

SEGUNDA PARTE

Organización Judicial y Sistemas Impugnativos

CAPÍTULO TERCERO

El sistema impugnativo y la organización judicial en Alemania

Sección I. Introducción	57
Sección II. <i>Organización judicial</i>	61
Sección III. <i>Sistemática de las resoluciones</i>	61
Sección IV. <i>La doctrina</i>	63

SEGUNDA PARTE

ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y SISTEMAS IMPUGNATIVOS

CAPÍTULO TERCERO

EL SISTEMA IMPUGNATIVO Y LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN ALEMANIA

SUMARIO: Sección I. *Introducción*. Sección II. *Organización judicial*. Sección III. *Sistemática de las resoluciones*. Sección IV. *La doctrina*.

Sección I. *Introducción*

El estudio del derecho germano es sumamente interesante, pues en sus orígenes se integraron instituciones jurídicas que poseen el sabor recio y crudo de las instituciones salvajes. Sin duda alguna, el propio derecho romano primitivo posee el mismo encanto y ejerce la misma atracción que el derecho germano de los primeros tiempos, mas no es esto lo único que comparten, también son los dos órdenes jurídicos que más influencia han tenido en la civilización europea. En efecto, en todos los pueblos de Europa el derecho romano constituyó la base del sistema legal y, en gran parte de ellos, el segundo elemento estuvo constituido por el derecho germánico, que las tribus bárbaras del norte llevaron en su marcha por el continente. Los ostrogodos y los lombardos lo llevaron a Italia, los visigodos y los vándalos a España, los anglos y los sajones a Inglaterra, y los galos lo incorporaron a su sólida influencia romana.

A diferencia de aquellas regiones que constituyeron provincias del Imperio Romano, Germania no fue subyugada por ningún pueblo de la antigüedad; romanos y tártaros incursionaron en su territorio, pero nadie pudo someterla permanentemente. Los germanos permanecieron independientes y orgullosos, si bien, su admiración por Roma y el contacto permanente con la frontera septentrional del imperio determinaron cierto grado de influencia. Por haber permanecido ajenos a cualquier influencia aplastante, fue en Alemania donde por más tiempo se conservaron intactas las instituciones del derecho germánico.

El *Ding*, la asamblea de los germanos, constituía el órgano judicial de la etapa del derecho germánico primitivo, pues aunque existía un juez, sus funciones eran más bien las de un director de debates o las de un investigador. En todo caso, la decisión correspondía al *Ding*, el procedimiento era público, oral y formalista, se hacía más incapié en la actuación de las formas por parte de los litigantes en cada una de las diferentes etapas del

proceso, que en el contenido mismo. El juramento y las ordalías ocupaban un lugar privilegiado dentro de las pruebas. La sanción para aquel que dejara de comparecer en una forma reiterada era la pérdida de la paz. Finalmente, la sentencia carecía de fuerza obligatoria, pues más bien se trataba de una mera declaración.

Durante la época en que reinó Carlos *El Magno*, se vislumbró un fugaz resurgimiento de la cultura y de una organización política coherente. El Estado carolingio abarcó dentro de sus fronteras las regiones colindantes de Germania. A pesar de que a la muerte de Carlo Magno se desmanteló el imperio, el derecho germánico fue influido por el efímero renacimiento de la cultura antigua, como lo evidencian ciertas modificaciones introducidas en aquella época. El *Ding* sólo se reunió tres veces al año y en forma paralela a los *dinge* imperfectos, llamados así por ser convocados a instancia de los condes. Se establecieron órganos jurisdiccionales que dependían del monarca y que gozaban del derecho de atracción. La denominada Jurisdicción Patrimonial o Señorial surgió como efecto de la transferencia que los señores feudales efectuaron a los terratenientes de sus facultades para impartir justicia.

En plena Edad Media, la sociedad se encontraba perfectamente dividida en estratos; cada uno de estos estamentos poseía fueros especiales y gozaba de derechos y obligaciones que no coincidían con los de otros estamentos. Al reflejarse en el orden jurídico, la sociedad por estamentos provocó la desigualdad de los hombres ante la ley. Únicamente dentro de un mismo estamento podía haber trato igualitario; una muestra de lo anterior es el hecho de que la jurisdicción menor no correspondía a las causas de poca importancia económica —como en la actualidad—, sino que con abstracción del valor de la cosa objeto del litigio, el criterio para determinar su competencia radicaba en la calidad de los litigantes, ya que la justicia menor se administraba a los miembros de los estratos inferiores. Igual que en el resto de la Europa medioeval, coexistieron los medios formales de prueba con la prueba testimonial y documental, pero a medida que pasaba el tiempo declinaba la importancia de los primeros.

Hacia el final de la Edad Media, coexistían en Alemania dos órdenes diversos dentro del derecho procesal, el proceso ante el Tribunal Cameral y el llamado Proceso Sajón. Ambos habrían de ser influidos finalmente por el derecho procesal italo-canónico, pero el Proceso Sajón se mantuvo ajeno por más tiempo. El Tribunal Cameral del Imperio fue organizado por los estamentos en 1495. Para el año 1693 se encontraba en la ciudad de Wetzlar y ya desde aquel tiempo desarrollaba su función conforme a las normas del derecho italo-canónico.

El proceso que se desarrolló ante el Tribunal Cameral también heredó

los aspectos negativos del proceso ítalo-canónico, como la exagerada lentitud de un procedimiento que nunca trató de compensar el principio de la seguridad del proceso con el de la economía. En la reforma del proceso ante el Tribunal Cameral, con la que se pretendía aligerar su gestión, se tomó en cuenta al procedimiento sajón, en virtud de que era el más expedito. A partir de finales del siglo xvii, se podía contar con un buen número de recursos de los que se servían los litigantes: La restitución (sin efecto devolutivo), la apelación (con efecto devolutivo), la súplica (de origen romano), la casación (denominada revisión), la purificación (de origen germánico) y el recurso de nulidad.

Con el advenimiento del Renacimiento, surgieron los primeros Estados modernos de Europa, pero Alemania permanecería en un estado de división y constantes pugnas internas hasta el siglo pasado. Sin embargo, esporádicamente, algunos Estados alemanes lograron la unificación de otros en torno suyo y ejercieron, por algún tiempo, un poder mayor que el de los minúsculos principados. Por algún tiempo, se producía la ilusión de que fuese posible el ideal de la unificación total, pero siempre terminaron por desaparecer las uniones estatales en el confuso anonimato de los pequeños Estados. Quizá el Estado Prusiano constituyó una excepción, pues aunque su esplendor menguaba por temporadas, se conservó con relativa integridad a través del tiempo (hasta que en el siglo pasado se constituyó en uno de los factores decisivos para la unificación del Imperio Alemán).

Después del final de la Guerra de los Treinta Años, surgió el Estado Brandenburgo-Prusia, ascendiente directo del Imperio Prusiano, como una poderosa unión de principados dotados de una coherencia política, su fundación se atribuye al príncipe protestante Federico Guillermo.

Desde el reinado de Federico Guillermo I se inició un movimiento tendiente a producir una aceleración en los juicios, pero no fue sino hasta el reinado de Federico El Grande cuando se iniciaron las reformas trascendentales. Primero, el *Codex Federiciani Marchici*, que se publicó con carácter provisional en 1748. Sin duda alguna, el cuerpo legal más importante, por lo que respecta al derecho procesal, fue el *Corpus juris Fridericianum*, redactado por Carmer y Carl Gottlieb Suárez y publicado en el año de 1781. El recurso de restitución, que se dirigía contra la sentencia contumacial, coincide en lo esencial con el recurso de oposición, que actualmente se interpone contra el mismo tipo de sentencias. Se aceptó la proposición de nuevos hechos y medios de prueba en la segunda instancia. Por último, se restringió la tercera instancia para la impugnación por cuestiones de derecho.

En el siglo xvii, subsistían los Tribunales Patrimoniales en los estratos inferiores de la organización judicial. En las ciudades y lugares de señorío funcionaban las Audiencias Señoriales y los Tribunales Municipales. Los Tri-

bunales Colegiados Provinciales, el Tribunal Cameral y el Tribunal del Este de Prusia tenían el carácter de órganos jurisdiccionales superiores. Finalmente, el Alto Tribunal Secreto constituía el órgano supremo de la jerarquía judicial.

La reforma Stein-Hardenberg del año de 1808, dispuso la separación de las funciones administrativas de las jurisdiccionales, además de haber creado los Tribunales Provinciales Superiores, destinándolos a cubrir las funciones de tribunales de apelación. Por medio de la ordenanza del 2 de enero de 1849 se suprimieron los Tribunales Patrimoniales y se introdujeron los Tribunales Municipales y los de Distrito, siguiendo el modelo francés de los tribunales de apelación para los Tribunales Provinciales Superiores. En el año de 1852 se creó el Tribunal Renano de Casación.

Las Guerras Napoleónicas llevaron el derecho francés a Alemania, al mismo tiempo que las ideas emanadas de la Revolución. El derecho francés se hizo muy popular en la margen izquierda del Rhin, hasta tal punto que sustituyó definitivamente al derecho común. La Asamblea Federal encargó un proyecto de "Ordenanza Procesal Civil General" a una comisión en que intervino Leonhardt, a quien se atribuye la creación de la Ordenanza Procesal Civil General para el Reino de Hannover (8 de noviembre de 1850). La comisión se reunió en Hannover, razón por lo que se le conoce como "El Proyecto de Hannover". El derecho procesal de Baden y Wurttemberg también fue influido notablemente por dicho proyecto. Como consecuencia de lo anterior, el panorama del derecho procesal alemán se dividió en regiones en las que imperaba determinado tipo de derecho local; por ejemplo, el derecho prusiano, el derecho común, el derecho de Hannover y las regiones situadas en la margen izquierda del Rhin, que se encontraban influidas por el derecho francés.

El proceso de unificación de Alemania no culminó sino después de la segunda mitad del siglo XIX, cuando se unificó bajo la acción autoritaria de Bismark "El Canciller de Hierro", bajo el mandato de Guillermo I (1871). La Comisión de Justicia del Reich, cuyos miembros nombró el Reichstag, se encargó de la redacción de la Ordenanza Procesal Civil que entró en vigor en el año de 1876, al mismo tiempo que la Ley de Organización de Tribunales. Posteriormente hubo necesidad de modificar la Ordenanza Procesal, para armonizar sus disposiciones con las del Código Civil publicado con posterioridad. El ordenamiento procesal civil alemán sufrió algunas reformas durante el periodo comprendido entre 1876 y el 8 de noviembre de 1933, en que se publicó el texto actualmente en vigor.¹

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, se produjo un fenómeno de capital importancia para el derecho alemán, en virtud de que la

¹ Cfr., Goldschmidt, *op. cit.*, pp. 10-32.

unificación por tanto tiempo anhelada se volvió a perder, si bien, esta vez no emergieron más que dos Estados. No obstante que en el Tratado de Potsdam (1945) se acordó que Alemania fuese tratada como un todo, ya para el año de 1948 se encontraba *de facto* dividida y en 1949 la división adquirió un *status* jurídico para la mayoría de los países, salvo para Alemania Occidental. Desde entonces, el orden jurídico de Alemania Occidental descansa sobre la Constitución de la República Federal de Alemania de mayo de 1949.² El derecho de Alemania Occidental ha permanecido más próximo a la tradición; en cambio, el derecho de Alemania Oriental sufrió notables cambios, sobre todo por lo que se refiere al control de los medios de la producción.

Sección II. *La organización judicial*

Encontramos primeramente a los juzgados (órganos unitarios), llamados *Amtsgerichte*; en segundo lugar a los órganos colegiados, llamados tribunales regionales *Landgerichte*; en un tercer estrato, a los órganos colegiados, denominados tribunales regionales superiores *Oberlandgerichte*; y, finalmente, al Tribunal Supremo *Bundesgerichtshof*, que es competente para conocer de la casación de sentencias pronunciadas en la instancia de apelación, así como para la regulación de la competencia.

En lo concerniente al funcionamiento de los juzgados, de los tribunales regionales y de los tribunales regionales superiores, es preciso hacer una aclaración que podría resultar interesante para aquellos que estén poco familiarizados con la organización judicial de este país, pues los tribunales regionales, que conocen en primera instancia de asuntos de mayor cuantía o mayor interés que de los que conocen los juzgados, son a la vez órganos de apelación, en virtud de que conocen de la impugnación contra las resoluciones de los juzgados.³ Finalmente, los tribunales regionales superiores, conocen de la impugnación contra las resoluciones de los tribunales regionales.

Sección III. *Sistemática de las resoluciones*

En el derecho procesal civil alemán las resoluciones se dividen en sentencias, autos y decretos. Las sentencias se distinguen del resto de las resoluciones

² Cfr., Whitney R. Harris y Helmut Schwarz, *Important Contrasts in the Administration of Justice in the United States and Western Germany*, en: "Texas Law Review", vol. 30, núm. 4, April 1952, *passim*.

³ Si se quisiera hacer un ejemplo, se diría que esta organización, de aplicarse en México, produciría un efecto semejante al de que los juzgados civiles que conocen, en primera instancia, en razón de una cuantía o un interés superiores, conocieran, además, de la impugnación contra las resoluciones de los juzgados de paz.

en que sólo pueden dictarse después de un debate oral, mientras que los autos y decretos no precisan de debate oral para dictarse. La diferencia entre autos y decretos se establece con base en el sujeto que los emite: Los autos son las resoluciones que provienen de tribunales colegiados o de juzgados (órganos unitarios) y los decretos (con excepción de los que se dictan con base en los artículos 936 a 945 sobre medidas cautelares) son resoluciones que provienen de órganos unipersonales dentro de los tribunales colegiados, por ejemplo, el presidente del tribunal o los magistrados delegados; también se consideran decretos las resoluciones de los jueces exhortados y de los secretarios.

Las sentencias son las resoluciones más importantes, se les dedica todo el título segundo del libro segundo, artículos del 300 al 329. Las sentencias pueden ser totales o parciales, según que decidan sobre todas las pretensiones que contenían la demanda o sobre algunos extremos. Las sentencias se pueden dividir en dos grupos, dependiendo de que sean o no condicionadas, estas últimas pueden estar sujetas a dos tipos de condición: a) condición suspensiva, por ejemplo, la prestación de juramento; b) condición resolutoria, por ejemplo, una sentencia que contenga una condena con reserva, condicionada al éxito de la excepción de compensación. También se clasifica la sentencia en incidental o definitiva, la primera recae sobre cuestiones incidentales que se hallen en condiciones de ser falladas (Art. 303), y la sentencia definitiva pone término al juicio o a una instancia, ya sea porque resuelve sobre la cuestión de fondo (Art. 300), desestima una excepción (Art. 375) o decide sobre el fundamento de la acción dejando pendiente la cuestión de su importe (Art. 304). Las sentencias se consideran firmes únicamente hasta que haya corrido el plazo que la ley concede para interponer los recursos o la oposición (Art. 705). Por último, las sentencias se clasifican en contradictorias o contumaciales, según que se hubieran dictado en un procedimiento contradictorio o en rebeldía del demandado.

Las sentencias se publican de oficio (Arts. 310 y 311), pero se notifica sólo a instancia de parte (Art. 317). Todas las resoluciones que se producen en forma de sentencia declarativa o interlocutoria vinculan al tribunal, de manera que no puede modificarlas libremente (Art. 318). Sin embargo, con relación a la determinación de la naturaleza de las resoluciones se presenta el problema de deslindar entre el concepto formal y el concepto material de resolución, por ejemplo, cuando un tribunal por algún error emite una resolución que formalmente corresponda a un tipo y materialmente a otro. En este caso, se debe decidir cuál de los dos criterios se ha de tomar en cuenta para determinar el medio de impugnación que proceda. A ese respecto existen dos teorías de cuño doctrinal, la teoría objetiva y la subjetiva. La primera pretende que para fijar la naturaleza de la resolución se tome en

cuenta el contenido de ésta. Por el contrario, la segunda prefiere tomar como criterio de diferenciación la naturaleza que le haya querido dar el tribunal que la produjo. Esta cuestión es de capital importancia, ya que se ha presentado el problema de que en el momento de impugnar la sentencia, el tribunal la declare inadmisibles por sustentar la teoría contraria a la que la parte se haya adherido. Rosenberg explica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido contradictoria, pues unas veces se ha pronunciado en favor de una teoría y en otras ocasiones, de la otra. En la obra de Goldschmidt encontramos un punto de vista más equitativo, contenido en una teoría llamada del recurso indiferente, que se orienta por el principio del mayor favor hacia el recurrente,⁴ es decir, que en caso de que exista una confusión respecto a la determinación de la naturaleza de la resolución, se ha de estar a lo que la parte haya decidido, esto es, se acepta el recurso, tanto si se dirigió a un órgano competente para conocer de la resolución impugnada por la forma en que la dictó el tribunal *a quo*, como si la parte acudió ante el órgano competente para conocer de la impugnación, atendiendo al contenido de la resolución impugnada.

Sección IV. *La doctrina*

En materia de recursos, el panorama doctrinal analizado es bastante homogéneo, pues aunque se encuentran algunas diferencias, todos los puntos de vista doctrinales tienden hacia una dirección común. Quizá alguno de los conceptos de los autores analizados pueda diferir de otro, pero en todo caso no se contraponen en forma irreductible. En las definiciones de los recursos encontramos los factores que permiten su conceptualización y clasificación. Rosenberg conceptúa los recursos como la solicitud de otorgamiento de tutela contra una sentencia que no la otorgó.⁵ Schönke define la impugnación como el medio de someter una resolución judicial a un nuevo examen en una instancia superior, antes de que adquiriera el carácter de cosa juzgada.⁶ Por último, se incluye el texto del concepto de Goldschmidt, por ser uno de los más completos:

Recursos son los medios jurídicos procesales concedidos a las partes, a los afectados directamente por una resolución jurídica y a los intervinientes adhesivos para impugnar una resolución judicial que no es formalmente firme ante un

⁴ Esta disposición implica cierta parcialidad, ya que la decisión queda en manos del recurrente.

⁵ Cfr., Rosenberg, Lco. *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Angela Romero Vera, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. II, p. 349.

⁶ Cfr., Schönke, *op. cit.*, p. 299.

tribunal de alzada (efecto devolutivo) y que suspende los efectos de cosa juzgada de la misma (efecto suspensivo).⁷

Dentro de los elementos que hacen posible la diferenciación de los recursos del resto de los medios de impugnación se encuentran los efectos llamados suspensivo y devolutivo. El primero consiste en la suspensión de los efectos de la cosa juzgada, si bien no necesariamente de la ejecución de la resolución; el devolutivo consiste en el análisis de la impugnación ante un tribunal superior del que la produjo y conduce a una segunda instancia.

Las razones de tipo práctico para la existencia de los recursos son: primero, la falibilidad humana, elemento que provoca frecuentemente resoluciones defectuosas o poco convenientes, ya sea porque se dicten con errores en el juicio sobre el fondo del negocio, o bien, contra los principios rectores del procedimiento, es decir, por razones de orden;⁸ en segundo lugar, la confianza en la resolución de un tribunal superior que hipotéticamente está más facultado y quizá pueda juzgar con mayor objetividad; en tercer lugar, se menciona el hecho de que los recursos favorecen la confianza del pueblo en el funcionamiento de sus tribunales; por último, mediante la impugnación y en concreto a través de la casación,⁹ se logra la uniformidad en cuanto a la aplicación e interpretación del derecho y, por otra parte, se proporciona una dirección a los jueces inferiores. Buena parte de los elementos anteriormente citados se dirigen a conseguir lo que comúnmente se ha denominado como la justicia de las resoluciones.

La doctrina es también unánime al considerar a la apelación, la casación y la queja¹⁰ como los únicos recursos auténticos. Esta clasificación es también la que ha adoptado la Ordenanza Procesal Alemana. Todos los demás medios de impugnación se pueden distinguir en una forma negativa, en virtud de que no cuentan los elementos que permiten diferenciar los recursos. Kisch señala las siguientes diferencias entre otros medios impugnativos y los recursos:¹¹ 1) revisten la forma de una demanda y, por lo tanto, no son recursos; 2) impugnan una resolución que no proviene de un tribunal y, por ello, no pueden referirse al ámbito de los recursos jurisdiccionales, que constituyen una segunda instancia en procesos jurisdiccionales; 3) dentro del mismo derecho procesal encontramos medios de impugnación que no

⁷ Goldschmidt, *op. cit.*, p. 400.

⁸ Kisch, *op. cit.*, p. 285.

⁹ La casación, en el caso de Alemania, es una denominación arbitraria, pues originalmente se denomina *revisión*; pero, se le ha dado aquella denominación en obsequio de la uniformidad, pues es una institución idéntica a la que se conoce como casación en España, Italia y Francia.

¹⁰ El nombre original es *Beschwerde*, sin embargo se consigna el de queja por ser uno de los más utilizados en las traducciones.

¹¹ Cfr., Kisch, *op. cit.*, p. 286.

corresponden a los recursos, como la oposición a la sentencia contumacial, la oposición contra el embargo y la oposición del tercero, porque no se interponen ante un tribunal de alzada, sino que se sustancian en el mismo tribunal (*a quo*) que produjo la resolución impugnada. Dentro de los demás medios impugnativos que no tienen un efecto devolutivo y por ello no son considerados recursos, se puede incluir la revisión del procedimiento.¹²

Dentro de los recursos propiamente dichos, pueden formularse subclasificaciones. Primeramente, de acuerdo con la resolución que impugnen y de acuerdo con la amplitud del conocimiento.

De acuerdo con la resolución que impugnen se dividen en queja, por una parte, y en apelación y casación, por la otra. En términos generales, la queja se dirige sólo contra autos y providencias, aunque también se puede interponer contra las sentencias incidentales en que hayan participado terceros. La queja tiene una función propia que consiste en aligerar el trabajo de los tribunales, por medio de la impugnación de resoluciones de menor importancia en un procedimiento sencillo, de manera que no sea necesaria su sustanciación a través de la apelación o la casación, reservando para estas últimas la impugnación contra las sentencias definitivas (entre estas últimas también se pueden incluir las condicionales y las de reserva). Las sentencias arbitrarias no son impugnables;¹³ las sentencias contumaciales lo son sólo si no puede interponerse en contra de ellas la oposición a la sentencia contumacial; las sentencias interlocutorias son impugnables junto con la sentencia definitiva, aunque excepcionalmente algunas se pueden impugnar en forma separada, por ejemplo, las contenidas en los artículos 275 y 304.

El otro punto de vista para la clasificación de los recursos es la amplitud del conocimiento que se otorga al juez a quien se somete la resolución impugnada. En la apelación y en la queja hay un conocimiento amplio, tanto de hechos como de derecho, mientras que en la casación se restringe a las cuestiones de derecho. Además, en apelación y queja se pueden admitir nuevos medios de prueba, defensas, pretensiones y hechos nuevos (denominados *ius novorum*), que están estrictamente prohibidos en la casación.

Del anterior análisis resulta que la apelación es otra instancia, en la que se conoce con la misma libertad que en la primera de todos los elementos, presupuestos y hechos que se dieron en el procedimiento de primera

¹² El medio impugnativo mediante el cual es posible la revocación de la cosa juzgada se denomina en Alemania *Wiederaufnahme des Verfahrens*, pero para evitar la proliferación de términos se le denomina revisión, que es el nombre con que se conoce la institución que desempeña una función análoga en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ No pueden ser impugnables por los recursos, sin embargo, cabe su revocación por el tribunal ordinario que fuera competente para su homologación, siempre que se presenten algunos de los motivos contenidos en el artículo 1041 de la Ordenanza Procesal.

instancia y aun de algunos otros no vistos en la misma. Teóricamente, el órgano de apelación tiene todas las facultades que el de primera instancia, pero no por ello se puede concluir que la apelación haga aparecer la primera instancia como innecesaria, pues a partir de las Novelas del 3 de febrero de 1924 y del 27 de noviembre de 1933 se restringieron las posibilidades de conocimiento en la apelación, con el objeto de hacer importante lo que se hubiera establecido en la primera instancia.

El último punto de vista que encontramos en la doctrina para la clasificación de los recursos, es lo que Schönke denomina la cualidad de ser negativos o positivos.¹⁴ En los negativos, sólo se dicta la resolución anulatoria, efectuándose un reenvío al tribunal de donde proviene la resolución impugnada, para que éste la reponga con una resolución propia. Los positivos son aquellos en los que además de anular o revocar la resolución, se dicta una sentencia ajustada a derecho. Este último punto de vista se considera importante para los propósitos de establecer la diferencia entre la casación alemana y la francesa, como se puede apreciar de la afirmación de Schönke que aquí se consigna: "la casación francesa es exclusivamente negativa y la casación alemana es positiva, por cuanto que es verdaderamente un órgano jurisdiccional el que dicta la norma concreta, no sólo anula la viciada".¹⁵ Sin embargo, también la *casación* alemana puede ser únicamente negativa en los *casos* en que se *casa* con reenvío.

Por lo que respecta a los presupuestos necesarios para la efectividad de los recursos, se debe distinguir según se trate de que el recurso sea admisible o sea fundado. En el primer caso, se trata exclusivamente de decidir si se debe proceder al examen de la impugnación propuesta; en el segundo, se trata de determinar si se debe o no realizar la función correctiva sobre la resolución impugnada. Dentro del primer caso, se debe examinar si se reúnen los requisitos indispensables para que se admita el recurso, de otro modo la impugnación es rechazada.

El primero de los requisitos de admisibilidad es el de que la impugnación propuesta sea idónea para combatir la resolución; esto es, que si se quiere combatir una sentencia definitiva se trate de apelación o de casación y si se intenta combatir un auto se trate de queja. El segundo de los requisitos de la admisibilidad de los recursos es que se haya sido parte en el proceso del que se impugna la resolución, o bien que ésta le afecte directamente. El tercero de los elementos de la admisibilidad del recurso es el del gravamen, que se puede definir, para el demandante, como la diferencia entre lo pedido y lo conseguido, o sea entre la pretensión y la sentencia. Por lo

¹⁴ Schönke, *op. cit.*, p. 300.

¹⁵ *Ibidem*.

que toca al demandado, el gravamen es la diferencia entre lo que objeta y aquello por lo que se le condena.

El gravamen puede ser de tipo patrimonial o no, dependiendo de que el objeto del litigio haya sido una cantidad de dinero, o un bien susceptible de ser apreciado en dinero. Kisch aporta un interesante ejemplo sobre la computación del gravamen patrimonial: si importara 7,000 marcos lo originalmente pedido y el tribunal sentenciara por 6,980 marcos, se podrían fijar dos gravámenes diversos, el gravamen para el demandante sería de 20 marcos y el gravamen para el demandado sería de 6,980 marcos. En ambos casos se aplica estrictamente la definición, pues la primera cifra resulta de la diferencia entre lo que se pide y lo que se concede o sea entre la pretensión del demandante de 7,000 marcos y lo que le concede el tribunal. En el segundo caso, se puede decir que el demandado pretende que no existe ese adeudo de 7,000 marcos y que, por lo tanto, su gravamen es por todo a lo que ha sido condenado.¹⁶

En las causas patrimoniales el gravamen debe rebasar ciertos límites determinados por la ley, además, se debe tomar en cuenta que el momento para determinar la cantidad que importa el gravamen es el de la interposición del recurso. De esta forma, si dentro del plazo comprendido entre la sentencia y la interposición del recurso el gravamen ha bajado de los límites establecidos, no procede la impugnación; por el contrario, si al tiempo de la publicación de la sentencia el gravamen fuera inferior, pero posteriormente aumenta su cuantía, de forma que en el momento de la interposición del recurso sea por lo menos superior al mínimo exigido, es admisible. Existe una excepción en que no se toma en cuenta la cuantía mínima del gravamen, a pesar de ser una causa patrimonial, se trata del caso de la apelación o casación adhesiva.

El conjunto de gravámenes que no son apreciables económicamente es abundante y está compuesto por una serie de casos establecidos por la jurisprudencia. De entre ellos incluiremos algunos: absolver en la instancia y no absolver en la demanda, constituye un caso típico de gravamen que no es susceptible de apreciarse económicamente; la absolución por una excepción incidental y no por la principal que opone el demandado; la absolución del demandado con base en la compensación y no en una excepción de fondo; la estimación de una demanda por unos motivos y no por otros (por ejemplo, si cuando se ha demandado aludiendo como motivos un contrato, un acto ilícito y un enriquecimiento, pero el tribunal sólo acoge el último, en este caso el demandante, a pesar de obtener una resolución favorable, puede interponer la impugnación, alegando un gravamen de carácter no patrimonial). Finalmente, se consideran gravámenes de carácter no pa-

¹⁶ Cfr., Kisch, *op. cit.*, p. 286.

rimonial a todos aquéllos que se producen en las causas que están consideradas como no patrimoniales, por ejemplo, las relaciones familiares.¹⁷

Existen otros dos presupuestos de admisión, que sólo se requieren para la casación y la apelación: el primero de ellos es la forma (se precisa de una forma especial que será examinada más adelante, en los capítulos respectivos a la casación y a la apelación). La forma incluye un plazo que es diferente para cada uno de los recursos. El último de estos presupuestos es la figura jurídica denominada "las tasas",¹⁸ que consiste en una cantidad que se deposita para el caso de ser desestimado o rechazado el recurso, en cuyo caso el depósito se pierde en beneficio del Estado.

Luego de analizar los presupuestos de los recursos, procedemos al examen de algunas de las instituciones más relevantes que les son comunes. Primero se examinará la *reformatio in peius*, que consiste en que al llevarse la causa al tribunal superior, éste produzca una resolución que sea más desfavorable que la sentencia impugnada, es decir, que empeore su situación en vez de mejorarla. Esta situación está estrictamente prohibida dentro de los recursos, por los artículos 536 y 559, así como también en algunos casos establecidos a través de la jurisprudencia. Cuando se recurre a la resolución por haber sido rechazada en la primera instancia y en la segunda instancia es desestimada, se considera que ha habido una *reformatio in peius*, puesto que en la primera instancia tan sólo se le rechazó, pero no se pronunció sobre el fondo, mientras que al pronunciarse sobre el fondo en la segunda instancia, se provoca un perjuicio mayor a la parte, como consecuencia de los efectos de la cosa juzgada.

El desistimiento y la renuncia son dos instituciones comunes a los recursos. Según Schönke, se puede diferenciar el desistimiento de la renuncia, en que la renuncia sólo se puede tomar en cuenta si se hace valer a instancia del adversario; en cambio, el desistimiento siempre se decide de oficio. El desistimiento se rige por los principios de la primera instancia, de manera que no se precisa del consentimiento de la contraparte cuando aún no se ha personado, pero cuando se interpone después se requiere su aquiescencia.¹⁹

La renuncia puede ser unilateral o bilateral y total o parcial, respectivamente. La renuncia unilateral sólo se puede llevar a cabo después del pronunciamiento en primera instancia, debiéndose efectuar en forma clara y categórica. No es necesaria formalidad alguna, ya que se puede interponer por escrito u oralmente. La renuncia unilateral no puede ser impugnada por vicios del consentimiento, pero puede ser revocada siempre y cuando se

¹⁷ Cfr., Schönke, *op. cit.*, p. 301; Rosenberg, *op. cit.*, p. 261; y Goldschmidt, *op. cit.*, p. 400.

¹⁸ Se trata de una multa.

¹⁹ Cfr., Schönke, *op. cit.*, p. 303.

cuenta con la aprobación del adversario; en los casos en que exista litisconsorcio y aun litisconsorcio necesario, procede sin que sea necesario el consentimiento de los otros litisconsortes, pero únicamente obra en contra de aquel que la pronunció, sin afectar al resto de los litisconsortes. La renuncia bilateral puede llevarse a cabo antes del pronunciamiento en primera instancia. En realidad, la renuncia bilateral es un acto de tipo contractual y, por lo tanto, está sometido a las disposiciones del derecho material. El convenio por sí mismo no impide la interposición del recurso, ya que es necesario probar su existencia, en cambio, el desistimiento no precisa de prueba y no puede ser impugnado.

La adhesión, otra institución común a la impugnación, consiste en la posibilidad de interponer los recursos en forma accesoria o incidental, sin que sea necesaria una demanda independiente, sino que la adhesión está condicionada a la efectividad de la demanda principal que interpone la otra parte. No obstante, si el recurso se interpone dentro del plazo para impugnar, aunque guarde la forma incidental, se considera como independiente. Es interesante analizar los diversos efectos que pueda tener la adhesión: si el recurso principal contra resolución impugnada es rechazado o se renuncia a él, pierde validez el recurso incidental, pero si se admite el recurso principal y es desestimado, no pierde su validez el recurso adhesivo.

Finalmente, se examinarán los efectos por la falta de fundamentación y la desestimación del recurso. En este caso, se presentan dos consecuencias de tipo negativo, además de la declaración de los órganos de impugnación conteniendo la negación de la tutela jurídica: el pago de las costas y de la multa. Aquel cuya demanda es desestimada o rechazada es condenado por las costas de todo el proceso y pierde el depósito que hubiera efectuado.