

# ADHESIÓN A LA APELACIÓN

(Contribución a la teoría de los recursos en materia civil)

Luis LÓRETO\*

*Al Profr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo,  
en homenaje a su enseñanza magistral.*

## SUMARIO

I. *Introducción.* II. *La reforma introducida por Justiniano al régimen anterior de apelación.* III. *El sistema de la constitución Amplioren. Origen remoto del instituto de la adhesión a la apelación. Su amplitud. Crítica de Merlín.* IV. *La apelación como un remedio común. El beneficium adhaesionis. La doctrina de los doctores. Su recepción por los pragmáticos españoles y legistas cultos.* V. *Los poderes del juez ad quem. El efecto devolutivo.* VI. *Sentencia que contiene varios puntos o capítulos. Apelación genérica o limitada. Doctrina de Salgado, de Somoza y de Antoni Gomezí.* VII. *Su adopción por la gran mayoría de los juristas españoles y lusitanos. Doctrina de Hevia Bolaños.* VIII. *Opinión disidente de El Conde de la Cañada. Efecto devolutivo total. El beneficium adhaesionis no está limitado a los capítulos impugnados. Fundamentación. Estructura del procedimiento de apelación en el derecho español antiguo. Oportunidad de adherir.* IX. *Origen y formación histórica de la regla tantum devolutum quantum appellatum en el derecho francés. Apelación incidental.* X. *La adhesión a la apelación en el derecho venezolano. Informe de la Suprema Corte de Justicia de Caracas al Congreso de 1837 (nota). Admisión del instituto de la adhesión en la Ley Única sobre Procedimiento Judicial de 3 de mayo de 1838. Origen del actual artículo 188 Cod. Proc. Civ. Su eliminación por la Comisión Codificadora Nacional.* XI. *Principios dispositivo y de economía de los juicios. Su importancia para la teoría de los recursos. El gravamen. Fundamentación filosófica y política del instituto de la adhesión a la apelación.* XII. *El sistema venezolano de apelación. Su estructura. Efectos suspensivo y devolutivo. Aplicación de la regla tantum devolutum quantum appellatum. Apelación plena. Apelación restringida.* XIII. *Crítica de la doctrina dominante. Efecto devolutivo total de la apelación. Su necesidad para explicar la apelación adhesiva en puntos diferentes y opuestos. Opinión de Calamandrei. Crítica.* XIV. *El gravamen como causa de la apelación y de la adhesión. Enseñanza de Scaccia. Naturaleza del derecho de adherir y sus presupuestos. Existencia del principio que prohíbe la reformatio in peius. Su demostración por la existencia del instituto de la adhesión.* XV. *Doctrina de Borjas. Crítica. El sistema brasileño. Divergencia de opiniones.* XVI. *El derecho o poder procesal de adherir. Necesidad de*

\* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y vocal de la Corte Suprema de Justicia.

*iniciativa de parte agraviada. XVII. Especies del recurso de apelación: principal y adhesivo. Sus características. Naturaleza accesoria y subordinada del adhesivo. Sistema portugués (nota). XVIII. Derechos y cargas del adherente. Su situación procesal. Legitimación para adherir. Desistimiento del recurrente. Efectos. XIX. Dificultades que presenta el funcionamiento de la adhesión. Oportunidad para adherir. Las dos teorías elaboradas por la doctrina nacional. Opinión de Marciano Rodríguez. Refutación. Opinión de Feo. Modalidad introducida por Borjas a la segunda opinión. Aceptación de esta modalidad. XX. Manifestación de la voluntad de adherir. Voluntad expresa. Actos concluyentes. Informes. Su importancia para el recurso de casación. Renuncia. ¿Qué es el derecho de adherir? XXI. Conclusiones.*

## I. Introducción

Existen ciertos aspectos importantes de la teoría general de los recursos, cuya naturaleza y funcionamiento no han sido todavía bien estudiados y esclarecidos por la doctrina procesal venezolana. El ámbito de comprensión y de vigencia de un instituto jurídico hay que buscarlo en el sentido recóndito de las palabras de la ley, en la tradición secular donde se gestaron sus contenidos normativos auténticos y en la interpretación que de los mismos dieron nuestros predecesores. La práctica forense es, por regla general, de espíritu conservador, apegada a los principios recibidos y a las técnicas inveteradas, cuyo manejo y aplicación considera suficiente para el logro de sus fines pragmáticos.

Las grandes reformas de las instituciones jurídicas que incorporan a la vida de la cultura esencias originales, que modifican, profundamente el modo tradicional de comprenderlas y aplicarlas, al alterar el sentido dogmático y la técnica acostumbrada, constituyen generalmente para el jurista momentos revolucionarios que modifican su panorama cotidiano y alteran la armonía de su mundo jurídico, colocado así en trance de zozobra. El progreso del pensamiento y de las instituciones jurídicas es la obra lenta y penosa, muchas veces audaz, de grandes reformadores e intérpretes iconoclastas que rompieron las amarras ideológicas con el pasado, creando en el mundo de la cultura nuevas formas de vida y de acción. La dialéctica del espíritu es necesariamente revolucionaria.

Muchas instituciones procesales, precisamente por ser de naturaleza instrumental y técnica, encierran contenidos normativos cuyo alcance práctico y dogmático ha sido pacíficamente recibido de la tradición, sin que el legislador se haya preocupado de expresarlos y definirlos, de fijar su eficacia y precisar sus confines, causas éstas que, a menudo, son motivo de confusión, de perplejidad en el intérprete y de desorientación en la doctrina.

El instituto de la apelación en materia civil es de aquellos en los cuales el legislador moderno se ha limitado a reproducir sus principios directores y modalidades, sin determinar su naturaleza y alcance científicos que parecen así referidos a las concepciones que de ellos se formaron en la doctrina tradicional. Ésta, frecuentemente, es varia y compleja, a tal punto

que muchas veces las distintas y contradictorias opiniones hacen imposible precisar cuál fue de ellas la acogida en el sistema positivo. Sube de punto esta situación embarazosa cuando el legislador reduce su designio a mencionar escuetamente una modalidad de la institución jurídica, presuponiendo conocidos su organismo y fisiología, su alcance y finalidad, sin regular los aspectos más importantes de su aplicación. Tal cosa sucede entre nosotros con el instituto de la adhesión a la apelación que, acogido rudimentariamente, ha sido considerado por la doctrina nacional como un órgano atrofiado en el sistema del proceso civil, casi inútil y en vías de desaparecer. Aun cuando en la obra de los comentaradores patrios más eminentes de las leyes del proceso civil, como son las de Feo y de Borjas, encontramos una enseñanza clara y definida con apoyo en las fuentes históricas y en la tradición ilustrada, sin embargo, la concepción que se tiene generalmente de esa institución se halla desorientada y confundida, debido a falta de precisión dogmática, a peculiaridades estructurales de nuestro proceso y a la influencia falaz y perniciosa que han ejercido enseñanzas exóticas que explican instituciones diferentes. De ahí que, para volver a la claridad y al buen camino, sea menester explorar, siquiera sea ligeramente, su remoto origen histórico en la cultura antigua, y buscar en las fuentes que de ella se derivaron, los momentos originales y expresivos que contribuyeron a su paulatina formación. Ninguna institución puede tener vigencia y funcionar acabadamente, si no se penetra en la realidad que le dio vida y se comprende el propósito práctico que ella prosigue en el plexo axiológico del sistema jurídico. Adolfo Wach ha dicho en el prefacio de su obra fundamental, que es con el conocimiento de lo que quiere decir la palabra de la ley que comienza la ciencia su tarea.

En este breve ensayo pretendo elucidar la naturaleza, el sentido y los aspectos más significativos del instituto de la adhesión a la apelación en el derecho positivo venezolano actual, contribuyendo así, en la medida de estas modestas reflexiones, a su elemental conocimiento.

## II. La reforma introducida por Justiniano al régimen anterior de apelación

Quando a fines del primer tercio del siglo VI, Justiniano sustituye el principio de la *personalidad* del recurso de apelación por el de la *comunidad* en su famosa constitución *Ampliozem* (a. 530), creó una antítesis revolucionaria que dominaría señera por muchos siglos el pensamiento jurídico de la cultura occidental, recogería luego la *Glosa*, y serviría después de fundamento a la síntesis dogmática que habrían de realizar los comentaradores y canonistas con la teoría del gravamen, del efecto devolutivo y de la adhesión. La reforma justinianeana estaba transida del anhelo de alcanzar una justicia ecuménica, que desplazara la concepción individualista y pagana del Principado y del Bajo Imperio. Más que preocuparse por los intereses aislados de las partes en el proceso y por la certeza de sus respectivos derechos que se fijaron en la sentencia, el emperador se interesó por el triunfo de la justicia y por la igualdad de las partes en

la instancia de apelación, abandonando la posición exclusivamente privativa del derecho anterior, en que el interés e impulso de los litigantes eran decisivos para la conducta del juez. Elevó así el proceso a un plano superior de valores en el cual señorea una concepción más amplia y generosa, afirmándose ya la definida orientación de su naturaleza publicística puesta al servicio de fines objetivos. Planteó así la problemática de política procesal que, a través de los siglos, han tratado de solucionar adecuadamente los variados sistemas ideados por los legisladores para dar a la estructura y al funcionamiento del recurso de apelación bases justas, técnicamente eficaces y firmes.

### III. *El sistema de la constitución Ampliorem. Origen remoto del instituto de la adhesión a la apelación. Su amplitud. Crítica de Merlin*

Según el derecho romano anterior a la publicación de la constitución *Ampliorem*, en la instancia de apelación el juez solamente podía tener en cuenta en su decisión los gravámenes denunciados por el apelante. El apelado, como tal, no podía nunca esperar una reforma en su favor, siendo menester para ello que interpusiera también apelación por su parte, asumiendo así la figura de apelante. En ese sistema el recurso tenía un alcance y una eficacia exclusivamente personal, de forma que la sentencia recurrida sólo podía reformarse en favor del apelante, jamás en favor del apelado, aun cuando del debate apareciera que le era gravosa, puesto que no había recurrido. Era el sistema puro de la *personalidad* del recurso de apelación.<sup>1</sup>

Este sistema fue transformado sustancialmente por Justiniano en virtud de la constitución antes citada. Por ella se permitió reformar el fallo recurrido en contra del apelante, aun cuando el apelado hubiese dejado transcurrir el término para apelar por su parte, siempre que el juez encontrase la reforma de la sentencia ajustada "a las leyes y a la justicia". En el caso de que el apelado compareciera, podía solicitar la reforma del fallo en todo cuanto le fuese perjudicial, debiendo el magistrado entonces extender su examen y decisión a los puntos denunciados por el apelante y por el apelado. Cuando por el contrario, el proceso se desarrollaba en contumacia del apelado, se le encomendaba al juez la defensa de sus intereses, ya que la contumacia no le obligaba necesariamente a pronunciarse en su contra. Los términos y el espíritu de esta constitución eran muy amplios, permitiéndose al juez velar por los derechos del apelado, aun de oficio, y reformar la sentencia en su favor.<sup>2</sup> La protección que se encomendaba al

<sup>1</sup> Cfr. la obra de Oretano, *L'appello civile in diritto romano*, 2ª. ed., Génova, 1953. Corso Universitario quien tiene en cuenta tanto la antigua como la más moderna literatura sobre la materia, a la cual hay que agregar Cuenca, *Derecho Procesal Romano*, Buenos Aires, núm. 157 y sig.

<sup>2</sup> C. 7, 62, 39: *Ampliorem providentiam subiectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes non inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui*

juez en la defensa del apelado, aun ausente, respondía al principio que había enunciado ya en el mismo año en su igualmente famosa constitución *Properandum nobis* (C. 3, 1, 13), en virtud de la cual le confió la misión de velar por los intereses del contumaz, cuando del examen de las actas y en fuerza de una correcta aplicación del derecho al caso, aparecía que la decisión debía serle favorable.

La mayoría de los autores que tratan y profundizan esta materia, están concordes en considerar la constitución *Ampliozem* como el origen remoto del instituto de la adhesión a la apelación.<sup>3</sup>

Todos los textos del *Corpus iuris civilis* conducen a sostener que en el derecho justineano la situación del apelante y del apelado eran iguales, fuera o no culposa la contumacia de este último. Los variados distingos con respecto al ámbito y alcance de la apelación que se han querido hacer por algunos intérpretes de las fuentes romanas, carecen de fundamento científico.<sup>4</sup>

*ad provocationis convolasset auxilium, altera parte quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscumque fuisset, compellenda. 1. Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere et iudiciale mereri praesidium: sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere.* Véase también la Nov. 49 pr. cap. I y la Nov. 126, cap. II, que vienen a completar el sistema justiniano de apelación, establecido en el *Digesto* y en el *Código*. Cfr., Bethmann-Hollweg. *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1866, III, § 160.

<sup>3</sup> Importa observar que para algunos tratadistas la primera manifestación legislativa del instituto se encuentra en la ley 10 del Codex (a. 529) correspondiente al título *Quando provocare necesse non est* (7, 64). Por ella resolvió Justiniano que la parte vencedora en el fondo de la controversia, pero que no lo había sido en los gastos del juicio, frente a la apelación del vencido, no estaba obligada a apelar para obtener el pago de ellos, sino que el magistrado de apelación podía corregir el error en que hubiese incurrido el primer juez, por encontrarlo agraviada en ese punto, aun *sine provocatione*. Sin embargo, parece que esta enseñanza no está en lo cierto, ya que dicha constitución no estaba inspirada en el propósito de corregir el error en consideración de la injusticia de la sentencia y en beneficio del apelado en el, como se dice en su comienzo, de "mantener intacta la reputación de los jueces" (*Omnem honorem salvum iudicibus reservantes...*)

<sup>4</sup> Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, Leipzig, 1878, p. 747, texto y nota 58. Al estudiar Merlín, *Recueil Alphabetique des Questions de Droit*, 4<sup>a</sup> ed. I "Appel", Sv. 261 la constitución *Ampliozem*, distingue en ella dos casos, a saber: a) aquel en el cual la parte intimada comparece, y b) aquel en el cual no comparece. En el primero; la constitución imperial "quiere que a la parte interesada se le admita a proponer sus quejas contra las disposiciones de la sentencia de primera instancia que le perjudica, como si hubiera apelado en tiempo útil". En el segundo "el Emperador encomienda al juez de apelación que se coloque en la situación de la parte intimada y haga por ella todo lo que habría podido hacer si hubiese comparecido". Para el ilustre Procurador de la Corte de Casación de Francia, el sentido de esta segunda disposición es inequívoca: Justiniano autoriza al juez para que reforme la sentencia si ello es procedente, en los puntos de primera instancia que son perjudiciales al apelado, aun cuando no atacados. En cuanto al primer caso, dice que su sentido es igualmente claro, y agrega: "... decir que la parte intimada al comparecer en alzada y proponer sus quejas como si ella misma hubiese apelado dentro del plazo ordinario, es hacer claramente entender

IV. *La apelación como un remedio común. El beneficium adhaesionis. La doctrina de los doctores. Su recepción por los pragmáticos españoles y legistas cultos*

Sobre la constitución *Ampliozem* elaboraron la *Glosa*, los canonistas y los doctores sabios del derecho común la teoría de la apelación civil, que consideraron como un *remedium commune utriusque parti*. Acerca del significado y alcance de ese recurso, se discutió amplia y distintamente durante las postrimerías de la Edad Media y en los siglos posteriores, dividiéndose las opiniones en el terreno práctico y científico, a tal punto de llegarse a denominaciones, distingos, ampliaciones y restricciones, apoyados en sutilezas y en puntos de mera forma que enmarañaron la doctrina haciéndola muchas veces inextricable. Esa divergencia y variedad de criterios se mantuvo y propagó indefinidamente, siendo causa de confusión en la doctrina posterior y moderna.

que si no concluye en solicitud de la reforma de los puntos de la sentencia que le agravan, el juez superior no puede reformar de oficio". Esta interpretación la apoya en la autoridad de Brunneemann quien, siguiendo las lecciones de Baldo y de Surdus, enseña: *si praesens sit appellatus, iudex non supplebit*. La solución así dada por Justiniano, continúa Merlin, parece bastante singular, ya que se otorgan mayores poderes al juez en favor del intimado contumaz que del que no lo es. "Que el juez, agrega, pueda o deba suplir de oficio los medios de derecho que una parte, comparezca o no, ha omitido emplear un apoyo de una demanda que ha formulado, es completamente explicable, y tal es el sentido, bien pronunciado, de la ley 1. C. *ut quae desunt advocatis*; pero que el juez pueda suplir de oficio una demanda que no le ha sido presentada; que pueda, por tanto, apelar él mismo en interés del intimado que no comparece de la sentencia que le es deferida por la parte contraria, es lo que repugna a la sana razón". El motivo de la disposición justiniana en punto a que el juez debe velar por la situación procesal del apelado ausente, está, a mi entender, en la radical transformación que realizó el Emperador en el procedimiento contumacial con la constitución *Properandum nobis*, de la cual encontramos antecedentes en D. 40, 12, 27 § 2 *in fine* y en C. 7, 43, 1. La contumacia de una de las partes no acarrea necesariamente la *poena confessi*, debiendo el juez atenerse a lo que aparecía del estado de las actas del proceso y declarar el derecho aun en favor del ausente. Esa constitución se inspiraba, como casi todo el derecho justiniano, en la concepción cristiana de la vida y de la justicia que mandaba socorrer y velar por los débiles y desamparados. *El indefensus* por este solo hecho no se encontraba colocado en la condición de condenado, *si eum (parte actoris) meliorem causam habere perspexerit* (§ 2). Sube de punto la verosimilitud de esta conjetura cuando se advierte que en el § 4 de la misma constitución se dispone que "el examen de la causa debe verificarse sin obstáculo alguno, no obstante para ello la ausencia del actor o del reo, puesto que cuando se han producido las solemnes escrituras, la presencia de Dios suple la ausencia del litigante (*litigatoris absentia dei praesentia repletur*). Para la influencia de la filosofía cristiana sobre la política legislativa del *Corpus iuris*, Brunns-Lenel, *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, 7ª ed., I, p. 375; Riccobono, en *Rivista di Diritto Civile*, 1911, pp 37 y ss.; Biondi, *Il diritto romano cristiano*, III, p. 384; Camus E. F., *Historia y fuentes del derecho romano*, La Habana, 1939, I, p. 192; Hohenlohe, *Einfluss des Christentums auf das Corpus juris civilis*, Wien, 1937, y, finalmente, la más reciente y monumental obra de Wenger, *Die Quellen des Römischen Rechts*, Wien, 1954, pp. 298 y ss.

Cuando ante una sentencia en parte favorable y en parte adversa, cada uno de los litigantes tomaba la iniciativa de recurrir a mayor juez e interponía *principaliter* su recurso en tiempo hábil, la doctrina hablada de apelación recíproca (*appellatio reciproca*), lo que obligaba al juez a tomar en consideración ambos recursos, tanto en sí mismos como en sus relaciones y a resolverlos en la misma sentencia. A la apelación interpuesta en segundo lugar se la solía llamar impropriamente adhesión principal (*adhaesio principalis*), reservándose el nombre de adhesión accesoria (*adhaesio accesoria*) para aquella interpuesta vencido el término fatal y que sólo se hacía valer en consideración de la apelación adversaria.<sup>5</sup>

La apelación principal era el verdadero recurso con eficacia distinta y autónoma. La adhesión accesoria, por el contrario, era una apelación subordinada en su existencia y extensión a la apelación principal. La práctica llegó a considerar que el apelado por el solo hecho de no haber recurrido y manifestar así su conformidad con la sentencia, gozaba, sin embargo, en todo momento, del beneficio de adherir a la apelación contraria (*beneficium adhaesionis*), originando la apelación, por tanto, un *effectus communicativus* en fuerza del cual se hacía común a ambas partes la apelación interpuesta por una de ellas (*communio appellationis*).<sup>6</sup> Tanto el apelante

<sup>5</sup> En los fragmentos del *Corpus iuris civilis* relativos al recurso de apelación, no se encuentra empleada la voz "adhaesio" o "adhaerere". Sólo en las fuentes canónicas encontramos usada originariamente la palabra "adhaerentes" para denotar la intervención de quien viene en apoyo del apelante (c. 4 in 6°, 1, 6), esto es, en un sentido completamente contrario del que le diera la doctrina y la práctica posteriores, *strictu sensu*, en donde expresa el recurso subordinado del apelado respecto del promovido por el apelante. El derecho canónico usó la palabra "adhaerere" para denotar la participación del interviniente en el recurso del apelante contra el apelado, mientras que la doctrina y la práctica se sirven de la expresión en un sentido muy incorrecto, para señalar una relación en que figura el apelado contra el apelante. *Cfr.*, von Linde, *Lehre von den Rechtsmitteln*, Giessen, 1840, II (vol. V del Handbuch), § 196; Wetzell, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 746, nota 53. Fue en este último sentido que la recibieron y ampliaron los pragmáticos españoles, muy particularmente el Conde de la Cañada en sus famosas *Instituciones Prácticas*, Madrid, 1845, parte II, cap. VI, al tratar del remedio de adherir a la apelación, en donde se explica el instituto haciendo siempre referencia a "la apelación contraria". En tal acepción y alcance se recibió también en el derecho vernáculo, pues fue en las fuentes del español antiguo donde nuestros juristas de comienzos del siglo pasado bebieron las doctrinas que inspiraron al ordenamiento jurídico de aquella época memorable. La impropiedad de la expresión la advierte también claramente Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 1405, cuando dice: "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 contrario".

<sup>6</sup> Al ilustrar Baldo la constitución *Amplioem*, decía: *Appellatur a tanto el discutitur de toto: quia appellatio est communis etiam alteri parti, quae non appellavit*. Su enseñanza sirvió de fundamento a todo el desarrollo ulterior que se dio

principal como el adherente eran llamados apelantes *comunes*, siendo el primero apelante común *activo*, y el segundo apelante común *pasivo*.

Dentro de esta doctrina, la apelación se concebía como otorgada por utilidad y necesidad pública, no en exclusivo interés privado del apelante; enseñándose que el beneficio común favorecía también a los litisconsortes y a los terceros.<sup>7</sup>

### V. *Los poderes del juez ad quem. El efecto devolutivo*

Cuestión de gran momento y vivamente controvertida fue la de saber en qué extensión y profundidad podía el juez *ad quem* conocer de la causa, esto es, determinar cuáles eran sus poderes con respecto al juicio en estado de apelación. Trataron de resolverla los canonistas con la teoría del efecto devolutivo del recurso, cuya separación del suspensivo determinaron e ilustraron con gran erudición. Los doctores se preguntaban particularmente si el juez *ad quem* podía reformar la sentencia en perjuicio del apelante cuando no había mediado solicitud alguna en tal sentido por parte del apelado (problemas de la *reformatio in peius*).

Se admitía como principio general que la apelación devolvía al superior toda la causa y la refería a los términos de la litiscontestación,<sup>8</sup> debiendo observarse en la alzada las mismas reglas que regían para la primera instancia, de donde la máxima de importante alcance práctico y científico según la cual *beneficium nondum deducto deducendi, et nondum probata probandi*, cuyo alcance y limitaciones pueden verse deteni-

a la doctrina de la apelación como remedio común. El estado de esa doctrina y de la práctica europea durante el periodo que va del 600 hasta la publicación de los códigos modernos, se halla en Scaccia, *Tractatus de appellationibus*, Roma, 1612; Strykii, *Disertationum Juridicarum*, Florentiae, 1938, vol. v, *Disputatio Vigesima, De communione appellationis*, p. 1134 y s.; Salgado de Somoza, *De Regia Protectione*, Lugduni, 1669 pars. III, cap. xv; Antoni Gomezi, *Variorum resolutionem*, Matriti, 1768, tomo II, cap. xviii; Sabelli, *Summa Diversorum Tractatorum*, Parmae, 1717, tomo I, voz "*Apellatio*"; Richeri, *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, 1829, vol. XII, § 880 y s. Un resumen histórico puede verse en Walsmann, *Die Anschlussberufung*, Leipzig, 1928, § 2.

<sup>7</sup> Strykii, *op cit.*, *supra*, nota 6, dedica capítulos de su famosa disertación a la comunidad de la apelación: *ratione litis consortum* (II), *ratione partis adversae* (III), y *ratione tertii* (IV). Una constitución del Emperador Alejandro (C. 7, 68, 2) había establecido expresamente que la apelación interpuesta por uno de los litisconsortes aprovechaba a los que no habían utilizado el recurso, entendiéndose por la doctrina posterior que tal cosa sucedía sólo "*quando causa est communi et una eademque omnium defensio*"; Scaccia, *op. cit. supra*, nota 6. Quaest 5, n. 58, 11, núm. 77. La apelación del litisconsorte tenía eficacia *real*.

<sup>8</sup> El principio fue enunciado para Fabro, Cod. Lib. IV, tit. XII, Def. 1, n. 2, en los siguientes términos: *Appellatio extinguit iudicatum et revocat omnia ad terminos litis contestatae*. Algunos doctores precisaban más el concepto al decir que la apelación reducía la causa "*ad illum pristinum statum in quo erat causa principalis post litem contestatam*", doctrina ésta inconcusa y aceptada por los sistemas modernos que, como el nuestro, consideran el acto de la litis contestación como el momento capital en la determinación y fijación del litigio. De ella ha hecho apli-

damente tratados en Scaccia.<sup>9</sup> De ahí la facultad de alegar nuevos hechos y producir nuevos medios de prueba.

La doctrina de la *communio appellationis* se inspiraba en el propósito de borrar entre los litigantes toda desigualdad, que es madre de la discordia. Lo que era permitido o prohibido al actor, debía serle igualmente permitido o prohibido al reo: *correlata sunt actor et reus, et a pari procedunt*.

#### VI. Sentencia que contiene varios puntos o capítulos. Apelación genérica o limitada. Doctrina de Salgado de Somoza y de Antoni Gomezí.

La posibilidad de la *reformatio in peius* era, según algunos doctores, la consecuencia lógica y necesaria del principio de la comunidad de la apelación admitida en forma amplia, cuyo efecto devolutivo se comunicaba a la contraparte.<sup>10</sup>

Cuando la sentencia en un todo congruente con la demanda decidía un punto o capítulo único, de manera completamente desfavorable a uno de los litigantes, la apelación del perdedoso devolvía la jurisdicción plena al Tribunal de alzada. Aun en el supuesto de que la sentencia contuviera un solo capítulo o punto y la decisión no fuere del todo favorable a cada una de las partes; o cuando teniendo varios capítulos en virtud de un cúmulo objetivo de acciones, la sentencia acogía unos y desestimaba otros, se admitía que el apelante no estaba obligado a determinar la parte de la sentencia de la cual apelaba, ya que la unidad formal de la discusión en primera instancia continuaba en la instancia superior. Sin embargo, se llegó a admitir generalmente en la práctica que, en este caso, solamente en los puntos impugnados era que se producía la comunidad de la apelación, siendo sólo sobre ellos que el juez podía, aun de oficio, reformar

cación nuestra Corte Federal y de Casación, en sentencia de 14 de marzo de 1950 (*Gaceta Forense*, Año I, núm. 4, p. 268), en donde el principio se afirma claramente en su forma clásica, al decir: "la apelación reintegra a las partes a la condición que tenían inmediatamente después de la contestación de la demanda". Los legistas y decretalistas corrigieron la doctrina de Fabro y de otros doctores, en el sentido de que la apelación no "extingue" el *iudicatum*, limitándose sólo a "suspenderlo". Cfr., Reiffenstuel, *Jus Canonicum Universum*, Macerate, 1760, tomo II, p. 428, núm. 208; Sabelli, *op. cit.*, *supra*, nota 6, n. 14; Scaccia, *op. cit.*, *supra*, nota 6, *Quaest* 3, n. 82.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 6, *Quaest.* 11, n. 45; Strykii, *op. cit.*, *supra*, nota 6, cap. I n. 22 y s. La máxima tiene su origen en una constitución justiniana según la cual en las consultas, tanto la parte apelante como su contraria podían presentar nuevos alegatos para sostener sus acciones y excepciones mientras no se refiriesen a otros asuntos (*capitula*) y fuesen pertinentes (C. 7, 62, 6 § 1; 63, 4).

<sup>10</sup> La locución "*reformare in peius*" no se halla en las fuentes romanas con el sentido expresivo y técnico que tiene en la doctrina moderna, encontrándose utilizada por Ulpiano en el fragmento D. 49, 1, 1 pr., en un sentido diferente: *licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet*... Lo propio sucede con la expresión "*reformare in melius*", que encontramos en una constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiano, C. 3, 38, 3: *Quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur*.

*in peius* la sentencia recurrida. Llegó hasta admitirse que la comunidad de la apelación originaba en el apelado un derecho adquirido del cual no podía ser privado por la renuncia del apelante al recurso. Si la sentencia contenía varios capítulos separados y se apelaba de ella sin restricción alguna (*simpliciter, generaliter et indistincte*) el beneficio común de la apelación se producía sobre toda la causa; pero no cuando se apelaba de alguno de ellos que se determinaban específicamente, por lo cual los prácticos aconsejaban la cautela de interponer el recurso de esta última forma. Los capítulos de la sentencia que no eran apelados pasaban en autoridad de cosa juzgada, lo cual justificaba Salgado de Somoza en los siguientes términos: *Et ratio huius est, quoniam sententia, quae continent diversa capitula et separata, tot sunt sententiae quot sint capitula separata.*<sup>11</sup>

#### VII. Su adopción por la gran mayoría de los juristas españoles y lusitanos. Doctrina de Hevia Bolaños

Esta doctrina del derecho civil común acerca del efecto devolutivo y de la comunidad de la apelación, tal como aparece expuesta en la obra de los prácticos y comentaristas más eminentes del periodo intermedio, fue generalmente recibida y aceptada por los españoles y lusitanos que la ilustraron con gran brillo y acopio de argumentos. Ella se encuentra admirablemente resumida en la obra de Hevia Bolaños.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> *Ibid*, n. 4. En un todo coherente con esa doctrina, enseñaba que sobre los capítulos separados de la sentencia que no habían sido objeto de apelación, la jurisdicción del juez *a quo* no se devolvía ni suspendía, pudiendo llegar hasta la ejecución de los mismos (n. 10). En igual sentido ley 14, tit. 23, part. 3. Tal era la doctrina generalmente recibida en el derecho común, como puede verse en Scaccia, *op. cit.*, *supra*, nota 6, *Quaest.* 10, n. 4 y s.; Strykii, *op. cit.*, *supra*, nota 6, cap. III, n. 22; Antoni Gomezzi, *op. cit.*, *supra*, nota 6, cap. XI, n. 16, quien dice: *sicut vero si (sententia continentur) plura capitula separata, et una pars appellavit certis capitulis, et aliis non, quia tunc alia pars non potest se juvare illa appellatione circa alia capitula, a quibus non est appellatum.* Por tanto, cuando la sentencia contenía varios puntos, no obstante la unidad de la relación litigiosa, solamente en los impugnados o conexos a los mismos podía hacerse una *reformatio in peius*, como aparecía ya de la *Glosa Judicatis* a la l. 39, pr. C. de app.: *Verum est super eo capitulo, in quo es appellatum vel conexo, non in alio.* Cfr. Wetzell, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 750, nota 65. La relación de conexidad, según Strykii, *ibid*, n. 67, se estimaba *non ex rebus, sed ex causa petendi.*

<sup>12</sup> *Curia Filipica*, Madrid, 1825, tomo I, quinta parte, § 1, nn. 21 y 22: "En las Causas civiles, cuando la sentencia contiene diversos capítulos y cosas separadas unas de otras, se puede apelar de las unas y dexar las otras: y en las apeladas ha lugar apelación, y en las no apeladas, la sentencia queda pasada en cosa juzgada y firme, y se puede como tal executar. Por ser la apelación de una parte común á entrambas, cuando la una de ellas apela, y la otra no, la apelación hecha por la parte que apeló aprovecha a la que no apeló sólo en lo apelado, y no es más ni en lo que consintió, de que se sigue, que en lo apelado, no puede el que apeló apartarse de la apelación en perjuicio y contra la voluntad del que no apeló, el cual en ello puede pedir reformatión de la sentencia en favor, y se ha de hacer siendo justicia, más no en lo demás de que no apeló ni en lo que consintió porque la Causa de la apelación no se devuelve al Superior sino en lo apelado ante

VIII. *Opinión disidente de el conde de la Cañada. Efecto devolutivo total. El beneficium adhaesionis no está limitado a los capítulos impugnados. Fundamentación. Estructura del procedimiento de apelación en el derecho español antiguo. Oportunidad de adherir*

Sin embargo, esa enseñanza recibió el duro ataque del conde de la Cañada, cuya opinión llegó a prevalecer en la práctica del foro peninsular y en la mayoría de los países hispanoamericanos. Ante todo, él destaca la circunstancia de que con la decadencia del Imperio Romano la constitución *Ampliozem* había perdido toda su fuerza y autoridad, en cuya virtud no podía hacerse más uso de ella en la ordenación y decisión de los pleitos, por estar expresamente así declarado y prohibido desde las primeras leyes del *Fuero Juzgo* y por otras posteriores. Agrega que no había encontrado ley alguna entre las del reino que renovara y autorizara esta constitución, ni la citaban los autores que trataban de intento de su inteligencia, y que, careciendo de este influjo y efecto, quedaba reducida

él, ni puede pronunciarse sobre más; y así cuando uno apeló de la sentencia que es dada en su pro, y contra suya, siempre en la apelación diga, que consiente en la sentencia en lo que es en su favor, y en lo que dexa de serlo y es su daño o perjuicio, apela, para que en lo consentido y no apelado, no se pueda por el contrario, no apelando, pedir ni hacer reformatión de la sentencia en favor. Y el poderse hacer en lo apelado, se entiende cuando la apelación se interpuso por derecho extraordinario, y especial, y privilegio de privilegiado de restitución por vía de ello, porque entonces no ha lugar de pedir, ni hacer con el que no apeló la reformatión de la sentencia en su favor, por apelación interpuesta por su contrario, que apeló, respecto de que no se ha de convertir en daño de la Parte privilegiada el privilegio introducido en su favor, como, diciendo ser común, opinión, lo traen Antoni Gomezi y Acevedo." Según esa doctrina, que era la que venía recibida en la legislación de Partidas (ley 5, tit. 23, part. 3), el efecto devolutivo y la comunidad de la apelación sólo se refería a los puntos y capítulos de la sentencia que eran objeto del recurso principal, no pudiendo en manera alguna extenderse sus efectos y beneficios a aquellos puntos que no habían sido recurridos por la parte apelada. Dentro de esos límites, el efecto devolutivo y la comunidad de la apelación se realizaban plenamente, mas no en los demás, por lo cual la parte contraria que no apelaba de ellos no podía solicitar ni obtener en la alzada una *reformatio in melius*. Para conseguir este resultado, la parte debía apelar *principaliter*, a objeto de conseguir una devolución de la causa en los puntos diferentes de aquellos impugnados por el recurso del adversario. En cuanto a éstos, el beneficio común le favorecía sin necesidad de apelación propia y autónoma, pudiendo obtener con base en el efecto devolutivo pleno de la apelación contraria, una reforma de la sentencia apelada en su favor sobre los puntos que fueron objeto del recurso adversario. En ese sistema la declaración de adherir a la apelación contraria no tenía en realidad objeto ni finalidad.

Para la doctrina lusitana de las Ordenanzas Filipinas en igual sentido, Pereira e Sousa, *Primeras Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1858, II, pp. 56 y s.; Lobao, *Segundas Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, 1910, parte II, pp. 40 y s.; Machado Guimarães, "Do efeito devolutivo do apelação", en *Direito*, Río, 1940, vol. I, pp. 184 y s.; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, 1949, vol. V, pp. 96 y 119; Enrico Tullio Liebman, "Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano", en *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1950, vol. I, p. 599.

a una sentencia de sabios. No conviene en el principio esencial de la doctrina anterior, según la cual el *beneficium adhaesionis* quedaba limitado únicamente a los capítulos impugnados por la apelación principal, sin poder alcanzar a los demás.

Inspirándose en la letra y en el espíritu de la constitución justiniana que no hacía distingos de ningún género sostuvo que el apelado no se hallaba limitado en el alcance y efecto de su adhesión a los capítulos impugnados por el apelante, sino que su derecho de adhesión se extendía a todos los puntos que se disputaron en el juicio, aunque la decisión contuviera capítulos separados y proviniesen de hechos y causas diversas.<sup>13</sup> Para él todo litigante en primera instancia, que se sintiera agraviado en alguna parte de la sentencia de la cual no apeló en el término de ley, podía adherir a la apelación que interpusiere la parte contraria. Según esta enseñanza, el efecto devolutivo de la apelación era amplio y total, comprensivo de la causa en su plenitud, teniendo el apelado el derecho de adherir y señalar en su adhesión puntos o capítulos aún distintos y separados de aquellos a los cuales pretende el apelante limitar el examen de alzada.<sup>14</sup>

La estructura y el funcionamiento del proceso de apelación en el derecho español, ponían sobre el apelante la carga de presentar ante el juez *ad quem* un escrito contentivo del gravamen que le producía la sentencia y justificaba el recurso (escrito o libelo de agravios) del cual se daba

<sup>13</sup> *Op. cit.*, *supra*, nota 5, parte II, cap. VI, nn. 6, 7, 33 y 34. Él dice que la ley *Amplio rem* "concede al apelado una facultad independiente y libre para usar de ella, oponerse a lo juzgado, y solicitar su enmienda en lo que le haya sido gravoso, interviniendo para esto una sola condición reducida a que la parte contraria haya apelado proponiendo las causas de su apelación; pues esto sirve para excitar y poner en movimiento el derecho de la parte que no apeló, dirigiéndolo entonces a los fines que explica la misma ley, sin que quede ligado a los capítulos de la apelación contraria, sino extendiéndolo a todo lo que se disputó en el juicio aunque haya sido en capítulos separados y procedentes de hechos y causas diversas"; García Goyena, *Febrero Reformado*, 4ª ed., § 634, concuerda con el conde de Cañada en la afirmación de que la ley de Justiniano había dejado de tener fuerza obligatoria en el reino, pero considera que el remedio de adherirse a la apelación estaba recibido en la práctica general y constante de los tribunales. *Cfr.*, además, Tapia, *Febrero Novísimo*, París, 1845, III, p. 358. Parece apoyarse en la doctrina del conde de la Cañada una sentencia del Tribunal Supremo de España (*Jurisprudencia Civil*, 1866, IV, p. 47), en la cual se dice: "Considerando que si bien, según la ley 14, tit. 23, Partida 3ª, en el caso de que uno de los litigantes se hubiese alzado de una parte de la sentencia valdrá el juicio cuanto en las otras de que no se alzara, no puede esto tener lugar cuando el apelado se adhiere a la apelación, porque equiparado por este medio al apelante en virtud del principio de igualdad que entre las partes debe existir, tiene también el derecho de pedir y obtener a su vez la reforma del fallo en todos los extremos que le son perjudiciales."

<sup>14</sup> *Ibid*, núm. 45. Aduce en igual sentido la opinión de Suárez de Figueroa, quien dedicó un tratado especial a la materia, y del cual transcribe la siguiente definición: *Adhaesio est subsidiarium remedium ratione appellationis omissae, quo idem, ac per appellationem, ei adhaerens consequitur*. Según esto, el apelante y el que se adhiere son de una misma condición, como si ambos hubiesen apelado.

traslado a la contraparte. Ésta, si se consideraba igualmente agraviada por la sentencia y no había apelado principalmente, podía indicar en su escrito de contestación (llamado de "agravios medio"), los que por su parte creía le causaba la sentencia, siendo esa la oportunidad de manifestar su intención de adherir a la apelación contraria. Quedaba así con ambos escritos determinado el alcance y la materia de la instancia de apelación. Tal era el uso constante de los tribunales cuya doctrina recogió e ilustró brillantemente el conde de la Cañada, siendo su opinión "la admitida uniforme y generalmente en la práctica".<sup>15</sup>

#### IX. *Origen y formación histórica de la regla tantum devolutum quantum appellatum en el derecho francés. Apelación incidental*

Frente a esta amplia concepción del efecto devolutivo de la apelación, que se extendía más allá de los puntos o capítulos denunciados por el apelante, se fue formando paulatinamente en el derecho intermedio, por obra principalmente de la práctica en los países de sistema procesal consuetudinario, una tendencia cada vez más acentuada a ver en el organismo y funcionamiento del proceso un instrumento destinado exclusivamente a satisfacer los intereses de los litigantes, abandonado a su solo impulso y en beneficio de los derechos sustantivos materiales invocados ante el tribunal y de los cuales la sentencia no era sino el momento culminante de su realización. Esta concepción, eminentemente privatística, debía desembocar necesariamente en el sometimiento del juicio a la voluntad e impulso de las partes, tal como aparecía fijado en las actas del proceso, y de cuyo contenido y progreso podían disponer libremente, fijando al propio tiempo el límite de los poderes del juez. Ese principio dispositivo así admitido y entendido debía repercutir necesariamente sobre la teoría del recurso de apelación, de cuya suerte, contenido y alcance podían igualmente disponer las partes en la medida que lo aconsejaban sus intereses y lo demandaran al tribunal. El derecho francés se fue apartando paulatinamente de la tradición secular, y subió a tal punto su distanciamiento, que llegó a

<sup>15</sup> Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1858, tomo III, núm. 1377. En el derecho canónico de las *Decretales*, por el efecto devolutivo *tota causa devolvatur ad Judicem superiorem, seu Judicem ad quem: ita, ut is non solum de justitia appellationis cognoscere valeat; sed etiam, hac probata, causam principalem examinare; eamque sententialiter definire possit, ac debeat*: Reiffenstuel, *ibid*, núm. 203. La apelación devolvía, pues la causa *ab integro* y defería al superior el pleno conocimiento sobre todos los capítulos de la sentencia. No fue sino posteriormente que se fue admitiendo paulatinamente la posibilidad de apelaciones parciales, y limitadas, lo que hizo necesario la admisión de la apelación incidental del apelado para impugnar los capítulos diferentes de la sentencia que no habían sido comprendidos en el recurso del apelante, pues sobre los de éste la apelación era común y podía hacerse una *reformatio in peius*. El distingo entre apelación principal e incidental fue acogido por el *Codex iuris canonici*, c. 1887. *Cfr.*, Roberti, *De processibus*, Roma, 1926, vol. II, núm. 470 y s.

formarse un estilo propio en materia de apelación que desechó, en fuerza de un desuso ya inveterado, el principio de constituir el recurso un beneficio común.<sup>16</sup> Según ese estilo, *est opus utramque partem appellare, alioquin appellatio nihil proderit ei qui non appellavit, nec sententia quoad eum reformabitur* (Rebuffe).

Fue sobre esa práctica de las Cortes que se consolidó el principio esencial y cierto en el sistema procesal francés, según el cual el efecto devolutivo de la apelación no se produce sino en la medida de la apelación: *tantum devolutum quantum appellatum*. Conforme a este principio, reiteradamente afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, las facultades del juez de apelación quedaban estrechamente circunscritas a la materia que había sido objeto específico del gravamen denunciado por el apelante, a tal punto de que en caso de vencimientos recíprocos la apelación interpuesta por una sola de las partes no permite dictar una sentencia que empeore su situación procesal en beneficio de la otra parte, si ésta a su vez no había apelado. Por tanto, en tal sistema quedaba prohibida la *reformatio in peius*. Sin embargo, su rigidez fue corregida por la facultad que se otorgó al apelado de pedir la modificación de la sentencia en los puntos que le eran gravosos, mediante la admisión del instituto de la apelación incidental (*appel incident*).

El principio de la prohibición de la *reformatio in peius* no se encuentra expresamente consagrado en el Código de Procedimiento Civil francés, pero la admisión en el artículo 443 de la apelación incidental se estructura, precisamente, sobre su reconocimiento implícito, ya que, si así no fuese, el instituto de la apelación incidental carecería de objeto y de sentido. Se ha observado recientemente en Francia que no debe exagerarse el valor y el alcance del principio sobre el cual reposa la máxima "*tantum devolutum...*", y la jurisprudencia misma la interpreta con amplitud cuando reconoce al juez de alzada, aun sin apelación incidental, el poder de examinar los medios de defensa propuestos en primera instancia por el apelado, aun cuando hubiesen sido rechazados, así como cuando aplica con liberalidad el principio de la divisibilidad de la sentencia y de los recursos parciales en caso de apelación incidental interpuesta contra capítulos no criticados por el apelado. Esta situación ha permitido decir a un eminente procesalista "que la apelación interpuesta por una sola parte conserva en una cierta medida la facultad para la otra de poner nueva-

<sup>16</sup> Algunas costumbres forenses, como la de Borgoña, habían consolidado el principio según el cual *appellans semper preasumitur in mala fide, et pro sententia preasumitur*, lo cual insinuaba una idea manifiestamente contraria al recurso de apelación y favorable al fallo, debiendo, por tanto, interpretarse restrictivamente el uso y alcance de la apelación y de su efecto devolutivo. Ya Scaccia, *op. cit.*, *supra*, nota 6, lib. 3, cap. 2, *quaest.* 17, lmt. 21. núm. 18, hacía para su tiempo esta observación: "*De stylo Curiarum Franciae sit opus utranque partem appellare, sive super uno articulo, seu capitulo separato ab aliis, sive super uno solum, vel coniuncto appellatum fuerit per unum ex ipsis tantum, alias non reformabitur, nisi in parte, a que appellatum fuit, si reformari debeat.*"

mente en causa la sentencia toda entera, admitiendo la posibilidad de un efecto devolutivo total".<sup>17</sup> La apelación incidental del derecho francés moderno, seguido por el italiano (*appello incidentale*, acogido en el artículo 487 del Código del 65, y en los artículos 333, 334 y 343 del vigente, como impugnación incidental), corresponde en su finalidad a la *adhaesio appellationis ab alio interposita* del derecho común.<sup>18</sup>

X. *La adhesión a la apelación en el derecho venezolano. Informe de la Suprema Corte de Justicia de Caracas al Congreso de 1837 (nota). Admisión del instituto de la adhesión en la Ley Única sobre Procedimiento Judicial de 3 de mayo de 1838. Origen del actual artículo 188 del Código de Procedimiento Civil. Su eliminación por la Comisión Codificadora Nacional*

El instituto de la adhesión a la apelación se reguló por primera vez en el derecho venezolano en la Ley de 3 de mayo de 1838 sobre Procedi-

<sup>17</sup> Vizios, *Etudes de procédure*, Bordeaux, 1956, p. 562. Después de la Ley de 23 de mayo de 1942, la apelación incidental ha pasado a formar el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil francés. Dicha ley no resolvió textualmente los graves problemas que se habían advertido en el funcionamiento de la apelación incidental. Esta produce también los mismos efectos, suspensivo y devolutivo, que la principal, y se le aplica igualmente la regla *tantum devolutum...* Sin embargo, se ha decidido que cuando una sentencia contiene varios capítulos diferentes y que una parte apela de ellos solamente, el apelado (intimé) puede recurrir incidentalmente en cualquier estado de la causa, no sólo de ese capítulo, sino también de aquellos otros respecto de los cuales no existe apelación principal, sin que pueda oponérsele que los plazos para apelar han expirado. Así Cas. Civ., 11 de diciembre de 1918. D. P., 1919, I. 16. Pero en este caso, no se explica satisfactoriamente cómo la apelación incidental interpuesta pasados los lapsos para apelar, pueda devolver el conocimiento de la causa toda entera, aun sobre capítulos que no formaron materia del recurso principal. De ahí lo atinado de la observación crítica de Vizios.

<sup>18</sup> Es interesante advertir que el Código italiano del 65 reconoció, al lado de la apelación incidental de la contraparte, el instituto de la apelación adhesiva (arts. 470 y 488), para el caso de litisconsortes. Esta diferencia debe tenerse muy en cuenta cuando, para interpretar nuestro sistema, se recurra a la doctrina italiana, pues, si no se la advierte, se cae en el error de explicar nuestra adhesión a la apelación con el instituto de la apelación adhesiva del derecho italiano, como lo hace Marciano Rodríguez, *Apuntaciones analíticas*, Caracas, 1942, III, núm. 383. Esta advertencia la encontramos ya hecha por Gallinal, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Montevideo, 1930, tomo II, núm. 252. El Código italiano derogado no conoció el recurso incidental como institución genérica, limitándolo a la apelación, lo cual había sido considerado por la doctrina como un grave defecto del sistema. *Cfr.*, Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale*, Padova, 1926, IV, núm. 304; v., Scialoja, *Studi giuridici*, IV, p. 258; D'Onofrio, *Rivista di diritto processuale civile*, 1930, I, p. 326. El defecto de que se lamentaba la doctrina italiana fue corregido en el Código vigente, en el cual se admiten genéricamente las "impugnaciones incidentales tardías" (art. 334), desapareciendo al propio tiempo el distinguo anterior entre apelación incidental y apelación adhesiva, lo cual ha sido criticado por algunos autores. La impugnación incidental es accesoria de la principal, de forma que sigue su suerte, *Cfr.*, V. Andrioli, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, 2ª ed., II, p. 298; Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile*, 4ª ed., I, p. 169; Satta, *Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., núm. 247; Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civile*, Padova, 1943, p. 202 y s.

miento Judicial (Ley Única, título xi, artículo 25).<sup>19</sup> En la Ley Única de 28 de febrero de 1846 sobre los trámites del procedimiento en segunda instancia, no se le menciona. La ley de 1850 sobre Disposiciones Comunes lo adoptó nuevamente, no encontrándose en el Código de la dictadura de Páez (1863), reapareciendo en el Código de 1873, y adoptándolo luego todos los sucesivos hasta el vigente de 1916. En este Código, conformándose a la tradición legislativa, se le dedica sólo el artículo 188, concebido en los siguientes términos: "La parte que se adhiere a la apelación no podrá continuar el recurso si la que hubiere apelado desistiere de él, aunque su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente del de la apelación, o aun opuesto a éste".

Tal forma presupone el conocimiento del instituto, del cual regula solamente uno de sus aspectos importantes, dejando otros en tinieblas, y cuyo alcance dogmático integral aparece así referido a la doctrina tradicional como abandonado a la práctica. La brevedad misma de sus términos, la vaguedad en la determinación de sus efectos, unidos a la estructura peculiar de nuestro procedimiento en segunda instancia y a las dificultades propias de la materia, han contribuido a ignorar la importancia, función y finalidad de la adhesión a la apelación, todo lo cual ha conducido a que aparezca como un fenómeno fugaz y extraño en la vida del foro. Esta situación explica que en la oportunidad de revisar la Comisión Codificadora Nacional el Código de Procedimiento Civil con miras a una futura reforma, la mayor parte de sus miembros se pronunciara

<sup>19</sup> En las Actas del Congreso Nacional del año de 38 (Cámara de Representantes, Archivo vi, folio 71 y s.) se encuentra un documento de capital importancia para los anales jurídicos de la república, relativo a la adhesión a la apelación, el cual revela admirablemente la honda preocupación del gobierno y de los magistrados judiciales por solucionar los graves e ingentes problemas que en materia de administración de justicia tenían ante sí los legisladores de aquella época memorable. Entre las consultas evacuadas por los Tribunales de la República en el año de 37, con miras a reformar las leyes de procedimiento que para entonces adelantaba el gobierno, se encuentra una de la Suprema Corte de Justicia de Caracas en la cual los magistrados Mercader, López de Umérez y Martínez Duarte exponían que, en la causa seguida entre Basilio Arnal y Manuel Briceño sobre reclamos de mejoras de que el tribunal conoció por recurso de nulidad o de tercera instancia interpuesto por el primero, y al cual adhirió el segundo, le habían ocurrido al tribunal las siguientes dudas: "*Primera*: si es admisible el recurso de adherirse la parte apelada al recurso interpuesto por la contraria, respecto a que ni las leyes comunes, ni las que nuevamente han dictado los congresos de la República hablan sobre ese punto, y sólo se ha adoptado en la práctica siguiendo la opinión de autores y jurisconsultos; *Segunda*: en qué términos debe proponerse la mencionada adhesión para que pueda tener efecto, pues también está admitido en la práctica el proponerse y admitirse aun después del tiempo señalado por la ley para la admisión de los recursos; *Tercera*: si el que se adhirió al recurso deberá sólo contraerse al punto apelado por la parte contraria, o si podrá extenderse a los demás que contenga la sentencia y en que sea perjudicado; *Cuarta*: si desistiéndose el recurrente tenga derecho al que se adhirió para oponerse y obligar al contrario a que continúe el recurso, o si por el hecho de haberse desistido, se entiende haber éste caducado. Sin embargo, de lo expuesto, esta Corte cree, que es inútil el remedio de la adhesión y que las partes precisamente

por la eliminación del artículo 188, debido a que "además de dar margen a muchas controversias se consideró innecesario por razón de existir el derecho de apelación".<sup>20</sup>

Este breve argumento de la Comisión Codificadora desconoce el profundo sentido filosófico y de oportunidad procesal en que reposa el instituto de la adhesión a la apelación. Ella se apoyó únicamente para propugnar la eliminación del instituto, en las reacciones psicológicas y emocionales primarias del litigante perdidoso que le incitan a apelar *principaliter* de la sentencia, descuidando los momentos secundarios que pueden y deben también figurar como soportes valiosos de su conducta, estimulándose a obtener a la norma individualizada en el fallo. La política legislativa no puede desatenderse de esos momentos secundarios, sino que debe recogerlos e incorporarlos en forma técnica adecuada al sistema de los recursos. Todo estado de ánimo de los litigantes que sea favorable a la validez y eficacia inmediata de la sentencia, que promueva y excite la brevedad y fenecimiento de los pleitos, debe ser acogido por el legislador. Las dificultades prácticas del funcionamiento de la adhesión a la apelación entre nosotros son debidas, principalmente, a su deficiente regulación legislativa, lo que, apreciado en sí mismo, no puede constituir razón ni causa suficiente para que se rechace esa modalidad significativa y valiosa en el sistema positivo.

#### XI. *Principios dispositivo y de economía de los juicios. Su importancia para la teoría de los recursos. El gravamen. Fundamentación filosófica y política del instituto de la adhesión a la apelación*

El principio dispositivo y el de impulso de parte que dominan todo nuestro procedimiento civil, conducen necesariamente en su rigorismo a

deben interponer sus recursos en el término que prescribe la ley, respecto a que por el artículo doce de la ley única, título cuarto, sólo deben contraerse al punto apelado, y que en este caso el que se adhiere a la apelación nada adelante, porque no puede remediarse el agravio que haya sufrido en los demás de la sentencia, teniendo siempre el derecho a sustentarlo en el punto a que se apela, pero para que recaiga la declaración correspondiente, diríjase esta Consulta al Supremo Poder Legislativo en la forma acostumbrada". Planteaba así el alto tribunal a los legisladores, de manera precisa, el problema relativo a la admisión y vigencia de la adhesión a la apelación y señalaba las dudas más importantes que en épocas pasadas habían dividido la opinión de los doctores del proceso civil común. No obstante el parecer contrario de la Corte, el Congreso se pronunció en el sentido de acoger en la ley el instituto de la adhesión a la apelación; pero, al hacerlo, su obra quedó limitada, y trunca, ya que no resolvió todas las dudas apuntadas por los honorables magistrados. El texto del art. 25 de la Ley Única es el siguiente: "La parte que sólo se adhiere a la apelación no podrá continuar este recurso si la que ha apelado desiste de él, aun cuando su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente de aquel sobre el que versa la apelación."

<sup>20</sup> *Boletín de la Comisión Codificadora*, 1936, núm. 33, p. 76. Se acogía así, sin sospecharse, la opinión sustentada hacía un siglo por los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Caracas, que propugnaba, en realidad, la adopción del sistema antejustiniano.

admitir la personalidad del recurso de apelación. El gravamen que el fallo pueda producir a los litigantes es esencial al instituto de la apelación, concepto éste que se halla expresado en nuestro derecho en forma negativa, al establecerse que no podrá apelar de ninguna providencia o sentencia la parte a quien se concediese todo cuanto hubiere pedido: *non gravatus non potest appellare* (artículo 189, Código de Procedimiento Civil). Consiguientemente, los poderes del juez de alzada para conocer y definir la causa, se hallan condicionados por las peticiones de los litigantes y limitados por el gravamen que les causa la decisión. Tal sistema, si se mantuviese en su rigidez absoluta, obligaría necesariamente a cada parte que se siente agraviada por el fallo, a interponer apelación principal dentro del término perentorio establecido para ello, dejando sin protección alguna al litigante perdidoso que no se alzó oportunamente. La fundamentación filosófica y política de la adhesión a la apelación contraria se halla, precisamente, en esa actitud pacífica del litigante perdidoso y en la igualdad que ella procura.

La parte que no apela del fallo, dice un jurista chileno, y se conforma con él, no obstante que no le es del todo favorable, lo hace por creer, quizás, preferible terminar de una vez el litigio, pero se ha entendido que lo hace bajo la implícita condición de que su contendor no apele tampoco y se avenga también a cumplir la sentencia. Si así ocurre se evitarán las partes la nueva discusión de la segunda instancia con sus consiguientes gastos, zozobras y trabajos. Pero desde el momento que el contrario se alza contra el fallo de primera instancia y renueva la *litis*, resulta fallida la implícita condición a que nos hemos referido. Se ha abierto la nueva discusión por obra de uno de los contrincantes y es equitativo permitir al otro, aun cuando ya no esté en tiempo de formular apelación principal, que aproveche la nueva etapa del juicio, así como los desembolsos y molestias que demandará la segunda instancia, requiriendo por su parte la reforma de la sentencia apelada en cuanto a él lo agravic... uno y otro litigante tienen por lo tanto interés en no ir a la segunda instancia para mantener lo que ya han logrado en primera, y para deducir apelación tomarán muy en cuenta el peligro que corren de perder lo ya obtenido, temor que contribuirá a evitar apelaciones infundadas. La ley quiere restablecer en todos sus derechos a la parte que se ha sometido voluntariamente a la decisión por la cual fue en parte condenada, desde el instante en que el adversario la obliga a reanudar la lucha.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Bianchi, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1934, núm. 5, p. 18 y s. Esta es la fundamentación clásica. Así, Strykii, *op. cit.*, *supra*, nota 6, cap. III, núm. 43, dice: *Obstare quidem videtur quod pars quae tacuit et non appellavit, videatur sententiae acquiescere. Verum respondetur: videri quidem hac partem acquiescere, non tamen aliter, quam quantenus altera acquiescit, dissentire vero omnino quatenus altera appellat.* Esta misma fundamentación fue luego expuesta con gran elocuencia por el Conde de la Cañada, *loc. cit.*, núm. 16 y sig. seguida por la doctrina posterior. Pescatore, *supra*, nota 5, quien atribuye el mismo origen racional y político a la apelación incidental, introducida por la jurisprudencia y confirmada luego por la ley, dice: "Si se quita la garantía de la apelación incidental, surge en las partes la necesidad de precaverse, y, desconfiando la una de la otra, se

El principio de la economía de los juicios recomienda obtener en el proceso el mayor resultado práctico con el mínimo empleo de actividad jurisdiccional, y, el político, la más pronta terminación de los litigios, en beneficio de la paz social y de la causa pública. Los intereses que se discuten y realizan en el proceso, aconsejan aceptar un compromiso entre la justicia y la certeza de los derechos controvertidos. La posibilidad de que el litigante perdidoso pueda mejorar en la instancia superior la condición desfavorable en que le ha colocado la sentencia, le impulsa a apelar de ella; la posibilidad de ver esa posición confirmada o aun desmejorada, le mueve, en cambio, a obtemperar a su dispositivo. El juego de esos motivos determinates contrapuestos funciona como causa psicológica de excitación y de freno en el sistema del recurso de apelación, favoreciendo los últimos el estado de ánimo del litigante que, en parte perdidoso, esté dispuesto a acatar el fallo, para el supuesto de que la parte contraria resuelva también obedecerlo. Todas estas razones han llevado a los legisladores modernos a admitir o a mantener el instituto de la adhesión a la apelación dentro del sistema de los recursos.<sup>22</sup>

harán recíprocamente provocadoras instaurando un juicio de apelación, mientras que si se les asegura su defensa, elegirán el camino de abstenerse de un nuevo juicio." Esta fundamentación es la aceptada y seguida generalmente por los expositores modernos, habiéndola adoptado en Italia el egregio Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, 5ª ed., v, núm. 676 y s. Contra ella se ha alzado la voz de Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 4ª ed., vol. iv, núm. 167, quien desarrolla una doctrina propia con base en su teoría de la *adquiescencia* y en peculiaridades estructurales del procedimiento italiano. Esa fundamentación clásica es también la seguida por los canonistas. Cfr., Lega-Bortocetti, *Commentarius in Iudicia Eclesiastica*, Roma, 1950, II, p. 976, núm. 4. La misma fundamentación se encuentra en la doctrina alemana al tratar de la apelación y de la revisión adhesivas. Cfr., Lent, *Zivilprozessrecht*, 1947, § 70, VI. Para Francia, Glasor, Tissier y Morel, *Traité théorique et pratique Proc. Civ.*, París, 1929, III, núm. 912.

<sup>22</sup> Casi todos los países de la Europa continental acogen y regulan la institución. Cfr., Rosenberg, *Lerhbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 6ª ed., § 135, v. Importa observar, sin embargo, que en el ordenamiento procesal austriaco, de la más respetable alcurnia científica, la institución no existe, habiendo mostrado Klein aversión hacia ella "porque enreda el procedimiento de los recursos sin fundamento jurídico-político alguno". Cfr., Pollak, *System des Oesterreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1932, § 112, II. En Hispanoamérica la institución se halla expresamente consagrada en la mayoría de las legislaciones procesales: Argentina, México, Ecuador, Uruguay, Chile, Perú, República Dominicana y Honduras. Se la admite en el proyecto Couture; en el proyecto Reimundi, para la provincia de Salta; en el proyecto para la provincia de Mendoza y en el proyecto para la Capital Federal (Argentina). En la exposición de motivos de este último proyecto se legitima su admisión diciendo que es "un instituto de innegables beneficios". El Código de Derecho Canónico la admite expresamente en el c. 1.887, § 2. Cfr., el interesante trabajo de Jorge G. Eiriz publicado en *Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1938, núm. 18 y 19, quien sostiene que la institución tiende a desaparecer, no habiendo encontrado en la jurisprudencia fallos recientes que demuestren su vigencia y utilidad. El derecho colombiano no la conoce y sigue el principio absoluto de la prohibición de la *reformatio in peius*. Cfr. art. 494 Cod. Proc. Civ.

XII. *El sistema venezolano de apelación. Su estructura. Efectos suspensivo y devolutivo. Aplicación de la regla tantum devolutum quantum appellatum. Apelación plena. Apelación restringida.*

En nuestro derecho la apelación es un recurso ordinario amplio, dirigido a reparar a la vez la injusticia de la sentencia y los vicios de procedimiento que puedan acarrear la nulidad del proceso (errores *in iudicando* y errores *in procedendo*). Se recogió así la evolución histórica que culminó en la síntesis dogmática de concebir el recurso de apelación como un remedio que absorbe e incorpora en su seno la *querella nullitatis*, por lo cual es posible que la sentencia de segunda instancia no decida el fondo mismo de la controversia, sino que se limite a declarar la nulidad del proceso, reponiendo la causa a un estado anterior que se determinará en la sentencia (Artículo 163, Código de Procedimiento Civil). Son las llamadas por la doctrina nacional "sentencias definitivas formales", contra las cuales se admite el recurso extraordinario de casación.

Mientras que en otros sistemas la apelación se concibe como la proposición de una nueva y formal acción, introductiva de otra instancia, en el nuestro es un verdadero y propio recurso ordinario del juicio, un desarrollo dialéctico de la relación procesal formada en la instancia inferior, durante el cual se examina la causa y se controla la sentencia en la medida de los agravios denunciados por las partes recurrentes. Mediante la apelación, la parte agraviada reitera en el segundo grado jurisdiccional el móvil inicial de su acción o de su defensa.

El derecho venezolano atribuye a la apelación dos efectos fundamentales: el suspensivo y el devolutivo; pero no determina cuáles sean sus alcances, y, con respecto al devolutivo, no señala si es pleno o limitado y si la apelación constituye o no un beneficio común.

Buena parte de nuestra doctrina considera que el efecto devolutivo es *real* y que en los puntos objeto del recurso se produce la comunidad de la apelación, pudiendo el juez de alzada reformar de oficio la sentencia limitadamente a ellos, tanto en favor del apelante como del apelado. Se sostiene también —y puede considerarse que es doctrina dominante— que el efecto devolutivo no se produce sino en la medida de la apelación, conforme al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, por lo cual el juez de alzada no podría conocer ni decidir sobre puntos de la sentencia apelada que no le hayan sido devueltos por la apelación. Los puntos o capítulos no apelados quedarían ejecutoriados y firmes, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Feo, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1904, I, p. 66, enseña a este respecto la siguiente doctrina: "Si la decisión comprende varios puntos, y una parte apela de uno determinado, y la otra no apela en absoluto, es obvio que el juez superior no tiene jurisdicción y poder para conocer de otra cosa que del punto apelado limitativamente: la sentencia está consentida por ambas partes en todo lo demás, y ninguna de ellas puede pretender que se le revoque o modifique. Si en el mismo supuesto, o en otro cualquiera, una parte apela

Consiguientemente está excluida de la segunda instancia toda nueva deducción relativa a acciones y excepciones *de hecho* que han debido hacerse valer oportunamente en la primera (prohibición del *ius novorum*).<sup>24</sup>

La alzada es un segundo grado jurisdiccional del mismo juicio que se dilata en el tiempo, pero sin ampliarse su primitiva esencia y contenido jurídicos, y en la cual la sentencia recurrida juega un papel fundamental, cuyo control, en hecho y en derecho, corresponderá realizar al juez superior. Todo el material probatorio evacuado en primera instancia debe

en absoluto o en general, y la otra no apela, es también obvio que el juez superior tiene la misión de revisar en todo la sentencia, y que puede confirmarla, revocarla o modificarla: el apelante tiene el derecho de atacarla en todas partes; y el no apelante el de defenderla en la misma extensión. ¿Pero puede decirse que la sentencia está consentida por el que no apeló, y tenerse como ejecutoriada para él? No creemos esto, porque si el superior revocase habría dos sentencias, una ejecutoriada para el no apelante, y otra contraria para el apelante, lo cual sería un absurdo. Las sentencias no pueden tenerse como ejecutoriadas sino, o por virtud de la ley, que no permite alzada, o por consentimiento de ambas partes. ¿Pero no resultará así ser de mejor condición el que no apela que el apelante, si es que aquél tiene el derecho de pedir que se modifique la decisión favoreciéndolo en algo? Si se trata de confirmar o revocar, no hay dificultad posible: cada parte está en su derecho, la una combatiendo, la otra sosteniendo la sentencia; y el superior en su plena facultad de hacer lo uno o lo otro según su conciencia. Si se trata de reforma, es cuando se hace posible la objeción de que no pueda modificarse favoreciendo al (no) apelante. Mas, dado que a los jueces no les es permitido, cuando se interesa la ley y reconocen el caso de aplicarla, dejar de cumplirla, vienen por fuerza distinciones a las que hay necesidad de atender. Si la reforma cae sobre un punto de hecho establecido en el fallo apelado, que quedó consentido por el no apelante, el juez superior tiene que respetar esa situación no pudiendo reformar en favor del no apelante. Por ejemplo: sostuvo el demandante que debía el demandado pagarle el capital y el interés a la rata del doce % anual por estar así estipulado; negó el demandado la estipulación, y falló el juez de la primera instancia no estar a su juicio comprobado el convenio, y declaró deber sólo pagar el demandado el interés legal del tres % al año. Apeló el demandado, no el demandante; y consentida así la decisión por éste el superior, aún creyendo que sí estaba probada la convención, pensamos que no puede ya acordar sino el interés legal. Otra cosa sucede si el punto de la reforma entraña el cumplimiento de una disposición legal, caso en el cual el superior no puede dejar de cumplir la ley aun cuando favorezca al no apelante. Ejemplo: El fallo de primera instancia reconoce expresamente que el actor tiene derecho a indemnización de perjuicios conforme al texto de una ley, pero ni lo fija ni los manda a fijar por expertos como debe hacerlo según otro texto legal. ¿Puede el juez de la alzada, si encuentra que en realidad se debe dicha indemnización legal, dejar de fijarla o mandarla a fijar en obediencia de la ley, porque con ello favorece al no apelante? No; porque el cumplimiento de la ley se impone siempre: porque si ese juez no puede suplir alegatos ni recursos de hechos no alegados y probados, si puede suplirlos cuando son de derecho; y porque la falta, descuido o debilidad del primer juez no autoriza al segundo para cometerlos a su vez". He considerado conveniente transcribir *in extenso* este pasaje de la obra del maestro, porque en él se expone la doctrina seguida en nuestro foro acerca de la posición de las partes y de los poderes del juez en la instancia de apelación. Su doctrina se afirma de manera dogmática, sin hacerse referencia alguna siquiera sea incidental, a la adhesión.

<sup>24</sup> Este es un principio absoluto en el derecho venezolano. Toda excepción sustancial en sentido propio debe hacerse valer por el demandado en el acto de la con-

ser utilizado por él, enjuiciándolo de nuevo a la luz de los preceptos legales aplicables. Los posibles fundamentos de hecho que han debido alegarse en primera instancia como base de la acción y de la defensa, y que no lo fueron, no pueden deducirse ya en alzada, y lo que debió probarse y no se hizo con la amplitud que permitiría la primera instancia, sólo puede hacerse en la segunda de modo limitado, restringidos como están los medios de prueba a instrumentos públicos, posiciones y juramento, siempre dirigidos a demostrar los fundamentos de la acción y de la defensa, tales como quedaron fijados en la demanda y la contestación. Entre el sistema de la *apelación plena* en el cual la alzada es una instancia reiterada del juicio (sistema alemán), y el de la *apelación restringida* (sistema austriaco), el venezolano ha seguido un camino intermedio, que tiene su antecedente histórico en la legislación española de la Novísima Recopilación (por ejemplo, la no admisión de la prueba testimonial, ley vi, título x, libro 11). En este sistema, según la expresiva locución de Couture, "la segunda instancia es sólo un modo de revisión y no una renovación plena del debate".<sup>25</sup>

testación al fondo de la demanda. Así, por ejemplo, las prescripciones adquisitivas y liberatorias deben invocarse en tal oportunidad bajo pena de considerarse renunciadas. Apoyándose en la disposición final del art. 189 del Código de Procedimiento Civil, que permite apelar de la sentencia definitiva a todo aquel que teniendo interés inmediato en lo que ha sido objeto materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión, el doctor José Eugenio Pérez ha sostenido la tesis de que los acreedores o las personas interesadas en hacer valer la prescripción, pueden oponerla en la alzada, aunque el deudor o el propietario renuncien a ella (art. 1958, Código Civil) *Cfr. El Profesional*, San Felipe, tomo 1, año 1, p. 153. Estimo que esta opinión es insostenible, pues equivaldría a alterar sustancialmente en la alzada los planteamientos hechos por los litigantes en el acto de la litiscontestación, cosa ésta que no pueden hacer las partes mismas y menos los terceros. La norma del artículo 2110 del Código Civil italiano derogado, según la cual la prescripción puede oponerse también en apelación, no fue acogida en nuestro sistema. Por lo demás, nuestro derecho desconoce el derecho de avocación, de modo que el juez de alzada no podría entrar a conocer y decidir el fondo de la causa, si la sentencia recurrida es de reposición, ni entrar a considerar las excepciones y defensas no decididas en la instancia inferior, debiendo reponerla (arts. 162, 163 y 230 Cód. Proc. Civ.).

<sup>25</sup> *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 2ª ed., núm. 164. En el Derecho romano-bizantino, la naturaleza plena del recurso de apelación surge principalmente de los siguientes textos: C. 7, 62, 6 § § 1, 37; 7, 63, 4. *Cfr.*, Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 296 y s. En el sistema austriaco el procedimiento de apelación "no es de creación sino de contralor, o, aun cuando pudiera considerársele también como un procedimiento de control del de primera instancia, el recurso no controla la realidad sino el proceso". Klein-Engel, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, p. 403. Por tanto, el procedimiento de primera instancia y el de alzada son de naturaleza diferente. Para un detenido examen de la legislación y de la doctrina europea relativas a las ventajas e inconvenientes de los sistemas de la apelación plena (*vollen Berufung*) y de la apelación restringida (*beschaernten Berufung*), *Cfr.*, Rosenbergn en *Zeitschrift für Zivilprozess*, Bd., 64, 1951, p. 6 y s.; Lorenz, *Ibidem*, Bd. 65, 1952, p. 169 y s., quienes se pronuncian, el primero, por la conveniencia de mantener el "sistema alemán", y, el segundo, en el sentido de reformarlo para acoger el "sistema austriaco".

XIII. *Crítica de la doctrina dominante. Efecto devolutivo total de la apelación. Su necesidad para explicar la apelación adhesiva en puntos diferentes y opuestos. Opinión de Calamandrei. Crítica*

Estimo que la doctrina sobre el efecto devolutivo, limitado a los puntos materia de la apelación y que considera a los no impugnados como habiendo pasado en autoridad de cosa juzgada, no puede aceptarse en aquellos sistemas procesales que, como el nuestro, admiten el instituto de la adhesión a la apelación *sobre puntos diferentes de los que son materia del recurso y aun opuestos a los mismos*, ya que de aplicarse con rigor lógico sus principios, el juez de alzada se hallaría desprovisto de jurisdicción para conocer de ellos y decidirlos. En este sistema no puede decirse que la causa se devuelve a la instancia superior sólo en la medida de la apelación, quedando fuera del alcance del efecto devolutivo aquellos gravámenes y puntos distintos y opuestos a los de la apelación que no forman su objeto. Para que en fuerza del derecho que tiene la parte contraria de adherir a la apelación principal pueda el juez de alzada conocer y decidir gravámenes y puntos no comprendidos originalmente en este recurso, es necesario admitir que la causa se devuelve íntegramente al tribunal *ad quem* por efecto de la apelación principal.

También el efecto suspensivo se produce íntegramente sobre todos los puntos de la causa, sin que puedan pasar los no apelados en autoridad de cosa juzgada, ya que de admitirse lo contrario como sostiene la doctrina dominante, no podrían sometérselos de nuevo al conocimiento y decisión del juez de alzada por el ejercicio del derecho de adherir, por obstar la cosa juzgada.

Si de conformidad con la norma que regula positivamente la adhesión, el apelado tiene el derecho y al propio tiempo la carga de someter a la decisión del tribunal puntos diferentes de los de la apelación y aun opuestos a éstos, es evidente y necesario admitir para lograr la coherencia y unidad del sistema, que esos puntos no han podido pasar en autoridad de cosa juzgada, y que para conocer de ellos tiene plena jurisdicción el tribunal en virtud de un efecto devolutivo total. La extensión del efecto suspensivo determina también el del devolutivo, condicionándose ambos recíprocamente. En la apelación de sentencias definitivas, el poder del juez inferior se suspende en todo cuando se devuelve al juez superior dicho poder, salvo casos especiales. Por tanto, en nuestro sistema no encuentra aplicación absoluta el principio que expresa el adagio *tantum devolutum quantum appellatum*, aplicado irrestrictamente por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, siguiendo servilmente la teoría francesa. Apélese o no genéricamente, la devolución es plena, total, para todos los puntos que fueron materia de la causa y decididos por la sentencia, pero *el ejercicio de la jurisdicción por el superior se halla en principio limitado en extensión y profundidad por los gravámenes denunciados por el apelante principal*. Si el apelado adhiere a la apelación y denuncia la parte o las partes de la sentencia que le producen gravamen —los cuales pueden ser distintos

y aun opuestos a aquellos denunciados por el apelante—, entonces el juez de alzada ejercerá la jurisdicción en la medida de los gravámenes denunciados por apelante y apelado, en fuerza del efecto devolutivo total de la causa, que ya tenía, y que el acto de adhesión solo ha venido a actualizar y precisar.

Por su parte, como se ha dicho, también el efecto suspensivo tiene necesariamente que referirse a toda la causa, pues, si así no fuese, sería lógica y jurídicamente inconcebible que el punto ejecutoriado pudiera ser sometido a un nuevo examen y decisión por el juez *ad quem* en virtud del derecho de adherir a la apelación. Desde luego, que nada obsta para que el apelado renuncie expresa o tácitamente al derecho de adherir, en cuyo caso los puntos de la sentencia apelada que han sido objeto de la renuncia, pasan en autoridad de cosa juzgada y quedan fuera del alcance del efecto suspensivo y del devolutivo. En nuestro sistema procesal, que admite y regula la adhesión a la apelación en la forma más amplia, tanto el efecto suspensivo como el devolutivo son plenos y totales, y no podrá saberse cuál será concretamente la extensión de éste y el alcance positivo de aquél, sino después que haya transcurrido inútilmente el momento oportuno para adherir a la apelación y queden fijadas en las actas procesales las materias definitivas del debate en la alzada. El principio de preclusión sirve también de límite al ejercicio del recurso adhesivo.<sup>26</sup>

Se ha observado agudamente en Italia por Calamandrei que:

el efecto devolutivo, precisamente porque es efecto, no se produce sino en cuanto se vea en la interposición de la apelación, la causa que lo origina. Dada esta relación de causa a efecto que existe entre la interposición de la apelación y la devolución de la controversia al juez *ad quem*, la devolución total podrá ser efecto solamente de una apelación total; pero si se admite la posibilidad de una apelación parcial, se deberá admitir necesariamente la posibilidad de una devolución parcial: *tantum devolutum quantum appellatum*. Pensar de otra manera, admitiendo que una devolución total pueda ser la consecuencia de una apelación parcial, equivaldría a admitir para

<sup>26</sup> Refiriéndose Feo, *op. cit.*, *supra*, nota 23, p. 314, a la doctrina y práctica del foro español antiguo y moderno, relativas a la adhesión a la apelación, nos ha dejado esta enseñanza: "Según tales doctrinas no podía ni puede darse por ejecutoriada la sentencia en el todo contra el no apelante a quien la sentencia haya agraviado en algo, sino después de la oportunidad de adherirse a la apelación del contrario, si no lo hace entonces". Exacto. Es la consecuencia necesaria de la doctrina expuesta y sostenida por el Conde de la Cañada, que fue la generalmente recibida y aplicada en el foro español. Esto se debe a que el efecto suspensivo de la apelación se extiende a toda la sentencia, aun cuando haya sido impugnada solamente en parte, pues la extensión del recurso a los puntos no impugnados por el apelante o por la parte contraria que adhiere a la apelación, sólo es posible en tanto en cuanto la cosa juzgada respecto de ellos no se haya formado. *Cfr.* Rosenberg, *op. cit.*, *supra*, nota 22, § 132, 1, 2. Objeto del gravamen que pueda servir de causa a la adhesión —y desde luego a la apelación— puede ser la de haber dejado sin decidir el juez *a quo*, acciones, excepciones y defensas oportunamente opuestas, que darían lugar a una reposición.

aquella parte de la controversia que no haya sido objeto de una apelación parcial, una devolución sin apelación, esto es un efecto sin causa.<sup>27</sup>

Estimo, sin embargo, y *data venia* a la enseñanza del eximio maestro, que son de escaso valor en la interpretación de las instituciones jurídicas los argumentos sacados de los principios lógicos que rigen el mundo de la naturaleza para resolver problemas que giran en el de lo normativo. Lo que en el primero sería una contradicción lógica, en el segundo puede ser la consecuencia necesaria de una relación lógico-normativa. Nada es más contrario a la ley de causalidad natural que la ficción jurídica y, sin embargo, es bien sabido el papel importantísimo que ella tiene en el mundo teleológico del derecho.<sup>28</sup>

En el sistema procesal civil venezolano no existe ninguna norma expresa que limite o restrinja el alcance y extensión del efecto devolutivo al punto o puntos que han sido objeto de la apelación, o que pudiera derivarse de todo el sistema como una consecuencia inexorable. Muy por el contrario, existe el instituto de la adhesión a la apelación que permite al juez de alzada examinar y decidir puntos distintos y opuestos de los que fueron materia del recurso principal, situación ésta que sólo puede explicarse racionalmente admitiendo como principio jurídico que gobierna la teoría de la apelación, que el efecto devolutivo del recurso principal se proyecta sobre toda la causa.

En nuestro derecho la adhesión a la apelación no restituye al apelado en su derecho originario de apelar, ya precluso por el vencimiento del lapso perentorio para hacerlo habiendo perdido, por lo tanto, el efecto devolutivo autónomo que habría logrado si hubiese apelado también principalmente. El que adhiere aprovecha en su favor el efecto devolutivo total

<sup>27</sup> "Apunti sulla, 'reformatio in peius'", en *Studi sul processo civile*, III, p. 44 y s.; Carnelutti, "Sulla 'reformatio in peius'", en *Studi di Diritto Proc.*, Padova, 1928, vol. II, p. 159.

<sup>28</sup> Ya está suficientemente esclarecida por la filosofía jurídica y la teoría general del derecho, la diferencia fundamental que existe entre ley natural y norma; entre la relación causal que rige los fenómenos de la naturaleza, y la relación imputativa que gobierna el ámbito normativo. En ambos mundos esas relaciones tienen un carácter lógico necesario. En el primero la relación es de causa a efecto; en el segundo, de supuesto a consecuencia. La relación causal explica el mundo de ser; la relación imputativa nos hace comprender el mundo del deber ser. La ontología regional a que pertenece la norma jurídica permite que el hombre predetermine libremente el ámbito de las consecuencias que imputa a determinado supuesto, de la manera más amplia y en función teleológica. Conforme a esto, no es lógicamente necesario, con el rigor inexorable que impone la relación natural de causa a efecto, que a una apelación parcial corresponda una devolución igualmente parcial. Al supuesto de una apelación parcial el legislador puede imputar una consecuencia devolutiva total de la causa, porque esa relación pertenece al ámbito normativo. Enjuiciar la consecuencia devolutiva de la apelación con el criterio lógico que se deriva de la relación de causalidad natural, es emplear un método ilegítimo de comprensión, que conduce a resultados anticientíficos. Para la lógica jurídica la máxima *tantum devolutum quantum appellatum* no es la expresión necesaria de una relación natural,

que se produjo en fuerza del efecto pleno del recurso principal.<sup>29</sup> Por lo demás, como se verá luego, la admisión del principio de que una apelación parcial produce una devolución total de la causa, no conduce necesariamente a desconocer la prohibición en nuestro sistema positivo de la *reformatio in peius*.

XIV. *El gravamen como causa de la apelación y de la adhesión. Enseñanza de Scaccia. Naturaleza del derecho de adherir y sus presupuestos. Existencia del principio que prohíbe la reformatio in peius. Su demostración por la existencia del instituto de la adhesión*

Así como para promover una acción en juicio es preciso tener interés legítimo y actual en solicitar la tutela jurídica de los órganos jurisdiccionales, así también para apelar y para adherir a la apelación contraria es menester tener interés en ocurrir al Tribunal de alzada, por estimarse que la sentencia de primera instancia no ha satisfecho plenamente las respectivas pretensiones de las partes. En realidad, el interés que las mueve a apelar y a adherir, no es sino el mismo interés originario de la acción y de la defensa, que la sentencia recurrida dejó total o parcialmente insatisfecho. El poder de apelar es, como el de acción y el de defensa, un poder abstracto de naturaleza procesal, pues no garantiza necesariamente el pronunciamiento de una sentencia de contenido favorable al recurrente. Apreciado en sí mismo y en su finalidad inmediata, ese poder está dirigido a obtener que se abra un nuevo grado de jurisdicción que habrá normalmente de terminar con el pronunciamiento de otro fallo, pero cuyo posible contenido favorable al recurrente, nada tiene que hacer con el derecho de apelación.<sup>30</sup>

Pero ese interés meramente procesal a la apertura de una nueva discusión no basta por sí solo para legitimar la apelación. Es menester que el dispositivo de la sentencia recurrida no satisfaga plenamente las pretensiones que hicieron valer las partes en la primera instancia, de forma

sino normativa, pudiendo concebirse y establecerse una consecuencia que tenga mayor o menor contenido normativo que el que pueda dársele apreciándosela con criterio causal. Para toda esta problemática, Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1923, libro I, cap. I y III; Cossio, *La teoría egológica del Derecho*, Buenos Aires, p. 28 y s.; García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 1951, cap. I; *Introducción a la Lógica Jurídica*, p. 130 y s.; Aftalión, García Olano y Vilanova, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, tomo I, p. 113 y s.

<sup>29</sup> En el mismo sentido, sustancialmente, la doctrina alemana cuyo ordenamiento procesal civil admite la adhesión a la apelación (*Anschlussberufung*, §§ 521 y 522). *Cfr.*, Wetzell, *op. cit.*, *supra*, nota 4, 752; Planck, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, München, 1896, II, 581; Fitting, *Der Reichs-Zivilprozess*, Berlin, 1907, 420; Wach, *Vortraege über die Reichs-Zivilprozessordnung*, 2ª ed., Bonn, 1896, 267.

<sup>30</sup> Walsmann, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 55.

que, si la sentencia queda firme, el litigante insatisfecho con la decisión sufriría un daño. La sentencia, por tanto, debe producir al litigante un *gravamen*, siendo el propósito de corregirlo el móvil egoísta que le lleva a recurrir. De ahí que el litigante que ve satisfechas por la sentencia todas sus pretensiones, no tenga el derecho de apelar, *quia appellatio datur propter gravamen, sicque gravamen est causa appellationis* (Scaccia).

La adhesión se fundamenta en idéntico interés del que sirve de móvil a la apelación, y, como ella, persigue los mismos fines de reparar el agravo que causa el fallo al *adherente*.

Donde no hay gravamen, no hay apelación, y no surge tampoco el derecho de adherir. El litigante que por el dispositivo de la sentencia ve satisfechas todas sus pretensiones, le bastará sustentarla en la alzada promovida por la contraria y esperar su confirmación.

El derecho o poder de adherir a la apelación presupone la existencia de dos requisitos, a saber: a) la admisión de una apelación principal interpuesta por la parte contraria contra una misma sentencia, y b) un gravamen. Ese beneficio lo otorga la ley aun a la parte que no le quiere, y, queriéndolo, debe manifestar su voluntad de ejercitarlo en forma y tiempo oportunos. Si la voluntad de gozar de él no se manifiesta en absoluto en el proceso, el juez no podría *ex officio* hacerlo valer y tomarlo en consideración en su sentencia, por obstar para ello el principio dispositivo y la necesidad del impulso de parte. De aquí se infiere que nuestro sistema de apelación está dominado por el principio que prohíbe la *reformatio in peius*, por lo cual el juez de alzada no puede reformar la sentencia empeorando la situación del apelante, principal, sino cuando la contraparte haya interpuesto también apelación principal o adherido a la apelación contraria.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> La teoría que sobre la *communio appellationis* se elaboró por los doctores del derecho común, en virtud de la cual se reconocía al juez la potestad de reformar aun *de officio* la sentencia apelada en perjuicio del apelante, con fundamento en los fragmentos del derecho justiniano, no fue acogida por nuestro derecho. Ninguna norma de nuestro derecho procesal civil hace referencia a la comunidad de la apelación en esta forma clásica. Solamente acogió expresamente el momento significativo de conferir al apelado la facultad de expresar ante el juez *ad quem* el daño que le causa la sentencia, denunciarlo y pedir sea restablecida la justicia y mejorada en la alzada su situación, concediéndole a tal efecto un importante beneficio, el de adherir a la apelación contraria (*beneficium adhaesionis*), cuyo favor debe solicitar y hacer valer el apelado. De este beneficio solamente habla la ley, por lo cual es inadmisibles en el sistema venezolano sacar argumentos favorables para la reforma de una sentencia de *oficio*, con apoyo en la teoría de la comunidad de la apelación. Sólo el beneficio de adherir ha sido reconocido y legislado, cuyo ejercicio supone un acto de petición del beneficiario. En la amplitud del beneficio, nuestro legislador acogió la doctrina del conde de la Cañada, y, en su ejercicio, aquella corriente doctrinal de algunos juristas que le dio fisonomía peculiar, distinguiéndole de la *communio appellationis*, para encomendarlo solamente a la voluntad del apelado, pero accesorio y subordinado al recurso del apelante. Para esta corriente, von Linde, *op. cit.*, *supra*, nota 5, § 198. Sólo en este último sentido es que puede decirse que la apelación es *común* a las dos partes, produciendo una

Ese principio director se deduce del hecho mismo de acoger nuestro derecho positivo el instituto de la adhesión a la apelación, pues, en aquellos que admiten la comunidad de la apelación en forma amplia e irrestricta del sistema justinianeo, el instituto de la adhesión carece de sentido y de utilidad práctica.<sup>32</sup>

#### XV. *Doctrina de Borjas, Crítica. El sistema brasileño. Divergencia de opiniones*

Al comentar Borjas la teoría legal de la adhesión en nuestro derecho, parte, indudablemente, del sistema de la comunidad de la apelación tal como fue elaborado por los doctores del derecho común y recogida en la obra de Hevia Bolaños, sin tomar para nada en cuenta la doctrina posterior defendida por el conde de la Cañada y los pragmáticos que le siguieron. Para Borjas la comunidad de la apelación se produce en los puntos o capítulos que fueron objeto del recurso, siendo innecesario al apelado el beneficio de adherir para obtener una reforma, aun de oficio, sobre ellos. La adhesión sólo tendrá sentido y finalidad práctica, cuando los puntos del agravio "*sean diferentes de los que fueron objeto de la apelación*".<sup>33</sup>

devolución total de la causa al juez superior, tal como quedó planteada la controversia en primera instancia, y de cuyo efecto puede también beneficiarse el apelado mediante un acto de adhesión. *Cfr.*, Chiovenda, *Principii*, 3ª ed., p. 989.

<sup>32</sup> Conforme a una corriente de opinión muy autorizada, el sistema procesal brasileño se mantiene apegado a la tradición romana secular, habiendo conservado el concepto de la comunidad de la apelación en su pleno significado. Esa corriente se apoya en la interpretación que se le da al artículo 824 del Código del Proceso Civil, según el cual "la apelación devolverá a la instancia superior el conocimiento integral de las cuestiones suscitadas y discutidas en la acción, salvo la hipótesis prevista en el artículo 811". Con fundamento en ese dispositivo, se afirma que el sistema brasileño vigente consagró en forma positiva la enseñanza de los grandes legistas lusos y regnícolas, tales como Leitao, Pereira e Sousa, Ramalho, Ribas y Paula Batista. "En tal sistema, donde el efecto de la apelación es 'pleno', no existe razón científica ni práctica alguna para incorporar una institución exótica, como es la de la apelación incidental del derecho francés evolucionado, ya que su aplicación 'significaría desequilibrar en forma grave el mecanismo y la economía del proceso en la segunda instancia' ". *Cfr.*, Enrico Tulio Liebman, *Revista Forense*, Río de Janeiro, 1944, vol. 97, p. 652; Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, nota 18 de la traducción brasileña de Guimarães Menegale, Sao Paulo, 1945, vol. III, p. 357; Pontes de Miranda, *op. cit.*, *supra*, nota 12, pp. 96 y 119. Otra corriente igualmente autorizada y que parece ser la seguida por recientes manifestaciones jurisprudenciales, sostiene la teoría de que el sistema brasileño acoge la prohibición de la *reformatio in peius*. *Cfr.*, en tal sentido, Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, Río de Janeiro, 1948, vol. III, núm. 176. Véase para el estado general de estas cuestiones, Seabra Fagundes, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, Río de Janeiro, 1946, núms. 185 y s.

<sup>33</sup> Ampliando su enseñanza, Borjas dice: "La adhesión por consiguiente, que permite el artículo 188 en que nos estamos ocupando, sin explicar en qué consiste, qué utilidad práctica tenga para el que la proponga, ni disponer siquiera cómo, cuándo, ni ante qué autoridad judicial deba hacerse, es una institución que no llena

*Data venia* a la enseñanza de mi ilustre maestro, soy de opinión que el texto del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil no permite hacer el distingo que se formula, entre puntos que son objeto de la apelación y aquellos que no lo son. Cuando en la norma allí contenida se dice que el adherente no podrá continuar el recurso si el apelante desistiere de él, aunque su adhesión tenga por objeto un punto diferente del de la apelación o aun opuesto a éste, es evidente que la adhesión puede también tener por objeto los mismos puntos que han sido materia del recurso. Sobre éstos, cuando la decisión ha sido en parte desfavorable al apelado, él puede ejercer el derecho de adherir, debiendo hacerlo para poder aspirar a una reforma en su favor. El propósito del legislador fue el de regular y resolver expresamente la suerte que correría la adhesión por la deserción del recurrente principal, cuando ella tuviese por objeto puntos diferentes u opuestos a los de la apelación, determinando que la adhesión no podría continuar, por considerar que esta cuestión sería la única que requería lógicamente un pronunciamiento expreso, ya que era intuitivo y conforme a la doctrina tradicional, que cuando la adhesión se refería al mismo punto o puntos que eran objeto de la apelación, la deserción de ésta arrastraba consigo a la adhesión. No puede, pues, admitirse en este sistema, tal como resulta de la interacción positiva de sus normas, la comunidad de la apelación en la forma plena que fue elaborada por el derecho justinianeo, o en la forma restringida a los capítulos apelados, tal como los aceptó la gran mayoría de los doctores del derecho común.

#### XVI. *El derecho o poder procesal de adherir. Necesidad de iniciativa de parte agraviada*

El instituto de la adhesión a la apelación se resuelve en el poder procesal conferido al apelado de solicitar en la alzada la reforma *in melius* de la sentencia que le causa perjuicio, pudiendo residir los motivos de gravamen en los mismos puntos materia del recurso principal o en otros

fin alguno cuando el adherente pretende impugnar los mismos puntos de la sentencia sobre los cuales versa el recurso interpuesto, y que, como se ha visto, sólo tiene razón de ser en cuanto permite a las partes que no apelaron en tiempo oportuno, poder manifestar su pretensión de hacerse reclamante contra el fallo no para sostener los mismos puntos y hacer los mismos pedimentos que el apelante, sino para impugnarlo sobre puntos diferentes de los atacados por éste."

El empleo en el artículo 188 del Cód. de Proc. Civ. de la oración subordinada concesiva "... aunque su adhesión haya tenido por objeto un punto diferente del de la apelación, o aun opuesto a éste", denota que el adherente tampoco en esos supuestos podría continuar el recurso, si el apelante desiste de él, que es la consecuencia normativa que se afirma del acto de desistimiento en la oración subordinante. En la realización de esa consecuencia jurídica, es inoperante la circunstancia de que la adhesión haya versado sobre puntos diferentes u opuestos de los de la apelación, de donde se infiere necesariamente que la adhesión puede tener también por objeto los mismos puntos sobre los cuales versa el recurso principal. Si así no fuese, la posible objeción que la oración subordinada concesiva despeja y resuelve, carecería de sentido normativo y de finalidad dogmática.

diferentes u opuestos. Se otorga así al apelado una facultad procesal amplia que debe necesariamente hacer valer en la alzada para que el juez pueda tomarla en consideración, encontrándose éste inhibido de mejorar su suerte de oficio, si el apelado no la ejerce. Es precisamente en esta necesidad en que se halla el apelado de solicitar la reforma de la sentencia en su favor, sobre los mismos puntos u otros diferentes, donde reside la naturaleza propia y característica de la adhesión, acogiéndose como ya se observó, una modalidad significativa que en la doctrina del derecho común se elaboró acerca de la *communio appellationis*.<sup>34</sup>

Según esta doctrina, todo litigante debe tomar la iniciativa de la reforma de la sentencia en todo aquello que le es gravoso; ya de manera autónoma por la interposición de un recurso principal, ya en forma subordinada mediante el ejercicio del derecho de adherir, lo que presupone en este caso la preexistencia de la apelación de la parte contraria. Por tanto, no cabría distinguir entre sentencias que contienen un solo punto o puntos distintos y opuestos de los cuales se apela, siempre que en la decisión de ellos se produzca perjuicio a ambas partes. Ticio demanda a Cayo para que le pague 100 y éste es condenado en primera instancia a pagarle sólo 50, habiendo negado la obligación. De esa decisión, que contiene un solo punto, el demandado Cayo apela únicamente. En tal supuesto, si el actor Ticio no adhiere en forma alguna a la apelación de Cayo, por no concurrir a la segunda instancia o por cualquier otro motivo, el juez de alzada no podría reformar la sentencia en favor de Ticio empeorando la situación de Cayo, aun cuando de las actas procesales pudiera surgir la convicción de que el apelante debe pagar efectivamente 100. A falta de adhesión de Ticio a la apelación de Cayo, éste no podría ver empeorada su condición de condenado a pagar 50, debiendo confirmarse la sentencia. La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo de conocimiento de la causa y decisión del juez *ad quem*, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción u omisión, para la parte apelada, y sin cuya denuncia mediante la adhesión, el juez no podría decidir las de oficio, empeorando con ello la condición del apelante. Por consiguiente, la adhesión a la apelación, como acto procesal de parte tiene supina importancia, aun en el caso de que la sentencia contenga un solo punto y su decisión sea desfavorable a ambas partes, como aparece del ejemplo anterior.

Lo propio sucede cuando la decisión se refiere a varios puntos, decididos algunos de modo favorable, y otros desfavorablemente a las partes, en cuyo caso el juez no podrá agravar la situación del apelante si el ape-

<sup>34</sup> Esta modalidad de la doctrina la advierte Liebman en los siguientes términos: "Una variante, al parecer de algunos escritores, pero negada por muchos, era la exigencia de que el apelado pidiese expresamente la reforma de la sentencia ("adhesión a la apelación"), lo que daba como consecuencia negar tal ventaja a la parte ausente". Nota 18 citada a la traducción brasileña de las *Instituições* de Chioevenda. Cfr., nota 31, *in fine*.

lado no manifiesta su voluntad de obtener una reforma de la sentencia en su favor, mediante un acto de adhesión. En tratándose de puntos completamente distintos u opuestos a los de la apelación, el Tribunal de alzada no podría decidir, nada sobre ellos, sino en tanto que el apelado haya manifestado con la adhesión, su voluntad de que sean reformados en la medida de los gravámenes que denuncie. Si en todos estos supuestos el apelado no concurre a la alzada, o guarda silencio, no habiendo adherido, el juez no podría proveer a sus intereses, como hubiera podido hacerlo el juez romano. Queda a salvo, desde luego, la aplicación de las leyes de orden público y el problema de la correcta subsunción de los hechos bajo las normas, en todo lo cual la conducta de los litigantes no vincula al juzgador (*iura novit curia*).

De todo cuanto antecede puede afirmarse dogmáticamente que en nuestro sistema el juez *ad quem* no puede reformar de oficio la sentencia para mejorar la condición del apelante, siendo menester un acto expreso o concluyente de adhesión del apelado en tal sentido. Por tanto, el efecto más significativo de la comunidad de la apelación en su forma clásica, de poder el juez reformar la sentencia *ex officio* en favor del apelado no presente, no se produce. La admisión de la apelación contraria crea una nueva situación procesal constitutiva de la segunda instancia, que origina en el apelado el derecho de adherir al recurso adversario y solicitar una reforma en su favor, beneficiándose así del efecto devolutivo pleno de la apelación principal, determinando así los confines dentro de los cuales pretende también que se efectúe el examen y contralor de alzada.

XVII. *Especies del recurso de apelación: principal y adhesivo. Sus características. Naturaleza accesoria y subordinada del adhesivo. Sistema portugués (nota)*

Nuestro sistema reconoce, por tanto, dos modalidades del recurso de apelación: el *principal* y el *adhesivo*. El primero tiene vida autónoma e independiente de la conducta que asuma en el proceso la parte contraria con respecto a la sentencia. El apelante principal es dueño y señor de su recurso por medio del cual aspira a proteger sus intereses perjudicados por el fallo, sin que para nada influya en la vida y destino del mismo la actitud procesal que asuma el apelado. El segundo va como adherido al principal y sigue formalmente el progreso y destino de éste, del cual depende en su existencia y duración, estando su estabilidad procesal supeditada a la del principal.

La adhesión en nuestro derecho es un verdadero y propio recurso, pues por él, pretende el apelado mejorar la situación en que le colocó la sentencia recurrida (*priore sententia*); pero es un recurso de naturaleza peculiar, por cuanto, a diferencia de lo que sucede con el recurso de apelación principal, con el adhesivo el adherente no inicia una nueva instancia que encuentra ya constituida, en la cual se injerta, aprovechando sus efectos, y, siendo un auxilio que se deriva directamente de la ley apo-

yado en la apelación contraria, no es menester que sea admitido por el juez; no tiene efectos suspensivos ni devolutivos propios, aprovechándose de los ya producidos por la apelación contraria. Conforme a la estructura y finalidad que tiene y persigue la adhesión, es un remedio de naturaleza subordinada a la del recurso principal, de forma que toda causa que ponga fin a éste, como es el del desistimiento que específicamente se regula, acarreará también el perecimiento del recurso adhesivo, que queda así falto de base e igualmente ineficaz. El derecho venezolano sólo admite del recurso adhesivo esta modalidad subordinada, desconociendo la figura de la adhesión autónoma o adhesión principal, aceptada por otros derechos.<sup>35</sup>

### XVIII. *Derecho y cargas del adherente. Su situación procesal. Legitimación para adherir. Desistimiento del recurrente. Efectos*

El adherente es un verdadero apelante y goza de todos los derechos y está sujeto a las mismas cargas procesales que éste. Es así como puede impulsar la causa, promover las pruebas que estime conducentes y que

<sup>35</sup> Importa advertir que el Código del Proceso Civil portugués vigente, obra del profesor Alberto Dos Reis, acogió en el artículo 682, al lado del recurso independiente, el subordinado, creando así con esta última figura una modalidad nueva, que corresponde sustancialmente a nuestra adhesión a la apelación. Al ilustrar el maestro la doctrina que se deriva del citado artículo, explica el criterio de política legislativa que sirvió de fundamento a esa reforma con respecto al sistema tradicional, razonándola en los siguientes términos: "La parte puede interponer o un recurso *independiente* o un recurso *subordinado*. Si usa de la primera forma su recurso no puede ser afectado por la actitud del adversario ni por la suerte del recurso que es interpuesto por éste: si usa el segundo, la suerte de su recurso queda sujeta a la suerte del recurso de la parte contraria. Publicada una decisión en parte desfavorable al actor y al reo, pueden ambos o uno de ellos encontrarse en una de estas situaciones: a) resolución firme de recurrir porque no se conforma con la parte desfavorable y entiende que el tribunal superior no puede dejar de revocar la decisión en esa parte; b) estado de indecisión e incertidumbre que lo inclina a aceptar la parte desfavorable si su adversario no recurre. El recurso *independiente* da satisfacción a la primera actitud, ajustándose al primer estado de ánimo; el recurso *subordinado* se acomoda admirablemente a la segunda disposición psicológica. En el primer caso la parte no está a la espera de la resolución que tomará su adversario, sino que ataca directamente la decisión mediante el recurso independiente; en el segundo caso, la parte está propensa a aceptar la decisión si su adversario no recurre y por eso no toma la iniciativa de interponer un recurso *independiente*, sino que guarda reserva y espera la actitud de la otra parte, y sólo recurrirá mediante el recurso *subordinado*, si el litigante adversario interpone recurso independiente. He ahí el mecanismo y los fines del recurso independiente y del recurso subordinado". *Cfr., Código do Processo Civil anotado*, 2ª ed., Coimbra p. 468. Por su parte, enseña Liebman: "Una apelación 'unilateral' que no esté acompañada de ese necesario complemento (la adhesión), conduciría a consecuencias injustas en detrimento del apelado, violando la igualdad de las partes y rompiendo el equilibrio del proceso de segunda instancia. Terminaría en la práctica por favorecer la interposición del recurso en muchos casos en que ambas partes, parcialmente vencidas, se inclinarían a aceptar la sentencia, pues tendrían temor en no poder apelar oportunamente en caso de apelación del adversario, tornándose muy incómoda la posición de simple apelado". *Op. cit., supra*, nota 32, nota 18.

sean admisibles en alzada, contradecir las promovidas por la parte contraria, desistir del recurso adhesivo, y en fin, hacer lo mismo que hubiera podido hacer si fuese un apelante principal, con la reserva dicha de ser un recurrente cuyo derecho accesorio de adhesión está subordinado a la vida del recurso principal. El adherente es verdadero apelante y puede, por tanto, anunciar casación contra el fallo que no remedie los gravámenes que fueron causa de su adhesión. Por tanto, el apelado que no adhiere no puede hacer uso de esa vía extraordinaria, por cuanto no agotó los recursos ordinarios que le acuerda la ley, entre los cuales figura el remedio de la adhesión.

La legitimación formal necesaria para adherir, la confiere la cualidad de parte apelada que se considera perjudicada por el fallo. Permitiendo nuestro derecho, por modo excepcional, que de la sentencia definitiva pueda apelar también todo aquel que, por tener interés inmediato en lo que sea objeto o materia del juicio, resulte perjudicado por la decisión (artículo 189 Código de Procedimiento Civil), es manifiesto también que todo interesado que conforme a dicha norma esté legitimado para apelar principalmente, tiene igualmente cualidad para hacer uso del derecho de adherir a la apelación contraria, teniendo las mismas facultades y cargas de una parte adherente.

Quien apeló principalmente, habiéndolo hecho también el adversario, retira su apelación o desiste de ella después de admitida, puede, no obstante, adherir a la apelación contraria, aun en mayor extensión del gravamen que indicó en la oportunidad de apelar, no hallando limitación alguna el beneficio de adherir con fundamento en esa circunstancia.

*XIX: Dificultades que presenta el funcionamiento de la adhesión. Oportunidad para adherir. Las dos teorías elaboradas por la doctrina nacional. Opinión de Marcano Rodríguez. Refutación. Opinión de Feo. Modalidad introducida por Borjas a la segunda opinión. Aceptación de esta modalidad*

El funcionamiento del instituto de la adhesión tropieza en la práctica con ciertas dificultades oriundas de nuestro sistema de procedimiento, estructurado con el laudable designio de lograr mayor sencillez y brevedad. La peculiaridad de ese sistema ha repercutido sobre el régimen legal del recurso de apelación y su progreso en la segunda instancia.

El principio de que las partes están siempre a derecho (lo que hace innecesarios los traslados y comunicaciones de los actos procesales), y el de que la causa, por regla general, se mueve automáticamente, impelida por el móvil inicial de la acción hacia la decisión final, llevaron a nuestros legisladores a crear un sistema original para el recurso y la instancia de apelación. Según ese sistema una vez publicada la sentencia definitiva, se abre de pleno derecho un plazo de cinco audiencias para que la parte que se considere agraviada interponga contra ella el recurso de apelación, sin necesidad de notificación previa de la sentencia ni de comunicarse a la

otra parte el recurso interpuesto por la contraria. Vencido dicho plazo y oída la apelación en ambos efectos, salvo disposición contraria, sube de oficio el expediente original de la causa al juez *ad quem*, quien fijará para determinada audiencia el acto de la vista, oyéndose luego en la oportunidad de que se señale los alegatos o informes de las partes (artículo 414 del Código de Procedimiento Civil). No existe, pues, como en otros sistemas, una oportunidad preliminar destinada para presentar el apelante su escrito de expresión de agravios, así como tampoco escrito del apelado para contestar a los mismos (escrito de agravios medio). En esos sistemas, es en el escrito de contestación que el apelado debe manifestar su voluntad de adherir a la apelación contraria e indicar los gravámenes de que a su vez se queja, bajo pena de preclusión del recurso adhesivo.

Dada la originalidad de nuestro sistema, en donde esos escritos preliminares de la segunda instancia no existen, se ha presentado a la práctica el problema de saber cuál debe ser la oportunidad para que el apelado exprese su voluntad de adherir a la apelación.

Dos teorías han sido elaboradas por la doctrina nacional para resolverlo. Según la primera, el acto de adhesión debe hacerse ante el juez *a quo*, precisamente dentro del plazo de las cinco audiencias señalado para apelar, que es el tiempo útil, a tal punto que "fuera de este lapso, el derecho caduca y la autoridad de la cosa juzgada se impone irremisiblemente".<sup>36</sup>

Esta teoría es inaceptable, porque siendo el plazo para apelar común a ambas partes y perentorio, cada una de ellas puede reservar el ejercicio del derecho de adherir hasta el último instante de su decurso, lo que conduciría en la práctica a hacer nugatorio su ejercicio, pues suponiendo una apelación principal previa, tal apelación no existiría, porque, en la hipótesis, se consumió el tiempo hábil para proponerla. Esta incertidumbre de situaciones obliga en la práctica a los litigantes a apelar cada uno por vía directa y principal, sin esperar a que la parte contraria interponga su recurso, lo cual es la causa fundamental de que el instituto de la adhesión sea en el sistema de los recursos un órgano casi atrofiado. Por lo demás, esta teoría está en manifiesto desacuerdo con el origen y el propósito del recurso adhesivo, según los cuales el acto de adhesión se hacía siempre ante el juez *ad quem*, en el escrito de contestación de agravios, habiendo demostrado con fundadas razones el Conde de la Cañada:

que los cinco días que se conceden para apelar o extinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiere adherirse a la apelación contraria, ni pierde este auxilio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último día del emplazamiento.<sup>37</sup>

La segunda teoría sostiene que la adhesión debe hacerse ante el juez *ad quem*, en la oportunidad de informes, única que señala nuestro derecho

<sup>36</sup> Marcano Rodríguez, *loc. cit.*

<sup>37</sup> *Op. cit., supra*, nota 5, part. II, cap. VII, núm. 7. *Cfr.* en el mismo sentido, von Linde, *op. cit., supra*, nota 5, § 199; Walsmann, *op. cit., supra*, nota 6, p. 129.

para oír las alegaciones de las partes. Este acto es el destinado para que el apelante y el apelado determinen los puntos de la sentencia que les causa agravios, no habiéndolos determinado aquél en la oportunidad de interponer apelación.<sup>38</sup> Una modalidad de esta segunda teoría admite que la adhesión puede efectuarse en todo tiempo, hasta en el acto de informes.<sup>39</sup>

De estas dos teorías parece indudable que es la segunda con la modalidad de Borjas, la que mejor responde al espíritu de la institución y a sus antecedentes históricos. Es una peculiaridad de nuestro derecho, que los efectos de la apelación surgen solamente desde el momento de su admisión y no desde el de su interposición (artículo 185 Código de Procedimiento Civil), por lo cual, abriéndose con la admisión la segunda instancia en fuerza de la apelación admitida, el derecho de adherir no puede surgir concretamente sino desde la iniciación de la misma.<sup>40</sup>

XX. *Manifestación de la voluntad de adherir. Voluntad expresa. Actos concluyentes. Informes. Su importancia para el recurso de casación. ¿Qué es el derecho de adherir?*

La voluntad de adherir a la apelación contraria no se presume y ella debe aparecer de una declaración expresa, o de actos concluyentes o inequívocos en tal sentido. En la práctica forense es bastante raro el acto

<sup>38</sup> Feo, *op. cit.*, *supra*, nota 23, p. 315.

<sup>39</sup> Borjas dice: "Creemos que esta última opinión es la más acertada, pues no se concibe que se conceda para *adherir* a una apelación interpuesta el mismo lapso que se acuerda para interponer el expresado recurso de alzada. La adhesión es un recurso accesorio de este último, que se da al que no pudo o no quiso interponerlo porque en vez de querer ser apelante, se conforma con incorporarse al que lo es, aun cuando deba correr su suerte, por lo cual es justo que el desistimiento de la apelación por parte del recurrente principal produzca la caducidad o cesación de la *adhesión accesorio*."

<sup>40</sup> Que el efecto suspensivo y el devolutivo de la apelación sólo se producen desde el momento en que el recurso ha sido admitido y no desde el de su interposición, es doctrina pacífica que se deriva de la letra de la ley, y lo ha reconocido la Corte Federal y de Casación en sentencia del 27 de junio de 1949 (*Gaceta Forense*, año 1, núm. 2, p. 29 y s.). Nuestro derecho acogió así un sistema distinto del seguido por el proceso común y el español antiguo, que consideraba atentado no solamente lo hecho por el juez *a quo* después de interpuesto el recurso, *sed etiam in termino ad appellandum*, como aparece de la doctrina de los doctores y legistas. Véase Scaccia, *op. cit.*, *supra*, nota 6, lib. III, cap. 2, *Quaest.* 3, núm. 17, y el Conde de la Cañada, *op. cit.*, *supra*, nota 5, part. II, cap. II, núm. 28. Anteriormente se siguió este sistema, con fundamento en la interpretación que se daba a la frase "pendiente la apelación" con que comenzaba el artículo 7º de la Ley única de 27 de mayo de 1850, como lo atestiguan Castillo y Viso, *Código de Procedimiento Ilustrado*, Valencia, 1851, p. 67, nota 16ª; pero desde el Código del 63 (artículo 12, ley 1, tit. III) dicha frase fue sustituida por la de "admitida la apelación", que ha sido conservada en todos los códigos posteriores hasta el actual. Desde entonces quedó sustancialmente modificado el sistema tradicional.

de adhesión expresa, considerándose suficiente como acto concluyente el pedimento que se hace en los informes de que se modifique la sentencia apelada en las cuestiones o puntos cuyo gravamen denuncie el apelado. Por desconocerse el sentido y alcance propios de la adhesión como recurso accesorio y subordinado, el pedimento generalmente se limita a los mismos puntos que han sido objeto de la apelación principal y nunca a los distintos u opuestos a ésta, por considerarse erradamente que han pasado en autoridad de cosa juzgada. El pedimento que formula el apelado en los informes de que se reforme la sentencia también en su favor es, en realidad, una manifestación de adherir a la apelación, cuya naturaleza e importancia generalmente se ignora.

Pudiendo tener el recurso de adhesión por objeto puntos diferentes u opuestos a los del principal, el apelado puede pedir que el juez considere y decida también dichos puntos, aunque no hayan sido objeto de la apelación. Esto presenta grande importancia práctica. Así: ante una sentencia que declara sin lugar tanto la demanda principal como la reconvenional, de la cual interpone apelación principal sólo el demandante, podría el demandado reconviniente adherir a la apelación para que el juez *ad quem* considere y decida también la reconvenición.

Es intuitivo que si la parte apelada ha manifestado seriamente su intención de acatar incondicionadamente la sentencia, como por ejemplo, realizando la prestación a que fue condenada, o efectuando otro acto cuyo sentido inequívoco es el de dar cumplimiento al fallo en los puntos que le son gravosos, entonces el recurso de adhesión debe considerarse como expresa o tácitamente renunciado, y el apelado no podría pretender válidamente ejercer el derecho de adhesión en la instancia superior. En todo caso, esa voluntad de renunciar al recurso no podría inferirse del simple hecho de no haber interpuesto oportunamente contra la sentencia apelación principal y autónoma.

Cuando el apelado se limita en la segunda instancia a defender la sentencia y solicita su confirmación, aun cuando le sea gravosa, él no necesita, como se ha dicho, adherir a la apelación contraria; pero deberá hacerlo necesariamente, sea en forma expresa o concluyente, si aspira obtener en la alzada una reforma del fallo en su favor. De lo contrario, el juez no podría empeorar la condición del apelante, por estar limitados sus poderes a tal fin (*ne procedat iudex ex officio; ne cat iudex ultra petita partium*). Dentro del ámbito de los gravámenes denunciados en los respectivos recursos (principal y adhesivo), la causa se replantea en la segunda instancia, y las acciones, excepciones y defensas que las partes hicieron valer en ella, se consideran reiteradas íntegramente en la alzada.

El derecho de adherir a la apelación, por tanto, configura un recurso ordinario, accesorio y subordinado al de apelación de la parte contraria, mediante el cual se confiere al apelado la facultad procesal de solicitar oportunamente del juez *ad quem*, que reforme la sentencia recurrida en

su favor, en todos aquellos puntos que en alguna forma le producen gravamen.<sup>41</sup>

### XXI. Conclusiones

El largo recorrido histórico realizado tras las huellas legislativas y doctrinales del instituto de la apelación, demuestra que la rica herencia recibida de la sabiduría antigua, halló límite a su vigencia con la mudanza de los tiempos, que trajo consigo el apareamiento de nuevas valoraciones jurídicas y modalidades a la forma de actuarse la idea del derecho y representarse los fines del proceso. Cada época forjó su propia cultura, su sistema de vida espiritual y su gama de sentimientos y valores, que la política legislativa de cada edad aspiró en vano a fijar en normas inmutables.

En el derecho romano clásico domina una concepción absolutamente privatística del recurso de apelación, debiendo cada litigante solicitar directamente y por sí solo la corrección de los agravios; en el período justinianeo, el epónimo legislador, como intérprete de una concepción cristiana de la vida y de la justicia, promulga la antítesis de confiar al juez la

<sup>41</sup> En los sistemas en los cuales la adhesión se admite únicamente en su modalidad de recurso accesorio y subordinado, es importante investigar su naturaleza en tanto que acto procesal. La adhesión no tiene por objeto el litigio en sí mismo, ya resuelto por la sentencia recurrida, y, por tanto, no entraría en ninguna de las especies de autocomposición intra-procesal tan bien estudiadas en Italia por Carne-lutti, *Sistema*, núm. 80 y s., y en Hispanoamérica por Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, 1947, *passim*. El instituto de la adhesión a la apelación, dada su fundamentación filosófica y su finalidad política, tiende dentro del organismo del proceso a realizar una doble función: mejorar la situación del adherente, lo que constituye su función específica de verdadero recurso, y frenar en la contraparte el espíritu de litigio, constriñéndola, de manera indirecta, a desistir de la apelación, obteniéndose así la vigencia positiva y concreta del fallo recurrido. En esta función última y secundaria, se presenta como un coadyuvante de la composición imparcial del litigio hecha en la sentencia. El acto de adhesión origina una situación procesal que, unida al acto de desistimiento futuro que del recurso principal haga el apelante, producirá la consecuencia de poner fin a la segunda instancia y al proceso. El acto de adhesión origina, por tanto, una posibilidad condicionada en sus efectos a la conducta ulterior del apelante. El adherente llega a la segunda instancia forzado por la actitud recalitrante del recurrente principal, y está decidido a "allanarse" y someterse a la sentencia, bajo la condición de que el apelante esté también dispuesto a ello. Su omisión en apelar *principaliter* y el subsiguiente acto de adhesión, expresan claramente una aceptación condicional del fallo, y al propio tiempo, constituyen una invitación al adversario para que deponga las armas, movidos ambos por el designio de poner fin al proceso y acatar el contenido del fallo que compuso imparcialmente la litis, sometiendo a la autoridad de la cosa juzgada. Analizado así el contenido y la finalidad del acto de adhesión, éste se nos presenta como un acto procesal dirigido al juez y al adversario, destinado a requerir de ellos una prestación jurisdiccional y una declaración dispositiva procesal, respectivamente, esto es, una sentencia y un desistimiento. Dentro de la clasificación ya clásica en la doctrina procesal moderna de los actos procesales de parte, el de adhesión presentaría la peculiaridad de ser un acto *mixto*, de obtención y de causación a un tiempo mismo. *Cfr.*, Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1825, § 25 y s.; Rosenberg, *op. cit.*, *supra*, nota 22, § 60.

defensa del apelado, aun de oficio, dándole así a la instancia de apelación y al proceso mismo una finalidad publicística, cuyo profundo sentido revolucionario fue menguado en la síntesis que realizó después del medievo la mayoría de los doctores del derecho común; síntesis ésta que desaparecería luego, cuando una buena parte de la doctrina adoptó en la teoría del recurso de apelación el instituto de la adhesión, replanteándose así la necesidad de que el apelado ocurriera también al juez de alzada, como condición de ser oído y auxiliársele también en su gravamen. De ahí que las variadas perspectivas históricas y políticas que se tuvieron sobre la finalidad del proceso, repercutieran, de manera más o menos intensa, sobre el sistema del recurso de apelación y la conducta de los sujetos procesales.

El desarrollo que antecede lleva a sostener que el recurso de apelación civil en el derecho venezolano debe estudiarse en todas las modalidades que para su cabal funcionamiento fueron previstas y reguladas por el legislador. Su consideración como recurso principal únicamente, aislado del subordinado de adhesión, cuya finalidad e importantísimos efectos son casi ignorados de la teoría y de la práctica, conduce a resultados unilaterales y truncos, en desmedro de la unidad del sistema legislativo y en mengua de su utilidad y perfección. Los saludables fines a que el instituto de la adhesión tiende; el sentimiento de equidad y de igualdad que le anima, unidos a los resultados provechosos que con su funcionamiento racional se han alcanzado en otros países, permiten asceverar que él constituye, dentro de la teoría general del proceso, un importante aporte de la política procesal al sistema de los recursos de imengable trascendencia científica, a tal punto que el eximio Pescatore pudo afirmar que es "una providencia de razón y de justicia, así como de evidente oportunidad jurídica".<sup>42</sup>

Tarea primordial de los reformadores de nuestro proceso civil, habrá de ser la de estudiar el instituto de la adhesión con criterio científico, teniendo al propio tiempo en cuenta las supremas razones de oportunidad política que le hicieron aparecer en el ámbito cultural de otras edades, y que aún hoy aconsejan su mantenimiento en los sistemas positivos, eliminándose las dudas e imperfecciones técnicas de que adolece su actual regulación. A tal fin, es obra de la doctrina nacional inquirir su verdadera naturaleza orgánica, auscultar su sentido recóndito y perfeccionar su estructura, apoyándose en las fuentes de su formación histórica, en los datos suministrados por la experiencia jurídica de otras naciones y en los supremos principios que deben informar un sistema de proceso civil racionalmente elaborado.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> *Filosofia e dottrine giuridiche*. 2ª ed., 1881, t. p. 328.

<sup>43</sup> Con ocasión de estudiarse por los juristas nacionales el anteproyecto del Código de Procedimiento Civil que elaboró la docta Comisión Codificadora hace ya más de 10 años, se le hicieron observaciones críticas de desigual valor científico. Poca atención prestó la mayoría de ellos a la eliminación que en él se hacía del artículo relativo a la adhesión a la apelación, y que con débiles y diminutas razones propugnaba la honorable Comisión Codificadora. Entre las opiniones disidentes, está la del doctor Angel Francisco Brice, quien censura la eliminación,

La adhesión a la apelación es un instituto antiguo y sabio. Su antigüedad en nada mengua su vigencia, y, movido como está en su íntimo ser por la conveniencia y la justicia, presenta también el valor de las cosas actuales. Don Andrés Bello, en uno de sus tantos estudios admirables y aleccionadores, nos dejó esta sentencia profunda:

Ni todo ha dejarse por antiguo, ni todo ha despreciarse por nuevo; i es preciso dar lugar a la razón para que examine detenidamente las cosas a fin de que se admita siempre lo más conveniente i útil, lo más equitativo i justo, sin pararse en la recomendación de lo viejo, ni en la aparente brillantez de lo moderno.<sup>44</sup>

En el mundo real del derecho, como parte de la ontología regional de la cultura, no existen principios dogmáticos inmutables. El intérprete, tanto como el legislador, tendrá siempre ante sí una ardua tarea crítica de la realidad social y un difícil trabajo de estimativa jurídica; pero para que su libertad de espíritu no degenere en presunción, deberá estar acompañada, como decía Savigny, del sentimiento de la modestia, fruto natural de la justa conciencia de nuestras débiles fuerzas personales, el cual sólo puede fecundar de buenos resultados esa libertad de visión.

"porque esta institución se debe a la necesidad de evitar la multiplicidad de los juicios y se inspira en un hermoso ideal de paz". Sugirió agregar un aparte al texto del artículo actual para determinar la oportunidad en que la adhesión debía efectuarse, recomendando que podría hacerse ante el juez *a quo* o ante el superior hasta el momento de comenzar la vista de la causa. *Cfr., El Código de Procedimiento Civil Venezolano ante una probable reforma*, Maracaibo, 1944, p. 40 y nota 31.

<sup>44</sup> *Obras Completas*, Santiago de Chile, 1885, vol. ix, p. 143.