación pueda ser.

El artículo 3 de la anterior Ley de Casación derogada, establecía, al respecto de los motivos de fondo que “el recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1º Cuando el fallo contenga violación

de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra. Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes; 2º Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal, y aún siendo ley procesal cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate; 3º Cuando no obstante haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma aplicable y calificado y apreciado correctamente los hechos; la conclusión contenida en el fallo no sea la que razonablemente corresponda; 4º 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; 5º Por contener el fallo disposiciones contradictorias; 6º Por ser el fallo contrario a la cosa juzgada sustancial, o en él se resolviere algún asunto ya terminado en primera instancia; por deserción o desistimiento, siempre que dichas excepciones se hubieren alegado oportunamente; 7º Cuando hubiere abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia. 8º Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido 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”.

Esta disposición anterior, de la Ley de Casación derogada, padecía el error, de incluir, en su casuística de motivos específicos, un conjunto de infracciones, que eran por naturaleza, infracciones de forma, estos son los contenidos en los ordinales 4º al 8º del artículo 3 LC, siendo verdaderamente motivos específicos de la casación en la forma. El nuevo CPCM ha superado

el anterior problema, ya que los incluye de manera mas acertada, en la casuística de motivos específicos de la casación en la forma, siendo únicamente considerados, como motivos específicos de la casación en el fondo, la infracción de la ley y la infracción de la doctrina legal. En la anterior línea el artículo 522 CPCM ha dispuesto a la letra que: “El recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal. Se entenderá que se ha infringido la ley cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente, o cuando se ha dejado de aplicar la norma que regula el supuesto que se controvierte. Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal”. Al estudio detenido de estos dos motivos específicos de la casación en el fondo dedicamos las siguientes líneas.

9.2.1 INFRACCIÓN DE LEY

Doctrinariamente, el motivo específico infracción de ley, anteriormente conocido como violación de ley, son términos que significan y se refieren a lo mismo, infracción es sinónimo de violación⁵²². En este sentido, el inciso 2º del artículo 522 del CPCM, ha dispuesto que, “Se entenderá que se ha infringido la ley cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente, o

⁵²² Dice al respecto Antonio Bermúdez “en sentido puramente gramatical, violación de ley es lo mismo que infracción de ley”. BERMUDEZ M, Antonio. *Op Cit.* Pág. 78. Según el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio el termino infracción significa “Transgresión, violación o quebrantamiento de alguna ley, pacto o tratado”. OSSORIO, Manuel. *Op Cit.* Pág. 495. Por otra parte según este mismo diccionario violación significa “Infracción, quebrantamiento o transgresión de la ley o mandato”. OSSORIO, Manuel. *Op Cit.* Pág. 991. De ahí entonces lo que sostuvimos supra que el termino infracción y violación son sinónimos.

cuando se ha dejado de aplicar la norma que regula el supuesto que se controvierte”, como puede verse, la infracción de ley, como motivo específico de casación en el fondo, tiene, en la intención del legislador, dos modalidades o variables, una de ellas es, la infracción de ley por inaplicación de la norma jurídica, y otra la infracción de ley por aplicación indebida o errónea de la norma jurídica, en uno y otro caso, siempre se trata de una infracción de ley, aunque son modalidades diferentes de infracción.

Sin embargo, según la doctrina, la violación o infracción de la ley puede presentar tres modalidades o variables: uno, por inaplicación de la norma jurídica; dos, por aplicación indebida o errónea de la norma jurídica; y tres, por interpretación errónea de la norma jurídica⁵²³. De estas tres modalidades

⁵²³ Según el español Marcos Loredó Colunga la infracción de ley comprende: “Cuando el legislador habla de “infracción de normas” debemos presumir que maneja un concepto amplio de vulneración, comprendiendo por tanto las distintas posibilidades al efecto especificadas en regulaciones anteriores: violación, interpretación errónea o aplicación indebida. Afortunadamente, no se han perpetuado estas posibilidades y no se exige actualmente el ejercicio de habilidad preciso para llegar a concretar el concepto en que se había producido la infracción, evolución que debe interpretarse como la superación de antiguos formalismos desechables que oscurecían la técnica casacional, respondiendo las nuevas tendencias a la consagración de la tutela judicial efectiva que predica la CE. De modo que la vulneración se produce cuando la norma no se aplica o se aplica de forma incorrecta, bien porque la interpretación no sea adecuada, bien porque se trate de un supuesto de hecho no subsumible en la norma. Mas aun, esa vulneración debe ser trascendente, relevante para la solución del caso concreto, pues la impugnación se dirige contra el propio fallo, no frente a los fundamentos del mismo, de modo que no procedería casar la sentencia cuya parte dispositiva se mantendría si bien con otra fundamentación. Esto quiere decir que se exige que el error afecte directamente al sentido del fallo, de modo que, de no haberse producido, el contenido de la resolución sería otro”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 226. Para Manuel Barquín Álvarez “La infracción a la ley puede consistir en que presentándose los supuestos no se aplique la norma o que no presentándose se hubiera aplicado, así como si en la aplicación se hubiere transgredido los límites que circunscriben los ámbitos de validez de la norma. La doctrina alemana ha formulado en este respecto el concepto de error en la subsunción, al que Rosenberg define en los siguientes términos: “la subsunción es el juicio erróneo acerca de si los hechos están en correspondencia con la norma puesta como premisa mayor de la conclusión”. BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel. *Op Cit.* Pág. 144 y 145. Para Humberto Cuenca la violación o infracción de una norma jurídica puede suceder bajo tres formas o modalidades: “Hay violación de algún precepto legal: por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación; pero en la casación civil predomina el concepto de infracción de ley como todo desacato al contenido imperativo de la norma. Según la doctrina clásica de los viejos casacionistas

de infracción o violación de la ley, que considera la doctrina, nuestro legislador únicamente considero dos: la inaplicación de la norma jurídica y a la aplicación indebida o errónea de la norma jurídica, dejando a un lado, la interpretación errónea de la norma jurídica, como una de las modalidades o variables en que el tribunal de apelación puede infringir la ley. Nuestra anterior Ley de Casación derogada, incluía, como motivo específico de casación en el fondo, además de la inaplicación y la aplicación errónea de la norma jurídica, a la interpretación errónea de la misma, ordinales 1º, 2º y 3º de La Ley de Casación derogada⁵²⁴, la doctrina mayoritaria también admite este criterio. Por ello, en nuestro capítulo anterior, dejamos planteada, la necesidad de reformar el inciso 2º del artículo 522 del CPCM, en el sentido de introducir, como modalidad de infracción de la ley, además de la inaplicación y la aplicación indebida o errónea de la norma jurídica, la

franceses, hay violación de ley, en general, cuando se contradice abiertamente su contenido; falsa interpretación, al desnaturalizar su sentido o desconocer su significado exacto; indebida aplicación, cuando se extienden sus efectos a casos o situaciones que escapan a su previsión, e inaplicación, cuando se la niega a situación jurídica que esta bajo su alcance. La falta de interpretación contraria mas el propósito que la letra de la ley. En verdad, hoy la jurisprudencia hace pocos reparos en estas distinciones y, genéricamente, toda violación o falsa interpretación de la ley se considera como error de derecho censurable en casación". CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 218.

⁵²⁴ El artículo 3 de la Ley de Casación derogada disponía al respecto que: El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1º Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra (**esta era la modalidad de infracción de ley por inaplicación de la norma jurídica**). Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes; 2º Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal, y aún siendo ley procesal cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate (**esta era la modalidad de infracción de ley por interpretación errónea de la norma jurídica**); 3º. Cuando no obstante haber el juzgador seleccionado e interpretado debidamente la norma aplicable y calificado y apreciado correctamente los hechos; la conclusión contenida en el fallo no sea la que razonablemente corresponda (**esta era la modalidad de infracción de ley por aplicación indebida o errónea de la norma jurídica**).

modalidad de la infracción de ley producida por la interpretación errónea de la norma jurídica.

La doctrina en esta materia, suele utilizar, para identificar los vicios que puede adolecer la resolución del tribunal de apelación, para fundar la casación por motivos de fondo, comparar la sentencia con un silogismo⁵²⁵ judicial, el cual se compone de: una premisa mayor, que es la norma jurídica abstracta; una premisa menor, que son los hechos concretos que se adecuan a la norma jurídica abstracta; y una conclusión, la decisión final del juzgador, la partes dispositiva de la resolución, el fallo. Aunque modernamente, se ha admitido, que la comparación de la sentencia con un silogismo judicial, es un sistema erróneo de entender la actividad judicial, pues es un sistema simplista y estático de analizar la sentencia judicial, que mas bien es un resultado complejo, dinámico y fundamentalmente dialéctico⁵²⁶, sin embargo,

⁵²⁵ Filosóficamente “todo silogismo consta de tres juicios: dos premisas y una conclusión. Los juicios que contienen un termino que no entra en la conclusión constituyen las premisas del silogismo”. ROSENTAL, M.M. y IUDIN, P.F. *Diccionario de Filosofía*. Pág. 422.

⁵²⁶ Ha sostenido al respecto Jorge Enrique Torres Romero: “la sentencia es algo más que un simple silogismo “... tiene que ser la consecuencia del debate principal y se debe fundar en el convencimiento a que el juez ha llegado con respecto al material de hecho “por el contenido del debate””. La sentencia no es una fría construcción que hace el juez teniendo en cuenta una ley o norma de derecho, unos hecho facticos que adecua a la norma o ley y la conclusión que deriva. No; esta es una forma simplista de ver el acto procesal más trascendental del proceso, desconociendo que en su gran porcentaje la sentencia implica una creación subjetiva del juez (proceso de certeza a que llega el juzgador). La elaboración de la sentencia por parte del juzgador implica una serie de operaciones mentales que rebasan el esquema del silogismo; para llegar a ella se ha recorrido varias etapas complejas entre las cuales se encuentran, al decir de FENECH, el examen previo de la importancia de los hechos..., la interpretación del resultado de la prueba, su valoración, la construcción del supuesto de hecho concreto obtenido a base de la prueba con el supuesto de hecho de la norma y, por ultimo, la determinación de los efectos jurídicos de los hechos concretos prevenidos de la norma. Los posibles errores que puede llegar a cometer el juzgador al elaborar la sentencia son de procedimiento (in procedendo) y en la valoración (in indicando). Los primero se dan en el campo de la actividad procesal cuando se desconoce la ley que regula el proceso. La ley procesal ha estimado que la producción de los diversos actos procesales ha de estar rodeada de toda una serie de formalidades, que imperiosamente deben ser observadas por el juez, para garantía de quienes intervienen en el proceso (partes intervinientes); cuando se deja de observar tales formalidades, se da el error in procedendo, que afecta de nulidad al proceso. TORRES ROMERO, Jorge Enrique. *Principios*

es usual, en materia de casación por motivos de fondo, comparar la sentencia con un silogismo judicial, para identificar los vicios que puede adolecer la resolución del tribunal de apelación⁵²⁷.

9.2.1.1 POR INAPLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

Elementales del Recurso de Casación en Materia Penal. Técnica y Jurisprudencia. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1979. Pág. 39 y 40.

⁵²⁷ Para el doctor Roberto Romero Carrillo en su obra *Normativa de Casación* compara la sentencia con un silogismo judicial para identificar las diversas modalidades en que puede darse la infracción de ley: “Piero Calamandrei, en su conocida obra “La Casación Civil” y otros autores, comparan la sentencia con un silogismo, es decir, con un argumento que consta de tres proposiciones, la primera llamada premisa mayor, la segunda premisa menor y la tercera conclusión. Esta se deduce de las dos anteriores. En el silogismo judicial que es la sentencia, la premisa mayor es la norma jurídica; la premisa menor es el hecho, el caso concreto, y su inclusión en la hipótesis contenida en la norma, la subsunción del caso concreto en la hipótesis legal, esto es, “el engarce o enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador”, como dice Couture; y la conclusión es el fallo. Conforme a esa “estructura silogística” de la sentencia se hace la localización en ella de los vicios in iudicando, porque no todos ellos afectan la misma proposición. Así, se sostiene que unos inciden en la premisa mayor, otros en la menor, y algotros en la conclusión del silogismo”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 136 y 137. Según Enrique Vescovi “La infracción, pues, debe referirse, para ser casable, a la violación de la ley; “normas de derecho”..., utilizando la comparación de la sentencia con un silogismo (criterio científicamente erróneo, pero de gran utilidad practica y valor didáctico), cabe comenzar por la premisa mayor, donde se dan la mayor parte de los errores in iudicando, pues allí estamos justamente en el campo del derecho aplicable. Es, por lo demás, el único lugar en que se podía detectar un error conforme al criterio inicial del recurso; en general la doctrina menciona los casos de error acerca de la propia existencia de la norma, en su interpretación, o en la pura transgresión. En cuanto a la existencia, interesa investigar si se ha procedido sin errar en cuanto a la validez de la norma –puesto que se excluye lógicamente la aplicación de una norma realmente inexistente-, esto es, a sus límites temporales y espaciales; si la ley entro en vigencia o no era aplicable al caso por esa razón, si fue derogada, si es retroactiva. En cuanto al límite espacial, nos referimos a su vigencia dentro del territorio nacional, esto es, para los jueces de sus respectivos países”. “Aceptado que la norma es la que se debió aplicar, el error podrá consistir en la falta o indebida aplicación; esto es, no aplicar la norma que corresponde al caso o aplicarla a una hipótesis inadecuada. Y también la desobediencia o trasgresión a la norma, incluyendo el error en su interpretación”. “Con respecto a la premisa menor, el error se produce cuando los hechos del caso se encuadran indebidamente en una determinada situación jurídica... Finalmente, el error puede consistir en la conclusión, esto es, cuando se produce la subsunción de la situación concreta respecto de la norma general”. VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 252, 255, 256 y 257.

La inaplicación de la norma jurídica, es, una modalidad de infracción de la ley, que consiste, en una actitud omisiva de parte del tribunal de apelación, es la negación o desconocimiento en el tiempo o en el espacio, de la norma jurídica que debía aplicarse para resolver el supuesto que se controvierte⁵²⁸. Es una negación de la voluntad abstracta de la ley. Normalmente, la inaplicación de una norma jurídica, simultáneamente conlleva, a la aplicación indebida o errónea de otra. Es un vicio que tiene lugar, en la premisa mayor del silogismo judicial, es decir, es una violación directa de la norma jurídica por parte del tribunal de apelación. Esta actitud omisiva del tribunal de apelación puede deberse a varias razones⁵²⁹. Esta modalidad de infracción

⁵²⁸ Según el maestro italiano Piero Calamandrei la inaplicación de la norma jurídica consiste en: “el error sobre la validez o sobre la existencia, en el tiempo o en el espacio de una norma jurídica: este se verifica en todos aquellos casos en que el juez ignora la existencia o se niega a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o considera como norma jurídica una norma que no esta ya o que no ha estado nunca en vigor. Es este el caso, en la practica muy raro, pero en teoría muy típico, de la “violación de ley” en sentido estricto: este caso se designaba por el derecho romano como error contra ius constitutionis, por el derecho intermedio como error contra ius in thesi clarum, por las primeras leyes francesas sobre casación como contravention exprese au texte de la loi. Se tiene aquí la “negación directa del precepto legislativo”, el “desconocimiento de una voluntad abstracta de la ley””. CALAMANDREI, Piero. *Op Cit.* Tomo II. Pág. 290.

⁵²⁹ Para el salvadoreño Roberto Romero Carrillo la infracción de ley o violación de ley como el la denomina es “un vicio que afecta la premisa mayor del silogismo judicial, puesto que consiste en la no aplicación de una norma vigente que era aplicable al caso concreto. Esta infracción es una de las que son calificadas como directas, ya que es la negación o desconocimiento del precepto, de la voluntad abstracta de la ley, del derecho objetivo, cuya defensa es uno de los fines de la casación, por lo que esta en relación con el ius constitutionis, con el interés publico mas que con el interés de los litigantes o ius ligatoris, ya que incide directamente sobre la norma, no a través del examen de los hechos, que no se toman en cuenta para juzgar si la infracción existe o no. La omisión puede deberse, mas que al desconocimiento de la ley -que puede darse pero raramente- ya que “presupone una ignorancia, que no es normal atribuir al juez”, a alguno de los siguientes motivos: a que el juzgador haya creído que la norma no estaba vigente; a que considero que no debía aplicarla porque no comprendía el caso concreto sometido a su decisión; o que debía aplicar los preceptos de una ley antigua y no de la nueva que era lo correcto, esto es, irrespetando la retroactividad de la ley; o al contrario, que debía aplicar la nueva ley cuando debía haber aplicado la antigua, o lo que es lo mismo, dándole retroactividad a una ley que no la tiene, problemas estos dos que atañan a la validez de la norma en el tiempo; a que desatendió el principio de que la ley especial priva sobre la ley general; a que no respeto el rango de una norma, no aplicando la de superior jerarquía, como en caso de un conflicto entre un tratado y la ley, en que prevalece el tratado; a que aplico una norma que no era aplicable al caso, dejando de aplicar la que si lo era o desatendió la validez de la norma en el espacio, en los

de la ley, no introduce especial variante, respecto a la anterior Ley de Casación, que en términos sinónimos, contenía la misma modalidad de infracción de la ley, como motivo de casación de fondo, “la violación de ley”, siendo que, como lo adelantábamos arriba, violación e infracción de ley son términos sinónimos. Así, el ordinal 1º del artículo 3 de la Ley de Casación derogada, disponía sobre este punto: “El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: 1º Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal. La ley a que aquí se hace referencia puede ser aún la procesal, cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate. Hay violación cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra”. Así estaba redactada, la modalidad de la violación de la ley por inaplicación de la norma jurídica, actualmente, el CPCM dispone al respecto: “el recurso de casación procede cuando se hubiese producido alguna infracción de ley o de doctrina legal. Se entenderá que se ha infringido la ley cuando ésta se hubiera aplicado indebida o erróneamente, o **cuando se ha dejado de aplicar la norma que regula el supuesto que se controvierte**”. Tanto la regulación de la Ley de Casación derogada, como la del CPCM, hacen alusión, a la modalidad de infracción o violación de ley, por inaplicación de la norma jurídica. Sin ofrecer variación alguna, respecto a la anterior normativa en cuanto a este aspecto.

En cuanto a la técnica de casación, el recurrente debe invocar, en el escrito de formalización del recurso de casación, el motivo específico de fondo “infracción de ley” contemplado en el inciso 1º y 2º del artículo 522 CPCM, seguidamente, hacer alusión, que se refiere a la modalidad de infracción de la ley, producida por “inaplicación de la norma jurídica”. Ya que no basta,

casos en que o debe aplicar la ley nacional o la ley extranjera. En el ámbito nacional ese último caso no se da aquí en el país, porque la misma ley rige en todo el territorio de la República. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 137 y 138.

hacer alusión de manera genérica, simplemente a la infracción de la ley, sino que es menester, aclararle al tribunal de casación, en cual, de las dos modalidades que contempla el inciso 2º del artículo 522 CPCM, ha sido infringida la ley, según sea por inaplicación de la norma jurídica o aplicación indebida o errónea de la norma jurídica. Es de señalar, que la estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación de la resolución sujeta a impugnación, debiendo, el mismo tribunal de casación, pronunciar la resolución que conforme a derecho corresponda, sin necesidad de reposición o reenvío del proceso, según el artículo 537 CPCM.

9.2.1.2 POR APLICACIÓN INDEBIDA O ERRÓNEA DE LA NORMA JURÍDICA

La aplicación indebida o errónea de la norma jurídica, es, al igual que la inaplicación de la norma jurídica, una modalidad de infracción de la ley por el tribunal de apelación, que se comete, al subsumir los hechos concretos en la norma jurídica abstracta⁵³⁰, al asignarle, a la norma jurídica seleccionada,

⁵³⁰ Según Calamandrei la aplicación indebida o errónea de la norma jurídica consiste en un “a) error sobre la calificación o definición jurídica del caso particular concreto: se produce en todos aquellos casos en que el juez, al llevar a cabo la “diagnosis” jurídica de los hechos constatados, yerra al escoger entre las circunstancias de hecho aquellas que tienen trascendencia de derecho (extremos del hecho específico essentialia negotii), y al sacar de su reunión la noción del instituto jurídico, bajo el cual el caso particular concreto puede hacerse entrar”⁵³⁰. “b) error sobre la relación que tiene lugar entre el caso particular concreto y la norma jurídica: se verifica en todos aquellos casos en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente calificado y el hecho específico hipotizado por la norma (hecho específico legal). En este, propiamente, el vicio que el artículo..., llama “falsa aplicación de ley” al hecho que, con terminología alemana, se acostumbra designar modernamente también como “error de subsunción del caso particular bajo la norma”: por eso los efectos jurídicos, establecidos en abstracto por una norma, en la hipótesis de que se verifique un cierto hecho específico, son atribuidos por el juez a un caso particular concreto diverso del previsto por la norma o no son atribuidos a un caso particular concreto similar al previsto por la norma. La falsa aplicación de ley se diferencia, pues, conceptualmente, de la errónea calificación jurídica, ya que en la serie de silogismos instrumentales de que nace la sentencia, la calificación jurídica constituye una operación mental preparatoria y precedente a la de aplicación del derecho al

consecuencias jurídicas, que no son las que lógicamente derivan de la norma jurídica, por ello es una infracción indirecta de la ley⁵³¹, debido a que, en este tipo de infracción, se presume, que el juez selecciono e interpreto correctamente la norma jurídica⁵³², pero se le confieren consecuencias jurídicas, que no son las que corresponden a la aplicación de esa norma, es una infracción que tiene lugar, en la premisa menor del silogismo judicial.

Para satisfacer adecuadamente, el presupuesto que exige el ordinal 1º del artículo 528 CPCM, en cuanto a la carga que tiene el recurrente, de mencionar, en el escrito de formalización del recurso de casación, el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso, el recurrente

hecho; pero en la practica estas dos operaciones se funden en una, ya que, cuando el juez hace la selección del material de hecho para dejar fuera de el los extremos del caso particular concreto (calificación jurídica), tiene ya presente el hecho específico legal de la norma jurídica que considera correspondiente al caso, de donde, realiza la definición jurídica del caso particular concreto queda reconocido por ello que la misma coincide con el hecho específico legal y que se verifican en concreto los efectos establecidos en abstracto por aquella norma". CALAMANDREI, Piero. *Op Cit.* Tomo II. Pág. 291 y 292.

⁵³¹ Para el doctor Roberto Romero Carrillo la aplicación indebida o errónea de la norma jurídica tiene lugar en la premisa menor del silogismo judicial: "Al contrario de lo que ocurre con las dos infracciones anteriores, esta de la que aquí se trata, la aplicación indebida, tiene lugar, no en la premisa mayor sino en la premisa menor del silogismo judicial. No constituye, pues, una infracción directa de la ley o de la doctrina legal, sino una infracción indirecta, porque se comete al subsumir los hechos en que consiste el caso concreto en la hipótesis contenida en la norma. En esta ya se toman en consideración los hechos; la violación y la interpretación errónea se producen con independencia de los hechos, por eso se las califica de infracciones directas. La subsunción es el encuadramiento de los hechos en la hipótesis prevista por la norma; es el resultado de la operación mental o proceso lógico jurídico que verifica el juzgador para establecer si el caso particular esta o no contenido en la norma concluyendo que si lo esta". ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 145.

⁵³² Según Hernando Morales M la inaplicación indebida o errónea de la norma jurídica tiene lugar: "cuando, entendida rectamente una norma, se aplica a un hecho o una situación no prevista o regulada por ella, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados por la propia norma. Emanan, entonces, de un error sobre la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto. El juzgador yerra al establecer la diferencia o semejanza entre el caso controvertido y el hecho hipotetizado por la ley. Por esto, los efectos de la ley, si se verifica cierto hecho, se atribuye a un caso diverso o no se aplica a un caso similar al previsto. Igualmente tiene lugar cuando no se acierta en las características jurídicas esenciales del hecho o negocio que ha de acogerse a la norma, en virtud de equivocación sobre su clasificación legal. En suma, por ese motivo se resuelve a través de una ley un caso no contemplado por ella, esto es, que el precepto viene a solucionar un caso probado que le es extraño". MORALES M, Hernando. *Op Cit.* Pág. 185 y 186.

debe invocar, en el escrito de formalización del recurso de casación, el motivo específico de fondo “infracción de ley” contemplado en el inciso 1º y 2º del artículo 522 CPCM, seguidamente, hacer alusión, que se refiere a la modalidad de infracción de la ley, producida por “aplicación indebida o errónea de la norma jurídica”. Ya que no basta, hacer alusión de manera genérica, simplemente a la infracción de la ley, sino que es menester, aclararle al tribunal de casación, en cual, de las dos modalidades que contempla el inciso 2º del artículo 522 CPCM, ha sido infringida la ley, según sea por inaplicación de la norma jurídica o aplicación indebida o errónea de la norma jurídica. Es de señalar, que la estimación del recurso de casación por este motivo, produce la anulación de la resolución sujeta a impugnación, debiendo, el mismo tribunal de casación, pronunciar la resolución que conforme a derecho corresponda, sin necesidad de reposición o reenvío del proceso, según el artículo 537 CPCM.

9.2.1.3 SUPRESIÓN DE LA INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE LA NORMA JURÍDICA COMO MODALIDAD DE INFRACCIÓN DE LA LEY

Es menester recordar en este punto, que el recurso de casación, según lo dicho en nuestro capítulo sexto, es por naturaleza extraordinario, porque únicamente procede por los motivos taxativamente definidos o fijados por el legislador en la ley, ello significa, que la impugnación casacional, no es abierta o ilimitada a cualquier vicio que pueda adolecer la resolución del tribunal de apelación. Sin motivo específico, no puede fundamentarse el recurso de casación, por más ilegal que la resolución del tribunal de apelación sea, ni el recurrente, puede alegar más motivos que los enumerados en la ley, ni el tribunal de casación, está facultado para casar una resolución por motivos diversos a los configurados en la ley, que hayan

sido oportunamente invocados por el recurrente, si el vicio que el recurrente estima adolece la resolución, no se adecua a alguno de los motivos específicos que enumera el artículo 522 CPCM “motivos de casación de fondo” y el artículo 523 CPCM “motivos de casación de forma” no puede fundarse el recurso de casación, simplemente y sencillamente porque no hay motivo específico de casación. Ello unido además, a la carga que tiene el recurrente en casación, de “identificar el motivo o motivos concretos constitutivos del fundamento del recurso”, según el artículo 528 CPCM. Aunado a que, según lo dijimos antes, los motivos específicos de casación, no pueden interpretarse, ni por analogía, ni por exclusión.

De todo el análisis anterior partimos, para sostener, el título de este apartado: supresión de la interpretación errónea de la norma jurídica como modalidad de infracción de la ley. Para confirmar lo anterior, basta, hacer una lectura detenida del inciso 1º y 2º del artículo 522 del CPCM, para afirmar, que el legislador secundario, no considero, la interpretación errónea de la norma jurídica, como modalidad de infracción de la ley. Algunos autores, haciendo una interpretación demasiado extensiva de la disposición transcrita, se han atrevido a afirmar, que el inciso 2º del artículo 522 CPCM, contempla, la modalidad de infracción de la ley, por interpretación errónea de la norma jurídica⁵³³.

⁵³³ Para el doctor Juan Carlos Cabañas García la infracción de ley ha de ser entendida “como una infracción directa de la norma causada por la resolución recurrida, lo que lleva a un cotejo entre el texto legal y la interpretación y aplicación judiciales que de ella se ha hecho en el caso. El código en este artículo 522 enseña que se habrá producido infracción de ley, por alguna –o varias- de las siguientes circunstancias: 1. Aplicación indebida de la norma, en el sentido de que esta no devenía relevante para la solución del caso y sin embargo se aplica. **2. Aplicación errónea de la norma, cuando se produce por el juzgador un defecto de intelección en cuanto al contenido y alcance de ella, interpretándose mal, o bien si se deducen consecuencias jurídicas indeseadas por el legislador.** 3. Y la inaplicación (pura y simple) de la norma que si concernía al tema decidendi deducido por las partes. Para que pueda denunciarse en casación alguna de estas incorrecciones, es preciso que nos encontremos ante una norma legal que permita su

Nuestra anterior normativa en materia de casación, no daba lugar a dudas, pues recogía de manera expresa, como motivo de casación de fondo, la interpretación errónea de la norma jurídica. El ordinal 2º del artículo 3 de la Ley de Casación derogada establecía: “El recurso por infracción de ley o doctrina legal tendrá lugar por los motivos siguientes: Cuando el fallo se base en una interpretación errónea de ley o de doctrina legal, y aún siendo ley procesal cuando ésta afecte el verdadero fondo del asunto de que se trate”. En la configuración actual del recurso de casación, la interpretación errónea de la norma jurídica, únicamente puede configurarse, como motivo de fondo del recurso de casación, cuando nazca de una interpretación contraria a la doctrina legal, establecida por el tribunal de casación. Ósea que, el error en la interpretación de la norma jurídica a de inferirse o determinarse, de su contradicción con la doctrina legal establecida por el tribunal de casación. Es decir que, el error, que en la interpretación de una norma jurídica, puedan cometer los tribunales de instancia, ha de inferirse, siempre y cuando, exista doctrina legal, que establezca el correcto sentido o entendimiento de una determinada norma jurídica. Veamos lo anterior, la interpretación errónea de la norma jurídica por si misma, no puede fundamentar jamás el recurso de casación, porque no existe como tal, la modalidad de infracción de ley por interpretación errónea de la norma jurídica, pero si existe el motivo específico de fondo “infracción de la doctrina legal”.

subsunción ideal o hipotética en un supuesto de hecho concreto. Es decir, que resulte por su naturaleza susceptible de ser aplicado y, también por eso, susceptible de ser infringida. De lo contrario el recurso no procede. Así ocurre con normas de carácter meramente definitorio, o admonitivo, tan genéricas que difícilmente pueden acarrear una antijuricidad concreta por el mero hecho de no parecer⁵³³ haber sido observado en un proceso, sean de esta clase preceptos de carácter sustantivo o procesal (el listado del art. 523, que luego veremos, presupone la infracción de normas procesales con un poder aplicativo tangible), por lo demás raros en la practica”. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *eat al. Op Cit.* Pág. 586.

La doctrina legal ha sido conceptuada, como la interpretación que de una determinada norma jurídica, hace el máximo tribunal de justicia de un país, en un determinado orden jurisdiccional, en casos análogos contenidos en un determinado número de resoluciones que determina la ley. En ese sentido, no debe confundirse la doctrina legal con la jurisprudencia, ya que esta última, es la interpretación que de las normas jurídicas hacen todos los juzgadores, cualquiera que sea su rango o jerarquía, mientras que la doctrina legal, es una interpretación que hace de las normas jurídicas el máximo tribunal de justicia en una determinada área jurídica. Ósea que, todos los tribunales en su actividad interpretativa, son creadores de jurisprudencia, pero no todos son creadores de doctrina legal, sino solamente, el tribunal que se encuentra en la cúspide de la estructura orgánica judicial, solo esta última puede llegar a convertirse en doctrina legal, a través de lo que en principio son precedentes, y luego de cierto número de casos análogos que la ley determina, se vuelve doctrina legal, hasta entonces, la interpretación es vinculante para los tribunales inferiores o de mérito, de lo contrario son soberanos en la interpretación de la norma jurídica. En síntesis, podemos afirmar, que un tribunal de mérito o instancia, interpreta erróneamente una determinada norma jurídica, cuando infringe la doctrina legal, es decir, cuando asigna a una determinada norma jurídica, un significado o alcance diferente del que le ha sido atribuido por el tribunal máximo en ese orden, en casos análogos, después de un determinado número de resoluciones que determina la ley. Esta es una forma indirecta que tiene el recurrente, de alegar la interpretación errónea de la norma jurídica. Insistimos en que, sino hay doctrina legal, no hay una base sobre la cual el recurrente pueda alegar o sostener que un determinado tribunal de mérito a interpretado erróneamente una determinada norma jurídica.

La interpretación errónea de la norma jurídica, se produce, según la doctrina cuando el tribunal de apelación asigna a una norma jurídica un sentido o alcance distinto al que verdaderamente tiene⁵³⁴. Es un error producido en la premisa mayor del silogismo judicial, es decir, es una infracción directa de la norma jurídica. La doctrina, normalmente establece un orden jerárquico, respecto al método que debe utilizarse para interpretar la norma jurídica,

⁵³⁴ Siempre para el maestro Calamandrei la interpretación errónea de la norma jurídica consiste en: “b) error sobre el contenido, sobre el significado de una norma jurídica: este se verifica en todos aquellos casos en que el juez, aun reconociendo la existencia y la validez de la norma apropiada al caso, yerra al interpretarla (“falsa interpretación de ley”). La diferencia entre esta forma de error y la precedente es más doctrinal que practica: en efecto, también cuando el juez se engaña acerca del significado de la norma jurídica rectamente elegida por el, los efectos de este error son similares a los que se producirían si el juez ignorase la existencia de la norma misma, ya que establece como premisa mayor de un silogismo una norma que, a causa de la errónea interpretación, tiene un contenido diverso del de la norma elegida, esto es, en sustancia, una norma diversa de la que el cree aplicar. La necesidad de una distinción entre este caso y el caso sub a se ha presentado en aquellos derechos que ligaban la gravedad del error in iudicando a su evidencia o a la intención del juzgador; pero en nuestro derecho, que no tiene ya en cuenta ni el primero ni el segundo elemento, cesa toda razón de distinguir entre violación y errónea interpretación de ley”. CALAMANDREI, Piero. *Op Cit.* Tomo II. Pág. 290. Según el doctor Roberto Romero Carrillo la interpretación errónea de ley es un vicio producido en la premisa mayor del silogismo judicial: “Este vicio también esta, igual que el anterior, en la premisa mayor del silogismo judicial, y como aquel también constituye una infracción directa de las normas legales. La interpretación de ley puede ser auténtica, que es la que hace el órgano legislativo, observando los mismos tramites que se siguen para su formación; y judicial, que es la que hacen los tribunales de justicia para poder resolver los asuntos que se someten a su decisión, y es la que puede dar lugar al vicio en estudio. Esta infracción se produce cuando el juzgador aplica la norma legal que debe aplicar al caso concreto, por lo que no puede confundirse con la violación ni coexistir con esta, pero lo hace dando a la norma una interpretación equivocada. Esta equivocación puede producirse por haber desatendido el tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro, caso en el que el juzgador pudo haber ido mas allá de la intención de la ley, o puede haberla restringido, a pretexto de consultar su espíritu, de lo que no había necesidad, porque esa intención aparecía claramente de las palabras usadas por el legislador, por lo que había que atenerse a su tenor literal; o porque al consultar la intención o espíritu de una norma oscura, no se dio con el verdadero; o porque no se supo resolver la contradicción entre dos normas; o, en fin, porque tratándose de una norma susceptible de varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso concreto, o se eligió una que conduce al absurdo, interpretaciones a las que en el lenguaje forense se les suele llamar “jaladas” o traídas de los cabellos, porque son antojadizas. La causa de la errónea interpretación de una ley puede estar en que no se tomaron en cuenta al verificarla todos los elementos de la interpretación, de los que todo intérprete debe echar mano: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Desde luego, en algunos casos no habrá necesidad de aplicar todos. Cuando el sentido de la ley, es claro, por ejemplo, basta el elemento gramatical”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 144.

considerando que, en un primer orden, debe atenderse al método literal o gramatical, para encontrar el sentido y alcance de la norma, en defecto de este, debe utilizarse el método histórico, es decir, debe acudir en búsqueda del espíritu del legislador al momento de elaborar la norma⁵³⁵. La necesidad de incluir, la interpretación errónea de la norma jurídica, como modalidad de infracción de la ley, es justificable, desde diversos puntos de vista. Se ha admitido que toda norma jurídica, sea sustantiva o procesal, encierra un sentido, y por ello requiere ser interpretada⁵³⁶. La interpretación jurídica

⁵³⁵ De acuerdo a Hernando Morales M la interpretación errónea de ley consiste en “En este caso no se trata de existencia o subsistencia de una norma, sino del error en su contenido. El juez, dentro de sus funciones, muchas veces tiene que decidir sobre el pensamiento latente de la norma, a fin de llegar a una aplicación recta. Por lo tanto, debe inquirir su sentido sin desviaciones o errores. La Corte corrige estos, subrayando el exceso o el defecto cometido en la hermenéutica del tribunal. Este error revela el desconocimiento del tribunal de los principios interpretativos que a este se ofrecieron. La mayor o menor flexibilidad en la interpretación depende de cada país y de cada sistema empleado. **Los sistemas** se apoyan en la búsqueda de la voluntad del legislador o de la ley, separada de su autor; en el conocimiento de sus fuentes formales o reales; en la influencia de la jurisprudencia de intereses. **Las clases de interpretación** se resumen en la declarativa, extensiva y restrictiva. **Los elementos** que se utilizan para interpretar son el gramatical, el lógico, el histórico, y el sistemático. **La interpretación puede ser entonces literal o lógica, exegetica o científica.** La interpretación es necesaria muchas veces porque los textos legales pueden nacer oscuros o dudosos, o porque nacen claros, pero luego se enturbian por el transcurso del tiempo, el cambio de las costumbres, las mutaciones sociales. La necesidad de una uniforme interpretación de la ley radica en la guarda de la igualdad de los asociados y en evitar sentencias contradictorias sobre la misma cuestión jurídica ya que en la cuestión de hecho nunca tiene esa fuerza, por ser cambiante de caso a caso. La interpretación anárquica, pues, destruye la certeza futura del derecho, contagia el error, abre paso a la discordia. Se traduce en vicios de hermenéutica, con independencia del hecho específico concreto”. MORALES M, Hernando. *Op Cit.* Pág. 183 y 184.

⁵³⁶ “La distinción entre vicios de juzgamiento y vicios de actividad no influye, de ninguna manera, sobre esta verdad: que así como la ley sustantiva debe ser desentrañada en su inteligencia, también la ley procesal debe ser interpretada aunque su principal finalidad consista en resguardar la actividad en el proceso. No debe confundirse interpretación de la ley con el iudicando de la fórmula. Toda norma jurídica, por el solo hecho de serlo, necesita que se explique su significado, precisando el sentido de su mandato tanto para juzgar como para actuar, tanto para examinar como se ha juzgado como para examinar como se ha actuado. Se interpreta la ley sustantiva para aplicarla y decidir, de acuerdo al imperativo que el intelecto deduce de su texto, la controversia que constituye el objeto del proceso; se interpreta también la ley procesal para cumplirla (y se le aplica cumpliéndola) de acuerdo al imperativo que contiene y para comprobar en base a ello si los otros obligados a cumplirla se han ajustado a su mandato en el desenvolvimiento de su actividad. En un caso se interpreta para fallar el fondo del asunto (ley sustantiva), en el otro para ajustar la conducta procesal a la norma (ley procesal). En ambas situaciones, la ley se interpreta para aplicarla: la ley

consiste, en determinar el verdadero o más exacto sentido o alcance de una determinada norma jurídica, que adolece oscuridad o ambigüedad⁵³⁷.

La modalidad de infracción de ley por interpretación errónea de la norma jurídica, se produce, según la jurisprudencia establecida por nuestro tribunal de casación, cuando el tribunal de apelación, asigna a una determinada norma jurídica, un significado o alcance distinto al que verdaderamente

sustantiva para aplicarla in iudicando, al juzgar; la ley procesal para aplicarla in procedendo, sobre el proceder”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 100. Para el mexicano Eduardo García Máynez “todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa o haga difícil la inteligencia de la frase. En tal hipótesis, el intérprete se ve obligado a desentrañar la significación de la misma. El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas de derecho son aplicadas. Según su autor, la interpretación puede ser privada, judicial o auténtica. La primera es obra de particulares. Si estos son especialistas se habla de interpretación doctrinal. La segunda proviene de los jueces o tribunales encargados de aplicar el derecho a casos concretos. La última la realiza el mismo legislador, con la mira de fijar el sentido de las leyes que ha dictado. Se le da el nombre de interpretación legislativa”. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México D.F, México, 1961. Pág. 129.

⁵³⁷ Para Eduardo García Máynez “Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpreta las expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación. En relación con este punto conviene distinguir, de acuerdo con los finos análisis de Edmundo Husserl, los siguientes elementos: 1º la expresión en su aspecto físico (el signo sensible; la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre el papel, etcétera); 2º la significación. Lo que la expresión significa es el sentido de la misma. Parece que la significación es el objeto a que la expresión se refiere, pero no es así, porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio: la significación.; 3º el objeto: la necesidad de distinguir la significación del objeto resulta claro cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación, pero objetos distintos; o de que es posible que tengan significado diferente, pero el mismo objeto. Naturalmente que existe también la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan. Lo último ocurre en el caso de las expresiones tautológicas, por ejemplo, tratándose de denominaciones con igual significado, tomadas de diversas lenguas”. GARCIA MAYNES, Eduardo. *Op Cit.* Pág. 325 y 326. Según Marina Gascón Abellán la interpretación jurídica “consiste en la atribución de sentido o significado jurídico a los enunciados jurídicos”. GASCON ABELLAN, Marina. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Primera edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador, 2003. Pág. 53.

tiene⁵³⁸, teniendo siempre como premisa que, el tribunal de apelación ha seleccionado correctamente la norma jurídica aplicable al caso⁵³⁹, pero ha desatendido su tenor literal siendo su sentido claro, no ha encontrado el verdadero espíritu o intención del legislador, o porque tratándose de una norma que da lugar a varias interpretaciones, se escogió la que era menos conveniente al caso concreto⁵⁴⁰.

⁵³⁸ La interpretación errónea de ley, según nuestro tribunal de casación, consiste en: **REF. S.D. 25/06/2002.** “existe interpretación errónea como submotivo de casación, cuando el juzgador elige la norma aplicable al caso concreto acertadamente, pero la interpreta de un modo incorrecto, es decir, le da un sentido o alcance al que efectivamente la norma tiene”. **REF. S.D. 15/11/2002.** “Es posible que se cometa este vicio o error si no se interpreta debidamente la norma, aunque haya sido elegida con exactitud por el juzgador, lo que da como resultado un fallo no ajustado a derecho por razones estrictamente fundamentales”.

⁵³⁹ La interpretación errónea de ley presupone, que el tribunal selección correctamente la norma jurídica aplicable al caso concreto, pero la da un sentido o alcance que no es el que verdaderamente corresponde: **REF. 120-C-2007. 28/03/2008.** “La Interpretación errónea de Ley, como motivo específico de casación, se configura cuando el Juzgador, no obstante haber elegido adecuadamente la norma aplicable al caso de que se trata, le da un sentido, alcance o limitación que no tiene”. **REF. CAS. 113-C-07. 15/10/2008.** “La interpretación errónea de ley consiste en darle a la norma un sentido distinto del que lógicamente tiene, o una interpretación equivocada, desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma, es decir, el tribunal sentenciador selecciona correctamente la norma legal aplicable al caso controvertido, pero le da un alcance o sentido que realmente no tiene”. **REF. 189-C-2006. 15/02/2008.** “La interpretación errónea de ley consiste en darle a la norma un sentido distinto del que lógicamente tiene, o una interpretación equivocada desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de interpretación, tergiversando los efectos jurídicos de la misma”. **REF. 103-CAC-2009. 11/05/2009.** “La interpretación errónea de un precepto legal, es un vicio que comete el juzgador cuando al aplicarlo al caso litigado siendo pertinente, le atribuye un sentido o alcance que no le corresponde”.

⁵⁴⁰ Prioridad en los Métodos de Interpretación del Derecho, en Primer Lugar, el Método Literal; En Segundo Lugar el Método Histórico y en Tercer Lugar el Método Particular: **REF. 35-CAC-2009. 19/11/2009.** “Es de significar, que el sub-motivo Interpretación Errónea de Ley, se configura cuando el Juzgador aplica acertadamente determinado precepto jurídico para resolver el fondo de un asunto sometido a su conocimiento, pero confiriendo una interpretación equivocada al mismo, sea que: a) Se ha desatendido el tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro, situación en la que el juzgador pudo ampliar o restringir el sentido, con el pretexto de consultar su espíritu; b) Porque al consultar la intención o espíritu de una norma oscura, no se dio con el verdadero sentido; o, d) Porque tratándose de una norma susceptible de varias interpretaciones, se escogió la que menos convenía al caso concreto, o se eligió una que conduce al absurdo, es decir, de forma antojadiza”. **REF. S.D. 17/12/2002.** “La interpretación errónea de ley, se da cuando el juzgador aplica la norma en

9.2.2 INFRACCIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL

La doctrina legal es, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio “*en lenguaje forense se entiende por ello tanto como jurisprudencia, pero circunscrita a la del más alto tribunal del país, el que unifica la interpretación de las leyes por medio de la casación*”⁵⁴¹, mientras que la jurisprudencia, es, según este mismo autor, “*en términos más concretos y corrientes, se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada. Sin embargo, en algunos países que cuentan con tribunales de casación, se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia, sino únicamente los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción. De este modo se afianza la seguridad jurídica, porque, donde la casación no existe, cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio. No obstante, no se puede desconocer que la doctrina establecida por las cortes supremas, aun cuando estrictamente carezca de valor de aplicación erga omnes, tiene una eficacia orientadora y, en general se respeta por todos los tribunales, siquiera sea para evitar la*

una forma equivocada, la que puede producirse **por haber desatendido el tenor literal de la ley cuando su sentido es claro**, caso en que el juzgador pudo haber ido mas allá de la interpretación de la interpretación de la ley; **o pudo haberla restringido, a pretexto de consultar su espíritu**, de lo que no había necesidad, porque esa intención aparecía claramente de las palabras usadas por el legislador, por lo que había que atenerse a su tenor literal”. **REF. S.D. 11/11/2002.** “Un requisito indispensable para que proceda el motivo de interpretación errónea de ley, es que la norma que se cita como infringida afecte el verdadero fondo del asunto planteado, de lo contrario no es procedente casar la sentencia recurrida por el motivo de interpretación errónea de la ley, debiendo así declararse”.

⁵⁴¹ OSSORIO, Manuel. *Op Cit.* Pág. 342.

*revocación de las sentencias, cuando ellas son recurribles ante el Tribunal Supremo*⁵⁴².

Para Lino Enrique Palacio, en su Manual de Derecho Procesal Civil, la jurisprudencia significa, *“en su acepción más difundida, la forma concordante en que los órganos judiciales se pronuncian en oportunidad de resolver casos similares. El conjunto de fallos así dictados determina la creación de normas o reglas que, como expresión de valoraciones vigentes, son utilizadas por los jueces para justificar el carácter jurídicamente objetivo que deben revestir sus decisiones y constituyen por consiguiente, fuentes del derecho. Pero a diferencia de lo que ocurre con las fuentes antes examinadas, la jurisprudencia es una fuente subordinada a la ley, pues su función consiste en establecer especies que se incluyen o excluyen del marco genérico de aquélla. De lo cual se sigue, asimismo, que hallándose asentada la autoridad de la jurisprudencia en la fuerza de convicción que le acuerda la reiteración de los fallos y la consecuente aceptación comunitaria de la doctrina que éstos consagran, ella carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley*⁵⁴³.

Habiendo advertido arriba, que la doctrina legal, no es igual a la jurisprudencia, ello debido a que, esta última, es el resultado de la interpretación que de las normas jurídicas hacen todos los tribunales, mientras que aquella, es la que emana exclusivamente del máximo órgano de justicia de un país determinado⁵⁴⁴. Disminuyendo el nivel de abstracción en este

⁵⁴² OSSORIO, Manuel. *Op Cit.* Pág. 531.

⁵⁴³ PALACIOS, Lino Enrique. *Op Cit.* Pág. 45.

⁵⁴⁴ La jurisprudencia es según la doctrina “la ciencia del derecho o ciencia jurídica. La interpretación de la ley por los tribunales. En ese sentido, se dice que la jurisprudencia es fuente de derecho. El conjunto de sentencias judiciales que deciden un mismo punto. En este sentido se dice “jurisprudencia uniforme” cuando las decisiones se pronuncian en un mismo sentido, y “jurisprudencia contradictoria” cuando una misma cuestión es resuelta de manera distinta por los diversos tribunales y aun por el mismo tribunal en tiempos distintos”. RAMÍREZ GRONDA, Juan D. *Op Cit.* Pág. 194.

punto, debemos concluir, que en el orden jurisdiccional civil de nuestro país, el máximo órgano de interpretación de las normas jurídicas, es, el tribunal de casación, y siendo que esta calidad en nuestro país, puede ser asumida de manera principal, por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de manera excepcional, por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, por tanto, estos son, los dos únicos órganos de justicia de nuestro país, de los cuales puede emanar o surgir la doctrina legal, a través de los precedentes jurisprudenciales que establecen en sus resoluciones, mientras que del resto de órganos jurisdiccionales de nuestro país, únicamente puede emanar jurisprudencia, pero nunca doctrina legal. Señalado la diferencia jerárquica, entre la doctrina legal y la jurisprudencia en nuestro país, procedamos a hacer un análisis de aquella, como motivo específico de casación de fondo.

El inciso 3º del artículo 522 del CPCM establece que “Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal”. De acuerdo a lo anterior, varios son los presupuestos que debe reunir la doctrina legal, para considerarse tal, no basta simplemente, que emane del máximo órgano de justicia de nuestro país, sino que exige, otros presupuestos como son, además de que emane de nuestro tribunal de casación, es decir, de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Suprema de Justicia en Pleno: 1º que surja de la aplicación e interpretación de las leyes; y 2º que este contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal. Nuestra anterior Ley de Casación derogada definía a la doctrina legal en la parte final del ordinal 1º del artículo 3 de la siguiente manera: “Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de Casación, en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por

otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes”.

9.3 LA MENCIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INFRINGIDAS

El cuarto aspecto fundamental, en la técnica de la formalización del recurso de casación, que debe suministrar el recurrente, en su escrito de interposición, *so pena* de ser declarado inadmisibile el recurso de entrada, en la fase de admisión, es, la mención de las normas de derecho infringidas⁵⁴⁵, según el ordinal 2º del artículo 528 CPCM. El recurrente satisface este requisito, que debe contener, el escrito de formalización del recurso de casación, de manera correcta, de la siguiente manera: en primer lugar, se debe señalar el nombre de la ley o código que contiene la norma jurídica que se estima infringida; en segundo lugar, se debe señalar el numero exacto de la disposición legal de entre todas las que contiene la ley o código que se estima infringida; y en tercer lugar, es menester señalar el contenido de la disposición infringida⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ De acuerdo a Humberto Cuenca “Es también principio de técnica en la formalización el que toda denuncia debe ser individualizada con la cita del correspondiente precepto legal infringido y el razonamiento que explica y fundamenta la denuncia. No es posible explicar la denuncia de varias disposiciones, aisladas y autónomas, independientes entre si, por un mismo razonamiento. Pero es posible reunir uno o varios grupos de distintos preceptos, vinculados entre si y también con los hechos de la controversia, que por referirse a una misma cuestión jurídica planteada, pueden motivarse con una argumentación global. A menudo la formalización presenta una larga enumeración de artículos, con la esperanza de acertar en la denuncia de algún precepto, pero que obliga a la sala a un examen estéril y exhaustivo”. CUENCA, Humberto. *Op Cit.* Pág. 214.

⁵⁴⁶ Respecto a la carga procesal del recurrente de mencionar las normas de derecho infringidas en el escrito de formalización del recurso de casación, bien ha señalado Álvaro Pérez Vives: “En principio, y como perfección de la técnica del recurso, debe citarse el número del artículo y el principio en el consagrado, ya que al exponer el concepto de su violación necesariamente hay que hacer referencia al contenido del precepto infringido. Citado el número del precepto violado y su contenido, se ha determinado la norma sustantiva infringida, aunque el concepto expresado no coincida en toda su extensión con el precepto indicado. En resumen, la determinación de la norma violada debe hacerse, para mayor perfección, citando el número o denominación de la ley que la contiene; el número de orden

Este requisito, es producto del carácter de estricto derecho del recurso de casación, en razón de que solo puede fundarse, para ser admisible en la infracción de una norma jurídica⁵⁴⁷, y nunca en una infracción *in factum* o de

que en dicha ley le corresponde y el contenido de la norma. Pero en la practica, basta que se determine el primero y el ultimo de los elemento mencionados. La omisión del numero de orden repetimos, no perjudica el recurso, siempre y cuando que este llene los demás requisitos indicados". PÉREZ VIVES, Álvaro. *Op Cit.* Pág. 190 y 191.

⁵⁴⁷ Según el maestro mexicano Eduardo García Máynez "La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Estas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es". GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Op Cit.* Pág. 4. Sin embargo para Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho la norma funciona como un esquema de explicitación conceptual entre lo que es y lo debido: "La norma como esquema de explicitación conceptual. El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto a tal, determinado por leyes causales. Solo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su ser determinado por leyes naturales, encerrado en el sistema de la naturaleza— sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a el en su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa". Con la palabra "norma" se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer el mismo normas... "norma" es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un hecho existente, el hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto". Este dualismo entre lo que es y lo debido no significa con todo, que lo que es y lo

hecho, según el artículo 521 CPCM. Las normas que pueden alegarse como infringidas en casación, pueden ser, tanto las de naturaleza sustantiva: si se trata de una casación fundamentada en motivos específicos de fondo, artículo 522 CPCM; o las normas de naturaleza procesal: según si se trate de una casación que se funda en motivos específicos de forma, artículo 523 CPCM. En este aspecto, es menester destacar, que la naturaleza sustantiva o procesal de una norma jurídica, no la determina, la simple ubicación que esta pueda tener, en un determinado cuerpo normativo, sino su finalidad y efecto. Lo anterior significa, que tanto un Código Procesal puede contener normas de naturaleza sustantiva, como un Código Material puede contener normas de naturaleza procesal. Por cada motivo específico de casación que invoca el recurrente, tiene la carga procesal de mencionar, *so pena* que le sea declarado inadmisibile el recurso *in limine*, las normas jurídicas que estima que el tribunal de apelación ha infringido con su resolución⁵⁴⁸.

debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que “lo que es puede corresponder a lo debido”; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido esta “orientado” hacia un ser, que algo debe “ser”... De ahí que corresponda distinguir el comportamiento estatuido como debido en una norma, del comportamiento factico correspondiente. Pero el comportamiento estatuido como debido en la norma, en cuanto contenido de la norma, puede cotejarse con el comportamiento correspondiente a la norma (lo que quiere decir: al contenido de la norma). La conducta debida en cuanto contenido de la norma no puede, con todo, ser el comportamiento factico, correspondiente a la norma. Se afirma que lo debido esta “dirigido” hacia una realidad, que la norma esta “dirigida” a una conducta real, se sostiene entonces que la conducta fáctica correspondiente al contenido de la norma, el contenido real, es equiparada al contenido del deber, y la conducta efectiva a la conducta debida en razón de la norma, aun cuando, en merito de la diferencia modal: ser real en un caso, ser debida, en el otro, no sean idénticas”. KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Onceava Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México D.F, México, 2000. Pág. 17, 18, 19 y 20.

⁵⁴⁸ Para el salvadoreño doctor Roberto Romero Carrillo la mención de las normas de derecho infringidas es “requisito de fondo del recurso es la expresión del precepto que se considere infringido, o lo que es lo mismo, la indicación del artículo o disposición legal, ya sustantiva ya procedimental, según la clase de recurso que se interpone, que ha sido contravenida. Por cualquier motivo que se ataque la sentencia hay que expresar el precepto o preceptos que se consideren infringidos, o quebrantados, para ser mas exactos, porque el artículo 10 solo exige que se exprese el precepto infringido, y esto parece referirse únicamente a la causa de infracción de ley o de doctrina legal; es decir, que pareciera que la obligación de citar el precepto vulnerado esta en relación solo con el recurso por motivos de

Las normas jurídicas susceptibles de ser alegadas como infringidas por el recurrente en casación, comprende, según la doctrina⁵⁴⁹, en el sentido más

fondo, pero no es así. El quebrantamiento, aunque la ley diga que es de las “formas” esenciales del juicio, es en realidad de preceptos legales, porque esas formas son dadas por la ley procesal. Puede ser que no solo haya sido infringido un precepto legal, sino varios, en cuyo caso habrá que indicarlos todos. En algunos casos, encontrar el precepto legal que ha sido infringido resulta sumamente fácil. En los casos de violación, interpretación errónea y aplicación indebida de ley, no ofrece mayor dificultad la cita del precepto que se dejó de aplicar, que se mal interpreto o se aplico indebidamente. Pero en otros resulta bastante difícil, debido a lo abstracto del motivo alegado, como cuando se le imputa al fallo contener disposiciones contradictorias. Aquí cabe preguntarse que disposición legal es la que prescribe que cuando un fallo contiene varias disposiciones, debe haber congruencia de todas ellas. Cuando se invocan varios motivos, la cita de los preceptos infringidos debe hacerse con relación a cada uno de aquellos, no globalmente”. ROMERO CARRILLO, Roberto. *Op Cit.* Pág. 92 y 93.

⁵⁴⁹ Así lo ha sostenido el español Marcos Loredó Colunga: “Tradicionalmente, el termino “norma” a los efectos de fundamentar el recurso de casación se restringe únicamente a las normas con rango de ley y asimiladas, opinión mantenida por la jurisprudencia elaborada en aplicación de la normativa anterior; según esto, se incluiría la Constitución, Las Leyes Orgánicas y Ordinarias, así como a los decretos leyes y legislativos, a tenor de una aplicación estricta de la expresión ya superada de infracción de ley. No obstante, a esta categoría debemos sumar indudablemente los Tratados Internacionales... y publicados... y el derecho comunitario. De lo antedicho se infiere que debe incluirse en primer lugar la Constitución como norma fundamental, ya que su eficacia directa no puede hoy en día cuestionarse. Mas aun, el artículo 5.4 de LOPJ señala expresamente la posibilidad de fundamentar el recurso de casación únicamente en la infracción de precepto constitucional; y en la regla primera del artículo 477.2 LEC se hace referencia a la protección de los derechos fundamentales a través de esta impugnación, señalando la recurribilidad de la sentencia dictadas para la tutela de los mismos. Por otra parte, afirmamos la pertinencia del recurso por infracción de Tratados Internacionales que se deriva de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico y lo mismo puede predicarse respecto del derecho comunitario, que tiene sin embargo la consideración de derecho interno, no internacional. Tampoco se cuestiona la posibilidad de fundamentar el recurso en la infracción de normas con rango de ley... En la actualidad, la referida es la posición defendida por la mayor parte de la doctrina con apoyo de la jurisprudencia anterior, que mantiene la exclusión de normas de rango inferior, de modo que los reglamentos únicamente podrán ser invocados cuando desarrollen y complementen una ley sustantiva civil o mercantil”. LOREDO COLUNGA, Marcos. *Op Cit.* Pág. 227, 228 y 229. El mismo criterio es sostenido por el uruguayo Enrique Vescovi: “La ley, entendida como “norma de derecho”, significa, reiteramos, el mas amplio criterio, incluyendo, naturalmente la Constitución y Leyes Constitucionales. También los Tratados Internacionales aprobados por el país constituyen normas legales y obligatorias, por lo cual pueden entrar en la casación... En cuanto al derecho extranjero, también debe considerarse dentro de las reglas del derecho y, por ende, casable... No hay duda de que también se incluyen las ordenanzas municipales, así como los decretos reglamentarios del poder ejecutivo y también los decretos leyes... También la regla de derecho debe estar integrada por la costumbre... Los principios generales del derecho, así como las doctrinas mas recibidas...” VESCOVI, Enrique. *Op Cit.* Pág. 253 y 254. En el mismo sentido se ha manifestado el argentino Fernando de la Rúa quien ha sostenido respecto a la carga

amplio, las normas jurídicas contenidas en: la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes Secundarias, los Reglamentos, las Ordenanzas Municipales, e inclusive, la Costumbre, el Derecho Extranjero, los Principios Generales del Derecho, las Doctrinas mas Aceptadas, y las máximas de la experiencia. En nuestro país las fuentes formales principales del derecho son: La Constitución, Los Tratados Internacionales, Las Leyes Secundarias, Los Decretos Legislativos, Los Decretos Ejecutivos, Los Reglamentos y las Ordenanzas. Pero ello en nuestro país, no significa, que todas las normas contenidas en estos cuerpos normativos, pueden alegarse como infringidas en casación. Lo anterior precisa hacer algunas matizaciones en nuestro país, para no caer en el absurdo, de alegar como infringidas, normas que no son objeto de protección en casación civil. En primer lugar, debemos dejar definitivamente claro, que en casación, no pueden alegarse como infringidas normas jurídicas contenidas en la Constitución de la República, pues la violación de los derechos constitucionales, es tutelable, en el orden constitucional, por la Sala de lo Constitucional, en virtud de los procesos de inconstitucionalidad, amparo y habeas corpus, según sea la naturaleza del derecho vulnerado. En segundo lugar, no pueden alegarse como infringidas en casación, según la jurisprudencia sentada por nuestra Sala de lo Civil, durante la vigencia de la Ley de Casación derogada, los reglamentos autónomos, sino solamente aquellos reglamentos que tienen por objeto la ejecución de una ley secundaria, reglamentos de ejecución⁵⁵⁰. Quedan, por

procesal del recurrente en casación de mencionar las normas de derecho infringidas: “debe tratarse de una norma de derecho positivo, incorporada al concreto ordenamiento jurídico vigente, entendiéndose la expresión “ley” en un sentido genérico, no limitado a la ley formalmente sancionada, si no extendido también a los decretos, ordenanzas, resoluciones y, en general, todo acto decisorio de los poderes públicos regulador de relaciones sustanciales con carácter general y abstracto”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 109.

⁵⁵⁰ Según precedentes jurisprudenciales establecidos por nuestro Tribunal de Casación, ni las normas contenidas en la Constitución, ni en los reglamentos autos son normas susceptibles de alegarse como infringidas mediante el recurso de casación: **REF. 1567 S.S. 01/02/2005.** “Previo a todo, el tribunal casacional reitera su posición en cuanto a la

improcedencia del recurso de casación, por razón de la naturaleza y finalidad del mismo, que excluyen el análisis de supuestas infracciones a categorías jurídicas constitucionales, las cuales deberán ser objeto de un pronunciamiento judicial diferente a este”. **REF. 171-C-2004. 06/04/2005.** “Cuando la ley de casación, se refiere a la infracción de ley, artículo 2 letra a), dicha ley, que puede ser infringida dando lugar al recurso de casación, es solamente la que de acuerdo a las normas y criterios de interpretación, debe entenderse por tal. En el mismo sistema de fuentes del derecho, importantísimo tema del derecho constitucional contemporáneo, en especial el del ordenamiento salvadoreño, dispone este, en escala jerárquica, las reglas de la producción normativa; así pues, la ley ordinaria debe conformarse a la constitución y el reglamento, a su vez, debe conformarse a la ley secundaria, ya que es una norma de menor jerarquía. Clases de reglamentos autorizados por la constitución: este tribunal acoge la doctrina sentada por la sala de lo constitucional que expresa “la constitución autoriza dos clases de reglamentos: el llamado reglamento de ejecución, que es emitido por el presidente de la república para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde; y el reglamento autónomo, emitido por el órgano estatal o ente público investido de la potestad reglamentaria, sin relación directa con alguna ley. El reglamento de ejecución, responde al principio *secundum legem*, dado que desarrolla y ejecuta la ley dentro de ciertos límites, la ley que ejecuta es la que determina el contenido del reglamento, pues la finalidad de este consiste en aclarar, precisar y complementar la ley, o bien llenar y prever aquellos detalles que fueron omitidos en la misma. Tal doctrina es reiterada en la sentencia de inconstitucionalidad 1-95 de las doce horas del nueve de mayo de dos mil, en la que se dice “el reglamento no es pues, ni una ley material, ni un acto administrativo general; es, sin duda, un *quid alius* frente a esas dos instituciones más comunes y conocidas”; y añade... cuando se trata de cuestiones que, aun siendo administrativas, implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, o la regulación de sus derechos, entonces se entiende que el reglamento ha de limitarse a actuar como complementario de la ley y que una norma previa con rango de tal es siempre necesaria”. Los reglamentos en esos aspectos normativos que exceden del ámbito interno de la organización administrativa, son instrumentos de ejecución de la ley, de desarrollo de esta, no normas autónomas, independientes, que pueden pretender no ya prevalecer contra la ley, sino ni siquiera sustituirla o suplicarla. El entremado básico del ordenamiento pertenece necesariamente a la ley, dado su fuente de legitimidad y su función creadora irresistible; ella solo puede definir las situaciones básicas de los sujetos, sus deberes, sus obligaciones y derechos, las posiciones relativas de unos y de otros, que dan todo su sentido a la estructura ordinamental; y sigue: “el reglamento tiene en común con la ley el ser una norma escrita, pero difiere en otros aspectos; de la mencionada nota común pocos caracteres genéricos pueden derivarse. Lo propio del reglamento, lo que lo separa definitivamente de la ley, es que es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, obra de la administración”. El reglamento general de tránsito y seguridad vial, es un reglamento ejecutivo, “*secundum legem*”, solamente puede facilitar y asegurar la aplicación de la ley, pero su categoría seguirá en la calidad de norma inferior a la ley secundaria. Los reglamentos carecen de vida independiente, puesto que su contenido como se dio debe limitarse a reglamentar o desarrollar los mandatos establecidos en la ley, sin que puedan rebasar las disposiciones expresadas en esta, su infracción no tiene cabida en la causal que indica el artículo 3 numeral 2º de la ley de casación. La infracción de un reglamento supone necesariamente que primero se ha infringido la ley que el desarrolla, o sea, que necesariamente la infracción de aquel repercute en la de esta. Por lo tanto, es la infracción de la ley reglamentada lo que da fundamento y sostén, sin necesidad de más, para acudir al submotivo alegado, con el objeto de que se restaure el derecho vulnerado por

exclusión, como normas susceptibles de ser alegadas como infringidas en casación, las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales, las leyes secundarias principalmente, y los reglamentos de ejecución de las leyes secundarias. Siempre y cuando, la norma alegada como infringida por el recurrente, haya estado al menos válida y vigente en el tiempo y en el espacio de haberse cometido la violación por parte del tribunal de apelación⁵⁵¹.

la sentencia impugnada. El reglamento general de tránsito y seguridad vial, es de la clase denominada de ejecución”.

⁵⁵¹ Respecto a los temas de validez y a la vigencia espacial y temporal de la norma jurídica recurrimos a las explicaciones del maestro Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, quien ha rostitido que: “Con el termino “validez” designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que –como se suele decir– no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Dado que los comportamientos humanos, así como sus condiciones y efectos, se cumplen en el espacio y en el tiempo, es necesario que tanto el espacio como el tiempo en que se producen los acontecimientos determinados por la norma, se encuentren determinados en el contenido de la norma. La validez de normas que regula la conducta humana en general, y también en forma especial, las normas jurídicas, es una validez espacio-temporal, en la medida en que esas normas tienen como contenido sucesos espacio-temporales. Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que solo puede producirse en algún lugar y en algún momento. La relación de la norma al espacio y al tiempo constituye el dominio de validez espacial y temporal de la norma. En lo que hace al dominio de validez temporal de una norma positiva, es menester distinguir el tiempo anterior y el tiempo posterior a su promulgación. En general las normas solo se refieren a comportamientos futuros; pero pueden hacerlo también con respecto a pasados. Así, una norma jurídica, que enlaza un acto coactivo como sanción a una determinada conducta como condición, puede determinar que un hombre que ha realizado cierta acción, no con posterioridad a la promulgación de la norma, sino ya antes de ello, deba ser sancionado, con lo cual la conducta queda calificada como delito. Pero también con el acto coactivo que ella estatuye como consecuencia, puede una norma jurídica no referirse al futuro, sino también al pasado. Puede determinar no solo que se cumpla, en el futuro, un acto coactivo bajo ciertas condiciones producidas antes de su promulgación, sino también que el acto coactivo, que de hecho ya fue cumplido en el pasado, sin ser debido (es decir, sin tener el carácter de una sanción), debió ser ejecutado en el pasado, de suerte que, en

Un aporte importante que ofrecemos al lector en este estudio, que nos motiva a proponer una reforma al ordinal 2º del artículo 528 del CPCM, es, en relación al motivo específico de fondo “infracción de la doctrina legal”, según lo apuntamos arriba, por cada motivo de casación que el recurrente invoca en su escrito de formalización del recurso de casación, tiene la carga procesal, de invocar las normas de derecho que estima el tribunal de apelación ha infringido con su resolución⁵⁵². Sin embargo, respecto al motivo

adelante valga como debido, esto es, como sanción. Una norma jurídica puede eliminar, con fuerza retroactiva, la validez de una norma promulgada antes de su creación, de modo que los actos de fuerza cumplidos, como sanciones, bajo la norma anterior son privadas de su carácter de penas, o ejecuciones, y los hechos de conducta humana que fueron sus antecedentes son privados retroactivamente de su carácter de delitos”. KELSEN, Hans. *Op Cit.* Pág. 23, 24, 26 y 27.

⁵⁵² “Este requisito debe de ser cumplido respecto de cada causal, en forma separada tal como ocurre con los motivos. A continuación de los motivos debe señalarse la norma infringida y la forma como ha sido. Debe citarse el número del artículo y la ley o código que lo contiene. También es recomendable que se cite el contenido de la norma, puesto que al consignarse el modo de la infracción hay que hacer referencia al contenido de la disposición. No se cumple esta exigencia con una mera alusión a una ley en general, o secciones, o capítulos, etc., puesto que los preceptos que se estiman infringidos deben ser debidamente especificados, individualizados. Si un artículo contiene varias normas, la práctica ha sido la de limitarse a citar el artículo y la norma específica que sirve de apoyo. En la práctica, cuando el fallo desconoce una estructura legal que resulta de una pluralidad de disposiciones, que se complementan o integran entre sí, el recurrente debe invocar, como infringidas, las disposiciones correspondientes. Pero, según la jurisprudencia ha de hacerse separadamente. Ello no significa, obviamente, que la omisión en la invocación de algunas de estas disposiciones haga inadmisibles el recurso, ya que se trata de una cuestión de fondo. En Europa donde la casación no ha revestido ese formalismo que se le ha dado al recurso en Hispano América la jurisprudencia es sumamente elástica en cuanto a este requisito. En Italia, por ejemplo, Mattiolo anota que la finalidad del legislador al exigir la indicación de los artículos de la ley sobre que se fundan los motivos de casación alegados, no fue más que hacer conocer exactamente en dichos fundamentos del recurso. Ahora bien, semejante objeto se consigue siempre que en el se especifique claramente el principio de derecho que se considera violado con la sentencia impugnada, aunque se haya omitido la indicación del artículo de la ley que declara aquel principio de derecho, por lo que consideramos admisible el recurso que se haya en esas condiciones (Mattiolo, Tratado III, No 6120). En principio, si se trata de casación en el fondo debe citarse una disposición sustancial; en cambio si se trata de casación en la forma, se requiere siempre una disposición procesal. La jurisprudencia ha insistido que, tratándose de casación en el fondo, se requiere que se haya violado una disposición sustantiva, y que se invoque en el recurso. (pág. 119). Para establecer cuando una disposición es sustantiva y no procesal hay que atender más a la naturaleza de la respectiva disposición que a la del código en que se encuentra. El código judicial contiene preceptos sustantivos; el código civil, procesales. La cuestión es trascendental, puesto que la casación en el fondo se funda sobre una infracción

específico, “infracción de la doctrina legal”, conviene hacer una observación trascendental, que marca una diferencia, respecto al resto de motivos específicos del recurso de casación. Según el inciso 3º del artículo 522 del CPCM la doctrina legal es “la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal”. En este caso, como el recurrente no tiene norma jurídica susceptible de alegar como infringida, en su escrito de casación, el recurrente cumple este requisito, de manera acertada, señalando las tres sentencias del tribunal de casación donde esta contenida la doctrina legal, es decir, el recurrente en cuanto a este motivo, no debe alegar como infringida, ninguna norma jurídica, sino, las tres sentencias del tribunal de casación, donde estima esta contenida la doctrina legal, que ha infringido el tribunal de apelación con su resolución. Esta, es una modificación relevante en la técnica de casación, que el recurrente debe tener siempre en cuenta, al invocar, como motivo específico de casación, la infracción de la doctrina legal.

Para respaldar lo anterior, transcribimos de manera literal este criterio sostenido por nuestro tribunal de casación, en la sentencia recaída en el proceso clasificado bajo la referencia **272-C-2005, de fecha siete de enero del año dos mil ocho**, en la cual, nuestra Sala de lo Civil, sostuvo, respecto a la infracción de la doctrina legal, como motivo específico del recurso de casación que “El recurrente alega los sub-motivos de violación de ley y de doctrina legal como si se trataran de uno solo, confundiendo el concepto de la infracción. Asimismo, al citar el Art. 1619 c. no expresa con claridad el concepto de la infracción en relación al sub-motivo que invoca, por lo que no

a la norma sustantiva; la casación en la forma, sobre una infracción a la norma procesal”. FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op Cit.* Pág. 118, 119, y 120.

permite a esta Sala examinar si efectivamente se cometió la infracción. Respecto de los Arts. 891, 895 y 897 no expone en forma puntual para cada una de dichas normas, de qué manera se cometió la infracción de parte de la Cámara ad-quem, pues las cita en forma global sin separar el concepto de la infracción, sino que lo hace en forma de alegato. Sumado a lo anterior, como si se tratara del mismo sub-motivo manifiesta que se ha violado la doctrina legal relacionada a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, concluyendo que la omisión de la Cámara al aplicar la doctrina legal y los preceptos legales citados, la llevó a aplicar erróneamente los Arts. 1552 C. y 439 Pr.C. **Como se puede advertir, el recurrente ha incurrido en una confusión al invocar los submotivos aludidos, pues en principio, cuando se invoca violación de ley, ésta recae en la ley propiamente y deben citarse los preceptos legales y exponer en forma precisa e inequívoca, el concepto de la infracción de manera separada; y por otra parte, cuando se invoca violación de doctrina legal, deben citarse las sentencias pronunciadas por el Tribunal casacional que conforman la doctrina legal alegada como infringida.** Por consiguiente, no obstante encontrarse el presente incidente en estado de pronunciar sentencia, y siendo que el recurso fue admitido indebidamente por no reunir los requisitos de ley, de conformidad a lo estipulado en el Art. 16 L.de C. debe declararse su inadmisibilidad en el fallo de mérito”. En el mismo sentido anterior, se ha manifestado la doctrina, al respecto de la carga del recurrente de mencionar, las sentencias que contienen la doctrina legal, cuando el recurso de casación se fundamenta en la infracción de esta. De acuerdo con el hondureño Antonio Bermúdez en su obra titulada “La Casación en lo Civil”, “cuando en el recurso de casación se invoca la infracción de una doctrina legal, deben citarse las sentencias del tribunal supremo que la aceptan o proclaman, haciendo alusión a la materia tratada y a la fecha de la sentencia, del mismo modo que al referirse a la infracción de ley se cita la ley misma. Omitiendo este

requisito, al recurso le faltaría precisión y sería inadmisibile. Pero no basta citar las sentencias, también debe expresarse el concepto mismo de la doctrina y el sentido en que ha sido infringida”⁵⁵³.

Regresando a nuestro tema principal, cabe resaltar finalmente, algunas ideas fundamentales en este punto. Las normas susceptibles de alegarse como infringidas en casación, pueden ser de naturaleza sustantiva y/o de naturaleza procesal, según el vicio que se le atribuya a la resolución sujeta a casación⁵⁵⁴. La naturaleza sustantiva o procesal de una determinada norma jurídica, no la determina la ubicación que ella tenga en un determinado cuerpo normativo, sino su finalidad y efecto, según lo ha destacado la doctrina⁵⁵⁵ y también la jurisprudencia⁵⁵⁶ de nuestro Tribunal de Casación,

⁵⁵³ BERMUDEZ M, Antonio. *Op Cit.* Pág. 81.

⁵⁵⁴ “Es preciso aclarar que en nuestro concepto en todos los casos existe una violación de la ley, como genérica desobediencia al mandato del legislador; pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal); el derecho es único, pero su unicidad resulta de una integración entre las normas que consagran los imperativos y las otras que permiten realizarlos efectivamente cuando media infracción, haciendo posible la aplicación de la sanción o de la coacción que los resguarda. Los imperativos regulan el fondo del asunto, y constituyen la ley sustantiva; las normas que establecen el modo de llegar a la aplicación de la sanción o de ejercer materialmente la coacción, son leyes procesales. Estas se cumplen mas que aplicarse, aquellas se aplican a los casos concretos”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 98.

⁵⁵⁵ “Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la naturaleza de la norma violada y no su origen ni su inserción en un determinado cuerpo legal. La naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto. Si la norma tiene por fin establecer y resguardar derechos subjetivos (derecho civil) o señalar el ámbito represivo de restricción de la libertad personal (derecho penal), su naturaleza es sustantiva, cuando su fin es en cambio el modo de conducta para hacer valer el derecho subjetivo desconocido o reprimir la violación a la prohibición penal, o sea para decir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza es procesal. Hay casos, sin embargo, en que fines y efectos se entrecruzan. Así sucede con ciertas normas consagradas en la legislación de fondo (civil, penal, etc.) que establecen cierta forma de proceder (efecto) pero tienen por objeto resguardar y asegurar la naturaleza sustancial de otra norma a la que complementan, de modo de impedir que una ley procesal local pueda alterarla (finalidad)”. DE LA RÚA, Fernando. *Op Cit.* Pág. 100 y 101.

⁵⁵⁶ La naturaleza sustantiva o procesal de la norma, no la determina el cuerpo normativo en que aquella se encuentre, sino su finalidad y efecto: **REF. 26-C-2007. 24/11/2008.** “Doctrinariamente se ha sostenido que únicamente la ley sustantiva puede ser objeto de

así, si su finalidad es establecer derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva, y si su finalidad es establecer el modo de hacer efectivos los derechos subjetivos, cuando han sido vulnerados, su naturaleza es procesal. De ahí entonces, que pueden alegarse como infringidas normas sustantivas contenidas en cuerpos normativos procesales y viceversa. Por último, es parte de la técnica de casación, nunca alegar infracción de normas jurídicas, por parte del tribunal de casación mismo.

violación en materia casacional, porque sólo ella puede regular la actividad lógica que realiza el Juez al sentenciar, ya sea que el precepto se encuentre en un cuerpo de leyes sustantivo o procesal, ya que la naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto, así: si su finalidad es establecer y resguardar derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva, si su finalidad es determinar el modo de hacer valer el derecho subjetivo, sea para pedirlo o para otorgarlo, su naturaleza es procesal. Excepcionalmente procede el recurso de fondo por infracción a preceptos procedimentales, lo cual tiene lugar cuando la infracción a tales preceptos influye en la decisión del juzgador". **REF. 99-C-2007 14/10/2008.** "Se ha sostenido que únicamente la ley sustantiva puede ser objeto de violación, en materia casacional, porque sólo ella puede regular la actividad lógica que realiza el Juez al sentenciar, ya sea que el precepto se encuentre en un cuerpo de leyes sustantivo o procesal, ya que la naturaleza de la norma deriva de su finalidad y de su efecto, así: si su finalidad es establecer y resguardar derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva, si su finalidad es determinar el modo de hacer valer el derecho subjetivo, sea para pedirlo o para otorgarlo, su naturaleza es procesal. Excepcionalmente procede el recurso de fondo por infracción a preceptos procedimentales, lo cual tiene lugar cuando la infracción de tales preceptos influye en la decisión del juzgador. La jurisprudencia salvadoreña se ha pronunciado en el sentido de que procede el recurso de fondo por infracción de "normas procesales decisorias de la litis".

CAPITULO X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

10.1 CONCLUSIONES

10.1.1 NUMERO UNO

No es únicamente la Fundamentación del Recurso de Casación la que determina la estimación o desestimación de este recurso, sino la correcta formalización, siendo la fundamentación solo uno de los elementos que debe contener la formalización del recurso de casación pero no agota su contenido

10.1.2 NUMERO DOS

Excluida toda posibilidad en materia de derecho procesal civil, la casación per saltum, la apelación se configura para nuestro estudio en un marco delimitador subjetiva y objetivamente del recurso de casación, objetivamente todo error ya sea in procedendo o in iudicando debe de haberse cometido, en la sustanciación del recurso de apelación, subjetivamente este error únicamente puede ser cometido por el juzgador de la apelación, el juez ad quem. Los motivos de forma o errores in procedendo se configuran en el curso del procedimiento de la apelación y los errores in iudicando se configuran en la sentencia que resuelve el recurso de apelación.

10.1.3 NUMERO TRES

En la configuración actual del recurso de casación que contempla el Código Procesal Civil y Mercantil la inexistencia de la modalidad de infracción de ley por interpretación errónea de la norma jurídica desfavorece el fin uniformador atribuido por el legislador al recurso de casación para lograr la igualdad y seguridad jurídica en la aplicación del derecho.

10.1.4 NUMERO CUATRO

Fundamentalmente, la técnica de la formalización del recurso de casación, debe contener, necesariamente, *so pena* de ser declarado inadmisibile o improcedente el recurso de casación, **en primer lugar**, la identificación de la resolución que se impugna; **en segundo lugar**, la distinción del tipo de casación que se deduce, según sea por motivo de forma o de fondo; **en tercer lugar**, la determinación del motivo específico en que se fundamenta el recurso de casación; **en cuarto lugar**; la mención exacta y determinada de las normas jurídicas concretas que se consideran infringidas; **en quinto lugar**, la pertinencia de los motivos alegados; **y en sexto lugar**, la fundamentación en párrafos separados de cada uno de los motivos alegados.

10.2 RECOMENDACIONES

10.2.1 NUMERO UNO

Reformar el ordinal 1º del artículo 519 CPCM en el sentido de permitir que preceda el recurso de casación contra los autos definitivos pronunciados en la apelación del proceso abreviado, para evitar que esta importante categoría de resoluciones judiciales, en las que perfectamente puede también infringirse la norma jurídica, quede sin acceso a la impugnación en casación, mediante este mecanismo fiscalizador de las decisiones y de la actividad judicial de los tribunales de apelación.

10.2.2 NUMERO DOS

Reformar el artículo 522 del CPCM en el sentido de incluir como modalidad de infracción de la ley, además de inaplicación de la norma jurídica y a la aplicación indebida o errónea que contiene, a la interpretación errónea de la norma jurídica, si verdaderamente se le quiere dar prioridad a la finalidad uniformadora que se le atribuye al recurso de casación en el artículo 524 CPCM.

10.2.3 NUMERO TRES

Reformar el ordinal 2º del artículo 528 CPCM en el sentido de aclarar que cuando el recurso de casación se fundamenta en el motivo de fondo “infracción de la doctrina legal” el recurrente, tiene la carga de establecer al tribunal de casación cuales son las tres sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas donde se encuentra contenida la doctrina legal invocada

como fundamento del recurso de casación, y no la carga de invocar las normas de derecho infringidas.

10.2.4 NUMERO CUATRO

Reformar el inciso 2º del artículo 537 CPCM en el sentido de ofrecer como solución para la estimación del recurso de casación por los siguientes motivos: caducidad de la pretensión, litispendencia y cosa juzgada, sumisión al arbitraje y el pendiente, únicamente la anulación sin necesidad de reposición del proceso como lo contempla para los motivos de abuso, exceso y defecto de jurisdicción, falta de competencia e inadecuación de procedimiento para los motivos de únicamente la anulación sin, dejando la reposición del proceso para el resto de motivos que contempla el artículo 523 CPCM.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ Y TOME PAULE, JOSÉ. ***“Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil”***. Segunda Edición. Editorial Trivium. Madrid, España, 1994.

ARRIETA GALLEGOS, FRANCISCO. ***“Impugnación de las Resoluciones Judiciales”***. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador. Sin año.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. ***“Las Obligaciones”***. Tomo II. Cuarta edición actualizada y aumentada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2001.

AMAYA, CARLOS AMÍLCAR. ***“Actos, Formas y Términos en el Derecho Procesal Civil: Tesis Doctoral”***. Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador, 1975.

BOBILLO, JULIO PICATOSTE, *eat al.* ***“Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil”***. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2009.

BENAVENTE, DARÍO. ***“Derecho Procesal y Juicio Ordinario y Recursos Procesales”***. Tercera Edición. Editorial Jurídica de Chile, 1991.

BARQUÍN ÁLVAREZ, MANUEL. ***“Los Recursos y la Organización Judicial en Materia Civil”***. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México Distrito Federal, México, 1976.

BERMUDEZ M, ANTONIO. **“La Casación en lo Civil”**. Editorial Tegucigalpa. Honduras, 1940.

BERTRAND GALINDO, FRANCISCO, *eat al.* **“Manual de Derecho Constitucional”**. Tomo I. Tercera Edición. Centro de Información Jurídica. Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, 1998.

CALAMANDREI, PIERO. **“La Casación Civil”**. Tomo I. Historia y Legislaciones. Volumen II. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1945.

CALAMANDREI, PIERO. **“La Casación Civil”**. Tomo II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Primera Edición. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1945.

CASARINO VITERBO, MARIO. **“Manual de Derecho Procesal”**. Tomo IV. Quinta edición. Editado en Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

CLARIA OLMEDO, JORGE A. **“Derecho Procesal II”**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1991.

CATENA, VÍCTOR MORENO, *eat al.* **“Introducción al Derecho Procesal”**. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1993.

COUTURE, EDUARDO J. **“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”**. Tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1958.

CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS, *eat al.* **“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”**. Consejo Nacional de la Judicatura: Escuela de Capacitación Judicial. El Salvador, 2010.

CHIOVENDA, JOSÉ. **“Principios de Derecho Procesal Civil”**. Tomo II. Traducción Española de la Tercera Edición Italiana del Profesor José Casáis y Santalo. Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1925.

- DALTON, ROQUE. **“El Salvador (Monografías)”**. Sin año.
- DE LA PLAZA, MANUEL. **“La Casación Civil”**. Primera edición. España, 1944.
- DE LA RUA, FERNANDO. **“La Casación Penal: El Recurso de Casación Penal en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación”**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- DE PINA, RAFAEL Y CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ. **“Instituciones de Derecho Procesal Civil”**. Vigésimo segunda edición. Editorial Porrúa. México D.F., México, 1996.
- DE SANTO, VÍCTOR. **“Tratado de los Recursos”**. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2004.
- “Diccionario de la Lengua Española”**. Decimo Sexta Edición. Talleres Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 1936.
- ECHANDIA, HERNANDO DAVIS. **“Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”**. Editorial Aguilar S.A de Ediciones. Madrid, España, 1966.
- FÁBREGA PONCE, JORGE. **“Casación”**. Primera Edición. Editorial Varitec. S.A. San José, Costa Rica, 1995.
- FAIREN GUILLEN, VÍCTOR. **“Teoría General del Derecho Procesal”**. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México Distrito Federal, México, 1992.
- FERNÁNDEZ, JULIO FAUSTO. **“Casación Penal”**. Publicaciones del Ministerio de Justicia. San Salvador, El Salvador, 1977.

FORNACIARI, MARIO ALBERTO. “**Modos Anormales de Terminación del Proceso**”. Tomo III. Caducidad de Instancia. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1991.

GALLARDO, RICARDO. “**Las Constituciones de El Salvador**”. Tomo I. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1961.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. “**Introducción al Estudio del Derecho**”. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México D.F, México, 1961.

GASCON ABELLAN, MARINA. “**Interpretación y Argumentación Jurídica**”. Primera edición. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial. San Salvador, El Salvador, 2003.

GUZMÁN FLUJA, VICENTE C. “**El Recurso de Casación Civil (Control de Hecho y de Derecho)**”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España 1996.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO (ILANUD). “**Proyecto Sistemas de Recopilación Difusión de la Información Jurídico Penal. Jurisprudencia Crítica**”. San José, Costa Rica, 1988.

JOVEL DÍAZ, LUIS H. “**Ciencia, Salud y Medio Ambiente 8º Grado**”. Segunda Edición. Ediciones Servicios Educativos. San Salvador, El Salvador, 2004.

KELSEN, HANS. “**Teoría Pura del Derecho**”. Onceava Edición. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México D.F, México, 2000.

LOREDO COLUNGA, MARCOS. “**La Casación Civil**”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2004.

MALDONADO RAMOS, JAIME, *eat al.* “**Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil**”. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2009.

MÉNDEZ, JOSÉ MARÍA Y CARIAS DELGADO, LEONEL. “**El Constitucionalismo y la vida Institucional Centroamericana**”. Primera edición. Editorial Universitaria. San Salvador, El Salvador, 1964.

MONTERO AROCA, JUAN, *et al.* “**Derecho Jurisdiccional Civil II Proceso Civil**”. Decima edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001.

MONTERO AROCA, JUAN Y FLORS MATIES, JOSÉ. “**Los Recursos en el Proceso Civil**”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2001.

MONTESQUIEU, CARLOS LUIS DE SECONDAT, BARÓN DE LA BREDE Y DE. “**Del Espíritu de las Leyes**”. Segunda edición. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador, 2005.

MORALES SUAREZ, HUGO. “**La Casación Civil en España**”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sin año.

MORAS MOM, JORGE R. “**Manual de Derecho Procesal Penal**”. Sexta Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2004.

MORALES M, HERNANDO. “**Técnica de Casación Civil**”. Primera Edición. Ediciones Lerner. Bogotá, Colombia. Sin año.

NOSETE, JOSÉ ALMAGRO, *eat al.* “**Derecho Procesal. Tomo I. Volumen I. Parte General. Proceso Civil**”. Sexta edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España, 1992.

NÚÑEZ ARISTIMUNDO, JOSÉ S. “**Aspectos en la Formalización del Recurso de Casación**”. Cuarta Edición. Sin año.

NIEVA FENOLL, JORDI. “**Los Motivos de Casación en la Ley Procesal Laboral Venezolana**”. Venezuela, 2006.

OSSORIO, MANUEL. “**Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**”. Primera Edición Electrónica. Editorial Datascan, S.A. Guatemala. Sin año.

OVALLE FAVELA, JOSÉ. “**Derecho Procesal**”. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México Distrito Federal, México, 1991.

PADILLA Y VELASCO, RENÉ. “**Apuntes de Derecho Procesal Civil**”. Tomo I. (Principios de Derecho Procesal Civil, Jurisdicción y Competencia). Universidad Autónoma de El Salvador, 1948.

PALACIO, LINO ENRIQUE. “**Los Recursos en el Proceso Penal**”. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.

PALACIO, LINO ENRIQUE. “**Manuel de Derecho Procesal Civil**”. Decimo Séptima Edición Actualizada. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003.

PODETTI, J RAMIRO. “**Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral**”. Volumen II. Tratado de los Actos Procesales. Editorial Ediar S.A. Buenos Aires, Argentina, 1955.

PALLARES, EDUARDO. “**Derecho Procesal Civil**”. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.

PICADO G, ANTONIO. **“Jurisprudencia del Recurso de Casación: Admisión o Rechazo del Recurso”**. Imprenta Nacional. San José, Costa Rica, 1933.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. **“Recurso de Casación en Materia Civil, Penal y del Trabajo”**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1966.

QUINTERO, BEATRIZ Y PRIETO, EUGENIO. **“Teoría General del Proceso”**. Tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia, 2000.

RAMÍREZ GRONDA, JUAN D. **“Diccionario Jurídico”**. Onceava Edición Actualizada, Corregida y Ampliada. Editorial Claridad. Buenos Aires, Argentina, 1994.

RIVES SEVA, JOSÉ MARÍA. **“Los Medios de Impugnación de las Resoluciones Judiciales y el Sistema de Recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”**. Primera Edición. Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 2004.

ROMERO CARRILLO, ROBERTO. **“Normativa de Casación”**. Segunda Edición. Centro de Informática Jurídica. Sin año.

ROSENTAL, M.M. Y IUDIN, P.F. **“Diccionario de Filosofía”**. Sin año.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO. **“El Contrato Social”**. Tercera edición. Editorial Jurídica Salvadoreña. San Salvador, El Salvador, 2005.

TORRES ROMERO, JORGE ENRIQUE. **“Principios Elementales del Recurso de Casación en Materia Penal. Técnica y Jurisprudencia”**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1979.

VESCOVI, ENRIQUE. **“Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica”**. Segunda edición, Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1988.

LEGISLACIÓN

NACIONAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1883: decretada a los cuatro días del mes de noviembre de mil ochocientos ochenta y tres, sancionada el día seis de diciembre de mil ochocientos ochenta y tres.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1886: decretada y sancionada a los trece días del mes de Agosto de 1886.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1945: fue decretada a los veinte días del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y sancionada a los veintinueve días del mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1950: decretada a los siete días del mes de Septiembre de mil novecientos cincuenta

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1983: decretada a los quince días del mes de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres y publicada en el Diario Oficial numero 234, Tomo 281 del día dieciséis de Diciembre de 1983.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1973: decretado a los once días del mes de octubre de 1973 y publicado en el Diario Oficial de número 208, tomo 241 de fecha nueve de noviembre de 1973.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE 2010: decretado a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil ocho, y publicado en el Diario Oficial Numero 224, Tomo numero 381, el día veintisiete de noviembre de 2008.

CODIGO PROCESAL PENAL DE 1998: decretado a los cuatro días del mes diciembre de 1996 y publicado en el Diario Oficial numero 11, Tomo 334 de fecha veinte de enero de 1997.

LEY DE CASACIÓN DE 1883: decretada el día catorce de diciembre de 1883 y publicada en el Diario Oficial número 298, Tomo15 del día domingo 23 de diciembre 1883.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1939: decretada el día quince de Mayo de Mil Novecientos Treinta y Nueve y publica en el Diario Oficial de Veinticuatro de Junio de Mil Novecientos Treinta y Nueve.

LEY ORGANICA JUDICIAL DE 1984: decretada el día seis de junio de mil novecientos ochenta y cuatro y publicada en el diario oficial numero 115, tomo 283, del día veinte de junio de 1984,

LEY DE CASACIÓN DE 1953: creada por el decreto legislativo numero 1135, del día treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, y publicada en el Diario Oficial numero 161, Tomo numero 160, del 4 de septiembre de 1953

LEY DE PROCEDIMIENTOS MERCANTILES DE 1973: decretada a los catorce días del mes de Junio de Mil Novecientos Setenta y Tres y Publicada en el Diario Oficial numero 120, Tomo número 239, del veintinueve de Junio de Mil Novecientos Noventa y Tres.

CÓDIGO DE TRABAJO DE 1972: decretado a los veintitrés días del mes de junio de mil novecientos setenta y dos y publicado en el Diario Oficial de número 142, Tomo numero 236 del treinta y uno de Julio de Mil Novecientos Setenta y Dos.

LEY PROCESAL DE FAMILIA DE 1994: decretada a los catorce días del mes de septiembre de Mil Novecientos Noventa y Cuatro y Publicada en el Diario Oficial número 173, Tomo 324, de fecha veinte de septiembre de Mil Novecientos Noventa y Cuatro.

LEY DE MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE: decretada a los once días del mes de julio de dos mil dos mediante el decreto número 914, y publicada en el Diario Oficial 153, Tomo 356, del día veintiuno de agosto de 2002.

EXTRANJERA

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE ESPAÑA DEL AÑO 2000: Ley numero 1/2000 del 7 de Enero del año 2000.

CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY: Ley 15,982 promulgada el 6 de Octubre de 1988 y sancionada el 18 de Octubre de 1988.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE PERÚ: promulgada el 8 de Enero de 1993 y publicado el 23 de Abril de 1993.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE CHILE: aprobado por la Ley No. 1,552, del 28 de agosto de 1902, vigente desde el 1 de Marzo de 1903.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del diez de Diciembre de 1948.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:
Ratificado por El Salvador, mediante decreto legislativo numero 27, de fecha 23 de Noviembre de 1979, y Publicado en el Diario Oficial numero 218, de fecha 23 de Noviembre de 1979.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: ratificado por el Salvador mediante decreto legislativo numero 5, de fecha 15 de junio de 1978, y publicada en el Diario Oficial numero 113, de fecha 19 de junio de 1978.

ANEXOS

ANEXO UNO
LEY DE CASACION DE 1883

DIARIO OFICIAL.

TONO 15.

San Salvador, Domingo 23 de Diciembre de 1883.

NUM. 208

SECCION OFICIAL.

Ley de Casación.

MINISTERIO DE JUSTICIA.

El Presidente de la República del Salvador á sus habitantes,
Saber: que la Asamblea Nacional Constituyente ha emitido la siguiente ley:

La Asamblea Nacional Constituyente de la República,

Considerando:

Que conforme al inciso final del artículo 107 de la Constitución, es necesario determinar las demás atribuciones de la Corte de Casación y las reglas á que debe sujetarse en sus procedimientos,

DECRETA:

Título I.

De la Corte de Casación.

Artículo 1.—La Corte de Casación se compondrá de un Presidente y de cuatro Magistrados electos por la Asamblea general según lo prevenido en la Constitución.

Art. 2.—Por ausencia ó cualquier otro impedimento del Presidente titular, la Corte de Casación será presidida por el Magistrado más antiguo de los otros cuatro, entendiéndose por tal el que fuere primero en el orden de los nombramientos.

Art. 3.—Para toda resolución de la Corte de Casación se necesita la concurrencia de cuatro votos uniformes por lo menos.

Si por razón de discordia no se obtuvieren los cuatro votos, se llamará á conocer del asunto á los Magistrados suplentes que residan en la capital y en su defecto se nombrarán conjueces.

La designación del suplente la hará el Presidente atendiendo al orden de su nombramiento por ante en el proceso.

El conjuez será nombrado por la mayoría de la Corte de Casación, y si no la hubiere hará el nombramiento el Presidente de dicha Corte.

Art. 4.—La Corte de Casación conocerá de los recursos de este nombre y ejercerá además las funciones que el artículo 107 de la Constitución le confiere.

Art. 5.—La misma Corte continuará conociendo, hasta su fallecimiento, de los asuntos pendientes en la actualidad en la Cámara de 3ª instancia. A este efecto, se dividirá en dos salas, compuestas la primera del Presidente y de los dos primeros Magistrados, según el orden de los nombramientos y la segunda del mismo Presidente y de los otros dos Magistrados.

En esta sala se continuarán observando las disposiciones relativas á la 3ª Instancia, contenidas en los códigos y demás leyes hasta ahora vigentes; pero en los casos de discordia, recusación, excusa ó impedimento de alguno de los Magistrados de una sala se llamará en primer lugar á los de la otra.

Art. 6.—La oficina de la Corte de Casación se compondrá de un Secretario, un oficial mayor, un archivero y los escribientes y subalternos que la misma

Corte juzgue necesarios.
El nombramiento de estos empleados será hecho por la Corte de Casación.

Título II.

Del recurso de casación en lo civil.

Art. 7.—Se establece el recurso de casación, en los negocios civiles contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Cortes de Apelación y contra las de los arbitradores ó amigables componedores y solo en los casos determinados expresamente en esta ley.

Art. 8.—El recurso de casación, para ser admisible, solo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes:

1ª Ser la sentencia contraria á alguna ley expresa.

2ª Haberse quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio.

3ª Haber los arbitradores ó amigables componedores fallado sobre puntos no sometidos á su decisión, ó fuera del plazo en que legalmente podrían hacerlo.

Art. 9.—Se consideran como infracciones de las formas esenciales del juicio para los objetos del artículo anterior:

1ª La falta de citación ó emplazamiento para contestar la demanda ó para acudir á usar de su derecho ante el Tribunal superior en caso de apelación, bajo la salvedad establecida en el artículo 1100 n.º 1º del Código de Procedimientos.

2ª La incapacidad absoluta de alguna de las partes, ó su falta de personalidad ó del procurador que lo hubiese representado.

3ª La falta de recibimiento á prueba en alguna de las instancias, cuando se hubiere solicitado por el recurrente y hubiere sido procedente con arreglo á derecho.

4ª La falta de citación para alguna diligencia de prueba, cuando la parte que debia ser citada no hubiere concurrido al acto, ni hubiere recibido el proceso en traslado después de cometida la falta.

5ª La incompetencia de jurisdicción que no ha podido prorrogarse, cuando este punto no haya sido resuelto por la Corte, dirimiendo una cuestión de competencia; y

6ª Haber sido dictada la sentencia por menor número de jueces del señalado por la ley.

Art. 10.—El recurso de casación no se dará contra las sentencias de revisión pronunciadas en juicios verbales por los jueces de paz, ni contra las que se pronuncian en los juicios sumarios de posesión, en los ejecutivos, ni en ninguno, después del cual, pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto.

Tampoco se dará contra las sentencias en que se mande reponer el proceso de 1ª Instancia por alguno de los motivos de nulidad establecidos en el Código de Procedimientos.

Art. 11.—El que intentare interponer recurso de casación depositará en la Tesorería general ó en cualquiera administración de rentas, la cantidad equivalente al dos por ciento del valor del pleito; pero si éste excediere de cinco mil pesos, no habrá obligación de depositar más de cien.

Si el valor del pleito fuere indeterminado, se depositará la cantidad de cincuenta pesos.

Art. 12.—Los pobres de solemnidad están exentos de la obligación del depósito prevenido en el artículo anterior; pero serán siempre condenados al pago de la cantidad á que hubiera debido ascender en los casos determinados en esta ley.

Art. 13.—El recurso deberá interponerse ante la Corte de Casación dentro de veinte días fatales, contados desde la notificación de la sentencia hecha al recurrente.

Art. 14.—El escrito en que se interponga el recurso de casación, deberá en todo caso ser firmado por un Abogado, y se expresarán en él, las leyes ó formalidades quebrantadas indicándose también los pasajes del proceso en que conste la infracción.

Art. 15.—Con dicho escrito se presentará también la certificación del Tesorero ó Administrador de rentas que compruebe haberse hecho el depósito prevenido en el artículo 11, ó la certificación de la declaratoria de pobreza en su caso.

Art. 16.—En el mismo escrito ó en otro por separado, podrá pedir el recurrente que se mande suspender la ejecución de la sentencia, y la Corte lo acordará así sin tramitación alguna; salvo revocar la suspensión, siempre que el victorioso afiance á satisfacción de la misma Corte, restituir cuanto recibiere ó pudiere recibir, si se declarase la casación.

Art. 17.—Los procuradores no pueden interponer el recurso de casación, ni desistir de él, si no es con poder ó cláusula especial.

Art. 18.—En cualquier estado del recurso puede desistir de él la parte que lo haya interpuesto, y la Corte admitirá el desistimiento con sólo la presentación del escrito del recurrente, sin más trámite, y además condenará al recurrente en las costas que el recurso hubiere ocasionado á la otra parte.

Art. 19.—Se declarará desierto el recurso de casación si por culpa del recurrente dejaren de remitirse los autos á la Corte de Casación dentro del término del emplazamiento hecho á la otra parte conforme al artículo 21.

Art. 20.—La Corte podrá también declarar improcedente el recurso, si así fuere de derecho, en sentencia interlocutoria motivada.

Art. 21.—Presentado con los requisitos legales el escrito en que se interponga el recurso de casación, se pedirán los autos al juzgado ó Tribunal respectivo y se mandará emplazar á la parte contraria para que ocurra á usar de su derecho en el término de tres días más el de la distancia si fuere necesario.

Art. 22.—Ocurriendo la parte contraria en el término del emplazamiento y recibidos los autos, se le mandarán pasar en traslado por seis días improrrogables, con el escrito del recurrente, y con lo que ella conteste, ó en su rebeldía, quedará terminada la sustanciación del recurso.

Art. 23.—La sentencia se pronunciará con solo la vista del proceso instruido, sin admitirse pruebas de ninguna clase. Se admitirá su embargo, la prueba

instrumental que sirva para apoyar ó para contradecir los puntos de nulidad alegados.

Art. 24.—Siempre que alguna de las partes lo solicitare, se designará día y hora para la vista, á la cual podrán concurrir las partes y sus abogados á informar verbalmente lo que les conviniere.

Art. 25.—Si las partes, ó alguna de ellas, no compareciere en el día y hora señalados, ó si no hubieren hecho uso del derecho que les concede el artículo precedente, no por eso dejará de verse y determinarse el recurso.

Art. 26.—La vista se reducirá á leer los escritos originales de los recurrentes, los instrumentos presentados y todas las partes del proceso que se hubieren citado como puntos de nulidad. En seguida hablarán por una sola vez, los abogados y aun las partes si quisieren, pronunciando después el Tribunal, dentro de los doce días subsiguientes, la sentencia á que hubiere lugar.

Art. 27.—La vista en estos recursos tendrá lugar por el orden riguroso de las fechas en que se hubieren presentado, y deberán concurrir á ella los cinco Magistrados que forman la Corte de Casación.

Art. 28.—La sentencia recaerá únicamente sobre los puntos de casación alegados por el recurrente, estableciéndose en ella los hechos y las cuestiones de derecho á que haya dado lugar el recurso, en la forma de resultandos y considerandos, como se halla prevenido en el Código de Procedimientos para las sentencias definitivas.

Art. 29.—Si hubiere lugar á la casación, la sentencia que resolver el recurso, contendrá:

1º La anulación de la sentencia impugnada y el pronunciamiento de otra arreglada á la ley infringida, cuando el recurso se hubiere fundado en esta causa.

2º La anulación de la sentencia en la parte en que los arbitradores hubieren decidido fuera de los límites del compromiso, si el recurso se hubiere fundado en esta causa.

3º La anulación en todas sus partes de la sentencia de los arbitradores, cuando el recurso se hubiere fundado en haberse dictado fuera del término en que legalmente podían hacerlo.

4º La anulación de la sentencia y del proceso desde el punto en que se hubieren infringido las formas esenciales del juicio, cuando el recurso se hubiere fundado en esta causa.

También se mandará devolver los autos al juez ó tribunal que hubiere cometido la infracción, para que reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió, los continúe de nuevo con arreglo á derecho; pero si la casación se fundare en incompetencia de jurisdicción, la remisión de los autos se hará á la autoridad que fuere competente; y

5º La condenación al juez ó tribunal culpable de la infracción que haya motivado el recurso, en las costas, daños y perjuicios causados á las partes.

Art. 30.—Si se declarase no haber lugar á la casación, se condenará al recurrente en la pérdida de la suma depositada, y al abogado que firmó el escrito, en las costas conionadas á la parte victoriosa y en la pérdida de los honorarios devengados en el recurso.

La misma condenación se impondrá, cuando se declare improcedente el recurso, y á la parte recurrente, cuando se declare desierto.

Art. 31.—En el caso de declararse la casación de la sentencia ó el desistimiento del recurso, se mandará devolver al recurrente la suma depositada.

Art. 32.—Las sentencias definitivas pronunciadas en el recurso de casación, lo mismo que las interlocutorias en que se declare la improcedencia, deserción ó desistimiento del recurso, se comunicarán á la Corte de Apelaciones que hubiere dictado la sentencia impugnada, siempre que no sea á ella á quien se devuelva el proceso.

Art. 33.—La Corte pondrá en conocimiento del tesorero ó administrador de rentas respectivo la resolución que se hubiere dictado en el recurso de casación, para la aplicación ó devolución de la suma consignada, no siendo necesario en este caso orden de ninguna otra autoridad.

Art. 34.—Contra las resoluciones de la Corte de Casación, no habrá recurso de ninguna clase.

Art. 35.—Contra las sentencias que tengan expedito el recurso de casación conforme al artículo 7, queda suprimido el extraordinario de nulidad que establece el Código de Procedimientos.

Título III.

Del recurso de casación en lo criminal.

Art. 36.—El recurso de casación en causas criminales solo podrá interponerse contra las sentencias ejecutoriadas pronunciadas en juicio seguido por delito, en los casos y forma que en los artículos siguientes se prescriban.

Art. 37.—Se considerarán exclusivamente como sentencias para los efectos de casación:

1º Las sentencias definitivas que absuelvan, condenen ó declaren exentos de responsabilidad á los procesados.

2º Las sentencias interlocutorias de sobreseimiento que se funden en alguno de los motivos expresados en el artículo 197 del Código de Instrucción Criminal.

3º Las sentencias interlocutorias de inhibición, que se funden en estimarse como falta un hecho que según la ley constituya delito.

4º Los autos en que se deniegue la admisión de cualquiera acusación ó denuncia, por no estimarse como delito el hecho que se denuncia ó acusa; y

5º Los autos en que las Cortes de apelación denieguen la exhibición personal, y aquellos en que confirmen ó revocuen la resolución dictada por el ejecutor del auto de exhibición.

Art. 38.—Solamente habrá lugar al recurso de casación cuando se haya infringido alguna ley expresa, en la parte dispositiva de la sentencia, ó cuando se hayan quebrantado en la causa las formas esenciales del procedimiento.

Art. 39.—Se entenderá que hay infracción de ley, para los efectos del recurso de casación, en los casos siguientes exclusivamente:

1º Cuando los hechos admitidos como probados se califiquen en la sentencia como delito, no siéndolo por su propia naturaleza, ó por circunstancias posteriores que impidan penarlo.

2º Cuando los hechos consignados y admitidos en la sentencia como probados, no se califiquen ni penen como delito, siéndolo con arreglo á la ley.

3º Cuando los hechos admitidos como probados se califiquen en la sentencia como un delito distinto del que corresponde según la ley.

4º Cuando la participación que la sentencia atribuya en el delito á cualquiera

de los procesados, ó la pena impuesta, no fueren las que correspondan según las leyes.

5º Cuando en la sentencia se hubiere dejado de tomar en consideración algún hecho que aparezca legalmente comprobado en el proceso y que tenga directa y necesaria influencia en la calificación del delito, ó en la participación en él de alguno de los procesados, ó en la aplicación de la pena impuesta; y

6º Cuando en la sentencia se tengan como comprobados hechos que realmente no lo estén, conforme á las leyes, ó viceversa.

Art. 40.—Se entenderán quebrantadas las formas esenciales del procedimiento, para los efectos de la casación, en los casos siguientes exclusivamente:

1º Cuando el recurrente no haya sido citado para alguna diligencia de prueba, debiendo haberlo sido con arreglo á la ley, ni haya concurrido al acto.

2º Cuando se hubiere dejado sin defensor al reo que no haya manifestado quererse defender por sí mismo.

3º Cuando en la sentencia se califique como válido el veredicto del Tribunal del jurado que deba tenerse como nulo con arreglo á la ley; y

4º En los casos de los números 5º y 6º del artículo 9 de esta ley.

Art. 41.—El recurso de casación se interpondrá ante el mismo Tribunal que hubiere pronunciado la sentencia, dentro de los diez días siguientes á la notificación, expresándose en el escrito las leyes ó formalidades quebrantadas y los pasajes del proceso en que conste la infracción.

Art. 42.—El escrito deberá estar firmado por algún Abogado, siempre que el delito por que se ha procedido fuere de aquellos que no pueden perseguirse sino en virtud de acusación.

Deberá también en este caso depositarse por el recurrente la cantidad de cien pesos en alguna de las oficinas designadas en el artículo 11 y acompañarse la certificación respectiva; salvo que estuviere declarado pobre de solemnidad, que entonces bastará que presente el comprobante de la declaratoria.

Art. 43.—Presentado el escrito, el Tribunal mandará pasarlo en traslado por seis días á la parte contraria, y devueltos los autos, los remitirá á la Corte de Casación; emplazando á las partes por el término legal para que ocurran á usar de su derecho si les conviniere.

Art. 44.—Transcurrido el término del emplazamiento y recibido el proceso en la Corte de Casación, se mandará pasar en traslado por tres días al Fiscal y al Procurador de pobres, si el delito fuere de oficio, y si el recurso se hubiere interpuesto ante las Cortes de San Miguel ó Santa Ana.

Dichos funcionarios podrán alegar nuevos motivos de casación si los hubiere.

Art. 45.—Evacuados los traslados á que se refiere el artículo anterior, ó sin ellos, cuando el recurso se hubiere interpuesto ante alguna de las Cortes de la capital, se pronunciará la sentencia que corresponda.

Art. 46.—Los Fiscales y los Procuradores de pobres deberán interponer el recurso de casación siempre que lo juzguen procedente conforme á esta ley y favorable á la parte que representan; pero no podrán desistir de él una vez interpuesto.

El desistimiento en este caso, solo podrá hacerlo los procesados mismos ó sus

apoderados con poder ó cláusula especial.
Art. 47.—El tribunal que haya pronunciado una sentencia contra la cual pueda interponerse el recurso de casación, no devolverá los autos al juzgado de su origen, hasta que trascurra el término señalado para interponerlo.

Si se interpusiere, quedará en suspenso hasta su terminación, la ejecución de la sentencia, á menos que ésta sea absolutoria, en cuyo caso, si el reo estuviese preso, podrá ser puesto inmediatamente en libertad bajo de fianza.

Art. 48.—Cuando hayan sido varios los reos condenados por el mismo delito, la sentencia de casación no aprovechará ni perjudicará á los que no hubieren recurrido, salvo que sean incompatibles con la declaración de derecho que el tribunal hiciere, los pronunciamientos que la sentencia casada contenga respecto de aquellos. En este caso, la Corte al dictar la nueva sentencia de fondo, dispondrá lo que corresponda en cuanto á los reos que no hubiesen recurrido.

Lo mismo se observará cuando se haya procedido contra un individuo por varios delitos y solo hubiere lugar á la casación respecto de uno ó mas de ellos.

Art. 49.—No podrá interponerse recurso de casación contra las sentencias en que se mande reponer el proceso por alguno de los motivos de nulidad establecidos en el Código de Instrucción Criminal; ni contra aquellas que hubiesen recibido autoridad de cosa juzgada por no haberse apelado de ellas, siendo apelables según la ley; ni contra las pronunciadas por las salas de 3.^a instancia establecidas en el artículo 5.

Art. 50.—Aunque se declare sin lugar la casación de la sentencia ó improcedente el recurso, no se impondrá condenación alguna á la parte que lo interpuso ni al abogado que firmó el escrito, si el delito fuere de aquellos que dan lugar al procedimiento de oficio.

Art. 51.—Contra las sentencias en que se imponga la pena de muerte se considerará interpuesto de derecho el recurso de casación en beneficio del reo.

En consecuencia, el Tribunal que haya pronunciado la sentencia de 2.^a instancia elevará inmediatamente los autos á la Corte de casación.

Art. 52.—Recibido el proceso en el caso del artículo anterior, se mandará pasar en traslado por seis días al procurador de pobres, para que exponga si existen ó no algunos de los motivos de casación designados en los artículos 39 y 40, y por igual término al Fiscal, para que conteste, pronunciándose en seguida la sentencia que corresponda.

Art. 53.—La Corte de Casación, en estos casos, anulará la sentencia de 2.^a instancia si encontrase que en el proceso se ha cometido contra el reo alguna de las infracciones designadas en los citados artículos 39 y 40, aunque no haya sido alegada por el procurador de pobres.

Art. 54.—Son aplicables al recurso de casación en causas criminales las disposiciones contenidas en los artículos 17, 20, 23, inciso 1.^o, 24, 25, 26, 27, 28 con la salvedad establecida en el 53, 29 números 1.^o, 4.^o y 5.^o; 31 hasta el 34 de la presente ley.

También lo son las de los artículos 18, 19 y 30 cuando el delito fuere de aquellos que solo pueden perseguirse en virtud de acusación.

Título IV.

Disposiciones generales

Art. 55.—Queda suprimido el recurso

de súplica en todas las causas civiles y criminales, y el de apelación en aquellas de que conocen en 1.^a instancia los tribunales de apelación. En unas y otras, solo podrá interponerse el de casación en los casos determinados por esta ley.

Art. 56.—Los depósitos en cuya pérdida se condene á los que hayan interpuesto el recurso de casación, se destinan á formar el fondo para una biblioteca de la Corte de Casación, el cual estará á cargo de su Presidente, quien cuidará de su conservación y legal inversión. A este efecto, el Tesorero general ó Administrador de rentas que hubiere recibido el depósito, lo remitirá al secretario de dicho tribunal, inmediatamente después que reciba la comunicación de la sentencia condenatoria, sin necesidad de orden de ninguna otra autoridad.

Art. 57.—Se derogan las leyes anteriores en todo lo que fueren incompatibles con la presente, que tendrá fuerza de ley desde su publicación en el "Diario Oficial".

Al Poder Ejecutivo.

Dada en San Salvador, en el Palacio Nacional, á los catorce días del mes de Diciembre de mil ochocientos ochenta y tres.

A. Guirola, Vice-Presidente.

Manuel Cáceres, Secretario.

Juan María Villatoro, Pro-Secretario.

Palacio Nacional: San Salvador, Diciembre 20 de 1883.

Por tanto: ejecútese.

Rafael Zaldívar.

El Ministro de Justicia;
Salvador Gallegos.

Rectificación.

En el decreto de *exequatur* expedido á favor de don Juan Mollat, y publicado en el "Diario Oficial", el día de ayer, donde dice *Vice-Cónsul* debo leerse *Cónsul*.

REPRODUCCIONES.

CONGRESO ESPAÑOL DE GEOGRAFÍA COLONIAL Y MERCANTIL.

Dictámen emitido por don Antonio Balbin de Unquera, sobre la cuestión tercera

"Las Antillas y el Canal de Panamá."

Continuación.

Que la antigüedad, tomando esta palabra como tomarse debe respecto á América y en su concepto propio por lo que atañe á Egipto, pensó en abrir semejantes canales y aún los mismos, de que ahora se trata, aunque esté probado, nada quita de su mérito á Lesseps, ni debe disminuir nuestro entusiasmo. La imaginación no tiene límites, y para ella son poco los cielos y dispone de colores que jamás ha manejado pintor alguno; pero la imaginación pinta y no esculpe, y una obra, siquiera sea como la de las Pirámides, inferior sin duda á las que citamos, no puede salir de aquella potencia divina, porque es cerebro y no mano, porque no puede esculpir y únicamente pinta. Además obras proyectadas, obras comenzadas é interrumpidas en su curso por obstáculos que no arrean á la moderna ciencia, no podrán disputarles el premio, del que indudablemente, al juicio de la nuestra y de las futuras edades, son tan dignas.

No se os ha congregado aquí por la Sociedad Geográfica para rendir tributo de estériles alabanzas á los grandes géneos de nuestra edad; el criterio eminentemente práctico que ha precedido á la elección de los temas, nos impone el deber de seguirlo en su exposición y discusión, y el mejor medio de aplaudir á los citados genios es ponderar los resultados de sus obras, adelantarse con la meditación á sus resultados; combinar el patriotismo, que es un deber de siempre, con el interés y la consideración de la humanidad que nuestros tiempos reclaman como un derecho. En este concepto, veamos que nuevo aspecto pueden tomar, y tomarán seguramente, el comercio y el interés de Europa combinados con el de América, á consecuencia de la apertura del Canal de Panamá sin olvidar que este Congreso se ha reunido por españoles y para tratar con especial preferencia de lo que á España interesa.

Dadme población y os daré producción, dijo un gran economista: dadme población unida, ya que no por su origen, por sus aspiraciones, y la producción excederá los cálculos de los más optimistas. Esta es la que falta en Cuba, donde el trabajo ha vivido sujeto al peor régimen, que es entre todos el de la esclavitud; forzada por la necesidad una parte de los pobladores; á quienes alejaba la miseria de nuestro suelo, y dominada otra por el capricho y la avaricia del señor, producían mucho, pero no tanto como hubieran podido hacerlo con distinto régimen. En vano era pedir á la política, que ensayando nuevos métodos, hiciese milagros; no tanto á ella como á la economía debía pedirse el remedio de los males de Cuba. Cuando crecía la población, no era tanto que no se sintiese cada vez más la falta de nuevos habitantes, sobre todo de labradores. Ensayáronse inmigraciones de europeos, que ya por el rigor del clima, ya por luchar con la competencia de una raza que trabajaba mucho, y á bajo precio, no tuvieron el resultado que se esperaba; ensayáronse otras de asiáticas, y la criminalidad creció y no aumentó la producción, porque el colono chino no se establece, según el orden de la naturaleza, con su mujer y sus hijos, al paso que el negro, trabajando en familia, desempeñaba mejor sus obligaciones. Y sin embargo, de una ó de otra manera es preciso aumentar la población de la grande Antilla; y no obligando á emigrar, lo que no puede hacer ningún gobierno, ni menos llevando como los ingleses á la Australia la hez de su población europea, porque añadir nuevos estímulos á la desmoralización no es buen principio para la felicidad ni riqueza, ni para la subsistencia de un país que debe considerarse muy oivillizado, con todas las ventajas y con todos los inconvenientes, si los hay en algún concepto, de los países que merecen este nombre. La desproporción entre las dos razas, blanca y negra, por mucho que ésta se civilice, es un mal que jamás se deplorará bastante. No puede ni debe España renunciar en Cuba á la cooperación de la raza negra, porque debiéndole en tanta parte la producción y la riqueza, ni puede ni debe ser ingrata; antes bien los legisladores han de considerar los intereses de ambas, sacando algún provecho de esa coexistencia de razas, que no impide ser felices á varios estados americanos. Pero la población actual de Cuba y la que se le agregue

ANEXO DOS

***SENTENCIA PRONUNCIADA POR LA SALA
DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA EN EL PROCESO CLASIFICADO
BAJO LA REFERENCIA 272-C-2005, DE
FECHA SIETE DE ENERO DE DOS MIL
OCHO***

272-C-2005. 07/01/2008.

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas del siete de enero de dos mil ocho.

*Vistos en Casación la sentencia definitiva pronunciada en apelación, por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente, a las doce horas y cuarenta y cinco minutos del veintiocho de octubre de dos mil cinco, de la sentencia definitiva pronunciada por la señora Jueza Segundo de lo Civil de san Miguel, a las catorce horas del seis de junio del mismo año, en el **JUICIO CIVIL ORDINARIO REIVINDICATORIO**, promovido por el licenciado **JORGE EFRAÍN CAMPOS COELLO**, como apoderado del señor **CESAR AMADEO SANDOVAL RIVERA**, conocido por **CESAR AMADEO SANDOVAL**, contra la señora **MERCEDES RODRÍGUEZ DE MIRANDA**.*

Han intervenido en Primera Instancia, la parte actora por medio del licenciado Jorge Efraín Campos Coello, y la parte demandada, por medio del licenciado Juan Antonio Yáñez Arenivar. En Segunda Instancia y Casación únicamente el licenciado Campos Coello, en el carácter indicado.

VISTOS LOS AUTOS; Y,

CONSIDERANDO:

*I) El Fallo de Primera Instancia, en lo principal dice: "*****POR TANTO: De acuerdo a las expuestas y a lo que determinan los artículos 2, y 11 de la Constitución de la República, 421, 421, 422, 427, 436, 439 y siguiente 891, 892, 895, 897 y siguiente del código de procedimientos civiles, a nombre de la República de El Salvador FALLO: DECLARASE INEPTA LA DEMANDA interpuesta por el señor CESAR AMADEO SANDOVAL RIVERA, conocido por CESAR AMADEO SANDOVAL, por medio de su Apoderado General Judicial, Licenciado JORGE EFRAIN CAMPOS COELLO, en contra de la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA por no haber hecho uso de la vía procesal idónea.- Condenase a la parte actora al pago de las costas procesales de esta instancia.- HAGASE SABER.-****"*

*II- Por considerar que con dicha sentencia se afectan los intereses de su representado, el licenciado Campos Coello interpuso recurso de apelación de la anterior sentencia definitiva; la Cámara, por sentencia de las doce horas y cuarenta y cinco minutos del veintiocho de octubre de dos mil cinco resolvió lo siguiente: "*****POR TANTO: De conformidad a las razones expuestas, disposiciones legales citadas, Arts. 428, 439, 1089 y 1091 Pr. C., a nombre de la República de El Salvador,*

*DIJERON. CONFIRMASE la sentencia definitiva de la cual se ha hecho mérito.---- CONDESASE al actor en costas, daños y perjuicios en ambas instancias.----- Oportunamente, devuélvase los autos principales al Juzgado de su procedencia con la certificación respectiva. "*****"*

*III- No conforme con dicha sentencia, el licenciado Campos Coello, actuando en el carácter indicado interpuso recurso de casación, el cual fundamentó en los siguientes términos: "*****"INTERPOSICION DEL RECURSO DE CASACION-----*Que he sido notificado de la sentencia definitiva dictada por Vuestra Digna Autoridad en el incidente de apelación antes aludido, con la cual no está conforme mi representado, por lo que con sus expresas instrucciones vengo a interponer recurso de casación en contra de la misma.-----*PLAZO PARA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN *El plazo para la interposición del tal recurso es de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia pronunciada por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro; para el presente caso, tal notificación ocurrió el día treinta y uno de octubre de dos mil cinco, por lo que sin contar los sábados y domingos, así como los días dos, veintiuno y veintidós de noviembre, por ser el primero día de los difuntos y otros dos los correspondientes a las fiestas patronales de la ciudad de San Miguel, sede de la Honorable Cámara sentenciadora en el presente proceso; el término en mención vence el día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco.-----*CAUSA GENERICA EN QUE SE FUNDA EL RECURSO DE CASACIÓN-----*La causa genérica en que se funda el recurso de casación que interpongo es la contemplada en el artículo 2 literal a) de la Ley de Casación, esto es, "Infracción de Ley o de doctrina legal".----*MOTIVOS ESPECIFICOS QUE SE INVOCAN-----*Los motivos específicos que se invocan son los siguientes: 1) El consignado en el artículo 3 numeral 1° de la Ley de Casación, esto es: "Cuando el fallo contenga violación de ley o de doctrina legal"; y, 2) El estipulado en el numeral 8° del Artículo 3 de la Ley de Casación, es decir: "Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho"-----*PRECEPTOS INFRINGIDOS-----*En relación al primer motivo, infracción de ley o de doctrina legal considero infringidos los siguientes artículos y doctrina: Art. 1619, 891, 895, 897 y 1552 del Código Civil; y, 439 del Código de Procedimientos Civiles; finalmente las doctrinas legales que afirman lo siguiente: "Los elementos para que se configure una acción reivindicatoria son tres: 1) Que la cosa reclamada sea singular; 1) La calidad de dueño de quien pide su restitución, y, 3) Que el demandado esté en actual posesión de la cosa"; y, "Las causales de ineptitud de la demanda son entre otras: a) Falta de legitimo contradictor; b) Falta de interés del actor en el proceso; y c) Error en la vía utilizada en el ejercicio de la pretensión."-----*En relación al segundo motivo invocado, considero infringidos los artículos 663, 667, 683, 717 y 680 C., 374, 370, 258 y 321 Pr. C., los cuales han sido violados y han sido decisivos en la litis.-----CONCEPTOS DE LAS INFRACCIONES-----PRIMERA CAUSAL INVOCADA-----*En relación al primer motivo invocado, es dable mencionar que hay violación cuando se deja de aplicar la**

norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra.---En el presente caso, la Honorable Cámara de lo Civil de la Primera sección de Oriente, violó lo preceptuado por el artículo 1619 C., pues a pesar de no mencionar ningún precepto legal, en el considerando jurídico de la sentencia de mérito afirmó en esencia que por existir dos traspasos de un mismo inmueble, mi representado debía iniciar, junto con la acción reivindicatoria, una acción de nulidad del traspaso efectuado a la demandada; cuando según lo prescribe el artículo antes mencionado la venta de cosa ajena es válida y produce, entre las partes, las obligaciones propias de la compraventa.-----Asimismo, expresa el mencionado precepto legal, que el comprador, es quien tiene derecho a incoar contra su vendedor el proceso correspondiente a fin de obtener la resolución del contrato.-----Dicha situación últimamente planteada es lógica, pues se entiende que tal traspaso, de no mediar inscripción registral, afecta únicamente a las partes intervinientes en el contrato.-----Así las cosas, mi representado poseedor de un justo título inscrito (escritura de compraventa), no era parte interesada en la "declaración de nulidad" del traspaso efectuado a los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, y luego a la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA; y únicamente requirió la restitución de la posesión del inmueble cuyo dominio ostentaba y del cual había sido ilegalmente despojado.---En su sentencia la Honorable Cámara sentenciadora impone una obligación procesal, (incoar junto a la acción reivindicatoria la acción de nulidad), que no le corresponde según consta en el texto legal infringido y del cual se ha hecho alusión anteriormente.---En tal orden de ideas, es lógico afirmar que la Honorable Cámara, violó lo preceptuado por los artículos 891, 895, 897 C. al confirmar la declaratoria de ineptitud de la demanda pronunciada en un primer término por la Juez Segundo de lo Civil de San Miguel, ya que de haber aplicado los mencionados preceptos se hubiera percatado que la demanda que dio origen a la presente acción, reunía los requisitos necesarios para llegar a una sentencia en que se analizara el fondo, pues mi representado, como ya se dijo anteriormente, era poseedor de un justo título inscrito, la demandada se encontraba en posesión del bien inmueble reclamado, y éste se encontraba perfectamente determinado en el proceso, en ningún momento el primer artículo mencionado como transgredido condiciona el ejercicio de la acción reivindicatoria a la nulidad del cualquier traspaso que carezca de inscripción registral. -----En los mismos términos, también considero violada la doctrina legal mencionada en el momento de la invocación de los preceptos infringidos y que relaciona a cabalidad los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción reivindicatoria de dominio.---Finalmente, en lo que se refiere al primer motivo invocado, es de concluir que la Honorable Cámara sentenciadora al no aplicar los artículos del Código Civil y doctrina legal antes mencionados aplicó erróneamente el artículo 1552 C., pues alude a que los traspasos efectuados primero a los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, y luego a la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, son anulables por tratarse en los mismos de un bien que ya había sido vendido; tal

aseveración es incorrecta pues en el texto del mencionado precepto legal en ningún momento se menciona tal causa como motivo de nulidad de un acto o contrato; por el contrario existe otro precepto, que ya antes fue mencionado, en el cual se afirma que la venta de cosa ajena no es anulable, sino más bien le nace al comprador la facultad de promover una acción de resolución de tal contrato. Asimismo, y en el mismo orden de ideas, considero que la Honorable Cámara de lo Civil de la primera sección del Centro eligió erróneamente la aplicación del Art. 439 Pr. C., el cual recoge la posibilidad del Juzgador de declarar inepta una demanda pero cuando se configura cualquiera de las causales requeridas para ello, y no de manera antojadiza y sin fundamento jurídico.----Así considero infringida la doctrina legal transcrita, y que recoge las causas por las cuales una acción puede declararse inepta, siendo que ninguna de ellas se configura en la presente causa.----- Tanto los artículos 1552 C. y 439 Pr. C., así como la doctrina legal antes relacionada, a pesar de no haber sido, mencionadas expresamente; han sido aplicadas erróneamente, de manera tácita.----

SEGUNDA CAUSAL INVOCADA-----En lo que se refiere a la segunda causal invocada, considero infringidos los siguientes artículos y en los siguientes conceptos:---Art. 663 C: Al manifestar la Honorable Cámara que existe dos ventas sobre un mismo inmueble y que es necesario incoar una acción de nulidad en su contra para que proceda coetáneamente la acción reivindicatoria, comete error de derecho en la apreciación de la prueba pues concede a las ventas efectuadas primero a los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, y luego a la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA un valor equiparable a la venta otorgada a favor de mi representado, cuando de conformidad con el precitado artículo del Código Civil, nunca se pudo hacer la tradición del bien raíz objeto del presente proceso, pues el mismo previamente ya había sido vendido a mi poderdante y por consiguiente ya se le había efectuado la tradición del dominio; de tal suerte que las ventas efectuadas con posterioridad no pudieron nunca involucrar la tradición por ya no pertenecerles al haberse dispuesto de ella con anterioridad, siendo los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, y luego a la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA únicamente poseedores.-----

Asimismo, se ha violado el artículo 667, 680 y 683 C. todos en el mismo concepto, esto es, que según la sentencia de la Cámara las ventas efectuadas primero a los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, y luego a la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, le son oponibles a mi mandante, y es necesario solicitar su nulidad junto con la acción reivindicatoria; tal situación es absolutamente violatoria de los preceptos legales mencionados, los cuales afirman que para que un instrumento que requiere inscripción, como lo es un traspaso de bienes inmuebles, sea oponible a terceros, es necesario que se verifique la misma, y tal como lo relaciona la Honorable Cámara en el considerando jurídico y así consta en autos, ni la adjudicación en pago otorgado por el Juez Primero de Instrucción de la ciudad de San Miguel a favor de los señores CARLOS DE JESUS RODRIGUEZ, JOSE LUIS

CONTRERAS y JOSE ARMANDO PEREIRA, ni la venta posterior efectuada por éstos a favor de la señora demandada ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, han sido inscritas, ni lo serán, pues de lo contrario se violaría los principios registrales de prioridad, tracto sucesivo y legalidad.---Por lo tanto si tales instrumentos no le son oponibles a mi representado, ¿Qué razón tendía él para promover su nulidad? Es conveniente aclarar que si bien es cierto erróneamente se embargó el bien raíz de que trata el presente proceso, dicho embargo ya fue cancelado por orden del mismo Juez Primero de Instrucción y que su inscripción hubiera sido la única sobre la cual hubiera procedido una acción de nulidad.---Es claro que mi mandante ha sido despojado de la posesión que le corresponde como propietario del mencionado bien raíz, y es esa restitución la que se persigue al incoar el presente Juicio Ordinario Reivindicatorio de Dominio; el cual, vale recalcar se basa en un documento inscrito a favor de mi representado, que es oponible erga omnes, y es al que, la Honorable Cámara sentenciadora, debió darle valor por sobre los demás instrumentos presentados, los cuales deberán permanecer válidos a fin que sus titulares ejerzan las acciones que les plantea la ley.---También considero infringido el artículo 717 C. pues la Honorable Cámara cometió error de derecho al darle valor probatorio a los documentos de traspaso tantas veces aludidos, ya que los mismos según la disposición legal referida por no encontrarse inscritos y tener por objeto hacer valer un derecho frente a un tercero, no debieron admitirse o en todo caso no debieron hacer fe; y debió por lo tanto darle el valor probatorio al único documento inscrito que consta en el proceso, esto es, la venta efectuada a mi representado, la cual fue presentada con anterioridad a cualquier otra presentación.---En tal virtud, considero haber establecido en autos el primer requisito para incoar una acción reivindicatoria , es decir, "la calidad de adueño de quien pide la restitución del bien".---Igualmente considero que la Honorable Cámara sentenciadora cometió error de hecho (sic) en la apreciación de la prueba, al infringir lo preceptuado por el Art. 321 Pr. C., pues no le dio valor, ni siquiera analizó, la prueba testimonial presentada con la cual se acreditó fehacientemente que la demandada se encuentra en posesión del bien inmueble de que se trata propiedad de mi representado, pues los testigos que rindieron su declaración son conformes y contestes en personas y hechos, tiempos y lugares y circunstancias esenciales, esto es, declararon que mi representado es el propietario del inmueble ubicado en la Urbanización Ciudad Real Poniente, Primera Etapa, Cantón el Jute, jurisdicción de San Miguel, identificado con el número CATORCE del Polígono "D", y que quien vive en el inmueble es la señora MARIA AZUCENA SANTOS MENDEZ, arrendataria de la demandada señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA.-----Asimismo, se violó el precepto contenido en el Art. 258 Pr. C., ya que la Honorable Cámara, volvió a ignorar una prueba aportada en el proceso, me refiero al Contrato de Arrendamiento, celebrado entre la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, como arrendante; y la señora MARIA AZUCENA SANTOS MENDEZ, como arrendataria; referente al bien inmueble propiedad de mi representante; el cual se encuentra agregado y es un contrato privado autenticado

por notario, el cual de conformidad con la disposición legal señalada en el presente párrafo, hace plena prueba y con el cual se acreditó aún más, el segundo requisito de la acción reivindicatoria: "Que el demandado se encuentre en posesión de la cosa reclamada"----De igual forma, considero violado el precepto legal contenido en el artículo 370 Pr. C., al haber ignorado la Honorable Cámara, la inspección personal llevada a cabo por la Juez Segundo de lo Civil de la ciudad de San Miguel, en la cual consta que la mencionada Juez inspeccionó el bien inmueble propiedad de mi representado y encontró en el mismo, a la familia de la señora NANCY AZUCENA SANTOS MENDEZ, arrendataria de tal bien raíz. Dicha inspección hace plena prueba en relación a la posesión que ejerce sobre tal bien la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, asimismo, sobre la singularización de tal bien, tercer elementos para incoar una acción reivindicatoria.-----Considero infringido el Art. 374 Pr. C., pues la Honorable Cámara sentenciadora, obvió lo confesado por la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA, quien en la absolución de posiciones que le fue presentada, singularizó el bien inmueble y confeso encontrarse en posesión del mismo y haberlo arrendado a la señora NANCY AZUCENA SANTOS MÉNDEZ.---En razón de todo lo antes expuesto, durante la tramitación del proceso en referencia, se acreditaron todos los extremos procesales necesarios para que no sólo se fallara respecto al fondo del asunto, sino además para que se accediera a las pretensiones contenidas en la demanda de mérito."''

IV) Mediante resolución de las quince horas del diez de abril del presente año, el recurso fue admitido por los sub-motivos invocados: a) Violación de Ley, con infracción de los Arts. 1619, 891, 895, 897 y 15552 C. C. y 439 Pr. C.; y, Error de Derecho en la apreciación de la prueba, respecto de la infracción de los Arts. 667, 683, 717 y 680 C. C. y 370, 374, 258 y 321 Pr. C.- En la misma resolución se ordenó pasar los autos a la Secretaría, para que las partes presentaran sus alegatos dentro del término de ley, habiendo hecho uso del mismo únicamente el recurrente.

ANÁLISIS DEL RECURSO

VIOLACIÓN DE LEY Y DE DOCTRINA LEGAL:

Infracción de los Arts. 1619, 891, 985 y 897 C.C.

El recurrente alega los sub-motivos de violación de ley y de doctrina legal como si se trataran de uno solo, confundiendo el concepto de la infracción.

Asimismo, al citar el Art. 1619 c. no expresa con claridad el concepto de la infracción en relación al sub-motivo que invoca, por lo que no permite a esta Sala examinar si efectivamente se cometió la infracción. Respecto de los Arts. 891, 895 y 897 no expone en forma puntual para cada una de dichas normas, de qué manera se

cometió la infracción de parte de la Cámara ad-quem, pues las cita en forma global sin separar el concepto de la infracción, sino que lo hace en forma de alegato.

Sumado a lo anterior, como si se tratara del mismo sub-motivo manifiesta que se ha violado la doctrina legal relacionada a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, concluyendo que la omisión de la Cámara al aplicar la doctrina legal y los preceptos legales citados, la llevó a aplicar erróneamente los Arts. 1552 C. y 439 Pr.C.

Como se puede advertir, el recurrente ha incurrido en una confusión al invocar los sub-motivos aludidos, pues en principio, cuando se invoca violación de ley, ésta recae en la ley propiamente y deben citarse los preceptos legales y exponer en forma precisa e inequívoca, el concepto de la infracción de manera separada; y por otra parte, cuando se invoca violación de doctrina legal, deben citarse las sentencias pronunciadas por el Tribunal casacional que conforman la doctrina legal alegada como infringida. Por consiguiente, no obstante encontrarse el presente incidente en estado de pronunciar sentencia, y siendo que el recurso fue admitido indebidamente por no reunir los requisitos de ley, de conformidad a lo estipulado en el Art. 16 L.de C. debe declararse su inadmisibilidad en el fallo de mérito.-

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:

Infracción de los Arts. 663, 667, 680, 683 y 717 C.C.

Sostiene el recurrente, que se han infringidos tales disposiciones al amparo del vicio denunciado, porque conforme a las mismas para que un instrumento que requiere inscripción (adjudicación en pago y compraventa) sea oponible a terceros, es necesario que sea inscrito en el registro correspondiente; sin embargo, en este caso eso no ha sucedido, pues ni la adjudicación en pago ni la venta posterior derivada de la misma, han sido inscritas, por lo tanto dichos documentos no le son oponibles a su representado y por ende no hay razón para que él promueva su nulidad previamente a la acción reivindicatoria. La Cámara debió darle valor por sobre los demás instrumentos presentados al documento de compraventa a favor de su poderdante pues es el que está inscrito, no debió entonces darle valor probatorio a la adjudicación en pago y compraventa a favor de la demandada como lo hizo.

Asimismo, señala como infringido el Art. 321 Pr.C., pues a su Juicio la Cámara no le dio valor probatorio a la prueba testimonial con la cual quedó demostrada la posesión por parte de la demandada.

De igual manera, alega como infringido el Art. 258 Pr.C., centrado la infracción en el hecho de que la Cámara ad-quem ignoró el contrato de arrendamiento celebrado entre la demandada y la señora María Azucena Santos Méndez.

Aunado a ello invocó como infringido el Art. 370 Pr.C., en tanto que la Cámara ignoró también la inspección personal realizada por el Juez Segundo de lo Civil de la ciudad de San Miguel, con lo cual se estableció la posesión que ejerce sobre el bien en litigio la demandada, así como la singularización del inmueble.

Finalmente, sostiene que se infringió el Art. 374 Pr.C. al obviar la confesión de la demandada, con lo cual se probó la posesión ejercida de su parte y la singularización del inmueble.

La Cámara por su parte, dijo: "De todo lo antes expuesto, vemos que se trata de un inmueble, el cual tiene como antecedentes la inscripción número CINCUENTA Y CUATRO, del Libro UN MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO del Registro respectivo, y el cual ha sido vendido dos veces, ya que existe, tanto la compraventa otorgada por el señor MIGUEL ADALBERTO DÍAZ ALVARENGA, a favor del señor CESAR AMADEO SANDOVAL, como la compraventa otorgada por los señores CARLOS DE JESÚS RODRÍGUEZ, JOSÉ LUIS CONTRERAS y JOSÉ ARMANDO PEREIRA, a favor de la señora ANA MERCEDES RODRIGUEZ DE MIRANDA.- Asimismo dicho inmueble fue embargado y posteriormente adjudicado en pago a los señores CARLOS DE JESÚS RODRÍGUEZ SANDOVAL, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CONTRERAS y JOSÉ ARMANDO PEREIRA MARQUEZ o JOSÉ ARMANDO PEREIRA, siendo éstos últimos los que le vendieron a la señora ANA MERCEDES RODRÍGUEZ DE MIRANDA.- Esta última compraventa aún no ha sido inscrita en el Registro respectivo, pero mientras no se declare su nulidad sigue surtiendo todos los efectos legales; razón por la cual al actor no le basta promover juicio civil ordinario reivindicatorio en contra de la señora ANA MERCEDES RODRÍGUEZ DE MIRANDA, sino que también es necesario que ejerza previamente o conjuntamente con la acción reivindicatoria, otras acciones que le confieren nuestro ordenamiento legal, a fin de establecer que la otra compraventa adolece de algún vicio legal.-En consideración a todo lo expuesto, este Tribunal considera que la acción intentada por la parte actora en contra de la parte demandada, denota la ausencia de ciertos requisitos de su demanda, por lo cual, la demanda intentada por el actor es inepta (...)"

Examinado lo anterior la Sala estima pertinente hacer las siguientes consideraciones:

El impetrante alega como sub-motivo de casación "error de derecho en la apreciación de las pruebas" y cita una serie de disposiciones legales infringidas. Por

su lado la Cámara, dictó una sentencia de carácter inhibitorio y declaró inepta la demanda, por ende, se abstuvo de resolver el fondo de la cuestión.

El vicio invocado por el recurrente, se produce cuando el juzgador aprecia las pruebas, esto es, al estimar el "valor probatorio" o mérito que conforme a la ley tienen, en una palabra, como dice el Dr. Roberto Romero Carrillo en su obra "Normativa de Casación", página 160, "al valorarlas, se les aplican equivocadamente las normas establecidas para ello, infringiéndose esos preceptos sobre valorización de cada uno de los medios de prueba que la ley admite".

Así pues, en principio, para que dicho vicio pueda producirse, debe existir de parte del juzgador la actividad valorativa, pues si no hay "valoración" o "examen" de las pruebas, no podría entonces ocurrir tal error. En el caso sub-júdice, tenemos que la Cámara al confirmar la declaratoria de ineptitud de la demanda (lo correcto es de la pretensión), omitió resolver el fondo del asunto, no absolvió ni condenó a ninguna de las partes, en otras palabras, no valoró la prueba para determinar quién tenía la razón, sino que, si bien apreció los instrumentos relativos a la "propiedad" del inmueble en litigio, no les dio ni les negó ningún "valor probatorio", lo que sucedió es que, omitiendo aplicar las normas relacionadas a la "oponibilidad frente a terceros" de los documentos inscribibles, consideró que era necesario, que previo o conjuntamente con la acción reivindicatoria el ahora recurrente promoviera la nulidad de los mismos; y al margen de que ello sea cierto o no, eso no significa que se trate de una actividad valorativa de parte del Tribunal ad-quem, pues no le otorgó ni le negó a las pruebas aportadas valor probatorio alguno. Ocurre entonces, que el impetrante más bien debió atacar la declaratoria de "ineptitud" y fundamentar en un vicio distinto el yerro cometido por ésta, quien a su juicio no debió abstenerse de resolver el fondo de la cuestión y concluir en una declaratoria de ineptitud, sino por el contrario, pronunciarse respecto de la acción reivindicatoria promovida oportunamente, en cuyo caso -aclara la Sala- sí se hubiese producido una actividad valorativa de parte del juzgador, independientemente del sentido en que se hubiese resuelto.

Por consiguiente la Sala concluye, que el vicio alegado por el impetrante no ha sido cometido por el tribunal sentenciador, por lo que no procede casar la sentencia de que se ha hecho mérito.-

POR TANTO: *De acuerdo a las razones expuestas, disposiciones legales citadas y Arts. 417, 418, 428 y 432 Pr. C., Arts. 16 y 23 de la Ley de Casación, a nombre de la República, esta Sala **FALLA:** a) Declárase inadmisibile el recurso de que se ha hecho mérito, por el sub-motivo: "Violación de Ley y de Doctrina Legal"; b) Declárase que no ha lugar a casar la sentencia impugnada por el sub-motivo: "Error de Derecho en la apreciación de la prueba"; y, c) Condénase al señor CESAR*

AMADEO SANDOVAL RIVERA, conocido por CESAR AMADEO SANDOVAL, al pago de los daños y perjuicios a que hubiere lugar; y al licenciado JORGE EFRAÍN CAMPOS COELLO, abogado firmante del recurso, en las costas de ley. Art. 23 Ley de Casación.

*Devuélvase los autos al Tribunal remitente, con certificación de esta sentencia para los efectos de rigor. **HAGASE SABER.***

**M. E. VELASCO.-----M. F. VALDIV.-----PERLA J.-----
--PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO
SUSCRIBEN.-----RUBRICADAS.-----ILEGIBLE.**

