

T-UES
347
D852n

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112596

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

ii Derecho!

NATURALEZA Y OBJETO DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

BALTASAR DUEÑAS RIVERA

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DOCTOR JUAN ALWOOD PAREDES

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR MANUEL ATILIO HASBUN

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR LUIS DOMINGUEZ PARADA

SECRETARIO

DOCTOR PEDRO FRANCISCO VANEGAS CABAÑAS

JURADOS EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Gustavo Adolfo Noyola.
1er. Vocal: Dr. Ronoldy Valencia Uribe.
2o.- Vocal: Dr. Francisco Calleja Pérez.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS CIVILES, PENALES Y
MERCANTILES"

Presidente: Dr. Rodolfo Antonio Gómez.
1er. Vocal: Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras
2o.- Vocal: Dr. Enrique Eduardo Campos.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION
Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente : Dr. Guillermo Chacón Castillo
1er. Vocal : Lic. Santiago Ruiz.
2o.-Vocal : Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz.

ASESOR DE TESIS

Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras.

TRIBUNAL EXAMINADOR DE TESIS

Presidente ; Dr. Francisco Arrieta Gallegos.
Ler. Vocal : Dr. Ronoldy Valencia Uribe
2o.- Vocal : Dr. Francisco Vega Gómez h.

DEDICO ESTA TESIS

- A MI PADRE, Capitán Juan Ramírez Dueñas, como la más perfumada flor que deposito sobre su tumba.
- A MI MADRE, Doña Jesús Rivera viuda de Dueñas, que ha sido para mí edificante ejemplo de abnegación, sacrificio y dedicación al trabajo, como prueba de mi más profundo cariño.
- A MI ESPOSA, Doña Lilian Barriere de Dueñas, que supo compartir conmigo las alegrías, satisfacciones y desde luego las penas que siempre acompañan la vida del estudiante universitario, con gratitud y cariño.
- A MIS HIJOS, Elbia Idalia, Cecilia Eleonor, Walter Emanuel, Luz Belinda, Baltasar, Franchesca Marinela y Giovanni Asdrúbal Dueñas Barriere, con amor paternal.
- A MIS HERMANAS, Ermelinda, Lidia, Juana y Rosa Dueñas Rivera, que en todo momento supieron estimular mis anhelos de superación, con cariño fraternal.
- A MIS MAESTROS, Con los más entrañables sentimientos de gratitud, admiración y respeto.
- A MIS AMIGOS, Con sinceras demostraciones de mi más devota simpatía.-

INDICE

PUNTO PRIMERO.-

DE LOS RECURSOS EN GENERAL.

- a) Nociones Previas.
 - 1) Fundamento
 - 2) Concepto
 - 3) Características
 - 4) Principales clases de recursos según
 - a) Los sujetos que intervienen
 - b) Las resoluciones contra las que proceden
 - c) Las causas por las que es admisible
 - ch) La extensión del nuevo examen
 - d) Los efectos del recurso
- b) División:
 - 1) Ordinarios
 - 2) Extraordinarios
 - 3) Procedimientos impropriamente llamados recursos que se incluyen entre los extraordinarios
 - 4) "Sui generis"
 - 5) Recursos o procedimientos constitucionales.

PUNTO SEGUNDO.-

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS.

- a) Su esencia
- b) Notas que los diferencian de los recursos ordinarios.

PUNTO TERCERO.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR ATENTADO.

- a) Aspecto histórico de la institución
- b) Naturaleza y objeto
- c) Definición
- ch) Texto moderno de la ley
- d) Concepto de atentado
- e) Examen de cada uno de los casos de atentado
- f) Procedimiento
- g) Sentencia

PUNTO CUARTO.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR RETARDACION DE JUSTICIA.

- a) Aspecto histórico de la institución
- b) Naturaleza y objeto
- c) Definición
- ch) Texto moderno de la ley
- d) Procedimiento
- e) Resolución sobre el recurso
- f) Penas a que da lugar

PUNTO QUINTO.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION.

- a) Aspecto histórico de la institución
- b) Naturaleza y objeto
- c) Características del recurso
- ch) Concepto
- d) Su estructura en el proceso civil actual
- e) Motivos del recurso
- f) Procedimiento
- g) Sentencia



NOCIONES PREVIAS.

De acuerdo con el enunciado del tema, me corresponde desarrollar como trabajo de tesis doctoral, requisito previo a la opción al grado de doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, la materia relativa a una clase especial de los recursos - que se dan dentro del proceso civil; los recursos extraordinarios; pero estimo conveniente por razones metodológicas hacer algunas breves referencias al tema más amplio de los recursos en general, antes de entrar al desarrollo del tema central, lo que indudablemente redundará en beneficio de la mejor comprensión de éste.-

CONCEPTO.-

Comenzaré por buscar un concepto de lo que es el recurso judicial, que comprenda elementos doctrinarios y de derecho positivo; nuestro Código de Procedimientos Civiles no nos dice lo que el recurso es; aquí se apartó el legislador de lo que parece haber sido costumbre de la época, dar definiciones en el texto legal, - costumbre objeto de innumerables críticas entre las que se formula la de que, siendo las definiciones legales derecho positivo sancionado por el Estado, no llenan los requisitos que debe contener toda norma legal, cuales son los de mandar, prohibir o permitir.- De manera que las definiciones que de recurso judicial conocemos - son las que, con base en diversos puntos de vista, dan los autores de derecho procesal.-

El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, da, del recurso judicial, la siguiente definición: "recurso es la acción que concede la ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento, para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra." (1)

Fábrega, en cambio, lo define como "La facultad que a los litigantes compete, de pedir la enmienda de una resolución judicial, algunas veces ante el mismo juez o tribunal que la dictó, pero, generalmente, ante un tribunal superior". (2)

Jaime Guasp nos da el concepto que sigue: "Recurso es una pretensión de reforma de una resolución judicial, dentro del mismo proceso en que dicha resolución judicial ha sido dictada"(3)

El Dr. René Padilla y Velasco, adaptándolo a la realidad de la legislación procesal salvadoreña, define el recurso judicial de la manera siguiente: "Recurso es la facultad que concede la ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento, para reclamar contra las resoluciones o falta de resolución, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante otra superior, para que las enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule.-" (4)

La anterior definición del Dr. Padilla y Velasco, es el resultado indudable de la extracción de elementos importantes dados por la definición del diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, de la de Fábrega y de otras y su adecuación a la ley salvadoreña, pero aunque es bastante completa, bien podemos ampliarla con otros elementos contenidos en la definición de Jaime Guasp, en la forma siguiente:

- (1) Diccionario de la Lengua Española.-Real Academia Española.-Décimonovena Edición 1970-pag. 1116.-
- (2) Fábrega.- Procedimientos Judiciales.-Barcelona 1921.-Pag. 526.
- (3) Jaime Guasp.-Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil.-Tomo I.-Pag.1015.-
- (4) Dr. René Padilla y Velasco.-Apuntes de derecho Procesal civil salvadoreño.- (Tesis doctoral) Tomo II.- Pag. 5.

"recurso es una facultad que concede la ley al interesado en un juicio o en otro procedimiento, para reclamar contra las resoluciones o falta de resolución, era ante la autoridad que las dictó, era ante otra superior, con el fin de hacer valer la pretensión relativa a que se enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule una resolución judicial anterior, dentro del mismo proceso en que dicha resolución judicial ha sido dictada."

Como vemos, el pr. Padilla y Velasco en su definición se aparta de la dada por el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española y acepta la de Fábrega, en cuanto a considerar que el recurso no es una acción sino una facultad.-

Couture define la acción como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión." (5) Alfredo Rocco, como "un derecho subjetivo que corresponde a todo aquel que en el Estado es reconocido como titular de derechos subjetivos." (6) y nuestro Código de Procedimientos Civiles define el mismo acto, Art. 124, como "el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe". (7)

Entre los términos acción y recurso, existe el elemento común de que ambos conllevan pretensiones procesales, pero tales pretensiones son de diferente naturaleza. La pretensión contenida en el derecho de acción, consiste en que, habiéndose violado un derecho que consideramos merecedor de la tutela jurídica, se pide al tribunal que se haga efectiva dicha tutela; en cambio, la pretensión contenida en el recurso judicial, es relativa a que se enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule una resolución judicial anterior.-

De modo, pues, que los términos acción y recurso no son sinónimos y por lo tanto no pueden usarse indistintamente para significar la misma cosa.- La palabra acción para la doctrina del derecho procesal tiene un sentido distinto al de recurso con límites y caracteres precisos, razón por la cual conviene definir el recurso como una facultad y no como una acción, quedando este término exclusivamente asignado al poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de provocar la función jurisdiccional del Estado.-

ELEMENTOS DE LA DEFINICION.-

Aceptado que el acto de interposición de un recurso es una facultad, tomado este término en su acepción de poder o derecho para hacer alguna cosa, se deduce que es potestativo del interesado hacer uso o no de tal facultad; puede no interponer el recurso, conformándose con la sentencia, o bien no conformarse con ella en la creencia de que es injusta e ilegal, e interponerlo en tiempo y forma, y éste es el primer elemento importante de la noción de recurso, el ser potestativo y no obligatorio su ejercicio.-

Una segunda característica del recurso reside en que la facultad que implica, no sólo se concede a las partes que intervienen en el juicio, actor y reo, sino que también a los terceros interesados en la causa, entendiéndose por tales a tenor del Art. 982 pr. todo aquel a quien la sentencia perjudica o aprovecha aunque no haya-

(5) Eduardo J. Couture.- Fundamentos del Derecho Procesal Civil.- Tercera Edición.- Pag. 57.-

(6) Alfredo Rocco.- La sentencia civil.- pag. 128

(7) Código de Procedimientos Civiles.- Art. 124.- pag. 448.- Edición 1967.

intervenido en el juicio; es el caso de los terceros opositores ya sean coadyuantes o excluyentes; el vendedor cuando hay evicción de la cosa comprada; el fiador, el acreedor prendario en el juicio contra su deudor obligado a restituir la cosa prendada; el heredero o legatario en los juicios relativos a la sucesión, etc. etc.

Esa facultad que concede la ley al interesado en la causa, según la definición del recurso, puede éste ejercitarla en un juicio o en otro procedimiento. --Lo anterior significa que el recurso puede interponerse para impugnar una resolución dictada en un juicio o sea cuando hay controversia, contienda, litigio, y puede interponerse para impugnar aquellas resoluciones dictadas en diligencias de jurisdicción voluntaria, en las que no existe controversia legal y por lo tanto, no son juicios. En ambos casos, bien se pronuncie resolución en un juicio o en diligencias de jurisdicción voluntaria, si el Juez, al dictar el fallo, causa agravios a persona interesada, la ley concede a ésta la facultad de impugnar dicho fallo, siendo éste el tercer elemento de la definición comentada. --

El cuarto elemento de la definición lo encontramos en el hecho de que esa facultad que concede la ley al interesado, le sirve para reclamar contra las resoluciones o la falta de resoluciones. -- El primer caso es clarísimo; se reclama contra una resolución, contra una sentencia pronunciada, cuando ésta causa agravios al interesado, ya sea porque la considere ilegal o injusta. -- Pero, el segundo caso, --- ¿cuándo es que se presenta? ¿Cuándo, en qué casos puede reclamarse por falta de resolución? Cuando se crea el derecho adjetivo, que no es otra cosa que el vehículo a través del cual se dará validez, operancia y eficacia al derecho sustantivo, entendido éste como la norma legal que enmarca la conducta de los miembros de una sociedad jurídicamente organizada, se establecen no sólo la forma, los trámites, las secuencias, que deberán observarse, sino que también los términos dentro de los cuales habrán de verificarse los distintos actos procesales; se señala al litigante no sólo el camino que deberá seguir para hacer valer su derecho, sino que se le dan los términos dentro de los cuales deberá ejercitar ciertos actos; el juzgador mismo, como encargado de la función jurisdiccional del Estado, está sujeto, en el ejercicio de esa función, a términos que le impone la ley. --

El legislador quiera que la justicia sea efectiva y para que sea tal, debe ser pronta y cumplida; una justicia tardía muchas veces se vuelve nugatoria. --

En relación con la situación de dependencia en que se encuentra en nuestro sistema legal el derecho procesal, con relación al derecho sustantivo, conviene aclarar que tal posición pierde terreno cada día, pues existe una fuerte corriente doctrinaria que busca afanosamente convertir el derecho procesal en un derecho autónomo. --

Ahora bien, volviendo al segundo caso o sea aquel en que se ejercita un recurso por falta de resolución, cabe recordar que existe en nuestra ley un recurso extraordinario llamado recurso de queja por retardación de Justicia, contemplado en los Arts. del 1111 al 1114 Pr., y del que nos ocuparemos ampliamente después por ser parte vital de este estudio; por ahora lo hacemos sólo por vía de referencia en relación con la cuestión aquí planteada. -- Este recurso se ejercita cuando los jueces no cumplen con los plazos que les señala la ley para pronunciar sus resoluciones, ya sean éstas decretos de sustanciación, sentencias interlocutorias o definitivas. -- ¿Cuáles son esos términos? Citaremos los artículos respectivos. -- Art. 424 Pr. Los decretos de sustanciación se proveerán dentro de veinticuatro horas desde que los escritos se presenten. -- Art. 423 Pr. Las sentencias interlocutorias se pro

nunciarán dentro de tres días de hallarse el artículo o incidente en estado de resolver.- Art. 434 Pr. Los jueces y tribunales en los juicios ordinarios, resolverán definitivamente dentro de doce días contados desde la última diligencia del proceso; los juicios sumarios se fallarán dentro de tres días contados desde la expiración del término probatorio; pero si las causas excedieren de doscientas fojas, y el Juzgador o la Cámara estuvieren muy recargados, podrán los Jueces o Magistrados tomarse la mitad más de dichos términos.- Cuando el juzgador hace caso omiso de dichos artículos, retardando sus resoluciones, si las partes consideran que tal retardo en administrar justicia les perjudica, pueden perfectamente hacer uso de la facultad que les concede la ley para interponer el recurso extraordinario de queja por retardación de justicia.- Este recurso se interpone siempre ante el tribunal superior, de manera que si es un juez de Paz el que no acata la ley, la desobedece, y ya sea por malicia o negligencia retarda la administración de justicia, se presenta el recurso ante el juez de Primera Instancia respectivo y éste deberá ordenar a aquel que administre pronta y cumplida justicia; en el caso de que tal anomalía proceda de un juez de primera instancia, se recurrirá a la correspondiente Cámara de Segunda Instancia, y en caso de demora en la administración de justicia por parte de un tribunal de segunda instancia, se deberá interponer el recurso ante la Corte Suprema de Justicia.-

En la definición objeto de este comentario encontramos el quinto elemento en el hecho de que el interesado en la causa puede reclamar contra las resoluciones o falta de resolución, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante otra superior.- El primer caso, o sea cuando se recurre ante el mismo juez que dictó la resolución, está contemplado en nuestra ley en los artículos 425 y 426 Pr. que se refieren a los recursos de mutación o revocación de la sentencia y en los artículos 436 y 1086 Pr., que tratan del recurso de explicación y del de reforma.-

sobre esta clase de recursos el pr. Padilla y Velasco hace el siguiente comentario: "El fundamento de tales recursos, o mejor la razón de su existencia en las leyes, es la confianza del legislador en la honorabilidad y lealtad de los hombres encargados de la administración de justicia, dándoles la oportunidad de enaltecerse enmendando ellos mismos los errores que hubiesen sufrido; pero, naturalmente, es más fácil que un juez o magistrado enmiende un error de poca consideración, o mejor dicho, enmiende un error cometido en una resolución de poca consideración como lo son los decretos de mera sustanciación y los autos o sentencias interlocutorias y no los errores cometidos en una sentencia definitiva, y en referencia al fondo de la cuestión debatida, y por esa razón estos recursos ante los mismos jueces o tribunales no se dan nunca contra las sentencias definitivas, dejando su enmienda, reforma, revocación o anulación por los jueces o tribunales superiores."

con base en los primeros de los artículos mencionados, 425 y 426 Pr., cuando se trata de decretos de sustanciación o de sentencias interlocutorias, pueden las partes pedir que se hagan las mutaciones o revocaciones que sean justas y legales ante el mismo juez que ha pronunciado tales resoluciones.- con base en los Arts. 436 y 1086 Pr., una vez ha sido pronunciada la sentencia definitiva, no se revocará ni enmendará por ningún motivo, pero se faculta a las partes para que ocurran ante el mismo juez que la pronunció para que éste aclare algún concepto obscuro contenido en la sentencia, como también le permite al juez que a solicitud de parte haga las condenaciones o reformas convenientes en cuanto a daños y perjuicios, costas, intereses y frutos, o sea que autoriza al juez para modificar su propia sentencia

sobre puntos accesorios, lo mismo que explicar sus sentencias cuando lo piden las partes.-

El segundo caso, o sea el de los recursos que se presentan ante un tribunal superior en grado al que dictó la sentencia, es la forma típica de interponer recursos; se recurre ante un tribunal superior, cuando el interesado en la causa considera que la sentencia del juez inferior le causa agravios, para que el tribunal superior la enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule.- Ejemplos de esta clase de recursos son el de apelación y el de casación.

Continuando con los elementos de la definición del recurso, observamos que la parte que lo promueve lo que hace es dirigir una petición o solicitud al tribunal, con el fin de obtener de éste un acto, lo que en definitiva constituye la esencia del concepto de pretensión procesal.- Y aquí descubrimos otro elemento importante del concepto, por cuanto que, esencialmente, la interposición de un recurso constituye siempre la formulación de una pretensión.

El recurso es una facultad que sólo puede ejercitarla uno de los sujetos de la relación procesal, las partes; con ello no se pretende negar tal facultad a los interesados en la causa, pues como hemos visto, la ley los faculta para poder interponer recursos; lo que significa es que tal facultad en ningún caso puede provenir del otro sujeto de la relación procesal, del tribunal.-

Ahora bien, hemos encontrado como otro elemento más de la definición de recurso, que se trata esencialmente de una pretensión; pero en cuanto a esto existe analogía entre el recurso y la demanda, pues en definitiva ambos son actos a través de los cuales se quiere hacer valer una pretensión; por tal razón, para la teoría general del derecho, el recurso no debe estimarse como una categoría independiente del proceso, sino dentro de los mismos actos que lo constituyen, entre los cuales se comprenden tanto aquellos con que se le imprime el impulso inicial, como aquellos otros con que se da comienzo a cada uno de los procedimientos que lo integran.- De acuerdo con lo expuesto, el recurso no es algo independiente o aparte del proceso, sino todo lo contrario, forma parte de él como un procedimiento distinto al de la acción que le dió origen.-

Otro elemento de la definición lo encontramos en la finalidad que el recurso persigue; dicha finalidad consiste, de acuerdo con nuestra ley procesal, en que se enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule una resolución judicial anterior.-

Más no son suficientes los elementos enunciados hasta ahora para conformar definitivamente el concepto de recurso.- Si toda pretensión dirigida a obtener que se enmiende, amplíe, reforme, revoque o anule una resolución judicial anterior, debiera ser calificada de recurso, sucedería que si varias demandas se proponen la obtención del fin señalado, quedarían comprendidas en el concepto de recurso; de manera que en todos aquellos procesos cuya sentencia no produce los efectos de la cosa juzgada material, sino que sólo se produce la cosa juzgada formal, se puede, mediante un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, obtener una nueva resolución.- Desde luego, tal pretensión, si bien cumple con la finalidad contenida en la definición, no debe ser considerada como recurso; por tanto, la noción elaborada debe integrarse con una última nota, cual es la de que tal pretensión se deduzca en el mismo proceso en que la resolución ha sido dictada.

De lo anterior concluimos que el recurso se caracteriza en definitiva por no romper la unidad del proceso, del que forma parte necesariamente.- Las pretensiones dirigidas a obtener en otro proceso la reforma de una resolución judicial, no son recursos, sino acciones o pretensiones impugnativas autónomas, que operan siempre

que el ordenamiento jurídico lo permita, pero de modo distinto a como lo hace normalmente el recurso.-

cuando se produce lo que se llama en doctrina la cosa juzgada formal, existe la posibilidad de hacer uso de uno de estos procedimientos por los que se impugna un fallo, no en el mismo proceso en que se dicta, sino que en otro proceso posterior.-

Trataremos de explicar lo que son la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material.-

COSA JUZGADA FORMAL Y COSA JUZGADA MATERIAL.-

cuando se trata de establecer la medida en que la cosa juzgada obliga a las partes y a los terceros y hasta que grado ejerce su poder vinculatorio, nos encontramos ante dos situaciones.-

Por un lado tenemos que determinadas decisiones judiciales, aun cuando ya no admiten ningún recurso en el mismo proceso, poseen una eficacia que podríamos llamar transitoria.- sólo son obligatorias en relación al proceso en que se han dictado y en cuanto a la situación concreta que se tuvo en cuenta al decidir; en estas resoluciones judiciales se puede modificar la cosa juzgada mediante un procedimiento posterior, siempre que hayan variado las condiciones que se tuvo en cuenta al pronunciarlas; a esto se conoce en doctrina como cosa juzgada formal.- Un ejemplo lo tenemos en el juicio civil sumario de alimentos cuya sentencia ejecutoriada, aun no admitiendo ya ningún recurso, puede ser modificada, si han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decidir, mediante el juicio civil ordinario de alimentos.- En tales casos, el concepto de cosa juzgada sólo adquiere una de sus notas características, la de inimpugnabilidad, careciendo de la otra, la de su inmutabilidad.-

En la otra situación, el de la cosa juzgada material, se polarizan las dos características apuntadas; tales decisiones judiciales son inimpugnables en el mismo proceso e inmutables por sentencia pronunciada en otro juicios posterior.- Aquí opera la plena eficacia de la cosa juzgada, pues se han extinguido todas las posibilidades procesales de modificación de la sentencia, siendo absolutamente imposible su revisión tanto en el juicio en que fue dictada como en cualquier otro.-

Podemos, pues, precisar, que cuando una sentencia no puede ser objeto de recurso alguno, pero es susceptible de modificación mediante un procedimiento posterior, estamos en presencia de una situación de cosa juzgada formal.-

En cambio, cuando la resolución judicial es inimpugnable mediante recurso y además inmodificable mediante cualquier procedimiento posterior, o sea, cuando la sentencia ya no admite ningún recurso que pueda hacerla variar en alguna de sus partes y queda completamente firme e intangible en el tiempo y en el espacio, estamos en presencia de la cosa juzgada material.-

Aceptado que el recurso no rompe la unidad del proceso en que se dicta el fallo impugnado, o sea que el recurso es parte del proceso y no algo independiente de él, se hace necesario establecer también que el recurso no opera bajo el mismo procedimiento que se inicia con el ejercicio de la acción materializado en la demanda, hasta la sentencia de primera instancia de la cual se recurre, sino que bajo otro procedimiento diferente, que puede revestir una complicación mayor o menor, según sea el recurso de que se haga uso, pudiendo consistir en la materialización de unos cuantos trámites breves y sencillos, hasta la reproducción casi total del procedimiento de primera instancia.-

puede, pues, afirmarse, que si bien el recurso requiere como idea esencial la unidad del proceso, requiere asimismo la diversidad de procedimiento, ya sea que tal procedimiento se componga de un sólo trámite y aunque se siga ante el mismo juez que dictó la resolución controvertida.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

Un primer fundamento del recurso lo encontramos en motivos de índole subjetiva, consistentes en el estímulo psicológico que experimenta todo aquel que ha sido perjudicado por una resolución judicial; todo litigante que ve frustrada su pretensión por la resolución de un tribunal que la recoge y examina en el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, siente necesariamente el impulso interior de hacer algo que cambie la situación y la torne favorable a sus intereses.- Indudablemente, este fundamento psicológico es el mismo de todo proceso; producida la situación de violación del derecho y originado el convencimiento de que merece la tutela jurídica, se hace valer la pretensión ante el órgano jurisdiccional, que la recoge, la examina a la luz del derecho positivo y de acuerdo al resultado de tal examen la tutela o la desestima.-

pero el fundamento subjetivo no basta, dado que la pretensión implícita en el recurso, persigue una finalidad práctica, similar a la que perseguía la pretensión que dió origen al procedimiento en que se dictó el fallo controvertido.- Entonces, si el tribunal examinó ya tal pretensión y la denegó, en todo o en parte, ¿qué razón existe para que se admita otra pretensión que busca dar efectividad a la anterior?

veamos si podemos encontrar esa razón y observemos que es una necesidad esencial del Estado, para la realización de sus fines, mantener la paz social; precisamente para preservar esa paz social debe el Estado recoger, examinar, hacer valer o denegar las pretensiones formuladas por los particulares; desde luego que no todos los recursos que éstos interpongan deberán ser admitidos, sino que solamente aquellos que permita el sistema procesal positivo vigente, pues si se permitiera hacer uso indefinido de los recursos, el proceso nunca llegaría a su término definitivo, que es precisamente lo que garantiza la cosa juzgada formal, ni se obtendría el verdadero fin del proceso que consiste en el mantenimiento de una paz justa entre los miembros de la sociedad, lo que no garantiza la cosa juzgada material.- si en el caso del recurso, no obstante existir una decisión anterior, se admite, examina, convalida o deniega una pretensión que la ataca, no se debe simplemente a la sujeción al principio de que toda pretensión debe ser sometida a dicho tratamiento, mientras no haya una circunstancia que lo impida, sino que ello renunda en beneficio de la justicia del fallo definitivo al aumentar las garantías de acierto del juzgador, permitiendo el examen de fallos anteriores y esta garantía constituye precisamente el fundamento objetivo de la institución del recurso.-

pero en realidad ambos fundamentos son esenciales y complementarios.- No basta el hecho de que el recurso suponga una mejor garantía del fallo, pues en ese caso no se explicaría que no se permita la revisión ex-officio de la resolución; si sólo este fuera el fundamento del recurso, bastaría con instituir la revisión por el tribunal, sin la intervención de persona interesada o sea de oficio; aquí es donde el fundamento objetivo del recurso se complementa con el fundamento psicológico, porque sólo procede la revisión si el particular la promueve.-

PRINCIPALES CLASES DE RECURSOS.-

a) según los sujetos que intervienen.-

En cuanto a este punto de vista, tenemos que el recurso es un acto de uno de los sujetos de la relación procesal, las partes; se precisa que sea una de las partes la que lo interponga; ya hemos explicado que el recurso no puede ser una facultad que pueda ejercitarla el órgano jurisdiccional; es la parte que ha sido total o parcialmente vencida la que generalmente interpone el recurso y al hacerlo recibe el nombre de recurrente, siendo el adversario el recurrido; cabe hacer aquí la clasificación de los recursos en principales e incidentales o adheridos; con base en la anterior división, recursos principales son aquellos en los que se interpone una primera impugnación, ya proceda de una de las partes o de un tercero interesado en la causa; tal es el caso de la parte total o parcialmente vencida por la sentencia de primera instancia que interpone el recurso de apelación.- En los recursos incidentales o adheridos, el que lo interpone ataca o se adhiere al ataque iniciado con anterioridad; es el caso de un tercero coadyuvante o excluyente que interpone el recurso de apelación, no habiéndolo promovido la parte a quien perjudica la sentencia o se adhiere al recurso promovido por ésta y el caso del Art. 1010 Pr. que permita al apelado adherirse a la apelación, cuando la sentencia contenga varias partes y alguna de ellas le sea gravosa.-

En relación al órgano jurisdiccional que habrá de decidir la pretensión contenida en el recurso, cabe hacer la siguiente distinción; puede hacerlo el mismo juez o tribunal que dictó la sentencia recurrida o puede hacerlo un juez o tribunal distinto del que dictó dicha resolución; en el primer caso hay unificación del juez o tribunal a quo con el juez o tribunal ad quem; en el segundo caso, hay separación del juez o tribunal a quo con el juez o tribunal ad quem.- Ejemplos del primer caso los tenemos en los Arts. 425, 426, 436 y 1086 Pr., que se refieren a los recursos llamados de mutación o revocación y de explicación o reforma.- del segundo tenemos como ejemplo clásico el recurso ordinario de apelación.-

b) según las resoluciones contra las que procedan.-

Siendo las resoluciones de tres clases, existen en los recursos tres distintas categorías, según que se admitan contra resoluciones de impulso o providencias, llamadas decretos de sustanciación; o contra resoluciones de dirección o autos, llamados sentencias interlocutorias, o contra resoluciones de decisión o sentencias; pero esta distinción en la práctica no opera en forma absoluta, pues el derecho positivo permite, en innumerables casos, interponer un mismo recurso contra diversas clases de resoluciones, como también el caso contrario o sea atacar mediante varios recursos, una misma resolución.-

c)

c) según las causas por las que es admisible.-

Con relación a las causas por las que el recurso puede interponerse, conviene hacer una distinción en la siguiente forma; hay recursos en los que basta como única causa para que procedan la inconformidad con la resolución judicial expresada por la parte vencida; en este primer caso, la pretensión relativa a obtener la finalidad del recurso, tiene como presupuesto fundamental y único la sola pretensión del recurrente; en el recurso de apelación, para citar un ejemplo, basta con que una de las partes o un tercero interesado en la causa, crea que una resolución judicial le es gravosa, para que haya causa legítima para interponer el recurso de apelación el que necesariamente tendrá que ser admitido; pero hay otra clase de recursos en los que se exige la concurrencia de motivos determinados, pres-

tablecidos taxativamente en la ley y es requisito necesario para que proceda el recurso, la existencia de tales motivos legales, que constituyen verdaderas causas para que el recurso pueda ser aceptado.- Un ejemplo lo tenemos en el recurso de casación; si no se dan los motivos legales prescritos en el Art. 2 de la ley de casación, especificados en los Arts. 3 y 4 de la misma ley, el recurso carece de causa y es declarado sin lugar.

ch) Por la extensión del nuevo examen.-

En cuanto a este punto de vista, se pueden dividir los recursos según que el juez o tribunal ad quem, tenga los mismos poderes que el juez o tribunal a quo, o tenga poderes más limitados; en el primer caso el recurso da lugar al examen completo de la cuestión planteada por el apelante al interponer la demanda, y, en el segundo, procede, sólo el examen de algunos de los puntos o cuestiones planteadas en la pretensión anterior.-

d) En cuanto a los efectos del recurso.-

Por último, en cuanto a los efectos del recurso, tenemos la siguiente distinción: los recursos que tienden a anular la resolución anterior, sin que se tenga que dictar inmediatamente otra resolución en su lugar, por ser necesaria la repetición previa de los trámites afectados de nulidad, y los recursos cuyo principal objetivo es el de que se sustituya la resolución impugnada por una nueva resolución.-

b) DIVISION DE LOS RECURSOS.-

Podemos dividir los recursos en primer lugar, así: 1o.- recursos que se plantean y resuelven ante y por el mismo juez que dictó la sentencia recurrida, y 2o.- recursos que se plantean ante el mismo juez que dictó la sentencia recurrida, pero que se resuelven por otro juez o tribunal distinto.

A la primera clase pertenecen el recurso de mutación o revocación establecido en los Arts. 425 y 426 pr. y los de reforma y explicación establecidos en los Arts. 436 y 1086 pr. por exclusión, todos los demás recursos que admite nuestro derecho procesal pertenecen a la segunda clase.-

También se dividen los recursos en ordinarios y extraordinarios.- Recursos ordinarios son aquellos en que la cosa objeto del litigio o cuestión litigiosa se discute con toda la amplitud posible y en toda su extensión; o sea que en esta clase de recursos no se limitan los poderes del tribunal ad quem; otra característica de estos recursos es la de que no exigen para su admisión causas específicas preestablecidas en la ley.- A esta primera división pertenecen los recursos siguientes: 1o.- mutación o revocación, 2o.- explicación, 3o.- reforma, 4o.- revisión y 5o.- Apelación.- Los recursos extraordinarios se agrupan de la siguiente manera: 1o.- recurso de queja por atentado; 2o.- recurso de queja por retardación de justicia y 3o.- recurso de casación.-

Además de estos últimos, hay otros procedimientos que la ley llama impropriamente recursos, pero que no se acomodan al concepto que de éste hemos dado y por lo tanto no son verdaderos recursos; no obstante, la ley los agrupa dentro de los recursos extraordinarios; dichos procedimientos son: recusación, impedimentos y excusas y competencia.

Otra clasificación que conocemos es la de los recursos suigeneris o especiales.- A esta clase pertenece el recurso de hecho, que se ejercita cuando el tribunal a quo declara sin lugar el recurso de apelación; en tal caso el interesado puede recurrir de hecho ante el tribunal superior; en esencia, se trata del mismo recur-

so de apelación, pero con algunas diferencias en cuanto al procedimiento; también pertenece a esta clase el recurso de revisión en la ejecución de la sentencia.-

Por último, tenemos los recursos o procedimientos constitucionales, contenidos en la Ley de Procedimientos Constitucionales; estos son; el de Inconstitucionalidad de las Leyes, decretos y reglamentos; el de Amparo y el de exhibición de la persona o "habeas corpus".-

Estos últimos también son llamados impropiaemente recursos y digo impropiaemente porqueno ~~cremen~~ las notas esenciales de aquel acto procesal, que ya hemos analizado; la misma ley que los regula los denomina procesos y autoriza su ejercicio en aquellos casos en que se violan derechos que están garantizados por la Constitución Política.

PUNTO SEGUNDO.-

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS.]

a) su esencia.

En su obra "Manuel de Procedimiento Civil" (Recursos Procesales), el autor chileno Alejandro Espinoza Solís de Ovando, refiriéndose a la principal división de los recursos en ordinarios y extraordinarios, dice: "recursos ordinarios, llamados también de derecho común, son aquellos que la ley admite comunmente y respecto de la generalidad de las resoluciones judiciales.- Recursos extraordinarios son aquellos que proceden contra determinadas resoluciones judiciales y en los casos y condiciones expresamente señalados por la ley.- En otros términos, los recursos ordinarios son aquellos en que la procedencia constituye la regla general y los extraordinarios, los que sólo proceden excepcionalmente."

En el diccionario de derecho procesal, de Eduardo Pallarés, encontramos los conceptos siguientes: "se conserva la división en ordinarios y extraordinarios.- Esta división depende de las diversas especies de recursos que en cada legislación se establecen.- En la nuestra (refiriéndose a la legislación mexicana) son recursos ordinarios aquellos que se interponen contra una sentencia que no ha alcanzado ejecutoria, mientras que en los extraordinarios acontece todo lo contrario.- Figuran en el primer grupo los de revocación de apelación y de queja y en el segundo grupo el de apelación extraordinaria."

Los autores citados nos dan dos formas distintas de determinar lo que en esencia son los recursos extraordinarios; quizá podamos aceptar como la más cercana a nuestra concepción legal, la primera, con el agregado intercalado, en la forma siguiente: Recursos extraordinarios son aquellos que proceden contra determinadas resoluciones judiciales o por falta de resolución, y en los casos y condiciones expresamente señalados por la ley.- En esta forma abarcamos el recurso extraordinario de queja por retardación de justicia, que no procede contra determinadas resoluciones judiciales, sino por falta de resolución.-

Lo relativo a que los recursos extraordinarios sólo proceden contra sentencias que han causado ejecutoria, no es del todo cierto entre nosotros, y la confirmación de tal negativa la tenemos en el recurso extraordinario de casación, que sólo es susceptible de ejercitarse en el término de cinco días de notificada la sentencia pronunciada por las cámaras de segunda instancia y antes de que haya causado ejecutoria.-

b) Notas que los diferencian de los recursos ordinarios.

El mismo autor Alejandro Espinoza Solís de Ovando, en su obra citada, dice que entre los recursos ordinarios y los extraordinarios se pueden señalar las diferen--

cias siguientes:

1o.- Los recursos ordinarios permiten obtener la modificación o el reemplazo de una resolución judicial de que ella adolezca; los recursos extraordinarios sólo lo permiten cuando se basan en alguno o algunos de los defectos o vicios prescritos expresamente por la ley.-

2o.- El juez que conoce de un recurso ordinario tiene las mismas facultades que el que dictó la resolución de que se recurre; el que conoce de un recurso extraordinario tiene limitadas sus facultades en virtud de la naturaleza misma de la investigación que la ley le encomienda.-

3o.- Los recursos ordinarios suspenden la ejecución de la sentencia, salvo que se trate de sentencias que causen ejecutoria, es decir, de aquellas que por expresa disposición de la ley puedan cumplirse no obstante la interposición del recurso; los recursos extraordinarios no suspenden la ejecución de los fallos, salvo los casos excepcionalmente determinados por la ley.-

Según Jaime Guasp, los recursos ordinarios se caracterizan por dos razones fundamentales: la de no exigir para su admisión causas específicas y la de no limitar los poderes del tribunal ad quem; recurso típico es el de apelación.- Inversamente, son extraordinarios los que exigen causas fijadas taxativamente en la ley y en los que se limitan las facultades del juez o tribunal que entiende del recurso.- Ejemplo típico es el recurso de casación.-

En la obra de Jesús Saez Jiménez y Epifanio López Fernández de Gamboa, "Compendio de derecho Procesal Civil y Penal", encontramos las siguientes notas importantes: "Los recursos ordinarios cuando la ley los concede, se admiten sin ninguna limitación de casos; la vía de los extraordinarios no está abierta sino por causas o motivos taxativa y limitativamente determinados por el legislador; esto es, que con los medios de impugnación ordinarios se puede denunciar cualquier vicio, mientras que por los extraordinarios, en cambio, las partes no pueden hacer valer más que determinados vicios de las resoluciones."

"Señalan como otro motivo de distinción que en los recursos extraordinarios la admisibilidad puede estar condicionada a la constitución de un depósito, que opera como sanción en caso de que la impugnación resulte infundada o el recurrente la abandone."

"La vía del recurso extraordinario no está abierta contra una resolución, sino en tanto no se dé la de un recurso ordinario."

PUNTO TERCERO.- ✓

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR ATENTADO.- ✓

a) Aspecto histórico de la institución.-

El Código de Procedimientos de 1857, primer Código de la República, establecía los siguientes recursos extraordinarios: el recurso de queja por atentado, el recurso de queja por retardación de justicia, el recurso de queja establecido cuando denegada la apelación se negaba también el testimonio de que hablaba el Art. 1601 el de nulidad, recusación, impedimentos, excusas, el de fuerza y el de retención y suplicación de bulas.

De los recursos mencionados, el de fuerza y el de retención y suplicación de bulas, desaparecieron de nuestras leyes con posterioridad; el de fuerza, de más larga duración, se mantuvo algún tiempo.- Sucedió que las constituciones de la República establecían como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, cono--

cer de los recursos de fuerza; esta atribución aparece todavía en la constitución del 19 de febrero de 1880, pero fue suprimida en la constitución de 1883, razón por la cual el recurso ya no aparece en la edición del código de 1893.-

El recurso de fuerza podía ejercerlo cualquiera persona que se sintiera agraviada y restringida en virtud de providencias dictadas por la autoridad eclesiástica y se ejercía ante la corte suprema de Justicia, para que ésta alzara la fuerza..

El recurso de retención y suplicación de bulas, sólo figuró en el primer código, de manera que ya no aparece en el de 1863.-

Este recurso podían ejercerlo los particulares para oponerse al cumplimiento o impedir las lesiones que les ocasionaren las bulas, rescriptos, breves y toda clase de órdenes o de leyes emanadas de la curia romana o cánones, que se hubiesen publicado u observado en todo o en parte sin el pase previo o exequatur de la ley y de costumbre inmemorial.-

Eliminados los recursos de fuerza y de retención y suplicación de bulas, los demás recursos extraordinarios se han mantenido inalterables a través de las distintas reformas hechas a los códigos, con excepción del tercer caso del recurso de queja establecido en el Art. 1721, del código de 1857, que fue suprimido en el de 1863, y del recurso extraordinario de nulidad que fue derogado por la Ley de Casación, publicada en el diario oficial de 4 de septiembre de 1953.-

¶ Pero aun cuando nuestro código conceptúa como recursos extraordinarios la recusación, el impedimento, la excusa y la competencia, dichos procedimientos no son recursos extraordinarios; es más, no son verdaderos recursos.

En la clasificación de los recursos que anteriormente hemos dado, hacemos la observación pertinente sobre estos procedimientos que nuestra ley llama impropia--mente recursos y los incluye entre los extraordinarios, negándoles la calidad de recursos en razón de no encajar dentro de la definición que de éstos hemos dado; las notas esenciales o elementos de los recursos no se encuentran en los procedimientos mencionados, siendo su función otra muy distinta; la recusación, el impedimento y la excusa, están encaminados especialmente a proteger a los litigantes contra una posible parcialidad de los jueces, y, la competencia, a regular a cada tribunal los asuntos sobre que debe conocer, según la materia, el territorio, etc.--etc. Nuestro código al mantener dentro del texto legal los procedimientos aludidos--como recursos extraordinarios, entra en pugna con muchas legislaciones extranjeras y con no pocos tratadistas que se resisten a aceptarlos bajo esa conceptualización.-

Quedan entonces, como recursos extraordinarios, sólo los siguientes: el recurso de queja por atentado, el recurso de queja por retardación de justicia y el recurso de casación, que aun cuando está establecido en una ley aparte llamada Ley de Casación, nadie pone en duda su naturaleza de verdadero recurso extraordinario.-

El código de Procedimientos civiles de 1857, establecía, tal como anteriormente lo manifestamos, tres recursos de queja: el Art. 1721 con que comenzaba el capítulo lo. del título 2o. del Libro 3o. de dicho código, era el siguiente: Art. 1721.- El recurso de queja tiene lugar: lo. por atentado cometido; 2o.- por retardación de justicia; 3o.- cuando, denegada la apelación, se negare también el testimonio de -- que habla el Art. 1601.

El citado Art. 1601 prescribía lo siguiente: Art. 1601.- Negada la apelación -- por el juez, en uno o en ambos efectos, debiendo haberse concedido, y residiendo en lugar distinto que el tribunal superior, le pedirá el apelante testimonio a su costa de los escritos de demanda y contestación, de la sentencia, del escrito de ape--

lación y del auto de su negativa.- El Juez no podrá negarlo, bajo pretesto alguno, sino que precisamente lo dará en el término señalado en el artículo 1567.- si el Juez negare el testimonio de que se ha hablado, se obrará como se prescribe en el capítulo primero, título 2o. de este libro y parte.

El término establecido en el artículo 1567 era el de un día por cada diez fojas que deban testimoniarse.-

De manera que una vez denegada la apelación por el Juez a quo debiendo haberse concedido, por ser procedente su admisión y residiendo el Juez en lugar distinto que el Tribunal superior, el apelante le pedirá testimonio a su costa de las siguientes partes del juicio: demanda, contestación de la demanda, sentencia, escrito interponiendo el recurso de apelación y auto denegando la apelación.-

La ley le impone al Juez la obligación de acceder a lo pedido por el apelante e incluso le señala el término establecido en el Art. 1567, que es el de un día por cada diez fojas que deban testimoniarse.- si el Juez negaba ese testimonio que le servía al apelante para interponer el recurso de hecho ante el tribunal superior -- correspondiente, cometía atentado de acuerdo al Art. 1721 No. 3, de aquel código.

El código de 1863 suprimió el testimonio y asimismo suprimió el tercer caso -- del recurso extraordinario de queja.

Continuando con la evolución histórica del recurso a partir del código de -- 1857, tenemos el artículo siguiente:

Art. 1722.- El recurso de queja por atentado, sólo tendrá lugar en el caso -- de haberse cometido hallándose ya la causa principal en el conocimiento del Tribunal superior inmediato en grado y en los casos de los Artículos 1717, 1718 y los que en ellos se citen.

El artículo anterior del código de 1857, corresponde al actual 1105 del código vigente, y se ha mantenido invariable en su redacción a través de las distintas reformas habidas en los códigos y adiciones de los mismos, salvo la numeración de -- los artículos en él citados que en el vigente son los Arts. 1100 y 1101 Pr.

Art. 1723.- El que intentare el recurso de queja, por atentado, podrá ocu---rrir ante el Tribunal correspondiente, con documento que acredite el atentado; y si no hubiere podido obtenerlo, pedirá que se le reciba una información sobre el caso.

El Art. 973 del código de 1863 suprimió de la anterior disposición la parte -- que dice: "condocumento que acredite el atentado; y si no hubiere podido obtenerlo, pedirá que se le reciba la información sobre el caso", quedando desde entonces con la redacción que tiene actualmente, sin haber experimentado ninguna variación, sien--do en el código actual el Art. 1106, que dice:

Art. 1106.- El que intentare el recurso de queja por atentado, podrá ocurrir al Tribunal correspondiente, puntualizando cuál sea el cometido.-

Art. 1724.- El Tribunal, ante quien se hubiese presentado la queja deferirá -- a esta solicitud, ordenando lo pedido con citación de la otra parte y de la autoridad contra quien se entabla la queja; ambas serán también oídas, si ofrecieren prue--ba en contrario.- para estas justificaciones señalará el Tribunal el término de o---cho días improrrogables con todos cargos y veinticuatro horas más por cada seis -- leguas de distancia de ida y vuelta del lugar en que se hallaren las personas que, -- conforme este artículo, deben ser citadas y oídas. El Tribunal competente, para oír la queja, es el que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la -- causa, aunque aquel recurso no tuviese lugar.

La anterior disposición fue reformada en el código de 1863, que la divide en

dos artículos, 974 y 975, equivalentes a los Arts. 1107 y 1108 del código vigente, así:

Art. 1107.- El tribunal ante quien se presente la queja pedirá informe al Juez, quien deberá darlo dentro de tercero día, se hará saber lo informado a la parte -- quejosa, y con lo que dentro de tercero día exponga, se recibirá la causa a prueba si fuere necesario, por ocho días, más el término de la distancia, con citación de la otra parte y de la autoridad contra quien se entabla la queja para que dentro -- del mismo término produzcan sus justificaciones en contrarío si les convinieren.-- vencido el término de prueba, se pronunciará la sentencia que corresponda, dentro -- de los tres días siguientes sin otro procedimiento.--

Art.- 1108.- El tribunal competente para oír la queja, es el que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquel recurso no -- tuviese lugar.

Art. 1725.- si se calificare debidamente el atentado, el Tribunal, sea cual -- fuere el estado de la causa principal, mandará deshacerlo y reponer las cosas al -- ser que tenían en el acto de haberse cometido, condenando en costas, daños y per-- juicios al inferior culpable y sin que de la resolución se admita recurso ninguno.--

El código de 1863 cambia el término "calificare", por "probare", que afecta el -- fondo de la disposición, por cuanto no es lo mismo calificar que probar, quedando -- la redacción en la forma siguiente:

Art. 976.- si se probare debidamente el atentado, el tribunal sea cual fuere -- el estado de la causa principal, mandará deshacerlo y reponer las cosas al ser que -- tenían en el acto de haberse cometido, condenando en costas, daños y perjuicios al -- inferior culpable y sin que de la resolución se admita recurso ninguno.--

Ambos códigos y aun el Art. 970 de la edición de 1878, después de hablar de la -- condena en costas, daños y perjuicios al inferior culpable, agregaban: "y sin que -- de la resolución se admita recurso ninguno".- Esta parte fue derogada y en los có-- digos y ediciones posteriores ya no aparece, habiéndose mantenido la disposición -- tal como está en el código vigente, así:

Art. 1109.- si se probare ~~de~~ debidamente el atentado, el tribunal, sea cual -- fuere el estado de la causa principal, mandará deshacerlo y reponer las cosas al -- ser que tenían en el acto de haberse cometido, condenando en costas, daños y perju-- cios al inferior culpable.--

Art. 1726.- siempre que en 2a. o 3a. instancia se hiciere mérito de algún aten-- tado o nulidad, cometidos en la. o 2a. como accesorios de la causa principal, los -- tribunales reservarán su opinión para cuando se vea; y la sentencia que se pronun-- ciare contendrá también la disposición conveniente sobre el atentado o nulidad.--

El código de 1863 reformó la disposición anterior, quedando en la forma siguien-- te:

Art. 977.- siempre que en 2a. o 3a. instancia se hiciere mérito de algún atenta-- do cometido en la. o 2a. como accesorio de la causa principal, los tribunales reser-- varán su opinión para cuando se vea; y la sentencia que se pronunciare contendrá -- también la disposición conveniente sobre el atentado, bien declarando no haberlo o -- mandándolo deshacer.- Art. 976.-

con la sola supresión de la cita del Art. 976, la redacción se ha mantenido in -- variable hasta el código vigente en la forma que sigue:

Art. 1110.- siempre que en segunda o tercera instancia se hiciere mérito de al-- gún atentado cometido en primera o segunda como accesorio de la causa principal, --

los tribunales reservarán su opinión para cuando se vea; y la sentencia que se pronunciare contendrá también la disposición conveniente sobre el atentado, bien declarando no haberlo o mandándolo deshacer.

N U M E R O
N A T U R A L E Z A Y O B J E T O . =

El recurso de queja por atentado se da contra los actos de los jueces; contra la actividad de los tribunales; para que pueda interponerse es necesario que se haya pronunciado una resolución o sentencia de Juez; en todos aquellos casos en que según la ley se comete atentado, como lo veremos al hacer el estudio de cada uno de ellos, el tribunal ha dictado una resolución judicial.

El objeto del recurso es el de invalidar aquellas providencias judiciales, por las cuales los jueces han cometido despojo de la posesión o aquellas otras dictadas en un juicio por un tribunal que la ley ha inhabilitado para pronunciarlas; reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido y sancionar la conducta de los jueces cuando por descuido, negligencia o malicia dictan resoluciones que la ley expresamente sanciona.

El Dr. Francisco Arrieta Gallegos, en su obra "Códigos de Procedimientos Civiles". El Salvador., dice que en el recurso de queja por atentado se trata de que -- las cosas vuelvan a su estado preliminar.

Por medio del recurso de queja por atentado se concede al tribunal ad quem una función fiscalizadora sobre la actividad del juez inferior, para que éste se oriente dentro de las normas legales.

Tiene así mismo este recurso un fin represivo y restaurador, pues al comprobarse debidamente el atentado cometido, el tribunal superior mandará deshacerlo y reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, condenado en costas, daños y perjuicios al inferior culpable.

El recurso de queja por atentado no existe en algunas legislaciones y en otras tiene asignada distinta finalidad que la que se le asigna en nuestras leyes; tal -- circunstancia motiva el hecho de que exista poca doctrina sobre él.

En España, por ejemplo, existe el recurso de queja, que desempeña una función similar a nuestro recurso de hecho.

Don Manuel de la plaza, refiriéndose al recurso de queja en el derecho español expresa lo siguiente: "este tiene como el recurso de apelación, una actividad revisora; pero a diferencia de él se limita a corregir el error padecido por un tribunal de grado inferior, al negarse a admitir un recurso procedente. Es una la finalidad del recurso e idéntico el propósito de revisar el acuerdo, por el que se negó por un tribunal inferior el paso de un asunto a un tribunal de superior grado; pero es de señalar que la propia ley da el nombre de recurso de queja a lo que en rigor, más que medios de impugnación de resoluciones judiciales, son verdaderos conflictos de jurisdicción, que por su índole especial exigen que su planteamiento se haga por vía de queja, pero no utilizando un recurso propiamente dicho. -- Tal es el caso de los recursos de queja contra las autoridades administrativas, que, inadvertidamente acaso, pero con mucha mayor razón, llama conflictos el último de dichos artículos; -- error que perdura en el régimen de los recursos de fuerza en reconocer, que también son verdaderos conflictos de jurisdicción, en los que se llama recurrir en queja y sobre todo interponer queja, a la reclamación del tribunal eclesiástico contra las invasiones de su fuero realizadas por los tribunales civiles".

Eduardo Pallarés, al comentar el recurso de queja en la legislación mexicana, --

dice: "El recurso de queja es una institución anómala cuya fisonomía jurídica no es ta bien definida y que se destaca entre los demás recursos por diversas notas esenciales que le otorgan originalidad indiscutible." "Además, expresa: "es una institución anómala, mal reglamentada y que está pidiendo una reforma sistemática".

Buscando en el diccionario jurídico del dr. Juan D. Ramírez Gronda, autor argentino, encontramos la siguiente definición conformada a lo que el recurso de queja representa en la legislación de su país; "recurso de queja es el que se interpone ante un Juez superior, cuando el juez o tribunal inferior incurre en denegación o retardo de justicia."

Claramente se comprende de las transcripciones anteriores y del concepto de Ramírez Gronda, que tanto en la legislación española, como en la mexicana y en la argentina, no está establecido el recurso de queja por atentado que contempla nuestra ley procesal; el recurso de queja, simplemente de queja, de aquellos sistemas legales, tiene asignada diferente finalidad.

En la legislación española, tal como lo expresa don Manuel de la plaza, "se limita a corregir el error producido por un tribunal de grado inferior al negarse a admitir un recurso procedente." "Cosa parecida a nuestro recurso de hecho; en otros casos se hace uso del recurso de queja para resolver verdaderos conflictos de jurisdicción.-

En el derecho positivo mexicano, por el siguiente comentario de Pallarés: "actúa el recurso en ese supuesto como el antiguo de denegada apelación que fue suprimido por los autores del código vigente", nos damos cuenta de que también desempeña similar función, sirviendo además para resolver innumerables cuestiones.-

Con respecto a la definición de Ramírez Gronda, parece tomar contacto con nuestro sistema legal en lo que respecta al retardo de justicia por parte del Juez inferior, vicio al que nuestro legislador pone remedio a través del recurso extraordinario de queja por retardación de justicia, pero no en cuanto a la denegación de justicia, que se presenta cuando una resolución de Juez niega lo que el derecho concede al litigante, pues esto entre nosotros es susceptible de repararse ejerciendo otros recursos, por ejemplo el ordinario de apelación.-

C O N C E P T O D E A T E N T A D O .

En el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, encontramos el siguiente concepto de atentado: es el procedimiento abusivo de cualquier autoridad, y, en sentido más estricto, el procedimiento de Juez sin bastante jurisdicción, o contra el orden y forma que previene el derecho.

De acuerdo con lo dispuesto en nuestra ley, atentar es implantar o ejecutar -- alguna cosa contra el orden o forma que previenen o disponen las leyes; no se refiere el atentado a dictar resoluciones contra la ley, sino a la ejecución de algo en contravención a las leyes.

En definitiva, atentado es "cualquier providencia judicial por la cual se comete despojo, o la dictada en un pleito o negocio por un tribunal que tiene circunscrita o suspensa su jurisdicción o que carece de ella".

A continuación, haré una enumeración de los distintos casos en que de acuerdo con la ley se comete atentado, citando los artículos respectivos.

Primer caso: se comete atentado si se dicta providencia judicial distinta de admitir o negar el recurso, después de haberse interpuesto el recurso de apelación Art. 990 Pr.

Segundo caso: se comete atentado cuando admitida la apelación simplemente o en

ambos efectos, el Juez o tribunal dictare cualquier providencia, que no sea la remisión del proceso al tribunal superior o declarar la deserción cuando sea procedente.- Arts. 992, 993 y 1099 Pr.

Tercer caso: se comete atentado cuando por providencia judicial se despoja a alguno de su posesión, sin ser citado ni oído con arreglo a derecho.- Art. 1101 Pr. y Art. 164 Cn.

Cuarto caso: se comete atentado, si se pronunciase la resolución final en pleito o recurso, por funcionario recusado, estando pendiente la recusación.- Arts. 1101 y 1173 Pr.

Quinto caso: se comete atentado si el Juez o Magistrado inhibido dictare resolución o ejerciere acto alguno en el negocio respectivo.- Art. 1173 Pr.

Sexto caso: cualquier providencia dictada, bien por el Juez requerido, bien por el Juez requirente, pendiente competencia, el primero desde que avise al Juez requerido que insiste en la competencia y el segundo desde que recibe el aviso.- Arts. 1101 y 1202 Pr.

Séptimo caso: cualquiera otra providencia que expendieren los jueces o tribunales sobre algún pleito que penda ante otro Juez o tribunal. Art. 1101 Pr.

Todo lo concerniente al recurso de queja por atentado, en relación con la súplica, esta derogado en virtud de haber sido derogado el recurso ordinario de súplica por la Ley de Casación, publicada en el diario Oficial de 4 de septiembre de 1953.-

2) EXAMEN DE CADA UNO DE LOS CASOS DE ATENTADO.-

PRIMER CASO:

El primer caso de atentado está establecido en el Art. 990 Pr. que dice: Art. 990.- Luego que un litigante presente su escrito de apelación queda circunscrita la jurisdicción del Juez para sólo declarar si es admisible en uno o en ambos efectos, y cualquier otra providencia que se dicte se reputará atentatoria; pero esto no obsta para que se termine cualquier diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación.-

Una vez dictada la sentencia definitiva, se notifica a las partes; el litigante no conforme con ella, dentro de los tres días siguientes al de la notificación, presenta su escrito interponiendo el recurso de apelación para ante el tribunal superior correspondiente; el artículo citado le impone al Juez el deber de admitir o negar el recurso; cualquier resolución que dicte en otro sentido se reputará atentatoria.-

Al final del artículo se faculta al Juez para que pueda terminar alguna diligencia ya principiada en el acto de presentarse el escrito de apelación, como sería el caso de que antes de presentarse dicho escrito se perdiera el razonamiento en autos de documentos agregados a la causa, se hubiere apersonado un nuevo apoderado en el juicio, cuyo nombramiento hay que diligenciar o se hubiese interpuesto el recurso de explicación o reforma.

La ley quiere evitar, al establecer el caso de atentado en estudio que el mismo Juez que ha conocido de la causa en primera instancia, quiera ejecutar o iniciar la ejecución de la sentencia que ha pronunciado, sin que el juicio haya pasado por el conocimiento del tribunal superior, cuando se ha interpuesto en legal forma el recurso de apelación.

SEGUNDO CASO:

Art. 992 Pr. (parte final); pero si admite la apelación simplemente o en am-

bos efectos queda del todo suspensa su jurisdicción y será atentatoria cualquier --providencia que dictare, salvo las que expresamente le comete este código.

De acuerdo con el Art. 991 Pr. si se admite la apelación simplemente, se entiende otorgada en los dos efectos.-- El efecto legal que produce la admisión del recurso de apelación en ambos efectos es el de suspender la jurisdicción del juez, transfiriendo el conocimiento de la causa al tribunal superior.

El propósito que señalamos al comentar el primer caso de atentado, i es igualmente válido para el presente caso, por cuanto se trata de evitar que se ejecute o se inicie la ejecución de la sentencia impugnada sin que haya pasado al conocimiento del tribunal superior, de manera que se trata de providencias por las cuales se pretende ejecutar o iniciar la ejecución de la sentencia apelada.--

Falta solamente que ver cuales son las providencias que expresamente le comete el código al juez que admite la apelación en ambos efectos, a que se refiere la parte final de dicho artículo. Estas las encontramos en los artículos 993, 997, 999, 1033, 1034 y 1035 Pr. y son lo.-- La remisión del proceso original; 2o.-- la entrega del proceso a quien deba conducirlo; 3o.-- extender certificación del proceso si lo solicita alguna de las partes; 4o.-- declarar la deserción del apelante cuando por su culpa no se remitiere el proceso, previo el procedimiento respectivo.

TERCER CASO: Art. 1101 (parte primera) asimismo, se reputa atentatorio el despojo que por providencia judicial se hace a alguno de su posesión, sin ser citado ni oído con arreglo a derecho.

La disposición anterior no se refiere de manera exclusiva a la posesión natural o material, definida en nuestra ley, Art. 745 C. como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.--

Se refiere también a la posesión legal o sea al derecho de dominio o propiedad, cuando va acompañado de la posesión natural o material.--

El recurso de queja por atentado por despojo de posesión, procede cuando se trata de proteger la posesión natural o material unida a la posesión legal; procede así mismo cuando se trata de proteger la posesión natural o material sola, sin el sostén de la posesión legal o dominio; pero en el caso de la posesión legal sola -- bien podría no tener éxito.

No se refiere la disposición exclusivamente al derecho de posesión que se tenga sobre bienes inmuebles o raíces, aunque ésta es la que más usualmente origina el recurso, sino que abarca el derecho de posesión que se tenga sobre cualquier -- bien.

El Art. 164 CN. prescribe que ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida -- en juicio con arreglo a las leyes. Este principio se ha mantenido en las distintas constituciones que han regido en la República, de manera que el Art. 1101 Pr. que -- reglamenta el atentado por despojo de posesión, viene a ser una forma de actuar la garantía constitucional; un medio para darle validez y practicidad al principio -- constitucional mencionado.

De acuerdo con el artículo respectivo, para que exista el atentado es necesario que el despojo se haga en virtud de providencia judicial; caso contrario, no hay atentado.

Puede suceder que el despojo se cometa por un particular, por una autoridad

administrativa y hasta por una autoridad judicial, pero no por providencia judicial; en este caso no habrá atentado y la persona despojada no deberá hacer uso del recurso de queja por atentado, por ser legalmente improcedente; sin embargo, la ley no deja sin salida la situación anterior y nos habla en el Art. 782 y siguientes del Código de Procedimientos civiles del juicio de despojo, que es el que debe seguirse para recuperar la posesión en tales casos.

Podría darse también el caso de que el despojo de la posesión se realizara en virtud de providencia dictada por autoridad administrativa; en este caso tampoco hay atentado y por lo mismo no procede hacer uso del recurso de queja por atentado; aquí el perjudicado tendría que interponer el recurso de amparo constitucional.

Otro requisito esencial para que haya atentado por despojo de posesión, es el de que se haya hecho sin citar ni oír al despojado, con arreglo a derecho.- Otra vez el artículo 1101 pr. viene a ser medio de actuar la garantía constitucional que condiciona la privación de tales bienes al derecho de ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.

Los términos citar e y oír con arreglo a derecho deben entenderse en el sentido de que previamente a la providencia judicial por la que se priva a alguien de su posesión, deben haber sido llenados todos los trámites que prescriben las leyes; debe en primer lugar emplazársele en legal forma; debe tener la oportunidad de presentar las pruebas que legitiman su derecho de posesión; debe poder presentar sus alegatos y que las notificaciones de todos los actos procesales se le hagan en la forma legal, para que en ningún momento esté en situación de desventaja frente a su adversario dentro del proceso.

Hay lugar al recurso de queja por atentado por despojo de posesión si se incluyen en el inventario bienes pertenecientes a un tercero que está en posesión de ellos.- Art. 914 pr.-También en el caso de que se parte un inmueble sobre el que alguien alega derecho exclusivo y que no deba entrar en la masa partible.- Art. 1211

Merece atención el problema que se presenta cuando en juicio ejecutivo se remata en pública subasta o bien se adjudica al ejecutante un bien inmueble perteneciente a una persona que tiene título inscrito y además esta en posesión material de él, sin haber sido parte en el juicio, por ser persona distinta del ejecutado.

Hay indudablemente en el caso expuesto despojo de posesión por providencia judicial, sin que el despojado haya sido citado ni oído con arreglo a derecho.- En consecuencia, se ha cometido atentado.-

Cuando se han presentado tales casos, la persona perjudicada ha interpuesto el recurso de amparo constitucional ante la Corte Suprema de Justicia.

Este tribunal en ocasiones ha declarado que es procedente amparar al despojado y en otras que no es admisible el amparo constitucional en asuntos judiciales puramente civiles, razón por la cual hay, sobre este punto, jurisprudencia contradictoria.

Para esclarecer el fundamento de la jurisprudencia que niega la procedencia del amparo constitucional por tratarse de asuntos judiciales puramente civiles, trataré de explicar lo que por esto se entiende; se dice que mientras el perjudicado tenga expeditos recursos y acciones de orden civil que le franquean la posibilidad de recuperar su derecho, se tratará forzosamente de un asunto judicial puramente civil.

Por ejemplo, en el caso de que el registrador en el informe de que habla el Art. 645 pr. manifieste al juez que los bienes a que se refiere se hallan inscritos

a favor de un tercero y no obstante ello el juez lleve adelante la subasta; el tercero puede pedir nulidad del remate interponiendo el recurso de queja por atentado, que es un recurso de orden civil.

Esta jurisprudencia contradictoria a que hemos hecho mención, nos permite -- concluir que contra una providencia judicial constitutiva de despojo de posesión, -- como la del caso relacionado, se puede interponer el recurso de amparo constitucional, como también el recurso de queja por atentado y hasta, podría intentarse primero el amparo constitucional y de ser declarado improcedente interponerse después el recurso de queja por atentado, que no tiene término preciso para ejercitarse y que aventaja al anterior, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1109 Pr. que ordena -- al tribunal que conoce del recurso reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, por cuanto a través de él se pueden obtener las cancelaciones de las inscripciones que se hayan hecho en el Registro de la Propiedad raíz, entre el tiempo que medie, entre el atentado cometido y la sentencia que lo deshace.

JURISPRUDENCIA SOBRE EL RECURSO DE QUEJA POR ATENTADO POR DESPOJO DE POSESION.

CONFIRMANDO EL ATENTADO.--

"Hay atentado en la orden del juez de dar posesión de un inmueble y mandar -- cancelar las inscripciones que sobre el mismo tenían otras personas, sin oírlas ni vencerlas en juicio" (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia, del 30 de enero de 1904) (1).

"I.- Un deudor hipotecario puede donar los bienes gravados reservándose de -- por vida los usufructos; y asimismo le es lícito dar a su acreedor, en pago de sus -- adeudos, tales usufructos."

"II.- Comete atentado un juez de Primera Instancia que proceda a la subasta de los usufructos pertenecientes al acreedor en los predios embargados, si éste antes del remate, le pide excluya de la venta los referidos usufructos." (sentencia de la Cámara de segunda Instancia de la segunda sección, del 11 de agosto de 1927 -- (2)

"I.- Hay posibilidad de cometerse atentado por despojo, en un procedimiento criminal, conforme el Art. 575 I., en el caso de usurpación, si, a consecuencia de una providencia judicial resultará realmente un despojo de posesión sin oír ni vencer en juicio legalmente al poseedor."

"II.- La providencia de una Cámara de segunda Instancia, que conociendo en -- recurso de queja por atentado de un acto del juez en asunto criminal, declara eje-- cutoriadamente no haber atentado en los hechos ejecutados por dicho juez, no puede ser objeto de otro recurso de queja por atentado refiriéndose a los mismos hechos -- que motivaron el primer recurso."

"III.- Para que prospere el recurso de queja por atentado, consistente en des-- pojo de posesión, es preciso que el despojado justifique plenamente que cuando se -- verificó el hecho tenía la posesión material del inmueble objeto del despojo, no -- simplemente la posesión legal que da un título de dominio inscrito." (sentencia -- de la Cámara de Tercera Instancia) (3)

"I.- Es permitido en asuntos criminales el recurso extraordinario de queja -- por atentado, consistente en el despojo de una propiedad, sin oírse ni vencerse en juicio a su dueño; Art. 575 I."

(1) Revista Judicial. Tomo IX, 1904, página 462.

(2) Revista Judicial. Tomo XXXII, página 275.

(3) Revista Judicial. Tomo XLII, feb. 11 de 1937, página 133 y 134.

"II.- Para que exista atentado por despojo de posesión, conforme el Art. 1101 Pr. es condición esencial que concurren estos tres elementos lo.- que alguien esté en posesión de una cosa; 2o.- que el juez o tribunal lo despoje de ella sin fundamento legal; y 3o.- que este despojo se verifique prácticamente en cumplimiento de una providencia judicial."

"III.- El despojo a que se refiere el Art. 1101 Pr. es el de la posesión natural o material, no el de la posesión legal.- La posesión material de un inmueble no se prueba con sólo un título inscrito, es necesario el testimonio de testigos idóneos que establezcan una serie de actos que únicamente puede ejecutar el verdadero dueño. (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia) (4)

Hay atentado en ejecutar segunda vez y de modo diferente una sentencia, sin haberse demostrado en la forma correspondiente, que la primera ejecución no es conforme con la sentencia ejecutoriada."

(sentencia de la Cámara de Tercera Instancia del 18 de noviembre de 1899) (5)

"I.- Es apelable la resolución de un juez de la Instancia, dictada en un juicio ejecutivo, en el cual se declara sin lugar la suspensión de dicho juicio, pedida conforme las leyes de emergencia por la parte ejecutada, si aquella resolución implica revocatoria o denegación de una liquidación ya practicada y consentida con anterioridad en el mismo juicio."

"II.- La sentencia de la Cámara de segunda Instancia que conoce en apelación del auto a que se refiere el párrafo anterior, no es atentatoria, porque ha tenido competencia dicho tribunal para resolver en grado el asunto, aunque sea tachable de errónea la referida sentencia."

(1) (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia)

No hay atentado, por despojo de posesión de un inmueble, contra una persona que ha sido demandada, oída y vencida en juicio, sobre la reivindicación de una faja de terreno, que en sentencia ejecutoriada se manda restituir al actor; y que en cumplimiento de esa sentencia se entrega al victorioso la referida faja de terreno."

(2) (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia)

"Si una persona ha sido citada y oída en juicio con arreglo a derecho, no hay lugar al recurso extraordinario de queja por atentado." (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia) (3)

JURISPRUDENCIA QUE ESTIMA PROCEDENTE EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN CASO DE DESPOJO POR PROVIDENCIA JUDICIAL DICTADA EN JUICIO EJECUTIVO POR ACCIONES QUE NO SE DIRIGEN CONTRA EL DESPOJADO.

"I.- Para los efectos de un amparo constitucional, basado en el Art. 20 de la Constitución política, no es necesario esencialmente título inscrito como prueba del derecho; basta la prueba plena de la posesión, signo inequívoco del ejercicio del derecho de propiedad, y la justificación de la perturbación o despojo de ella, sin las formalidades legales, para que tenga aplicación el Art. 27 de la misma Constitución."

"II.- La sentencia pronunciada en juicio ejecutivo y la adjudicación hecha del inmueble embargado al ejecutante, no perjudica a tercero que no ha intervenido en el juicio, aunque se funde la ejecución en escritura pública hipotecaria; por consiguiente, ese tercero que está en posesión de lo adjudicado, desde antes de consti--

(4) Revista Judicial. Tomo XLIV, enero 30 de 1939, página 467

(5) Revista Judicial. Tomo VI, 1900

(1) Revista Judicial. Tomo XLIII, junio 28 de 1938, página 139.

(2) Revista Judicial. Tomo L, mayo 19 de 1945, página 191 y 192.

tuirse la hipoteca, sin interrupción no obstante el embargo practicado en él, no puede ser despojado del referido predio sin ser previamente oído y vencido en juicio conforme a la ley y procede el amparo impetrado." (sentencia de la Corte Suprema de Justicia) (1)

"Hay lugar al amparo constitucional en contra de las providencias de un juez de lo Civil que ordena en un juicio ejecutivo y como consecuencia de la subasta respectiva, la entrega de un inmueble poseído por una tercera persona, que no ha sido parte en el juicio y que no se encuentra en las otras situaciones jurídicas que contempla el apartado 2o del Art.642 Pr." (Resolución de Corte Plena) (2)

"I.- No hay lugar al amparo constitucional por violación de la garantía de la propiedad, si el impetrante no estableció el derecho que pretende violado."

"II.- Aunque se trate de un asunto judicial puramente civil, el agravio alegado puede motivar eficazmente una acción de amparo si el impetrante no fue parte en la contienda." (Resolución de Corte Plena) (3)

JURISPRUDENCIA QUE NIEGA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO POR TRATARSE DE ASUNTOS JUDICIALES PURAMENTE CIVILES.

"Es improcedente el recurso de amparo constitucional cuando se trata de asuntos judiciales puramente civiles." (Resolución de Corte Plena) (4)

"El amparo constitucional es recurso establecido para resguardar el ejercicio de las garantías individuales, en contra de los hechos que las conculquen, pero no para definir derechos privados, puramente personales que pueden debatirse en la forma judicial ordinaria." (sentencia de la Corte Suprema de Justicia) (5)

"Las cuestiones sobre posesión o dominio se definen en la forma judicial, y no por medio de un recurso de amparo". (sentencia de la Corte Suprema de Justicia)(6)

JURISPRUDENCIA SOBRE CANCELACION DE INSCRIPCIONES EN CASO DE ATENTADO POR DESPOJO DE POSESION.--

"La sentencia que manda deshacer un atentado por despojo de propiedad, para que sea debidamente cumplida, debe comprender la cancelación de inscripciones en el registro de la Propiedad, de las ventas que el favorecido por el despojo hubiere hecho en el tiempo intermedio entre el atentado cometido y la sentencia que lo deshace." (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia) (2)

CUARTO CASO: Art. 1101 (parte final) y todas las que dieren, pendiente recusación a competencia, salva las excepciones legales.

Art. 1173.- La recusación no produce el efecto de inhibir del conocimiento o intervención que tiene en el negocio aquel a quien se dirige, sino desde el día en que se le hace saber la resolución que lo declara separado del conocimiento e intervención en el asunto; pero no podrá pronunciar la resolución final en el pleito o recurso mientras esté pendiente la recusación, pena de atentado.

La aparente contradicción de las dos disposiciones anteriores, al decir la primera : " y todas las que dieren, pendiente recusación o competencia"; y la segunda:

- (3) Revista Judicial. Tomo LII, diciembre 12 de 1947, página 389.-
- (1) Revista Judicial. TomoXLIII, mayo 25 de 1938, página 55.
- (2) Revista Judicial. Tomo LIX, junio 17 de 1954, página 165,166 y 167.
- (3) Revista Judicial. Tomo LIX, agosto 17 de 1954, página 179,180 y 181
- (4) Revista Judicial. Tomo LII, mayo 29 de 1947, página 158
- (5) Revista Judicial. Tomo XII, junio 28 de 1907, página 321
- (6) Revista Judicial. Tomo XIV, febrero 16 de 1909, página 106.
- (1) Revista Judicial. Tomo XXI, 1916, página 287.

la recusación no produce el efecto de inhibir del conocimiento e intervención que tiene en el negocio aquel a quien se dirige, sino desde el día que se le hace saber la resolución que le declara separado del conocimiento o intervención en el asunto", tiene una explicación histórica que a continuación vamos a dar:

La disposición contenida en la parte final del Art. 1101 del actual Código era distinta en el Código de 1857, pues en éste reputaba atentatorias todas las providencias que dieran los jueces o tribunales pendiente la recusación o competencia.

El artículo era el siguiente: Art. 1718.- Son también atentatorias las que -- expedieren los mismos sobre algún pleito que penda ante otro tribunal o Juez y todas las que dieran pendiente la recusación, o competencia.

El mismo principio se mantuvo en el Código de 1863, en la edición de 1878, en el Código de 1880 y edición de 1893, pero la ley de 30 de mayo de 1900 reformó el artículo, agregándole la parte final que dice: "salvo las excepciones legales" y así se ha mantenido en las ediciones posteriores.

El Art. 1784 del Código de 1857, correspondiente al actual Art. 1173 Pr., era el siguiente: Art. 1784.- La recusación produce el efecto de inhibir del conocimiento o intervención que tenía en el negocio aquel contra quien se dirige, desde el momento que se le cita.-

El inhibido en este caso no podrá ejercer en el negocio acto alguno, pendiente la causa de recusación, pena de atentado.

La misma ley de 30 de mayo de 1900 reformó el anterior artículo no inhibiendo al Juez o tribunal del conocimiento o intervención en el asunto mientras esté pendiente la recusación, pero si lo inhibe de pronunciar la resolución final.

La correcta interpretación, después de las reformas efectuadas es la de que el Juez o tribunal, mientras se sigue el procedimiento de recusación, puede pronunciar cualquier resolución en el negocio de que conoce y no comete atentado, salvo si pronunciare la resolución final.

Lo que se pretende con el caso de atentado en estudio es evitar que se pronuncie la resolución final, por un Juez o Magistrado que ha sido recusado por una de las partes, en virtud de existir una causal que pudiera moverlo a actuar con parcialidad e injusticia en el negocio de que conoce.

QUINTO CASO.- Art. 1173.- (parte final) El inhibido no podrá ejercer en el negocio acto alguno, bajo la misma pena de atentado.-

El quinto caso de atentado también está establecido en el Art. 1173 Pr.-

Hemos visto en el caso anterior, que mientras esta pendiente la recusación, puede el Juez o Tribunal dictar cualquier resolución en el negocio de que conoce, pero no pronunciar la resolución final, pena de atentado.

En este caso se trata de un funcionario inhibido a quien en virtud de haberse le probado los hechos que configuran la causal de recusación, se ha mandado separar del conocimiento de la causa principal por el tribunal que conoce de la recusación.

Comete pues atentado el Juez o Magistrado que habiéndosele hecho saber la resolución que lo declara separado del conocimiento de la causa principal, omite cualquier providencia o acto en la misma.

También en este caso opera la razón de que el legislador quiere evitar que se emita resolución o se dicte sentencia por Juez o Magistrado que por circunstancias establecidas en la ley, pueda estar inclinado a actuar con parcialidad e injusticia.

SEXTO CASO:

Está establecido este caso de atentado en la parte final del Art. 1191 Pr. en relación con el Art. 1202 Pr.; la primera disposición en la parte pertinente dice - "Asimismo se reputa atentatorio, etc. etc. y todas las que dieran pendiente recusación o competencia salvo las excepciones legales"

Art. 1202 Pr.- desde que el tribunal o juez requerido recibiere el aviso que le diere el requirente de no satisfacerle su contestación y de insistir en la competencia, deberá obtenerse de todo conocimiento en el asunto, so pena de atentado y de una multa de veinticinco colones a cincuenta colones, salvo el caso del Art.- 641.- El requirente se obtendrá también de todo conocimiento si lo hubiere tenido, bajo la misma pena, desde el acto en que comunique al requerido que insiste en la competencia.

El Art. 1193 Pr. define la competencia en los términos siguientes: "Competencia es la contienda que se suscita entre dos jueces o tribunales sobre a quien corresponde el conocimiento de un asunto."

Si un juez o tribunal considera que a él le corresponde el conocimiento de un asunto de que está conociendo otro juez o tribunal, y quiere que ésta se inhiba de conocer, le dirige acta oficial manifestándole las razones y la ley en que se funda y anunciándole competencia si no cede.

En caso de que el requerido o sea al tribunal que está conociendo, convencieren las razones del requirente o sea del tribunal o juez que cree que a él le corresponde el conocimiento del asunto, se dará por inhibido y le remitirá dentro de tercero día lo actuado en el estado en que se encuentre; si al requerido no convencieren las razones del requirente le contestará por medio de nota, dentro de tercero día de recibida la nota del requirente, exponiendo en ellas las razones y la ley que lo apoyan y aceptando la competencia.-

Cuando al requirente no satisfacen las razones y la ley que invoca el requerido, en el acto le enviará nueva nota, manifestándole que no le satisface su contestación y que insiste en la competencia; desde el momento que el requerido reciba esta última nota debe abstenerse de todo conocimiento en el asunto pena de atentado y multa de veinticinco a cincuenta colones; el requirente comete también atentado y se le impone igualmente la multa, si no se abstiene de todo procedimiento desde el acto mismo en que comunique al requerido que insiste en la competencia.-

El caso de excepción se da dentro del juicio ejecutivo y se refiere a lo siguiente: Art. 641.- Señalado el día para el remate se declarará extemporánea cualquier solicitud del deudor, cuya tramitación haya de impedir o diferir la diligencia, la cual no se suspenderá ni aun por apelación o recusación que interponga el deudor.-

Tal excepción obedece a la finalidad del juicio ejecutivo, que según comentario del Dr. Humberto Tomasino, hecho en su obra "El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña", consiste en obtener a través del remate de los bienes del deudor, el pago de lo que reclama el acreedor, sin las molestias y embarazos del juicio ordinario, y como el deudor tratará por todos los medios a su alcance que no se llegue a esa finalidad, se le reñazarán, una vez señalado el día para el remate, todas las solicitudes que tiendan a prolongar o impedir dicho remate, el cual se llevará a cabo el día señalado, aunque el deudor recuse al juez, que está conociendo en el juicio o apele de las resoluciones dictadas con posterioridad al señalamiento." podemos agregarle: o provoque el incidente de competencia.-

SEPTIMO CASO:

El séptimo caso de atentado está también establecido en el Art. 1101 Pr., siendo la parte pertinente la que copiamos a continuación:

Art. 1101.- y cualquiera otra providencia que expidieren los jueces o tribunales, sobre algún pleito que penda ante otro Juez o tribunal.

¿Cuáles son las situaciones comprendidas en el caso de atentado que nos ocupa?

La primera la encontramos en el inciso 2o. del Art. 983 Pr. que dice: "cuando la apelación admitida en solo el efecto devolutivo lo fuere de sentencia interlocutoria, el juez continuará la causa hasta ponerla en estado de pronunciarse la sentencia definitiva, en cuyo estado esperará la decisión del superior sobre la interlocutoria apelada."

Si el juez, incumpliendo la disposición anterior, pronuncia la sentencia definitiva sin esperar la resolución del tribunal superior que decida sobre la interlocutoria apelada, comete atentado.

El segundo caso está establecido en el Art. 1032 Pr., que dice: "el recurso de hecho no suspende la ejecución de la sentencia, ni el procedimiento, mientras no se pidan los autos por el tribunal superior",

De acuerdo con el artículo anterior, si el tribunal superior pide los autos al juez que ha denegado el recurso de apelación por ser admisible el recurso de hecho y éste no suspende la ejecución de la sentencia o dicta providencia alguna, comete atentado, por no haber pasado la jurisdicción al tribunal superior.-

El tercer caso lo encontramos en el Art 559, que dice: "pedida la acumulación, el juez oficiará al tribunal o juez que conociere del asunto que se trata de acumular, para que se abstenga de pronunciar sentencia".

El Art. 561 Pr. dice que es válido todo lo actuado por los jueces competentes antes de la acumulación.

Armonizando las dos disposiciones anteriores, entendemos que es válido todo lo actuado por los jueces competentes antes de la acumulación, menos la sentencia definitiva.- Una vez que en corte plena se haya resuelto el incidente de acumulación, determinando si procede o no la acumulación y en caso de que proceda si el tribunal o juez que conoce en el asunto que se trata de acumular pronuncia sentencia, comete atentado.

El cuarto caso lo encontramos en el Art. 1098 Pr. que dice: "Los tribunales no podran pedir, ni a efecto de ver, los procesos o causas pendientes en primera o segunda intancia, mientras no se hubieren alzado o dicho de nulidad de las sentencias pronunciadas en ellas, o cuando la ley no lo ordenare expresamente".

Este artículo esta estrechamente relacionado con el Art. 171 Cn. que dice: "Ningún poder ni autoridad puede abocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos".

Por mandato de las disposiciones anteriores, ni los jueces ni los tribunales superiores pueden pedir a los inferiores, estén o no bajo su jurisdicción, ya sea para ver cómo van, que es lo que se ha hecho en ellos, o por cualquier otra causa, los procesos que estén tramitándose; menos pronunciar providencias alguna en ellos, a menos de que hubieren sido objeto de algún recurso legal o cuando la ley lo ordenare expresamente. Si lo hicieren, cometen atentado.

P R O C E D I M I E N T O . -

TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO.-

El recurso de queja por atentado es de trámites breves y sencillos.- El Art. 1106 Pr., indica que el que intentare el recurso de queja por atentado, podrá ocu--

rrir al tribunal correspondiente puntualizando cual sea el cometido.

En la disposición mencionada el término correspondiente está empleado como sinónimo de competente y el Art. 1108 Pr. señala que el tribunal competente para oír la queja es el que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquel recurso no tuviere lugar.

La improcedencia del recurso de apelación podría resultar de estos dos motivos: 1o.- porque la resolución no fuera apelable, o 2o.- porque dada la naturaleza del atentado cometido no pueda interponerse el recurso de apelación.

Parecería que ante un atentado cometido por un tribunal de segunda instancia o por una de las salas de la Corte Suprema de Justicia en la actualidad el perjudicado se encontrará desposeído de los medios legales para reparar el perjuicio que ha sufrido, pero no es así, por cuanto de acuerdo con el Art. 1074 Pr. puede el perjudicado entablar el juicio de responsabilidad.

Cuando el atentado ha sido cometido por un juez que actúa por delegación, el recurso debe interponerse ante el tribunal superior del juez delegante.

TERMINO PARA INTERPONERLO.-

La ley no establece término para interponer el recurso de queja por atentado, por lo que se concluye que puede interponerse en el término de la prescripción, conforme las reglas establecidas en el capítulo I, del título XLII del Libro 4o. del Código Civil. de la Prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales.

TRAMITACION DEL RECURSO.-

El perjudicado por el atentado presenta el recurso al tribunal competente; si éste lo admite, como primera providencia pedirá informe al juez, que ha cometido el atentado; éste debe evacuar el informe dentro del término de tres días; lo informado por el juez se hace saber inmediatamente a la parte quejosa, quien debe contestar dentro del mismo término de tres días; con vista de la contestación de la parte quejosa, se abrirá el incidente a pruebas si fuere necesario, por ocho días, más el término de la distancia, con citación de la otra parte o sea de la beneficiada con la providencia atentatoria en el juicio principal y de la autoridad contra quien se entabla la queja; para que dentro del mismo término produzcan sus justificaciones en contrario si les conviniere; los ocho días del término de prueba deberán contarse desde el día siguiente al de la última citación, si no hubiere término de la distancia; caso de haberlo, cuando transcurra éste.- vencido el término de prueba, se pronunciará la sentencia que corresponda dentro de los tres días siguientes, sin otro procedimiento.

Podría suceder que el juez que dictó la providencia impugnada como atentatoria no remita el informe que le ha pedido el tribunal que conoce del atentado; la ley no resuelve este problema; ante tal silencio el Sr. Padilla y Velasco opina que el interesado en el recurso puede perfectamente acusarle rebeldía al juez, y pedir que se tengan por negados de parte de éste los conceptos de la queja.

Lamento no estar de acuerdo con la anterior opinión y fundamento mi disenso en la razón siguiente: El juez deberá declarar rebelde a cualquiera de las partes que intervienen en el proceso, producidas determinadas circunstancias previstas en la ley, pero en ningún momento ésta autoriza que pueda acusársele rebeldía a un funcionario judicial; en consecuencia, las disposiciones sobre la rebeldía son de exclusiva dedicatoria para las partes y no para el juez o tribunal que conoce del proceso.

La apertura a pruebas en el incidente originado por la interposición de este recurso, la ley lo deja a la prudente apreciación del tribunal que conoce de él, pero desde luego deberá tomar en cuenta las circunstancias del caso; si se tratara de una cuestión de mero derecho sería innecesaria la apertura a pruebas.

CONTENIDO DE LA SENTENCIA.-

si se prueba la existencia del atentado, el tribunal pronunciará la sentencia correspondiente, la que de conformidad al Art. 1109 pr. debe contener: 1o.- declarar la existencia del atentado; 2o.- mandarlo deshacer, ordenando reponer las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, y , 3o.- condenar en costas, daños y perjuicios al inferior culpable.-

En caso de ser varios los jueces que han intervenido en la comisión del atentado, en forma culpable, a todos deberá condenárseles.

En caso de no probarse el atentado o si los hechos probados no lo constituyen, el tribunal deberá declarar: 1o.- que no existe el atentado; 2o.- Absolver al juez en las costas, daños y perjuicios, y 3o.- condenar al recurrente en las costas , del recurso y en daños y perjuicios si ha procedido de mala fe.-

De acuerdo con el Art. 1102 Pr., la parte perjudicada por el atentado puede ejercitar los recursos ordinarios de apelación o súplica o bien el extraordinario de queja por atentado.

Habiendo sido derogado el recurso ordinario de súplica se puede ejercitar en la actualidad el recurso ordinario de apelación y el extraordinario de queja por atentado.

según el Art. 1103 Pr. cuando se reclamare el atentado por apelación o súplica, se observará los mismo trámites prescritos para proceder en estos recursos.

Se puede, pues, reclamar el atentado cometido al interponerse el recurso de apelación; en tal caso los trámites son absolutamente los mismos que se siguen siempre que se hace uso de este recurso, pero la sentencia deberá contener los mismo puntos que hemos expresado bajo el subtítulo denominado "contenido de la sentencia".

Hay resoluciones a las cuales la misma ley niega la posibilidad de ser impugnadas o sea que no admiten ningún recurso.- Tales son las sentencias dictadas en el recurso de revisión de cumplimiento de sentencia. Art. 443 Pr., de recusaciones Art. 1180 Pr., de impedimentos y excusas, Art. 1191 Pr, y de competencia, Art. 1206 Pr.-- Al no distinguir la ley no podemos menos que aceptar que dichas resoluciones no pueden ser objeto del recurso en estudio.

ADMITE RECURSO LA SENTENCIA PRONUNCIADA EN EL RECURSO DE QUEJA POR ATENTADO.-

En el código de 1857, el Art. 1725 claramente prescribía que la resolución dictada en el recurso de queja por atentado no admitía recurso ninguno.

En la edición publicada en el año de 1878 se mantiene igual, pero en los códigos y ediciones posteriores ya no aparecerán la parte final por haber sido derogado.

Tal supresión revela un cambio de criterio en el legislador, permitiéndose el ejercicio de recursos legales; caso contrario habrían mantenido la prohibición como en el recurso de revisión de cumplimiento de sentencia, recusación, excusas e impedimentos y competencias, de sentencia, recusación, excusas o impedimentos y competencias.

cuáles serán entonces los recursos que admite?

Primeramente, las sentencias dictadas por la Cámara de Tercera Instancia en casos de atentados, consideraron admisible el recurso de apelación de las sentencias dictadas por las Cámaras de segunda Instancia; por estimarlo el recurso precedente; pe

ro del año de 1915 en adelante se cambió de criterio y la jurisprudencia estableció que no admitía apelación la sentencia dictada en el recurso de queja por atentado, sino que el recurso ordinario de súplica, según las reglas generales, "salvo el caso que la ley lo prohíba expresamente".

Por lo tanto, no procedía el recurso de nulidad si el atentado era cometido en juicio sumario o en algún juicio cuya sentencia no admitía súplica, como sería si el atentado se hubiese cometido en juicio ejecutivo.-

sobre la situación anterior el dr. Padilla y Velasco, en su obra citada hace el siguiente comentario: La calidad de extraordinario que tiene el recurso de queja por atentado, no impide interponer otro recurso, pues se ha visto que se puede interponer el ordinario de súplica.- El legislador, al derogar la prohibición que impedía interponer algún recurso de la resolución dictada en el recurso de queja por atentado, ha querido decir que admite todos los recursos ya ordinarios ya extraordinarios, según las reglas generales; y prohibiendo la ley el recurso de súplica en estos casos (se refiere a los casos en que la ley prohíbe expresamente el recurso de súplica), - la sentencia definitiva de segunda instancia lógicamente admite el recurso extraordinario de nulidad".

Jurisprudencia posterior a la citada por el dr. Padilla y Velasco mantiene el criterio de negar el recurso de apelación de la sentencia definitiva pronunciada en el recurso extraordinario de queja por atentado; a guisa de ejemplo citamos la siguiente;

"Es improcedente el recurso de apelación de la sentencia definitiva pronunciada en el recurso de queja por atentado que se dice cometido en un juicio civil ejecutivo en el cual vendió el juez de la instancia, en público subasta, unos derechos herenciales radicados en una finca de naturaleza rústica, sin oír ni vencer en juicio a los recurrentes conforme a la ley ". (sentencia de la Cámara de Tercera Instancia) (1)

Si un Juez de Paz, al conocer de una demanda que no excede de doscientos colones, comete atentado, deberá conocer del recurso de queja por atentado al juez de Primera Instancia respectivo.- Admitirá algún recurso la sentencia dictada por éste conociendo de dicho recurso?

Y en el caso de que un Tribunal de segunda Instancia comete atentado, cuando conoce en primera instancia por mandato de la Ley?- Aquí estimo que no hay lugar al recurso de queja por atentado, sino al recurso de responsabilidad establecido el Art. 1074 Pr.

Se concluye de todo lo expuesto que siempre han estado divididas las opiniones sobre este punto; los que creen que el recurso de queja por atentado constituye instancia, se pronuncian en el sentido de que se puede recurrir de la sentencia, pronunciada en dicho recurso y los que opinan que no constituye instancia, sostienen que dicha sentencia no es recurrible.-

PUNTO TERCERO.-

RECURSO EXTRAORDINARIO DE QUEJA POR RETARDACION DE JUSTICIA.

ASPECTO HISTORICO.

En el código de 1857, el recurso de queja por retardación de justicia era de trámites más complejos, conteniendo exigencias innecesarias que fueron suprimidas en los códigos y ediciones posteriores para volver más operante y más simple el

(1) Revista Judicial, tomo XLII, mayo 17 de 1937. página 173.

procedimiento a fin de darle toda movilidad y rapidez necesaria y conveniente a la naturaleza de dicho recurso.

El primer artículo con que comenzaba dicho recurso en aquella legislación era el siguiente:

Art. 1727.- Habrá también lugar al recurso de queja contra el Juez de paz, -- Juez de Primera Instancia, Cámaras o Tribunales, por retardación de justicia, cuando en los términos fijados por la ley no expidieren las providencias que correspondan, según el estado de la causa o no las sentenciasen.

El anterior artículo no ha sufrido ninguna reforma y corresponde al artículo 1111 del Código vigente.

Art. 1728.- Todo el que quiera usar de este recurso, pedirá al Juez o Tribunal testimonio a su costa de los escritos que haya presentado, el cual no podrá negársele bajo pretexto ninguno; y se pondrá en el testimonio nota firmada del día y hora en que se entregaron los escritos al Juez o Tribunal y de los días y horas que han corrido hasta el momento en que el interesado solicitare el testimonio.- Este -- deberá darse en el término fijado en el Art. 1567.-

El término fijado en dicho artículo era el de un día por cada diez fojas que debieran testimoniarse.

El Código de 1863 suprimió el anterior procedimiento, razón por la cual ya no aparece en los Códigos y ediciones posteriores.

Art. 1729.º Recabado este documento, ocurrirá con él el interesado al Tribunal que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquella no tuviera lugar.- El Juez o Tribunal, con solo la vista de la queja documentada, si ésta fuere fundada, despachará, el primero orden, y el segundo carta acordada, para que administre justicia sin retardo, conminando al Juez, contra quien proceda la queja, con que se le formará causa, en caso de repetirse aquella, y condenándolo en las costas del recurso.- Si la queja se repitiere en el mismo asunto, -- aunque no sea sobre los mismos incidentes, se dará cuenta a la Corte plena para que declare que ha lugar a formar causa sin demora, con arreglo a lo prevenido en este Código.- De las resoluciones que se dictaren por virtud de este artículo, no tiene lugar recurso ninguno.-

El anterior artículo fue reformado por el Código de 1863, simplificándose notablemente el procedimiento; dicha reforma comprende la supresión del testimonio, -- de la conminación al Juez sobre que se le formará causa en caso de repetirse la -- queja, y de la parte final sobre la no procedencia de ningún recurso de la resolución dictada por virtud de dicho artículo y el traslado a otro artículo de la disposición relativa a dar cuenta a Corte plena si la queja se repitiere en el mismo asunto, aunque no sea sobre los mismos incidentes, para que declare que ha lugar a -- formar causa sin demora.

En el Código de 1863 la disposición respectiva era el Art. 979.- El que quiere usar de este recurso ocurrirá al Juez o Tribunal que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquella no tuviere lugar.- El Juez o Tribunal que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquella no tuviere lugar.- El Juez o Tribunal con solo la vista de la queja, -- despachará el primero orden, y el segundo carta acordada, para que administre justicia sin retardo a la parte quejosa.-

El texto del anterior artículo ha permanecido invariable y corresponde al -- Art. 1112 del Código vigente.-

Art. 1730.- cuando los recursos concedidos en el artículo 1721 se dirijan contra la cámara de 2a. instancia, conocerá de ellos la de 3a., para el solo efecto de mandar que se repare el atentado y se repongan las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, entendiéndose sin costas; y siéndolo por retardación de justicia, en virtud del artículo 1727, despachará la carta acordada a que se refiere el artículo 1729, sin la conminación y sin costas.-

El artículo anterior varió en cuenta a su redacción en el código de 1863, en el que también aparece ubicado al final del capítulo, como el artículo 981, así:

Art. 981.- cuando los recursos concedidos en el artículo 971 se dirijan contra la cámara de 2a. instancia, conocerá de ellos la de 3a. para solo el efecto de mandar que se repare el atentado y se repongan las cosas al ser que tenían en el acto de haberse cometido, y siendo por retardación de justicia, despachará la carta acordada a que se refiere el artículo 979, sin condenación ninguna en uno u otro caso.-

conservando la redacción anterior en la edición de 1878, siendo en ésta el artículo 975, pero fue derogado y ya no figura en el código de 1882, desapareciendo definitivamente aquella situación de ventaja en que estaban colocados los magistrados de las cámaras de segunda instancia y poniéndolos al mismo nivel con los jueces de primera instancia, tratamiento que parece ser el más justo.-

Art. 1731.- caso de negarse indebidamente los testimonio de que hablan los artículos 1691 y 1728, los escribanos actuarios, o, en su defecto, los testigos de asistencia, quedan autorizados y obligados por esta ley a dar certificación de esta negativa, incurriendo, caso de no dar dicha certificación, en la pena prescrita en el código penal.-

Art. 1732.- si, no obstante lo prevenido en el artículo anterior, se negare la certificación, podrán darla dos vecinos del lugar, mayores de diecisiete años, indicando en ella que están prontos a jurar lo que certifican.-

Art. 1733.- con el documento de que hablan los dos artículos precedentes, ocurrirá el quejoso al tribunal que debiera conocer en apelación o súplica, como ya se dijo antes, y en seguida mandará tal juez o tribunal, que el juez de paz o de primera instancia de a su costa, incontinenti, el testimonio de ley, condenándolo en las costas del artículo y dándose cuenta a la corte plena para que declare la formación de causa, contra el culpado como infractor de ley expresa.- si la queja procediere contra la cámara de 2a. instancia, la de 3a. se limitará a mandar que se de el testimonio a costa de la parte y dar cuenta a la corte plena, para que obre según se previene en el título de responsabilidades.- si el recurso fuere sobre el retardo de justicia, se practicará lo dispuesto en el artículo 1729.

Los tres artículos anteriores al igual que el Art. 1728, fueron suprimidos por el código de 1863, al mismo tiempo que se reformó el artículo 1729, suprimiendo el trámite del testimonio.

Las razones de tal supresión y reforma están bien claras en el siguiente comentario del dr. Padilla y Velasco, hecho en su obra "recursos judiciales"; "Este procedimiento que establecían los artículos anteriores, era sumamente compendioso, y sin resultados prácticos, porque también podía el juez retardarse en extender el testimonio; fuera de que en el término que se empleaba en pedir y extender el testimonio, podía ocuparse en esperar que se pusiera la resolución solicitada."

De acuerdo con la nueva estructura que adquiere el recurso de queja por retardación de justicia a partir del código de 1863, el artículo 980 de dicho código -- prescribe lo siguiente:

Art. 980.- si la queja se repitiese en el mismo asunto, aunque no sea sobre los mismo incidentes, se pedirá informe al juez quién deberá darlo dentro de tercero día, y con él se dará cuenta en corte plena para que declare si ha o no lugar a formar causa contra el inferior culpable, previas las formalidades de derecho.- pn. 268 inciso 3o.-

El artículo anterior fue reformado y en la edición de 1904 aparece el texto que en definitiva se ha mantenido invariable y que en el código vigente es el Art. 1113 que dice:

Art. 1113.- si la queja se repitiere en el mismo asunto y sobre los mismos incidentes, se pedirá informa al juez, quién deberá darlo dentro de tercero día, y en vista de dicho informe, se aplicará al inferior culpable, por el simple retardo, la multa que se prescribe en el artículo siguiente, sin perjuicio de dar cuenta en corte plena, para que se declare si ha lugar o no a formar causa contra él, previas las formalidades de derecho.- Art. 284 inciso 3o. pn.

con la supresión de la disposición contenida en el Art. 981 del código de 1863, por el código de 1882, que establecía tratamiento preferente para los Magistrados de las Cámaras de 2a. Instancia, por cuanto los relevaba de sanciones, la disposición anterior era la última del capítulo I del título II, del Libro III, del código de Procedimiento civiles, pero la edición de 1904 que agrega al artículo anterior lo relativo a la multa, necesariamente tiene que agregar un artículo más, el 1157, para regular lo relativo a dichas multas, cuyo texto se ha mantenido invariable, - siendo su equivalente el Art. 1114 del código vigente, con la única diferente del término colones por pesos y que dice:

Art. 1114.- por el retardo en proveer los decretos de sustanciación incurrirán los jueces de Primera Instancia y magistrados de las Cámaras en una multa de diez colones; si se tratare de un auto interlocutorio la multa será de veinticinco colones; y si de una sentencia definitiva, de cincuenta colones.- para los jueces de paz la multa se reducirá a la mitad en cada uno de los respectivos casos.

Estas multas sólo se aplicarán cuando medien veinte días entre una y otra queja, tratándose de sentencias interlocutorias y treinta días, cuando se trate de sentencias definitivas.

La razón de la introducción del anterior artículo y reforma del que le precede, son expuestas con claridad en el siguiente comentario:

"Es tan grande el interés social que hay en que la administración de justicia sea pronta, y tan general la queja de los retardos que se experimentan en ella, que la comisión ha creído conveniente proponer que se obligue a los jueces a dictar sus resoluciones en los términos designados por la ley, imponiendo, por el simple retardo, a los funcionarios culpables multas desde diez a cincuenta pesos según la importancia de la resolución de que se trate; más como el propio tiempo hay que rodear también de garantías a los funcionarios judiciales, y que considerar el cúmulo de negocios que ocurren a los tribunales; fuera de los que se hallan estancados en sus archivos; la comisión ha propuesto en su reforma, que tales multas solo se impongan al presentarse por segunda vez el recurso de queja por retardación de justicia, sirviendo la primera como advertencia al funcionario indolente o descuidado". (1)

NATURALEZA Y OBJETO.-

La naturaleza del recurso de queja por retardación de justicia es completamen

te distinta de la de los otros recursos, aun de los demás recursos extraordinarios.

Procede dicho recurso contra la pasividad de los jueces en el desempeño de sus funciones, pasividad desde luego perjudicial al interés de las partes y de la justicia; contra la negativa de los jueces a tramitar los juicios en los términos que establece la ley.-

Para que pueda ejercitarse este recurso es preciso que exista una omisión del juez, la no realización de un acto; por eso se dice que su naturaleza es peculiarísima, pues en tanto los demás recursos se interponen contra las resoluciones de los funcionarios judiciales, contra los actos o acciones de los mismos, es decir, contra el hacer judicial, el recurso de queja por retardación de justicia solo procede en el caso contrario, o sea cuando los jueces o tribunales se resisten a realizar en el tiempo debido los distintos actos del proceso.

Es un recurso, pues, que la ley da a los litigantes contra la molición de los jueces o tribunales, para despertar su letargo de impartir justicia, lo cual, en algunos casos, puede incluso llevar invivita malicia de parte de algunos funcionarios judiciales deshonestos, llamados en mala hora al ejercicio de una elevada función, para la que están moralmente incapacitadas.

El objeto del recurso es el de propugnar porque la justicia sea pronta; porque se administre justicia sin retardo a las partes y se cumpla así un requisito básico de toda buena administración de justicia: su pronta expedición.

A través de este recurso se da al tribunal superior una función fiscalizadora sobre la actividad del juez inferior, pues viene a ser un control necesario para que la justicia llene cumplidamente sus fines esenciales.- tiene asimismo un fin represivo, pues en el caso de que el funcionario negligente o malicioso caiga en las situaciones previstas en los Arts. 1113 y 1114 Pr., se le imponen las sanciones correspondientes.

DEFINICION.-

La retardación de justicia es la demora de los funcionarios judiciales en no resolver, o no sentenciar los negocios de su competencia, dentro de los términos que señala la ley.- dichos términos son los siguientes: dentro de veinticuatro horas de presentados los escritos, para los decretos de sustación, Art. 424; tres días para las sentencias interlocutorias, Art. 423; doce días contados desde la última diligencia del proceso para las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios ordinarios, y tres contados de la misma manera para las sentencias definitivas pronunciadas en los juicios sumarios, verbales y ejecutivos.- (Arts. 435, 484 y 597, respectivamente); Pero el legislador lo autoriza para tomarse la mitad más de dichos términos cuando el Juzgado o la Cámara estuviere recargado de trabajo y se computare el proceso de más de doscientos fojas, siempre que se trate de sentencias definitivas.

PROCEDIMIENTO CONFORME LA LEY VIGENTE.-

Art. 1112.- El que quiera usar de este recurso ocurrirá al Juez o Tribunal que debiera conocer en apelación o súplica, según el estado de la causa, aunque aquella no tuviere lugar.- El juez o tribunal con solo la vista de la queja, despachará el primero orden y el segundo carta acordada, para que administre justicia sin retardo a la parte quejosa.

De acuerdo con el artículo anterior, si el recurso va dirigida contra el Juez de Paz, conocerá de él el Juez de Primera Instancia; si es contra éste, conocerá la Cá

mara de segunda Instancia.- con relación al ejercicio del recurso de queja contra las Cámaras de 2a. Instancia, no debemos olvidar que la tercera instancia fue derogada por la Ley de Casación.

En el sistema antiguo, la ley requería prueba sobre la retardación de justicia; en el sistema vigente, con solo la vista de la queja, el tribunal que conoce del recurso debe despachar orden o carta acordada, según el caso, para que el juez contra quien se ha interpuesto la queja administre justicia sin retardo.

Art. 1113.- Si la queja se repitiere en el mismo asunto y sobre los mismos incidentes, se pedirá informe al juez, quien deberá darlo dentro de tercero día y en vista de dicho informe, se aplicará al inferior culpable, por el simple retardo, la multa que se prescribe en el artículo siguiente, sin perjuicio de dar cuenta en corte plena, para que se declare si ha lugar o no a formar causa contra él, previas las formalidades de recho. Art. 294 inciso 3o. pn.

Art. 1114.- por el retardo en proveer los decretos de sustanciación incurrirán los Jueces de Primera Instancia y Magistrados de las Cámaras en una multa de diez colones; si se tratare de un auto interlocutorio la multa será de veinticinco colones; y si de una sentencia definitiva, de cincuenta colones.- para los jueces de paz la multa se reducirá a la mitad en cada uno de los respectivos casos.

Estas multas se aplicarán cuando medien veinte días entre una y otra queja, tratándose de sentencias interlocutorias, y treinta días, cuando se trate de sentencias definitivas.

Se presentó la primera queja y el juez o tribunal, con solo ~~esta~~ vista de ella, despacha la orden o la carta acordada en su caso para que se administre justicia sin retardo; pero el funcionario judicial a quien se despacha la orden o la carta acordada, desobedece y continúa omiso en pronunciar la resolución que ha originado la queja; en vista de ello el litigante repite la queja; el tribunal, como primera providencia, pedirá informe al juez, quien deberá darle dentro de tercero día y en vista de dicho informe aplicará al inferior culpable, por el simple retardo, la multa que prescribe el Art. 1114; debe, además de imponerle la multa, dar cuenta en corte plena, para que ésta declare si ha lugar o no a formar causa contra el juez, previas las formalidades de derecho.- si la corte plena declara que ha lugar a formar causa contra el juez, por estimar que hay retardo malicioso en la administración de justicia, ordenará su enjuiciamiento y en caso de condenársele se le impondrá la pena prescrita en el Art. 283 Inc. 3o. pn. que es de dos meses de prisión menor e inhabilitación especial durante el tiempo de la condena.

Aunque el artículo 1114 pr. no menciona cuántos días deben mediar entre una queja y otra, tratándose de decretos de sustanciación, se cree que deben aplicarse los veinte días necesarios para los autos interlocutorios.

RESOLUCION SOBRE EL RECURSO.-

Consecuentemente, la resolución que habrá de pronunciar el tribunal o juez que conoce del recurso, deberá contener los puntos siguientes: 1o.- La manifestación del juez o tribunal de haberse comprobado el retardo en administración de justicia, en vista del informe rendido por el funcionario contra quien proceda la queja; 2o.- La imposición de la multa correspondiente conforme el Art. 1114 pr. y, 3o.- dar cuenta en corte plena para que declare si ha lugar o no a formar causa contra el funcionario culpable, previas las formalidades de derecho.

En la práctica el recurso de queja por retardación de justicia no ha cumplido a cabalidad los fines que se tuvieron en mente para su establecimiento; por el contrario, los resultados han sido completamente nulos y no pocas veces perjudiciales al interés de los litigantes, quienes a cambio de lograr la pronta justicia que reclaman lo único que obtienen es la represalia, el empecinamiento y hasta la renuncia, personal del funcionario denunciado que llega a veces hasta el extremo de hacer naufragar la justicia del caso.

Debe, en consecuencia, buscarse otras medidas que tienden a garantizar los fines de los procedimientos, el interés de los litigantes, sin menoscabo de la justicia y de la equidad.-

PUNTO QUINTO.-RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION.-

a) ASPECTO HISTORICO DE LA INSTITUCION.-

La palabra casación viene del latín cassatio casis, de cassare, cuyo significado es en castellano anular, destruir, deshacer, abrogar, quebrantar.

En su obra Recurso de casación en materia civil, el Dr. Bermúdez M. dice: "el sentido en que se usan las palabras casación (sustantivo) y casar (verbo) en castellano responde a la significación de las voces latinas "Abrogatio", "abrogatio", derogación, abolición, anulación de la ley y de alguna de sus cláusulas y añade que Manresa y Navarro, comentarista de la Ley de Injuiciamiento Civil española, explica que del verbo latino "cassare", que significa quebrantar, anular y figuradamente abrogar o derogar, se deriva del verbo castellano casar y el sustantivo casación.-

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española nos da de este recurso el concepto siguiente: recurso de casación es el que se interpone ante el Tribunal supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento.

Es objeto de discusión el origen de este importante instituto, atribuyéndolo algunos al fecundo poder creador del derecho que caracterizó al genio romano; otros en cambio, sostienen que en aquella legislación, aunque verdaderamente genial, no existió ninguna ley con la cual el recurso de casación pudiera semejarse, de manera que es imposible pretender encontrar en ella sus remotos antecedentes.

Parecen tener razón quienes sostienen que el origen de la casación es relativamente reciente y señalan que su nacimiento no se remonta más allá de la revolución francesa, que la estableció por decreto revolucionario de lo. de diciembre de --- 1790, aun cuando no se descarta la posibilidad de que con anterioridad a esa época revolucionaria, hayan existido manifestaciones del espíritu proyectadas hacia la consecución de un vacío existente en aquellos sistemas jurídicos.

En el salvador, desde el punto de vista histórico, tenemos muy poco de que hablar en relación con este recurso.-

Es introducido por primera vez en nuestra legislación por la constitución política de 1883, que crea al mismo tiempo el organismo judicial encargado del recurso, el que denominó corte de casación y una ley secundaria reguló su funcionamiento; fue suprimido en la constitución política de 1886, por estimarse que su aplicación práctica era realmente nula.-se establece nuevamente en la constitución política de 1950, que sujeta su reglamentación a una ley secundaria, la que se decreta el 31 de agosto de 1953 y se publica en el diario oficial del 4 de septiembre del mismo año, con el nombre de Ley de casación.- El legislador constituyente del 50 al establecer el recurso de casación, suprime como era lógico, el recurso ordinario de súplica que constituía la tercera instancia en la legislación anterior, dando como razón la de que es conveniente para la aceleración de la justicia, para tener una justicia más pronta, la limitación de las instancias en las cuales las partes puedan discutir la justicia y la legalidad de sus pretensiones.- En el mismo decreto suprime también el recurso extraordinario de nulidad.-

b) NATURALEZA Y OBJETO/.-

El recurso de casación, al igual que la casi generalidad de los recursos, ---- pues la sola excepción como hemos visto al estudiar el recurso extraordinario de queja por retardación de justicia lo constituye éste, se da contra la actividad de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional; contra las -

resoluciones dictadas por éstos en el ejercicio de su cargo.

El dr. Francisco Arrieta Gallegos, en su importante trabajo "Resoluciones que son o no susceptibles del recurso de casación en lo civil de acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia", refiriéndose a la naturaleza de este recurso, expresa lo siguiente: "Se ha discutido también si la casación es o no un verdadero recurso.- Para mí si lo es y lo califico de recurso supremo, dentro de la jerarquía de los medios de impugnación, razón por la que está confiado al supremo Tribunal de Justicia. "

Jesús Gaez Jiménez y Epifanio López Fernández de Gamboa, en su citada obra -- "Compendio de derecho Procesal Civil y Penal", después de señalar sus características a las que nos referimos enseguida, sobre la naturaleza de este recurso manifiestan lo que a continuación transcribimos: "De lo dicho podemos afirmar que el recurso de casación es de naturaleza múltiple y compleja, primordialmente procesal; verdadero recurso anulatorio, salvaguarda política de eminente carácter público de la correcta interpretación de las leyes y de la pureza del procedimiento, mediante el control y la censura de la actuación de los tribunales, dentro de ciertos límites y con facultades restringidas.

c) CARACTERISTICAS DEL RECURSO.-

De los mismos autores transcribe a continuación aspectos que estimo importantes sobre los caracteres del recurso de casación, tomados de su obra mencionada:

"De la revista de opiniones doctrinales extranjeras y nacionales y sobre todo de la regulación positiva de estos recursos en el ordenamiento procesal patrio, deducimos como asignables a la casación los siguientes caracteres:

1o.- que el precepto jurídico material o formal infringido debe ser reclamable en casación, ya que no se puede interponer casación ni por otras razones ni por otros motivos que los típicamente señalados en la ley.

2o.- que tiene como finalidad remota interpretar y unificar los criterios legales, consiguiendo así la unidad jurídica de la aplicación del derecho Nacional.

3o.- que tratándose de casación material o de fondo ha de existir infracción de la ley por inaplicación o indebida aplicación de una norma jurídica sustantiva o de doctrina legal reiterada y constante en la forma de interpretar una norma legal, en cuya motivación puede entenderse comprendida la infracción de máximas de experiencia cuando hayan de ser tenidas en cuenta como elemento para la substanciación de un hecho bajo la ley, particularmente para la interpretación de una declaración de voluntad y también cuando éstas máximas de experiencia hayan de tenerse en cuenta para la apreciación de la prueba.

4o.- que la rescindibilidad de la sentencia depende de determinados vicios que han de ser declarados.

5o.- que tiene un fin renovador en el sentido de que se endereza a lograr una revisión del proceso.-

6o.- que limita los medios que es lícito utilizar, restringiendo también las facultades del tribunal ad-quem.

7o.- que tiene rango propio, se articula como una figura procesal típica, de contornos precisos y bien limitados, teniendo un contenido institucional y normativo.

8o.- que es un recurso de marcado carácter público, pues aunque es un medio de que a las partes se provee para la defensa de sus privativos intereses, como dice La plaza, tiende a restablecer el imperio de la ley infringida o vulnerada.

9o.- que, como dice Pairen, tiende por una parte a subsanar los errores "in judi cando", pero, por otra, a remediar los errores procesales que pueden ser de proce-- dimiento o de sustanciación de actividad, entre los que se incluye la incongruen-- cia.

1o.- que una nota característica es la nulidad de la resolución impugnada, aunque con diferenciación de efectos según que la infracción sea de fondo o procesal.

11o.- que no constituye una tercera instancia, aunque indirectamente y como efec-- to secundario, anulada una sentencia de fondo, tenga que decidir con plena juris-- dicción el Tribunal de Casación, dictando nueva sentencia que venga a ser sustituto-- ria de la casada o anulada.

12o.- que no cabe confundirlo ni con un simple remedio jurídico ni con una ac-- ción impugnativa autónoma, sino tenerlo como un verdadero recurso reanudatorio de -- los términos de un litigio para que dentro de las limitaciones a que obedece pueda-- censurarse el pronunciamiento dictado en el mismo, teniendo un carácter preponderan-- temente procesal. (Guasp)."

En su interesante estudio "Consideraciones al recurso de Casación en Materia Ci-- vil", el Dr. José Ricardo Girón, manifiesta que en el sentir unánime de los escrito-- res sobre la materia, el recurso de Casación tiene dos designios fundamentales: la-- defensa del derecho objetivo y el logro de la unidad en su interpretación; más sen-- cillamente, la defensa del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia.-- El primer designio o sea la defensa de la ley se basa en el respeto a la norma le-- gal como suprema fuente del derecho; y el segundo o sea la uniformidad de la juris-- prudencia, responde a dos objetivos fundamentales de justicia; la igualdad ante la-- ley y la certidumbre indispensable en el tráfico humano; por esto se estima que el-- mayor mérito de la casación estriba en este último designio.

El mismo autor comenta que para realizar esos designios, el órgano superior encar-- gado del recurso, ejerce una función fiscalizadora sobre los actos jurisdiccionales ya se consideren éstos jurisdiccionales o sustantivos o puramente procesales o adje-- tivos, realizados por los órganos inferiores; esta función fiscalizadora de la casa-- ción tiene de peculiar que sólo se ejerce sobre actos jurisdiccionales o sea sobre -- los actos ejecutados por los órganos encargados de la jurisdicción y asimismo tie-- ne un fin represivo que se manifiesta tanto cuando el tribunal censura los vicios "in--judicando", como cuando hace lo propio con los vicios "in-procedendo".

En relación con las características más importantes del recurso, considero de in-- terés hacer el siguiente comentario:

Se dice que se considera presidido por el interés público, por que los objetivos esenciales de la casación, son, como anteriormente lo manifestamos, la defensa del-- derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia, objetivos a través de los -- cuales se obtienen, mediante el recurso, dos fines: el de la certeza jurídica y el-- de la igualdad de los hombres frente a la Ley; ambos interesan a la sociedad.

Se trata de un recurso extraordinario y en él se cumple a cabalidad la condición-- de que no puede entablarse mientras no se haya agotado los recursos ordinarios, ya-- que nuestro legislador no permite la casación per-saltum, es decir, que no es posi-- ble interponer un recurso directamente de la sentencia de primera instancia, pu-- diendo interponerse el recurso ordinario de apelación; por su mismo carácter de ex-- traordinario el recurso sólo puede interponerse por motivos específicos preestableci-- dos en la ley y está limitada la esfera de acción del tribunal ad-quem.

Se dice que tiene un fin renovador, pues aun cuando no restablece el proceso en --

todos sus momentos, prácticamente hace una revisión de él.

ch).- ESTRUCTURA DEL RECURSO EN EL PROCESO CIVIL ACTUAL.-
RESOLUCIONES QUE SON O NO SUCEPTIBLES DEL RECURSO DE CASACION.-

De acuerdo con lo prescrito en el Art. 1, el recurso de casación tendrá lugar en los casos determinados por la ley:

1o.- 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.

2o.- contra las pronunciadas en asuntos de jurisdicción voluntaria cuando no sea posible discutir lo mismo en juicio contencioso.

3o.- contra las sentencias de los amigables componedores.- también contra las sentencias definitivas de primera instancia a las que la Ley niega apelación, cuando en ellas se haya aplicado una ley inconstitucional.

La sentencia dictada por los amigables componedores la condiciona el Art. 2 - literal c) de la Ley, a dos hechos importantes que son: 1o.- haber dictado la sentencia los amigables componedores fuera del término señalado en la escritura del compromiso y 2o.- o resuelto puntos no sometidos a su decisión; si no se da cualquiera de ellos, no procede el recurso.

Los casos en que la Ley no autoriza el recurso están contemplados en los Arts. 5 y 6; las correspondientes disposiciones son las siguientes:

Art. 5.- No se autoriza el recurso por infracción de ley o de doctrina legal, ni por quebrantamiento de forma, en los juicios verbales.

En los juicios ejecutivos, posesorios y demás sumarios y diligencias de jurisdicción voluntaria cuando sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia, solo procederá el recurso por quebrantamiento de forma, con excepción de los sumarios que niegan alimentos, en los que, además, procederá el recurso por infracción de ley o de doctrina legal.

Art. 6.- No procederá el recurso contra las resoluciones de las Cámaras de segunda Instancia pronunciadas en recursos de revisión, salvo que se resuelva sobre puntos sustanciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o en manifiesta contradicción con éste.-

De acuerdo con las disposiciones citadas, las resoluciones pronunciadas en juicio, que pueden ser objeto del recurso de casación, se pueden agrupar en la forma siguiente:

Las pronunciadas en juicio ordinario admiten el recurso siempre y cuando se den los demás requisitos.

En los juicios ejecutivos hay que distinguir dos situaciones: 1o.- cuando no sea posible entablar nueva acción sobre la misma materia se admiten las dos clases del recurso; 2o.- cuando hay posibilidades de entablar nueva acción sólo procede por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

En los posesorios y demás sumarios operan las mismas reglas aplicables al juicio ejecutivo, con excepción de los que niegan alimentos en los cuales siempre procede el recurso en los dos casos.

En los juicios verbales no procede el recurso sin excepción.

De manera preferente las sentencias que admiten el recurso son las definitivas, las que de acuerdo con nuestra ley, Art. 418 pr., son aquellas en que el juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado.

El Dr. Francisco Arrieta Gallegos, no está de acuerdo con que el concepto de sentencia definitiva se limite totalmente a la anterior definición, y con razón argumenta que en muchos casos la sentencia resuelva sobre las pretensiones o puntos controvertidos por las partes, sin que haya ninguna condena o absolución en ella.--

Como ejemplo cita la sentencia declarativa que se concreta a declarar la existencia o no existencia del derecho controvertido; la sentencia constitutiva, con la cual sólo se pretende constituir, modificar o extinguir una relación de derecho, y las sentencias preservativas, con las que se trata de evitar que el demandado perjudique a sus acreedores, mediante providencias precautorias de carácter provisional. Dichas sentencias también admiten el recurso de casación si son pronunciadas por las Cámaras de Segunda Instancia en grado de apelación.

También admiten el recurso de casación las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio haciendo imposible su continuación, siempre que sean pronunciadas en apelación por las Cámaras de Segunda Instancia.

De acuerdo con nuestra ley, sentencia interlocutoria es la que se da sobre algún artículo o incidente.- Estas sentencias según la ley son de tres clases: 1o.- Las simplemente interlocutorias, que son aquellas que resuelven un artículo o incidente; como ejemplo de esta clase citamos la que fija la cuantía de la fianza al actor para responder de las costas, daños y perjuicios; 2o.- Las interlocutorias con fuerza de definitivas, que son aquellas que producen un daño irreparable o de difícil reparación por las definitivas; ejemplo, la sentencia que declara sin lugar la apertura a pruebas por estimar el Juez que se trata de un juicio de mero derecho, y, 3o.- Las sentencias interlocutorias que ponen término al juicio haciendo imposible su continuación.- Ejemplos: la que declara la deserción de la acción y la de sobreseimiento.- Solamente estas últimas admiten el recurso, cuando son pronunciadas por las Cámaras de Segunda Instancia en grado de apelación.

El numeral segundo del Art. 1, establece la procedencia del recurso para las sentencias pronunciadas en asuntos de jurisdicción voluntaria, cuando no sea posible discutir lo mismo en juicio contencioso.

De la letra de la última parte de la disposición "cuando no sea posible discutir lo mismo en juicio contencioso", se concluye que sólo admiten el recurso las sentencias definitivas y las interlocutorias que pongan término a dichas diligencias.

Para citar algunas de las resoluciones dictadas en diligencias de jurisdicción voluntaria que admiten casación, en virtud de no poderse discutir lo mismo en juicio contencioso, tenemos las que tratan del nombramiento de curador, de la facción de inventario, de la partición de bienes, etc. etc.- Falta que agregar que para que estas resoluciones admitan el recurso, deberán también ser pronunciadas en grado de apelación por las Cámaras de Segunda Instancia.

El numeral 3o. del Art. 1 comentado establece otros dos casos en los cuales también procede el recurso: 1o.- contra las sentencias de los amigables componedores, y 2o.- contra las sentencias definitivas de Primera Instancia a las que la ley niega apelación, cuando en ellas se haya aplicado una ley inconstitucional.

Según nuestra ley los jueces árbitros pueden ser de dos clases: árbitros de derecho y árbitros arbitradores que también se llaman amigables componedores; los primeros se ajustan en cuanto a los procedimientos y decisiones, al igual que los funcionarios judiciales, a las leyes vigentes sobre la materia; los segundos no están obligados a observar disposición legal alguna y tanto en el procedimiento como en sus decisiones deberán orientarse según el dictado de su conciencia sin atender más

que a la verdad y a la buena fe; sin embargo, esa sentencia dictada por los amigables componedores admite casación, si se da desde luego alguno de los requisitos previstos en el Art. 2 literal c) de la ley.

En el otro caso, se trata de sentencias definitivas de primera instancia a las que la ley niega apelación, cuando en ellas se haya aplicado una ley inconstitucional.

Es importante observar que los anteriores casos constituyen claras excepciones a los principios que norman este recurso; en ambos se contraría el principio de que las resoluciones recurribles son las pronunciadas por las cámaras de segunda instancia en grado de apelación, ya que también las sentencias de los árbitros arbitradores no la admiten; por otra parte si pronuncian sus resoluciones según el dictado de su conciencia, se pierde de vista la finalidad de la defensa del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia, y tampoco se cumple lo relativo a la fiscalización de los funcionarios judiciales.

Las razones que justifican las excepciones referidas las explica el pr. girón, en los términos siguientes: "respecto de las primeras la única razón que explica la procedencia del recurso y el carácter autónomo de que goza, es la de que las partes no se vean constreñidas a aceptar un laudo injusto como algo fortuito e irremediable; frente a esa situación el tribunal de casación se avoca al examen de la sentencia únicamente en los casos determinados en el Art. 22 de la ley, es decir, cuando la sentencia fue dictada fuera del término establecido en la escritura de compromiso y cuando en ella se hubiesen pronunciado los árbitros arbitradores sobre puntos que no fueron sometidos a su decisión; en el primer caso se casará la sentencia y en el segundo se anulará únicamente en el punto o puntos en que consiste el exceso. El recurrente por su parte debe fundar el recurso únicamente en esos dos motivos de acuerdo con el Art. 2 fracción c) de la ley.".- "En cuanto a las sentencias de primera instancia que no admiten apelación y en las que se haya aplicado una ley inconstitucional, la procedencia del recurso está más que justificada por el carácter eminentemente de orden público de los preceptos constitucionales."

CAUSAS QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO DE CASACION EN LO CIVIL.-

El Art. 2 de la ley prescribe que deberá fundamentarse el recurso en alguna de las causas siguientes:

- a) infracción de ley o de doctrina legal.
- b) quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio.
- c) Haber dictado la sentencia los amigables componedores fuera del término señalado en el compromiso o resuelto puntos no sometidos a su decisión.

El artículo anterior señala las causas o motivos por los que procede el recurso.- Los motivos comprendidos en el literal a) son los llamados "errores in-judicando", o motivos de fondo, y los comprendidos en el literal b) los "errores in-procedendo" o de forma; estas causas o motivos a que se alude en el anterior artículo de una manera general, se individualizan en los artículos 3 y 4 de la ley.

Al tercer caso o sea al literal c) del Art. 2, ya tuvimos la oportunidad de referirnos.- En esta ocasión, los pasaremos por alto e iremos directamente a los motivos comprendidos en los dos primeros literales mencionados.

Doctrinariamente existen diferencias fundamentales entre los "errores in-judicando" o motivos de fondo, y los "errores in-procedendo" o motivos de forma; trataremos de evidenciar esas diferencias.

El motivo de fondo se refiere a aquellas infracciones cometidas por el tribunal

al fallar lo principal o sea el fondo de la cuestión en primera o en segunda instancia.- Lo anterior no significa desde luego que sólo las leyes sustantivas, las que están contenidas en el Código Civil o en el de Comercio, puedan ser infringidas como motivos de fondo; también pueden serlo las infracciones cometidas en otras leyes siempre que sirvan para normar la actividad jurisdiccional del juez en orden a resolver sobre la controversia.- Así tenemos las leyes sobre valoración probatoria, que aun cuando están en el Código de Procedimientos Civiles y forman parte del derecho procesal civil y no del derecho civil sustantivo, su infracción origina motivo de casación de fondo, que es el error de derecho en la apreciación de la prueba.

La diferencia fundamental entre los motivos de fondo y los de forma consiste en que los primeros, los de fondo, tienden a señalar la infracción de las leyes que debieron servir para decidir lo controvertido, sean estas leyes sustantivas o probatorias, porque como ya vimos también las leyes de valoración probatoria sirven para decidir el fondo de la controversia.

En cambio los motivos llamados "in procedendo" o de procedimiento, consisten en quebrantamiento de formas procesales, quebrantamiento que puede realizarse a lo largo de las instancias.- Es sabido que el proceso tiene una forma y un mecanismo previsto por la ley, el que deberá observar estrictamente el juzgador para evitar que el proceso degenerare en nulo o inválido, porque generalmente tienden esas normas a la garantía de la equidad, la calidad de las partes, la defensa del demandado y del demandante, etc. etc.; cuando se quebrantan normas de ese tipo estamos en presencia de los motivos "in-procedendo" o motivos de forma.

d) MOTIVOS DEL RECURSO.-

EL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY O DE DOCTRINA LEGAL.-

El Art. 2 letra a) de la ley, ya vimos que establece de manera general los motivos que originan o fundamentan el recurso de casación por errores de fondo o "errores in-judicando", pero el Art. 3 de la ley individualiza los casos en que el recurso tiene lugar en siete numerales, los cuales estudiaremos a continuación:

Numeral 1o.- cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o de doctrinas legales aplicables al caso.-

La anterior disposición no debemos tomarla lato sensu o sea en un sentido amplio, que pudiera inducirnos a creer que dicha disposición es en sí tautológica, -- por cuanto el que interpreta una ley la está violando y asimismo viola la ley quien la aplica indebidamente; debe interpretarse entonces estricto sensu, aceptando que la disposición establece tres formas distintas y bien diferenciadas de cometer infracción de ley o de doctrina legal y que estas son; por violación, por interpretación errónea y por aplicación indebida.-

Los tratadistas al hablar del fallo, de la sentencia, la comparan con un silogismo; ese silogismo lo contiene también la demanda, pero en forma más notable la sentencia.- En dicho silogismo la premisa mayor es la ley, la premisa menor son los hechos probados o la subsunción de los hechos probados y la conclusión, el fallo.

Planteada así la cuestión, advertimos que en la premisa mayor el funcionario judicial puede cometer violación de la ley, porque no aplica una disposición legal con relación al tiempo o al espacio. Con relación al tiempo, supone la existencia de una ley que ya fue derogada o que no ha sido promulgada.- Por ejemplo, el juez aplica una ley vigente o una relación jurídica que se regulaba por una ley derogada o bien aplica una ley derogada a una relación jurídica que se debe regir por una ley vigente.- Con relación al espacio, el juez aplica una ley extranjera a una situa-

ción jurídica que está sujeta a la ley nacional, o al contrario, aplica la ley nacional a una relación jurídica que debe regularse por la ley extranjera.

El juez en tales casos no realiza una función de interpretación del derecho; - se limita a comprobar circunstancias que son presupuestos de su aplicación. También se comete infracción de ley o de doctrina legal cuando la sentencia se dicta contra la ley expresa o contra jurisprudencia establecida en la forma legal.

La interpretación errónea consiste en reconocerle a la ley un sentido que no tiene; en este caso no se pone en tela de duda la existencia o vigencia de la ley, pero se interpreta mal, se le da un sentido distinto al verdadero.- Este error al igual que el anterior inside en la premisa mayor del silogismo.

La aplicación indebida consiste en que, reconocida la existencia y la vigencia de la ley y probados los hechos por el litigante, el juez subsume los hechos probados o sea la premisa menor en la norma de derecho o premisa mayor, sin que exista correspondencia entre los hechos probados y las situaciones previstas en la norma legal.- Este error se comete en la premisa menor del silogismo.

El dr. Rafael Ignacio Funes explica con un ejemplo bien gráfico el concepto anterior, que tomamos de las conclusiones de la Mesa Redonda sobre Casación Civil, celebrada bajo los auspicios de la Asociación de Abogados de El Salvador y es el siguiente: la ley nos da el concepto de concubinato como causal de declaratoria de hijo natural; en el juicio el litigante probó una relación de tipo sexual pasajera u ocasional y nos los hechos que de acuerdo con la ley constituyen el concubinato; - no obstante, el juez tiene por probado el concubinato y en la sentencia hace la declaratoria de hijo natural.- En el caso relacionado el juez incurre en el error de aplicación indebida, porque los hechos probados no corresponden a la causal invocada, por lo que debió desestimar la demanda.

La segunda parte del numeral en estudio nos da el concepto de doctrina legal en los términos siguientes: se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales de casación en cinco sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.

Lo anterior lo dejamos sin comentario dada su fácil comprensión.

Numeral 2o.- cuando en la sentencia se haya aplicado una ley inconstitucional y en el caso del numeral 3o. del Art. 1.

En la parte pertinente de la exposición de Motivos de la Ley, se acepta que:- la aplicación de una Ley secundaria opuesta a una norma constitucional, y por consiguiente, viciada de inconstitucionalidad, implica necesariamente infracción del precepto básico fundamental, quedando entonces comprendida en el numeral primero, no existiendo entonces, hasta cierto punto necesidad de este segundo numeral; al establecerlo en apartado especial, se hace énfasis en su importancia, para destacar la relevancia de los preceptos constitucionales sobre las normas de menor jerarquía.

Numeral 3o.- si el fallo fuere incongruente con las pretensiones deducidas por los litigantes, otorgue más de lo pedido o no haga declaración respecto de algún extremo.

Existe incongruencia cuando no concuerdan las pretensiones de las partes expresadas en la demanda y su contestación y la forma en que se debatieron, con la sentencia pronunciada por el juez, como sería el caso de una sentencia en la que el juez resuelve sobre una excepción no alegada o se pronuncie sobre puntos no formulados en la demanda y su contestación.

No podría darse el caso en cuestión si en la sentencia se absuelve al demandado, desde luego que tal absolución sería de todos los puntos debatidos.-

En el mismo numeral comentado y refiriéndonos a "cuando la sentencia otorgue más de lo pedido".- La sentencia que se pronuncia más allá de lo pedido es ultra petita.- Al invocarse esta parte de la causal como motivo de casación, deberá compararse lo pedido en la demanda con la parte dispositiva del fallo, lo que evidenciará el exceso, caso de haberlo.

Por último, cuando la sentencia no haga declaración respecto de algún extremo.- La sentencia que no se pronuncia sobre alguno de los puntos propuestos es omisa.- Esta causal deberá establecerse comparando las peticiones de la demanda, con las excepciones opuestas y la manera como se han alegado, con la parte resolutive de la sentencia.

La naturaleza de esta causal no permite citar una norma sustantiva como infringida, pues los errores que la configuran son de orden material, pero sí deberá citarse el Art. 421 Pr., que prescribe cual debe ser el contenido de la sentencia.

Numeral 4o.- Por contener el fallo disposiciones contradictorias.

Las disposiciones contradictorias deben estar en el fallo o sea en la parte resolutive de la sentencia; si estuvieran en los considerandos no sería procedente el recurso; la dificultad estaría en señalar el precepto que se considera infringido al hacerla valer con motivo de casación, pues hay jurisprudencia en el sentido de que los artículos de la Ley de Casación no pueden ser citados como infringidos.- La solución a ese problema lo encontramos en tanto en cuanto esta causal deberá ir acompañada de otro motivo, debiendo buscarse ese otro motivo en las contradicciones contenidas en el fallo, pues de existir se habrá cometido una infracción de la ley. Numeral 5o.- Por ser el fallo contrario a la cosa juzgada, o resolver sobre asuntos ya terminados en Primera Instancia por deserción o desistimiento, siempre que dichas excepciones se hubieren alegado.

Una sentencia es contraria a la cosa juzgada cuando se presentan las siguientes condiciones: la cosa demandada debe ser la misma; La demanda debe ser fundada sobre la misma causa; la demanda debe ser entre las mismas partes; debe existir, pues, lo que tradicionalmente se ha llamado "las tres identidades".

Para que proceda el recurso por esta causal es requisito necesario que la cosa juzgada se haya opuesto como excepción; si no se opone se entenderá que la parte que pudo invocarla acepta tácitamente la nueva sentencia.

Los otros dos casos comprendidos en este numeral implican violación de los Arts. 467 y 470 Pr., que se refieren al desistimiento y a la deserción, disposiciones que deberán citarse como infringidas, pero deberán haber sido alegadas como excepciones oportunamente.

Numeral 6o.- cuando hubiere abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia.-

Existe una enorme similitud, una casi identidad entre la causal en estudio y la establecida en el numeral 2o. del Art. 4 "por incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente", que está entre los motivos de forma.-cual será la diferencia que existe entre las dos disposiciones y porqué razón la una está ubicada entre los motivos de fondo y la otra entre los de forma.

La diferencia radica en que la que estudiamos trata de un problema de jurisdicción; la otra de un problema de competencia.- La primera es de fondo porque hay un defecto de jurisdicción por razón de la materia; la segunda es de forma porque -

hay violación de las leyes procesales sobre competencia territorial.

Continuando con la causal en estudio estimo de interés concretar el significado de los términos abuso, exceso o defecto de jurisdicción por razón de la materia.-

Hay abuso cuando el juez es totalmente incompetente para conocer del asunto por ser de jurisdicción privativa o corresponder a la actividad netamente administrativa.- por ejemplo : un juez de lo civil conoce de un asunto de competencia del juez general de Hacienda, por estar interesada la Hacienda pública.-

Hay exceso, cuando un tribunal en principio es competente para conocer de un asunto, pero éste está de tal manera vinculado con otro del cual el juez no debe conocer y sin embargo conoce.-

Aquí se plantean los problemas propios de la prejudicialidad.- valga el siguiente ejemplo: Un juez de lo civil decreta que procede reivindicar el inmueble disputado, pero además decreta la detención de la parte vencida por estimar que ha cometido el delito de usurpación.-

Hay defecto de jurisdicción cuando un juez rehusa conocer de determinado negocio para el que es legalmente competente, por estimar que su conocimiento corresponde a otra jurisdicción.- ejemplo: Un juez de lo civil se declara incompetente de conocer en un juicio reivindicatorio y remite los autos al juez de lo penal por creer que se ha cometido delito de usurpación.

Numeral 7o.- 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, o de la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas.-

Sabemos que las pruebas no están sujetas al mismo régimen en cuanto a su aplicación por parte del juez; el legislador para la apreciación de unas concede al juez una amplia libertad, en cambio respecto a otras le impone reglas que deberá observar absolutamente. Precisamente en la aplicación de tales reglas es donde el juez puede cometer el error que originaría el recurso, debiendo señalarse la norma relativa al valor de la prueba que se considera infringida.

La segunda parte del numeral se refiere al error de hecho en la apreciación de la prueba, si ésta resultare de documentos auténticos, públicos o privados reconocidos o de la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas.-

El error de hecho en la apreciación de la prueba se limita jurídicamente a la prueba instrumental; son errores materiales de la prueba; el legislador la limita a los documentos aportados como prueba por las partes, ya sean documentos auténticos, públicos o privados reconocidos o a la confesión cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas, desde luego que ésta última también es prueba aportada por las partes; en ningún caso se refiere a los actos creados o realizados por el tribunal en el curso del proceso.

Un ejemplo sería el siguiente; se demanda a una persona en juicio ejecutivo por la cantidad de mil colones, según el texto del documento ejecutivo que se presenta como prueba, pero el juez en la sentencia condena al demandado al pago de diez mil colones.

Inicialmente la disposición estaba redactada al igual que en otros países, considerando como motivo de casación el error de derecho en la apreciación de la prueba y el error de hecho si éste resultare de documentos o actos auténticos; en el -- proyecto su suprime la frase " o actos auténticos", por su ilimitada extensión, que como muy bien lo expresa la Exposición de Motivos de la ley ha originado en otros países que la casación degenera en una tercera instancia, pues actos auténticos son

todas las actuaciones judiciales, con la que se permitiría que los tribunales de casación entraran al estudio de la prueba, incluso la testimonial, torciendo la naturaleza de un recurso que se da únicamente para la defensa de la ley en toda su pureza.- Igual razón asiste para que se admita el recurso cuando en la sentencia se tergiversa el contenido material de una confesión judicial, si ésta no ha sido apreciada en relación con otras pruebas.

EL RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO.-

son estos los errores "in procedendo", contenidos en el literal b) del Art. 2 de la ley, como "quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio."

No todo quebrantamiento o infracción de las formas esenciales del juicio motiva el recurso; unas por su propia naturaleza son subsanables en las instancias y otras no se incluyen en la sentencia y por lo tanto no pueden originar el recurso.

Los autores señalan en el desarrollo del proceso tres fases: 1o. la de constitución, 2o. la de desenvolvimiento y 3a. la de decisión.

En la primera fase, la de constitución, deberán concurrir todos los elementos necesarios para que se forme legalmente la relación procesal.-

La segunda fase o sea la de desenvolvimiento, se refiere especialmente a las pruebas, por cuanto son los elementos de convicción de que se servirá el juez para pronunciar la sentencia.

La tercera fase o de decisión, se refiere al acto culminante del proceso o sea a aquel en que el juez pronuncia la sentencia, resolviendo así las pretensiones en conflicto.-

La doctrina ha distribuido las causales que motivan el recurso por quebrantamiento de alguna de las formas esenciales del juicio, agrupadas en el Art. 4 de la ley, siguiendo el criterio de las tres fases del proceso.

Aplicando el anterior criterio, los errores "in judicando" se distribuyen en cada una de las fases del proceso, en la forma siguiente:

A la 1a. fase corresponderían las siguientes causales:

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 del litigante o de quien lo haya representado.-

A la segunda fase corresponden los comprendidos en los siguientes numerales:

4o.- por falta de recepción a prueba en cualquiera de las instancias, cuando la ley la 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.-

A la tercera fase o decisoria corresponden los numerales siguientes:

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 la forma legal.-

Los errores que corresponden a la primera fase o de constitución, están estrechamente relacionados con los llamados "presupuestos procesales" y sobre todo con los "presupuestos procesales de la acción", que son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal.-

Los errores que encajan en el segundo grupo, generalmente se cometen cuando se infringe una regla de procedimiento, cuya inejecución la ley sanciona con nulidad.-

Los errores del tercer grupo se cometen cuando el órgano jurisdiccional no se haya integrado en la forma prevista por la ley o cuando la sentencia no llena el requisito formal de estar legítimamente autorizada.-

A estas alturas es fácil advertir que nuestra Ley de Casación, al hacer la división entre errores de fondo y errores de forma, no lo hace con un criterio claro, preciso y unitario, sino que da lugar a confusión, pues a la fase de decisión corresponden como errores, además de los que doctrinariamente le están asignados, los cometidos por exceso o defecto en los límites de la actividad y defectos en la actividad lógica, estando entre los primeros la falta total de poder y exceso o defecto parcial de poder, y en el segundo las contradicciones en el fallo, que corresponden a los números 3o., 5o. y 6o. y 4o.- respectivamente del Art. 3 de la ley, como errores de fondo, y ahí es donde radica la necesidad de citar como disposición infringida una de orden procesal, al hacer uso de estos errores de fondo para interponer el recurso.

Por las razones expuestas no podemos menos que convenir que nuestro legislador cometió el mismo defecto que tanto le ha sido criticado a la ley de enjuiciamientos civiles de España, de no haberse hecho una categórica distinción entre los errores de fondo y los de forma, y de que tal reglamentación no corresponde a los principios doctrinarios sobre la materia.

Para que sea admisible el recurso por cualquiera de los motivos de forma, debe haberse dado estricto cumplimiento al Art. 7 de la ley, que dispone que quien lo interponga haya reclamado la subsanación de la falta, haciendo uso oportuno y en todos sus grados de los recursos establecidos por la ley, salvo que el reclamo fuere imposible, con lo cual se persiguen dos fines:

1o.- que como norma el recurso se interponga solamente en aquellos casos en que es absolutamente necesario sacrificar el interés social de que los juicios no pierdan.

2o.- sancionar la conducta negligente, descuidada o maliciosa de los litigantes.

A continuación pasaré a referirme a cada uno de los casos de vicios por errores "in procedendo", o sea a los numerales, por su orden del Art. 4 de la ley.

No. 1o.- Por falta de emplazamiento para contestar la demanda o para comparecer en segunda instancia.

La disposición contempla dos situaciones semejantes, pues ambas producen el mismo efecto, por cuanto se viola el principio de igualdad que impera en el proceso civil y que se resume en el principio "audiatur altera pars" (oígase a la otra parte) o sea la bilateralidad de la audiencia en las doctrinas alemanas y angloamericanas.- En ambos casos se da a la parte contraria el legítimo acceso al procedimiento de una instancia; con el emplazamiento para contestar la demanda se invita al demandado para que intervenga en el proceso en primera instancia y con la notificación del auto por el que se admite la apelación, se le da jurídicamente la posibilidad de que intervenga en segunda instancia.-

De acuerdo con la primera parte del numeral en estudio, será la parte demandada la que deberá hacer uso del recurso, pues a él debió emplazársele para que contestara la demanda; de acuerdo a la segunda parte, el recurso podrá ejercitarlo indistintamente tanto el demandante como el demandado, pero será necesariamente la parte contraria de la que ha recurrido de la resolución de primera instancia, si le perjudicara la sentencia pronunciada en grado por la Cámara de Segunda Instancia.

Debido a que es muy difícil que materialmente no se verifique el emplazamiento, al hacerse uso de esta causal como motivo de casación, deberá relacionarse con otra circunstancia, como sería la de nulidad del emplazamiento por no haberse llenado algunas formalidades.-

Numeral 2o.-Por incompetencia de jurisdicción no prorrogada legalmente.

El numeral en estudio se refiere a la competencia o sea a aquellos casos en que se discute una cuestión de naturaleza civil y existe conflicto en cuanto al Juez o Tribunal de la jurisdicción ordinaria que deba conocer; es requisito necesario que la jurisdicción no haya sido legalmente prorrogada.-

El Art. 32 Inc. 2o. Pr. dispone que puede prorrogarse la jurisdicción ordinaria por consentimiento expreso o tácito.- Por consentimiento expreso, cuando las partes convienen en someterse a un Juez que, para ambas o para alguna de ellas, no sea competente.- Por consentimiento tácito, cuando el reo conteste el pleito ante un Juez incompetente, sin oponer esta excepción.-

Numeral 3o.-Por falta de personalidad en el litigante o en quién lo haya representado. Hay, que distinguir la capacidad para ser parte, de la capacidad para intervenir en juicio o capacidad procesal, pues son cosas completamente distintas.-

La primera se refiere a la condición necesaria para ser sujeto de una relación procesal, es decir, legítimo contradictor.-

La capacidad para ser parte en un juicio o capacidad procesal, es aquella que es necesario tener para realizar actos procesales con eficacia jurídica.-

Todo lo relativo a la capacidad está regulado en el Código de Procedimientos Civiles en las disposiciones sobre quienes pueden intervenir en los juicios.

En la disposición comentada el término "personalidad del litigante" se refiere a la legítima intervención de éste en el juicio, a la justificación del carácter con que comparece en el caso concreto, de donde se deriva la capacidad de realizar en el proceso actos con eficacia jurídica.-

La última parte de la causal que expresa "o en quién lo haya representado", se refiere a las disposiciones del Código de Procedimientos sobre la procuración y a los requisitos formales para su legitimación.-

La falta de personalidad en el litigante o en quien lo haya representado podría concurrir en cualquiera de las partes, pudiendo hacer uso del recurso aquel cuya personalidad ha sido debidamente acreditada.

Numeral 4o.- Por falta de recepción a pruebas en cualquiera de las instancias cuando la ley lo establece.-

Tanto en primera como en segunda Instancia la ley establece en qué casos procede la recepción a pruebas; si falta ese trámite, siendo procedente de acuerdo con la ley, hay lugar el recurso por este motivo.

En relación con la parte final, "cuando la ley lo establece", creo necesario aclarar que no debe entenderse en el sentido de que hay casos de recepción a pruebas que la ley no establece, lo que violaría el principio de que los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces; debe entenderse en el sentido de que hay recep-

ción a pruebas que la ley establece obligatoriamente, para dejar a salvo aquellos casos de diligencias en que la ley deja la recepción a pruebas a la prudente apreciación del juez.

Numeral 5o.- Por denegación de pruebas legalmente admisibles y cuya falta ha producido perjuicios al derecho o defensa de la parte que la solicita.-

Para que pueda fundamentarse el recurso en este numeral es preciso que se cumplan los dos requisitos que él exige: 1o. que la prueba que se deniega sea admisible de acuerdo con la ley, y 2o.- que la falta de la prueba denegada haya producido perjuicio o menoscabo al derecho o defensa de la parte que la solicitó.-

Ambos requisitos deberán concurrir conjuntamente, de manera que si el juez denegó la prueba, o la cámara en su caso, pero tal denegación no ocasionó ningún perjuicio al derecho o defensa de quien la solicitó, no procede el recurso con base en esta causal.

Numeral 6o.- Por falta de citación por alguna diligencia de prueba, cuya infracción ha causado perjuicio al derecho o defensa de la persona en cuyo favor se estableciere.-

En este numeral se contempla el hecho de que no se haya citado a una de las partes para una diligencia de prueba pedida por la otra parte.- Este vicio desde luego es subsanable si la parte no citada se presenta a la diligencia, y en tal caso no se da la causal, pues el principio de contradicción que se trata de garantizar no resultaría vulnerado.-

Pero al igual que en la causal anterior, requiere que la falta de citación haya ocasionado perjuicio al derecho o defensa de la persona en cuyo favor se estableciere.-

Si relacionamos este último requisito con el Art. 242 Pr. que dispone que las pruebas deben producirse en el término probatorio, con citación de la parte contraria y ante el juez que conoce de la causa o por su requisitoria, pena de no hacer fe, parecería que la causal no es susceptible de darse en la realidad.- Sin embargo, podría suceder que habiéndose omitido la citación para la diligencia de prueba y alegada que haya sido por la parte interesada la falta de fe de esa prueba, el juez pronunciará la sentencia con base en ella.- El interesado apela de la resolución y la cámara confirma la sentencia de primera instancia.

Numeral 7o.- Por haberse declarado indebidamente la improcedencia de una apelación, ya sea de oficio o por virtud de un recurso de hecho.-

El caso más frecuente que podría presentarse en relación con este numeral es en cuenta al término, dada la fatalidad del término para interponerlo y que prorrogue el Art. 1288 Pr.-

También estaría comprendida en esta causal la denegatoria de apelación de una resolución pronunciada en diligencias de jurisdicción voluntaria en base a que el Art 984 Pr. en la parte pertinente dice: "las resoluciones que pongan término a cualquier clase de juicio, haciendo imposible su continuación", por creer que la disposición se refiere exclusivamente a los comprendidos en el Art. 5 Pr. no obstante que como lo ha declarado la sala de lo civil, la palabra juicio en la disposición indicada no debe entenderse en su aceptación técnica, sino referida a cualquier diligencia.

A la declaratoria indebida de oficio de la improcedencia de la apelación se refiere el Art. 1061 Inc. 3o. Pr.

Numeral 8o.- Por haber concurrido a dictar sentencia uno o más jueces cuya recusación

ción, fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma, hubiese sido declarada con lugar o se hubiese denegado siendo procedente.

La causal contempla dos casos:

1o.- se intentó la recusación y se probó la causal en tiempo y forma; el tribunal que conoce resuelve que hay lugar a la recusación y manda a separar el recusado del conocimiento de la causa principal, designando a la persona que debe subrogarlo en el cargo; se hace saber al funcionario recusado la resolución que lo declara separado del conocimiento o intervención en el asunto, pero no obstante ello pronuncia la sentencia definitiva.

2o.- Este caso se presenta cuando se interpone la recusación en tiempo y forma, se prueba la causal siendo de las que establece la ley, pero sin embargo el tribunal que conoce de ella declara no haber lugar a la recusación.-

En ambos casos tendría que apelarse de la resolución e interponerse en el recurso de la pronunciada en grado por la Cámara de Segunda Instancia si fuere procedente.- La recusación de uno de los dos Magistrados que integran la Cámara de Segunda Instancia; en iguales circunstancias que las señaladas, también motivaría el recurso.-

Causal No. 9o.- Por no estar autorizada la sentencia en forma legal.-

Toda sentencia debe estar autorizada en forma legal.- El Art. 81 Pr. dispone que todos los jueces actuarán con su secretario; la misma disposición en su inciso segundo dice que lo actuado sin la concurrencia del secretario es nulo, salvo lo dispuesto en el Art. 1115 Pr.

Son pues los secretarios de los tribunales quienes autorizarán las sentencias y el Art. 84 Pr. dispone que los secretarios usarán de la fórmula "Ante mí, N. Secretario" para autorizar toda clase de sentencias y decretos, excepto los de Cámara que pondrán: "Proveído por el señor Magistrado N.", en los decretos de sustanciación; y en las sentencias interlocutorias o definitivas, "Pronunciada por los señores Magistrados que la suscriben", fórmulas que parecieran ser sacramentales, pero que en realidad no lo son y para confirmar esto traigo a cuenta un caso que se presentó a la sala de lo civil, reclamando no estar autorizada la sentencia en la forma legal, porque en la sentencia definitiva el secretario no precedió su firma con las palabras "Ante mí", habiendo desechado el recurso dicho tribunal, por considerar que esa circunstancia no configura la infracción a que se refiere el presentenumeral.

De acuerdo con el anterior criterio, la no autorización de la sentencia en forma legal sólo podría darse si falta la firma del secretario que autoriza.

c).- PROCEDIMIENTO.-

Los trámites del recurso están establecidos en los artículos del 8 al 17 de la ley.

El éxito del recurso deberá fundamentarse en el cumplimiento de las formalidades extrínsecas e intrínsecas previstas en la ley.

Las primeras son aquellas condiciones de orden material, indispensables para que el recurso sea admisible; a continuación las enumeramos:

1o.- El recurso debe interponerse dentro del término fatal de cinco días, contados desde el siguiente al de la notificación respectiva.

2o.- debe presentarse ante el tribunal que pronunció la sentencia de la cual se recurre.

se recurre.

3o.- debe expresarse el motivo en que se funda.

4o.- debe citarse el precepto que se considera infringido y el concepto en -- que lo ha sido.

5o.- El escrito en que se presente deberá llevar firma de abogado.

6o.- deberán acompañarse tantas copias del escrito en que se recurre, como par-- tes hayan intervenido en el proceso, más una.

Las formalidades intrínsecas son las siguientes:

1o.- Naturaleza de la providencia de la cual se recurre, es decir, si es sen-- tencia definitiva o interlocutoria que le pone fin al juicio.

2o.- Naturaleza del juicio en el cual se invoca el recurso.

3o.- Concordancia entre la naturaleza del vicio invocado (de forma o de fondo), con el precepto legal (sustantivo o procesal) citado por el recurrente y con el -- concepto de la infracción que se le señala.

4o.- Congruencia entre la naturaleza de la causal invocada y el concepto en -- que se considere lo haya sido.

5o.- Confusión de la cuestión de tipo jurídico con la cuestión de hecho.- (Si se invoca una cuestión de derecho se da por aceptada la cuestión de hecho.).

La diferencia entre unas y otras radica en que las formalidades intrínsecas -- basta simplemente con cumplirlas, no exigiéndose a su respecto otra condición; em-- cambio, en cuanto a las formalidades intrínsecas, el tribunal no se conforma con -- que materialmente se hayan verificado, sino que entra al examen de las mismas.

El Art. 8 con que comienza el procedimiento del recurso de casación en nuestra Ley, prescribe imperativamente que el recurso debe interponerse en el término fa-- tal de cinco días, contados desde el siguiente al de la notificación respectiva an-- te el tribunal que pronunció la sentencia de la cual se recurre.- Este tribunal es, generalmente la cámara de segunda instancia que conoció en grado y digo generalmen-- te porque existen dos excepciones a esa regla: 1o.- cuando se interpone el recurso de la sentencia pronunciada por los amigables compondores, en cuyo caso se inter-- pondrá ante ellos en el término señalado en el Art. 8, y 2o.- cuando el Ministerio público lo interpone en interés de la ley, por motivos de fondo, aun cuando no hu-- biese sido parte en el juicio, debiendo hacerlo directamente ante los tribunales -- de casación.

El concepto de fatalidad de que nos habla este artículo ha sido estimado de dis-- tintas maneras; desde la apreciación más estricta hasta la más tolerante, desde -- luego sin desnaturalizar el precepto legal; sin embargo, en lo relativo a la fata-- lidad, se ha subordinado la disposición a lo que sobre los términos legales dispo-- ne la ley; en consecuencia, de acuerdo al Art. 1288 pr. cuando el plazo fatal de los cinco días se vence en día de fiesta legal, se habilitará el siguiente día útil.-

Por ser el recurso de casación una actividad eminentemente técnica, el término para interponerlo no es suficiente y debería ampliarse; hay quienes opinan que de-- berían establecerse los primeros cinco días para que el interesado manifieste si -- va a interponer el recurso o no; en caso afirmativo que pueda disponer de cinco --- días más para interponerlo, con lo que se evitaría que transcurra un plazo demasia-- do largo sin que haya actividad procesal, a la vez que se da al litigante un tiem-- po prudencial para preparar el recurso.-

El Art. 9 de la ley dispone que concluido el término legal a que se refiere el artículo anterior, no se alegarán nuevos motivos o distintas infracciones en que el

recurso hubiera podido fundarse, y la sentencia recaerá sobre las infracciones o motivos alegados en tiempo y forma.

La disposición es bien clara y por lo tanto no da lugar a equívocos; señala la esfera de acción del recurrente y delimita el poder decisorio del tribunal, restringiendo su facultad de conocer a aquellos motivos e infracciones alegados dentro del término fatal de cinco días, - pero dentro de dichos cinco días si puede el recurrente modificar los conceptos del escrito en que presentó el recurso, así como alegar -- nuevos motivos de infracciones.

El artículo 10 prescribe que el recurso se interpondrá por escrito en que se exprese el motivo en que se funda, el precepto que se considera infringido y el concepto en que lo haya sido.-

El segundo inciso establece los requisitos formales de que 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.

La anterior disposición, aun cuando en el texto de la ley ha sido formulada en forma breve y sencilla, es de una importancia extraordinaria, por cuanto revela la acusiocidad, precisión y claridad que deben preceder a la formulación del recurso, a fin de que no falte ninguno de sus elementos y exista entre estos la debida armonía.- Los innumerables casos de rechazo del recurso por el tribunal de casación, - en su mayoría se deben a la poca importancia dada por el litigante a esta disposición.-

Como motivo del recurso sólo puede señalarse los genéricos del Art. 2 y el correspondiente numeral de los Arts. 3 y 4, en que se individualice, debiendo tenerse el cuidado de precisar a cuál de las situaciones se refiere, cuando el numeral comprenda más de una.- Por ejemplo, en el numeral 10.- del Art. 3 deberá especificarse si se trata de violación, interpretación errónea o aplicación indebida de Ley o de doctrina legal, no debiendo citarse en forma genérica la disposición.- Si se interpone el recurso fundándolo en el No.7 del mismo artículo, deberá diferenciarse -- según se trate de error de derecho o de error de hecho, pues ambos tienen diferente campo de efectividad; el primero afecta toda la prueba en general, origina el -- recurso siempre que se infrinja una norma de valoración probatoria; no así el error de hecho, que sólo afecta determinada clase de prueba y sólo origina el recurso si ésta resultare de documentos auténticos, públicos o privados reconocidos, o de la -- confesión, cuando haya sido apreciada sin relación con otras pruebas.

Lo que hemos expuesto en relación con los errores "in judicando", es también aplicable a los errores "In procedendo" y respecto de estos últimos se debe además señalar los pasajes en que conste haberse dado cumplimiento al Art.7 de la ley, circunstancia que es integrante del motivo y la sala para resolver sobre la admisibilidad o rechazo lo hará con la sola vista del escrito en que se interponga el recurso.

La exigencia de señalar el precepto que se considera infringido, deriva precisamente de la necesidad de darle cumplimiento a uno de los fines del recurso de casación, cual es la defensa del derecho objetivo, en otras palabras, la defensa de la ley.- Al logro de este fin contribuye el recurrente aun cuando él no lo hace en interés de la Ley, sino movido por su interés personal, pero éste se encuentra subordinado al interés público; por lo tanto el interés privado únicamente será protegido si es protegido el interés público; estando ambos intereses enderezados en la -- misma dirección, el legislador le impone al recurrente la obligación de señalar el precepto infringido, del que deviene daño a su interés personal.- para establecer ,

pues, en que medida el interés particular está comprendido dentro de los límites - del interés público, el legislador le impone al recurrente la obligación de señalar el precepto infringido.

El vocablo "precepto legal", comprende también la "doctrina legal", como vemos de las disposiciones contenidas en el literal a) del Art. 2 y No. 10. del Art. 3; - al señalarse esta última como infringida deberá indicarse claramente cuál es esa - doctrina y cuáles las sentencias que la contienen.

La disposición también prescribe que deberá expresarse el concepto en que la - norma legal se considere infringida, entendiéndose por esto las razones que puedan conducir a la conclusión de que una ley ha sido infringida, o sea que deberá expre- sarse en él texto del escrito cuales son los hechos que materializan la infracción de la ley o de la doctrina legal.

El concepto de infracción depende de los variados criterios que puedan existir acerca del contenido y significado de una norma.-

En el inciso 2o. del Art. 10 la ley ordena que el escrito en que se interpone - el recurso debe ser firmado por abogado, con lo que se quiere garantizar la seriedad del recurso y por otra parte se simplifica la fase preparatoria al no exigirse la re- presentación con poder para interponerlo.

En relación con el número de copias en papel simple del escrito en que se in- terpone el recurso, más una, se exigen para que sean entregadas por la secretaría- de la sala al fiscal de la corte y a la parte contraria, al primero para que con- teste la audiencia ordenada en el Art. 12 y al segundo para el mismo objeto y pa- ra que le sirva de material para contestar el recurso.

Para concluir sobre este punto, réstanos solamente decir que son precisamente - las previsiones y requisitos establecidos en los Arts. 8, 9 y 10 de la ley, impregna- dos de un excesivo rigorismo formal, los que hacen del recurso de casación un re- curso de derecho estricto.-

Ya vimos que el recurso debe interponerse en el término fatal de cinco días an- te el tribunal que pronunció la sentencia de la cual se recurre, o sea ante la Cá- mara de segunda instancia o ante los arbitros arbitradores, según el caso; estos no tienen facultad de tomar ninguna decisión sobre la admisión o no del recurso, sino que se limitarán a trasladar a la sala el escrito, autos y copias una vez conclui- do el término y dentro de tercero día.

El Art. 12 de la ley ordena que una vez recibidos por la sala el escrito, autos y copias, dicho tribunal mandará oír dentro de tercero día al fiscal de la corte y a la parte contraria, por su orden, previa entrega que les hará la secretaría de - las copias respectivas.- Con lo que contesten o no, la sala resolverá sobre la admi- sibilidad del recurso dentro del término de tres días.-

La ley no dispone nada en cuanto a que el recurrido se presente a la sala a -- mostrarse parte para tener derecho al traslado; ante tal situación, se estima que - aun cuando no se presente debe oírsele, para lo cual deberá notificársele el auto - respectivo.-

El segundo inciso dispone que si los recurrentes fueren varios, la audiencia - expresada será común para todos ellos.-

El artículo 13 dispone que si se rechaza el recurso, la sentencia quedará firme y se devolverán los autos al tribunal respectivo con certificación de los pro- veído, para que expida la ejecutoria de ley.-

Amerita un cambio este sistema, a fin de poder conciliar el interés particular -

con el interés público de la casación, permitiendo que la sentencia de segunda instancia causara ejecutoria y pudiera cumplirse, siempre que el interesado garantizara e a juicio del tribunal, volver las cosas a su estado anterior, en caso de que la sentencia fuera modificada o anulada por el tribunal de casación.-

En cuanto a la condenación en costas el Abogado que firmó el escrito, podemos decir que hasta hace poco tiempo no era posible hacerlas efectivas, pero en la actualidad sí, en virtud de reforma al Arancel Judicial hecha en Decreto Legislativo No. 577, de fecha 4 de diciembre de 1969, publicado en el diario oficial No. 233, de fecha 15 del mismo mes y año.-

El Art. 14 determina el procedimiento legal en caso de que se admita el recurso.-

Primeramente, la sala pronuncia el auto por el cual se admite el recurso y en el mismo ordena que pase el proceso a la secretaría para que las partes presenten sus alegatos dentro del término de ocho días, contados desde el siguiente al de la última notificación.-

vencido dicho término no se admitirán alegaciones de ninguna clase, quedando el asunto para sentencia, la cual se pronunciará dentro de quince días.-

La brevedad del trámite contribuye al logro de la finalidad de una pronta administración de justicia.- Por otra parte, tratándose sobre todo de la aplicación de la ley, sin que sean admisibles pruebas de ninguna clase, son suficientes las oportunidades que tienen las partes para evidenciar las infracciones reclamadas.

Los anteriores trámites son comunes para los recursos interpuestos de las sentencias de las oámaras de segunda instancia y de las de los árbitros arbitradores, pero en la sentencia necesariamente deberá distinguirse si se trata de motivos de fondo o de forma o si el recurso lo ha sido de la sentencia pronunciada por los omi gables componedores.

En el caso de que el interesado interponga el recurso por quebrantamiento de fondo y de forma, conjuntamente, el Art. 20 dispone que se resolverá primero respecto al quebrantamiento de forma y si la sentencia no fuere anulada por este motivo, conocerá sobre el recurso de fondo.- Tal procedimiento es correcto, porque será ono ficioso entrar al fondo de la cuestión, habiéndose impugnado trámites o requisitos formales que por adolecer de vicios pudieran ser anulados.

Si se casa la sentencia por quebrantamiento de fondo, la que pronuncia la sala queda firme, no habiendo contra ella más recurso que el de la explicación y será la sala la que expedirá la ejecutoria respectiva.

Si se casare la sentencia o laudo de los árbitros arbitradores, cuando el omoti vo fuere por haberse pronunciado fuera del término señalado en el compromiso, se anulará, y si fuere por haberse pronunciado sobre puntos no sometidos a su decisión, sólo se anulará en la parte correspondiente o sea en lo que excede los límites de ocompetencia de los árbitros arbitradores.

Si se declara no haber lugar al recurso, o en caso de inadmisibilidad del mismo se case la sentencia, se condena al abogado que firmó el escrito en las ocos- tas procesales y al recurrente en los daños y perjuicios que hubiere lugar.

El Art. 16 dispone que si admitido el recurso apareciere que lo fue indebidamente, el tribunal lo declarará inadmisibile y procederá de conformidad con el Art. 13.-

Puede adimismo el recurrente desistir del recurso antes de que se pronuncie la sentencia de casación, desistimiento que se aceptará con la sola vista del escrito,

de acuerdo con el Art. 17.

El último inciso del Art. 23 expresa que si la sentencia modifica la doctrina legal, no habrá especial condenación en costas, daños y perjuicios.-

La anterior disposición fué consignada en la ley a propuesta de la Comisión de Legislación y puntos constitucionales de la Asamblea Legislativa y para justificarla dan como razón que se trata de evitar que se cometa una injusticia al fundamentar el recurso en quebrantamiento de doctrina legal, conforme la definición que de ésta da la ley, y sin embargo la sala falle en contra de la misma doctrina legal, conforme la definición que de ésta da la ley, con la consiguiente condenación en costas, daños y perjuicios.-

El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público, puede ser, actuando éste como parte en el juicio, ya sea que se base el recurso en errores de fondo o de forma, y en este caso deberá ceñirse al trámite ordinario, o bien por quebrantamiento de fondo, en los juicios que no haya sido parte, en el solo interés de la ley; en este último caso el Ministerio Público deberá interponer el recurso directamente ante los tribunales de casación.- La sentencia que se dicte será únicamente para formar jurisprudencia, sin afectar la ejecutoria ni el derecho de las partes.

La exposición de Motivos de la ley justifica la conveniencia de otorgar al Ministerio Público la facultad de interponer el recurso en el solo interés de la ley, en virtud de que la casación tiene como finalidad primordial la uniformidad de la jurisprudencia, que conduce a la unidad de la ley y a la efectividad del principio de la igualdad ante la misma.-

consecuentemente, para que tenga lugar el recurso en el solo interés de la ley, deben concurrir los siguientes requisitos:

a).- ser interpuesto por el Ministerio Público en los juicios en que no haya sido parte, directamente ante los tribunales de casación.-

b).- se dará solo por quebrantamiento de fondo.-

c).- La sentencia que se dicte servirá únicamente para formar jurisprudencia, sin afectar la ejecutoria ni el derecho de las partes.

El Art. 25 prescribe que en caso de ser desestimado el recurso interpuesto por el Ministerio Público, haya sido o no parte en el proceso, no habrá condenación en costas.

f).- SENTENCIA.

El Art. 18 dispone que casada la sentencia recurrida se pronunciará la que fuere legal, siempre que el recurso se hubiera interpuesto por error de fondo, pero si la casación ha sido procedente por incompetencia en razón de la materia, solamente se declarará la nulidad.

En la anterior disposición, la ley establece la jurisdicción positiva de la sala, cuando se trata de resolver un recurso de casación por motivos de fondo, al igual que el sistema español, pero diferente al sistema francés, llamado del reenvío o jurisdicción negativa.

La diferencia entre ambos sistemas radica en que en el primero, en el sistema español o de jurisdicción positiva, el tribunal de casación, cuando el recurso se promueve por quebrantamiento de fondo, no sólo está facultado para casar la sentencia, o sea anularla, sino que entra al conocimiento del recurso en cuanto al fondo y pronuncia él mismo una nueva sentencia.- En el sistema francés, llamado también de reenvío o jurisdicción negativa, una vez establecido el motivo de fondo impugnado, El Tribunal de casación decreta la anulación de la sentencia y devuelve los au

tos al tribunal de segunda instancia para que emita un nuevo fallo, fundado en los postulados contenidos en la sentencia del Tribunal superior.

Aun cuando ha sido objeto de críticas el sistema español y hasta se ha dicho de él que desnaturalizó el recurso, convirtiéndolo en una tercera instancia, se cree que es el que mejor concilia los dos intereses que persigue este recurso, por cuanto evita retardos innecesarios.

Falta solamente comentar el caso de excepción a que se refiere la última parte del Art. 18 y es cuando la casación ha sido procedente por incompetencia en razón de la materia, en el que solamente se declarará la nulidad.- La razón que la justifica es la de que no se trata de competencia entre jueces o tribunales, sino de falta absoluta de jurisdicción, que afecta hasta el propio tribunal de casación.

Se hace necesario, entonces, distinguir si se trata de un motivo de fondo o de uno de forma, pues en el primer caso salvo la excepción relacionada, la sala deberá dictar una nueva sentencia, en tanto que en el segundo se limitará a declarar la nulidad de la sentencia.

Además de declarar la nulidad, si el recurso fuere por quebrantamiento de forma, en cumplimiento del Art. 19 el Tribunal de Casación mandará reponer el proceso desde el primer acto válido, a costa del funcionario culpable, devolviendo a tal efecto los autos con certificación de la sentencia.-

Si la sentencia de los árbitros arbitradores hubiese sido dictada fuera del término establecido en la escritura de compromiso, se casará dicha sentencia, y si se hubiese pronunciado sobre puntos que no fueron sometidos a su decisión, se anulará la sentencia únicamente en el punto o puntos en que consiste el exceso.-

BIBLIOGRAFIA

- 1o.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Tomo I. Jaime Guasp.
- 2o.- La Casación Civil.- Manuel de la Plaza.-
- 3o.- Manual de Derecho Procesal Civil.- Leonardo Prieto Castro.
- 4o.- Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Tomo IV.- José María Manresa y Navarro.
- 5o.- Fundamentos del Derecho Procesal Civil.- Eduardo J. Couture.
- 6o.- El Recurso de Casación Civil en la Legislación Salvadoreña. (Tesis Doctoral) Dr. Fabio Hércules Pineda.
- 7o.- Breves Comentarios sobre el Recurso de Casación en la Legislación Salvadoreña.- (Tesis Doctoral) Dr. Juventino Arteaga.
- 8o.- Recursos Judiciales.- (Tesis Doctoral) Dr. René Padilla y Velasco.
- 9o.- Consideraciones al Recurso de Casación en Materia Civil.- Dr. José Ricardo Girón.-
- 10o.- Conclusiones sobre Casación Civil en la Mesa Redonda verificada en la Asociación de Abogados de El Salvador, el 30 de Septiembre de 1971.-
- 11o.- Recurso de Casación en Materia Civil.- Dr. Bermúdez M.
- 12o.- Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal.- Jesús Saez Jiménez y Epifanio López Fernández de Garboa.-
- 13o.- Manual de Procedimiento Civil. (Recursos Procesales) Alejandro Espinoza Solís de Ovando.-
- 14o.- Diccionario de Derecho Procesal. Eduardo Pallarés.
- 15o.- Diccionario Jurídico.- Dr. Juan D. Ramírez Gronda.
- 16o.- El Juicio Ejecutivo en la Legislación Salvadoreña. (Tesis Doctoral) Dr. Humberto Tomasino.