

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



Universidad de El Salvador
Hacia la libertad por la cultura

**TEMA: “LA ACTIVIDAD PROCESAL EN LA AUDIENCIA DE SEGUNDA
INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:

LICENCIADAS EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

ALVARADO ALVARADO, ROSA MARGARITA

LEMUS LINO, ZENEYDA ORQUIDEA

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO:

DR. JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, SEPTIEMBRE DE 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADEMICO

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICDO. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICDO. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DR. JOSÉ ANTONIO MARTINEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

*“Hay hombres que luchan un día y son buenos,
hay otros que luchan un año y son mejores,
hay quienes luchan muchos años, y son
muy buenos. Pero hay los que luchan toda
la vida, esos son los imprescindibles.”*

Bertolt Brecht.

El realizar este trabajo de tesis ha sido, para mí una de las experiencias más importantes y arduas a las que me he enfrentado, muchos han sido los obstáculos personales que junto con mi compañera de tesis hemos asumido y superado gracias a nuestro esfuerzo, dedicación y en gran medida a la ayuda que durante éste proceso hemos recibido.

A DIOS TODOPODEROSO: le agradezco infinitamente por la sabiduría, fortaleza que me ha brindado no sólo durante éste proceso, sino durante toda mi vida, todo es posible si lo que realizamos se lo dedicamos a él.

A MÍ FAMILIA: CECILIA XOCHILT LINO DE LEMUS, SALVADOR LEMUS Y HARLÍN SALVADOR LEMUS LINO, que son el centro de mi vida, quienes siempre me han apoyado de manera incondicional en cada una de mis etapas, y que sin ellos éste logro no hubiese sido posible, MADRE MIL GRACIAS POR ESTAR SIEMPRE Y BRINDARME UNA PALABRA DE ALIENTO Y DE ANIMO CADA VEZ QUE LA HE NECESITADO.

A MÍ ASESOR: el Dr. JOSÉ ANTONIO MARTINEZ, a quien agradezco en gran medida por haber sido nuestro mentor, por habernos apoyado

siempre, por su dedicación, comprensión, paciencia y su sabiduría brindada en el transcurso de este proceso, muchas gracias.

A MÍ COMPAÑERA DE TESIS: ROSA MARGARITA ALVARADO ALVARADO, Maggie, te agradezco enormemente, ya que sin tu ayuda, paciencia, esfuerzo, dedicación, nada de esto hubiese sido posible, no solamente te agradezco el hecho de ser mi compañera de tesis, sino también el haber compartido conmigo durante el transcurso de nuestra carrera. Mil gracias.

A MIS COMPAÑERAS: SARA BEATRIZ ARGUETA ARANDA, NYDIA ELIZABETH RIVERA PALACIOS, FATIMA GABRIELA REGALADO ARTIGA, a quienes agradezco por su amistad, por toda su comprensión, por el apoyo que me han brindado y por haberme ayudado en mi formación académica, por haber compartido sus conocimientos conmigo, por tantos momentos de alegría, así como los de frustración. Muchas gracias.

Y finalmente, a todas aquellas personas que de forma directa o indirecta nos ayudaron con este propósito.

A TODOS, GRACIAS.

Zeneyda Orquídea Lemus Lino

AGRADECIMIENTOS

*“Muchos son los planes en el corazón del hombre, pero son los propósitos del señor los que prevalecen...”
Proverbios 19-21*

A DIOS TODOPODEROSO

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por ser mi universo, mi padre, mi fuerza, mi fortaleza, mi sustento, mi alegría, la luz que guía mi vida y el amado de mi alma.

Por ser la razón de mí existir, mi punto de partida y mi final. Gracias por el mejor regalo de mi vida formado por mis padres y mis hermanos. Gracias por usar mi vida, por creer y cumplir tus sueños en mí; tu gracia fue suficiente y capaz de conmover el corazón de mil gentes, solo para bendecirme. ¡Por ti y por ellos hoy estoy aquí!

A MIS PADRES

Que dentro de todas sus preocupaciones me dieron la posibilidad de brillar. A quienes la ilusión de su existencia ha sido convertirme en persona de provecho, a quienes nunca podre pagar todos sus desvelos, por haber sacrificado gran parte de su vida para formarme y educarme, por su entusiasmo, entrega, esmero y apoyo en todos y cada uno de los días que he vivido.

Por enseñarme el valor de la familia y del amor, por su protección, su admirable paciencia, por la fidelidad para con sus hijos y por el compromiso adquirido al momento de recibirnos en sus brazos, gracias por enseñarnos el amor y temor a Dios, por la humildad y perseverancia en sacarnos adelante y sobre todo por la mejor herencia que pueden dejarme: la educación.

A MIS AMIGAS

Gracias infinitas por ser parte del equipo guerrero, de “las chicas súper poderosas”, por su apoyo y sus palabras de aliento, por su positivismo y dedicación, juntas recorrimos el camino, a veces lleno de espinas, pero ¡lo logramos! Llegamos a la meta. Gracias por ser las mejores amigas, por su apoyo incondicional, sus risas, por todo y por ser el único y mejor equipo de trabajo durante estos años.

Fá, Zeney, Sari y Nyni, el resultado que hemos logrado, no solamente es un motivo de satisfacción, sino que nos debe impulsar para trabajar y lograr el éxito, hoy concluimos un proyecto más en nuestras vidas, y no hay nada más satisfactorio que ver vuestros objetivos realizados. ¡Las quiero Chicas!

A MI COMPAÑERA DE TESIS

Zeneydita, sé muy bien lo difícil que fue tomar la decisión de elaborar este trabajo conmigo, Diosito no quiso dejarme sola y te puso a mi lado, ha sido una experiencia más vivida y una prueba superada, gracias por tu apoyo y por tu amistad incondicional, me has demostrado que tu corazón es invaluable y que simple y sencillamente eres única e incomparable. ¡Gracias Colochita, te mega quiero!

A MI MEJOR AMIGA

Fá, seré breve, ya que mil palabras no expresarían cuan agradecida estoy contigo. Gracias por ser mi apoyo incondicional, por ser el ángel de mi vida, Dios bendijo mi vida enviándote a ella, gracias por cada momento compartido, por escucharme y apoyarme, por ganarte mi corazón sin ningún esfuerzo. Gracias por ser única y formar parte de mi familia. ¡Te mega adoro Pajarita!

A MIS AMIGOS

Quienes tienen la oportunidad de celebrar a mi lado este logro y a quienes olvide en el camino que he recorrido, no por deseos personales ni ajenos, sino por cada uno buscar su sueño, gracias por haberme acompañado y acompañarme en cada etapa de mi vida, gracias por los buenos y malos momentos compartidos, por ser parte de mi formación personal y profesional.

A MI ASESOR DE TESIS

Dr. José Antonio Martínez, gracias por ser el guía de este camino recorrido, por su esmero en la elaboración de este trabajo, gracias por su apoyo incondicional, por su comprensión y por pasar de ser un asesor a ser un amigo.

Por convertirse en la persona humilde que jamás se sintió superior al grupo de tesis, que siempre nos hizo ver que estábamos a su mismo nivel y que así como nos exigió, también puso su empeño en avanzar con nosotras, quien jugó un papel importante en el desarrollo de este trabajo, exigiéndonos porque sabía que éramos capaces de dar más, de quien nunca escuchamos palabras de desánimos, porque siempre había una sonrisa para cambiar las frustraciones, gracias por su positivismo.

Gracias por su amistad, apoyo, alegría, perseverancia y por jamás perder la paciencia. ¡Se le quiere Doctor!

¡Gracias a Todos!

Margarita Alvarado

INDICE

Contenido	Págs.
ABREVIATURAS.....	xiii
INTRODUCCION.....	xvi

CAPITULO I

RESUMEN DEL MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	20
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	21
3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	23
3.1 Delimitación Teórica	
3.2 Delimitación Material.....	24
4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	
5. OBJETIVOS.....	26
5.1 Objetivo general	
5.2 Objetivos específicos	

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LOS RECURSOS

1. EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	27
2. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	29
3. PRINCIPIOS DE LOS RECURSOS	31
3.1 Principio de Impugnación Objetiva	
3.2 Principio de Impugnación Subjetiva.....	32
3.3 Principio de doble instancia	33
3.4 Principio de personalidad del medio de impugnación	
3.5 Principio del efecto extensivo del medio de impugnación	34
3.6 Principio de Recurribilidad	

3.7 Principio de Limitación a la Recurribilidad.....	35
3.8 Principio de Singularidad del Recurso	
3.9 Principio de "No Reformatio in peius".....	36
4. DEFINICIONES DE RECURSO	38
5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS	40
6. CLASIFICACION TRADICIONAL DE LOS RECURSOS	41
6.1 Por el ámbito del recurso	42
6.1.1 Recursos Ordinarios	
6.1.2 Recursos Extraordinarios.....	43
7. DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LOS RECURSOS	44
7.1 En el derecho nacional	45
7.1.1 En la Constitución de la República	
7.1.2 En el Código Procesal Civil y Mercantil	49
7.2 En el derecho internacional.....	50
7.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)	51
7.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).....	52
7.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	54

CAPITULO III

EL RECURSO DE APELACION

1. GENERALIDADES.....	56
1.1 Evolución Histórica del Recurso de Apelación	57
1.2 Evolución de Apelación en El Salvador	66
1.3 Definición de apelación.....	73
1.4 Naturaleza del recurso de apelación.....	77
1.5 Características del recurso de apelación.....	78
1.5.1 Recurso Ordinario	
1.5.2 Recurso Devolutivo	80

1.5.3	Generador de segunda instancia.....	80
1.6	Objeto o finalidad del recurso de apelación.....	83
1.7	Elementos objetivos de la apelación.....	87
1.7.1	El Tribunal competente	
1.7.2	Legitimación.....	90
1.8	Elementos Subjetivos	92
1.8.1	El Agravio	
1.8.1.1	Personal.....	94
1.8.1.2	Objetivo	
1.8.1.3	Legítimo	
1.8.1.4	Actual.....	95
1.8.1.5	Determina el objeto del recurso de apelación	
1.8.1.6	Determina la legitimación del apelante al recurrir	96
1.9	Principios del recurso de apelación.....	98
1.9.1	Principio dispositivo o de justicia rogada	
1.9.2	Principio de oficiosidad.....	99
1.9.3	Principio de Preclusión	100
1.9.4	Principio de "Tantum devolutum quantum appellatum"	

CAPITULO IV

LA APLICACIÓN DEL RECURSO DE APELACION

1.	CLASIFICACIÓN DE LA APELACIÓN EN EL CPCM.....	103
1.1	Apelación Plena	
1.2	Apelación Adhesiva	104
2.	PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	105
2.1	Sentencias	107
2.2	Autos definitivos.....	109
2.3	Resoluciones que la ley expresamente determina	111

3. FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	113
4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	115
5. OPORTUNIDAD PROCESAL.....	117
6. EFECTOS DE LA APELACIÓN.....	118
6.1 Efecto suspensivo.....	119
6.2 Efecto Devolutivo.....	120
7. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.....	122
7.1 Efectos que determinan la interposición de la apelación.....	123
7.2 Emplazamiento de las partes.....	124
7.3 Remisión del proceso y del recurso.....	126
8. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA	
8.1 Contenido de la segunda instancia.....	127
8.2 Inadmisibilidad.....	128
8.3 Requisitos del examen de admisibilidad.....	129
8.4 Causas que determinan la inadmisibilidad.....	130
8.5 Improcedencia del recurso de apelación.....	132
8.5.1 Requisitos para determinar la improcedencia.....	133
8.5.2 Resoluciones que no admiten apelación	
9. ABUSO DEL DERECHO A APELAR.....	135
10. DELIMITACION DE LA SEGUNDA INSTANCIA.....	143

CAPITULO V

LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

1. LA AUDIENCIA.....	146
1.1 Convocatoria a Audiencia	
1.2 Audiencia con prueba.....	147
1.3 Audiencia sin prueba	
1.4 Alegaciones.....	148

1.5 Prueba y alegaciones finales.....	149
2. LA APELACIÓN ADHESIVA	
2.1 Historia de la adhesión al recurso de apelación.....	150
2.2 Importancia de la adhesión a la apelación	151
2.3 Efectos.....	153
2.4 Contenido de la adhesión a la apelación.....	155
2.5 Límites al derecho de adherirse	159
2.6 Aumento de los poderes y <i>cognitio</i> del órgano de apelación	
2.7 Levantamiento de la <i>reformatio in peius</i>	160
2.8 Impedir la firmeza de la resolución recurrida	161
3. DECISION DEL RECURSO.....	163
3.1 Forma	164
3.2 Congruencia	165
3.3 Efectos de la estimación del recurso.....	171
3.3.1 Anulación	
3.3.2 Modificación o Reforma.....	172
3.3.3 Revocación.....	174
3.4 Efecto de la desestimación del recurso	175
3.4.1 Confirmación	
4. DESERCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	176
CONCLUSIONES.....	179
RECOMENDACIONES	181
BIBLIOGRAFÍA.....	183

ABREVIATURAS

Art.....	Artículo
Inc.....	Inciso
Óp. Cit.....	Obra citada
Ibídem.....	Igual que la referencia anterior
D.L.....	Decreto Legislativo
D.O.....	Diario Oficial
Nº.....	Número
ed.....	Edición
Ed.....	Editorial
p.....	Página
pp.....	Páginas
Ref.....	Referencia
A quo	Inferior
A quem.....	Superior
Cn.....	Constitución de la República de El Salvador
C.Pr.C.	Código de Procedimientos Civiles
CPCM.....	Código Procesal Civil y Mercantil
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/200
CADH	Convención Americana de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

INTRODUCCION

El presente trabajo consiste en la realización de una investigación bibliográfica y tiene como finalidad estudiar las bases doctrinales, jurídicas y metodológicas del tema denominado **“LA ACTIVIDAD PROCESAL EN LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL”**, definiendo el problema a resolver durante el desarrollo de este estudio, delimitando dicho problema en sus aspectos teóricos y quedando demostrada la importancia que el presente tema posee para la comunidad jurídica.

Se abordaran tópicos pertinentes y relevantes que contribuirán a esclarecer en gran medida la evolución doctrinaria y legal que han sufrido los medios de impugnación y su relevancia y necesidad en la segunda instancia, ya que la actividad jurisdiccional como toda actuación humana, está propensa a falibilidades o errores, corriéndose el riesgo que se dicten resoluciones injustas o contrarias a derecho, ya sea por apreciación incorrecta de los hechos, por error en la apreciación o valoración de la prueba o bien porque se aplique inadecuadamente el derecho material o el derecho procesal respectivo. Frente a esas posibilidades de error, el ordenamiento jurídico habilita una serie de instrumentos o herramientas procesales que permiten a las partes conseguir la modificación o anulación de aquellas resoluciones que les causen agravio; esos mecanismos son los medios de impugnación, específicamente los recursos.

Si bien, tradicionalmente se afirma que los medios de impugnación aspiran, como fin último, a lograr una resolución justa en la que se corrijan los errores judiciales, lo cierto es que las partes persiguen a través de estos instrumentos legales obtener una resolución acorde con sus pretensiones.

El derecho a impugnar, permite a la parte procesal, generalmente, acudir a una instancia superior como medio de combatir el gravamen que en una resolución le ha sido impuesto. Por ello se hace necesario diferenciar entre el fin objetivo y el fin subjetivo que el ordenamiento jurídico asigna a los medios de impugnación, que la parte busca en ese instrumento.

El presente trabajo será desarrollado en cinco Capítulos, en los que se analizaran distintos planteamientos que se han hecho por diversos tratadistas sobre el tema seleccionado, por lo tanto se deja constancia desde ya que se hará un trabajo o investigación fundamentalmente bibliográfico, por lo que se tratará de analizar la mayor cantidad posible de posiciones doctrinarias alrededor de nuestro tema, en este orden de ideas se han distribuidos los contenidos a desarrollar iniciando con el análisis del recurso de apelación.

Por lo que siendo la historia el parámetro inicial de estudio de toda institución jurídica, que permite comprender sus elementos de desarrollo a través de los tiempos y de acuerdo a los acontecimientos que la rodearon, se hará un recorrido sobre la evolución del recurso de apelación en El Salvador.

Convirtiéndose este, más que una garantía de los ciudadanos, como un medio necesario de organización del sistema de administración de justicia que reafirmara el poder del soberano, dado esto por la organización judicial en grados que implicaba una institución política, en algunos casos de represión, mas no en sus orígenes como un instrumento de libertad del ajusticiado ante el poder institucionalizado. La amplitud del estudio del Recurso de Apelación exige el análisis elemental de las formas que éste

adopta en la realidad jurídica, su clasificación, principios y demás requisitos esenciales.

La procedencia del recurso está y debe estar sujeto a la concurrencia de una serie de presupuestos generales, unos relativos a los sujetos del proceso y otros dirigidos al objeto del proceso, los cuales serán desarrollados y analizados a fin de comprender los dos motivos principales por los cuales debe revisarse un proceso en apelación que son bien para subsanar la ausencia de un medio de prueba por alguna de las circunstancias a que se refiere la ley, o a la inversa excluir alguna prueba previamente admitida; o en segundo lugar, para revisar el juicio intelectual de valoración de la prueba realizado por el órgano inferior.

Es así que en el capítulo I se desarrollará lo referente al planteamiento del problema, su enunciado, delimitación y cuáles son los objetivos propuestos; en el Capítulo II se ampliará el estudio desarrollando la clasificación tradicional de los recursos, el derecho al acceso efectivo de los medios de impugnación en el derecho nacional, entre los cuales se encuentra la constitución de la República y en el Código Procesal Civil y Mercantil, así como se encuentra tutelado en los tratados suscritos y ratificados por El Salvador.

En el capítulo III se hará un recorrido en el recurso de apelación, investigando cual ha sido la evolución que este ha sufrido en la historia, se estudiarán definiciones de diferentes autores para comprender su significado, además se tratará de desarrollar la naturaleza del recurso de apelación, cuáles son sus características, cual es el objeto de dicho recurso, cuales son los elementos y cuáles son los principios que rigen dicho recurso. En el capítulo IV se tratará sobre la aplicación que tiene el recurso de apelación,

como este se clasifica en el Código Procesal Civil y Mercantil, cual es la procedencia de dicho recurso, desarrollando así, cual es la finalidad del recurso de apelación, su fundamento, cual es la oportunidad procesal que se tiene para interponerlo, cuáles son sus efectos, además de diferenciar las resoluciones apelables, cual es el trámite a seguir en primera y segunda instancia, cuales son los efectos y contenidos de estas, los requisitos de admisibilidad y causas que la determinan, así como también se abordara el abuso del derecho a apelar y cuál es la delimitación de la segunda instancia.

En el último capítulo de la presente investigación se hará un recorrido en el desarrollo de la audiencia de segunda instancia, su significado, la convocatoria a la audiencia, en que consiste la apelación adhesiva, cual es la historia de dicha figura, cuál es su contenido e importancia, cuáles son sus efectos y límites, cual es el contenido de la decisión del recurso, su forma, congruencia, modificación o reforma, cuales son los efectos de la desestimación del recurso así como también en que consiste la deserción del recurso de apelación y quienes están facultados o legitimados para hacer uso de dicha figura. Al final de dicha investigación se harán algunas conclusiones puntuales a fin de lograr una mejor comprensión de la investigación realizada y darle claridad al contenido de los puntos desarrollados.

CAPITULO I

RESUMEN DEL MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

SUMARIO: CAPITULO I: RESUMEN DEL MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION; 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; 2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA; 3. DELIMITACION DEL PROBLEMA; 3.1 Delimitación Teórica; 3.2 Delimitación Material; 4. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las relaciones humanas se ven sujetas a cambios; por lo tanto el derecho también debe de experimentar cambios para no volverse inadecuado y por lo mismo inaplicable a las nuevas situaciones. Estos cambios se acompañan de instituciones jurídicas que en muchas ocasiones son novedosas tanto para el creador de la ley, como para quienes en su momento deberán aplicarla y en definitiva todos los que intervienen en las Relaciones Jurídicas que acontecerán de dichas transformaciones sociales.

La aprobación del Código Procesal Civil y Mercantil, tuvo como consecuencia la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles vigente desde 1882 y de la Ley de Procedimientos Mercantiles vigente desde 1973, lo cual quiere decir que en su totalidad la forma del desarrollo del proceso mismo es modificada, incorporando con la nueva normativa, nuevas instituciones jurídicas procesales y que por novedad se advierten inexperiencia en su aplicación lo cual requiere de estudios que brinden los instrumentos necesarios para que se puedan aplicar de manera plena y de forma efectiva, ya que esta falta de experiencia ha sido lo que ha generado inestabilidad desde que entró en vigencia dicho cuerpo normativo, lo que acarrea desconfianza que se traduce en inseguridad Jurídica sobre si está listo o no el aparato judicial para el cambio que se está experimentando.

De esta manera también se denota la predominancia de nuevos principios como la Inmediación, nuevos métodos como la Oralidad donde la figura triangular que existirá permite el debate y la confrontación en la audiencia, siempre reservándose algunos aspectos como el hecho que siempre se controvertirá una pretensión de naturaleza patrimonial de los sujetos de Derecho intervinientes en la relación jurídica procesal.

Es en este sentido que se cree conveniente el desarrollo del presente tema de investigación, con el objeto de analizar en lo posible, inconvenientes que puedan surgir en las reglas procesales planteadas por el Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente en la actividad procesal que se realiza en la segunda instancia.

Ante tal problemática se desarrolla un minucioso estudio, acompañado de una sistemática investigación que permita descifrar en forma oportuna las consecuencias Jurídicas de la implementación de nuestro cuerpo normativo, cuya vigencia tiene menos de tres años.

2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

En relación con el planteamiento de las ideas preliminares se procederá en los párrafos siguientes a formular las interrogantes que se utilizarán como dirección del presente trabajo, y que constituirán el desarrollo de la presente investigación.

La característica primordial de los medios de impugnación en El Salvador se ve reflejada en la mora judicial que presentan las diferentes instancias incluyendo la Corte Suprema de Justicia. Entendiendo que los

medios de impugnación, entre los cuales se abordarán los recursos ordinarios destacándose el de apelación, cuya finalidad es la de garantizar la seguridad jurídica, ejerciendo un papel de control general de la regularidad o eficiencia de los actos procesales, especialmente garantizar una efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva que todo ciudadano tiene como derecho fundamental.

En primer lugar se debe estar consciente que afrontar las normas desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil implica un cambio sustancial en los medios de impugnación.

Por consiguiente en segundo lugar, es de hacer notar que la investigación en la segunda instancia ha variado la forma de tramitación del proceso, y no únicamente en la forma de como este se tramita, sino también se ha introducido la oralidad y como consecuencia de esto está generando inconvenientes a todos los litigantes, lo cual se traduce muchas veces en la vulneración de los justiciados en el derecho de acceso a la jurisdicción.

Es de fundamental importancia plantearse preguntas como: ¿qué consecuencias traerá para las partes o sujetos procesales la aplicación de la nueva normativa en el área de los medios de impugnativos?, ¿se logrará el efecto de disminuir la mora judicial existente en la actualidad?, ¿se logrará con la aplicación de ésta nueva normativa dinamizar la ejecución de las resoluciones judiciales?, o si ¿éstos nuevos preceptos legales le darán fiel cumplimiento al mandato constitucional de administrar pronta y cumplida justicia?, además si con ello se respetan los tratados internacionales de Derechos Humanos que ha suscrito El Salvador y que son ley de la República como lo dictamina la Constitución de la Republica en el artículo 144.

3. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La atención que se requiere en la presente investigación permitirá apreciar los innumerables problemas que presenta la satisfacción de todo lo relacionado con las resoluciones que abren paso al desarrollo de la actividad en la segunda instancia, específicamente en el proceso civil y mercantil.

Para la investigación del problema se tomara todo el tiempo necesario, teniendo en cuenta que para llegar a un producto final será indispensable estudiar previamente qué posibilidades existen, o dicho en otros términos, qué factibilidad hay de que pueda llevarse a cabo la investigación del problema elegido, tomando en cuenta todos los riesgos y limitaciones que se presentaran, como por ejemplo limitaciones bibliográficas y económicas, las cuales si bien serán factores que influyan en el desarrollo e investigación del tema, no serán un factor determinante que nos impida terminar dicha investigación.

3.1 Delimitación Teórica.

El propósito de realizar la presente investigación, sobre el grado de repercusiones que tiene la interposición de los recursos ordinarios específicamente el de Apelación, que habilita la segunda Instancia, ya que es ahí el eje central en donde se desarrollara dicho recurso y que se reflejaran en los posibles resultados contra en las resoluciones dadas ante los Jueces de primera instancia.

Además, se pretende comprobar si el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Libro Cuarto referido a los medios de impugnación que

regula a los recursos entre ellos el de apelación, ha venido a darle agilidad a los procesos en el ámbito aplicado. La razón por la cual la investigación se ha puntualizado en el acápite de los medios de impugnación, es por su auge e incidencia en la práctica del derecho y así como las posiciones ante tal figura de los doctrinarios y procesalistas en el ámbito nacional e internacional, aunado a ello la doctrina pertinente de los jurisconsultos que han opinado sobre el mismo, y, la información se recopilará a través de la Doctrina existente en el área, por ser una investigación de tipo bibliográfico.

3.2 Delimitación Material

En la investigación no se hará uso de universo, ni muestras, ni de un espacio específico, por ser un estudio de aspecto jurídico y de tipo bibliográfico, pero si es de aclarar que se estudiara la Actividad Procesal en la Audiencia de segunda específica y únicamente en el Código Procesal Civil y Mercantil, haciendo un análisis jurisprudencial y doctrinario.

Por lo que se ha realizado un análisis o un recorrido en la teoría general de la impugnación, la cual implica la fiscalización de la regularidad de los actos del proceso, sobre todos aquellos concernientes al órgano jurisdiccional, representados a través de las correspondientes resoluciones. Presuponiendo el control de la actividad judicial encaminada a corregir los actos irregulares o inválidos derivados de ella, tratando está el fenómeno de la denuncia referida a la presencia de actos procesales imperfectos o ineficaces, así como el estudio de los medios y procedimientos que el derecho positivo prevé con el objeto de rectificar tales actos.

4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Como se ha mencionado anteriormente, la evolución del Derecho merece un estudio que permita anticipar sus posibles inconvenientes en el

futuro y en especial cuando se trata de la incorporación de instituciones que cambian sus precedentes como es el caso en comento, puesto que, toda modernización en el sistema Jurídico implica la necesidad de una investigación seria, que contribuya a actualizar el conocimiento y la seguridad Jurídica.

En este sentido, es necesario el desarrollo de un tema de investigación que permita prever tanto las ventajas y las desventajas, los convenientes y los inconvenientes que puedan llegar a generarse a partir de las variantes en la actividad que se realiza en la segunda instancia en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Además es conveniente que se realice la investigación, debido a que ello contribuirá a que se exponga claramente que aspectos se deben tomar como parámetros para la aplicación del derecho, contribuyendo con ello a que exista unificación en las decisiones judiciales en la aplicación correcta de la ley.

La investigación pretende dar a conocer en forma concentrada, la doctrina más reciente, así como también la jurisprudencia y las reformas en las leyes vigentes en el país, constituyendo así un soporte para los estudiosos del derecho procesal y pretende garantizar criterios definidos de los administradores de Justicia en su función de dirimir los conflictos jurídicos civiles y mercantiles.

Es a través de los medios de impugnación que se combate la validez o legalidad de los actos u omisiones del órgano jurisdiccional esencialmente el concepto de medios de impugnación alude, obligatoriamente a la idea de luchar contra una resolución judicial, de combatir jurídicamente su validez o

legalidad, siendo el objetivo primordial del objeto de estudio realizar una investigación profunda sobre este tema.

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo general

Desarrollar un estudio sobre la actividad procesal regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil y los formalismos a aplicar en la audiencia de segunda instancia, para identificar las actuaciones jurídicas procesales concretas que deben realizar las partes durante el desarrollo de la audiencia.

5.2 Objetivos específicos

Realizar un estudio doctrinario que permita elaborar un recorrido en la teoría general de los recursos como introducción preliminar de la investigación, para conocer los aspectos fundamentales de los medios impugnativos.

Identificar mediante un análisis del derecho procesal científico qué tipo de resoluciones judiciales según el Código Procesal Civil y Mercantil son susceptibles de impugnación para establecer los elementos configuradores de la Segunda Instancia.

Determinar la procedencia del recurso de apelación, para identificar la eficacia de la resolución apelada durante la tramitación del recurso.

Analizar la influencia de los principios generales de los recursos, para establecer la importancia de los mismos en la sustanciación del recurso de apelación.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LOS RECURSOS

SUMARIO: CAPITULO II: GENERALIDADES DE LOS RECURSOS; 1.1 Evolución de los medios de impugnación en El Salvador; 2.LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN; 3. PRINCIPIOS DE LOS RECURSOS; 3.1 Principio de Impugnación Objetiva; 3.2 Principio de Impugnación Subjetiva; 3.3 Principio de doble grado de doble instancia; 3.4 Principio de personalidad del medio de impugnación; 3.5 Principio del efecto extensivo del medio de impugnación; 3.6 Principio de Recurribilidad; 3.7 Principio de Limitación a la Recurribilidad; 3.8 Principio de Singularidad del Recurso; 3.9 Principio de la No reformatio in peius; 4. DEFINICIONES DE RECURSO; 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS; 6. CLASIFICACION TRADICIONAL DE LOS RECURSOS; 6.1 Por el ámbito del recurso; 6.1.1 Recursos Ordinarios; 6.1.2 Recursos Extraordinarios; 7. DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LOS RECURSOS; 7.1 En el derecho nacional; 7.1.1 En la Constitución de la República; 7.1.2 En el Código Procesal Civil y Mercantil, 7.2 En el derecho internacional; 7.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); 7.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); 7.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

1. EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Se puede afirmar que la concreción de los medios de impugnación se da en el Derecho Romano, específicamente en el imperio, ya que “en la República se mantiene el principio de inapelabilidad de la sentencia¹, es en el Imperio que se crea un medio corriente y normal para la revisión de los fallos: la apelación (*appellatio*)². Como lo expresa Enrique Vescovi³, la *appellatio* surge más tarde en el proceso oficial y durante el Imperio.

¹ TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. *Los Recursos y otros medios de impugnación en la jurisdicción penal*, Triple “D” Impreso en El Salvador en Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1998, P. 15. “Varios autores coinciden que esta etapa no hubo apertura hacia los medios de impugnación por la forma en cómo se concebían las decisiones que tomaban los gobernantes que se concebían como la voz de la voluntad divina y por tanto eran infalibles.”

² BIDART CAMPOS, Germán, y otros, *Recursos Judiciales*, Ed. Comercial Industrial y Financiera, 1ra ed., Tucumán, Argentina, 1993. P. 12. “Es hasta la época del surgimiento del Imperio Romano que la organización de administración de aquella época permitió la Apelación de los fallos.”

³ VESCOVI Enrique, *Los Recursos Judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, 1ra. ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, P. 17. “Interesante es esta etapa que podríamos denominar positivación de los medios de impugnación en los diferentes

La verdadera apelación cuando surge se trata de una *provocatio no ad populum*, y es ante el Emperador, en nombre de quien se dictaba la sentencia por los funcionarios quienes en ese caso le devolvían la jurisdicción, lo que constituye el efecto devolutivo de la apelación, éste término de *provocatio* desapareció al extinguirse la institución jurídica de *intercessio* y se le designó con el nombre de apelación.

Las primeras manifestaciones del medio de impugnación de apelación existió en la *Appellatio collegorum*⁴ (*intercessio*) en donde se efectuaba la apelación ante un magistrado de igual o de mayor potestad o ante los tribunales de la plebe, esto en razón de que en esa época los magistrados Romanos⁵ tenían el derecho de Veto de Intercedere, es decir de prohibir a otro Magistrado, la ejecución de un acto o si el acto ya estaba ejecutado de prohibir que se produjeran sus efectos.

La *appellatio Collegorum* se perfeccionó hasta que surgió la *Appellatio vel Provocatio*, y esto se da cuando en el Imperio⁶ se creó un

cuerpos normativos porque es a partir de esta que se establece fehacientemente y de forma escrita los medios de impugnación con que cuenta quien es juzgado cuando le parezca injusta o le causa perjuicio una decisión determinada y ante lo cual se tiene un amparo legal para hacer uso de los mismos.”

⁴ CASTILLO PANAMEÑO, Ricardo, *Los Recursos Ordinarios en Materia Procesal Civil*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1980, PP. 11-13. “Estos tres recursos surgidos en el Derecho Romano son desarrollados cualitativamente, evidencia de ello lo denota la *revocatio in duplum* en el que se conocía cuestiones de fondo y de forma en el procedimiento, lo perjudicial era sobre la resolución que en caso de ser favorable se anulaba la sentencia pero al no ser favorable se le condenaba al doble, es decir en este momento no tenía aplicabilidad la *reformatio in peius*”

⁵ BACRE, Aldo, *Recursos Ordinarios y Extraordinarios: Teoría y Práctica*, Ed. La Roca, 1ra. ed., Buenos Aires, 1999, PP. 43-44. “En el derecho romano se establecen básicamente los 3 recursos incipientes en ese momento, pero que marcan luz verde en el desarrollo de los recursos en el Derecho Romano y en general.”

⁶ COCA RIVAS, M., y Renderos Granados M., *La Apelación dentro del Sistema de impugnaciones del Código Procesal Civil y Mercantil*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010, P. 18.

verdadero ordenamiento judicial y existía una clara jerarquía entre los Magistrados⁷.

La impugnación por medio de la apelación se iniciaba con una petición ante magistrados expresamente delegados por el emperador para la revisión, que volvían a tratar el mérito de la causa, suspendiendo los efectos de la sentencia, ya que había que evitar los efectos de la misma por los perjuicios que podía ocasionar al apelante, y si encontraban en la causa los motivos suficientes para revocar la sentencia lo hacían sustituyéndola por la nueva sentencia.

En España los medios para impugnar las resoluciones judiciales se encontraban en diversas recopilaciones y leyes dispersas, como por ejemplo desde las de Fuero viejo de Castilla, pasando por las leyes nuevas, las siete partidas, la novísima Recopilación y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Los medios de impugnación⁸ son mecanismos procesales a través de los cuales las partes en un proceso pueden pedir la revisión de las resoluciones judiciales dictadas, pretendiendo su modificación o anulación.

“Esta concepción que se tenía acerca de los medios de impugnación o recurso era por las características propias de la época del Derecho Romano que las mismas eran permisibles solo bajo esa concepción”.

⁷ VESCOVI, Enrique. *Óp. Cit.* P. 16. “La conformación de jerarquía de carácter judicial y la exigencia propicio la existencia de medios de impugnación ‘pues dentro de la jerarquía judicial hay una cualificación de los encargados de administrar la justicia a los gobernados”.

⁸ El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es claro al definir la palabra impugnar como: combatir, contradecir, refutar. Interponer un recurso contra una resolución judicial. El reconocimiento del derecho a impugnar una resolución responde a un instinto natural del ser humano, es decir los recursos aparecen con la idea de corregir los vicios e irregularidades de los actos o resoluciones del juez, pretendiendo la búsqueda de un perfeccionamiento, y en consecuencia una mayor justicia.

Su objetivo principal es el de minimizar el error judicial⁹. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende la facultad de invocar los medios de impugnación previstos por la ley; esto quiere decir que el legislador no está obligado a establecer medios de impugnación pero que, una vez establecidos, la denegación injustificada del acceso a estos instrumentos de tutela vulnera el derecho constitucional¹⁰.

Los medios de impugnación exigen que exista gravamen; eso quiere decir que sólo pueden impugnar la resolución las partes que se hayan visto perjudicadas en el fallo. Asimismo, se aplica el principio procesal de *prohibición de 'reformatio in peius'*; este principio implica que la revisión de la resolución no puede perjudicar al recurrente, salvo que, a su vez, la parte contraria hubiera impugnado la resolución solicitando este efecto.

La Doctrina divide los *medios de impugnación*¹¹ en dos categorías: Remedios (también llamados recursos no devolutivos). Se denomina remedios¹² a los medios de impugnación planteados ante el mismo órgano judicial que dictó la resolución.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., y otros, Óp. Cit., p. 11. "El autor previo a resaltar puntos históricos base sobre los medios de impugnación hace hincapié acerca de la importancia de la historia en el estudio de los medios de impugnación, así como una mención de los problemas que ésta institución jurídica ha creado a través de los tiempos."

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires, 1973. P. 397. Cuando se habla de los medios de impugnación, suele partirse implícitamente de la consideración de que se está procurando evitar el riesgo de que se dicten sentencias injustas, bien porque no se acomodan a la realidad de los hechos tal y como ocurrieron, bien porque se incurre en error en la aplicación del derecho material, aquel con el que se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión.

¹¹ Cuando se habla de los medios de impugnación, suele partirse implícitamente de la consideración de que se está procurando evitar el riesgo de que se dicten sentencias injustas, bien porque no se acomodan a la realidad de los hechos tal y como ocurrieron, bien porque se incurre en error en la aplicación del derecho material, aquel con el que se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión.

¹² GUASP Delgado, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Editorial Civitas. Madrid. 1998, p. 104 La técnica suele reservar el nombre de recursos para los medios de impugnación que tratan de que se fiscalice la actuación de un tribunal por otro superior, y reserva el nombre

Estos remedios no pueden utilizarse para impugnar sentencias; debe recordarse que éstas son resoluciones definitivas para el órgano que las dicta; así pues, los remedios sirven para impugnar providencias y autos que resuelven cuestiones incidentales que no se refieren directamente al objeto del proceso; y Recursos (o, en su caso, recursos devolutivos).

3. PRINCIPIOS DE LOS RECURSOS

Los principios procesales, como los ejes rectores o directrices fundamentales dan legitimidad a la actuación jurisdiccional, tanto en la primera como en la segunda instancia desarrollando sus institutos procesales, estableciéndolos dentro del marco de la Legalidad y de la Constitución de la Republica, pudiendo ser clasificados en dos clases, los principios básicos o generales y en específicos, originando las instituciones procesales y supliendo los vacíos legales que en la práctica puedan suceder¹³.

3.1 Principio de Impugnación Objetiva

Este principio consiste en que las resoluciones judiciales solo son impugnables a través de las formas previamente establecidas en la Ley, es decir, que la ley con anticipación debe haber prescrito el medio legal o recurso a utilizar contra determinada resolución judicial, en consecuencia el litigante no puede crear medios impugnativos¹⁴.

de remedios para los que únicamente tiendan a la corrección de una anomalía procesal, o sea, que son resueltos por el mismo tribunal que produjo la resolución recurrida.

¹³ VESCOVI, Enrique, *Óp., Cit.*, P. 25.

¹⁴ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil. Óp. Cit.* P. 231. Por lo que los recursos deberán estar establecidos en la ley, para que el litigante pueda usarlos, estando dicho principio relacionado con el principio de reserva legal.

En materia de recurso de apelación, rige este principio, como regla general y por consiguiente, no se puede recurrir en apelación, sino por el medio que indique expresamente la ley y en las oportunidades que la misma ley señala. Las resoluciones recurribles en apelación son aquellas que expresamente en cada caso las indica la ley como tales. "Cada recurso tiene su propia forma de tramitación, especialmente en distinta materia" por tanto debe existir una resolución, es decir, una actuación jurisdiccional del Juez que a la vez este establecida en la ley para poder ser atacado con el recurso¹⁵.

3.2 Principio de Impugnación Subjetiva

Este principio establece que solo están legitimados para interponer el recurso de apelación aquellos sujetos procesales a los que les alcanza una resolución judicial de forma gravosa; y por lo tanto el interés de recurrir debe ser un interés jurídico y legítimo. El Art. 501 CPCM establece que *"tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna. Igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados, aun cuando no se hubieran convertido en partes,"* es decir, que la resolución recurrida debe producir agravio siendo esta la situación de desventaja en que se ubica a los litigantes a través de una resolución judicial.

Así, agravio significa que la resolución recurrida tenga un contenido total o parcialmente desfavorable, que sea perjudicial para el recurrente, ya se trate de un perjuicio de índole material¹⁶ o procesal¹⁷.

¹⁵ GUASP Delgado, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Óp. Cit.* P. 106

¹⁶ Gravamen material, cuando el perjuicio se causa con un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.

¹⁷ Procesal, cuando se estima un excepción procesal propuesta por el demandado, correlativamente, quien se ve favorecido por la resolución, es decir, quien no sufre agravio ni perjuicio alguno con la resolución.

3.3 Principio de doble instancia

Forma parte de la tradición jurídica el principio de doble grado de jurisdicción en el proceso civil, conforme al cual las partes dispondrán de la posibilidad de que el mismo asunto al que la contienda se refiere pueda ser examinado sucesivamente por dos tribunales distintos. El doble grado supone, por consiguiente, la intervención de dos órganos jurisdiccionales y, en consecuencia, la existencia de dos decisiones de las cuales será la del segundo tribunal la que ha de prevalecer¹⁸, considerándose por ende a la apelación el instrumento idóneo para generar este segundo reexamen de la cuestión objeto del debate entre las partes en primera instancia¹⁹.

En tal sentido la jurisprudencia constitucional, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SC), se ha pronunciado en el sentido que la doble instancia se convierte en una garantía esencial para verificar la calidad del juicio producido o como una garantía de calidad en el resultado, "siempre que se parta de una buena documentación y de una resolución correctamente motivada, puesto que sólo así el tribunal superior en grado, podrá conocer de los motivos que indujeron al tribunal inferior a resolver en determinado sentido²⁰.

3.4 Principio de personalidad del medio de impugnación

Con clara relación con el principio dispositivo, la impugnación se da en la medida en que una parte la plantea y con respecto a ella, es consecuente

¹⁸ VESCOVI, Enrique, *Óp., Cit., P. 129.*

¹⁹ MONJE BALMASEDA O., y otros, *El Proceso Civil, (Recursos, Ejecución y Procesos Especiales)*, 2º ed., Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 1999, p. 25

²⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de habeas corpus, referencia 126-2005, dictada en san salvador a las doce horas y trece minutos del día veinte de marzo de dos mil seis, considerando III.

con ello que quien puede impugnar es la parte que ha sufrido algún agravio con la sentencia dictada en primera instancia. Es una manifestación del derecho de acción. Como consecuencia, queda limitada la facultad re-examinadora del órgano superior -ad quem- a los derechos o agravios invocados por la parte que impugna, a la cual se le exige un interés personal o directo legítimo.

3.5 Principio del efecto extensivo del medio de impugnación

Aparece como un principio excepcional al de personalidad del recurso; este otorga la posibilidad de que la decisión del órgano revisor pueda alcanzar a la parte que no ejercitó el correspondiente accionamiento impugnativo, en apelación, no ofrece duda la legitimación para apelar de quien indebidamente quedó en situación de tercero pero que, en rigor, tenía que haber sido parte en el proceso, por ejemplo, "un litisconsorte no demandado originalmente, admitiéndose que debió ser parte en el proceso, con igual razón habrá que admitirse que puede incorporarse al proceso en fase de apelación²¹, recayendo sobre situaciones jurídicas ajenas a primera instancia la ulterior decisión jurisdiccional en segunda instancia.

3.6 Principio de Recurribilidad.

El propósito del principio de recurribilidad consiste en impedir que existan resoluciones de única instancia, puesto que el fallo, puede adolecer de errores de hecho y de derecho que necesariamente deben ser revisados por el tribunal superior competente.

²¹ PICATOSTE BOBILLO, Julio, y otros, *Los recursos y otros medios de impugnación en la ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 2009, P. 155.

En consecuencia, el pronunciamiento de una resolución judicial lleva implícita la posibilidad de que se cometan errores, dada la condición humana del juzgador, los cuales sólo pueden ser subsanados y corregidos por el mismo juez, a través del recurso de revocatoria de oficio, o por un tribunal superior, mediante los recursos de apelación y casación, dado ello entonces la posibilidad de interponer recursos procesales se encuentra ligada en forma directa con el ejercicio del derecho de defensa en juicio y del debido proceso, teniendo en cuenta la legitimidad de la parte actora y el agravio causado por la resolución que se impugna, puesto que lo contrario impide que una resolución dictada en primera instancia y con errores alcance el estado o autoridad de cosa juzgada material.

3.7 Principio de Limitación a la Recurribilidad

La impugnación no es ejercida de manera irrestricta. No se permite la apelación por la simple apelación, si no ha sido con la debida fundamentación, justificación y argumentación; el apelante debe reunir los requisitos para su ejercicio, de no reunirlos, la impugnación resulta improcedente. Asimismo, no todos los actos son recurribles en apelación por previsión de la propia norma procesal, también la finalidad y fundamento de la impugnación, constituye un principio político que rige el sistema de apelación, donde las finalidades del recurso de apelación reconocidas en el CPCM son manifestación de este principio, de conformidad a los Arts. 510 y 511 de dicho cuerpo legal.

3.8 Principio de Singularidad del Recurso

Este principio hace referencia a que para cada tipo resolución judicial se especifica un recurso determinado -estipulando específicamente por la ley

misma para algunas resoluciones en concreto- y solo será interpuesto uno a la vez, en el sentido de que los medios impugnativos deben estar determinados por la ley de acuerdo al principio de legalidad, como lo establece el Art. 508 CPCM al definir legalmente las resoluciones judiciales recurribles en apelación, y cuando corresponde uno, normalmente no se admite otro, como el caso del Art. 278 CPCM que regula la inadmisibilidad de la demanda, estableciendo que solo admite recurso de revocatoria pese de ser un auto definitivo que normalmente y de acuerdo a la regla general admitiría recurso de apelación se inhibe éste por las razón de no afectación directa sobre el derecho material del demandante al accionar al órgano jurisdiccional. Como excepción se establece la posibilidad de interponer dos recursos a la vez, como lo son el de revocatoria con apelación subsidiaria, en algunas determinadas legislaciones procesales, como la procesal de familia o la procesal penal.

Los recursos solo se pueden utilizar una vez contra una misma resolución judicial. Consiguientemente no se puede intentar revocatoria de la revocatoria ya interpuesta; "no se puede apelar sobre la apelación es decir, no contra la misma resolución, claro está que cabe la posibilidad de varias apelaciones durante todo el proceso civil²².

3.9 Principio de "No Reformatio in peius"

El principio "*no reformatio in peius*²³", además de constituir un elemento importante del proceso en las diversas instancias, contribuye al desarrollo del principio de seguridad jurídica, puesto que al impedir que el Tribunal de

²² PICATOSTE BOBILLO, Juan, *Ibidem* P. 160

²³ La *reformatio in peius*, consiste en la imposibilidad de que la resolución que decida el recurso agrave la situación de la parte recurrente, se prohíbe la "reforma en peor"

alzada modifique, -en perjuicio del recurrente- puntos que no le han sido alegados, se protege al apelante en su situación jurídica adquirida, brindándole seguridad en relación con la esfera de sus derechos y fomentando asimismo el acceso a la segunda instancia ya que se sabe que con ello se puede lograr una modificación de la sentencia de primera instancia favorable a su pretensión pero no una más gravosa²⁴.

Se encuentra directamente relacionado con el principio de congruencia procesal, dado que la congruencia procesal constituye una categoría genérica que encarna el principio de la *no reformatio in peius*, constituyendo además una manifestación directa del proceso jurisdiccional constitucionalmente configurado y de la seguridad jurídica, regulado en la Constitución, impidiendo decidir en virtud de situaciones jurídicas perjudiciales a lo solicitado por el recurrente apelante.

Esta figura llamada también de la reforma peyorativa consiste en suma la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de un recurso, como el de apelación.

Como excepción, la modificación peyorativa en contra del recurrente apelante en la figura de la adhesión al recurso, puesto que el principio de la *no reformatio in peius* significa que la resolución impugnada no puede ser modificada peyorativamente en contra del recurrente, salvo claro está cuando la misma ha sido igualmente recurrida u objeto de adhesión por las otras partes procesales, en cuyo caso su eventual revocación, en perjuicio de aquel, "no provendrá por efecto de su propio recurso, sino como

²⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, referencia 197-98, *Ibidem*, considerando III. 3. (B)

consecuencia de los concretos puntos de impugnación formulados por las otras partes²⁵.

El Art. 502 CPCM reconoce este Principio de manera categórica diciendo:

“Las sentencias que resuelvan el recurso no podrán ser más gravosas que la impugnada, a menos que la parte contraria hubiera a su vez recurrido o se hubiera adherido al recurso.”

Este principio obliga al Tribunal, a que cuando el recurrente hace uso de un recurso este no debe incurrir en una situación más gravosa a la que tenía antes de recurrir, ya que la parte afectada al hacer uso del mecanismo de impugnación busca mejorar su situación jurídica y no agravarla o empeorarla. De agravarse dicha situación como regla general esta sería inconstitucional violentaría derechos fundamentales importantes del proceso, por tanto puede tutelarse por medio del proceso de amparo pero en causando la pretensión desde la óptica constitucional.

4. DEFINICIONES DE RECURSO

El Diccionario de Real Academia Española, define como Recurso: “Acción y efecto de recurrir. Medio a que se recurre para algo. Vuelta o retorno de una cosa al lugar de donde salió”.

El Diccionario Jurídico de Manuel Osorio establece que los Recursos son todos aquellos medios que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a efectos de subsanar los errores de fondo o

²⁵ ARRIETA GALLEGOS, F., *Impugnación de las resoluciones judiciales*, 1ª ed., Ed., La idea, San Salvador, 2001, p. 27. Al establecer que los recursos son las armas de las que dispone el sujeto agraviado por una resolución injusta, que le habilita la revisión de esta.

los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial²⁶.

Conjunto de actos de postulaciones a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial²⁷, impugnada y que no haya adquirido firmeza, puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior con la finalidad de garantizar, en general, que todas las resoluciones judiciales²⁸.

El tratadista Eduardo Couture define la palabra Recurso, como: “regreso al punto de partida. Es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso²⁹”.

Para Hernando Devis Echandia³⁰, el Recurso es una petición formulada por una de las partes, ya sean estas principales o secundarias,

²⁶ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1º Edición Electrónica, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales->, p. 355

²⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo. *Los Recursos Procesales*. Ed. Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2004. P. 134. En general en la doctrina procesal encontramos que los recursos procesales son los medios de impugnación que establece la ley para obtener la modificación, enmienda o invalidación de una resolución judicial o “Es un mecanismo que se le concede a las partes para que una resolución judicial sea modificada o dejada sin efecto”, esta definición solo se limita a señalar la consecuencia o finalidad de este medio de impugnación y deja de lado la sustancia o contenido del “porque de los recursos”.

²⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil: I. El proceso de Declaración, parte General*, 3ª ed., Madrid, Ed. Colex, 2010, p. 555. Son los medios de impugnación que establece la ley para obtener la modificación, enmienda o invalidación de una resolución judicial.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma. Buenos Aires, 1997, p. 421

³⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, 1981, p. 532

para que el mismo Juez que emitió dicha resolución, o un Tribunal Superior la revise, con el objeto de que sean corregidos errores de un juicio o de un determinado procedimiento³¹.

En conclusión se puede decir que recurso es el medio o vía establecido taxativamente por la ley, de que pueden hacer uso las partes y los terceros legitimados en un proceso para atacar las resoluciones del juez, cuando las mismas sean oscuras, ambiguas, contradictorias, injustas, gravosas, viciadas e ilegales, o simplemente insuficientes para que el mismo juez u otro superior, las reformen en sentido favorable al agraviado.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS

Al hablar de la definición de los recursos, se concluyó que constituían pretensiones, actos de iniciativa tendientes a reformar una resolución judicial, dictada en un proceso, con un procedimiento especial, pero siempre dentro de la esfera del proceso en que la resolución se produjo. Se indicó también que la esencia del concepto de pretensión lo constituía, precisamente, la solicitud o petición dirigida al órgano jurisdiccional para obtener un acto de éste³².

La naturaleza de los recursos es, pues, estrictamente procesal. Es un derecho subjetivo del litigante, cuya finalidad es obtener la revisión,

³¹ El fundamento de la existencia de estos recursos se encuentra en una aspiración de justicia, porque tal como lo menciona Carnelutti, en último término los recursos no son otra cosa que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto.

³² La tendencia doctrinaria considera a los recursos como actos procesales, no obstante esta clase de actos procesales, los constituyen una especialidad de ellos, pues, son del dominio exclusivo de los litigantes. Los recursos son actos procesales exclusivamente del dominio y ejercicio del actor y del demandado, pues se concibe a las partes proveyendo y a los jueces interponiendo recursos.

anulación, o modificación de las resoluciones judiciales y, además, es un derecho abstracto, similar al de acción, porque no garantiza el pronunciamiento de una sentencia o auto favorable por el simple hecho de su interposición, sino simplemente la revisión de la resolución impugnada. Otra característica es que estos son facultativos o potestativos, pues no puede hablarse de una obligación o de un deber de recurrir. Se deriva de lo anterior la esencia misma del acto jurídico procesal, o sea de aquellos que tienen por consecuencia inmediata “la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación o la definición de una relación procesal³³”.

Según Devis Echandia, el recurso es un acto del proceso. Consecuentemente, se descarta la pertinencia en el caso de que haya necesidad de iniciar un nuevo proceso para conseguir la nulidad, anulabilidad o revisión de una sentencia, la esencia del recurso está en el hecho de que constituye un acto procesal de iniciativa, una pretensión de reforma, que debe realizarse dentro del mismo proceso o procedimiento.

6. CLASIFICACION TRADICIONAL DE LOS RECURSOS

Según Guasp para llegar a conocer la clase de recursos que existen debe precisarse previamente los puntos de vista o criterios de clasificación³⁴.

En la doctrina se dan diferentes sistemas de clasificación de los recursos³⁵. Así, el tratadista Podetti los clasifica atendiendo a las normas

³³ MORENO CATANA, Víctor, Y CORTEZ DOMÍNGUEZ Valentín, "*Derechos Procesal Civil, Parte General*", 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2008, p. 312. Son actos que pueden ser meras manifestaciones de voluntad y que importan el ejercicio de un derecho preexistente que se encuentra, normalmente, como un hecho, es decir, en forma objetiva; pero también puede constituirse en una omisión y, en definitiva, vienen a constituir acontecimientos que de cualquier manera influyen en la relación procesal.

³⁴ GUASP Delgado, Jaime. *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 321

procesales, indicando, en primer lugar, que existen dos clases de recursos: los ordinarios y los extraordinarios, y que dentro de ellos se reglamentan especies y sub-especies. Agrega que una base para clasificar los recursos la constituye el tribunal que deba conocer de los mismos: el mismo que dictó la resolución u otro de grado o jerarquía superior y, en este último caso, cabe distinguir si es el tribunal inmediato superior u otro tribunal de más alta jerarquía dentro del orden establecido por las leyes³⁶. Tomando en cuenta lo anteriormente citado, la clasificación en la que coinciden diversos tratadistas de los recursos es la siguiente:

6.1 Por el ámbito del recurso

Esto es atendiendo a la generalidad de su procedencia, los recursos se subdividen en:

6.1.1 Recursos Ordinarios

Son aquellos que pueden proponerse en el curso de la primera e, inclusive, durante la segunda instancia, contra cualquier tipo de decisión y a fin de subsanar errores *in iudicando in procedendo*, cualquiera que sea la causa que los determine³⁷.

Se les denomina de “derecho común”, y son los que se admiten respecto a la generalidad de las resoluciones judiciales, es decir que la procedencia constituye la regla general. La admisión del recurso no está

³⁵ ESCRIBANO MORA, F., y otros, *El Proceso Civil: Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Vol. V, Libro II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 3587, 3589.

³⁶ RIVES SEVA, J., *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 18

³⁷ Son aquellos que la ley concede comúnmente en contra de la generalidad de las resoluciones judiciales.

subordinada a la invocación de alguno de los motivos previamente determinados por la ley; a la parte recurrente le basta con la alegación del perjuicio (gravamen) que la resolución le causa. Son recursos ordinarios el de reposición, apelación y queja³⁸.

6.1.2 Recursos Extraordinarios

Solo proceden contra determinadas sentencias y con base en las cuales que taxativamente indica la ley³⁹.

De lo anterior se desprenden las diferencias esenciales que existen entre estas los recursos ordinarios y extraordinarios:

- a) El recurso ordinario procede contra autos y sentencias, mientras que el extraordinario solo es viable contra éstas últimas.
- b) El recurso ordinario puede interponerse en el curso del proceso, esto es, la primera y segunda instancia, y el extraordinario solo procede contra la sentencia que lo finaliza.
- c) Los recursos ordinarios tienden a subsanar cualquier tipo de error *in iudicando* o *in procedendo*, mientras que el extraordinario solo puede fundarse en los que consagran las causales que taxativamente enuncia la ley⁴⁰.

³⁸ MONTERO AROCA, J., *El nuevo Proceso Civil*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p. 535

³⁹ AZULA CAMACHO, J., *Manual de Derecho Procesal*, T.I, 2ª ed., Bogotá, Ed. Wilches, 1982, pp. 411-412. El objeto de este recurso no es el conflicto jurídico material suscitado ante el tribunal de la primera instancia, sino la resolución impugnada de la que el superior comprobaba si adolece del vicio o vicios que motivan el recurso. Ello significa que la labor jurisdiccional del tribunal ad quem no va a suponer una nueva cognición de lo que fue objeto de la pretensión deducida en el proceso; de ahí que sus facultades resulten en este tipo de recursos limitadas, sin paridad con las del tribunal a quo, a diferencia de lo que ocurre en los recursos ordinarios.

⁴⁰ MONTERO AROCA, J., y otros, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 14ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 406-407. Esta es una diferencia sustancial entre el recurso ordinario y el recurso extraordinario.

Proceden únicamente contra determinadas resoluciones, y en los casos y condiciones expresamente señalados por la ley, es decir que su procedencia es excepcional. Su admisión está condicionada a que el recurrente base su impugnación en alguno de los motivos legalmente tasados, son recursos de este tipo el de casación o el extraordinario por infracción procesal⁴¹.

7. DERECHO AL ACCESO EFECTIVO A LOS RECURSOS

Puede hablarse de un derecho de recurrir o de un derecho al recurso, que es uno de los varios que surgen de la relación jurídica procesal, cuya naturaleza es estrictamente procesal. Se trata de un derecho subjetivo fundamental del ciudadano de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición⁴².

Tal derecho independientemente cual sea su denominación⁴³ hace referencia a la posibilidad de que la persona que se vea perjudicada por una resolución judicial, exprese los motivos de la disconformidad para con dicha resolución ante un tribunal superior de grado dentro de la estructura jerárquica del órgano jurisdiccional.

⁴¹ PICATOSTE BOBILLO, Julio, y otros, *Los recursos y otros medios de impugnación en la ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 2009, p. 29.

⁴² DEVIS ECHANDIA, F. *Compendio de Derecho Procesal Civil*, s/ed., Ed. Temis, 1963, Bogotá Colombia, P.395. la impugnación se sustenta en la necesidad de disminuir la posibilidad de injusticia basada, principalmente, en el error judicial, el mismo que si no es denunciado, origina una situación irregular e ilegal, que causa agravio al interesado. Precisa que, la revisión de los actos que se encuentran afectados de vicio o error aparece a consecuencia de un perjuicio inferido al impugnante surgido como consecuencia de la inobservancia de las reglas procesales o de una errónea apreciación al resolver así como en el caso que exista una decisión arbitraria o una conducta dolosa. En tal sentido y con la finalidad de garantizar una resolución justa y la estricta aplicación de la ley resulta indiscutiblemente necesaria la impugnación de los actos procesales

⁴³ El acceso a los medios impugnativos legalmente establecidos, es una garantía que suele denominarse legal y ordinariamente como "derecho a recurrir".

7.1 En el derecho nacional

En cuanto al Derecho al acceso efectivo de los medios de impugnación aplicado al ámbito nacional, se considera necesario hacer un análisis acerca de éste tema con respecto a su regulación en la Constitución de la República y en el Código Procesal Civil y Mercantil, por constituir éste el objeto de análisis de nuestra investigación.

7.1.1 En la Constitución de la República

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, una de las formas de garantizar la efectividad de la defensa de los derechos de los gobernados se ve materializado en la garantía de acceso a los medios impugnativos o "derecho a recurrir".

El derecho a recurrir es una garantía de naturaleza constitucional procesal, que si bien esencialmente se origina de la ley, también se ve constitucionalmente protegida en cuanto constituye una facultad de los gobernados que ofrece la posibilidad de que efectivamente se alcance una real protección jurisdiccional (Art. 2 Cn.)⁴⁴. Dicha garantía se enlaza con el derecho a la protección jurisdiccional y con el debido proceso (Arts. 2 y 14 Cn.) y, dentro de este, con el derecho de defensa, audiencia y a la igualdad procesal (Arts. 11 y 3 Cn.), e implica que, al consagrarse en la ley un

⁴⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, bajo la referencia 362-2007, San Salvador, a las once horas con tres minutos del día diez de marzo de dos mil diez. El derecho de recurrir es una facultad cuyo ejercicio requiere de la concurrencia de ciertos requisitos, donde se exige además del tiempo, lugar y forma, que en el plano subjetivo se posea legitimación procesal para hacerlo y que la resolución impugnada le cause un agravio real y actual al recurrente; que en el plano objetivo se exige que la ley declare expresamente recurrible la resolución impugnada.

determinado medio impugnativo, debe permitirse a cualquiera de las partes que resultare agraviada el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión otro grado de conocimiento, para poder manifestarse y defenderse⁴⁵.

En relación con lo que implica su consideración como derecho de configuración legal, se ha expresado que al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo para el cuestionamiento de una resolución de trámite o definitiva, debe permitirse a la parte agraviada el acceso efectivo al mismo⁴⁶.

Por el contrario para el Procurador para la defensa de los Derechos Humanos, Oscar Luna⁴⁷, el Derecho a recurrir o de Protección Judicial, no se encuentra comprendido en la actual Constitución de 1983, calificándolo como un derecho no constitucionalizado, es decir que no se encuentra ni de manera implícita, ni explícitamente en ella, esto debido a criterios jurídicos o políticos; debido en algunos casos por que los Tratados internacionales sobre derechos humanos van reconociendo nuevos derechos que por ser posteriores a la Constitución no quedan comprendidos en ésta.

⁴⁵ El "derecho a recurrir" es una categoría integrante del derecho a la protección jurisdiccional, pues forma parte del contenido material del debido proceso –en íntima relación con otras categorías también integrantes como lo son el derecho de defensa, audiencia e igualdad.

⁴⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, bajo la referencia 296-2007, San Salvador, a las nueve horas con veintinueve minutos del día veintiséis de enero de dos mil nueve.

⁴⁷ LUNA, OSCAR HUMBERTO, *Curso de Derechos Humanos "Doctrina y Reflexiones"*, s/ed., Ed. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), 2009, San Salvador, El Salvador, p.42. Aunque dentro de la categoría de los derechos civiles, están comprendidas las Garantías Judiciales, Debidas Garantías o Reglas del Debido Proceso, que constituyen las siguientes: ser oído y vencido en juicio, a no ser juzgado dos veces por la misma causa, ser juzgado por un tribunal Competente, Independiente e Imparcial, presunción de inocencia, juicio público, ser informado de sus derechos, no ser obligado a declarar, asistencia de defensor, y dentro de las cuales se encuentra el derecho a recurrir, entre otros. Regulados en diferentes cuerpos normativos, principalmente en los Arts. 11 Inc.1º. 12, 15 y 172 Inc. 3º de la Constitución.

Lo cual está totalmente errado debido a que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya ha establecido criterios con respecto a ésta temática, específicamente en la resolución de referencia 9-97, dictada en proceso de inconstitucionalidad, a las doce horas con cinco minutos del día quince de febrero de dos mil dos, la cual literalmente señala:

“Para establecer si el proceso constitucionalmente configurado incorpora o no un "derecho a recurrir", es imprescindible partir del análisis de otras categorías ya reconocidas expresamente en la Constitución y concretadas en la jurisprudencia de ésta Sala:

a) Una de estas últimas categorías es el denominado derecho de defensa, en virtud del cual cada una de las partes puede refutar vía oral o escrita las argumentaciones de su contraparte que constituyen la base de su pretensión o resistencia, es decir que les permite la posibilidad de una expresión formal de su subjetivo punto de vista, que coadyuve a defender su respectiva posición procesal. La defensa comprende, entonces, todo medio de oposición a los argumentos fácticos y jurídicos de la respectiva contraparte.

b) De ello se deriva que el derecho de defensa está íntimamente vinculado al conocido como derecho de audiencia consagrado en el artículo 11 Constitución, pues cuando éste establece que toda autoridad, antes de solucionar la controversia, tiene que haber posibilitado, de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la Constitución (al menos una oportunidad procedimental para oír la posición del demandado, principio del contradictorio), y sólo puede privarlo de algún derecho después de haberle dado dicha oportunidad formal, no cabe duda que todas las posibilidades de defensa a lo largo del proceso también son manifestaciones o aplicaciones in

extremis de este último derecho, convirtiéndose el derecho de audiencia en un derecho de contenido procesal que no puede disponerse a voluntad de los sujetos procesales, pues sus elementos y manifestaciones deben respetarse forzosamente por su naturaleza constitucional; es decir que este derecho se encuentra indiscutiblemente vinculado con las restantes categorías jurídicas subjetivas integrantes del debido proceso, o proceso constitucionalmente configurado, el cual está comprendido o complementado por diferentes principios.

c) Lo esbozado anteriormente el marco de referencia mínimo del derecho a la defensa procesal y el derecho de audiencia, es preciso acotar que ambos están ligados al derecho de igualdad, consagrado en el artículo 3 Constitución, el cual es de aplicación en múltiples ámbitos. En el caso de los procesos jurisdiccionales, siendo que todo pretensor y todo resistente tienen el derecho a defenderse de los postulados vertidos en su contra en igualdad de condiciones, el Estado, en el proceso, está en la obligación de dotar a aquellos de iguales armas procedimentales para poder concretar su defensa y resistencia o, al menos, de equivalentes armas procesales, pues es indudable que la posición de uno frente a otro, aunque de un mismo nivel, es distinta –ya que, en efecto, el demandante de un proceso es el que impulsa la satisfacción de la pretensión y conoce de antemano el objeto del futuro proceso; en cambio, el sujeto pasivo es vinculado al juicio *in persecuendi litis*, lo que hace que sus posibilidades de intervención sean equivalentes a las del actor, no iguales.

d) Las anteriores categorías de naturaleza constitucional y/o jurisdiccional habilitan y viabilizan también el acceso a los medios impugnativos legalmente establecidos, garantía que suele denominarse legal y ordinariamente como "derecho a recurrir". Ahora bien, habrá que señalar si

este "derecho" tiene base constitucional o no, pues sólo así podría considerarse como parámetro específico de control de constitucionalidad⁴⁸.

El derecho a recurrir no puede analizarse de forma aislada, porque a su alrededor existe una serie de derechos que no sólo lo complementan, sino que lo potencializan⁴⁹. El principal es el derecho a la protección jurisdiccional. La jurisprudencia constitucional dispuso que este derecho se instaurara con la esencial finalidad de darles efectividad a todas las categorías jurídicas subjetivas o derechos fundamentales integrantes de la esfera jurídica del individuo. Mediante él se abre la posibilidad de reclamar válidamente frente a actos particulares y estatales que atenten contra tales derechos, a través del instrumento heterocompositivo diseñado con tal finalidad, el proceso jurisdiccional, en todas sus instancias y en todas sus grados de conocimiento⁵⁰.

7.1.2 En el Código Procesal Civil y Mercantil

Sobre el Derecho al acceso afectivo de los Medios de Impugnación o Derecho a recurrir en Código Procesal Civil y Mercantil, es necesario mencionar que tal ley secundaria es la que determina los alcances y limitantes del derecho a recurrir en concreto, es por ello que en su Libro

⁴⁸ El *derecho a la tutela judicial efectiva* comprende la facultad de invocar los medios de impugnación previstos por la ley; esto quiere decir que el legislador no está obligado a establecer *medios de impugnación* pero que, una vez establecidos, la denegación injustificada del acceso a estos instrumentos de tutela vulnera el derecho constitucional.

⁴⁹ MONTERO AROCA, Juan, y otros, *Derecho Jurisdiccional II proceso civil*, op. Cit. p. 415.

⁵⁰ AREVALO GAMEZ, C., *La Revisión de la sentencia firme, algunos vacíos legales en su aplicación práctica*, tesina para obtener el título de maestro de empresa, Facultad de postgrado de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", 2012. El derecho a la protección jurisdiccional representa la posibilidad real de acceder a la justicia, lo cual no garantiza al solicitante un resultado favorable a sus pretensiones, pero sí un resultado jurídicamente fundamentado, en cualquiera de sus vertientes, ya sea estimatorio o desestimatorio⁵⁰. Asimismo, este derecho representa de manera concreta en el ámbito procesal civil, el derecho reconocido en el Art. 11 Cn., que es el debido proceso.

cuarto se regula de manera expresa “Los Medios de Impugnación” estableciendo en dichos artículos los alcances y limitantes del derecho al acceso afectivo de los medios de impugnación o derecho a recurrir, delimitando y determinando de tal manera su forma de operacionalizar los medios de impugnación ante el agravio ocasionado por alguna resolución judicial.

El Código Procesal Civil y Mercantil con la influencia de las tendencias modernas de Derecho Procesal ha optado por regular el sistema de los medios de impugnación de forma clara, sistemática, precisa y constante. El Código Procesal Civil y Mercantil, en forma sistemática desarrolla de una manera clara y precisa los diferentes medios de impugnación, enunciando en primer lugar en su Título Primero el cual consta de dos artículos 501 y 502 las disposiciones Generales de los medios de impugnación, continua con la enumeración de los diferentes medios de impugnación que prevé la legislación procesal civil es así que en el Título Segundo regulan el Recurso de Revocatoria en los Artículos 503 al 507, el Recurso de Apelación se encuentra consignado en el Título Tercero y consta de 10 artículos, el Título Cuarto refiere sobre el Recurso de Casación que abarca desde el Artículo 519 hasta el artículo 539, finalmente se consignó en el Título Quinto la Revisión de la Sentencia Firme que está comprendida entre los artículos 540 y 550 del cuerpo normativo en referencia.

7.2 En el derecho internacional

Al hablar del Derecho internacional, se hace referencia específicamente de aquellos Tratados, Pactos y Convenciones internacionales, que han sido suscritos por diversos países, especialmente por El Salvador, es necesario hacer notar que estos instrumentos son los

primeros en demarcar con claridad el Derecho al acceso efectivo de los medios de impugnación o Derecho a recurrir, desde un enfoque global y con especial énfasis en la materia penal, lo cual no hace imposible su efectiva aplicación en el derecho procesal civil y mercantil⁵¹.

7.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, la cual constituye el principal instrumento internacional relativo al reconocimiento sobre el derecho a la utilización de los recursos frente a un agravio, específicamente en su Art. 8, el cual expresa: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Sin embargo una de las carencias que presenta tal instrumento es su carácter meramente declarativo y no coercitivo⁵².

Este derecho fundamental establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se puede considerar como un derecho que tiene toda persona a que sus derechos fundamentales sean amparados judicialmente mediante un recurso efectivo, lo que en el mundo contemporáneo ha dado lugar al desarrollo de la acción o recurso de amparo, muy extendido en América Latina y consagrado después de la segunda post guerra en Alemania, en España y en otros países europeos y Latinoamérica.

⁵¹ Las normas Internacionales, conformando la normativa nacional plasman la importancia de asegurar a las personas, al ventilar judicialmente sus conflictos, un juicio justo en que se observen plenamente las garantías procesales y una eficaz justicia.

⁵² CANALES CISCO, O., *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, Comentarios al Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, 1º ed., Ed. talleres gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2005, p. 14. El derecho a recurrir es de estricto orden procesal, su existencia y viabilidad está condicionado a que haya un proceso con asidero legal que lo fundamente.

Ese derecho de amparo es distinto al derecho fundamental que tiene toda persona en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a que se le asegure el acceso a la justicia y a obtener una tutela judicial efectiva por parte de los jueces, con garantía del debido proceso y del derecho a la defensa.

Entre uno y otro derecho podría establecerse una relación de género a especie: el derecho a la tutela judicial efectiva general sería el género, vinculado al derecho al debido proceso y a la defensa en relación con todos los derechos (y no sólo los fundamentales) e intereses legítimos de las personas; y el derecho de amparo o a la tutela judicial efectiva individual, se refiere en concreto al derecho de las personas a disponer específicamente de “un recurso efectivo” ante los tribunales, que las amparen contra actos que particularmente violen sus derechos fundamentales reconocidos no sólo en la Constitución sino en las leyes⁵³. Se trata, sin duda, del derecho de amparo que se traduce en el derecho a un recurso efectivo para la específica protección de los derechos fundamentales.

7.2.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

Suscrita el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo en San José, Costa Rica, ésta convención se configura como un instrumento internacional de ámbito regional, la cual se encuentra vigente en El Salvador a partir del 18 de julio de 1978.

⁵³ BREWER CARIAS, Allan R., “La Constitución europea, el derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación del derecho de amparo (Una aproximación desde el punto de vista del derecho constitucional iberoamericano)”, ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en Sevilla del 3 al 5 de diciembre de 2003 y publicada en Internet en la dirección <http://www.us.es/cidc/Ponencias/europea/Brewer%20Carrias>.

De tal instrumento se extrae lo referente al Derecho a Recurrir, el cual literalmente establece:

- a) Garantía de Protección Judicial: De acuerdo al Art. 25 de la CADH, se reconoce y se garantiza a la persona humana el derecho al recurso efectivo, mediante la existencia, desarrollo del mismo, así como del conocimiento de la autoridad competente.
- b) Creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Como institución protectora de los derechos humanos, entre estos el derecho al recurso efectivo (Arts. 33, 34 y 41 literal f).
- c) Legitimación Procesal: De conformidad al Art. 44 de la CADH, toda persona o grupo de personas, entre otras pueden acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de los derechos contenidos en la convención, entre ellos el Derecho al recurso efectivo⁵⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció también el derecho de amparo, delineándolo con mayor precisión, incluso como institución latinoamericana, establecida como la garantía judicial por excelencia de los derechos humanos.

Por otra parte, se configura como una obligación internacional impuesta a los Estados de asegurar a las personas ese recurso efectivo de protección de sus derechos.

⁵⁴ BREWER CARIAS, Allan R., *Ibidem*, pp. 15-16. Ésta convención fue considerada un icono de la evolución en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Conforme a la Declaración Universal y al Pacto Internacional este derecho a un recurso efectivo de protección ante los tribunales, se establece para la protección de todos los derechos y libertades fundamentales que estén en la Constitución, en la ley o en los propios instrumentos internacionales, los cuales se denominan derechos fundamentales o constitucionales; y no sólo de ciertos derechos constitucionales, como los específicamente denominados “derechos fundamentales” o libertades individuales .

7.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Es adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Adquiere vigencia nacional el 23 de marzo de 1976, que en su contenido reglamenta el tema de los medios de impugnación entre los siguientes subtemas:

a) “Garantía del recurso efectivo: De acuerdo al Art. 3 del PIDCP, es un compromiso adquirido por el Estado suscriptor para desarrollar leyes que contengan el recurso judicial, el Tribunal competente y el respectivo trámite.

b) Comité de Derechos Humanos: el Art. 28 del PIDCP regula la conformación de un Comité de Derechos Humanos que es el que decidirá sobre el irrespeto a los derechos civiles y políticos, entre ellos el Derecho a un recurso efectivo para el agraviado.

c) Competencia del Comité de Derechos Humanos: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 41 literal c) le proporciona competencia al Comité de Derechos Humanos para recibir quejas después de haberse cerciorado del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna a disposición del afectado⁵⁵

En esta norma del Pacto, en la misma línea de la Declaración Universal⁵⁶, de nuevo se garantizó internacionalmente el derecho de amparo

⁵⁵ BREWER CARIAS, Allan R., *Ibidem*, pp. 14-15. Ésta declaración constituye el fundamento de lo que actualmente conocemos como tratados internacionales de los derechos humanos, ya que aborda la temática de los recurso de una forma generalizada, convirtiéndose en un mecanismo de protección de los derechos humanos.

⁵⁶ La protección que regula el Pacto Internacional es contra cualquier violación a los derechos fundamentales, la cual puede provenir de cualquier acto, omisión, hecho o actuación que viole los derechos y libertades y, por supuesto, también que amenace violarlos, porque no tendría sentido esperar que la violación se produzca para poder acudir a interponer el recurso efectivo de protección. Es decir, este recuro de amparo o de protección

de los derechos fundamentales y no sólo el derecho al debido proceso o a la tutela judicial en general, perfeccionándose incluso su consagración, al otorgarse a toda persona el derecho de interponer un recurso efectivo fuera cual fuera la causa de la violación a los derechos y libertades reconocidos en el Pacto, y no sólo ante las violaciones provenientes de “actos”, como señalaba la Declaración Universal. Además, se precisó que dicho recurso procede contra cualquiera que sea el agraviante o sujeto activo de la violación, incluso si se tratase de funcionarios públicos o, en general, de personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales⁵⁷.

tiene que poder interponerse antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación o amenaza de violación provenga de quien sea.

⁵⁷ El derecho de amparo que consagra el Pacto Internacional, sin embargo, sólo se refiere a la protección de los derechos y libertades reconocidos en el propio Pacto, sin hacer alusión a los que se establecen en las Constituciones y leyes de los Estados.

CAPITULO III

EL RECURSO DE APELACIÓN

SUMARIO: CAPITULO III; EL RECURSO DE APELACION; 1. GENERALIDADES; 1.1 Evolución Histórica del Recurso de Apelación; 1.2 Evolución de Apelación en El Salvador; 1.3 Definición de apelación; 1.4 Naturaleza del recurso de apelación; 1.5 Características del recurso de apelación; 1.5.1.Recurso Ordinario; 1.5.2 Recurso Devolutivo; 1.5.3 Generador de segunda instancia; 1.6 Objeto del recurso de apelación; 1.7 Elementos objetivos de la apelación; 1.7.1 El Tribunal competente; 1.7.2 Legitimación; 1.8 Elementos Subjetivos; 1.8.1 El Agravio; 1.8.1.1 Personal; 1.8.1.2 Objetivo; 1.8.1.3 Legimitación; 1.8.1.4 Actual; 1.8.1.5 Determina el objeto del recurso de apelación; 1.8.1.6 Determina la legitimación del apelante al recurrir 1.9 Principios del recurso de apelación; 1.9.1 Principio dispositivo o de justicia rogada; 1.9.2 Principio de oficiosidad; 1.9.3 Principio de Preclusión; 1.9.4 Principio de "Tantum devolutum quantum appellatum".

1. GENERALIDADES

El recurso apelación constituye el más utilizado de los recursos ordinarios que comparten un doble grado de conocimiento judicial. Supone un remedio procesal tendiente a obtener que un tribunal jerárquicamente superior y colegiado revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea para el impugnante⁵⁸.

Ese error pudo haber recaído en la apreciación de los hechos, de la prueba o en la interpretación o aplicación del derecho al caso resuelto. La actividad recursoria concedida a la parte tiene sustento en la falibilidad del juzgador, connatural con a la condición humana. Se trata de una herramienta procesal que busca el "reacertamiento" (en la terminología de Briseño Serra) de una decisión judicial que se reputa equivocada por el impugnante. Por eso, se pide la Alzada "reacierta" en lo fallado⁵⁹.

⁵⁸ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, T. II, Barcelona, 1992, p. 706.

⁵⁹ BENABENTOS, Omar, *Recursos de Apelación y Nulidad: Doctrina y Jurisprudencia* temática 11, Ed. Juris, Argentina, 1998, p. 33. Dicho error está íntimamente relacionado con la falibilidad del juez que dictó la resolución recurrida por el agraviado en el proceso.

El recurso de apelación es la institución contemplada por el legislador para los efectos de materializar en el ordenamiento jurídico la doble instancia⁶⁰.

1.1 Evolución Histórica del Recurso de Apelación

La historia es el parámetro inicial de estudio de toda institución jurídica, que permite comprender sus elementos de desarrollo a través de los tiempos y de acuerdo a los acontecimientos que la rodearon, el recurso de apelación no escapa de ello, a continuación se presenta los parámetros centrales de su desarrollo histórico⁶¹.

El Recurso de Apelación nace, más que una garantía de los ciudadanos, como un medio necesario de organización del sistema de administración de justicia que reafirmara el poder del soberano, dado esto por la organización judicial en grados que implicaba una institución política, en algunos casos de represión, mas no en sus orígenes como un instrumento de libertad del ajusticiado ante el poder institucionalizado⁶².

Durante la civilización Egipcia, de acuerdo a la estructura de administración de justicia, en un rango inferior al de visir -encargado de la administración central designado por el faraón- estaba el canciller del rey del Bajo Egipto⁶³, y el canciller del dios, encargado de las expediciones militares

⁶⁰ CUENCA, Humberto, *Proceso Civil Romano*, Ed. Ejea, 1ra. ed., Buenos Aires, 1957, P. 105.

⁶¹ MORENO AMAYA, Verónica y Otros, *La interpretación y aplicación del recurso de apelación adhesiva en la Ley Procesal de Familia*, Tesis de Grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2000, P. 14. "Se destaca la organización judicial de la época en Egipto cuya importancia en la impugnación era trascendental."

⁶² DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, v. II, 2ª ed., Ed. La ley, Madrid, España, 1983, p. 201.

⁶³ El canciller del Rey fue un título que acabó siendo meramente honorífico.

y comerciales. La justicia, prerrogativa real, disponía de un conjunto de leyes escritas (conocidas parcialmente por referencias), sin pena de muerte ni castigos crueles, "donde la apelación era un derecho egipcio contra la última instancia el cual era el rey⁶⁴.

En las primeras etapas del derecho romano se respetaba en suma los fallos de los funcionarios⁶⁵, dada la investidura de los magistrados y de la simpleza de los casos sometidos a su conocimiento, que no se admitía la idea de cuestionarles sus resoluciones⁶⁶, puesto que durante la etapa de la república la apelación no existía propiamente, por no haber tribunales organizados jerárquicamente. Durante la etapa de la Monarquía Romana, se indica como precedente del recurso de apelación, la *Provocatio ad populum* admitida en ciertas causas criminales.

Para el inicio de la segunda época de Roma, denominada la República, con la llegada de Servio Tulio en el año 166 de Roma, dio origen a una serie de reformas, así la asamblea del pueblo se convocaba constituyéndola de tres formas diferentes: "los Comicios Curiales", integrados por patricios, de muy escasa competencia; los "Comicios Centuriales", "integrados por patricios y plebeyos; y los "Comicios por Tribus", en los que los ciudadanos de más baja condición económica eran

⁶⁴ MORENO AMAYA, Verónica y Otros, *Ibidem.*, P. 15. "En el Antiguo Egipto la máxima autoridad era el rey, pues la parte que se consideraba perjudicada por la resolución emitida invocaba su inconformidad hacia él y era quien tenía que dar la resolución final"

⁶⁵ VESCOVI Enrique, *Óp. Cit.*, p. 17. Un ejemplo manifiesto de esta etapa histórico-procesal evidentemente existió en el Derecho Germano más primitivo, en donde la sentencia consistía en un juicio final divino y sagrado por lo que la decisión no podía ser injusta, el juicio se desarrollaba en la asamblea del pueblo y el presidente de ella era quien proclamaba la decisión la cual era inmutable.

⁶⁶ GÓMEZ HERNÁNDEZ, Enrique, y otros, *Medios de Impugnación en el Proceso de Familia*, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1996. P. 72. "De la concepción casi perfecta acerca de las decisiones de los gobernantes por inspiración de la voluntad divina era inconcebible que dichas decisiones estuvieran erradas o contuvieran algún error material o del procedimiento",

admitidos en un plano de igualdad, que atendían siempre asuntos políticos⁶⁷". Al final de la República los recursos de que disponían las partes lo eran: a) la *in integrum restitutio*; b) la *revocatio in duplum* y, c) la *appellatio*.

El Recurso de Apelación, designada con el latín *appellatio*, cuyo significado es "llamamiento o Reclamación", surge en los tiempos de Augusto desde el principio del Imperio Romano, con la ley Julia *Judicataria* o Ley Julia *Judiciorria* originando del derecho de veto que tenía todo magistrado sobre las decisiones de un magistrado igual o inferior, a través de la *intercessio*⁶⁸ opuesta a gestión de parte⁶⁹.

Este veto podía no sólo revocar la sentencia impugnada, sino incluso de oficio, permitía al superior anularla y dictarla de nuevo. Esta nueva resolución tenía también apelación hasta agotar los grados de jerarquía al llegar a conocimiento del Emperador, esto en vista que en el régimen del Estado Romano Autocrático⁷⁰ éste tenía la última palabra, quien podía delegar su resolución a los prefectos, es entonces que la apelación surge en principio al organizar los tribunales de instancias interpuesto contra las injusticias cometidas por la sentencia, éstas validas en sentido procesal de la

Por lo que no existían los medios de impugnación y mucho menos se encontraban regulados.

⁶⁸El recurso o *intercessio* era una orden emitida por el magistrado para impedir que una ordenanza del iudice fuese ejecutada si atentara contra las libertades públicas. "Se presentaba ante el superior (*ad quem*) sin necesidad de fundamentar el recurso, bastando solo denunciar el vicio atacado y se admitía en efecto suspensivo." Más que un derecho de las partes, la *appellatio* se concebía como un poder de imperio de los órganos superiores para controlar a los inferiores (*ad quo*), percepción de subordinación. Es decir que La *Intercessio* consistía en una orden emitida por un magistrado para impedir que una ley o una orden judicial que fuera contra las libertades públicas, pudiera ser ejecutada.

⁶⁹ CEDILLOS MEMBREÑO, Luis, *Consideraciones sobre el recurso de apelación en el nuevo código procesal penal*, Tesis de Grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad Multidisciplinaria de Oriente, San Miguel, 2000, P. 53. "Constituyen antecedentes importantes del derecho romano referidos a la Apelación."

⁷⁰ RIVAS, Adolfo, *Tratado de los Recursos Ordinarios*, Tomo I, Ed. Ábaco, 1^{ra} ed., Buenos Aires, 1991, P. 69.

palabra, puesto que contra las sentencias nulas era improcedente porque para los romanos era imposible apelar de algo inexistente⁷¹ .

La verdadera y propia apelación nació entonces en la época imperial, como una consecuencia de los ordenamientos públicos y especialmente en el ordenamiento judicial. "A las antiguas magistraturas republicanas sustituyó poco a poco una compleja jerarquía de funcionarios imperiales, subordinados entre sí en una escala de grados cada vez más restringidos, para culminar en el emperador, que reunía en sí la suma de todos los poderes⁷²".

La decisión normal de la controversia dejó de ser una atribución de clase de pueblo soberano personificado en el *unus iudex*, para convertirse en un oficio de todos los funcionarios dependientes del emperador. Puesto que "la jurisdicción se presentaba no ya como la expresión de un poder reservado a una determinada clase de ciudadanos, sino como una función atribuida igualmente a todos los oficiales del emperador, parece natural que contra de lo realizado por un oficial inferior se pudiese recurrir al funcionario superior, cuyos poderes eran jerárquicamente más extensos y sobre todo, parece natural que el funcionario superior no debiera limitarse a suprimir el acto del inferior, "sino que pudiera sustituirlo por otro acto positivo, desde el momento en que los poderes del superior no diferían por razón de calidad del inferior, y que por consecuencia, los actos que éste podía haber llevado a cabo, en mayor razón podían ser realizados por aquel".

⁷¹ Bajo los emperadores cristianos se restringió el derecho a Apelar, siendo Justiniano quien prohibió usar dos o más apelaciones sucesivas, no obstante bajo su reinado se le dio a este recurso la trascendencia que el mismo ha tenido durante la historia y que hoy en día tiene en El Salvador; evolucionando de tal manera que en la actualidad no se puede interponer apelación de la apelación.

⁷² MORENO AMAYA, Verónica y Otros, *Óp., Cit.*, P. 22. "Los destacan los cambios en la estructura del gobierno de la época, con influencia para ello en el Recurso de Apelación."

La finalidad inmediata por la que la apelación se introdujo, fue la necesidad de corregir la injusticia y la ignorancia de los juzgadores⁷³, pero este carácter fundamental de reclamación dirigido contra la injusticia del primer juez no debe hacer confundir el instituto de la apelación con instituciones afines, pero muchos tendían a reprimir las desviaciones cometidas por el juez en el ejercicio de la jurisdicción. De tal modo, que la apelación más que un ataque personal contra el juez era un remedio contra la injusticia del fallo⁷⁴.

Cuando alguien se sentía lesionado por una sentencia válida de un juez inferior, en la que se resolvió de modo injusto la controversia, tenía el derecho de pedir una nueva decisión de la misma litis por parte de un juez superior, por medio de la *libelli appellatorii*, que producía el efecto de que la sentencia fuera ejecutada, y al mismo tiempo de investir al juez superior del poder de pronunciar una nueva decisión sobre la misma controversia ya decidida por el inferior. Apelable fue cualquier pronunciamiento cuya fuerza de decisión pudiera reducirse a la nada en virtud de la intervención de un pronunciamiento ulterior⁷⁵.

En la edad media se renueva el régimen de múltiples instancias, por influencia romana subsiste la apelación con solo tenues modificaciones. Con

⁷³ COCA RIVAS, María, y Mario Renderos Granados, Óp., Cit., P. 72. "En ese momento histórico, las facultades de revisión de la resolución en Apelación no diferían a los de primera instancia."

⁷⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil: I. El proceso de Declaración, parte General*, Óp. Cit., p. 556. Su fundamento descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de buscar que la certeza, implícita, en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime desacertada, para lo cual el ordenamiento procesal le otorga la posibilidad de la impugnación, por lo que establece las formalidades que el recurso supone.

⁷⁵ HOLGUÍN BERNAL, Felipe, *Recursos en Materia Civil*, Tesis Doctoral, Instituto Nacional del Derecho y del Estado, Chihuahua, México., 2010, P. 9. "Nació desde este momento, la preclusión del término para apelar como presupuesto procesal para la cosa juzgada de las resoluciones definitivas."

la caída del imperio Romano siglo III d. C., se dio inicio a un nuevo curso para la historia universal, a pesar de llegar a su fin, el aporte dejado por los romanos en el derecho, no sufrió variaciones relevantes en los primeros años, los mismos se dieron con posterioridad, dadas los nuevos intereses económicos, políticos, sociales y sobre todo de la iglesia en sí, con el auge del derecho canónico⁷⁶.

La fragmentación de poderes políticos que caracterizo a la edad media obstaculizo la existencia de un principio de jerarquía judicial como elemento característico para el desarrollo del recurso de apelación⁷⁷.

En el Derecho Español, en la Partida Tercera del Fuero Juzgo, se definía la apelación o alzada como la querrela, que alguna de las partes fase de juicio que fuese dado contra ella, llamando o recurriéndose a enmienda de mayor juez." Omitiéndose a los terceros que no hayan figurado en juicio. Las Leyes 2 y 4, del título 23 de la Partida III, formularon el principio general de que podían apelar de las sentencias las personas a quienes perjudicara el fallo, aunque no hubieran sido parte en el juicio⁷⁸.

Se prohibía apelar de la sentencia al que renunció a interponer el recurso, al que no quiso presentarse a oír fallo habiendo sido llamado, al

⁷⁶ En el Derecho Canónico persisten aún principios del Derecho Romano, tales como el efecto suspensivo y la escala jerárquica para la resolución. Contra las providencias o resoluciones de los Obispos se podía impugnar para ante los Concilios Diocesanos y Provinciales, y en casos específicos y excepcionales resueltos por el Papa o por alguno de sus delegados.

⁷⁷ CHÁVEZ OLIVA, Ana, *Óp. Cit.*, P. 55. "En la Edad Media se dio una división de los poderes políticos y esto vino a perjudicar en cierta medida a determinar una jerarquía judicial para la interposición del recurso de apelación."

⁷⁸ VELIZ MARICONDE, Alberto, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1*, Ed. Lerner, 2º ed., Buenos Aires, 1964. P. 21. "Papa Inocencio III, marcó la pauta de un cambio de concepción que se tenía enraizada en el derecho romano producto de las realidades que se Vivian con anterioridad en ese lugar"

convicto y confeso, y finalmente al que no tenía interés en la causa. Además, se prohibía apelar de las sentencias pronunciadas por las cancellerías, las audiencias, los consejos y los tribunales supremos⁷⁹.

La Ley 18, Título 23, de la Partida III, siguiendo el sistema del derecho romano, ordenaba que se apelara al juez inmediato superior sin salvar los grados de jurisdicción intermediarios, porque de hacerlos la apelación era ineficaz.

La apelación se podía interponer verbalmente, en el acto de la notificación del fallo o por escrito dentro de los plazos establecidos. Cuando se usaba la forma escrita, era indispensable mencionar el nombre del juez ante quien se interponía el recurso, el del juez a quien se apelaba y la resolución contra la cual se alzaba el litigante. En cambio, si el recurso se hacía valer verbalmente no se exigían estas formalidades y bastaba usar del vocablo apelar y de otro equivalente. Respecto al plazo para interponer la alzada, el Fuero Real y la Ley 150 de Estilo fijaron el término de tres días para apelar, las Siete Partidas las fijaron en diez días y las Ordenanzas Reales los disminuyeron en cinco días. Por último las Leyes 26 y 27, Título 23, Partida III, establecían el llamado efecto suspensivo de la apelación, según el cual son nulos los actos ejecutados por el A quo, pendiente la tramitación del recurso cuando se le admite en dicho efecto.

En la revolución Francesa se comienza a dar los primeros rasgos de dos sistemas de apelación diferentes, los cuales coexistirán en el derecho contemporáneo hasta la actualidad. El primer sistema es el que admite

⁷⁹ MAEIR, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi S.R.L., 1º ed., Aires, 1989, P. 54. "El papa Inocencio III, introdujo un sistema inquisitivo, donde se estableció un tribunal eclesiástico conocido también como santo oficio, que perseguía y castigaba los delitos contra la fe".

revisión total de la primera instancia, el cual proviene del derecho romano introducido a través del derecho francés, seguido en la mayoría de países europeos, Austria y posteriormente, Francia; éste es el que autoriza la revisión total del proceso en la segunda y tercera instancia⁸⁰.

El segundo sistema solo permitía que se reexaminara la sentencia, es decir solo permitía la revisión de la misma, este sistema es el implementado por Austria, pasa a España y por medio de éste pasa a la mayoría de países latinoamericanos, sistema que predomina en la actualidad⁸¹.

En el Derecho Francés nace lo que es la apelación adhesiva consistente en el derecho que tiene el vencedor de interponer el recurso pero solo de los puntos de la sentencia que no le son del todo favorables, inicialmente fue concebido por el código de Justiniano como "*Apellationibus*" en donde solo el apelante podía corregir la sentencia mientras que la parte que no había recurrido estaba sujeta a cumplirla tal cual estuviese establecida⁸².

En la Revolución Francesa, se comienza a perfilar dos sistemas diferentes de apelación, la Plena y la Limitada, que se mantienen en el Derecho Comparado de nuestra época contemporánea. El primero de estos sistemas, la Apelación Plena, es "la revisión total de la primera instancia" éste es el verdaderamente puro y se introduce a través del derecho francés,

⁸⁰ FAIRÉN, J., *El gravamen como presupuesto de los recursos*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1969, pp. 48-49.

⁸¹ VELIZ MARICONDE, Alberto., *Óp., Cit.*, P. 24. En el Derecho Francés debido a la revolución francesa se comienza a dar dos sistemas distintos, uno admite revisión solo en primera instancia en forma total y el otro dice que habrá revisión en segunda y tercera instancia y este solo permite que se reexamine la sentencia".

⁸² VELIZ MARICONDE, Alberto., *Ibidem.*, P. 26. En el Derecho francés se comienza hablar sobre la apelación adhesiva, quiere decir que si una de las partes interpone recurso de apelación la otra parte está obligada adherirse o apegarse a ella".

en la mayoría de países de Europa; este sistema autoriza en la segunda y tercera instancia, la revisión total del proceso, pudiendo incorporarse nuevas excepciones (y pretensiones en general) y nuevas pruebas. Y el segundo sistema llamado de la Apelación Limitada, opuesto al anterior es de Australia, el de "la revisión solamente de la sentencia", este sistema es acogido en el ordenamiento Español, y es a través de España que pasa éste a Latinoamérica, en su mayoría en algunos casos con ciertas impurezas⁸³.

En el Derecho Francés nace la apelación incidente, la cual puede interponer el vencedor, cuando en la sentencia se pronuncian sobre diversos puntos, respecto de aquellos en los cuales no solo da las razones que será el origen de la adhesión a la apelación⁸⁴.

Pues bien, teniendo en consideración el colapso del proceso escrito en todos los países, se iniciaron en Latinoamérica movimientos reformadores a partir de finales de los años 80 del pasado siglo.

Al efecto, Brasil, Uruguay, Perú, Argentina, en América del Sur, al igual que Francia, Portugal y la misma España en el año 2000, en Europa han procedido a reformar sus procesos civiles y mercantiles, por inactuales no conformes a las tendencias actuales del derecho procesal⁸⁵.

⁸³ VELIZ MARICONDE, Alberto, *Ibidem.*, P. 28. "En la Edad Moderna después de la resolución Francesa, también se comienzan a dar dos sistemas de apelación la plena y la limitada, en cuanto que la primera, hace una revisión total en primera instancia y la otra solamente revisa la sentencia en la segunda y tercera instancia que existía en esa época".

⁸⁴ VESCOVI Enrique, *Óp., cit.*, Pp. 101-102. "El recurso de Apelación interpuesto para entonces, solo recaía en la revisión de la sentencia más no el proceso en si ya que no se iba a sustentar en todo el proceso dicho recurso, demás el tribunal tenía más facultades en cuanto a sus decisiones".

⁸⁵ VESCOVI Enrique, *Ibidem.*, P. 104. "En la mayoría de países Latinoamericanos y algunos países Europeos se vieron en la necesidad de modificar tanto los procesos civiles como los mercantiles por considerarlos desfasados y por qué no existía satisfacción en cuanto a al fallo pronunciado en apelación".

1.2 Evolución de Apelación en El Salvador

La normativa procesal civil reguladora del recurso de apelación en materia procesa, han evolucionado históricamente a medida que la tendencia mundial, latinoamericana y española principalmente, lo han hecho.

En épocas de la colonia y aun después de la independencia de El Salvador, regía tanto la constitución Española del 18 de marzo de 1812, como las leyes de partida junto con la novísima recopilación, constituyendo la base fundamental para la redacción del Código. Y es así como inician las labores para crear en un solo cuerpo jurídico procesal, los procedimientos a seguir, es así como en 1843; mediante decreto de cámaras Legislativa comisionada por el presbítero y doctor Isidro Menéndez, para elaborar el anteproyecto del código de procedimiento Judiciales.

El 8 de marzo de 1846 se ordena la divulgación del proyecto, para que se realicen las observaciones pertinentes y el presidente de ese entonces Rafael Campos, solicita a la cámara Legislativa en el año de 1857, que se nombrara una comisión que se encargara de una revisión del proyecto, la comisión estaba compuesta por tres abogados: el presbítero y doctor Isidro Menéndez, Ignacio Gómez y Anselmo País, fue declarado Ley de la República por decretó Ejecutivo el día veinte de noviembre de 1857, en el cual el Art. 1548 permite el uso del derecho de apelar a cualquier interesado en la causa, entendiéndose que es todo aquel a quien la sentencia perjudica o aprovecha⁸⁶. Publicado en la gaceta de El Salvador, constituyendo el primer código de Procedimientos Civiles y criminales.

⁸⁶ PADILLA Y VELASCO, René, *Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, Tomo II (*Recursos Judiciales*), Ed. Jurídica Salvadoreña, 1º ed., San Salvador, 1948, P. 30. “Con la realización del proyecto para reformar tanto los procesos civiles como mercantiles vino a

A los dos años se nombra otra comisión, que elaboro reformas y que además crea un nuevo código, separando las dos normativas, tanto las civiles como las penales, pero en un solo volumen o cuerpo normativo, quedando finalmente el código de procedimientos civiles y el Código de instrucción criminal, el poder ejecutivo lo declaró ley de la república por decreto el día doce de enero de 1863 en la gaceta oficial y en la segunda edición del código en el año de 1878 se incorporaron las reformas, luego el poder ejecutivo el día veintiocho de septiembre de 1878 se nombra una comisión para reformar ambos códigos⁸⁷.

Por decreto el día doce de marzo de 1880 la Asamblea constituyente faculto para promulgar ambos códigos y lo mismo hizo la asamblea legislativa por decreto el día veintiocho de febrero de 1881, este mismo año se concluyó el trabajo de las reformas de la comisión nombrada y por decreto ejecutivo del treinta y uno de diciembre de 1882, y desde entonces este solo ha sufrido reformas para mantenerse a la vanguardia de los derechos y modernizar los procedimientos en las distintas normas del derecho⁸⁸. Desde su vigencia, los recursos como los de apelación, encuentra su base firme para impugnar las resoluciones que les cause agravios a las partes procesales y por medio de la apelación se pretende la modificación, revocación, o anulación de las sentencias emitidas por el juez, como

favorecer ya que no se hacía ninguna distinción porque establecía que podía hacer uso del derecho de apelación todo aquel que se viera perjudicado en la sentencia pronunciada por la autoridad competente, es decir que siempre y cuando la resolución que se pretendía recurrir hubiere causado un agravio.

⁸⁷ PADILLA Y VELASCO, René, *Ibidem*, P. 32. "Para el año 1878, los legisladores de nuestro país tienden a reformar las leyes salvadoreñas, influidos por la transformación latinoamericana, incluyendo en dichas reformas los códigos civil y penal, que ya con anterioridad habían sido separados de acuerdo al área a q se referían, todo esto con la idea de favorecer a las partes en cierta medida, dividir las normas que regían cada una de las materias y agilizar de tal manera los procesos, a efecto de facilitar el uso de las leyes".

⁸⁸ PADILLA Y VELASCO, René, *Ibidem*, P. 34. "Nuestra Legislación Salvadoreña anuncia la separación de los dos códigos civiles y penales en el año de 1880, y después de esta promulgación solo se dieron reformas para actualizar los procedimientos".

precedente a un proceso sistematizado el cual su finalización consiste en descubrir y establecer la verdad⁸⁹.

En el código de procedimientos civiles los recursos no han mostrado cambios, manteniéndose de igual forma, igual al procedimiento en segunda instancia, incluyendo el recurso de apelación, siendo este código el antecedente inmediato y escrito de la regulación del recurso de apelación, no debiéndose de olvidar que este ha funcionado desde tiempos de la colonia, porque el antecedente inmediato jurídico es el derecho español. Algunos puntos importantes a considerar dentro de los aspectos históricos sobre el Recurso de Apelación en la legislación procesal civil salvadoreña, son los siguientes:

a) Lo Atinente a los efectos del Recurso de Apelación, la legislación procesal civil ha tenido el desarrollo siguiente: El Código de 1857, en el Artículo 1549, decía: "Dos son los efectos que produce la apelación: el uno suspensivo y el otro devolutivo. Por el primero se suspende la jurisdicción del juez inferior, impidiéndose la ejecución de la sentencia. Por el segundo se da únicamente conocimiento de la causa al superior, sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante sus providencias."

El Código de 1863 y la edición de 1878, en sus Artículos 843 y 837, respectivamente, reformaron la parte final, diciendo: "para llevar adelante la ejecución provisoria de sus providencias." El Código de 1880, en su Artículo 959, agregó un segundo inciso que decía: "Cuando la apelación admitida en

⁸⁹ CHÁVEZ OLIVA, Ana Cecilia, *El Recurso de Apelación especial en materia de familia*, Tesis de grado, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, 2005, P. 72. "Este desarrollo histórico de los medios de Impugnación se vio enormemente influencia por el desarrollo de los medios de impugnación a nivel internacional, con varias diferencias entre los países España, Austria y Alemania, los que si bien ya regulaban la apelación, esta se adoptaba con ciertas diferencias".

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.

En la Edición de 1904, el Artículo 1026, del primer inciso, fue suprimida la frase siguiente: “por el primero (efecto) se suspende la jurisdicción del Juez inferior impidiéndose la ejecución de la sentencia”. Y así ha aparecido en las ediciones de 1916 y 1926, numerado con el Art. 983; pero entre la edición de 1893 y la de 1904, no hubo un solo decreto que ordenara la supresión de dicha frase. El artículo quedo, después de todas esas ediciones y supresiones, redactado en la forma siguiente: "Art. 983.- Dos son los efectos que produce la apelación: el uno suspensivo y el otro devolutivo. Por el segundo se da únicamente conocimiento de la causa al superior sin quedar embarazado el inferior para llevar adelante la ejecución provisional de sus providencias⁹⁰.

En lo concerniente a las resoluciones que admiten recurso de Apelación, la legislación procesal civil tuvo el desarrollo siguiente: En el Primer Código, los autores del proyecto redactaron el Artículo 1550 del Código, que como se sabe, se refería tanto a los asuntos civiles, como a los criminales, así: "La Ley concede apelación en ambos efectos: 1º. De toda sentencia definitiva, pronunciada en causa seguida por los trámites del juicio ordinario civil y criminal o del criminal sumario. 2º. De las interlocutorias que dictaren durante la sustanciación de los referidos juicios, cuando ellas

⁹⁰ PADILLA Y VELASCO, René, *Ibidem.*, P. 28. “El legislador estipula que dos serán los efectos por los cuales se va a producir la apelación, uno devolutivo y el otro suspensivo y esto viene dado desde el código de 1857 hasta el código de procedimientos civiles en su art. 983, aunque teniendo unas leves modificaciones y que estas se incrementaron con el Código procesal civil y mercantil ”.

ocasionen gravamen irreparable o de difícil reparación. 3º. En todos los casos en que la Ley la permita expresamente".

Permitía la Ley expresamente, entre otros en asuntos civiles, según el Artículo 50 de la sentencia de los árbitros, cuando las partes se hubiesen reservado el derecho, negándola en cambio de la sentencia de los arbitradores; de las sentencias dictadas por los Jueces de Paz en la forma verbal, cuando la cuantía no pasaba de cien pesos, y era mayor de cinco (Artículo 542); era asimismo apelable la negativa a la solicitud, a la *restitución in integrum*; (Artículo 818); y por último, conforme al Artículo 986, se admitía la apelación en ambos efectos cuando se negaba el beneficio de pobreza, y el solicitante apelaba, porque se era uno de los opositores el que apelaba, entonces sólo era en el efecto evolutivo.

El Artículo 844 del Código de 1863 cambió su redacción anterior, sobre todo, en el sentido de referirse únicamente a los juicios civiles, y suprimiendo dicha frase final. Volviese, a pesar en contra de los principios sostenidos por los Legisladores del 57, ya que éstos sólo admitieron la apelación cuando se trataba de sentencias dictadas en juicio ordinario y negándola por tanto en los demás juicios escritos de tramitación sumaria.

En cambio, los Legisladores del 63, desoyeron tan sabias lecciones, admitiendo de nuevo la apelación en todo juicio escrito que excediera de cien pesos, tal como lo dispuso anteriormente el criticado Decreto de 27 de febrero de 1852. Y así se mantuvo por el Artículo 838 de la edición de 1878. El Legislador de 1880, inspirado en los pensamientos del Dr. Menéndez y en las frases del doctor Castro, tomó en parte las doctrinas del Código de 1857, agregando otros casos especiales en los que podía admitirse la apelación. Reformándose mediante la Ley de Reformas 1902, y adiciones en las

adiciones decretadas en 1916 y 1926⁹¹. Determinándose como regla general que la ley concede el recurso de Apelación para las sentencias definitivas y las interlocutorias con fuerza definitiva, y en su mayoría mediante *numerus clausus* para las resoluciones apelables y las no apelables determinadas legalmente en el derogado Código de Procedimientos Civiles en su Arts. 984, 985 y 986.

Sobre la forma y efectos de la interposición del Recurso: El Código de 1857 establecía un procedimiento especial para la admisión del recurso: corría traslado al apelado para la siguiente audiencia, y con lo que contestara en dicho término o acusada la rebeldía si no lo contestaba, el Juez admitía o no la apelación, según le pareciere de justicia.

Este sistema continuó en el Código de 1863, edición de 1878 hasta que fue suprimido por el Código de 1881, el cual en su Art. 966 ordenaba que luego que un litigante presente su escrito de apelación, queda circunscrita la jurisdicción del Juez para solo declarar si es o no admisible en uno o en ambos efectos, y cualquiera otra providencia que se dicte, se reputará atentatoria.

Así continuó en el Código de 1893. Pero la Ley de reformas del 30 de mayo de 1900, adicionó el Artículo agregando la frase siguiente: "pero esto no obsta para que se termine cualquiera diligencia comenzada ya en el acto de presentarse el escrito de apelación⁹²". Con el fin de modernizar la

⁹¹ PADILLA Y VELASCO, René, *Ibidem.*, PP. 33-35. "Los legislador han venido detallando cuáles serán los casos en los cuales se va admitir la apelación y estableciendo además casos especiales, tomando de base la doctrina y los pensamientos de autores destacados en el área para la interposición del recurso de apelación".

⁹² PADILLA Y VELASCO, René, *Ibidem.*, P. 49. "El legislador es claro en determinar cuáles son las formas y motivos para interponer recurso de apelación y que además se han establecido un procedimiento especial para la admisión de dicho recurso ya que se le corría

legislación Procesal Civil y Mercantil y trascender de tajo con la vetusta legislación del Código de Procedimientos Civiles de 1882 y la Ley de Procedimientos Mercantiles del 1973 se crea mediante el decreto legislativo 712 emitido en fecha 18 de septiembre de 2008, sancionado el catorce de noviembre del año dos mil ocho, publicado en Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381, del 27 de noviembre de 2008 el Código Procesal Civil y Mercantil.

Este se crea según las tendencias actuales del derecho procesal conformes con sus antecedentes internacionales inmediatos –como la Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/200- o nacionales –Ley Procesal de Familia de 1994, Código Procesal Penal del 2009- con innovaciones tales como los procesos realizados mediante Audiencias Orales, el Juez como director y ordenador del proceso garante de la constitucionalidad de las actuaciones procesales de todos los sujetos de los procesos y su intermediación en todas las actuaciones probatorias, la vigencia plena y práctica de las garantías, principios y derechos constituciones y legales de todo interviniente de los procesos, la celeridad, concentración y simplificación de los procesos etc., más acorde con la actual realidad salvadoreña moderna e industrializada.

Y es que, como dice la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Mercantil⁹³, el código de procedimientos civiles basado en las Partidas de Alfonso X El Sabio, con algunos retoques de la época libera, “fundado en el *solemnis ordo iudiciarius* cuya carta de presentación es la escritura, la

traslado al apelado y en caso de no contestar se declaraba rebelde ya sea que el juez admitía o no el recurso”.

⁹³ Comisión De Legislación Y Puntos Constitucionales, Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, *Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Mercantil*, San Salvador, 2008, P. 1. “En la actualidad el código procesal civil y mercantil ha tenido innovaciones en comparación a los códigos anteriores ya que los procesos son realizados mediante audiencias orales y el juez es el director y ordenador del proceso garante de la constitucionalidad en las actuaciones procesales y en todas las actuaciones probatorias y además quien pondrá en aplicación las garantías, principio y derechos constitucionales”.

lentitud, el burocratismo, el exceso de ritualismo y formalidades, lo que acarrea la eventual pérdida del derecho por una mala opción procesal, sin posibilidad alguna de subsanación, ya no responde a las exigencias garantes de la constitucionalidad de las actuaciones procesales de todos sus sujetos procesal⁹⁴.

1.3 Definición de apelación

La Apelación constituye el más importante recurso de los ordinarios, teniendo por fin la revisión por el órgano judicial superior de la sentencia o auto del inferior⁹⁵.

La palabra apelación deriva de la voz latina "appellatio" que quiere decir citación o llamamiento y cuya raíz es "apello", "appellare", habiendo conservado dicho origen en la mayoría de los idiomas. Así, en francés se dice "appel", en inglés "Appeal", en italiano "Appello", en alemán "Appellation", en portugués "apellacao".

⁹⁴ PADILLA Y VELASCO, René, *Óp. Cit.*, P. 45. "El Autor destaca las características propias del anterior sistema procesal, derogado por la actual normativa, basado en todas sus partes por el sistema del proceso inquisitivo. El cual se caracterizó por ser radical y ser un sistema que únicamente impositivo a sus gobernados, en donde las resoluciones dictadas no se podían cuestionar y esto era por creer que un juez no podía equivocarse en las resoluciones que dictaba".

⁹⁵ COUTURE Eduardo J., en el "Prólogo a la obra póstuma de Agustín A. Costa, *"El recurso ordinario de apelación en el proceso civil"*, Buenos Aires, 1950, pp. 3-4, escribió "Decía el viejo precepto que la apelación era una forma de sustituir el alzarse por sublevarse por el alzarse por apelar. La apelación es un impulso instintivo, dominado por el derecho; una protesta volcada en moldes jurídicos; un "pega pero escucha" de quien se siente poseído de razón y privado de asistencia. En su mismo nombre castizo, "alzada", la apelación es una forma de clamor y de rebeldía; es el grito de los que creyéndose agraviados, acuden a mayor juez. Por supuesto que esta manera de mirar las cosas no omite el hecho de que hay apelaciones infundadas y hasta maliciosas; pero a este mal atiende el derecho con otros remedios. Lo sustancial es dar al justiciable, mientras la justicia sea hecha por otros hombres, la seguridad de que al proclamarse su sinrazón, ha sido luego de habersele escuchado en su protestadla historia de la apelación se halla, así ligada a la historia de la libertad".

Para definir el Recurso de Apelación es indispensable acudir a la doctrina procesal, estableciendo de este modo los elementos comunes que conforman una definición completa de dicho medio de impugnación. Así el recurso de apelación es definido de la siguiente forma: Acerca de este recurso Rafael Gallinal, define que apelación, es una palabra que viene de la voz latina *appellatio*, llamamiento o reclamación, es un recurso ordinario que entabla el que se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el superior, con el fin de que la revoque o reforme⁹⁶.

Prestigiosos autores como Palacios Enrique, entienden que se trata del "remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque o reforme total o parcialmente"⁹⁷.

Para el procesalista español Juan Montero Aroca, es el Recurso ordinario y devolutivo, cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita del órgano jurisdiccional, de orden jerárquico superior al que dictó la resolución recurrida que examine su corrección⁹⁸ y regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión en ella, y dicte otra favorable o más favorable para el recurrente, o la anule⁹⁹. Y anota además, que la apelación es el modelo tópico de lo que es un recurso ordinario. Es un recurso porque la competencia (funcional) para conocer del mismo ha de atribuirse a un tribunal distinto y superior al que

⁹⁶ GALLINAL, Rafael, *Manual de Derecho Procesal Civil T.Ü.* Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, p. 229

⁹⁷ PALACIOS, Lino E., *Derecho Procesal Civil*; Tomo V, Buenos Aires 1974, p. 79

⁹⁸ PALACIO LINO, Enrique, *Óp. Cit.*, p. 580. "Destaca dicho autor y confirma la posibilidad de que el juzgador pueda errar en su raciocinio y la existencia de los recurso trata de minimizar en su mayor sentido dichos errores o su subsanación para una aspiración natural a la justicia."

⁹⁹ MONTERO AROCA Juan y Otro, *Óp. Cit.*, P. 175. "Destaca este autor el carácter orgánico del recurso y sus finalidades últimas y directas en el proceso."

dictó la resolución que se recurre, y es ordinario porque todo lo decidido en la primera instancia puede llevarse, por medio de la impugnación, al conocimiento del órgano competente para la segunda, sin que existan motivos limitados fijados en la ley.

Para Juan Picatoste Bobillo la Apelación es el recurso ordinario y devolutivo mediante el cual se pretende del tribunal superior la revocación de la resolución -auto o sentencia- dictada por otro tribunal -el de la primera instancia- y se dicte otra favorable al recurrente, "mediante nuevo examen de las cuestiones -de hecho y de derecho- que el recurrente someta al tribunal *ad quem*, conforme al material producido en la primera instancia y el que se aporte en la segunda instancia en los casos permitidos por la ley¹⁰⁰.

Según Aldo Bacre, el recurso de apelación es el medio que permite a los litigantes llevar ante el tribunal de grado superior, generalmente colegiado, una resolución a la que considera injusta, para que, previa revisión de la misma¹⁰¹ la revoque o modifique, en todo o en parte, o la confirme, según el caso, a fin de hacer justicia en el juicio concreto¹⁰².

Para Jaime Guasp, se define como: Aquel proceso de impugnación en que se pretende la eliminación y sustitución de una resolución judicial por el superior inmediato jerárquico del que dictó la resolución impugnada¹⁰³.

¹⁰⁰ PICATOSTE BOBILLO Juan, *Óp. Cit.*, P. 126. "Este autor considera al recurso un completo nuevo juicio de las cuestiones objeto de debate procesal por las partes, determinado únicamente por las pretensiones de las partes sobre las que el Tribunal superior ha de fallar."

¹⁰¹ Análisis de los hechos y del derecho en que se funda la resolución recurrida.

¹⁰² BACRE, Aldo, *Óp., Cit.*, PP. 197, 198. "Este autor pone de manifiesta el carácter único del proceso, no siendo la Apelación un nuevo juicio, sino la continuación superior del mismo, destacando sus fines. Con el objetivo único de buscar que la resolución dictada por el juez inferior fuera apegada a derecho y fuera justa para ambas partes".

¹⁰³ GUASP, Jaime, "*Derecho Procesal Civil, Tomo II, parte especial*", 3º ed., Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Reimpresión Noviembre 1973 corregido por Grafoffset S.L,

Para el jurista Español Víctor Moreno Catana, el recurso de apelación es el recurso ordinario y devolutivo más típico, que en el proceso civil se abre, sin limitación taxativa de motivos, contra los autos definitivos y sentencias de primera instancia, y lleva la cuestión a conocimiento del tribunal superior, a fin de que se corrija un defecto procesal, o bien para que se dicte una nueva resolución conforme a Derecho¹⁰⁴.

Canales Cisco, apunta sobre lo que se debe comprender por el recurso de apelación, que "el objeto de éste, está diseñado tanto en la interpretación del derecho material como en la posible rectificación en la aplicación de una norma procesal, en caso de estimarse el recurso existe la posibilidad de sustitución y consecuente eliminación de la resolución impugnada¹⁰⁵.

De la abundante e importante doctrina procesal moderna apuntada en los párrafos anteriores, tomando en consideración sus elementos comunes y adecuados a la legislación procesal civil y mercantil salvadoreña, se puede definir el recurso de apelación como el recurso ordinario cuya finalidad se encuentra en revisar¹⁰⁶ o re-examinar¹⁰⁷ las sentencias, autos definitivos -así

Madrid, 1968, P. 729. "El Autor en cuestión destaca los efectos que producirá la sentencia de fondo del Recurso de Apelación".

¹⁰⁴ MORENO CATANA, Víctor, Y CORTEZ DOMÍNGUEZ Valentín, "*Derechos Procesal Civil, Parte General*", 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2008, P. 331. "El referido autor español determina un elemento importante: La no determinación de motivos taxativos, como condición eminente de un recurso ordinario."

¹⁰⁵ CANALES CISCO, Oscar, *Óp. Cit.*, P. 138. "Destaca el doctrinario salvadoreña el ámbito del recurso y sus finalidades próximas para su interposición."

¹⁰⁶ Lo anterior tiene su razón de existencia en que los seres humanos son imperfectos, sujetos a cometer errores, y por tanto el juzgador es un ser humano y como tal puede equivocarse y ubicarse en una situación de error, es decir la imposibilidad de asegurar que las decisiones judiciales sean infalibles, genera en las partes que no han resultado satisfechas en sus pretensiones una reacción psicológica de buscar un examen de lo resuelto y ello no puede ser negado.

¹⁰⁷ BACRE Aldo, *Óp. cit.*, p. 62. "Este fundamento que apunta el doctrinario suramericano está muy ligada con la anterior en el sentido que al proporcionarle al litigante el cauce o la

como las resoluciones expresamente determinadas por la ley- sobre sus aspectos jurídico-procesales y sustanciales causantes de un agravio al recurrente, por el tribunal *ad quem* competente funcionalmente para decidir sobre el recurso interpuesto, la confirme, revoque o anule según a derecho corresponda, sin determinación taxativa de motivos *-numerus clausus-* que fundamente su interposición, suspendiendo la jurisdicción del juez *a quo* emisor de la resolución recurrida, mediante un procedimiento único de jurisdicción establecido legalmente.

1.4 Naturaleza del recurso de apelación

En la doctrina existen diferentes posiciones sobre la apelación; unos, configuran a la apelación como un nuevo proceso distinto al de primera instancia, más conocida esta posición como la tesis Renovadora; la apelación desde esta perspectiva consta de un carácter autónomo, independiente, especial y autentico; toda vez que la alzada constituye un proceso aparte y de ahí que se autorice a título de ejemplo el ofrecimiento de nuevas pruebas en la apelación, entendiéndose tal situación a que el grado de autonomía lo hace factible de nuevas pruebas¹⁰⁸.

Otros por el contrario manifiestan que se trata del mismo proceso, el cual se encuentra dividido en distintos grados, conocida tal posición como la tesis Revisora; la apelación tiene como meta o finalidad revisar y depurar el material litigioso y el pronunciamiento definitivo de primera instancia, de modo que con este no se procura reiterar el juzgamiento de origen, sino

forma de un re-examen de su disconformidad se logra acercarse cada vez más a la necesidad de certeza para la tan ansiada paz en la comunidad, por tanto ambos fundamentos son complementarios entre si."

¹⁰⁸ OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Partes, intervinientes y terceros en el recurso de apelación civil*, Ed. Universitat de Girona, Girona, 1999, p. 267.

controlarlo ya decidido o resuelto, ya que no se reiteran los trámites del proceso principal sino que se siguen otros diferentes distintos a los primeros teniendo por objeto comprobar la exactitud o no de los resultados obtenidos en el proceso originario.

Al margen de lo mencionado, es necesario señalar que la apelación supone la vigencia del sistema doble de la instancia, lo cual no implica un nuevo juicio en el sentido de que en la sustanciación de recurso, el juez o tribunal de alzada se halla habilitado para practicar las pruebas arrimadas en la primera instancia, como para producir nuevas pruebas; la apelación constituye un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar sobre la base de la resolución impugnada al error o al acierto de la primera instancia.

1.5 Características del recurso de apelación

Para la generalidad de la Doctrina procesal moderna, el recurso de Apelación posee las características de ser un recurso ordinario, devolutivo, generador de la segunda instancia de conocimiento procesal de la pretensión, potestativo, desistible, perentorio, dispositivo o a instancia de parte, sustanciado mediante un procedimiento único¹⁰⁹.

1.5.1 Recurso Ordinario

La Ordinarietà del recurso de apelación está determinada por el carácter común que posee para atacar una resolución judicial gravosa al recurrente, esto es que no existe franqueo taxativo de motivos para su

¹⁰⁹ COUTURE, Eduardo, *Fundamento del Derecho Procesal Civil*, Óp. Cit., p. 175. Dicho autor aclara que dichas características son la esencia de dicho recurso.

interposición, legal admisión y procedencia así como resoluciones judiciales a consecuencia de procedimientos declarativos, especiales y cautelares en los que se vea limitada la posibilidad de atacar dichas resoluciones mediante este recurso, es decir, que es mediante el recurso de apelación que pueden ser discutidas toda clase de resoluciones.

Esto es, como lo dice Montero Aroca, "todo lo conocido y decidido por el tribunal de primera instancia puede llevarse, por medio del recurso, al conocimiento y decisión del tribunal de la Apelación, sin que existan motivos taxativos determinados en la ley¹¹⁰, en igual sentido se pronuncia Picatoste Bobillo, diciendo que "el recurrente puede fundar su impugnación en cualquier vicio o error *in procedendo in iudicando* sin límite que venga impuesto en un repertorio de causas legalmente tasadas¹¹¹.

Además de ello, añadiendo que es ordinario, también en el sentido de que el órgano de segundo grado no tiene, a diferencia de lo que ocurre en los recursos extraordinarios, limitación de *cognitio*; el control del tribunal de la apelación no se limita al mero examen de la existencia de vicio alguno en la resolución impugnada, sino que analiza la corrección del enjuiciamiento de la cuestión de fondo; Bacre, sobre este punto resalta además de lo que los anteriores autores, -la no fijación enumerativa de motivos- que es ordinario además "porque su finalidad es proteger un interés particular (*lus Litigatoris*) y no el general de la comunidad (*lus Constitutionis*), como en los extraordinarios¹¹².

¹¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Nuevo Proceso Civil, Ley 1/2000*, Ed. Tirant lo Blanch, 2º ed., Valencia, 2001, P. 551. "El citado autor subraya la amplitud de potestad de conocimiento del tribunal de segunda instancia, limitado únicamente por las argumentaciones de las partes."

¹¹¹ PICATOSTE BOBILLO, Juan, *Óp. Cit.*, P. 126. "Se destaca la amplitud de motivaciones para interponer el recurso, sin motivos determinados por la ley para ello".

¹¹² BACRE, Aldo, *Óp. Cit.*, P. 201. "Declara la finalidad del recurso, proteger los intereses público y el de las partes."

1.5.2 Recurso Devolutivo

Esta característica y efecto completamente típico de este recurso, tiene que ver directamente con el sistema de organización judicial y competencia funcional -conforme al principio del juez natural- establecida para la segunda instancia, puesto que dada la interposición del recurso de apelación la decisión sobre su legal admisión, procedencia, tramitación y final resolución, le compete al tribunal de apelación -Cámaras de Segunda Instancia con competencia en lo civil- establecido constitucional y legalmente de forma previa al caso determinado, en este sentido, Montero Aroca, señala que es devolutivo porque "la competencia (funcional) para conocer del mismo se atribuye siempre a un tribunal distinto y superior al que dictó la resolución recurrida"¹¹³.

1.5.3 Generador de segunda instancia

Esta característica -derivada de la anterior- hace referencia a que de modo exclusivo solo el recurso de apelación abre la cuestión objeto del debate jurídico del proceso -la pretensión procesal- al segundo grado de conocimiento procesal o segunda instancia para su reexamen sobre los errores de fondo o los de procedimiento verificados en primera instancia, esto es, que el recurso de revocatoria, por ejemplo, no posibilita este grado de conocimiento de la pretensión, sino únicamente el recurso de apelación.

Según Cabanellas, se habla de segunda Instancia "el ejercicio de la misma acción -a la de la Primera Instancia- ante el juez o tribunal de

¹¹³ MONTERO AROCA, Juan, *Óp., Cit.*, P. 551. "El carácter devolutivo del recurso de Apelación está dado por el traslado de competencia funcional del juez de primera instancia al de segunda, por lo que su competencia se limita al solo efecto de enviar el recurso al tribunal ad quem."

apelación, con el objeto de que reforme la sentencia del primer juez, puesto que instancia se designa al conjunto de actuaciones practicadas durante el desarrollo de un procedimiento que comprenden hasta la sentencia definitiva, tal conceptualización -el de segunda instancia- es de vital importancia doctrinal¹¹⁴, dado que ello viene a dar mayor precisión técnica al recurso en comento, dado que en algunos sistemas procesales tales conceptos -Segunda Instancia y Apelación- se consideran sinónimos, mas, como dice Montero Aroca, en "sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado¹¹⁵.

De modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero, añadiendo Moreno Catana, que ello impone una serie de consecuencias, de las cuales la más importante es "que ambos tribunales tienen en principio los mismos poderes y posibilidades de conocimiento del conflicto, si bien las partes pueden limitar su ámbito de conocimiento a alguno de los elementos de la resolución apelada al formular la impugnación, señalando en su escrito de interposición del recurso, los puntos precisos a apelar¹¹⁶, constituyéndose este aspecto en una garantía al justiciable recurrente, por tres aspectos a saber:

1) En cuanto un juicio reiterado hace, por sí mismo, posible la corrección de los errores.

¹¹⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, "*Diccionario Jurídico Elemental*", Ed. Heliasta S.R.L, 11ªed., Buenos Aires, 1993, P.166. "Describe la importancia de la Instancia para la práctica en Apelación, pues es la Primera que determina la existencia de la Segunda.

¹¹⁵ MONTERO AROCA, Juan, Y Flores Maties, José, *Óp. Cit.*, P. 176. "La organización judicial, previa la hecho que se trate regulada por la legalidad, es de suma importancia para el desarrollo del Recurso de Apelación, al grado de poner sustanciarle su existencia."

¹¹⁶ MORENO CATANA, Víctor, Y Cortez Domínguez Valentín., *Óp. Cit.*, P. 332. "Lo nota distintivas de las motivaciones en segunda instancia la establecen las partes recurrentes, puesto que los jueces y tribunales tienen básica la misma posibilidad de conocimiento."

2) En cuanto los dos juicios están con dos a jueces diferentes; y

3) En cuanto el segundo juez se presenta como más autorizado que el primero¹¹⁷.

En cuanto a la doctrina, para la plena existencia del segundo grado de conocimiento del proceso o segunda instancia, se exige:

- 1) Los segundos examen y decisión tienen que ser realizados por un órgano distinto del que efectuó los primeros, lo que supone que el efecto devolutivo es consustancial con el doble grado o instancia.
- 2) La existencia real de los segundos examen y decisión sólo se producirá si alguna de las partes los solicita expresamente, de modo que la regla del doble grado o instancia no supone la necesidad de que conozca el tribunal superior, sino simplemente la posibilidad de ese conocimiento, posibilidad que depende de la iniciativa de las partes.
- 3) La legitimación para pedir los segundos examen y decisión se confiere a todas las partes, pero para que uno y otra se realicen la parte que los pida ha de haberse visto perjudicada por el contenido de la primera decisión, con lo que surge la necesidad de lo que se denomina gravamen para recurrir.
- 4) Los segundos examen y decisión sobre el tema de fondo cuestionado en el proceso han de poder tener el mismo objeto que los primeros, de modo que el tribunal *ad quem* ha de poder asumir todas las facultades que tuvo el órgano a quo, sin perjuicio de que la parte recurrente puede delimitar el ámbito de los segundos examen y decisión, en el sentido de

¹¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal, Tomo II*, Ed. Reus S.A., 1º ed., Madrid, 1925, P. 488. "Este desarrollo de la Apelación constituye una garantía para el justiciable sometidos a todo proceso."

que pueden pedirse estos segundos sólo respecto de algún o algunos de los elementos de los primeros regla de *tantum devolutum quantum appellatum*)¹¹⁸.

Es por ello que se debe tener en consideración bajo qué sistema procesal del recurso de apelación se encuentra en cada legislación¹¹⁹.

1.6 Objeto o finalidad del recurso de apelación

El Objeto del Recurso de Apelación "constituye las materias, ámbitos o parcelas de la actividad Jurisdiccional a reexaminar, sobre lo cual ha de recaer la admisibilidad y procedencia de dicho recurso, que en principio son ilimitadas, únicamente a factores objetivos determinados por la ley y el caso concreto¹²⁰ -como el agravio causa, legitimación para apelar y las resoluciones de la cuales se recurre, etc.- Así el CPCM, reconoce y regula el objeto del recurso de apelación en el sistema Procesal Civil y Mercantil Salvadoreño, en su Art. 510, expresando precisamente, lo que es objeto y las finalidades del recurso de apelación.

Según la doctrina, el objeto del Recurso de Apelación va aparejado a los motivos del mismo, que de forma genérica son dos: los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*, esto es, los errores de juicio, de fondo

¹¹⁸ MONTERO AROCA, Juan, *Óp. Cit.*, P. 552. Aceptada Además Por Monje Balmaseda Oscar, Jorge Blanco López Y Enrique Gadea Soler, *Óp. Cit.*, Pp. 37-38. "Condiciones Para La Existencia De Una Real Segunda Instancia."

¹¹⁹ MONTERO AROCA, Juan., *Ibidem*, P. 555. "Son las comparaciones de los sistemas de Apelación, entre plena y limitada, inclusive una posición eclética retomando un sistema de ambas formas de Apelación."

¹²⁰ CABAÑAS GARCÍA, J., y otros, *Código Procesal Civil y Mercantil, Comentado*, Ed. CNJ, El Salvador, 2010, P. 555. "El citado autor no limita el objeto del Recurso a circunstancias taxativas, sino más bien, a la amplitud de toda la actividad jurisdiccional que sin duda es amplísima en la realidad jurídica."

o *in lure* y los errores de procedimiento, de forma o *in facto*. Constituyen los posibles errores de juicio o de juzgamiento, sea que provengan de la aplicación de las normas jurídicas o de la apreciación de los hechos o valoración de la prueba, así como la aplicación de las normas que regulan las garantías y actos procesales, no tratándose de un nuevo juzgamiento sino de confrontar, reexaminar o revisar, el contenido de la resolución recurrida con el material fáctico y jurídico ya incorporado en la primera Instancia, a fin de determinar si ese material ha sido correctamente enjuiciado. Como lo manifiesta Montero Aroca al referirse al ámbito de la apelación "contra la Sentencia, teniendo un objeto sobre el fondo y uno procesal"¹²¹.

En virtud de la apelación se atribuye al tribunal *ad quem* la competencia funcional para el conocimiento del proceso, pero las posibilidades de actuación de este órgano jurisdiccional no se extienden a resolver de nuevo sobre todas las cuestiones planteadas y decididas en la primera instancia, sino solamente respecto de aquellas que le sometan las partes, puesto que si bien el recurso de apelación, en cuanto a su ordinariedad, transfiere plena competencia funcional al órgano superior para volver a conocer del asunto planteado y debatido en primera Instancia.

Dicha transferencia no se traduce de modo absoluto e incondicionado, pues posee ineludibles limitaciones, de las cuales una, es aquel o aquellos pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que haya sido consentidos por la parte apelante, dado que deben ser tenidos los mismos por firmes pasados a autoridad de cosa juzgada y por ende ejecutoriados definitivamente, no pueden volver a ser considerados y resueltos por la

¹²¹ MONTERO AROCA, Juan y José Flores Maties, *Óp. Cit.*, Pp. 198-206. "El ámbito o espectro dentro del cual ha de versar la impugnación son dos, factores de fondo y de forma."

sentencia de apelación¹²², al haber quedado fuera totalmente de su ámbito de conocimiento, por no haber recurrido ninguna de las partes contra el expresado pronunciamiento o pronunciamientos por el Juez *a quo* en la sentencia de primera Instancia, traducido en el aforismo "*Tantum devolutum quantum appellatum*" cómo principio jurídico fundamental de este recurso.

Es pues, que si el Tribunal *ad quem*, por su propia y única iniciativa, vuelve a pronunciarse sobre los puntos no recurridos por el apelante agraviado, la sentencia que pronuncie está indudablemente afectada del vicio de incongruencia, además de desconocer la sanidad de la cosa juzgada, cabiendo para ello la procedencia del recurso extraordinario de casación en procuración de la sanidad de la legalidad aplicada por el Juzgador como *vigilante del ius constitutionis y proteccionista del ius litigatoris*.

Otra referida limitación que posee el tribunal de apelación en la sustanciación y decisión del recurso de apelación, configurándose como otro de sus principios fundamentales, es aquel en cuanto a que no puede hacer un pronunciamiento que agrave la situación que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia; agravación que indudablemente se produce cuando, desestimada por la sentencia de primer grado una excepción aducida por el demandado, sin que éste haya apelado la sentencia, ni se haya adherido a la apelación interpuesta tan solo por el demandante (que lógicamente no impugno dicho pronunciamiento desestimatorio de la excepción al serle favorable).

¹²² MONTERO AROCA, Juan y otro, *Ibidem.*, P. 208. "Los puntos no impugnados de la resolución recurrida pasan a ser cosa juzgada." Lo que significa que tales puntos no serán reevaluados ni mucho menos revisados por el tribunal de alzada competente para conocer de dicho recurso, ya que su conocimiento está limitado a lo enumerado en el escrito del recurrente lo cual lleva a que en la resolución plasmaran únicamente lo que este pidió por estar inconforme.

El Tribunal *ad quem* por su propia y exclusiva iniciativa, no solo vuelva a conocer de la repetida excepción, sino que, incluso, llega a estimarla, cuando dicho extremo haya quedado totalmente fuera de su ámbito de su conocimiento, en cuanto a pronunciamiento firme y pasado a la autoridad de cosa juzgada, configurándose dicho principio procesal fundamental en el aforismo "*Reformatio in peius*" como prohibición a todo tribunal de conocimiento superior a un debate procesal¹²³.

De forma excepcional, el conocimiento del tribunal puede exceder de lo que fue objeto de conocimiento en la primera instancia, extendiéndose a determinados hechos nuevos, no conocidos ni valorados por el juez *a quo* diferenciando los hechos nuevos¹²⁴ y los hechos de nuevo conocimiento¹²⁵. El recurso de apelación posee como objeto también un contenido o ámbito procesal, y este se manifiesta a través de dos circunstancias, a saber: infracciones a las normas y garantías procesales durante el desarrollo o tramitación del proceso en primera instancia o en la sentencia de la cual se recurre.

La infracción procesal en la tramitación del proceso, puede dar lugar a dos circunstancias: a la subsanación del defecto cuando fuere posible

¹²³ VESCOVI, E., *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Óp. Cit., p. 46

¹²⁴ Hechos nuevos son aquellos ocurridos con posterioridad al momento preclusivo en que cabe alegarlos en la primera instancia, el conocimiento de estos por parte del Tribunal *Ad Quem* se justifica por la necesidad de que el órgano superior y decisorio de la causa en Apelación pueda conocer la situación actual que sea objeto del litigio, si es que ésta hubiera llegado a cambiar en la realidad extraprocesal, una vez y cuando, solamente, sean dichos hechos de relevancia imperativa para la decisión del pleito.

¹²⁵ Los Hechos anteriores no conocidos o Hechos de Nuevo Conocimiento, son aquellos ocurridos con anterioridad al momento de la posibilidad de su alegación preclusiva, pero conocidos por la parte con posterioridad a éste, concurriendo además de ello, la característica de relevancia imperativa para la decisión del caso, siendo además justificado dicho conocimiento posterior por la Parte interesada, mediante datos objetivos de la realidad o razonabilidad del desconocimiento anterior y de posterior conocimiento, habilitándose por medio de la aportación de prueba en segunda instancia, regulado en el Art. 514 del CPCM.

concediéndose un plazo para ello y a la nulidad de lo actuado, ello en el sentido que si el defecto no pudiere ser subsanado en la segunda Instancia, en cuyo caso entrara a conocer sobre el fondo de la cuestión, decidiendo lo que a derecho corresponda.

Las infracciones procesales cometidas en la sentencia, la consecuencia de la estimación del recurso por esta causa, trasciende a la nulidad únicamente de la sentencia recurrida, sino que el Tribunal *ad quem* en su propia sentencia de apelación, primero revoca la recurrida y luego procede a subsanar el defecto entrando a resolver sobre la cuestión o cuestiones que fueren objeto del proceso, claro ejemplo se encuentra en la incongruencia de la sentencia recurrida, al no encontrarse debidamente la vinculación a los hechos alegados y fijados por las partes y la decisión del debate. Esto puede dar lugar a que la primera sentencia sobre el fondo sea la que se dicte por el Tribunal de apelación, con lo que se quiebra, en este caso, el principio de la doble instancia.

1.7 Elementos objetivos de la apelación

La configuración del recurso de Apelación, como toda figura jurídica procesal, está compuesta por una serie de elementos, que para el caso, son divididos en Objetivos y Subjetivos, en consideración a su composición se analizan los elementos objetivos que se detallan a continuación¹²⁶.

1.7.1 El Tribunal competente

Dentro de los aspectos esenciales de la composición del recurso de apelación, dentro de los llamados elementos objetivo, que aluden

¹²⁶ MONJE BALMASEDA O., y otros, *El Proceso Civil, (Recursos, Ejecución y Procesos Especiales)*, Óp. Cit., p. 25

específicamente a ciertos entes procesales que intervienen en el desarrollo del procedimiento de dicho recurso, se encuentra precisamente el Tribunal *ad quem* como aquel a quien la legalidad procesal ha establecido con la competencia para conocer, sustanciar y "decidir sobre el recurso de apelación interpuesto de la resolución de su inferior en grado"¹²⁷.

La Competencia funcional está definida como la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto, de conformidad a la función asignada por la ley, como un criterio propio para establecer la misma. Tradicionalmente se ha dicho que es la medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, "a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cuantía, del territorio, de la función"¹²⁸.

La Jerarquía judicial con base en los principios de las dos instancias, y mayor facilidad para el desempeño de sus funciones, son los dos elementos de la competencia funcional.

Como consecuencia del factor funcional, se infiere que las sentencias no pueden ser revocadas, reformadas ni declaradas nulas por el mismo juez que las dicta, únicamente el superior puede hacerlo por apelación; al paso que las demás providencias (autos o decretos) pueden ser revisadas, reformadas y revocadas por el mismo juez que las dicta, a petición oportuna de la parte interesada y en ocasiones de oficio, siempre cuando la ley lo permita¹²⁹. También es consecuencia del criterio de competencia según la funcional que el inferior no puede proceder contra resolución ejecutoriada del

¹²⁷ MONTERO AROCA, Juan, *Óp. Cit.*, P. 160.

¹²⁸ CANALES CISCO, Oscar Antonio, *Óp. Cit.*, P. 140. "a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cuantía, del territorio, de la función".

¹²⁹ BENABENTOS Omar, *Óp. Cit.*, p. 212.

superior, aun cuando se halle convencido de que este incurrió en grave error.

El factor funcional determina cuáles son los superiores jerárquicos de todo funcionario judicial, en cada circunscripción territorial; porque los jueces dependen únicamente de sus superiores en la misma circunscripción y solo las providencias de estos los obligan¹³⁰. De acuerdo a la Legislación nacional la competencia para decidir el recurso de apelación depende de al menos dos factores: la clase de proceso judicial y el funcionario judicial que haya conocido en primera instancia¹³¹.

El CPCM establece quienes, y en qué casos, conocerán en Apelación:

a) Las Cámaras de Segunda Instancia, cuando haya sido un juzgado de primera instancia el que dictó la resolución -Auto Definitivo o Sentencia- de la cual se recurre, conociendo en Primera Instancia. Art. 29 Ord. 1º.

b) La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando las Cámaras de Segunda Instancia hayan conocido en Primera Instancia. 28 Ord. 3º.

De conformidad al Decreto 372 de Creación y Transformación de Juzgados que serán competentes para conocer de los procesos a que se refiere el código procesal civil y mercantil, publicado a partir del veintisiete de mayo del año dos mil diez, en sus Arts. 7 al 10 determina, en su caso, que serán las Cámaras de Segunda Instancia de lo Civil que conocerá de los procesos de Primera Instancia tramitados en los respectivos juzgados de primera instancia, determinados en dicho decreto.

¹³⁰ CANALES CISCO, Oscar Antonio *Óp. Cit.*, P. 140.

¹³¹ CANALES CISCO, Oscar Antonio, *Ibidem.*, P. 141

1.7.2 Legitimación

Estarán legitimados para interponer el recurso de apelación quienes han sido parte en el proceso, como demandantes o demandados, contra la resolución que les son desfavorables¹³².

En torno a ello el Art. 66 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que es legitimado para actuar como parte en un proceso los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión, en relación con el Art. 501, dado que su interés legítimo reconocido se encuentra precisamente en ser gravado con la resolución de la cual se recurre en apelación, asistiéndoles el derecho a impugnar Constitucionalmente reconocido¹³³.

Para el caso de los litisconsortes¹³⁴ el CPCM establece, en el dicho Art. 501, que igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados, aun cuando no se hubieran convertido en partes. Sobre el litisconsorcio voluntario, como ha establecido cierto grupo de la doctrina no es un auténtico litisconsorcio sino un supuesto de acumulación de acciones. Aunque se dicte una única sentencia, habrá tantos pronunciamientos individualizados como pretensiones; en consecuencia, podrá cada litisconsorte recurrir separadamente e independientemente contra el pronunciamiento que le afecta, pero lo resuelto solo a él aprovecha o

¹³² PICATOSTE BOBILLO, Juan, *Óp., Cit., P. 144*.

¹³³ GARBERI LLOBREGAT, J., y otros, *Los Procesos Civiles: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia: Arts. 281 a 516 LEC*, T. 3, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 712, 715

¹³⁴ CANALES CISCO, Oscar, *Óp. Cit.*, p. 21. "La doctrina es amplia en este sentido al legitimar no solo a la partes acreditadas legalmente en el proceso sino aquellas y litisconsortes que afecte una resolución determinada, esta concepción doctrinal es la que sostienen en los Códigos Procesales de los diferentes países y precisamente es la que inspiró a el legislador para así establecer en el artículo 501 del Código Procesal Civil y Mercantil."

perjudica. El litisconsorcio necesario, pese a la pluralidad de sujetos, hay unidad de objeto procesal, es decir, pretensión única, respecto de la cual los varios sujetos están -activa o pasivamente- legitimados.

En este caso, cualquiera de ellos estará legitimado para apelar, sin que sea necesario que lo hagan todos a la vez, y la sentencia que recaiga afectara a todos, es decir, incluso a los que aquietaron su derecho sin recurrir; así mismo, si el recurso prospera, beneficiara a todos los demás litisconsortes, en configuración del llamado efecto extensivo del recurso. Si por el contrario, el recurso de apelación no prospera, sus consecuencias negativas -pago de costas procesales- solo recaerán sobre el litisconsorte apelante¹³⁵.

Para el caso de los terceros, o terceristas excluyentes o coadyuvantes, según sea el caso, se entiende por tales, quienes en la primera instancia no fueron parte ni se incorporaron en calidad de intervinientes en el Proceso, poseen legitimación para apelar en tanto la sentencia de la cual se recurre les cause un agravio directo, real y personal en la esfera jurídica de sus derechos o interés. Pueden existir tres supuestos a saber:

1) Los terceros que, pese tal condición y no haber sido llamados a ser parte en el proceso, han sido condenados por la sentencia.

2) El que no fue llamado al proceso, pero que debía haber sido llamado a ser parte (su ausencia del proceso puede ser debida, incluso, a un designio fraudulento de la parte actora) y tal circunstancia le causa un agravio, y

¹³⁵ ESCRIBANO MORA, F., y otros, *El Proceso Civil: Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Óp. Cit., P. 3587

3) El que no fue llamado al proceso porque no tenía por qué haber sido parte, aun que tienen un interés que se ve afectado por la resolución que recae en el litigio. En todos estos casos, excepcionales sin duda, se encuentran legitimados para recurrir en apelación¹³⁶.

1.8 Elementos Subjetivos

La composición del Recurso también encuentran asidero las personas que en el intervienen como parte de la Subjetividad en la que el mismo está envuelta, así están:

1.8.1 El Agravio

El Primer elemento subjetivo compositivo y habilitante del medio impugnativo llamado apelación es el agravio, del que se extraerá su definición, elementos, características, funciones y tipos.

El agravio, como condición subjetiva e ineludible para recurrir por medio de cuales quiera que sea el medio de impugnación, es de tal trascendencia para el recurso de apelación, que se encuentra en la composición conceptual de dicho recurso, dado que todo agravio, gravamen, perjuicio o situación jurídica desfavorable causada por una resolución determinada como apelable por la legalidad procesal civil y mercantil puede ser impugnada para ser revisada o reexaminada por un tribunal superior en grado de ese modo poder revocarla, anularla o reformarla total o parcialmente, es consustancial a los recursos y de necesaria observancia para acceder al recurso de apelación¹³⁷.

¹³⁶ CANALES CISCO, Oscar Antonio. *Óp. Cit, P. 145.*

¹³⁷ OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana., *Óp. Cit., P. 93.*

El Código Procesal Civil y Mercantil expresamente reconoce la existencia subjetiva del agravio como condición de recurribilidad de la resolución que se considere desfavorable, en su Art. 501 Inc. 1 al manifestar como principio general aplicable a todo recurso, que "*Tendrán derecho a recurrir las partes gravadas por la resolución que se impugna. Igual derecho asistirá a los litisconsortes que resultaren gravados, aun cuando no se hubieran convertido en partes,*" estableciendo obligatorio señalamiento para la legitimación activa del apelante en segunda instancia¹³⁸.

Diversas son las formas en las que puede ser definido el *agravio*, más de forma clara puede establecer como "la diferencia entre lo pretendido o reconocido previamente por los litigantes y lo concedido por la resolución, que resulta perjudicial para alguno de ellos¹³⁹".

Se entiende, por tanto, por resolución desfavorable y, consecuentemente, recurrible: para el demandante, cuando no se estima toda la demanda; para el demandado, cuando no se desestima íntegramente la demanda; si la estimación o desestimación es parcial, sólo es posible el recurso en los aspectos cuyo pronunciamiento ha sido desestimado en el primer caso y estimado en el segundo. De esta forma, no cabe el recurso interpuesto por el favorecido con un pronunciamiento absolutorio sobre el fondo¹⁴⁰.

Las peculiaridades propias del Agravio, para considerarse existente como tal en la resolución que se impugna son los que a continuación se detallan.

¹³⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derecho básicos*, ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 432.

¹³⁹ OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana., *Óp. Cit.*, P. 95.

¹⁴⁰ OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana., *Ibídem.*, P. 96.

1.8.1.1 Personal

Sólo está legitimado para interponer el recurso de apelación quien resulte agraviado por la decisión del Juez de primera instancia, lo que no impide que pueda ostentarse por vía de representación o sustitución, dado el daño directo en la esfera jurídica de los derechos del recurrente.

1.8.1.2 Objetivo

Es necesario que el gravamen sea el resultado de los efectos producidos por la resolución de primera instancia en la esfera de derechos e intereses legítimos de un individuo.

Es posible poder afirmar que la resolución judicial apelable puede ser perfectamente justa y legal ya que lo único que se precisa para poder impugnarla es que cause gravamen a alguno de los litigantes, pues para que la resolución que se pretenda recurrir irrogue algún gravamen a estas personas.

Es necesario también que las mismas se vean afectadas por la cosa juzgada de dicha resolución, o de forma más amplia, por los efectos que produce la resolución impugnada.

1.8.1.3 Legítimo

Esta característica se configura en la medida que se justifica en un error judicial, en la infracción de un precepto legal, en las formalidades de un acto procesal, en la violación de una garantía del proceso o en la vulneración de un contrato privado.

El gravamen marca el interés necesario para poder interponer un recurso¹⁴¹. El recurso de apelación, debido a su carácter ordinario, no tiene establecidos unos motivos específicos. Pero, la apelación precisa de algún fundamento que determine su existencia. Este fundamento es el interés objetivo y personal de quien recurre. Indudablemente, el interés de la apelación nace del gravamen que causa la resolución contra la que se recurre. Como señala la doctrina, sin gravamen no hay interés, y sin interés nada cabe solicitar de la administración de justicia¹⁴².

1.8.1.4 Actual

Esto es que debe existir en el momento de interponer el recurso, no puede ser futuro. La utilidad práctica para la casuística forense salvadoreña del agravio dentro del proceso para la intelectualidad jurisdiccional y de los litigantes en el proceso¹⁴³.

1.8.1.5 Determina el objeto del recurso de apelación

La apelación debe centrarse en aquellos pronunciamientos de la resolución dictada en primera instancia que sean desfavorables para quien interponga el recurso. De esta forma, queda fijado el objeto sobre el que versará el recurso de apelación.

El CPCM establece en su Art. 511 Inc. 1º que *“En el escrito de interposición del recurso se expresarán con claridad y precisión las razones*

¹⁴¹ ORTELLS RAMOS, M, y otros, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, 1997, Valencia, p. 299.

¹⁴² OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana. *Ibidem.*, P. 99. Por lo que será uno de los requisitos indispensables de la apelación: el agravio.

¹⁴³ FORNACIARI, Mario Alberto *Modos Anormales de Terminación del Proceso*, t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988. p. 1.

en que se funda el recurso...” dado esto por el establecimiento preciso y necesario del objeto del debate y posterior decisión, salvaguardando la debida congruencia procesal entre lo pedido y lo resuelto, sin transgredir a una resolución mayormente peyorativa, de manera que, si se limitase a apelar la sentencia definitiva sin más concreciones, el tribunal *ad quem* pudiera extender su conocimiento a cualquier pronunciamiento de la resolución que sea desfavorable para el apelante. El objeto del recurso de apelación quedará fijado con base en el gravamen producido por la resolución judicial que se pretende apelar.

1.8.1.6 Determina la legitimación del apelante al recurrir

El agravio producido por la resolución dictada en primera instancia señala quien está legitimado para apelar de ella. Así, legitimación y gravamen aparecen como presupuestos necesarios, subjetivo y objetivo respectivamente, en el recurso de apelación, íntimamente relacionados, consustanciales entre sí, de manera que no es posible concebir uno sin el otro, si no se está legitimado no se puede recurrir, y si no se tiene gravamen no se está legitimado. Son requisitos complementarios.

El agravio de trascendencia procesal, debe fundamentarse en la concurrencia de dos elementos: el material y el jurídico, entendiéndose por el primero, cualquier daño, lesión, afectación o perjuicio definitivo que la persona sufra en forma personal y directa en su esfera jurídica; y el segundo -el elemento jurídico- exige que el daño sea causado o producido en ocasión o mediante la violación de los derechos jurídicamente reconocidos¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Sala De Lo Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Sentencia dictada en Proceso de Amparo bajo referencia 423-97AC Membreño Vs Juzgado Segundo de lo

Las Formas en las que puede manifestarse el agravio para habilitar la impugnación de la resolución judicial son los que se detallan a continuación:

a) Agravio total y agravio parcial

Un primer criterio de clasificación del gravamen se obtiene tomando en cuenta los extremos de la resolución que causen perjuicio: si se trata de todos los pronunciamientos de la decisión existe un gravamen total; si, por el contrario, sólo afecta a una parte de la misma, el gravamen será parcial.

b) Agravio material y agravio procesal o formal

De acuerdo a la materia sobre la que verse el descontento producido por la resolución judicial del Juez *a quo* se encuentra este criterio: el Agravio puede ser de derecho material y de derecho procesal.

Habrá gravamen de derecho material para "quien considere a bien interponer un recurso, si hay incongruencia entre la resolución y las peticiones de los litigantes." Esto es, cuando el Juez no ha fallado sobre lo pedido por las partes, sino sobre otros extremos no alegados ni probados por éstas o basándose en una calificación jurídica que no guarda ninguna relación con lo solicitado por las mismas, se puede calificar su resolución de incongruente. El Juez de primera instancia, con base en la máxima *iura novit curia*, aplica el derecho en la forma que considere correcta, sin estar obligado a tener en cuenta las interpretaciones de las partes¹⁴⁵.

El agravio es procesal cuando falta alguno de los presupuestos procesales y se pone de manifiesto en el proceso a través de la alegación de

Mercantil de S.S -Agravio, en San Salvador, a las nueve horas con nueve minutos del día veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve, Considerando I.1.

¹⁴⁵ OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana., *Óp. Cit.*, P. 114.

excepciones procesales que llevan a rechazar la demanda por ser inadmisibles procesalmente¹⁴⁶ y no por ser infundada, se produce gravamen o perjuicio y se abre la vía de la apelación¹⁴⁷.

1.9 Principios del recurso de apelación

Los principios básicos de los recursos están constituidos por todas aquellas reglas de carácter general y universal que se aplican a todo tipo de recursos, que evidentemente ayudan a una mejor interpretación y sustanciación de los mismos, no perdiendo de vista el derecho a una pronta y cumplida justicia, así como el principio de legalidad en las actuaciones y el respeto al Estado de Derecho imperante en un determinado país.

El estudio, análisis, interpretación y aplicación de estos principios en auxilio en las resoluciones de los diferentes recursos que se interponen en la práctica jurídica son de vital importancia ante las lagunas de derecho o vacíos de ley en cuanto a la normativa referente a los recursos, que a la vez pueden surgir en un momento determinado como fuente de Derecho, como ya lo prevé el artículo 19 del Código Procesal Civil y Mercantil.

1.9.1 Principio dispositivo o de justicia rogada

Este principio se traduce en la facultad que tienen las partes de disponer del objeto del proceso y asimismo extendido, al proceso mismo. Actualmente, el principio dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso. Poseyendo las implicaciones siguientes:

¹⁴⁶ Por estimar un vicio procesal que impide entrar en el fondo del asunto.

¹⁴⁷ Están son las sentencias absolutorias en la instancia, donde el Juez a quo no se pronuncia sobre el fondo del asunto por haber estimado alguna excepción alegada por el demandado. La resolución judicial dictada tiene un contenido meramente procesal.

1. Que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte;
2. La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes. En otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia;
3. Los órganos jurisdiccionales deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas;
4. Las partes también pueden ponerle fin a la actividad jurisdiccional, disponiendo del interés cuya satisfacción se solicita. Componiéndose básicamente de tres circunstancias:
 - a) Es la facultad de las partes, sobre el impulso inicial y posterior del Proceso, figurado como en el Art. 276 CPCM.
 - b) La disponibilidad del objeto litigioso, reflejado en los Arts. 126 y ss. CPCM.
 - c) La aportación de pruebas, evidenciado en el Art. 288 CPCM.

Este principio procesal, de aplicación general al proceso, posee desarrollo pleno en el recurso de apelación, dado que es la parte recurrente, afectada con una resolución judicial -sentencia o auto definitivo- la que da inicio o impulso en primicia al recurso de apelación, manifiesto en la interposición de su escrito del recurso, la proposición de prueba -según los requisitos legales para ello- así como en la alegación de sus pretensiones, argumentaciones y fundamentaciones de hecho y de derecho en audiencia.

1.9.2 Principio de oficiosidad

Este principio jurídico procesal habilita al juzgador a que una vez interpuesto el recurso de apelación, impulse el proceso con el fin de evitar

toda dilación indebida, o diligencia innecesaria, tomando las medidas pertinentes para impedir la paralización del proceso, convirtiéndolo no en mero espectador de la actividad de las partes, sino participe activo del proceso, en ordenador y director del mismo, haciendo que el juzgador sea el encargado de conducir el proceso, dando el impulso oficioso que corresponda.

Además, la dirección formal del proceso atiende a quién asumirá en el mismo las facultades de controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra. La dirección formal no se refiere ni afecta al contenido del proceso; afecta al proceso en sí mismo considerado. En el caso que un Juez incurra en algún atraso injustificado para dictar su correspondiente sentencia, es decir, no haya dado el impulso de oficio al proceso, es aplicable la sanción prevista en el Art. 417 CPCM.

Este principio está regulado en los Art. 14 CPCM, cuya aplicabilidad en la apelación es manifiesta desde la interposición del recurso, dado que es desde este acto procesal que el Tribunal de apelación - Cámaras de segunda instancia con competencia en lo Civil-, posee las facultades-deberes de ordenación y dirección oficiosa del proceso, brindado comunicación a la contraparte recurrida del recurso de apelación interpuesto contra la resolución judicial.

1.9.3 Principio de Preclusión

Este principio hace referencia al agotamiento de una etapa procesal o de un acto procesal con la realización de la subsiguiente etapa o el sucesivo acto procesal, además del cumplimiento de los plazos o términos para

realizar estos, esto es, que carecen de eficacia aquellos actos que se cumplen fuera del periodo de tiempo legalmente establecido, que les está asignado dada la necesidad de que el proceso se dirija hacia la cosa juzgada sin retroceder a etapas concluidas, resulta tan evidente en el procedimiento de segunda instancia como en cualquier otro estado de la *litis*.

Es una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio pero viene a ser, como se ha observado, el precio que el proceso paga por una relativa rapidez en su tramitación, configurándose en una carga procesal para determinado acto a realizar y posibilidad procesal para otros. Se encuentra representado dentro del proceso de apelación regulado para el proceso civil y mercantil, en los plazos que en éste tienen que llevarse a cabo por las partes para su impulso procesal, en principio dentro el plazo para interponer el recurso, cinco días hábiles luego de la notificación de la respectiva resolución judicial de la cual se recurre.

1.9.4 Principio de "*Tantum devolutum quantum appellatum*"

Este principio impone que la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes¹⁴⁸.

Dentro de un sistema básicamente de apelación limitada, si bien concesiones al *ius novorum*, que supone un elemento corrector propio del

¹⁴⁸ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, referencia 197-98, Rendo svrs. Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador, dictada en Antiguo Cuscatlán, a las nueve horas del día quince de junio de mil novecientos noventa y nueve, considerando III. 3.

sistema de apelación plena, el tribunal *ad quem*, aun no estando ante un nuevo juicio, si lleva a cabo un nuevo enjuiciamiento del asunto, con plenitud de conocimiento, en cuanto a los hechos y al derecho, dentro de los límites acotados por la pretensión impugnativa, en virtud del principio en comento. Imposibilitando al juzgador superior de conocer o decidir sobre extremos que hayan sido consentidos por las partes por no haber sido objeto de impugnación, siendo las concretas pretensiones que el apelante o apelantes hayan formulado las que, en consecuencia, delimitan el ámbito del recurso¹⁴⁹.

¹⁴⁹ PALACIO, Lino Enrique, *Los recursos en el Derecho penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 19. Es la última fase del procedimiento de los recursos. La decisión debe responder a los motivos de la impugnación, el resultado de la misma también depende de la finalidad del recurso específico que se interponga y de los alcances que a él le atribuye la ley, así como de la extensión de los poderes que se atribuyan al juez o tribunal llamado a decidirlo.

CAPITULO IV

LA APLICACIÓN DEL RECURSO DE APELACION

SUMARIO: CAPITULO IV; LA APLICACIÓN DEL RECURSO DE APELACION; 1. CLASIFICACIÓN DE LA APELACIÓN EN EL CPCM; 1.1 Apelación Plena; 1.2 Apelación Adhesiva; 2.PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN; 2.1 Sentencias; 2.2 Autos definitivos; 2.3 Resoluciones que la ley expresamente determina; 3. FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN; 4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN; 5. OPORTUNIDAD PROCESAL; 6. EFECTOS DE LA APELACIÓN; 6.1 Efecto suspensivo; 6.2 Efecto Devolutivo;7. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA; 7.1 Efectos que determinan la interposición de la apelación; 7.2 Emplazamiento de las partes; 7.3 Remisión del proceso y del recurso; 8. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA; 8.1 Contenido de la segunda instancia; 8.2 Inadmisibilidad; 8.3 Requisitos del examen de admisibilidad;8.4 Causas que determinan la inadmisibilidad; 8.5 Improcedencia del recurso de apelación, 8.5.1 Requisitos para determinar la improcedencia; 8.5.2 Resoluciones que no admiten apelación; 9. ABUSO DEL DERECHO A APELAR; 10. DELIMITACION DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

1. CLASIFICACIÓN DE LA APELACIÓN EN EL CPCM

La amplitud del estudio del recurso de apelación exige el análisis elemental de las formas que éste adopta en la realidad jurídica, su clasificación se manifiesta a continuación.

1.1 Apelación Plena

La apelación plena es aquella que "permite al tribunal superior contar con todos los elementos probatorios y materiales de hecho necesarios a efecto de proceder al segundo examen del proceso recurrido¹⁵⁰. Es decir, que con la interposición y en la sustanciación del recurso se amplía las facultades de las parte recurrentes para adicionar elementos novedosos, proponiendo y practicando nuevos medios de prueba con alegaciones

¹⁵⁰ PARADA GÁMEZ, Guillermo Antonio, *Óp. Cit., P. 297.*

nuevas, incluso desconocidos completamente por el juez *a quo* en primera instancia.

1.2 Apelación Adhesiva

Puede ser definida como aquella que concede la facultad a la parte cuya pretensión u oposición fue parcialmente desestimadas por la sentencia, y que a pesar de ello se abstuvo de apelar, a fin de que, en oportunidad procesal apropiada, refute el aspecto de la sentencia que le es desfavorable y solicite en consecuencia su reforma parcial, encontrándose regulada en los Arts. 514 y 515 CPCM, estableciendo el derecho tardío quien por no apelar la resolución judicial dentro de plazo, había automáticamente pasado a tomar la condición de parte recurrida, y con ello a suponérsele a favor de la resolución y en contra del recurso, a "poder desplegar una postura diferente, manifestando su voluntad de adherirse al recurso ya interpuesto, es pues la asunción como propio de un planteamiento impugnativo ajeno implicando unidad de actuación.

Se requiere como requisito de procesabilidad que la sentencia recurrida no haya sido totalmente favorable ni totalmente desfavorable al adherente, esto es, que solo puede estar legitimado para adherirse quien ha triunfado en la mayoría o en lo más importante de sus pretensiones y pretende que se le concedan las restantes que, por fuerza han de ser accesorias, pues de lo contrario, carecería de un requisito o elemento objetivo de toda impugnación, el gravamen según el Art. 501 CPCM, como presupuesto esencial.

Los límites establecidos para esta clasificación de la apelación son dos esencialmente, no podrá alterarse ni el objeto del recurso originalmente interpuesto, ni el *petitum* de esa adhesión podrá ir más allá de la nulidad,

pues para intentar reivindicar la declaración de derechos o situaciones jurídicas individualizadas, o pedir condenar a su favor, tendría que haber apelado al principio¹⁵¹.

2. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

La procedencia del recurso está y debe estar sujeto a la concurrencia de una serie de presupuestos dirigidos al objeto del proceso.

Aldo Bacre expone el tópico de los presupuestos procesales de procedencia del Recurso, pero con otra denominación, el autor los llama Recaudos de admisibilidad o Juicio de admisibilidad, que tiene como fin controlar que estén dados los recaudos formales para que luego el juzgador pueda entrar a resolver sobre el mérito, fundabilidad o fundamentación como llaman otros del acto impugnado; es decir, la fase de admisibilidad constituye una etapa previa en la cual se verifican los supuestos formales y se condiciona la entrada del recurso a su consideración en el fondo.

El autor Osvaldo Alfredo Gozaíni¹⁵² les denomina a estas condiciones de admisibilidad formales del Recurso y que son previas al análisis del fondo pues no puede haber declaración sobre el mérito si no existe una declaración judicial que admita y conceda el recurso.

El Título Tercero del CPCM, concerniente al recurso de apelación, establece en el Art. 508, que resoluciones son recurribles, las cuales son: a)

¹⁵¹ PARADA GÁMEZ, Guillermo Antonio, *Ibídem*, P. 573.

¹⁵² GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Recursos Judiciales*, s/ed. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 747. "En el mismo sentido expone nueva denominación como Condiciones del recurso y aclara que el estudio del cumplimiento de estos es previo al pronunciamiento sobre el fondo del recurso interpuesto."

Las sentencias; b) Los autos que pongan fin al proceso y c) Las resolución que la ley señala expresamente.

Las resoluciones judiciales según el Código de Procedimientos Civiles “eran denominadas de manera general como providencias judiciales, las cuales a su vez se les dividía en: sentencia definitiva, sentencia interlocutoria o autos y los decretos de sustanciación. La normativa derogada les entendía de la siguiente manera: la primera como aquella en que el juez, concluido el proceso, resuelve el asunto principal, condenando o absolviendo al demandado; las segundas, como las que se dan sobre algún artículo o incidente; y finalmente a la tercera, como las providencias que expide el juez en el curso del proceso (...)”¹⁵³.

“Con la implementación del Código Procesal Civil y Mercantil, a las resoluciones judiciales antes llamadas providencias judiciales se les divide, de acuerdo a su contenido en las siguientes clases: decretos, autos y sentencias. En esencia, ambas categorías de resoluciones judiciales reguladas en el derogado CPC., y el CPCM., se identifican, en cuanto a su contenido. A pesar de esa identidad conceptual sobre el tema de las resoluciones judiciales en los cuerpos normativos, estas se distinguen esencialmente por el momento y la forma en que se pronuncian; pues en el primer cuerpo normativo, las providencias se dan únicamente por escrito; en cambio, en los procesos por audiencias, las resoluciones judiciales pueden

¹⁵³ CANALES CISCO, Oscar, *Óp. Cit.*, pp. 91-93. las sentencias interlocutorias se subdividían a su vez en interlocutorias simples, interlocutorias con fuerzas de definitivas que a su vez se separaban en sentencias interlocutorias de las que producían daño irreparable y las que producen daños de difícil reparación. Así mismo comprendía las sentencias interlocutorias de las que ponen termino al proceso haciendo imposible su continuación, entendiéndose por tales todas aquellas sentencias que aun siendo interlocutorias le ponen fin a la instancia, como la que declara la inadmisibilidad de la demanda, la improponibilidad de la demanda.

pronunciarse tanto de manera escrita, como de forma oral durante las audiencias y en el intermedio de estas”¹⁵⁴.

2.1 Sentencias

Para Devis Echandia la sentencia es “el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y de las excepciones de mérito o fondo del demandado”¹⁵⁵. Es decir que toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y las conclusiones, Pero al mismo tiempo contiene un mandato, pues la sentencia se caracteriza por tener un carácter impositivo, ya que vincula y obliga.

Chiovenda, afirma que “sólo puede considerarse sentencia el acto de los órganos jurisdiccionales que contenga la decisión de certeza de una relación y que no sea ya impugnabile, al haber transcurrido inútilmente los términos para apelar”¹⁵⁶.

Ya que para él el modo normal de terminación de un proceso es por el pronunciamiento de una sentencia definitiva que constituye el acto mediante el cual, el juez decide el mérito de la pretensión y cuyos efectos trascienden

¹⁵⁴ CABAÑAS GARCÍA, J., y otros, *Óp. Cit.*, p. 204.

¹⁵⁵ ECHANDIA, DEVIS Hernando. *Óp. Cit.*, p. 457.

¹⁵⁶ CHIOVENDA, José, citado por ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. I, Ed. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1983, p. 391. Aunque para algunos doctrinarios tal opinión no es aceptable debido a que la naturaleza de una sentencia no lo constituye su carácter de impugnabilidad, ya que para que se le pueda atribuir a un acto de los órganos jurisdiccionales el carácter de sentencia, son necesarios solamente dos caracteres imprescindibles, el carácter formal en virtud del cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales emitido según los requisitos formales establecidos por las normas procesales; y un carácter sustancial, según el cual es sentencia todo acto de los órganos jurisdiccionales que declaren cierta una relación jurídica, material o procesal incierta.

el proceso en el que fue dictada, pues lo decidido en ella no puede ser objeto de revisión en ningún otro proceso cosa juzgada.

La formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales, tiene varios grados, en el ejercicio del primer grado y hasta el vencimiento de los términos para presentar el recurso, es imperfecto, mientras que la sentencia de primer grado es un acto autónomo *per se* y persiste como acto de declaración de la voluntad de los órganos jurisdiccionales, mientras no sea revocada o modificada por una nueva sentencia, es decir por una sentencia de segundo grado, la cual constituye un nuevo acto de declaración de certeza del acto¹⁵⁷.

La sentencia se trata de la resolución que involucra más gravemente los derechos de los litigantes ya que de quedar firme provocará importantes modificaciones patrimoniales favorables o desfavorables- debido a la íntima relación existente entre cosa juzgada y derecho de propiedad.

Este tipo de providencia judicial está constituida como la forma normal de resolver una causa debatida en un proceso. El Art. 212 inc., último del CPCM, define como “aquellas que deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso,” según la doctrina, las sentencias son aquellas resoluciones que deciden el asunto principal después de agotados los trámites del proceso, y para aquellas otras resoluciones que sin llenar estos requisitos sean designadas como tales por la ley, es decir, aquellas resoluciones que impiden o ponen fin al proceso de que se trate, ya sea declarativo, especial o cautelar, ya sea vía principal como incidental, la forma

¹⁵⁷ ROCCO, Ugo, *Op. Cit.*, p. 392. En efecto si la sentencia de primer grado es confirmada por la sentencia de segundo grado, la primera continúa existiendo y desplegando sus efectos jurídicos, pero si es reformada, y se deja sin efecto en todo o en parte deja ella de existir y de producir sus efectos jurídicos.

que se adopte por parte de esta resolución, ya sea auto o sentencia dependerá del contenido de la misma o del momento procesal en la que es dictada, resultando que las sentencias son aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida luego de sustanciarse a plenitud todas las etapas del procedimiento¹⁵⁸.

Para este contenido, la doctrina ha establecido que rige el principio de universalidad, dado que son apelables las sentencias dictadas en toda clase de juicios, sin excepción, salvo disposición expresa en contrario”, pues cualquiera que sea el tipo de pretensión sobre la que resuelve, “en toda clase de procedimiento y sea cual fuere la cuantía, tendrá acceso a la apelación, dado el carácter ordinario que reviste este recurso característicamente.

El supuesto más importante lo constituye la sentencia definitiva, que es apelable en toda clase de proceso. El contenido de la misma no determina su recurribilidad, pues todas las sentencias de primera instancia son apelables sin excepción.

2.2 Autos definitivos

Son definitivas aquellas resoluciones que impiden o ponen fin al proceso de que se trate, ya sea éste declarativo, ejecutivo o cautelar, tanto en la vía principal como de incidente¹⁵⁹. En cuanto a los autos definitivos, todos éstos son apelables, porque cierran el proceso en la instancia antes de

¹⁵⁸ Un proceso termina normalmente cuando en él se pronuncia sentencia de fondo, es decir, se entra a conocer el asunto o *thema decidendi* para estimar o desestimar lo pedido, según la competencia material del respectivo tribunal.

¹⁵⁹ Los autos simples son providencias pronunciadas a instancia de parte o de oficio, y pueden versar sobre incidencias o cuestiones accesorias, es decir, no resuelven el objeto principal del proceso, pero indirectamente se relacionan al mismo o inciden en la posibilidad de conocer del fondo de tal pretensión.

que concluya su tramitación de manera ordinaria. Pero presenta excepciones, como la del Art. 278 CPCM, donde la inadmisibilidad de la demanda de un proceso común que es un auto definitivo, no admite el recurso de apelación, sino revocatoria¹⁶⁰.

La doctrina procesal, así como la legislación, ha establecido que son apelables todos los autos definitivos, entendiendo por tales los que ponen fin a la primera instancia, impidiendo o haciendo imposible su continuación. El CPCM los define en su Art. 212¹⁶¹ "si le ponen fin al proceso, haciendo imposible su continuación en la instancia o por vía de recurso, o si así lo determina este código.

Tendrán tal condición aquellos autos que, al acoger en la audiencia preparatoria del proceso común, o de la audiencia única del proceso abreviado o para el caso de los procesos especiales, una o unas excepciones procesales determinantes sobre las formas del proceso o de sus presupuestos, pongan fin al proceso por estas circunstancias impidiendo la prosecución del mismo. Las dictadas que en su ocasión pongan finalización al proceso, como las que declaran de oficio la falta de jurisdicción o de competencia; aquellas que se refieren a las denominadas formas

¹⁶⁰ Las razones de esto no están establecidas en la ley. No se puede más que especular al respecto; una razón lógica es que la inadmisibilidad deja salvo el derecho material de la parte de interponer nuevamente la demanda. Bajo esa perspectiva no se estaría violentado el derecho de acceso a la protección jurisdiccional; el problema radicaría en que dicha declaratoria sea arbitraria y carezca de sustento jurídico, impidiendo que la parte afectada pueda demostrar en otra instancia que su demanda procede.

¹⁶¹ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D. L. N° 712, del 14 de noviembre de 2008. D. O. N° 224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008. "Este artículo marca la diferencia entre el tratamiento sobre las resoluciones que aborda el Código de Procedimientos Civiles y el que tiene el Código Procesal Civil y Mercantil, contrario a lo que antes las resoluciones judiciales se subdividían en Decretos de sustanciación, sentencias interlocutorias simples, interlocutorias con fuerza de definitivas, interlocutorias que ponen fin al proceso y Sentencias Definitivas; sin embargo el Código Procesal Civil y Mercantil ha clasificado las resoluciones judiciales de manera sistemática así: decretos, autos simples, autos definitivos y sentencias."

anormales de terminación del proceso, o de finalización anticipada del proceso en los términos del CPCM, como el auto de homologación de la transacción judicial, el auto de sobreseimiento en ocasión del desistimiento, el que acoge el allanamiento, la satisfacción extraprocésal o carencia del objeto de proceso determinada por la improponibilidad sobrevinida o *in persecuendi litis*; o la que declara la caducidad de la instancia, declarándose en todos estos casos juntamente el archivo de las actuaciones por motivos procesales.

Pero no deviene únicamente definitiva la resolución que pone fin al proceso *in totum* y para todas las partes: también lo es, para el perjuicio del que se presenta como apelante, aquella que le impide personarse en la litis de que se trate.

O la que acuerda su exclusión del proceso por considerar el juez que ha dejado de existir interés jurídico en el objeto del pleito, ya sea por transmisión de la cosa, por disolución de comunidad de bienes, etc., extremo que al efecto niegue el recurrente.

Como expresamente lo regula el Art. 81 CPCM, en donde la resolución que niegue la intervención del coadyuvante, puede recurrirse en apelación.

2.3 Resoluciones que la ley expresamente determina

Caso contrario a lo anterior, las resoluciones no definitivas, son aquellas en donde la ley contemple para ellas, casuísticamente, el derecho a apelar, generalmente las resoluciones de contenido procesal son las que poseen este carácter de no definitivas.

Para este caso, doctrinalmente está establecido que, la recurribilidad se decide en función del contenido de la resolución, y no por la forma que haya adoptado; dicho de otro modo, cuenta el tipo de resolución encubierta, no la formalmente exteriorizada; por ello, si el tribunal resuelve por providencia lo que debió resolver por auto, y este fuese recurrible, deberá admitirse la apelación contra la providencia, so pena de lesionar el derecho de tutela judicial efectiva¹⁶². El Código Procesal Civil y Mercantil ha señalado de manera expresa que resoluciones tienen la posibilidad de ser recurridas en apelación, las cuales enumeramos a continuación:

- 1) La decisión sobre la falta de competencia: Arts. 45 inciso 2º;
- 2) Contra la suspensión del proceso por prejudicialidad Art. 49 y 51 inciso 2º CPCM;
- 3) La negativa de admitir al coadyuvante como tercero procesal Art. 81 inciso 2º CPCM;
- 4) Por finalización anticipada del proceso por improponibilidad sobrevenida Art. 127 inciso 5º CPCM;
- 5) El rechazo de las diligencias preliminares y aquellas que acuerden el registro por orden judicial para obtención de datos Art. 259 inciso 3º y 261 inc. 4º CPCM;
- 6) La resolución que ponga fin al proceso al finalizar una audiencia donde se discuta un incidente Art. 270 inciso 1º CPCM;
- 7) La improponibilidad de la demanda y el rechazo de la misma en los procesos declarativos, especiales y la solicitud de Ejecución forzosa Arts. 277, 278, 461 inc. 1º, 473, 492, 575 CPCM;
- 8) Contra la sentencia por el demandado declarado rebelde Art. 287 inc. 3º CPCM;

¹⁶² PICATOSTE BOBILLO, Juan, *Óp. Cit.*, p. 175.

- 9) La decisión sobre las medidas cautelares Art. 453 inc. 4º CPCM;
- 10) La sentencia definitiva en los procesos regulados por el Código Procesal Civil y Mercantil Arts. 212, 469, 476, 486, 487 CPCM;
- 11) En la Ejecución forzosa cuando la petición se hace más allá de lo que el título ampara Art. 560 CPCM;
- 12) En el Despacho de la ejecución provisional Art. 595 CPCM

3. FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

Se entiende desde un punto de vista general, Finalidad como "el Objeto o Motivo por el que se hace algo¹⁶³," atendiendo de este modo a su aspecto eminentemente teleológico direccionado hacia un determinado propósito. En el caso del Recurso de Apelación este tiene como finalidad, desde un punto de vista legal regulado en el Art. 510 CPCM, la revisión o reexamen de las parcelas o sectores jurídicos de las actuaciones jurisdiccionales causantes de un agravio a consecuencia de la resolución judicial impugnada. Mediante el análisis de las disposiciones de los Art. 510 y 511 Inc. 2º y 3º, las Finalidades del Recurso de Apelación poseen las siguientes características:

a) Las Finalidades expresadas en el Art. 510, que poseen relación directa con lo regulado en el Art. 511 Inc. 2º y 3º ambos del CPCM, constituyen los motivos del recurso de Apelación, dado que brindan al litigante agraviado las bases para plantear, fundamentar y argumentar su pretensión impugnativa.

b) La no taxatividad o de *númerus clausus* de las finalidades del recurso de apelación reconocidas en el CPCM les reviste el carácter de

¹⁶³ OSORIO, Manuel, *Óp., Cit.*, P. 418. "Este autor es clásico y concreto en conceptualizar términos jurídicos y de ciencias sociales, por lo que da grandes aportes a las ciencias sociales en general."

contenido amplio. Estas son de carácter instrumental para el propósito de fundamentación de los recursos. La normativa claramente establece que “se expresarán con claridad y precisión las razones en que se funda el recurso” haciendo distinción entre cada una de las referidas finalidades, por lo que el mandato legal para el litigante es fundamentar de forma determinante y concisa los puntos impugnativos, donde las finalidades del recurso de Apelación le brindan ese soporte, aseguramiento y dirección para ello.

Tal argumento es de general aceptación y aplicación por las Cámaras de Segunda Instancia en Materia Civil. Las resoluciones de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador de referencia 139-23CM2-2011¹⁶⁴ y 35-4MC-11-A¹⁶⁵, de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador. Además, donde dicho argumento es recurrente como fundamento de la Inadmisión.

El Art. 510 CPCM dice que el recurso de apelación estrictamente, tiene como finalidad subsanar los yerros cometidos por el juez a quo, en cuanto a la aplicación de las normas que rigen los actos y de las garantías

¹⁶⁴ CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Auto Definitivo con referencia 139-23CM2-2011, a las catorce horas y diecinueve minutos del siete de octubre de dos mil once. Sobre este punto el referido tribunal considera como requisito de Admisión el fundamento referente a las finalidades del Recurso de Apelación pues “C) Fundamentación del recurso. El art. 511 CPCM., establece que el recurso debe presentarse debidamente motivado...”

¹⁶⁵ CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Auto Definitivo con referencia 35-4MC-11-A, a las ocho horas y cinco minutos del día once de octubre de dos mil once. El citado tribunal, referenciando los artículos 510 y 511 CPCM, establece “Vista la anterior disposición legal, y analizando el escrito de interposición del recurso de apelación, se advierte que no hay claridad, ni precisión en las razones en las que se funda la apelación, ni tampoco se halla la construcción lógica-jurídica necesaria para establecer de qué manera en el auto recurrido existe por parte del Juez inferior en grado, una errónea aplicación del derecho o de la fijación de los hechos o la valoración de la prueba, o en qué consiste la indefensión sufrida, según hubiese correspondido,” relacionando claramente las finalidades del recurso de Apelación reguladas legalmente.

del proceso; así como revisar los hechos probados que se fijan en la resolución impugnada, y la valoración de la prueba; también tiene como finalidad, revisar el derecho aplicado para resolver las cuestiones objetos del debate y la prueba no admitida; de tal manera que, en todo caso, la alzada no puede alejarse de esos fines, ni puede tenerse por alegada excepción alguna, en razón de la misma¹⁶⁶.

4. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El fundamento de la apelación radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la garantía que supone someter la corrección de un posible error en la interpretación y aplicación de la norma, sustantiva o procesal, o en la valoración de las pruebas practicadas, a la decisión de otro órgano judicial, colegiado y de mayor experiencia que el que dictó la resolución en primera instancia.

Esta posibilidad de someter a ulteriores revisiones un mismo asunto, sobre ser conveniente, no debe ser, sin embargo, ilimitada, pues ello supondría un gravísimo quebranto para la seguridad jurídica. De ahí que se haya cifrado, por lo común, en dos instancias, el límite razonable impuesto, con fundamento en dicho principio, por la necesidad de que en determinado momento alcancen y produzcan las resoluciones judiciales los efectos de la cosa juzgada.

La institución de la apelación responde al principio fundamental del *doble grado de jurisdicción*, por el que la causa no está definitivamente

¹⁶⁶ CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, Sentencia definitiva dictada bajo la referencia 61-15CM2-2011, San Salvador, a las catorce horas con treinta y tres minutos del día veintiocho de junio de dos mil once. En dicha resolución, los Magistrados hacen un breve resumen de las finalidades del recurso.

terminada con la sentencia del primer Juez, sino que, a instancia de la parte agraviada, debe recorrer un segundo estadio y sufrir un nuevo examen y una nueva decisión del Juez de apelación jerárquicamente superior al primero.

Casarino Viterbo, piensa con justa razón que: "...el recurso de apelación tiene *fundamentos psicológicos y técnicos*".

- a) Psicológicos, porque es de la naturaleza humana rebelarse, alzarse, en contra de una solución que se estima injusta, y también el hecho de poner mayor cuidado en una labor que, se sabe de antemano, será revisada por una autoridad jerárquicamente superior; y
- b) Técnicos, porque mediante la doble instancia, se consigue reparar los errores o las injusticias que pueden cometer los jueces inferiores, lográndose a la postre, una mejor y más eficiente administración de justicia.

Es cierto que el fundamento reside en la aspiración de justicia, pero no lo es menos que este concepto importa una consideración subjetiva de acuerdo al fin que persigue quienes pretenden la revocación de la resolución que causa el agravio con lo fallado por el tribunal de primera instancia.

Obsérvese que desde la posición del impugnante, la búsqueda del derecho tiene como asiento la versión interesada de su calidad de parte procesal. La justicia para su ponderación personal tiene una coloración propia, que se desvirtúa si no es asistido de razón. Esta es la verdadera dimensión del objeto. Como bien dice Alfredo Gozaini "la impugnación

tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional”¹⁶⁷

Jaime Guasp considera la apelación como una revisión procesal; por que mejora los resultados de primera instancia precisamente, es que vienen después de ella y se aprovecha y depura las conclusiones del proceso primitivo como método peculiar y propio.

Los fundamentos del recurso se pueden sintetizar en 3:

- 1) Para enmendar el daño causado a los injustamente agraviados;
- 2) Para corregir la ignorancia o la malicia de los jueces inferiores;
- y,
- 3) Para que los litigantes que hubiesen recibido algún agravio, por su impericia, negligencia, traten de reparar ese defecto, obteniendo justicia en segunda instancia¹⁶⁸.

5. OPORTUNIDAD PROCESAL

El plazo de interposición del recurso constituye uno de los requisitos de admisibilidad. Con respecto al recurso de apelación dicho plazo es de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución que se impugna, o del siguiente a la notificación de su aclaración, según lo estipulado en el Art. 511 inc. 2 CPCM.

Es un plazo fatal, porque se entiende irrevocablemente extinguido por el sólo ministerio de la ley si no se ejerce en o dentro del plazo que prescribe

¹⁶⁷ ALFREDO GOZAINI, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, Ed. Ediar S.A, Argentina. 1992. P. 741

¹⁶⁸ ARRIETA GALLEGOS, Francisco., *Impugnación de las resoluciones judiciales*, Op. Cit., p. 34

la ley. Además es individual, debido a que el término de cinco días corre, para cada parte, desde el día siguiente que se le notifica, e improrrogable, si bien no lo dice la ley, el término para apelar no puede ampliarse por motivo alguno. Es de días hábiles, y no se suspende por causa alguna.

Aunque es necesario aclarar que en la legislación Procesal Civil y Mercantil se encuentran reguladas causas de ampliación del plazo para la apelación, las cuales son; el caso fortuito o la fuerza mayor, las que suspende el plazo que la ley en principio determina como improrrogable y perentorio, como el caso en comento para el recurso de apelación. Mencionamos para tal efecto el Art. 145 inc. 4 CPCM, que establece que cuando el último día del plazo sea inhábil se entenderá éste prorrogado hasta el siguiente día hábil. Superado ese plazo, la resolución adquiere firmeza en virtud del principio de preclusión ya que el término para apelar es perentorio y corre desde el día siguiente a la notificación, o al de su aclaración.

Por regla general el plazo para recurrir en Apelación es de cinco días, salvo disposición expresa en contrario, como lo es en caso de la impugnación del acuerdo de conciliación regulado en el Art. 253 CPCM., en donde se expresa que la impugnación a dicho acuerdo caducará a los treinta días de aquel en que se adoptó, y que tal plazo se contará a partir de su conocimiento. De la misma manera encontramos en el Art. 294 CPCM., el caso del acuerdo transaccional homologado judicialmente, cuya impugnación caducará a los quince días de haberse celebrado la audiencia preparatoria.

6. EFECTOS DE LA APELACIÓN

Los efectos de la apelación han sido tradicionalmente el efecto suspensivo y devolutivo. “Según la terminología tradicional, en aquellos

casos en que el conocimiento y decisión del recurso correspondía a un órgano jurisdiccional distinto y de grado superior al que dictó la resolución impugnada, se producía el denominado efecto devolutivo, expresión con la que se aludía al traspaso de la competencia del *iudex a quo* al *iudex ad quem* para el conocimiento de lo propuesto por las partes como objeto del recurso. Otro efecto de la interposición del recurso es el relativo a la suspensión de la ejecución del contenido de la resolución impugnada o de los efectos que le son propios, al que se denominaba efecto suspensivo”¹⁶⁹.

6.1 Efecto suspensivo

Con respecto al efecto suspensivo de la apelación, éste consiste en el enervamiento provisional de los efectos de la sentencia, una vez introducido el recurso de apelación. Interpuesto el recurso, no sólo se opera el envío al superior para la revisión de la sentencia, sino que también, como complemento necesario, sus efectos quedan detenidos. Según el precepto clásico, *appellatione pendente nihil innovandum*¹⁷⁰.

Para el Dr. René Padilla y Velasco, “tal como la palabra lo indica en el caso de la apelación, la competencia o jurisdicción del juez, queda suspendida, mientras el superior resuelve la alzada; pero el juez no pierde su competencia, pues una vez resuelto el punto apelado, los autos o proceso regresan al poder del juez quien continúa ejerciendo su jurisdicción o competencia en el negocio, hasta llevar al fenecimiento completo del juicio, correspondiéndole al juez la ejecución de la sentencia ejecutoriada y el conocimiento de las incidencias y dependencias del juicio”.

¹⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan, *Los recursos en el proceso civil*, *Óp. Cit.*, pp. 193-194.

¹⁷⁰ COUTURE, Eduardo, *Óp. Cit.*, p. 370. Por lo tanto se puede concluir que este efecto trata de la detención temporal de las consecuencias de la resolución de primera instancia, durante el desarrollo del recurso de apelación, por el tribunal superior.

Con esta expresión se alude a la suspensión de la competencia funcional, por una parte, y la de la ejecución en tanto el tribunal *ad quem* no resuelve el recurso, por otra, cabe expresar la suspensión del efecto de la cosa juzgada formal. La suspensión de la competencia funcional, se refiere a que durante la sustanciación del recurso de apelación, la competencia del tribunal que ha dictado la resolución recurrida se limitara a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada, en lo legalmente establecido para ello, constituyendo esta una excepción al efecto referido, regulada en el Art. 509 CPCM¹⁷¹.

En el art. 453 inc. último del CPCM., se establece que no se concederá efecto suspensivo durante la sustanciación del recurso de apelación del auto que resuelve sobre las medidas cautelares en donde el recurrente sea quien es perjudicado con la medida.

6.2 Efecto Devolutivo

Por efecto devolutivo se entiende, no propiamente una devolución, como parece indicar la palabra, sino la remisión o envío del fallo apelado al superior correspondiente de acuerdo a la ley, para que conozca del punto apelado¹⁷². No hay propiamente devolución, sino envío para la revisión. La jurisdicción se desplaza, en la especie concreta, del juez apelado al juez que debe intervenir en la instancia superior.

Según Couture, “el efecto devolutivo se descompone en una serie de manifestaciones particulares de especial importancia (...):

¹⁷¹ EFECTO SUSPENSIVO Art. 509.-Las resoluciones definitivas recurridas en apelación no serán ejecutadas. Sin embargo, de conformidad con las previsiones de este código, las sentencias condenatorias podrán ser ejecutadas provisionalmente.

¹⁷² Este efecto, característico del recurso de Apelación, consiste en que del mismo conoce un Tribunal distinto y superior aquel que dictó la resolución, remitiéndosele lo actuado por el Tribunal Inferior para su sustanciación y decisión.

- a) La sumisión al superior, hace cesar los poderes del juez *a quo*, el que queda, según se dice en el lenguaje del foro, desprendido (...).
- b) El superior asume la facultad plena de revocación de la sentencia recurrida, dentro de los límites del recurso. Sus poderes consisten en la posibilidad de confirmar íntegramente el fallo, de confirmarlo en una parte y revocarlo en otra, y de revocarlo íntegramente.
- c) La facultad se hace también extensiva a la posibilidad de declarar improcedente el recurso en los casos en que se haya otorgado por el inferior (...)”¹⁷³.

"Si no hubiese un segundo grado de jurisdicción, los fallos serían firmes y tendrían toda su fuerza ejecutoria desde el momento de su notificación. Y ello es lo que ocurre cuando las partes, conformándose con la sentencia, y renunciando al derecho de impugnar, la aceptan pasando a autoridad de cosa juzgada"¹⁷⁴. Este efecto comporta un traslado de competencia, del conocimiento del asunto, del órgano inferior al superior, hay en suma una suerte de sucesión de competencia funcional, dado que se cierra o termina la del tribunal inferior que pierde ya toda jurisdicción sobre el asunto, y se abre o comienza la del superior al menos en cuanto al conocimiento del asunto, pues el tribunal de primera instancia puede mantenerla para la ejecución provisional.

Para Picatoste Bobillo¹⁷⁵, “correspondía este efecto con la idea de la delegación de jurisdicción procedente de una concepción jerarquizada y

¹⁷³ COUTURE, Eduardo, *Óp. Cit.*, p. 373.

¹⁷⁴ AZPELIQUETA, Juan José y TESSONE, Alberto., *La Alzada, poderes y deberes*, Ed. Platense, S.R.L., La Plata, Argentina, 1993, p. 34.

¹⁷⁵ PICATOSTE BOBILLO, Juan Bodillo, *Op. Cit.*, p. 25. Este efecto es consustancial al recurso de Apelación, dado que con esta afirmación se hace referencia a la traslación o paso del asunto del tribunal inferior de la primera instancia al superior a quien viene atribuido el conocimiento del recurso. La palabra “Devolutivo” posee fundamento histórico: cuando la

piramidal de la justicia; la apelación contra la resolución del juez obligaba a éste a “devolver” la jurisdicción al superior del que provenía por aquella delegación. Este efecto, está claramente vinculado a la Competencia Funcional y al principio dispositivo figurado en la expresión “*tantum devolutum quantum appellatum*”¹⁷⁶.

Por ese efecto, el Tribunal *ad quem* tendrá iguales facultades de cognitio que el tribunal de primera instancia y, por ende, podrá revisar el juicio de hecho y de derecho, pero siempre dentro las limitación impuestas por el marco o ámbito objetivo que las partes hayan prefigurado al recurrir¹⁷⁷. Aunque para Miguel Ángel Fernández¹⁷⁸, “hablar de apelación en uno o ambos efectos es una concepción arcaica, ya que el efecto devolutivo es constante en todo recurso. No tiene sentido hablar de dos efectos cuando uno de ellos es innato a la apelación”.

7. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Ante el juez *a quo* se realiza toda la preparación e interposición del recurso por medio de actos escritos y hasta que se eleven las actuaciones al

jurisdicción se ejercía por los tribunales en virtud de delegación de instancias superiores, el recurso ante estas daba lugar a que el tribunal *a quo* “devolviese” la jurisdicción a aquel de quien la venía por delegación, traducido este al órgano *ad quem*, es decir al órgano superior en instancia.

¹⁷⁶ El principio *tantum devolutum quantum appellatum* resulta ser un límite al poder de los Tribunales de Segunda Instancia, en virtud de la expresión de agravios, puesto que fija el objeto de la alzada; de esta manera, el objeto de la sentencia se encuentra estrictamente delimitado por las pretensiones de las partes, sin que el tribunal de alzada pueda ir más allá de lo pedido por el apelante, por lo que dicho órgano *ad quem* deberá ceñirse al *petitum* del recurso.

¹⁷⁷ Consecuentemente, la determinación del objeto de la segunda instancia consistirá, por lo general, en una reducción de lo que fue materia de la primera, de modo que el apelante limitará la impugnación a uno o varios pronunciamientos de la resolución apelada, o a parte de alguno de ellos, en la medida en que le resulten gravosos.

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel y otros, *Derecho Procesal Práctico*, t. IV, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 413. Tal autor opina de tal manera debido a que para él todos los recursos llevan imbibido el efecto suspensivo, es por ello que tal efecto no debe tomarse como una novedad.

tribunal a *quem* que debe decidir el recurso. La competencia del Juez de Primera Instancia, en cuanto a actuaciones que inciden en el fondo de la pretensión del apelante, se encuentra limitada, debido a que su actividad es de mero tramitador del recurso, encontrándose inhibido sólo a aquellas providencias y actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución recurrida en el caso que hubiere sido petitionada por la parte vencedora de la primera instancia. Este aspecto se encuentra regulado en los Art. 511 inc. 1 y 512 CPCM, los cuales literalmente expresan:

Art. 511 inc. 1 CPCM, “El recurso de apelación deberá presentarse ante el juez que dictó la resolución impugnada, y a más tardar dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente, al de la comunicación de aquélla.”

Art. 512 CPCM, “Presentada la apelación, el juez notificará a la parte contraria y se limitará a remitir el escrito de apelación al tribunal superior dentro de los tres días siguientes, junto con el expediente. Si se hubiera solicitado la ejecución provisional, quedará en el tribunal inferior certificación de lo necesario para dicha ejecución.

Cuando la solicitud de ejecución provisional se formule después de haberse remitido los autos al tribunal superior, el solicitante deberá obtener de éste, previamente, certificación de lo que sea necesario para proceder en su caso a la ejecución. Durante la sustanciación del recurso, la competencia del juez que hubiera dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada.”

7.1 Efectos que determinan la interposición de la apelación

Tras la interposición del recurso no existe trámite de admisión, porque lo que en dicho escrito se exponga por el recurrente no afecta a la

admisibilidad de la pretensión impugnatoria, sino a la prosperabilidad o improsperabilidad de lo que constituye el objeto mismo del recurso, lo cual habrá de ser materia de decisión por el tribunal *ad quem* en la resolución que ponga fin a la apelación, estimándola o desestimándola¹⁷⁹.

Interpuesto el recurso se produce la inmediata sumisión del asunto al juez superior, lo cual se traduce en el efecto devolutivo. Pero en la previsión natural de que la nueva sentencia pudiera ser revocatoria de la anterior, normalmente se suspenden, los efectos de la sentencia recurrida. “El problema de los efectos de la apelación trae aparejada, también, la cuestión ya examinada de saber cuál es la condición jurídica de la sentencia recurrida, en el tiempo que media entre la interposición del recurso y su decisión por el superior”¹⁸⁰.

La interposición del recurso de apelación puede impedir, detener o suspender el cumplimiento o ejecución de la resolución impugnada, efectos suspensivos, o por el contrario, permitir la ejecución provisoria de ella hasta tanto no se pronuncie la Alzada, efectos devolutivos¹⁸¹. El efecto inmediato significa que las etapas destinadas a la fundamentación, sustanciación y decisión del recurso aparecen como actos entrelazados y subsiguientes al de su interposición.

7.2 Emplazamiento de las partes

El emplazamiento es la citación que se hace a una persona de orden judicial, poniendo en su conocimiento la promoción de una demanda,

¹⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Los recursos en el proceso civil*, Óp. Cit., pp. 237-238.

¹⁸⁰ COUTURE, Eduardo, Óp. Cit., p. 352.

¹⁸¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Óp. Cit., P. 92

apelación u otro recurso, para que en el término que se le señala que conteste a la primera o se conforme con ella, y se oponga o adhiera a la segunda, o se presente a usar de su derecho¹⁸²

El Código Procesal Civil y Mercantil, apunta sólo una clase emplazamiento en el Art. 181, el cual constituye el llamamiento que hace el juez al demandado para que comparezca a manifestar su defensa. Al emplazar el juez a las partes, les concede un plazo, para contestar la demanda y para hacer uso de sus derechos.

Es necesario comentar, que el Código de Procedimientos Civiles, en su Art. 995¹⁸³ empleaba la expresión que “el auto de admisión del recurso de apelación, contendrá siempre la calidad de emplazamiento a las partes” tal expresión quería decir que no era necesario que el juez expresara en la resolución que se emplazara a las partes, sino que bastaba que el juez estableciera que se admitía la apelación en uno o en ambos efectos, para que cuando se les notificara a las partes esa resolución, quedaran de pleno derecho emplazadas. A modo de conclusión y conforme al CPCM, diríamos que el juez *a quo* no emplaza a las partes para que comparezcan ante el tribunal superior dentro de determinado plazo, sino que simplemente notifica

¹⁸² La palabra emplazar significa dar un plazo. El emplazamiento consiste en un acto complejo de comunicación, de plazo, bajo apercibimiento, que coloca al emplazado en la situación de comparecer o no comparecer, es decir, que cumpla una actividad o manifieste su voluntad ante el órgano jurisdiccional. El emplazamiento, es el que tiene por objeto situar en un plano de igualdad jurídica a las partes, para que estas puedan ser oídas en sus respectivas pretensiones, defensas y excepciones. Por lo que puede afirmarse que el emplazamiento debidamente efectuado constituye uno de los actos indispensables en todo tipo de proceso, pues al mismo tiempo posibilita el ejercicio de derecho de audiencia y defensa, si el emplazamiento no es realizado en legal forma este tiene como consecuencia la nulidad del mismo

¹⁸³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, D. E. del 31 de diciembre de 1881, D.O. del 1° de enero de 1882, en relación con el CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D. L. N° 712, del 14 de noviembre de 2008. D. O. N° 224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008.

la interposición del recurso y el envío del mismo al tribunal superior dentro de los tres días siguientes, junto con el expediente. Es el tribunal de segunda instancia el que notifica a las partes a la audiencia que les concede para que hagan uso del recurso¹⁸⁴.

7.3 Remisión del proceso y del recurso

Presentada la apelación por escrito ante el Juez *a quo* que dicto la providencia judicial de primera instancia recurrida en apelación, éste notificará a las partes y se limitará a remitir el escrito de apelación al tribunal superior dentro de los tres días siguientes, junto con el expediente.

Al ser pedida la Ejecución Provisional, se dejará certificación de lo necesario para llevarla a cabo en caso que se admita esta solicitud o no. Es necesario, entonces, un tránsito físico del expediente desde una dependencia a la otra. El encargado de efectivizar la remisión de la causa no es la parte sino el tribunal de primera instancia. El envío debe realizarse bajo constancia.

8. TRÁMITE DE LA APELACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La competencia funcional de los tribunales de justicia posee relevancia dentro del proceso de apelación, dada su característica de recurso devolutivo, para la sustanciación plena y decisión final del mismo, destacando una serie de etapas dentro del tribunal superior, como la

¹⁸⁴ Aunque para COUTURE en el acto de la citación, lo que se persigue es que aquél al que se dirige tenga conocimiento de la decisión del tribunal, es decir, que una persona comparezca, cumpla con una determinada obligación, por lo que es preciso que tenga conocimiento real de que debe comparecer y con qué finalidad.

admisión o no del recurso En virtud del Principio de “Reserva Legal”, debe entenderse que el tribunal superior tiene el poder y el deber de reexaminar la cuestión de la admisibilidad de los recursos; en consecuencia, se entiende que si está mal denegado lo debe admitir o viceversa, si está mal concedido, lo debe rechazar. La cuestión es uniforme tanto en doctrina como en jurisprudencia, al declararse reiteradamente aquel principio, señalándose que el Tribunal *ad quem* no queda atado por la decisión del Juez inferior, manteniendo su total “potestad decisoria y su indudable ajenidad a la tramitación y concesión o denegación del recurso”. Por supuesto que, según lo dicho, se supone que todo re-examen de admisión de un recurso, puede y debe hacerse de oficio, aun cuando las partes no lo planteen en la audiencia de apelación, y la sentencia de la apelación.

8.1 Contenido de la segunda instancia

En lo que respecta a la segunda instancia, esta posee una nota característica, la cual consiste en la limitación de la prueba. En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del período probatorio configura la rigurosa excepción.

Lo cual se constata al leer el Art. 514 inc. 2° CPCM., “Tanto el recurrente como el recurrido podrán proponer la práctica de prueba. Sólo serán proponibles los documentos relativos al fondo del asunto que contuviesen elementos de juicio necesarios para la decisión de la causa, pero sólo en los casos en que sean posteriores a la audiencia probatoria o a la audiencia del proceso abreviado; los documentos anteriores a dicho momento se admitirán cuando la parte justifique que han tenido conocimiento

de ellos con posterioridad a aquél. También podrá proponerse prueba documental en el caso de que la parte no aportara los documentos en primera instancia por alguna causa justa.

Además de la documental, sólo podrá proponerse prueba:

1°. Cuando la prueba hubiera sido denegada indebidamente en primera instancia.

2°. Cuando, por cualquier causa no imputable al que solicite la prueba, no se hubiera podido practicar, en todo o en parte, aquella prueba que hubiera sido propuesta en primera instancia.

3°. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de iniciado el plazo para dictar sentencia en primera instancia”¹⁸⁵.

8.2 Inadmisibilidad

La figura de la inadmisibilidad propiamente tal, responde a circunstancias que limitan darle trámite a un determinado proceso, por carecer de algún requisito formal. La inadmisibilidad, es un mecanismo de control de la demanda que tiene el Juzgador, que atañe estrictamente a la misma como escrito de parte.

En todo caso, por la declaratoria de inadmisibilidad, que es una clase de rechazo *in límine*, la ley deja a salvo el derecho material al actor, lo que implica que éste puede entablar nuevamente la demanda subsanando los

¹⁸⁵ Todo término de prueba en segunda instancia será la mitad del que la ley conceda para la primera instancia. En segunda instancia podrán recibirse a prueba para probar hechos que propuestos en primera instancia no fueron admitidos, para examinar los testigos que habiendo sido designados nominalmente en el interrogatorio, no fueron examinados en primera instancia, por enfermedad, ausencia u otro motivo independiente de la voluntad de la parte.

defectos de forma advertidos por el Juez, o ya sea corrigiendo la prevención y seguir con el trámite correspondiente, esto en su momento procesal. En este sentido, resulta que no sería lógico la tramitación del recurso de apelación en esta instancia, cuando lo que más le convendría al actor para obtener una respuesta más rápida y satisfactoria a su pretensión, es preparar e iniciar nuevamente la acción.

8.3 Requisitos del examen de admisibilidad

El examen de admisibilidad que realiza el tribunal superior, a efecto de valorar si se cumplen los requisitos formales, señalados en el Art. 511 CPCM, instituye el primer juicio previo al proceso de apelación el cual constituye aspectos que el juzgador deberá explorar y valorar, como lo son el tipo de resolución, que sea esa resolución de aquéllas a las cuales la ley ha previsto la impugnación por este medio.

Otro requisito a tener en cuenta es la legitimación, es decir, el interés legítimo del sujeto que recurre; debe determinar expresamente el objeto de su recurso, estableciendo el gravamen causado a sus intereses legítimos de su esfera jurídica, con lo cual instaura su legitimación activa para recurrir en apelación; el plazo, que se haya interpuesto el recurso dentro del término establecido en la ley, así como la fundabilidad del mismo, la cual implica que contenga los argumentos suficientes que vuelvan viable la pretensión del recurso.

Por lo que será necesario identificar los motivos que dan base al recurso, aquellos referidos tanto a las motivaciones de fondo o sustanciales, es decir la aplicación del Derecho, como aquellos referidos a los aspectos de forma o meramente procesales, la valoración de la prueba, que haya sido

negada indebidamente y sobre las infracciones de los actos y garantías que integran el Proceso, el cumplimiento de cualesquiera formalidades que particularmente prevean los diferentes ordenamiento procesales, dado el cumplimiento de este primer examen y evidenciarse la ausencia objetiva en el escrito del recurso será procedente rechazarlo por Inadmisible.

Es importante mencionar que éste examen *in limine litis* que realiza el tribunal *ad quem* no se refiere a entrar a conocer y valorar sobre el fondo de la cuestión debatida, específicamente sobre la existencia o no del agravio alegado objeto del recurso, sino más bien, sólo la corroboración del cumplimiento de la fundamentación clara, precisa, inequívoca y separada de cada uno de los motivos sobre los que se fundamente el recurso.

8.4 Causas que determinan la inadmisibilidad

Según Montero Aroca, entre las causas más comunes de la inadmisión se encuentran¹⁸⁶:

1. Interposición ante órgano incompetente. En el supuesto difícilmente imaginable de que el recursos se preparase ante un órgano jurisdiccional distinto del que hubiere dictarlo la resolución que se pretende recurrir, aquél deberá acordar su inadmisión a trámite por carecer de competencia funcional para ello¹⁸⁷.

¹⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan. y otro, *Op. Cit.*, PP. 214-215. la inadmisión de un recurso por defectos formales no es sino garantía de la integridad efectiva del proceso, debiendo las consecuencias del defecto guardar la debida proporción con la finalidad a la que responde la exigencia legal del requisito incumplido.

¹⁸⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en Amparo, bajo la referencia 934-99, San Salvador, a las diez horas con veinte minutos del día dieciocho de febrero del dos mil. La competencia ha sido definida como la medida de la potestad atribuida a cada órgano a través de una norma expresa; competencia que pertenece al órgano institución pero es ejercida por el órgano persona, quien por lo

2. Irrecorribilidad de la resolución. Si el escrito se presenta ante el órgano competente para resolver sobre su admisión éste deberá examinar si la resolución que se impugna es o no susceptible de ser recurrida en apelación.

3. Interposición extemporánea: Resultará asimismo inadmisibile el recurso si el mismo es presentado después de haber transcurrido el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución que se pretende impugnar.

4. Falta de legitimación. Las resoluciones solamente pueden ser recurridas por quienes hayan sido parte en el proceso aunque no se hubiere apersonado hasta el momento, entonces de modo que el órgano ante quien se prepare el recurso deberá examinar también si concurre en el recurrente la cualidad de parte legítima, acordando su inadmisión a trámite si no se da en ella dicho presupuesto.

5. Falta de gravamen. Para este momento procesal, esta falta de gravamen es cuestión distinta, siendo presupuesto autónomo, a la legitimación que el gravamen otorga.

Naturalmente si la parte que pretende recurrir ha visto estimadas en la resolución todas sus peticiones por las causas por ella alegadas, por el orden que ella obtuvo, esto es, si no existe gravamen alguno, el recurso es inadmisibile y que a sí debe declararlo el juzgador competente.

6. Defectos de postulación. La falta de postulación procesal cuando la representación por medio de procurador y la asistencia de abogados son preceptivas conforme a lo dispuesto en el Artículo 67 CPCM.

tanto, no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio en los términos que la norma respectiva establezca.

7. Otros Defectos Formales. Cuando la norma procesal exige ciertos requisitos en la estructura del escrito del recurso, como los regulados en el Art. 511 Inc. 2 y 3 del CPCM.

8.5 Improcedencia del recurso de apelación

La improcedencia constituye una forma o tipo de rechazo del recurso, la cual es concerniente cuando el abogado litigante interpone un recurso en ausencia de requisitos de fondo que la ley previamente le ha establecido, careciendo de tal manera la impugnación de un presupuesto procesal esencial. Un ejemplo de improcedencia en el recurso de apelación se aprecia cuando se interpone recurso de apelación, contra una resolución que no es susceptible a tal recurso.

En la práctica ante este tipo de situaciones, los tribunales superiores es decir, las Cámaras están declarando inadmisibles los recursos de apelación, lo cual es hasta cierto punto es inconcebible debido a que tal circunstancia genera una situación de incertidumbre jurídica, ya que la mayoría se ciñe al tenor literal de la ley, aunque es de aclarar que tal figura no se encuentra regulada expresamente en el Código Procesal Civil y Mercantil, aunque si de manera doctrinaria y en apego a lo establecido en el Art. 19 del CPCM, se podría aplicar para ciertos casos, un ejemplo de ello es el Art.523 Ord. 3 CPCM. Sin embargo, existe una jurisprudencia reciente en donde la Cámara de la Tercera Sección del Centro de San Vicente, declara la improcedencia de un recurso de apelación, constituyéndose de ésta manera como un precedente ante esta situación¹⁸⁸. Montero Aroca¹⁸⁹

¹⁸⁸ CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN VICENTE, dictada bajo la referencia 22-JEM-2011, San Vicente, a las quince horas del día nueve de noviembre de dos mil once. “esta Cámara estima que dentro de la Teoría General de los Recursos,

expresa que la improcedencia obedece a la ausencia de exigencias legales relativas a la esencia misma del acto procesal y ajeno a la voluntad y a la actuación de las partes.

8.5.1 Requisitos para determinar la improcedencia

Sobre los requisitos que se han de tomar en cuenta para poder declarar improcedente la interposición de un recurso de apelación, nuestro legislador ha omitido pronunciarse al respecto, por lo que ante tal circunstancia se ha tenido que recurrir al criterio sostenido por la doctrina o en el mejor de los casos evitar utilizarla, como lo han hecho la mayoría de nuestras Cámaras por no poseer un fundamento legal, teniendo que utilizar de ésta manera la figura de la inadmisibilidad para rechazar un recurso.

8.5.2 Resoluciones que no admiten apelación

- 1) La resolución sobre la falta de competencia territorial. Art. 46 inc. 1 CPCM
- 2) La resolución que deniegue la suspensión del asunto civil o mercantil. Art. 49 inc. 1 CPCM.
- 3) El auto que deniegue la petición de decretar la suspensión de las actuaciones en el caso de prejudicialidad civil o mercantil. Art. 51 inc. 2 CPCM

encontramos el principio de Impugnación Objetiva o Taxatividad y consiste en que las resoluciones solo son impugnables a través de las formas y medios previamente establecidos en la ley, es decir, que la ley con anticipación debe haber prescrito el medio legal o recurso a utilizar contra determinada resolución judicial”.

¹⁸⁹ MONTERO AROCA, Juan, y otro, *Óp. Cit.*, p. 49. Esta forma de rechazo del recurso judicial tiene mucho que ver con la posibilidad de que esa resolución que se impugna en efecto sea legalmente impugnabile a través del medio impugnativo utilizado, caso contrario es que se podrá rechazar por Improcedente

- 4) Las resoluciones que se declaren sobre la abstención o la recusación.
Art. 57 inc. 3 CPCM
- 5) La resolución que admita la intervención del coadyuvante. Art. 81 inc. 2 parte final CPCM
- 6) El auto que rechace la solicitud de acumulación. Art. 110 inc. 1 CPCM.
- 7) El auto que decida sobre la acumulación. Art. 114 inc. 4 CPCM
- 8) El auto que decida sobre la discrepancia de la acumulación de procesos por el tribunal requerido. Art. 123 parte final CPCM
- 9) La resolución que ordena la continuación del proceso en el caso de la improponibilidad sobrevenida. Art. 127 inc. 5 CPCM.
- 10) El auto que declara la caducidad. Art. 139 parte final CPCM.
- 11) La resolución que acuerda la terminación y archivo de las diligencias preliminares. Art. 259 inc. 4 CPCM.
- 12) El auto que declara la inadmisibilidad de la demanda. Art. 278 inc. 2 CPCM.
- 13) La decisión del juez o tribunal con respecto a las objeciones. Art. 407 inc. 2 CPCM
- 14) El auto que admite la demanda y decreta embargo. Art. 461 inc. 2 CPCM.
- 15) Los decretos de sustanciación y los autos no definitivos. Art. 503 inc. 1 CPCM

- 16) La resolución que resuelve la revocatoria. Art. 506 inc. 1° CPCM.
- 17) La resolución que declara inadmisibile el recurso de casación. Art. 530 inc. 2 CPCM
- 18) La sentencia que dicte el tribunal de revisión. Art. 549 inc. 3 CPCM.
- 19) La sentencia que resuelve el procedimiento sobre títulos extranjeros. Art. 558 inc. 4 CPCM.
- 20) El auto de despacho de ejecución. Art. 574 inc. 1 CPCM.
- 21) El decreto que ordene la ejecución provisional. Art. 595 inc. 2 CPCM.

9. ABUSO DEL DERECHO A APELAR

Se ha dicho que abuso del derecho o abuso de derecho es la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Gozaíni, sostiene que abuso procesal, “es el ejercicio abusivo de los actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso, pretendiendo alterar su virtualidad. Dice también, que es utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente”¹⁹⁰.

Tanto en el derecho romano clásico como en el derecho canónico- el ordenamiento jurídico se asentaba sobre un “principio de moralidad”. La moral, por mucho tiempo se encontró unida sólidamente a la religión, se

¹⁹⁰ GOZAÍNI, Osvaldo. *La conducta en el proceso*. Ed. Platense. Buenos Aires, 1988. p. 501. El abuso de por sí, significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso, o simplemente actuado con imprudencia

interesó siempre por la intencionalidad -aspecto subjetivo- de la conducta humana. El Derecho, por su parte, se preocupó fundamentalmente de las exteriorizaciones aspecto objetivo de esas conductas y de los resultados de las mismas. La aparición del ius positivismo produce una separación entre el derecho y la moral, generando así una crisis de la ética jurídica, y de la ética procesal¹⁹¹.

Sin embargo, al inicio del siglo XX, se advierte una vuelta al principio de moralidad, formulándose la Teoría del Abuso del Derecho, y que reconoce como cuna, el derecho privado. Su principal impulsor fue el francés Josserand. A su juicio, ningún derecho era absoluto y el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley, debía ser conforme al espíritu que impulsó su sanción. Marcó por ello, claramente, la necesidad de adecuar la conducta a la finalidad del derecho¹⁹².

Guillermo Borda, afirma que "(...) los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido (...), es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El Derecho no puede amparar ese proceder inmoral"¹⁹³.

¹⁹¹ La ética procesal, puede ser definida como la actividad personal, puesta de una manera estable y honrada al servicio de los demás y en beneficio propio, a impulsos de la propia vocación y con la dignidad que corresponde a la persona humana.

¹⁹² JOSSERAND, Louis., *Curso de Derecho Civil*, t. I, v.1, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 154. Así expresó "... los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo... no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad

¹⁹³ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General I*, Ed. Perrot., 1976, p. 42

Se debe entender por abuso del derecho; al respecto, la palabra abuso viene del latín abusos, de *ab*, en sentido de perversión, y *usus*, uso. Jurídicamente, se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en síntesis, todo acto que, saliendo fuera de los márgenes impuestos por la razón, ataca directa o indirectamente las leyes o el interés general.

Es decir, hacer mal uso de algo, esto es, un uso distinto del que corresponde. Y por abuso del derecho se entiende el ejercicio abusivo de los derechos, de tal forma que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la misma”¹⁹⁴.

La conducta abusiva o el ejercicio abusivo, a diferencia de lo que ocurre con el acto ilícito, no es manifiesto, ni tampoco inicialmente antijurídico. Es un modo, irregular, desviado de ejercer los derechos subjetivos acordados por el ordenamiento.

Mucho antes, Josserand Louis, marcó las diferencias entre el acto abusivo del acto ilícito, diciendo que aunque no pueda ser calificado estrictamente de ilícito- el ejercicio de un derecho subjetivo dentro de sus límites objetivos, pero que no cumple con su misión social, no puede ser amparado por la comunidad. Ya que si bien el acto abusivo no es ilícito en sí, debido a que está escudado en una estructura que le otorga la propia norma, si lo es su fin, el beneficio que pretende alcanzar, el que genera además, un perjuicio innecesario.

¹⁹⁴ CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, interlocutoria, dictada bajo la referencia RR-38-EMQCM-11, San Salvador, a las doce horas con cinco minutos del día ocho de marzo de dos mil once.

La doctrina es coincidente en sostener que resulta indispensable la presencia de tres elementos o presupuestos para la configuración del abuso: a) una conducta permitida y regulada normativamente, b) el ejercicio no coincidente con los fines dados por esa norma, y finalmente, c) un perjuicio injusto a otro sujeto.

a) En relación al primer presupuesto, se requiere una conducta que está reglada y autorizada por la norma, y que puede presentarse como acción u omisión del sujeto abusador. El primer supuesto, es el más común. Presupone una conducta positiva del sujeto. El segundo, supone una conducta negativa o ausente, que se configura por ejemplo, cuando el juez no sanciona una conducta abusiva, constituyéndose en cómplice del abuso.

b) En segundo lugar, el ejercicio de esa conducta, debe alejarse de los fines tenidos en cuenta por la misma norma que la permite. Gozáni sostiene que la actitud subjetiva del agente ha de constituir una de las notas más singulares para perfilar el instituto, unida con la elección del medio para llevarlo a cabo.

c) Por lo que en relación al último presupuesto -daño o perjuicio causado- si bien muchos sostienen la necesidad de que ese daño sea grave, excesivo, desproporcionado o económicamente significativo, es más relevante a estos fines determinar si existe un bien jurídicamente protegido que ha sido lesionado por la conducta abusiva, porque no todo daño es susceptible de ser reducido a ecuaciones aritméticas. Cuando se reúnen bajo una misma conducta, la legalidad formal y lo injusto concreto, la figura del abuso del derecho aparece de modo evidente”¹⁹⁵

¹⁹⁵ BALESTRO FRAURE, Myriam. *El abuso de los derechos procesales*. Suplemento Especial Cuestiones Procesales Modernas, La Ley, 11/10/2005, p. 12.

El abuso procesal o del derecho puede ser consumado por los distintos sujetos que intervienen de modo directo o indirecto en el proceso. Ello incluye al recurrente y al recurrido y sus apoderados o representantes¹⁹⁶, por cierto-, como a los auxiliares u otros funcionarios judiciales, y sin dudas- al propio magistrado. En efecto, el ejercicio inadecuado del derecho en el ámbito del proceso, puede referirse al derecho de acción, de contradicción, de los deberes funcionales de oficio o de las potestades jurisdiccionales.

En este sentido se ha dicho que “Toda vez que un representante de la parte abogado o procurador- actúa en el juicio, no puede admitirse que el acto abusivo ejecutado en el proceso esté comprendido en el mandato o poder dado, poder que sería nulo si tuviera un objeto inmoral, por lo que debe juzgarse, *prima facie* y principalmente, que es el mandatario quien, al realizar el acto abusivo, ha extralimitado su poder, no responsabilizando por ello al mandante porque si la ley obliga a la parte a hacerse representar en juicio por persona idónea, ello quiere decir, sin admitir prueba en contrario, que la parte carece de idoneidad a los fines de actuar en juicio; comprendiendo evidentemente tal idoneidad, el conocimiento del Derecho que en el abogado se presume y que para este caso la ley presume que al particular le falta

Sin embargo Jorge Peyrano¹⁹⁷, establece como principio que la responsabilidad deberá recaer en la parte así como la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados- y no en el letrado; salvo que se alegue y demuestre la existencia de exceso en el ejercicio del mandato por parte del

¹⁹⁶ El instituto procesal de la postulación para pedir se refiere a la capacidad de postulación, que se presenta como una capacidad formal que obedece a la obligatoriedad de la representación por abogado, mediante la cual se exige un conocimiento técnico para la defensa de los derechos.

¹⁹⁷ PEYRANO, Jorge, *La legitimación*, homenaje al profesor Lino Palacio, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1996, p. 79.

letrado fuera de los límites de la procura; porque de lo contrario, si el letrado ha abusado del mandado o se ha excedido en las instrucciones recibidas, dentro de sus límites pero de modo perjudicial para su representado, la responsabilidad deberá resolverse en la órbita interna entre parte y letrado.

Opinión que no se comparte, debido a que el abogado o representante, es quien tiene actuación procesal, es él quien posee la capacidad de postulación¹⁹⁸ y no el justiciable es por ello que cuando se atribuye que ha existido abuso del derecho a apelar, los daños y perjuicios ocasionados son atribuidos al abogado o representante.

Ya que por ejemplo si el recurso no se interpuso dentro del plazo señalado, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 513 CPCM, el actor ha abusado de su derecho; tomando en cuenta que la postulación es preceptiva y que está obligado a realizar todos los actos de disposición de los derechos en beneficio de su representado y que como abogado de la República, debe saber que claramente señala el Art. 511 inc. 1, CPCM, que el término para la interposición del recurso es de cinco días, el cual hizo uso indebido del derecho, ya que no acató lo dispuesto en tal artículo, dado que cronológicamente, en ese momento ya carecía de él; por lo que es obvio que se ha abusado del derecho, por ir en contra de una disposición expresa que contempla plazo para interponer el recurso de apelación, circunstancia de la cual no se puede justificar desconocimiento, ya que el recurso como derecho de la parte debe interponerlo dentro de los términos que le concede la ley.

¹⁹⁸ El ejercicio de las funciones que configuran lo que la doctrina denomina "patrocinio en juicio" le corresponde al procurador, a saber: la de representar a las partes en los actos procesales y la de dirigir las declaraciones ante el tribunal. La capacidad de postulación constituye, en determinados procesos, un requisito subjetivo de la pretensión y se manifiesta mediante la concepción de que los sujetos procesales no pueden actuar en forma directa, o por sí solos en el proceso, sino que deben hacerlo a través de una persona que los represente y asista.

El Código Procesal Civil y Mercantil, no establece nada referente a la forma en que se hace efectiva dicha multa, cuando se trata de las partes, ya que el Art. 515 inc. 3° CPCM, “sólo hace alusión al trámite, cuando se trate de un funcionario, vale decir de un Juez o Magistrado, que se halle en algunos de los presupuestos por los que la multa es aplicable; ante este vacío legal, es de rigurosa aplicación las reglas relativas a la integración de las normas procesales, ya que a falta de situaciones análogas, de doctrina legal, o de otras normas que se refieran al caso, es necesario hacer uso de consideraciones de buen sentido y razón natural, tal como lo establece el Art. 19 CPCM., en relación al Art. 3 inc. 2° CPCM., el cual textualmente dice:

“Las formalidades previstas son imperativas. Cuando la forma de los actos procesales no esté expresamente determinada por la ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad perseguida”¹⁹⁹.

De lo anterior se deduce que al no haber un trámite definido para hacer efectiva dicha multa, es razonable adoptar medidas para que ésta se haga efectiva; por lo que debe de dársele al apelante, la oportunidad para que pague dicha multa voluntariamente, para lo cual, también es lógico, que debe de dársele un plazo razonable y extenderse un mandamiento de pago dirigido a la Dirección General de Tesorería, con sede en esta ciudad, para que haga efectiva la multa, con la advertencia que el apelante deberá presentar a la Cámara, el recibo de ingreso debidamente cancelado para agregarlo al incidente.

Ahora bien, en el supuesto de que no se cumpliera con el pago de la multa en el plazo establecido, ésta podrá hacerse efectiva, a instancia del

¹⁹⁹ CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE OCCIDENTE, SANTA ANA, interlocutoria, dictada bajo la referencia 20-2011, Santa Ana, a las quince horas con veinte minutos del día ocho de febrero de dos mil once.

Estado, por medio del Fiscal General de la República por ser dicho funcionario su representante legal, de conformidad a los N° 1 y 5 del Art. 193 Cn., ya que el pago de los impuestos, tasas, y multas, es de interés estricto del Estado, ya que forman parte del erario nacional; por tal razón, es necesario hacer saber a dicho funcionario sobre la imposición de dicha pena, para que la haga efectiva.

Por otra parte en vista de que el Art. 513 CPCM, inc. 1. “al establecer el parámetro que se debe aplicar para la imposición de la multa, indica que será entre dos a cinco salarios mínimos urbanos, más altos vigentes; en consecuencia es de aplicación el decreto número ciento treinta y cinco, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, publicado en el Diario Oficial número doscientos cuarenta y uno, Tomo trescientos ochenta y uno, de fecha veintidós de diciembre de dos mil ocho, el cual ha sido establecido por jornada ordinaria de trabajo diario diurno, y como la disposición que regula la multa no hace distinción si se trata de salarios diarios o mensuales, se estima que la condena a que es acreedor el infractor se debe imponer en lo que menos le perjudique, mientras no exista una interpretación auténtica, para la aplicación de dicha disposición.

Asimismo se debe hacer mención que algunos tribunales son del criterio que el cálculo a que se ha hecho mención debía aplicarse por salario mensual; pero como el decreto a que se ha hecho referencia lo establece por jornada ordinaria de trabajo diario ahora se rectifica aquel criterio y bajo ese parámetro se aplicará el cálculo de la multa”²⁰⁰.

Para finalizar se considera necesario aclarar que la multa no constituye un obstáculo para el derecho al acceso efectivo a los medios de

²⁰⁰ CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE OCCIDENTE, SANTA ANA, interlocutoria, dictada bajo la referencia 20-2011, *Ibidem*.

impugnación, sino que al contrario ésta pone un límite a muchas actuaciones indebidas de muchos abogados que apelan sólo por dilatar un proceso, o apelan con la propósito antiético de devengar un salario.

10. DELIMITACION DE LA SEGUNDA INSTANCIA

El escrito de expresión de agravios es de suma importancia, porque en él señala el apelante cuáles son sus pretensiones o puntos apelados, al igual que el actor lo hace en su escrito de demanda²⁰¹. El escrito de apelación al determinar los puntos apelados, fija los límites de lo que debe resolver el Tribunal superior, tal como lo establece el Art. 515 inc. 2 CPCM., el cual literalmente señala: *“La sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso, y en su caso, en los escritos de adhesión”*.

“Los poderes del tribunal *ad quem* los determina la regla de derecho que dice: *tantum devolutum quantum appellatum*, y en general todas las sentencias que se pronuncian para resolver los recursos deberán ser congruentes con las pretensiones del recurrente, sin más ni menos de lo pedido en el escrito de expresión de agravios”²⁰². La expresión de agravios es el escrito mediante el cual el apelante pone de manifiesto ante el Tribunal superior los errores de que, a su juicio, adolece la resolución de primera instancia que está impugnando.

²⁰¹ La *expresión de agravios*, acto que cumple, en el procedimiento de apelación, una función sustancialmente similar a la de la demanda en primera instancia, ya que, como se verá, delimita las facultades decisorias del tribunal de alzada

²⁰² ARRIETA GALLEGOS, Francisco, *Op. Cit.*, p. 113. Las Finalidades del Recurso de Apelación permiten darle sustanciación coherente, sustentada, específica y clara a los puntos apelados de la sentencia recurrida, es decir, franquea las argumentaciones sobre las cuales la exhaustividad, motivación y congruencia jurisdiccional han de manifestarse del recurso interpuesto, dando certeza y seguridad jurídica a los litigantes que sus pretensiones impugnativas están siendo decididas conforme a Derecho corresponde.

De acuerdo con la legislación el apelante al expresar sus agravios, le señala al Tribunal superior los puntos sobre los cuales deberá recaer su sentencia, en consideración a que en el Código Procesal Civil y Mercantil, impera el principio dispositivo, en virtud del cual los jueces no pueden actuar de oficio, sino a petición de parte.

La sentencia de segunda instancia sólo puede referirse a los puntos de la sentencia de primera instancia que han sido expresamente impugnados, sin que pueda afectar a los puntos de la misma que no hayan sido impugnados, pues estos puntos han sido consentidos por las partes.

Los puntos recurridos lo pueden haber sido por el recurso principal o por la adhesión al recurso, pero el tribunal no puede enmendar o revocar la resolución en la parte que no es objeto del recurso, salvo que la variación en la parte que comprenda el recurso requiera necesariamente modificar o revocar otros puntos de la resolución apelada²⁰³.

Debido a que el tribunal de alzada no es un tribunal de revisión que tenga facultades para examinar todo el proceso y resolver sobre su legalidad, sus facultades son limitadas, sólo ha de resolver sobre los agravios que formule el apelante, que hace las veces de una demanda. Por tal razón, en la expresión de agravios sólo sobreviven aquellos aspectos de la pretensión -o de la oposición- que no fueron receptados de manera favorable.

²⁰³ MONTERO AROCA, Juan, *Manual de Derecho Procesal, Óp. Cit.*, p. 458. La expresión de agravios es el acto jurídico a través del cual las partes exponen las razones por las que requieren la modificación de lo decidido por el juez de primera instancia. Se trata de una verdadera "demanda" ante la alzada. La equiparación entre ambas piezas esenciales - demanda y expresión de agravios- viene dada porque las dos constituyen actos petitorios y se fundamentan en el derecho de acción. Se diferencian en que la expresión de agravios presupone la existencia de una resolución ya dictada que pudo haber acogido total o parcialmente los requerimientos integrativos de la pretensión y en que -es obvio- puede presentarla tanto actor como demandado.

Allí se encuentra el "agravio" y determinará el alcance del interés para recurrir. Y -fundamentalmente- la crítica que contiene esta expresión de agravios, a diferencia de lo que ocurre en la demanda, habrá de enderezarse contra el razonamiento del juzgador que, por lo general, no hizo lugar al pedimento en su integridad si se trata del actor o no acogió íntegramente la oposición si se trata del demandado.

El auto o sentencia que resuelva el recurso de apelación, deberá pronunciarse sobre los extremos solicitados por las partes, haciendo las declaraciones que en cada caso procedan en atención a lo que haya sido objeto del recurso²⁰⁴.

²⁰⁴ MONTERO AROCA, J., y otro, *Los recursos en el Proceso Civil, Op. Cit.*, p. 262.

CAPITULO V

LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

SUMARIO: CAPITULO V; LA AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA; 1. LA AUDIENCIA; 1.1 Convocatoria a Audiencia; 1.2 Audiencia con prueba; 1.3 Audiencia sin prueba; 1.4 Alegaciones; 1.5 Prueba y alegaciones finales; 2. LA APELACIÓN ADHESIVA; 2.1 Historia de la adhesión al recurso de apelación; 2.2 Importancia de la adhesión a la apelación; 2.3 Efectos; 2.4 Contenido de la adhesión a la apelación; 2.5 Límites al derecho de adherirse; 2.6 Aumento de los poderes y *cognitio* del órgano de apelación; 2.7 Levantamiento de la *reformatio in peius*; 2.8 Impedir la firmeza de la resolución recurrida; 3. DECISION DEL RECURSO; 3.1 Forma; 3.2 Congruencia; 3.3 Efectos de la estimación del recurso; 3.3.1 Anulación; 3.3.2 Modificación o Reforma; 3.3.3 Revocación; 3.4 Efecto de la desestimación del recurso; 3.4.1 Confirmación; 4. DESERCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

1. LA AUDIENCIA

El significado de esta palabra es: Acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa. También, ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado, en juicio o en expediente. Lugar destinado para dar audiencias. En la terminología judicial española, se llama Audiencia el tribunal de justicia colegiado que entiende en los pleitos (Audiencia territorial) o en las causas (Audiencia provincial) de determinadas zonas. Las diligencias que se practican ante el juez o tribunal, para probar o alegar. Acto judicial en el que los litigantes tienen ocasión de exponer sus argumentos ante un tribunal.

1.1 Convocatoria a Audiencia

Dando por sentado que el recurso se admita, proveyendo en su caso sobre la solicitud de aportación de documentos o práctica de prueba, se convocará a las partes “dentro de los tres días siguientes” a producirse la admisión, para que asistan a una vista oral en la sede del órgano judicial, la

cual deberá celebrarse en el mes contado a partir del día siguiente a esa notificación (art. 513 inc. 3° CPCM).

La celebración de la audiencia se deberá acordar necesariamente cuando se hubiere admitido la práctica de prueba, pues la misma deberá llevarse a cabo mediante dicho acto. Si no se hubiere propuesto prueba o se hubiere inadmitido toda la propuesta, la celebración de la audiencia también podrá acordarse, ya sea atendiendo a la solicitud que en este sentido formule alguna de las partes, ya cuando, sin mediar tal solicitud, el tribunal “ad quem” lo considere necesario para formar adecuadamente su convicción sobre lo que constituye el objeto del recurso.

1.2 Audiencia con prueba

Si hubiere de practicarse prueba, el acto se ajustara, en lo relativo a su tramitación procedimental, a lo previsto para el juicio verbal, observándose en lo dispuesto con carácter general sobre la audiencia probatoria, en cuanto resulte aplicable.

No se desarrollara ampliamente debido a que según la opinión de muchos jueces son excepcionalísimos los casos en que se produce prueba en segunda instancia.

1.3 Audiencia sin prueba

Si no hubiere de practicarse prueba, el contenido de la audiencia se limitara a la exposición oral de las alegaciones que las partes apelante y apelada formulen en apoyo de la procedencia y estimación o desestimación del recurso.

En el caso de que la parte inicialmente recurrida hubiere impugnado también la resolución apelada, deberá concederse un nuevo turno de intervención a las partes por orden inverso al anterior, es decir, primero al impugnante y luego al iniciar el apelante, para que puedan formular las alegaciones que consideren oportunas.

La inasistencia al acto del apelante se tomará como desistimiento tácito del recurso, lo que llevará a los Magistrados en ese mismo momento y constatada su ausencia, a declararlo desierto. La inasistencia del apelado no impedirá desde luego la continuación del acto, pero habrá desaprovechado la oportunidad para defender la validez de la resolución impugnada y cuestionar los argumentos del recurso²⁰⁵.

1.4 Alegaciones

En el supuesto de que ambas partes asistieran a la audiencia, toca en primer término la oportunidad de intervención oral a la parte apelada para defenderse, a cuyos efectos podrá asumir alguna consecuencia. En este caso la parte recurrida alegará en primer lugar, si las tiene, las excepciones procesales que conducirían a la inadmisibilidad o archivo del recurso, y de no prosperar éstas o no invocarlas, planteará sus objeciones a los motivos de fondo deducidos por el apelante.

También se puede producir la adhesión a la apelación, temática que se tratara posteriormente.

²⁰⁵ Si ambos litigantes han acudido, la ley prevé que la audiencia tenga un doble contenido: alegaciones de las partes empezando por el apelado quien hasta ese momento no había sido oído, y provisión sobre prueba de las partes en apelación, la presentada en ese mismo acto por el apelante, y la que promueva el apelado. Si sólo acude el apelante quedará reservada la sesión a este segundo cometido, salvo que éste no hubiere pedido prueba, en cuyo caso se dejaría lista la causa para sentencia. Es necesario señalar que con respecto a la inasistencia del apelante, éste además de dejar desierto el recurso será condenado al pago de las costas procesales producidas hasta ese momento.

1.5 Prueba y alegaciones finales

Solicitada la admisión de documentos en este acto, por no haberse podido hacer antes, el tribunal proveerá dentro de la misma audiencia, así como respecto de la prueba a constituir con inmediación ante los Magistrados de la Cámara, la cual de admitirse en el acto se llevará a cabo de acuerdo a los requisitos y formas establecidos en el Código para cada medio de convicción. Precisa el art. 514 inc. 3º, que la resolución que se emita en ese momento rechazando uno o más pruebas ofrecidas, devendrá inimpugnable.

Tras la práctica de la prueba, que podría según su complejidad y número requerir de más de una sesión, se abrirá un nuevo turno de intervención oral de las partes²⁰⁶ para que ambas puedan recapitular, siempre en los estrictos términos del recurso deducido, sobre la relevancia de sus argumentos y el resultado de la prueba recabada en apelación – resultado positivo o negativo, cada parte apoyará la postura que le interesa-. También para que los Magistrados puedan pedir a alguna de las partes las aclaraciones que consideren oportunas, en cuanto a aspectos oscuros, ambiguos o contradictorios de su pretensión. Una vez completado este trámite, el asunto quedará visto para sentencia.

2. LA APELACIÓN ADHESIVA

De manera realmente escueta, el CPCM señala en su Art. 514, párrafo primero, que en la audiencia se oirá a la parte apelada para se opongá “o

²⁰⁶ Art. 514 Inc. 5º del CPCM el cual dice: “Realizada la prueba como último punto de la audiencia, las partes podrán formular sus alegaciones finales, con lo cual el recurso quedará en estado de dictar sentencia, sin perjuicio de que el tribunal pueda solicitar alguna aclaración a las partes”.

para que se adhiera a la apelación”. Y más adelante, al referirse a los pronunciamientos de la sentencia que ha de dictarse, se añade que ésta resolverá los puntos planteados en el recurso “y, en su caso, en los escritos de adhesión” (art. 515, párrafo segundo). De esta manera, con estas referencias legales se instituye el derecho tardío de quien por no apelar la resolución judicial dentro de plazo, había pasado automáticamente a adquirir la condición de parte recurrida y con ello a suponersele a favor de la resolución y en contra del recurso, a poder desplegar una postura diferente, manifestando su voluntad de “adherirse” al recurso ya interpuesto.

2.1 Historia de la adhesión al recurso de apelación

En relación a la historia de la adhesión al recurso de apelación cabe recordar, que el Codex de Justiniano regulaba la adhesión a la apelación como una facultad independiente y libre del apelado, con la única condición de que la parte contraria haya apelado anteriormente expresando las causas de su apelación. La apelación principal es la base o punto de arranque de la adhesión, pero esto no implica una perpetua dependencia. La adhesión una vez surgida adquiere vida y entidad propia.

Esta doctrina fue la que se plasmó en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885. Sin embargo, esta primera Ley de Enjuiciamiento Civil no preveía la facultad del apelado de continuar su recurso por adhesión aunque el apelante inicial desistiera de su apelación, y, en la práctica forense, se aceptó esta posibilidad, pero siempre que el apelado se hubiera adherido antes de que el contrario desistiese de su recurso.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España, ha ampliado esta oportunidad del apelado, aceptando la adhesión en los tres días siguientes al

de la entrega de la copia del escrito en el cual el apelante se separa de su apelación, con lo que ha quedado definitivamente desvirtuada la naturaleza accesoria de la adhesión²⁰⁷.

2.2 Importancia de la adhesión a la apelación

La adhesión a la apelación consiste en sumarse, uno de los litigantes, al recurso de apelación deducido por su contraparte. Como uno de los requisitos básicos del recurso es que la sentencia recurrida cause agravio o perjuicio, es claro que el instituto de la adhesión a la apelación solo podrá configurarse cuando la sentencia aun siendo favorable al adherente, no lo sea en su absoluta integridad²⁰⁸.

A la adhesión a la apelación, en efecto, se refiere que al evacuar el traslado, podrá la contraparte adherir al recurso y fundar a la vez sus agravios. Si se prevé la contestación a la adhesión a la apelación es, naturalmente, porque se da por admitida la adhesión a la apelación. A mayor abundamiento no debe olvidarse que el recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria por lo dispuesto para la sentencia definitiva²⁰⁹.

²⁰⁷ CLIMENT DURAN, C.: *Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en «Revista General de Derecho», Julio-Agosto de 1990, pp. 5234 y 5240.

²⁰⁸ No se puede calificar como adhesión el supuesto en que todas las partes (demandante y demandado) en primera instancia, interponen, cada uno por su lado, un recurso de apelación en el momento oportuno, por resultarles perjudicial la sentencia del Juez *a quo*. La razón es que todos los recursos se interponen dentro del plazo concedido por la Ley para formular la apelación, y no dentro del momento procesal oportuno para adherirse. Así, todos ellos son recursos de apelación *stricto sensu*.

²⁰⁹ TARIGO Enrique E., *Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código II*, Ed. FCU, 2º ed., Montevideo, 1998, pp. 252, 253. Supongamos que el actor demandó el pago de una determinada cantidad de dinero por concepto de daños y perjuicios, sus intereses y las costas del proceso; supongamos igualmente que la sentencia definitiva, se admitió la demanda, se llevó a cabo el proceso y que en sentencia definitiva se condenó al demandado al pago de la suma del dinero reclamado, más intereses legales y convencionales, pero que no hizo especial condenación en materia de costas. Por lo que el demandado, perdidoso en

Como es sabido, la apelación constituye una pieza fundamental en el sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se caracteriza por su efecto devolutivo y revisorio²¹⁰. (Aunque un sector minoritario de la doctrina lo configura como un nuevo proceso²¹¹), y, en determinados casos, por su efecto suspensivo. Plantea, sin embargo, numerosos aspectos problemáticos, sobre todo por su deficiente sistemática, entre los que destaca el régimen de la adhesión a dicho recurso.

Para definir la apelación adhesiva hay que tomar como punto de referencia la apelación principal, presentándose así como una facultad, de carácter extraordinario, puesta por la Ley en manos del apelado - que no pudo o no quiso interponer el recurso de apelación en el momento procesal oportuno - de constituirse en parte apelante, en lo que le sea perjudicial la resolución del Juez *a quo*, produciendo los efectos plenos de la apelación y destruyendo la prohibición de *reformatio in peius* en perjuicio del primer apelante²¹².

Con esta figura la normativa procesal civil evita un posible desequilibrio entre las respectivas posiciones y expectativas de los litigantes,

el proceso, por causarle esta un agravio, apela la sentencia, lo que posibilita este instituto de la adhesión a la apelación, es decir que el actor triunfante del litigio, podría sin duda adherirse a la apelación, ya que el tribunal inferior omitió pronunciarse en dicha resolución sobre las costas causadas en la primera instancia.

²¹⁰ Sector dominante y mayoritario de la doctrina que configura la apelación como una *revisio priores instantiae*. También la jurisprudencia se pronuncia en este sentido, como en la S.T.S. de 22 de junio de 1983 (R.J.3650): "(. . .) y en tal sentido este Tribunal tiene declarado que aun cuando el recurso de apelación se configura en algunos ordenamientos como un *novum iudicium*. en el nuestro se concibe como una revisión del proceso seguido en la primera instancia (. . .)", entre otras. Y la Sentencia del T.C. 103/1995, de 3 de julio.

²¹¹ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, op. cit. p. 311

²¹² Con esta actitud se abre el examen del Tribunal sobre extremos, en otro caso consentidos, y le permite al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adhesivo (..); a partir del acto de adhesión nos encontramos frente a un nuevo recurso, con la plenitud de efectos revisorios atribuidos a la apelación.

al permitir a uno de ellos salir de su inicial estado de pasividad cuando tiene conocimiento de que la parte contraria ha interpuesto recurso de apelación.

Además, es un buen sistema para evitar recursos innecesarios, ya que si la contraparte no recurre, el posible adherido tampoco utilizará la figura de la adhesión, contentándose con la sentencia aunque sea parcialmente perjudicial.

2.3 Efectos

Cuando se habla del significado y alcance que tiene la adhesión obviamente, se trata ante todo de una impugnación de la resolución judicial, con lo que la parte apelada pasa a ejercitar procesalmente una legitimación activa, la del apelante por adhesión, quien inicialmente y por razones personales que no resulta preciso alegar ni justificar ante el órgano *ad quem* (acaso el haber sopesado como más conveniente no dar pie a un nuevo procedimiento, de resultado incierto) se había aquietado contra la resolución. Una vez arrastrado a la segunda instancia por la iniciativa de su contrario al apelar, aquél recobra su interés no sólo jurídico sino personal en obtener una decisión que revoque, en todo o en parte, la resolución dictada en aquello que le afecta.

Ahora bien, el problema aquí radica en determinar las consecuencias de esa manifestación de adhesión. Con la aclaración que no se habla de una apelación autónoma y desconectada de aquella originalmente formalizada por la otra parte, parece evidente a la vista del término empleado por la ley²¹³, y el significado asignado históricamente a la apelación adhesiva, allí

²¹³ La Ley ha de interpretarse siempre a partir del significado propio de las palabras. El Diccionario de la Real Academia Española define la adhesión como “acción y efecto de

donde rige. Pero además, al hacerlo así el legislador ha desechado otras modalidades de apelación tardía en derecho comparado en las que el apelado goza de autonomía de defensa y no halla trabas en los límites objetivos de su propio recurso²¹⁴. Que en la resolución impugnada ha de haber hecho algún pronunciamiento desfavorable, también deviene evidente, pues de faltar el requisito del gravamen (art. 501 CPCM) se está hablando de un recurso carente de uno de sus presupuestos esenciales.

Se puede guardar silencio o evacuar un escrito de mera conformidad con la apelación inicial, pero si el apelado ha obtenido en la resolución impugnada todo aquello a lo que podía aspirar en ese incidente o proceso principal –según sea-, nada de lo que alegue podría considerarse una adhesión a la apelación, esto es, de un segundo recurso –lo limitado que se quiera, pero recurso al fin y al cabo- engendrador de un correspondiente deber judicial de respuesta en la sentencia definitiva, que es a lo que lleva esta segunda opción del apelado regulada en el art. 514 CPCM.

Concedido y ejercitado, entonces, por el apelado su defensa en juicio, dispone el art. 514 en su primer párrafo que “en seguida” el tribunal oirá al apelante para responder a lo alegado por su contrario, sin que pueda éste aprovechar esta segunda ronda para añadir nuevos motivos a su propio recurso, ni las demás partes apeladas que no han presentado adhesión hacer nada distinto a oponerse a ésta²¹⁵.

adherir o adherirse, conviniendo en un dictamen o partido, o utilizando el recurso entablado por la parte contraria”, o también como una “declaración pública de apoyo a alguien o algo”. Una adhesión, por tanto, significa la asunción como propio de un planteamiento ajeno, e implica por ello una unidad de actuación, no una diversidad.

²¹⁴ El art. 461 LEC, que conscientemente evita utilizar el término “adhesión”, se refiere a las dos opciones del apelado, como “oposición al recurso e impugnación de la sentencia (...) en lo que le resulte favorable”.

²¹⁵ GUASP: *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 1347 y 1348: “se tiene así un recurso de apelación secundario o derivado, en cuanto que nace sólo porque está pendiente el proceso de impugnación abierto por otro y en tanto en cuanto éste se mantiene”.; además, MIGUEL

2.4 Contenido de la adhesión a la apelación

Una de las cuestiones que se plantean en torno a la adhesión al recurso de apelación se refiere a su contenido: es un mero sumarse a un recurso de apelación o, por el contrario, implica la interposición de un nuevo recurso de apelación encaminado a impugnar los puntos de la sentencia que resulten perjudiciales a quien se adhiere, formulando una pretensión autónoma a la del apelante inicial. Algunos autores también afirman que la adhesión tiene un contenido propio, que puede ser diferente al de la apelación principal²¹⁶.

Se permite al apelado adherido que someta a decisión del Tribunal *ad quem* aquellos puntos en los que la sentencia de primera instancia le sea perjudicial, que no tienen por qué ser los mismos puntos que sean perjudiciales para el apelante principal y, además, pueden ser diametralmente opuestos a los de aquélla. Esta discusión en torno al contenido de la adhesión a la apelación puede tener su raíz en el concepto propio de este término. Desde el punto de vista gramatical, se define la adhesión como "sumarse, mostrar a alguien su conformidad con cierta cosa y ayudar a su realización"²¹⁷.

Algunos pronunciamientos así lo confirman: "*Esta adhesión, mal denominada de esa manera, por cuanto la adhesión solamente se refiere al*

ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil, Op. Cit.*, p. 501. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (con otros): *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 352 y 353.

²¹⁶ En su mayoría son los autores españoles debido a que tienen basta jurisprudencia con respecto al tema, para lo cual citamos algunas sentencias: Sentencias de las Audiencias Provinciales de: Huelva, de 11 de abril de 1987 (La Ley, 1987-2, p. 668), Zamora, de 30 de enero de 1995 (R.A.C.29); La Coruña, de 16 de mayo de 1994 (A.e. n017/1- 15 septiembre 1994, 1238); Teruel, de 27 de octubre 1993 (R.A.e.2067); Navarra, de 17 de mayo de 1994 (R.A.e.787); Lleida, de 10 de diciembre de 1993 (A.e. n08/16-30 abril 1994, 505); La Rioja, de 30, de diciembre de 1994 (A.C. n011/1 15 junio 1995, 856); Valladolid, de 12 de diciembre de 1995 (A.C. n04/16-29 febrero 1996,303); Murcia, de 13 de julio de 1998 (R.A.C.1489).

²¹⁷ MARÍA MOLINER: *Diccionario de uso del español*, ed. Gredos, 1996.

acto de apelar, pero no supone adhesión a las peticiones de la parte contraria”.

De esta forma, tema de los efectos típicos de la apelación adhesiva, es la ampliación del objeto del recurso. Como se ha señalado, "suele llamarse a este tipo secundario o derivado de apelación, apelación adhesiva, siendo, no obstante, el nombre equívoco porque puede dar a entender que la apelación por adhesión trata de coadyuvar a los resultados que pretende obtener la apelación principal, siendo normalmente todo lo contrario, ya que el que apela por adhesión contradice al apelante principal, si bien no lo hace tomando la iniciativa de la segunda instancia, sino en virtud de la iniciativa asumida por el contrario²¹⁸".

Por lo tanto, si la adhesión tiene su propio contenido, distinto de la apelación principal, se ha de tener presente que siempre se ha de cumplir el principio de contradicción, y debe concederse al nuevo apelado (apelante inicial) la oportunidad de contestar y defenderse y quien utilice la vía de la adhesión a la apelación sólo podrá actuar como coadyuvante con el recurrente principal y, si lo que quiere es formular pretensiones autónomas, tendrá que utilizar el recurso de apelación interpuesto en el momento procesal oportuno.

Así, la adhesión a la apelación en los juicios verbales y de cognición carece de autonomía sustantiva propia, entre otras, las razones que justifican atribuir esta naturaleza accesoria a la adhesión a la apelación formulada en estos procesos es que:

La adhesión no puede convertirse en una suerte de contra recurso sino que ha de presentar un contenido en sintonía con las pretensiones del

²¹⁸ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Óp. Cit., p. 1348

recurrente principal, máxime teniendo en cuenta: a) que, si se siguiera manteniendo lo contrario, la parte que pretende hacer valer una adhesión autónoma, contraria incluso al recurrente principal, estaría realmente utilizando todas las posibilidades del recurso de apelación, cuando ya ha pasado el plazo preclusivo de interposición; b) que también goza de otra ventaja añadida en desigualdad a la parte recurrente principal, cual es que plantea su impugnación después de conocer los argumentos impugnativos de éste, el cual ha carecido obviamente de esa posibilidad; c) que a estos privilegios se sumaría otro más, consistente en que la Ley no establece trámite alguno para que las otras partes puedan impugnar la adhesión, con lo cual, en definitiva, la parte que hace uso de la adhesión substantivamente autónoma primero deja que se agote el plazo de interposición del recurso, luego toma conocimiento de las impugnaciones que se hayan podido plantear, después formula su pretensión impugnatoria disponiendo de ese bagaje de datos del que carecieron las otras partes y, finalmente, éstas no disponen siquiera de vía procedimental para impugnar la adhesión²¹⁹."

Por eso, dicha adhesión sólo puede ser accesoria puesto que, si fuera autónoma, se darían más privilegios al apelado que al apelante. Pero en los otros procedimientos, mayor y menor cuantía, al no exigirse esta fundamentación previa y ser en el acto de la vista del recurso el momento oportuno para exponer y fundamentar las pretensiones y donde la parte apelante inicial puede rebatir la adhesión formulada de contrario, se admite la naturaleza de recurso autónomo de la adhesión. Frente a estas argumentaciones - que no se descalifican - siempre se puede hacer una reflexión final: ¿para qué sirve una adhesión que sólo admite coadyuvar con

²¹⁹ La doctrina defendida mantiene que en los juicios verbales y de cognición, al conocerse desde la interposición de la apelación el objeto de la misma, ya que se exige que en dichos escritos se manifiesten las razones que fundamentan el recurso, el apelado tiene conocimiento de todas las peticiones del apelante antes de formular su adhesión.

el apelante principal? En realidad se trata de una admisión de las pretensiones del primer apelante que, en algunos casos, puede dar lugar a un allanamiento.

Así algún autor considera que el hecho de que en los juicios verbales no se dé traslado de la adhesión a la apelación al apelante principal, no puede significar que dicha adhesión tenga un carácter supeditado al recurso inicial. Será en la vista del recurso donde el apelante podrá oponerse a la adhesión formulada de contrario²²⁰.

La adhesión al recurso de apelación presenta dos límites: sólo puede referirse a cuestiones que se hayan planteado en la sentencia de primera instancia y sobre extremos que perjudiquen a la parte que la formula.

Ahora bien, cuando los preceptos que regulan la adhesión a la apelación se refieren a "los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia", no se excluye ninguno de estos puntos, ni se condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión. La adhesión a la apelación se limita a las cuestiones que el apelado expresamente designe, pero si simplemente se adhiere, sin hacer ninguna precisión, la práctica de los Tribunales lo considera adherido en todos los extremos de la sentencia que le sean perjudiciales.

En conclusión, la adhesión a la apelación es una segunda oportunidad para recurrir la sentencia de instancia, que se concede al apelado después de conocer la impugnación de su oponente, limitándose a lo que le sea perjudicial dicha sentencia. Sin gravamen no hay adhesión, ya que "la adhesión carecerá de causa jurídica fuera del ámbito de tal perjuicio²²¹".

²²⁰ MONTERO AROCA, J.: *El juicio verbal de tráfico*, op. cit., pp. 450, 451 y 453.

²²¹ El contenido de la adhesión a la apelación no puede ampliar así el objeto del proceso, es decir, referirse a cuestiones no planteadas en la sentencia de instancia, aunque sean

2.5 Límites al derecho de adherirse

La adhesión lleva consigo que el tribunal de apelación únicamente pueda atender y dar por correctamente deducidas aquellas afirmaciones del apelante por adhesión que se limite a sumar, dar por reproducidos, apoyar o pedir que se estimen, los motivos contenidos en el escrito de interposición. Mientras que, por el contrario, resultarán ineficaces y no se responderá, a los argumentos que pudieran configurar nuevos y diversos motivos de apelación respecto de los suscitados por el apelante inicial²²².

2.6 Aumento de los poderes y *cognitio* del órgano de apelación

Conforme al axioma *tantum devolutum quantum appellatum*, la *cognitio* del Tribunal *ad quem* queda restringida a las pretensiones ante él impugnadas. Aquí se incluyen tanto las formuladas en la apelación principal, como las esgrimidas en la apelación adhesiva. Por lo tanto, si se produce adhesión a la apelación se aumenta la *cognitio* del órgano jurisdiccional competente respecto a lo que se le ha planteado en la inicial apelación. El juzgador se encuentra frente a la cuestión debatida con plenitud de facultades de enjuiciamiento y en la misma posición que tuvo el juez *a quo*, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho. Tal efecto encuentra su apoyo en la opinión dominante de que el recurso de apelación se

perjudiciales para el adherido. En este sentido, el juez tampoco puede pronunciarse sobre extremos no propuestos por las partes, ya que esto implicaría un menoscabo de su derecho de defensa.

²²² Existirá, siempre además, una doble frontera intransponible –con flexibilidad o sin ella-, so pena de desnaturalizar el instituto de la adhesión para convertirla en un puro y nudo segundo recurso de apelación autónomo, algo que, insistimos, creemos no ha sido lo querido por el legislador. Esa doble frontera es que no podrá alterarse ni el objeto del recurso original (la resolución judicial inicialmente apelada), ni el *petitum* de esa adhesión podrá ir más allá de la nulidad, pues para intentar reivindicar la declaración de derechos o situaciones jurídicas individualizadas, o pedir condenas a su favor, tendría que haber apelado al principio.

configura como una revisión del proceso seguido en la primera instancia y no como un *novum iudicium*.

2.7 Levantamiento de la *reformatio in peius*

Se ha considerado como una manifestación característica del principio de congruencia en la segunda instancia, la prohibición de la denominada “*reformatio in peius*”, es decir, la prohibición de que el tribunal “ad quem”, al resolver el recurso, modifique por sí la sentencia apelada en perjuicio del apelante, empeorando o agravando la posición del mismo²²³. La prohibición de *reformatio in peius* también veda al Tribunal conocer de los extremos del pleito consentidos por la parte a quien perjudican, por no haberse impugnado. Por lo tanto, si hay adhesión, el juez *ad quem* puede modificar los extremos de la sentencia de instancia impugnados, agravándolos en perjuicio del recurrente inicial.

La producción del efecto que ahora trata, viene autorizado por el cambio de posición procesal que se produce con la adhesión. Como consecuencia de la destrucción de la prohibición de *reformatio in peius*, y según se ha señalado el Tribunal *ad quem* adquiere plenas facultades para conocer de la cuestión objeto de la adhesión, con la misma amplitud de jurisdicción que poseía el juez *a quo*²²⁴.

²²³ La prohibición de la *reformatio in peius* es una limitación del objeto procesal, por la que el Tribunal de apelación no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del apelante, aunque lo entendiera ajustado a derecho, a no ser que la otra parte se haya adherido a la apelación o haya interpuesto por su parte un recurso de apelación. Por lo tanto, si hay adhesión, el juez *ad quem* puede modificar los extremos de la sentencia de instancia impugnados, agravándolos en perjuicio del recurrente inicial.

²²⁴ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Derecho Procesal Civil*, Óp. Cit., pp. 254 y 255. DE LA PLAZA, M.: *Derecho procesal civil español*, Óp. Cit., pág.662. ARMENTA DEU, T.: *El derecho a los recursos: su configuración constitucional*, Óp. Cit., p. 8121 y 8122. CORDÓN

Pero si el Tribunal *ad quem* se pronuncia de oficio sobre extremos aceptados (que no son objeto ni de la apelación principal ni de la adhesiva), y que, por lo tanto, han adquirido fuerza de cosa juzgada material, incurre en incongruencia, ya que con ello se perjudica al apelante, al otorgarse más de lo pedido. Así, la jurisprudencia presenta la *reformatio in peius* como una exigencia relativa a la congruencia en segunda instancia, que se excluye cuando en el recurso de apelación inicial se produce una adhesión y respecto a los términos de la misma. Sin embargo, cabe destacar que una cosa es la *reformatio in peius* (la parte apelante obtiene una resolución de segundo grado más gravosa que la de primer grado por él impugnada, situación no atendible cuando la otra parte también ha apelado o se ha adherido a la apelación) y otra la incongruencia *extra petita* (discordancia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en el fallo, pudiendo operar la máxima *iura novit curia*)²²⁵. Aunque haya adhesión, se puede producir *reformatio in peius* respecto al primer apelante, en los extremos no invocados por el adherido en su escrito, cuando dicha adhesión sea parcial²²⁶.

2.8 Impedir la firmeza de la resolución recurrida

Es un efecto esencial y constante de todo recurso, consistente en impedir que la resolución devenga inmutable, es decir, pase en autoridad de cosa juzgada formal. Esta suspensión de la cosa juzgada formal tiene lugar respecto de toda la resolución de primera instancia, incluso cuando el

MORENO, F.: *Proceso civil de declaración*, Óp. Cit., pág.324. CHIOVENDA: *Principios de derecho procesal civil*, Óp. Cit., p.537.

²²⁵ RICHARD GONZÁLEZ, M.: *La segunda instancia en el proceso civil*, op. cit., p. 224. BARRON DE BENITO, J.L.: *El recurso de apelación en el juicio verbal civil de tráfico*, op. cit., pp. 90, 95 y 96.

²²⁶ Existirá *reformatio in peius* cuando la sentencia es revocada, no concediendo o negando lo pedido por el apelante, sino agravándola en perjuicio del apelante, sin que esto sea pedido por otro apelante o adherido a la apelación.

recurso de apelación inicial sea parcial, porque sólo así se puede entender la figura de la adhesión a la apelación.

En este caso, si la suspensión de la cosa juzgada sólo afectase a los extremos de la sentencia que se impugnasen por el apelante principal, incluso permitiéndose la ejecución de los pronunciamientos no apelados, la parte apelada no se podría posteriormente adherir a la apelación en aquellos otros extremos que le son perjudiciales y diferentes a los planteados por su oponente, porque sobre éstos operaría la cosa juzgada formal²²⁷.

Por eso, sólo una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación y, en su caso, el momento procesal oportuno para adherirse, los pronunciamientos de la sentencia de instancia no impugnados por las partes devienen firmes y pasan en autoridad de cosa juzgada material, prohibiéndose que el órgano de apelación entre a conocer sobre estos extremos²²⁸.

El efecto de impedir la firmeza de la resolución sólo opera sobre lo que fue objeto del recurso. Esta consideración tiene su fundamento en el respeto de los derechos de la contraparte, en el principio dispositivo y en la intención de evitar una eventual situación de indefensión, pues si el apelante sólo recurre en un aspecto concreto y acepta el resto, la contraria tiene derecho a

²²⁷ GÓMEZ ORBANEJA (con Herce Quemada): *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 462 y 473: "Es claro que si pasaran en cosa juzgada los extremos o puntos no atacados de la resolución, mal podría el contrario, con posterioridad al vencimiento de los términos a que se refiere el art. 08, extender a tales puntos, por su lado, la impugnación".

²²⁸ MANRESA: *Comentarios a la L.E.C reformada con los formularios*, Óp. Cit., pp. 188 y 189, donde señala la S.T.S. de 11 de enero de 1876, "que apelada una sentencia, aunque lo sea únicamente en alguno de sus extremos, no obtiene la autoridad de cosa juzgada en ninguno de ellos, puesto que el apelado tiene derecho incuestionable, según el art.844 (hoy 858) de la ley de Enjuiciamiento civil, a adherirse a la apelación en el tiempo y forma que esta disposición establece, y en su virtud, pedir y obtener, si fuese procedente y justo, la revocación de la sentencia en todo lo que le sea desfavorable".

esperar que este resto no apelado quede inalterable y renunciar a una eventual adhesión, que en otro caso podía haber formulado²²⁹.

3. DECISION DEL RECURSO

En su tarea específica, el órgano jurisdiccional debe optar muchas veces por una de las soluciones posibles y elige la que considera más valiosa; por ello, más que aplicar una norma aislada, el juez dicta una decisión desde todo el ordenamiento jurídico; y la tarea interpretativa, por su consustancial discrecionalidad, contiene un acto de creación entendiendo esta última expresión como la incorporación de algo que no estaba con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico.

Es decir, la decisión judicial, aparte de resolver el litigio concreto, adquiere trascendencia general al servir de fuente de derecho aunque sea una fuente secundaria para resolver casos similares.

“La sentencia que resuelve el recurso de apelación, deberá pronunciarse sobre los extremos solicitados por las partes, haciendo las aclaraciones que en cada caso procedan en atención a lo que haya sido objeto del recurso (...)”²³⁰. La Sentencia, como resolución de carácter definitivo, pone fin al proceso en segunda instancia, siendo un presupuesto fundamental para la cosa juzgada y final cierre del objeto del juicio.

²²⁹ MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ (con Andrés de la Oliva): *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 218 y 501. Y ROSENBERG, L.: *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 349 y 350.

²³⁰ MONTERO AROCA, Juan., *Los recursos en el proceso civil*, Op. Cit., p. 262. La Sentencia en el Recurso de Apelación es la culmine de todo su proceso donde, de forma exhaustiva y congruente, el Tribunal *ad quem* valora, decide, argumenta y fundamenta sobre el Fallo que considere apegado a derecho, incidiendo directamente sobre el objeto del recurso, aquel que constituyó su finalidad, planteado por las parte en todo su desarrollo, específicamente en el escrito del recurso

3.1 Forma

El Art. 515 CPCM., establece que una vez finalizada la audiencia la Cámara podrá dictar sentencia justo después de cerrarse ésta de inmediato, lo hace pensar que se haría de manera verbal y si lo considera oportuno, esto tomando en cuenta el grado de simplicidad del recurso. De no ser esto posible dictará la sentencia, dentro del plazo legal de veinte días que comenzarán a correr desde el día siguiente al cierre de la audiencia.

La forma en que se adopta la sentencia de apelación se rige por los Arts. 219 y 220 CPCM, los cuales en una forma resumida establecen que la sentencia se dictará después de la deliberación y el voto de todos los magistrados, con respecto a éste último se requerirá la unanimidad del voto, actos que se harán siempre a puerta cerrada, después de la audiencia o en un momento próximo a su celebración, en donde será el magistrado presidente quien dirigirá el debate y dará a conocer la propuesta de decisión y el borrador de la sentencia.

En lo concerniente a los requisitos de ésta sentencia son aplicables los requisitos de forma y contenido regulados en los Arts. 217 y 218 CPCM, los cuales son aplicables para toda resolución judicial, los requisitos internos, de fondo o de contenido de la Sentencia, esta posee particularidades importantes, como lo son tres requisitos fundamentales: la Motivación, la Exhaustividad y la Congruencia.

La Motivación, que posee como finalidad abolir las resoluciones oscuras, difusas, vagas, imprecisas o ambiguas de modo que su entendimiento se comprensible para las partes más aun a quien ha de acatarla contra su propia voluntad, se determina por la expresión clara y

precisa de las razones fácticas y jurídicas que conducen a la apreciación y valoración de los elementos probatorios, así como la aplicación e interpretación del derecho aplicable al caso, exteriorizando y exponiendo a las partes las razones y fundamentos de su decisión, haciendo ver que no se trata de arbitrariedades, sino de una determinada interpretación y aplicación de la ley. Todo esto en el cumplimiento de las garantías de seguridad jurídica y tutela judicial que la Constitución reviste a las partes, salvaguardándoles de indefensiones al respecto²³¹. Puede una decisión ser fundada y no precisamente motivada. Esta distinción dispone que toda sentencia debe fundarse en la ley. La motivación en tanto, tiene un objetivo más importante cual es la razón y la justicia de la decisión.

La motivación de una sentencia se constituye con la serie de argumentos explicativos que utiliza el juez para justificar su resolución, y en tal sentido son las reglas del pensamiento lógico la mejor orientación para el juzgador. Los requisitos de una adecuada motivación son que debe ser expresa y completa, en cuanto a la referencia de los hechos y al derecho aplicable, y a las notas de legitimidad, coherencia y sentido común.

3.2 Congruencia

Por congruencia, se entiende la “conformidad de expresión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio²³²”. Según Pallares, “el principio de Congruencia de las Sentencias

²³¹ La motivación, tiene la ventaja esencial de satisfacer de modo más completo las aspiraciones de justicia de las partes, a quienes, en todo caso, bien se estimen o se denieguen sus aspiraciones procesales y sustanciales, se les dan las razones en que se basa el criterio adoptado y que integran la satisfacción de la pretensión, estimulándose así la preocupación de los Tribunales por el fundamento intrínseco de su fallo y permite una evolución consciente y constante de la interpretación jurisprudencial.

²³² OSORIO, Manuel, *Óp. Cit.*, p. 202.

consiste en que las sentencias deben ser congruentes no solo consigo mismas, sino también con la litis tal como quedó formulada por medio de los escritos de demanda, contestación, replica y dúplica”²³³.

Por su parte Rocco, señala que el Principio de Congruencia, “es un principio general que la sentencia debe corresponder a la acción. Este principio se desarrolla en una doble dirección, implica: a) Que el Juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pidió y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas. B) Que el Juez debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos”²³⁴.

El principio de congruencia de la sentencia se encuentra recogido en el Art. 218 CPCM²³⁵. Con base en este principio, el Juez no debe de otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes. En armonía con dicha disposición el Art. 515 inc. 2 del CPCM., reitera sobre los puntos en que debe recaer la sentencia, limitándose exclusivamente a los puntos y cuestiones planteadas

²³³ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 26ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, p. 583. Sostienen los jurisconsultos que hay dos clases de congruencia, la interna y la externa. La primera consiste en que la sentencia no contenga resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. No faltan autores que sostengan que la violación de este principio produce la nulidad del fallo. La congruencia externa exige, que la sentencia haga ecuación con los términos de la litis”

²³⁴ ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, Ed. La España moderna, pp. 136 y 145.

²³⁵ CONGRUENCIA

Art. 218.- “Las sentencias deben ser claras y precisas, y deberán resolver sobre todas las pretensiones y puntos litigiosos planteados y debatidos.

El juez deberá ceñirse a las peticiones formuladas por las partes, con estricta correlación entre lo que se pide y lo que se resuelve. No podrá otorgar más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, ni cosa distinta a la solicitada por las partes. Sin alterar la pretensión, y con respeto a los hechos alegados por las partes como base de sus causas de pedir, el juzgador podrá emplear los fundamentos de derecho o las normas jurídicas que considere más adecuadas al caso, aunque no hubieran sido invocados por las partes”.

en el recurso, que en definitiva deben de concluir en la manifestación del petitorio.

Esto como una manifestación del derecho de petición, reconocido en la Constitución de la República, en que, mediante la reclamación de un derecho o pretensión ante el órgano jurisdiccional, da lugar al derecho de respuesta; pero esto implica que todo Juez, previo a dictar su resolución debe de examinar la petición y su fundamentación fáctica, pues dicha respuesta o contestación debe ser congruente con lo solicitado, es decir, que la parte dispositiva de la decisión adoptada en dicha respuesta, debe de ajustarse a los términos en que la persona la haya formulado, y debe de resolverse conforme las facultades legales atribuidas a la autoridad.

El contenido de la sentencia, deberá guardar el deber judicial de la debida congruencia que se configura en paralelo como garantía o derecho del justiciable, en relación tanto a los motivos del escrito de interposición, como de lo alegado de contrario por el apelado, y en su caso de la adhesión a la apelación, Art. 515, inc. 2° CPCM²³⁶. La sentencia de la alzada debe respetar *el principio de congruencia*.

Este principio, según ya se señaló, exige que exista conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto; debe existir, entonces, conformidad entre la sentencia y los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición; o sea, adecuación de la sentencia a los sujetos, objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. Ya que como suele decirse, el requisito interno de las resoluciones judiciales fácilmente se enmarcan en la ecuación

²³⁶ CABAÑAS GARCÍA, J., y otros, *Óp. Cit.*, p. 573.

jurídica siguiente: “Lo pedido por las partes igual a lo resuelto por el juzgador en la sentencia”.

El principio de congruencia determina que el juez en el ejercicio de la jurisdicción debe ceñir su resolución a lo que fue materia de litigio, ya que las partes son los actores del proceso y les proporcionan el material y fundamento para llegar a la sentencia, encontrándose facultades para iniciarlo, fijar los hechos concernientes al objeto, desarrollo y poder renunciar a distintos actos, limitando las funciones del juez a la dirección y decisión del conflicto²³⁷.

“El principio de congruencia exige a la Alzada prestar especialísima atención a dos estadios procedimentales. Cuales son el de la traba de la litis; y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues sus potestades decisorias sufren una doble restricción: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y de la pieza que contiene el desarrollo de los agravios. Ninguna parcela del decisorio recurrido podrá revisar si la impugnación no está contenida en estos últimos actos procesales (...)”²³⁸.

La inobservancia de lo prescrito en el Art. 218 inc. 2 CPCM., abre la posibilidad de la existencia de una incongruencia, la cual se da cuando existe diferencia entre la situación jurídica que se pretende y la que reconoce el juzgador o cuando es distinta la extensión entre el derecho reclamado y el concedido.

²³⁷ SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, dictada bajo la referencia 180-C-2005, San Salvador, a las once horas del día veintitrés de julio de dos mil ocho

²³⁸ AZPELIQUETA, Juan José y TESSONE, Alberto., *Op. Cit.*, p. 163. Para que una sentencia sea apegada a derecho y respetando lo establecido por ambas partes debe de resolverse teniendo en cuenta lo alegado por ellas.

La falta de congruencia se puede presentarse en tres formas: 1) Cuando se otorga más de lo pedido; 2) Cuando se otorga algo distinto de lo pedido; y, 3) Cuando se deja de resolver algo pedido. La sentencia puede entonces ser: *plus petita*²³⁹, si otorga más de lo pedido; *extra petita*²⁴⁰, si otorga algo distinto a lo pedido; o *citra petita*²⁴¹, si no resuelve sobre algún punto que fue pedido.

Existe incongruencia subjetiva cuando la sentencia no guarda conformidad con las partes en litigio, al incluir a quien no ha participado en el litigio, u omitir incluir a quien sí lo ha hecho. Existe incongruencia objetiva

²³⁹ La incongruencia por *plus* o *ultra petita*, se da cuando la sentencia otorga más de lo solicitado por el actor; es decir, que este tipo de incongruencia se configura cuando no hay armonía cuantitativa en la sentencia. Sin embargo, no puede afirmarse que existe este tipo de incongruencia, cuando la sentencia concede menos de lo pretendido por el demandante; porque en ese caso, se está resolviendo sobre la totalidad de la pretensión, aunque limitándola a lo que el juez consideró probado en el transcurso del proceso. Y aún en el caso que dicha resolución sea equivocada, no se puede hablar de resolución incongruente -pues se ha resuelto la petición- sino de violación a la ley como resultado de errores en la apreciación de la prueba o en la aplicación de las normas sustanciales o materiales.

²⁴⁰ La incongruencia *extrapetita*, existe cuando el sentenciador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras, concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por *causa petendi* diferente de la invocada. Para que esta incongruencia tenga relevancia constitucional, precisa realmente que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso, sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, esto es, requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo debatido.

²⁴¹ SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Interlocutoria, dictada en Casación bajo la referencia 57-C-2004, San Salvador, a las ocho horas del día dieciséis de julio de dos mil cuatro. "Sentencia *CitraPetita*, se da cuando el fallo judicial es incompleto, por olvidar o eludir el caso principal debatido o por omitir pronunciamiento sobre alguno de los puntos propuestos y ventilados debidamente por las partes". La incongruencia *citrapetita*, se trata de dejar de resolver sobre la pretensión o no hacerlo sobre algún punto de la misma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia; esto ocurre por ejemplo, cuando en la parte motivadora de la sentencia, se trata el punto en forma que aparezca el implícito rechazo de una pretensión o excepción, a pesar de no haberse dicho nada en la resolución final, y cuando en la sentencia se niega alguna pretensión o excepción que necesariamente implica el rechazo también de otra aún cuando no se diga nada sobre ésta en la parte resolutive e inclusive tampoco en la motivadora; no se trata pues de una simple falta de conformidad literal.

cuando la sentencia no guarda conformidad con las peticiones o reclamos de las partes. Y existe incongruencia respecto del material fáctico cuando la sentencia no guarda conformidad con los "hechos" alegados por las partes como causa de sus pretensiones y oposiciones; y no, obstante el defecto que implica, a la valoración de la prueba, o a la fundamentación jurídica.

Por lo tanto, el juez debe atenerse a la situación fáctica alegada por las partes; pero sin perjuicio de la posibilidad de meritar aquellos hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos

Cabe destacar que la Honorable Sala de lo Civil, en sentencia con Ref. 176-C-2004 de las nueve horas y quince minutos del veintisiete de abril de dos mil cinco, expresó que no existe incongruencia cuando:

a) Se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre todas las pretensiones, aquélla debe darse en la parte dispositiva y no considerativa;

b) No hay incongruencia cuando se falla conforme a lo pedido; pero se utilizan normas o figuras jurídicas diferentes a las invocadas por las partes. Tampoco la hay, cuando se declara sin lugar o con lugar en todos sus extremos una demanda²⁴²; y,

c) No hay incongruencia porque lo fallado se encuentra dentro de la pretensión general de acción; tampoco se da cuando el juzgador difiere del

²⁴² CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN VICENTE, Sentencia definitiva, dictada bajo la referencia 13-FOLIO-94, San Vicente, a las quince horas y cincuenta minutos del día treinta y uno de enero de dos mil once. Los jueces al decidir los litigios, tienen en consideración los principios de derecho que expresan: "*Dabo Mihifactum, debo tibi ius y jura novit curia*", los cuales significan: el primero: "*Dad los hechos, que ellos dicen el derecho*", por cual los jueces por la función que desempeñan, juzgan los hechos a la luz de las normas aplicables; y, el segundo, "*El juez conoce el Derecho*" es un aforismo que significa que sin perjuicio de las normas jurídicas citadas por las partes, en apoyo de sus pretensiones, el Juez aplica la Ley correspondiente

demandante o del demandado en la forma de apreciar la causa jurídica del reclamo. El vicio de incongruencia no se produce, cuando los órganos jurisdiccionales ajustan la pretensión pedida, al dictamen de la ley, es decir, cuando se amoldan la pretensión a los límites de la legislación. Este ajuste, no implica que la pretensión haya sido cambiada, ni que se le haya otorgado más o menos de lo pedido, ni que se haya pedido el planteamiento del demandante. El ajuste del fallo a las pretensiones de las partes, no ha de ser literal, sino sustancial y razonable.

3.3 Efectos de la estimación del recurso

Estos efectos hacen referencia a las diferentes formas de fallo que estiman o consideran procedente el recurso de apelación en su totalidad, declarándolo a lugar, en sus formas legalmente establecidas y elementales sobre la resolución impugnada

3.3.1 Anulación

Efecto que se encuentra recogido en el Art. 516 del CPCM, el cual expresamente establece:

“Si al revisar las normas o garantías del proceso aplicables a la sentencia impugnada se observara alguna infracción pero hubiera elementos de juicio suficientes para decidir, el tribunal anulará la sentencia apelada y resolverá sobre la cuestión o cuestiones que sean objeto del proceso. Si careciera de dichos elementos, anulará las actuaciones, devolviéndolas al momento procesal oportuno”.

Este efecto de Anulación que produce la sentencia del tribunal de segunda instancia, procede únicamente ante la configuración de infracciones

de carácter procesal o formal, ante los llamados vicios *in procedendo*, por la violación de las normas que reconocen las formas que rigen los Actos y garantías del proceso.

La anulación ocurriere ya sea porque el apelante ha invocado la existencia de una nulidad y que además éste pruebe su existencia durante la sustanciación del recurso de apelación, o que simplemente el tribunal de segunda instancia observe de oficio la presencia de una nulidad insubsanable, en cuyo caso estará obligado a pronunciarse al respecto.

Ante la concurrencia de una infracción procesal el tribunal de segunda instancia, dependiendo si posee los elementos de juicio, fácticos y jurídicos, necesarios para resolver o no sobre la pretensión, puede optar por dos decisiones; la primera podría ser anular y resolver sobre el objeto del debate de las partes, y la segunda anular y reenviar la causa hasta el último acto procesal válido al juez *a quo*, para que sea éste quien siga el proceso como debería de corresponder²⁴³.

3.3.2 Modificación o Reforma

El efecto de modificación o reforma de la resolución impugnada, es una clara expresión de la potestad resolutoria que entraña el tribunal de alzada. Tal efecto dentro del fallo puede encontrarse bajo la expresión; "modifícase" en lugar de, "Refórmase la resolución impugnada" pues ambas expresiones son utilizadas como sinónimas. La reforma de la resolución impugnada en la apelación puede derivarse por los motivos siguientes:

²⁴³ La doctrina procesal ha señalado que cuando existe un reenvío de las actuaciones, no existe una plena segunda instancia, esto debido a que el tribunal *ad quem* no entra a conocer ni a resolver sobre el fondo del asunto.

- Reforma de la Sentencia cuando se comparte el criterio judicial de fondo, pero modifica la forma del mismo. Por ejemplo: Se aumenta o disminuye algún monto económico sobre el cual se condena, por incongruencia en la reclamación.

- Reforma de Sentencia por encontrarse incompleta. Éste defecto es conocido como "Sentencia Diminuta" pues se omitió algún punto alegado y probado, pero no fue resuelto.

El recurso de apelación debe considerarse “estimado en parte”, en cuanto la sentencia declare con lugar alguno de los motivos alegados en el escrito de interposición (y en su caso en el de adhesión) y ello traiga consigo una nulidad de una parte de la resolución recurrida, aunque sea en los razonamientos que integran su *ratio decidendi*, obligando a sustituirlos por otros, se encuentra:

1. Cuando se funde en motivos procesales, sea declarada nula en su totalidad y se establezcan los efectos procesales pedidos por el recurrente (retroacción hasta un cierto punto e instancia; o el archivo definitivo del proceso), pues de no otorgarse todo lo que se pide porque no lo permite la ley, será estimación parcial; o bien,

2. Aunque no se anule del todo sí que deba de dictarse un fallo distinto, dando la razón al recurrente. Si ocurre sólo lo primero, será estimación parcial; o bien,

3. Cuando deba completarse el fallo original por un punto controvertido no juzgado que de tal guisa se subsana (por ej., incongruencia omisiva), siempre que el recurso no contenga otras peticiones que a su vez deban rechazarse, en cuya tesitura la estimación será parcial. En este caso no hay especial pronunciamiento en costas procesales, además posee similares

efectos a la revocación, con la diferencia que únicamente sobre el punto o puntos modificados de la sentencia recurrida²⁴⁴.

Para Ovalle Favela “cuando el tribunal de apelación modifique la sentencia de primera instancia, no debe ordenar al juez *a quo* el sentido de la resolución que debe dictar, sino que él mismo tiene que decidir cuál es el sentido en que queda tal resolución sin necesidad del reenvío del expediente al juez *a quo*”²⁴⁵.

3.3.3 Revocación

El efecto de revocación de la resolución impugnada, lo encontramos enmarcado en el Art. 517 del CPCM el cual literalmente expresa:

“Si al revisar los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada o las razones de derecho aplicadas en la misma el tribunal observara alguna infracción revocará la sentencia y resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso.”

Tal efecto es el resultado de un análisis realizado sobre los hechos valorados o no en dicha resolución impugnada, o bien en la interpretación de las normas jurídicas al supuesto hipotético objeto del debate de primera instancia, que ha sido planteado por las partes en el recurso de apelación. Cuya consecuencia jurídica particular consiste en dejar sin efecto lo dispuesto en la resolución de primera instancia que ha sido impugnada, para lo cual el tribunal *ad quem* pronunciara una resolución distinta, conforme a su apreciación.

²⁴⁴ CABAÑAS GARCÍA, J., y otros, *Óp. Cit.*, p. 573.

²⁴⁵ OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ªed., Ed. Haría, México, 1998,

A diferencia de lo establecido por la doctrina procesal con respecto al reenvío de las actuaciones, en el caso de la anulación, la doctrina señala que con respecto a ésta forma de resolución se encuentra evidenciada la existencia plena de una segunda instancia, debido a que el tribunal *ad quem* conoce y resuelve sobre la pretensión discutida en el recurso, originando de este modo un cambio total del fallo.

3.4 Efecto de la desestimación del recurso

Al confirmar totalmente la sentencia definitiva de primera instancia, ésta conlleva implícitamente que el tribunal *ad quem* considere infundados los agravios expresados por el apelante, es necesario tener en cuenta que el condenado por dos sentencias conformes totalmente en su parte resolutive, debe ser siempre condenado al pago de las costas procesales en que haya incurrido la contraparte, quien fue la que obtuvo dos veces la sentencia favorable.

3.4.1 Confirmación

Mediante éste tipo de efecto se reitera, ratifica y convalida la resolución venida en apelación, dotándola de tal modo de firmeza formal. Para que tal efecto se consiga deben de conjugarse ciertos aspectos, el primero de ellos que el tribunal superior comparta el contenido tanto del fallo como la motivación de la resolución impugnada, o cuando el tribunal superior comparte el fallo, pero no su motivación, dándole una variación o siendo completada por medio del pronunciamiento del tribunal superior.

Para Cabanella, la confirmación es la ratificación de la verdad de un hecho, es decir, la comprobación o reiteración de lo manifestado. Y confirmar

es corroborar la verdad de una cosa, convalidar lo ya aprobado. Dar mayor firmeza, garantía o seguridad. Comprobar, verificar, ratificar²⁴⁶.

Es de ésta forma que el tribunal superior dota de plena seguridad jurídica a la resolución de primera instancia por considerarla que se encuentra conforme a Derecho, atribuyéndole así la calidad de cosa juzgada formal o material. Y devolviendo al juez *a quo* la competencia funcional para que ejecute la sentencia que ha sido confirmada. Una de las principales consecuencias que sobrelleva el confirmar la resolución impugnada es la condenación de costas procesales a favor de la parte victoriosa en la primera instancia, cuando existe un vencimiento total en las alegaciones. Supuesto regulado en los Arts. 272 y 275 del CPCM.

4. DESERCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Según Cabanellas, “Deserción es el abandono o desamparo que la parte apelante o recurrente hace de la apelación o del recurso interpuesto”. La cual se configura por la omisión de actos tendientes a su prosecución

La deserción de la primera instancia pone las cosas en el estado que tenían antes de la demanda y no impide replantear el proceso en otra oportunidad. La deserción de la segunda instancia significa la renuncia de la apelación interpuesta y deja firme la resolución apelada. Tal figura jurídica se constituye ante la inasistencia del recurrente a impulsar la apelación ante el tribunal *ad quem*, lo cual produce consecuencias relevantes como lo es su conclusión anticipada. No puede desistirse de la primera instancia sin la conformidad de la parte contraria, para cuyo efecto se le oirá por dos días.

²⁴⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Guillermo*, *Óp. Cit.*, P. 166.

Se presumirá el consentimiento si no se hiciera uso de la audiencia concedida. El desistente de la instancia o del recurso pagará todos los gastos incurridos, salvo que otra cosa se conviniere entre las partes

La Deserción como institución jurídica se encuentra regulada en el Art. 518 del CPCM, el cual expresa lo siguiente:

“Si el apelante no comparece a la audiencia, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida. La resolución que declare desierta la apelación impondrá al apelante las costas causadas.”

Ante tal situación, es necesario tener en cuenta la posible existencia de un justo impedimento, el cual pudo haber ocasionado la no apersonación del apelante a la audiencia realizada ante el tribunal *ad quem*, si tal situación se originara tendría aplicación el Art. 146 del CPCM, donde se determina de una manera genérica las causas que pueden dar pie a la suspensión de los plazos procesales, los cuales son la fuerza mayor y el caso fortuito, causas que colocan a determinada parte en la imposibilidad de realizar determinado acto²⁴⁷.

En cuanto a las consecuencias jurídicas que genera la deserción, el referido Art. 518 regula efectos de cosa juzgada material o de firmeza ejecutoria e irrevocable para la Sentencia o Auto Definitivo venido en Apelación, más la imposición pecuniaria de las costas procesales al recurrente apelante. Además de la firmeza de la resolución impugnada la deserción tiene otros efectos inmediatos. Por una parte, se condena al apelante no personado al abono de las costas producidas con el recurso. Por

²⁴⁷ Para la doctrina la deserción no sólo se produce por la simple falta de personación del apelante, sino también se declara la misma cuando el apelante se persona sin cumplir la forma requerida. Por lo que quedará desierto si el apelante se persona sin procurador o sin la asistencia de un abogado.

otra, en el mismo auto donde se declara desierto el recurso es necesario acordar la devolución de los autos al juez *a quo* para que continúe, a instancia de parte, la ejecución de la resolución que ahora es firme, o para que los autos se encuentren en el Juzgado donde se tramitaron, devolviéndose *ipsa iure* la jurisdicción al juez de primera instancia.

La posibilidad de declarar desierto un recurso de apelación se fundamenta en el principio dispositivo preponderante en el ordenamiento procesal Salvadoreño, y se debe a la propia negligencia o falta de voluntad del apelante para personarse ante el órgano *ad quem*. Implica poner fin a la apelación que se estaba tramitando.

CONCLUSIONES

La apelación es un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar sobre la base de la resolución impugnada el error o acierto de la primera instancia, supone de este modo la vigencia del sistema doble de la instancia, lo cual no implica un nuevo juicio, si no la habilitación del tribunal de alzada para valorar las pruebas establecidas en la primera instancia, así como para producir nuevas pruebas, según los parámetros establecidos taxativamente por la Ley.

El derecho de recurrir o derecho al recurso, es un derecho subjetivo fundamental que hace referencia a la posibilidad de que la persona que se vea perjudicada por una resolución judicial, exprese los motivos de la disconformidad con dicha resolución ante un tribunal superior en grado dentro de la estructura jerárquica del órgano jurisdiccional.

El recurso es admisible cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente y, por consiguiente, la emisión de un pronunciamiento acerca del fondo o mérito de las cuestiones sobre que aquéllos versan; y que es, en cambio, fundado cuando, en virtud de su contenido sustancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, modificación, ampliación o anulación, sustituya a la impugnada.

El abuso del derecho a apelar, se constituye mediante el ejercicio desmedido de los actos procesales, con un destino distinto al previsto constitucionalmente, resultando de este modo contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o a los fines sociales y económicos del Derecho.

La expresión de agravios en el escrito de interposición del recurso constituye uno de los requisitos indispensables y fundamentales para sentenciar, ya que mediante éste el recurrente expone lo que espera sea resuelto por el tribunal, volviéndose de este modo un elemento condicionante para que el juzgador resuelva conforme lo pedido, en donde cuya ausencia supondría una omisión que imposibilitaría un efectivo y real pronunciamiento.

La decisión judicial, además de resolver un litigio concreto, adquiere trascendencia general al servir de fuente del derecho, aunque sea una fuente secundaria para resolver casos similares. De este modo la sentencia que resuelve el recurso de apelación es una resolución de carácter definitiva, debido a que pone fin al proceso en segunda instancia, convirtiéndose así en un presupuesto fundamental para la cosa juzgada y final cierre del objeto del juicio.

Por medio de la sentencia se da el fin lógico de todo recurso, pero existe una serie de causas que pueden determinar el archivo de las actuaciones, sin que se haya tramitado el recurso en todas sus fases. Las razones para ese archivo vienen establecidas en términos generales por una pérdida de interés en el mantenimiento de la controversia, no necesariamente debida a la voluntad de los sujetos, aunque a veces debido a ello. Entre éstas formas anormales de ponerle fin al recurso de apelación, se encuentran; la improponibilidad sobrevenida, renuncia, caducidad, el desistimiento de la instancia, allanamiento, la transacción judicial, y la deserción del recurso.

RECOMENDACIONES

Se considera necesario que la Escuela de Capacitación Judicial preparen mejor, a los operadores del sistema judicial en lo referente al recurso de apelación, por ser ellos los encargados de interpretar y aplicar el debido proceso y dar fiel cumplimiento a lo establecido, tanto en el Código Procesal Civil y Mercantil, así como en la Constitución de la Republica a fin de prevenir de tal manera los errores materiales y de carácter procesal en las resoluciones judiciales especialmente de los Tribunales de Segunda Instancia.

La Corte Suprema de Justicia debe jugar un rol protagónico dentro de la formación de los abogados y futuros abogados, capacitándolos a través de foros sobre los distintos aspectos que componen el recurso de apelación.

Los recurrentes por su parte deben hacer un estudio exhaustivo de la ley, con el objetivo que de no solo al momento de interponer el Recurso este tenga una fundamentación de Derecho, sino que además cumpla con los requisitos de forma necesarios para evitar de tal manera que dicho recurso sea declarado inadmisibile, y tomando en cuenta que la postulación es preceptiva éste se encuentra obligado a realizar todos los actos de disposición de los derechos en beneficio de su representado.

Potencializar en la Universidad de El Salvador, el estudio y análisis sobre el recurso de apelación y hacer especial referencia al objeto del recurso de apelación con un refuerzo en los contenidos de carácter procesal que van conexas a cada una de las finalidades del recurso de apelación, para con ello brindar una mejor preparación de los futuros profesionales de Ciencias Jurídicas para que ejercen un excelente protagonismo en su desempeño profesional.

Realizar una reforma legislativa referente al texto del Artículo 513 inc. 1 del Código Procesal Civil y Mercantil en el sentido de se incorpore la forma de hacer efectiva la multa que se impone cuando se ha abusado del derecho a apelar ya que tal artículo no hace referencia a tal cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

ARRIETA GALLEGOS, F., *impugnación de las resoluciones judiciales*, 1ª ed., Ed., La idea, San Salvador, 2001

AZPELICUETA, Juan José y TESSONE, Alberto., *La Alzada, poderes y deberes*, Ed. Platense, S.R.L., La Plata, Argentina, 1993

AZULA CAMACHO, J., *Manual de Derecho Procesal*, T.I, 2ª ed., Bogotá, Ed. Wilches, 1982

BACRE, Aldo, *Recursos Ordinarios y Extraordinarios: Teoría y Práctica*, Ed. La Roca, Buenos Aires, 1999

BENABENTOS, Omar, *Recursos de Apelación y Nulidad: Doctrina y Jurisprudencia temática 11*, Ed. Juris, Argentina, 1998

BIDART CAMPOS, Germán J., y otros, *Recursos Judiciales*, Ed. Comercial Industrial y Financiera, 1ra ed., Tucumán, Argentina, 1993

CABAÑAS GARCÍA, J., y otros, *Código Procesal Civil y Mercantil, Comentado*, Ed. CNJ, El Salvador, 2010

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires, 1973.

CANALES CISCO, O., *Medios de Impugnación en el Proceso Civil Salvadoreño III*, Comentarios al Anteproyecto del Código Procesal Civil y Mercantil, 1º ed., Ed. talleres gráficos UCA, San Salvador, 2005

COUTURE, Eduardo, *Fundamento del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Ed. Depalma, Buenos Aires Argentina. 1988.

COUTURE Eduardo J., en el "Prólogo a la obra póstuma de Agustín A. Costa, *"El recurso ordinario de apelación en el proceso civil"*, Buenos Aires, 1950

CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal, Tomo II*, Ed. Reus S.A., Madrid, 1925

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, ed. Bosch, Barcelona, 1980.

DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, v. II, 2ª ed., Ed. La ley, Madrid, 1983

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Ed. Temis, 1981.

DEVIS ECHANDIA, F. *Compendio de Derecho Procesal Civil*, Ed. Temis, Bogotá, 1963.

ESCRIBANO MORA, F., y otros, *El Proceso Civil: Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Vol. V, Libro II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001

FAIRÉN, J., *El gravamen como presupuesto de los recursos*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1969

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel y otros, *Derecho Procesal Práctico*, t. IV, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001

FORNACIARI, Mario Alberto. *Modos Anormales de Terminación del Proceso*, t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

GALLINAL, Rafael. *Manual de Derecho Procesal Civil Tomo V*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires

GARBERI LLOBREGAT, J., y otros, *Los Procesos Civiles: Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con formularios y jurisprudencia: Arts. 281 a 516 LEC*, T. 3, Ed. Bosch, Barcelona, 2001

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Civil: I. El proceso de Declaración, parte General*, 3ª ed., Madrid, Ed. Colex, 2010

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Recursos Judiciales*, s/ed. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1993

GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, Vol. 2, Ed. Ediar, S.A, Argentina, 1992.

GOZAÍNÍ, Osvaldo. *La conducta en el proceso*. Ed. Platense. Buenos Aires, 1988

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, t I. Ed. Civitas. Madrid. 1998.

GUASP, Jaime, "*Derecho Procesal Civil, Tomo II, parte especial*", 3º ed., Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Reimpresión Noviembre 1973 corregido por Grafoffset S.L, Madrid, 1968

JOSSERAND, Louis., *Curso de Derecho Civil*, t. I, v.I, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1950

LUNA, Oscar Humberto, *Curso de Derechos Humanos "Doctrina y Reflexiones"*, Ed. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), San Salvador, 2009.

MAEIR, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989

MONJE BALMASEDA O., y otros, *El Proceso Civil, (Recursos, Ejecución y Procesos Especiales)*, 2º ed., Ed. DYKINSON, S.L, Madrid, 1999

MORENO CATANA, Víctor, Y CORTEZ DOMÍNGUEZ Valentín, "*Derechos Procesal Civil, Parte General*", 3º ed., Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2008

MONTERO AROCA, Juan, y otros, *Derecho Jurisdiccional II proceso civil*, 18ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

MONTERO AROCA, J., *Los recursos en el proceso civil*, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001

MONTERO AROCA, J., *El nuevo Proceso Civil*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001

ORTELLS RAMOS, M, y otros, *Derecho Jurisdiccional*, t. II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Ed. Haría, México, 1998

PADILLA Y VELASCO, René, *Apuntes de Derecho Procesal Civil Salvadoreño*, t II (*Recursos Judiciales*)", Ed. Jurídica Salvadoreña., San Salvador, 1948

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*. t IV, 4ª reimpresión, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1992

PALACIO, Lino Enrique, *Los recursos en el Derecho penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998

PEYRANO, Jorge, *La legitimación*, homenaje al profesor Lino Palacio, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1996

PICATOSTE BOBILLO, Julio, y otros, *Los recursos y otros medios de impugnación en la ley de enjuiciamiento civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009

RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, T. II, Ed. Juris, Barcelona, 1992

RIVAS, Adolfo, *Tratado de los Recursos Ordinarios*, Tomo I, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1991

RIVERA MORALES, Rodrigo. *Los Recursos Procesales*. Ed. Jurídica Rincón. Barquisimeto, 2004

RIVES SEVA, J., *Los medios de impugnación de las resoluciones judiciales y el sistema de recursos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004

ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. I, Ed. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1983

ROCCO, Alfredo, *La sentencia civil*, Ed. La España Moderna, 1992

TARIGO Enrique E., *Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código II*, 2º ed., Ed. FCU, Montevideo, 1998

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. *Los Recursos y otros medios de impugnación en la jurisdicción penal*, Triple “D” Impreso en El Salvador en Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1998

VELIZ MARICONDE, Alberto, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1*, Ed. Lerner, 2º ed., Buenos Aires, 1964

VESCOVI, E., *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988

2. TESIS

AREVALO GAMEZ, C., *La Revisión de la sentencia firme, algunos vacíos legales en su aplicación práctica*, tesina para obtener el título de maestro de empresa, Facultad de postgrado de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2012

CASTILLO PANAMEÑO, Ricardo, *Los Recursos Ordinarios en Materia Procesal Civil*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1980

CEDILLOS MEMBREÑO, Luís, *Consideraciones sobre el recurso de apelación en el nuevo código procesal penal*, Tesis de Grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad Multidisciplinaria de Oriente, San Miguel, 2000

COCA RIVAS, M., y Renderos Granados M., *La Apelación dentro del Sistema de impugnaciones del Código Procesal Civil y Mercantil*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2010

CHÁVEZ OLIVA, Ana Cecilia, *El Recurso de Apelación especial en materia de familia*, Tesis para obtener el grado de Licenciada en CC JJ, Universidad de El Salvador, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, San Salvador, El Salvador, 2005

GÓMEZ HERNÁNDEZ, Enrique, y otros, *Medios de Impugnación en el Proceso de Familia*, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1996.

HOLGUÍN BERNAL, Felipe, *Recursos en Materia Civil*, Tesis Doctoral, Instituto Nacional del Derecho y del Estado, Chihuahua, México., 2010

MORENO AMAYA, Verónica y Otros, *La interpretación y aplicación del recurso de apelación adhesiva en la Ley Procesal de Familia*, Tesis de Grado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2000

OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Partes, intervinientes y terceros en el recurso de apelación civil.*, Tesis Doctoral, Universidad de Gerona, Gerona, España, 1999

3. LEGISLACION

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D. L. N° 712, del 14 de noviembre de 2008. D. O. N° 224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, D. E. del 31 de diciembre de 1881, D.O. del 1° de enero de 1882. (Derogado)

COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES, Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, *Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Mercantil*, San Salvador, 2008.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA, de 7 de Enero del 2000, publicada en el BOE de 8 de Enero del mismo año, entrando en vigor el 8 de Enero del 2001, disposición final vigésimo primera.

4. JURISPRUDENCIA

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de habeas corpus, referencia 126-2005, dictada en san salvador a las doce horas y trece minutos del día veinte de marzo de dos mil seis, considerando III

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, bajo la referencia 362-2007, San Salvador, a las once horas con tres minutos del día diez de marzo de dos mil diez

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, bajo la referencia 296-2007, San Salvador, a las nueve horas con veintinueve minutos del día veintiséis de enero de dos mil nueve

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia dictada en Proceso de Amparo bajo referencia 423-97AC Membreño Vs Juzgado Segundo de lo Mercantil de S.S -Agravio, en San Salvador, a las nueve horas con nueve minutos del día veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y nueve, Considerando I.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en proceso de Amparo, referencia 197-98, Renderos vrs. Cámara Segunda de lo Laboral de San Salvador, dictada en Antiguo Cuscatlán, a las nueve horas del día quince de junio de mil novecientos noventa y nueve, considerando III. 3

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia dictada en Amparo, bajo la referencia 934-99, San Salvador, a las diez horas con veinte minutos del día dieciocho de febrero del dos mil

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia definitiva, dictada bajo la referencia 180-C-2005, San Salvador, a las once horas del día veintitrés de julio de dos mil ocho

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Interlocutoria, dictada en Casación bajo la referencia 57-C-2004, San Salvador, a las ocho horas del día dieciséis de julio de dos mil cuatro

CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Auto Definitivo con referencia 139-23CM2-2011, a las catorce horas y diecinueve minutos del siete de octubre de dos mil once

CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Auto Definitivo con referencia 35-4MC-11-A, a las ocho horas y cinco minutos del día once de octubre de dos mil once.

CÁMARA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DE OCCIDENTE, SANTA ANA, interlocutoria, dictada bajo la referencia 20-2011, Santa Ana, a las quince horas con veinte minutos del día ocho de febrero de dos mil once

CÁMARA PRIMERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO DE SAN SALVADOR, Auto Definitivo con referencia 117-32C2-2011, a las nueve horas del día treinta y uno de agosto del año dos mil once

CÁMARA SEGUNDA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, sentencia definitiva dictada bajo la referencia 102-13C1-2011, San Salvador, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día veintinueve de julio de dos mil once.

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN VICENTE, dictada bajo la referencia 22-JEM-2011, San Vicente, a las quince horas del día nueve de noviembre de dos mil once

CÁMARA TERCERA DE LO CIVIL DE LA PRIMERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN SALVADOR, interlocutoria, dictada bajo la referencia RR-38-EMQCM-11, San Salvador, a las doce horas con cinco minutos del día ocho de marzo de dos mil once.

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN VICENTE, Sentencia definitiva, dictada bajo la referencia 13-FOLIO-94, San Vicente, a las quince horas y cincuenta minutos del día treinta y uno de enero de dos mil once.

CÁMARA DE LA TERCERA SECCIÓN DEL CENTRO, SAN VICENTE, sentencia definitiva dictada bajo la referencia 1-FOLIO-6, San Vicente, a las quince horas con cincuenta minutos del día veintisiete de enero de dos mil once

5. REVISTAS

BALESTRO FRAURE, Myriam. *El abuso de los derechos procesales*. Suplemento Especial Cuestiones Procesales Modernas, La Ley, 11/10/2005

BREWER CARIAS, Allan R., “La Constitución europea, el derecho a la tutela judicial efectiva y la regulación del derecho de amparo (Una aproximación desde el punto de vista del derecho constitucional iberoamericano)”, ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en Sevilla del 3 al 5 de diciembre de 2003

CLIMENT DURAN, C.: *Sobre la adhesión a los recursos civiles y penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, en «Revista General de Derecho», Julio-Agosto de 1990

6. DICCIONARIOS

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “*Diccionario Jurídico Elemental*”, Ed. Heliasta S.R.L, 11^oed., Buenos Aires, 1993

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Ed. Gredos, 1976.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1^o Edición Electrónica, disponible en: es.scribd.com/doc/202240/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 26^a ed., Ed. Porrúa, México, 2001